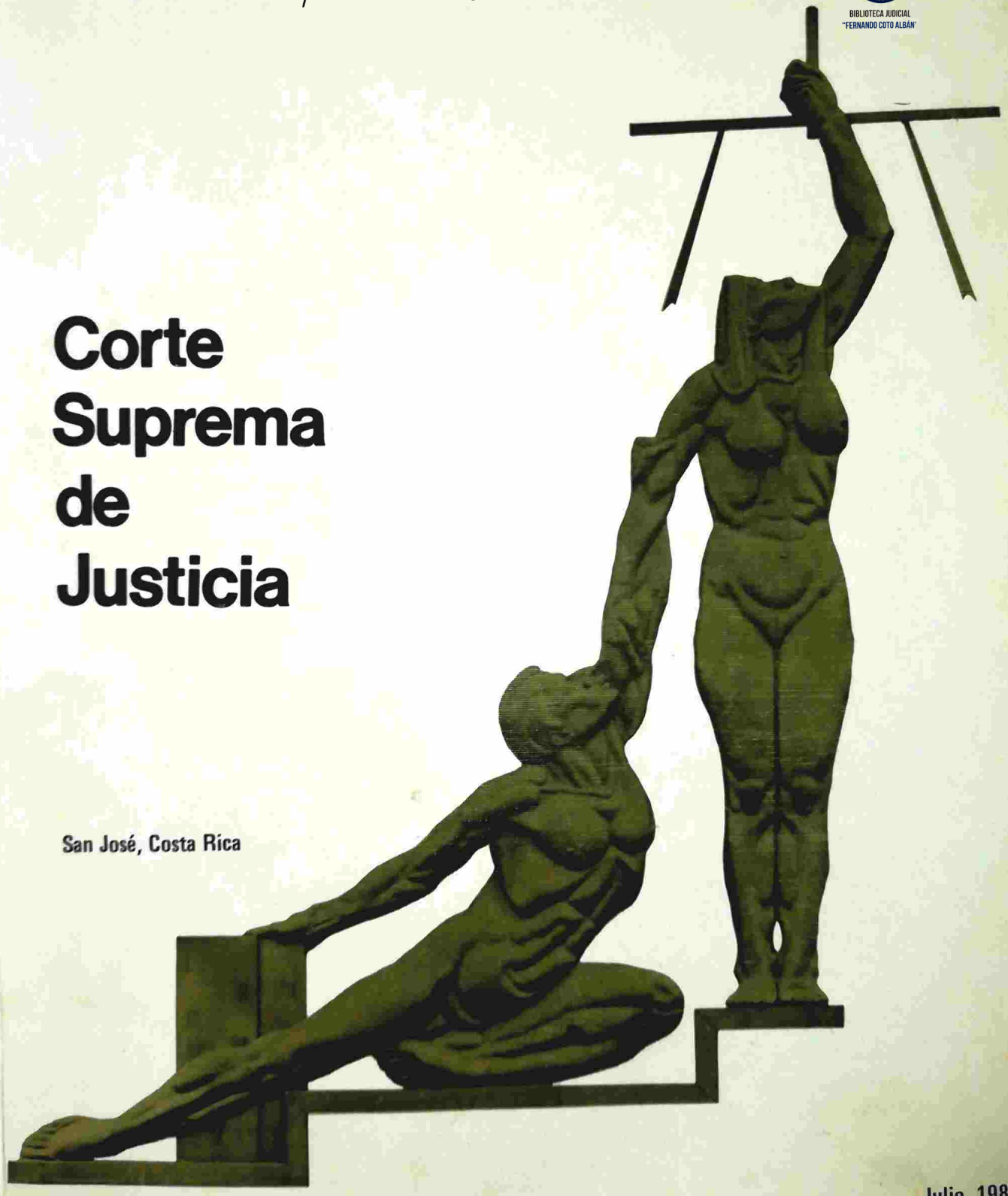
AÑO VI

Nº 22

# REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



## Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica

Julio, 1982

# EN EL CENTENARIO DEL COLEGIO DE ABOGADOS

*Lic. Luis Demetrio Tinoco*

Cuando una institución prestigiada y lozana como el Colegio de Abogados de Costa Rica, se reúne para celebrar su primer siglo de existencia, es grato para quienes formamos parte de ella, y justo para sus fundadores, volver la mirada hacia atrás y recordar las circunstancias de diferente matiz dentro de las cuales fue depositada la simiente que es hoy árbol pujante y frondoso. Que no en vano dijo Ortega y Gassett que nada en el hombre es inmutable, porque en vez de Naturaleza tiene Historia, que es lo que no tiene ninguna otra criatura terrenal.

Hagamos girar hacia la izquierda las manecillas doradas del reloj que marca con su acompasado tictac el paso de los minutos, y las horas, los días y los años, que no volverán jamás, y como en los cuentos de hadas que alegraban nuestra niñez, veremos a las hojas de los almanaques que desprendió de su sitio el eterno discurrir de la vida, volver al lugar del que fueron arrancadas, cual si una fuerza misteriosa quisiera borrar los sucesos fastos o nefastos que ocurrieron mientras flotaban arrastrados por el viento de la fugaz existencia terrenal.

Situémonos en el mes de agosto del año mil ochocientos ochenta y uno, en este mismo sitio en que hoy nos encontramos.

Habían transcurrido sesenta años, pocos meses menos, del día en que los representantes de las ciudades, villas y pueblos de la Provincia de Costa Rica, sorprendidos y confundidos por los inesperados acontecimientos de la época, acordaron la separación de esta Provincia de la Monarquía Española.

Sesenta años, en que la población, se triplicó y alcanzó la cifra de 180.000 habitantes; en que el cultivo del café permitió iniciar y desarrollar el comercio de productos con los países industrializados y recibir de ellos la influencia benéfica del contacto con su cultura superior; en que el índice de analfabetismo descendió del 99.60 por ciento al 86 por ciento, y el número de 200 y tantas personas que sabían leer y escribir, en 1821, pasó a poco más de 21.000 que podían hacerlo al iniciarse la década del 80; en que la República, después de ingentes esfuerzos y numerosos fracasos, y a costa de un endeudamiento externo que llegó a superar el monto total de los ingresos que recibiría el Estado en ocho años, logró construir los primeros trechos del ferrocarril trascontinental con que los hombres, ilusos según algunos, o de gran visión según otros, querían unir a los puertos del Pacífico con los del Atlántico en esta cintura de América.

El silbido de las locomotoras de los trenes que corrían de Alajuela a Cartago; de Puntarenas a Esparza y de Siquirres a Limón; los cinco o seis edificios de dos pisos —el Palacio Nacional, la Casa del Presidente, el Cuartel Principal y una o dos residencias de vecinos adinerados— que rompían la silueta monótona de la Capital; sus calles empedradas y los doscientos y tantos elegantes postes para el alumbrado de gas —que nunca pudo ser instalado—, sobre los cuales descansaban los faroles de canfín que alumbraban con luz mortecina la Plaza Mayor y las calles del centro en las noches en que la luna no brillaba, testigos eran de que el progreso llegaba, débil y titubeante, a la casi

sesquicentenaria Villita de la Boca del Monte del Valle de Aserrí. San José no era ya, ciertamente, el pobre villorio de calles tortuosas y casas y edificios de ventanas sin vidrios del que quiso devolverse al llegar no más a la plaza principal, decepcionado y dispuesto a malbaratar sus mercancías, a pesar del cansancio de las cuatro jornadas de duro cabalgar, un comerciante extranjero que traía géneros de Europa en los primeros años del siglo; ni la ciudad sin albergues en la que un Cónsul español tuvo que andar de puerta en puerta, sin desmontar de su cabalgadura, en busca de un lugar para dormir; y el enviado del Presidente de los Estados Unidos se vio precisado a refugiarse en el Convento del Padre Castro y avenirse a ocupar un dormitorio estrecho, a falta de una hospedería cualquiera. Ya tenía dos o tres modestos hoteles de un solo piso. Pero continuaba siendo una ciudad ayuna de divertimientos, no obstante contar con el Teatro Municipal, —el primero que se abrió en Centro América—, y con la más bella Sala de Sesiones del Congreso que existía en el Istmo. "Hace como ocho meses que no juego ni gallos ni chivos", le dice don Ricardo Jiménez, entonces de 23 años, a un amigo que se encontraba de viaje en Europa, agregando: "Aquí no nos queda otro recurso para matar el tiempo que 'jalar'. . . Tenga en cuenta que aquí no se presenta el arte bajo la diversidad de formas o de manifestaciones seductoras que en París, y entonces es explicable que uno le rinda culto al arte en la única manifestación que aquí tiene: la mujer".

Débil y titubeante, y a costas de ingentes sacrificios de dinero llegaba el progreso. Débil y titubeante, y en ocasiones a costa de dolorosos sacrificios de vidas, avanzaba un día y retrocedía al siguiente, el sistema democrático de gobierno —elecciones libres, alternabilidad en el poder, respeto absoluto a los derechos del hombre—, que ciudadanos esclarecidos se esforzaban por conseguir que hincara sus raíces en el alma de los costarricenses, y fuera como diosa intocable, siempre respetada, nunca mancillada.

No lo habían logrado todavía en 1881. Tras la algarada de la soldadesca que depuso en 1838 al Jefe de Estado don Manuel Aguilar, por la voluntad o el capricho de los militares cayeron de su puesto como Jefes de la Nación Braulio Carrillo en 1842; José Rafael de Gallegos en 1846; José María Castro en 1849 y en 1868; Juan Rafael Mora en 1859; Jesús Jiménez en 1870; y Aniceto Esquivel en 1876; en tanto que por acción de la masa ciudadana de San José y Alajuela fue depuesto y fusilado Francisco Morazán en 1842.

No, no era Costa Rica ejemplo de país gobernado conforme al régimen democrático durante esos primeros años de su vida independiente, en que además fueron disueltas violentamente cinco Asambleas Nacionales Constituyentes, y diez Asambleas Legislativas; y se vivió bajo regímenes dictatoriales durante más de quince años, y se produjeron gran número de rebeliones armadas contra gobiernos legítimamente constituidos.

El panorama político no era más brillante al promediar el año 1881, en que completaba once años de ejercer la Primera Magistratura —la mayor parte de ellos como dictador— el general don Tomás Guardia, y se desvanecía la esperanza de que el país volviera a un régimen jurídico, al decretar el Presidente —herido en su vanidad y en su orgullo por las acerbas críticas de algunos diputados— la disolución de la Asamblea Constituyente que preparaba una nueva Carta Fundamental, y el confinamiento a la lejana y entonces inhóspita región de Talamanca de tres hombres jóvenes que habían levantado sus voces de protesta —Rafael Yglesias Castro, Ricardo Fernández Guardia y Demetrio Tinoco Yglesias— quienes ocho años después habrían de contribuir poderosamente al triunfo alcanzado por las fuerzas democráticas que el 7 de noviembre de 1889 hicieron respetar la victoria alcanzada en las urnas electorales por el candidato don José Joaquín Rodríguez, que pretendían desconocer las fuerzas militares.

Un acontecimiento inesperado cambió el derrotero de los negocios públicos: aquejado de cruel dolencia que los médicos del país no lograban vencer, el general Guardia resolvió viajar al exterior en busca de remedio para su mal, depositando al gobierno en su Ministro de Hacienda don Salvador Lara, ciudadano de espíritu abierto a las iniciativas de bien público, en cuya administración de escasos seis meses fueron fundados el Archivo Nacional, el Registro del Estado Civil y el Colegio de Abogados, y se promulgó una importante Ley de Sucesiones, incorporada más tarde como capítulo del Código Civil de 1888.

Fue así como en un día como hoy, hace cien años según lo acaba de recordar el distinguido Presidente actual del Colegio, don Salvador Lara y su Ministro de Justicia dieron vida al Colegio de Abogados de Costa Rica al promulgar el decreto que, sin razón para ello, denominaron Reglamento, cuando de su mismo preámbulo se desprende que

se trata de una Ley Orgánica, la ley que se requiere para que un organismo público cumpla su cometido y desarrolle vida y actividades propias, como desde entonces lo viene haciendo nuestro Colegio, desligado de las autoridades administrativas, libre para elegir sus Juntas Directivas, altivamente independiente para intervenir cuando lo juzga procedente en el análisis de los asuntos de interés nacional.

Como dijera el gran jurisconsulto Antonio Zambrana, en esa ocasión se levantó una tribuna y se fundó una asociación que llevaría hasta los más remotos confines del país los ideales convertidos en realidad, de la ciencia del derecho y de la justicia.

Verdades que desde algunos años antes, en el Reglamento del Régimen Interior de la Corte Suprema de Justicia emitido el 12 de noviembre de 1857, se previó que en algún futuro impredecible sería organizado el Colegio de Abogados; y juzgando que mientras ese cuerpo no existiese convenía ordenar la forma en que sus más importantes fines fuesen cumplidos, se dispuso en aquel Reglamento que el Regente de la Corte tuviese funciones de Decano del gremio de los abogados; que los exámenes previos a la incorporación de nuevos abogados fuesen presentados ante la Corte y en el local de ésta; y que el cuerpo de abogados preparase un proyecto de Estatutos para su presentación al Poder Ejecutivo a fin de que fueran aprobados y publicados.

Fue una primera tentativa de organización del gremio de los abogados, y es de justicia recordarla. Pero no parece haber tenido vigencia, pues no se encuentra documento o testimonio alguno que informe sobre esos proyectados Estatutos, o reseñe actividades de la Academia de Derecho Teórico Práctico o del presunto Colegio de Abogados a que se hace referencia en aquel decreto de 1857, al contrario de lo que sucedió con la Corporación que nació el 6 de agosto de 1881, cuya imagen se proyectó desde un primer momento en la vida cultural del país como única asociación existente de egresados universitarios y continuó irradiando luz, y provocando choques de ideas en los círculos intelectuales de esta joven República, desde aquellos días en que ya comenzaba a sentirse el golpe de los vientos norteños desatados contra las instituciones tradicionales de nuestra católica democracia.

Mantenía su vigencia, en efecto, al morir el Presidente Guardia, el Código General que promulgó Carrillo en 1841 con base en el emitido cinco años antes por el General Santacruz para la Confederación Perú Boliviana, el cual, en lo referente al derecho de familia, incorporaba los principios católicos sobre sacramentalidad e indisolubilidad del matrimonio, que eran objeto de fuertes ataques en otros países, como absoletos y contrarios a los principios filosóficos de la escuela liberal; y escasamente habían transcurrido siete semanas de la muerte del General, cuando el nuevo gobierno dispuso la formación de una Comisión de Jurisconsultos que se encargase de formular proyectos de Código Civil, Penal y de Procedimientos Civiles que estuviesen acordes con los principios "que imponían los tiempos modernos", y que llegaban al país impelidos por aquellos vientos huracanados, que desde el Norte promovían el laicismo y el liberalismo; y algún tiempo después, el mismo Gobierno confió al Colegio de Abogados la más delicada misión que imaginarse pudiera, y que ciertamente ninguna otra institución colegiada haya recibido nunca, ni aquí ni en otro país cualquiera, al disponer que los proyectos de la Comisión Codificadora fuesen presentados al Colegio para que, una vez revisados y corregidos por éste, se publicasen como leyes de la República, prescindiendo del trámite constitucional de la aprobación legislativa, mediante la simple sanción del Poder Ejecutivo. El Colegio de Abogados sustituyó así, en la promulgación del Código Civil que todavía se encuentra vigente en muchas de sus disposiciones, al Congreso Constitucional, ejerciendo de hecho funciones de Poder Legislativo.

Fue una excepcional demostración de confianza en los conocimientos jurídicos y la sapiencia de los sesenta y tantos jurisconsultos que integraban el Colegio de Abogados, entre los cuales no figuraba infortunadamente ninguna mujer, no porque creyesen nuestros mayores, como el Rey Alfonso el Sabio al prohibir en la Ley 3a. Título VI de la Partida V de su monumental obra, que las mujeres pudiesen ejercer la abogacía, porque "cuando pierden el temor las mujeres, es fuerte cosa de oírlas et de contender con ellas", sino porque no atraía una profesión a veces tan dura como la nuestra, a las jóvenes que entonces preferían con razón el cultivo esmerado de las artes musicales, de la poesía, la declamación y la pintura.

El Colegio cumplió a cabalidad la delicada misión que se le había confiado cuando escasamente tenía dos años de existencia, iniciando en una tarde del mes de diciembre de 1883, el estudio del

Código Civil, que vino a concluir el 24 de marzo de 1886, después de haber dedicado más de 160 sesiones vespertinas y nocturnas al análisis del proyecto preparado por aquella lucida comisión que integraban el doctor Antonio Cruz y los licenciados Bernardo Soto, Ascención Esquivel, José Joaquín Rodríguez y Francisco Chaves, y tenía como Secretario al licenciado Angel Anselmo Castro, y como Prosecretarios a los Pasantes Cleto González Víquez y Ricardo Jiménez Oreamuno.

Fue una labor meticulosa, en la que participaron con publicaciones y discursos los más notables jurisconsultos de la época —entre ellos Julián Volio, Antonio Zambrana, Lorenzo Montufar, Rafael Machado, Ezequiel Gutiérrez, Angel Anselmo Castro, Rafael Montufar y varios otros—, quienes con profundidad expusieron los resultados de sus propios estudios e investigaciones y la opinión que se habían formado respecto a los muy numerosos problemas jurídicos que contempla todo Código.

Uno a uno fueron analizados los diversos artículos del proyecto preparado por la Comisión Codificadora, desechándose muchos de ellos por razones de fondo, al no coincidir la opinión de la mayoría de miembros del Colegio, —más afín con las ideas que llamaban "del siglo"—, con las acogidas por la Comisión de Jurisconsultos, más conservadoras y prudentes. "Al llegar a la discusión de la importante materia de matrimonio, el Colegio —dice su Informe— se separó de las ideas de la Comisión Codificadora en puntos que pueden considerarse cardinales. . . En el punto capital —la disolución del vínculo matrimonial— están en completo desacuerdo el Colegio y el proyecto de la Comisión. . . que no admite en caso alguno que las nupcias se desaten por completo, en tanto que el Colegio autoriza. . . el divorcio a virtud del cual el vínculo se disuelve".

Labor ímproba, que tomaría muchas horas, sería analizar la obra realizada en esos días por el Colegio de Abogados, y ello constituiría tema de gran interés que algún estudiante o joven egresado de la Escuela de Derecho podría realizar, como los invito a hacerlo, seguro de que su obra sería una obra de gran valor y aliento.

Por mi parte, para que se aprecie la amplitud de criterio y de pensamiento, y la decisiva contribución que dio el Colegio de Abogados en aquellos primeros días de su existencia al avance de la democracia y de la legislación costarricense, me limitará a mencionar su posición visionaria y acorde con los mejores principios de justicia en lo que atañe a los derechos civiles de la mujer, negados entonces por casi todas las legislaciones y aún hoy día por muchas de ellas. "Ha creído esta Corporación, dice el Colegio en su mencionado Informe, que es llegada la hora de efectuar la redención de la mujer, tan cantada desde hace mucho tiempo, y real únicamente en que ya no se la considera como cosa, categoría que le asignaban la legislación romana y también la alfonsina. La mujer, ha probado su aptitud para las ciencias y las artes, y ha demostrado su benéfica influencia en hechos que la historia consigna y la humanidad pregona. Natural es que hoy se la habilite para que maneje sus propios bienes con libertad de acción, como todos los propietarios, y que se la redima de aquella tutela depresiva y hasta perjudicial, porque casos se han visto aun entre nosotros, de maridos poco aptos, en cuyas manos han desaparecido caudales que quizás existirían si hubiesen estado confiados a la prudente administración de la mujer. Claro es que al manejo de los bienes se une la facultad de defenderlos en juicio, y la de practicar todos los actos conducentes al aumento y a la conservación del capital, por cuya razón no deben tener ya existencia las restricciones actuales".

Al volver la vista al pasado luminoso de nuestro Colegio, se siente el peso de un compromiso ineludible que nos impulsa a no desmerecer de ese pasado; a superar si posible fuese, sus esfuerzos por encontrar en cada etapa de la historia de Costa Rica las fórmulas vitales que aseguren la convivencia de los hombres y respondan a los ideales de Justicia en esta tierra tan amada. "Ejemplo y tradición, —dice en una de sus brillantes obras Alfonso García Valdecasas—, es lo que hace posible que haya progreso en la historia humana". El ejemplo y la tradición que nos lega la historia del Colegio, que hoy comienza a marchar por el segundo siglo de su vida, es prenda segura de que mientras exista la Corporación mantendremos encendido —de eso estoy seguro— el fuego del culto a esa tradición, que nos habla de afán de estudio, de amor a la patria, de esfuerzo por hallar la verdad y servir a la Justicia. Que nuestro gremio, como dijo el canciller D'Agnesseau en 1693, es "tan antiguo como la magistratura, tan noble como la virtud y tan necesario como la Justicia".

# EL REGIMEN JURIDICO DEL TRABAJADOR AGRICOLA DE LA AMERICA LATINA*

*Dr. José Motta Maia.*

## 1. ANTECEDENTES:

La primera fuerza de trabajo del Brasil fue la indígena. Después, el esclavo negro, importado del Continente Africano.

Los indígenas eran cazados y sometidos al trabajo de los primeros colonizadores, a pesar de una legislación dictada por la Metrópoli Portuguesa, que prohibía su esclavitud.

La "Carta Régia, do El-Rei-D. Sebastião", sesenta años después del Descubrimiento, prohibía esa práctica cruel, admitiéndola, en casos excepcionales, o limitándola a los casos de prisioneros en guerra justa.

En la primera mitad del siglo XVII son establecidas medidas más rigurosas aún, en el sentido de defender a los indígenas de la opresión de los señores de tierras, empeñados en la conquista u ocupación del territorio.

Contra esas opresiones se levantó la voz de la Iglesia, representada por los Jesuitas, principalmente por el Padre Antônio Vieira, notable evangelizador y pionero, en las regiones Norte y Nordeste, tal como lo fueron el Padre José de Anchieta y el Padre Manoel da Nóbrega en las Tierras de São Vicente, hoy el Estado de São Paulo.

La esclavitud de los indios —la que era representada por el apresamiento del indio— fue sustituida por la otra, la esclavitud negra (1).

"Para la industria azucarera, iniciada en las Antillas —informa Roberto Simonsen— y para la mineralización del oro, una vez agotadas las primeras poblaciones, procuraron los españoles abastecerse de mano de obra en las islas de Las Lucaias; pero las tribus ahí sorprendidas se suicidaban en masa, tal el agotamiento a que llegaban, y el horror por el trabajo que les era impuesto. Surgió, entonces la necesidad de recurrir a otra especie de mano de obra que resistiese donde el indio así fracasaba (. . .)". Parece que en Brasil la introducción de esclavos africanos fue autorizada a partir de 1549, si bien que ya hubo algunos ingenios de São Vicente, desde 1535 (2).

La masa de trabajadores esclavos al final del si-

---

* Trabajo presentado por el Dr. José Motta Maia, Delegado de Brasil, al Seminario de Derecho Agrario, celebrado en el Colegio de Abogados, en agosto de 1981, con motivo de la celebración de su Centenario, traducido al español por la licenciada Marcelina Zeledón Castillo, Secretaria de la Sala Segunda.

(1) Esclavitud india, así denominada la que incide sobre las poblaciones indígenas.

(2) SIMONSEN, Roberto, *La esclavitud negra*, en "História Econômica do Brasil", Cia. Edit. Nacional São Paulo, 1957, págs. 129 a 130.

glo XIX ascendía a 700.000, con edades entre 13 y 50 años. A lo largo del tiempo, según registra Gilberto Freyre, se creó una mentalidad de mayor comprensión para los esclavos que eran mejor tratados en Brasil que en otros países de la América Española (3).

Cuando fue abolida la esclavitud negra, había una gran población de trabajadores libres, además de los "agregados", constituidos por inmigrantes peninsulares.

No obstante libres, esos trabajadores vivían bajo un régimen de puro arbitrio de los empleadores, por la falta de una legislación específica (4).

La supresión de la esclavitud y del tráfico de trabajadores negros del continente africano, dio lugar a la corriente inmigratoria de colonos, conducida de tal modo que Sergio Buarque de Holanda señala no haber existido, propiamente, colonización, sino simplemente "importación de brazos" para atender a las necesidades de la labranza disminuida del elemento esclavo (5).

Esa inmigración se hizo de forma diferente en varias regiones del Sur del país, señaladamente en São Paulo, y Santa Catarina y "Rio Grande do Sul".

Las condiciones de esa importación de brazos para desenvolver la labor, principalmente la de café, resultaron en fracaso, muchas veces.

La primera modalidad de las relaciones entre esos colonos europeos y los propietarios de haciendas, los hacendados brasileños, revistió la forma de contrato de aparcería que "excluía la menor parcela de fiscalización de colono sobre las operaciones realizadas con el café, entre la colecta y el ajuste de cuentas en un intervalo que se prolongaba por meses (6).

## 2. REMANENTES DE LA ESCLAVITUD:

En muchas exploraciones agrícolas, la mano de obra es constituida por esclavos libres y por mestizos.

La abolición de la esclavitud en 1888, creó y generó transformaciones profundas con la desorganización de la actividad agrícola, situación próxima del caos, y la consecuente decadencia de la sociedad agraria.

Retrata Oliveira Viana esa transformación:

> "Los grandes latifundios azucareros, que se extendieron por la larguísima faja de la costa, del Sur al Norte del país, y cuya actividad agrícola se apoya exclusivamente sobre el brazo negro, sufren una desorganización profunda y entran en una fase opresiva y prolongada de agonía económica. (. . .) Desmoronada esa vieja y soberbia edificación, que es nuestra aristocracia territorial, parte de sus elementos entran a vivir, en la soledad de sus vastos dominios, ahora incultos, la vida vegetativa de los decaídos de modo que hoy, no raro, encontramos cuando recorremos nuestro interior agrícola, descendientes de grandes y antiguas familias aristocráticas niveladas con los elementos más oscuros de nuestra plebe rural (. . .)" (7).

Fenómeno semejante se registró en cuatro países de la América Española, cuya economía agrícola se edificara sobre el brazo esclavo, como registrado por Barret y Schwoutz, también en las Antillas (8).

De esa situación, también el éxodo rural, con los remanentes de los trabajadores rurales emigrando para las ciudades donde encontraban mejores condiciones de existencia.

Aún hoy la agricultura brasileña sufre las con-

---

(3) FREYRE, Gilberto. Los dueños de ingenios, a veces eran llevados a sofocar "rebeliones de esclavos negros, aunque estas rebeliones nunca habían sido en ningún tiempo tan numerosas o violentas en Brasil como en otras regiones de América, tal vez porque el trato dado por los portugueses a los esclavos, y, más tarde, por los brasileños, provocase menos deseos de rebelión por parte de los oprimidos". (En *"Casa Grande e Senzala"*, Vol. II).

(4) BUARQUE DE HOLANDA, Sergio, prefacio del libro *"Memórias de um Colono"*, de DAVATZ, Tomas, Liv. Martins edit. São Paulo, 2a. edición.

(5) Idem, nota 4.

(6) DAVATZ, Tomas, obra citada. ". . .el concepto excesivamente amplio de 'trabajador rural' constante de la Ley No. 4214, de 1963, permitiría, en cualquier caso, la extensión de la protección laboral —y consecuentemente la caracterización como empleador de la otra parte contratante— las modalidades tradicionales de contrato agrario, como la aparcería y el arrendamiento". (De la Explicación de Motivos que acompañó el Proyecto que dio lugar a la Ley No. 5889 de 1973).

(7) VIANNA, Oliveira, en *"Populacões Meridionais do Brasil"*, 2a. ed.

(8) BARRTT, Ward, en *"The sugar hacienda of the Marqueses del Valle"*, Univ. of Minnesota Press., 1970.

secuencias de esa mudanza que no tuvo una corrección adecuada, como sería el establecimiento de nuevas relaciones, más racionales y más objetivas, a pesar de los progresos de la legislación entre los que realizan las actividades de la agricultura, empresarios y trabajadores.

## 3. PRIMERAS TENTATIVAS DE LA REGLAMENTACION DEL TRABAJO:

La abolición de la esclavitud se verificó en mayo de 1888. En noviembre de 1889 caía el Imperio, después de dominar la vida pública brasileña, durante casi siete decenios, cuando surgieron grandes figuras políticas y se discutieron los más complejos problemas del país. Ni por eso se adoptaron medidas para corregir las consecuencias económicas de la abolición del trabajo esclavo.

La República dio lugar a los primeros ensayos de reglamentación de la vida rural, con proyectos de leyes en el Congreso Republicano, en los primeros años de la década del 90, principalmente los de potestad de los parlamentarios Morais y Barros y Costa Machado.

## 4. PROTECCION DE LOS SALARIOS:

Digno de registro es que en 1907, después de varias tentativas a través de proyectos de leyes, fue emitido el Decreto No. 6437, de 27 de marzo, incluyendo el concepto de operarios agrícolas, colonos, jornaleros, administradores, contratistas de obras, carreteros, cargadores, maquinistas y fogoneros y otros oficios ligados a la agricultura.

**La protección de los salarios** de esos operarios se hacía por medio de registro en libretas, especie de cuenta corriente, que aseguraba los derechos del empleado al saldo de la remuneración debida por el empleador.

## 5. EL TRABAJO RURAL EN EL CODIGO CIVIL:

En 1916, el Código Civil, un título legal que conquistó prestigio en el continente, y considerado como uno de los mejores códigos de la época, contempló al trabajador rural, asegurándole algunos derechos, antes desconocidos: en el artículo 1222 fija el plazo del contrato agrícola, en un período mínimo de un año, cuando no haya plazo pactado. En el artículo 1230 se dice que:

> "en el arrendamiento agrícola, el arrendatario es obligado a dar al arrendador acreditado de que el contrato está terminado; y en el caso de negativa el Juez a quien compete, deberá expedirlo, multando al que se niega, en cien y doscientos mil réis en favor del arrendador".

La protección de la persona del trabajador agrícola también está expresada en la prohibición inscrita en el artículo 1235:

> "aquél que atrae personas obligadas a otros por arrendamiento de servicios agrícolas haya o no instrumento de contrato, pagará en doble al arrendatario perjudicado la importancia que al arrendador, por ajuste deshecho, hubiese de contener durante cuatro años".

Otra disposición beneficiando al trabajador, asegurándole derechos en el caso de progreso de la empresa es lo dispuesto en el artículo 1236, literalmente:

> "La enajenación del predio agrícola donde la locación de los servicios se opera, no conlleva la rescisión del contrato, excepto al arrendador entre continuarlo como el adquirente de la propiedad o como el arrendatario anterior".

## 6. DE LA C.L.T. AL ESTATUTO DEL TRABAJADOR RURAL:
## (C.L.T.: Consolidación de las Leyes del Trabajo).

En 1930, la legislación social-laboralista alcanzó un gran progreso, con la promulgación de varias leyes laborales de gran significación. Acumuló con la Consolidación de las Leyes del Trabajo, legislación hecha sobre todo para los trabajadores de los sectores secundario y terciario.

En ésta fueron incluidas disposiciones de protección al trabajador rural, por ejemplo, las que le aseguraban el beneficio del salario mínimo, las vacaciones remuneradas, las normas relativas al contrato de trabajo y remuneración y derecho a preaviso en el caso de cesantía del empleo (artículo 505 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo).

En 1963 fue promulgado el Estatuto del Trabajador Rural, la Ley No. 4214, de 2 de marzo, que pretendió ampliar, en lo posible, a los campesinos los beneficios, derechos y ventajas aseguradas

en la Consolidación de las Leyes del Trabajo a los trabajadores urbanos.

En que pese a las críticas que suscitó, el Estatuto tenía sus méritos y defectos. En la práctica se impuso la necesidad de un cambio substancial, que se hizo a través de la Ley No. 5859, de 8 de junio de 1973. Esta Ley con apenas 20 artículos, sustituía al Estatuto del Trabajador Rural que se constituía de un sistema legal de nada menos que 182 disposiciones divididas, a su vez, en párrafos e incisos.

Pero, felizmente de pequeña dimensión, el nuevo título legal hace remisión a un elenco de otras leyes y decretos, estando a exigir, a esta altura, una consolidación que ayude a la ejecución y mejor beneficio a los campesinos.

El primer objetivo de la ley vigente fue fijar un concepto de **empleado** y **empleador rural**, aproximándolo al criterio de la legislación urbana.

Dice la exposición justificativa que el concepto excesivamente amplio de trabajador rural constante de la Ley No. 4214, de 1963, permitiría, "en cualquier caso, la extensión de la protección laboral (. . .) a modalidades tradicionales de contrato agrario, como la aparcería y el arrendamiento".

Reconoce, la exposición de motivos que, en muchos casos, esos contratos no hacen más que encubrir una verdadera relación de empleo (9).

## 7. EMPLEADO Y EMPLEADOR RURAL:

La legislación vigente define como empleado rural, "la persona física que, en propiedad rural o predio rústico, presta servicios de naturaleza no eventual al empleador rural, bajo la dependencia de éste y mediante salario".

Se apuntó una deficiencia en ese concepto, la de que no define la naturaleza del servicio prestado, aunque se supone, visto el trabajo a realizarse, en establecimiento rural.

**Empleador rural es:**
*"la persona física o jurídica, propietario o no, que explote actividad agro-económica, con carácter permanente o temporal, directamente o a través de representantes y con el auxilio de empleados".*

## 8. ESPECIES DE TRABAJADOR:

En la definición de trabajador se incluyen varias especies, tales como: empleado rural, propiamente, colonos y aparceros.

Colonos y aparceros gozan de relativa autonomía, pero con independencia económica, por lo que la doctrina y la jurisprudencia los consideran especies del género empleado. Otra especie intermedia, es el contratista que contrata servicios determinados, por su cuenta y riesgo (10).

## 9. CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO:

El contenido de ese contrato está en la disposición del antiguo Estatuto del Trabajador rural: "es el acuerdo tácito o expreso correspondiente a la relación de empleo".

Repite, en líneas generales, la definición de Consolidación de las Leyes del Trabajo.

Ese contrato puede ser oral o escrito, por plazo determinado o indeterminado. Y se comprueba por cualquier medio permitido en Derecho, especialmente por las anotaciones en la "Cédula de Trabajo". (Nota de traducción: "Cédula de Trabajo", en Portugués "Carteira de Trabalho", es una libreta personal, en la cual se lleva un rol de los empleos que ha tenido la persona).

Lo que es relevante, además de otras, es la garantía del salario del empleado que no puede ser reducido, ni modificada la forma de pago, salvo en cuanto a esta última, de acuerdo con el empleado. Igualmente importante es la sistemática del horario de trabajo que solamente podrá ser alterado por mutuo acuerdo. La mudanza del local del servicio sólo es permitida, cuando no implique cambio de domicilio del empleado.

Otra garantía, que la ley atribuyó al empleado, es esta: el contrato individual de trabajo preexistente quedará subordinado al contrato colectivo o a los términos de la convención superviniente entre empleador y empleados.

## 10. CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO:

Tal como en relación a los trabajadores urbanos, la legislación permite a los rurales la celebra-

---

(9) ESTATUTO DA TERRA E TRABALHADOR RURAL: arts. 20 inc. 2, 16 y 81.

(10) Especies de contrato individual de trabajo: trabajador rural, colonos y aparceros. El aparcero es empleado cuando se sujeta a la dirección del hacendado que le trasmite órdenes o instrucciones de servicio.

ción de contratos colectivos o convenciones que, en principio, sólo valdrán para las partes contratantes.

En principio, dice la ley, pero se tiene entendido, y en la práctica así se hace, que los contratos colectivos crean una subordinación de los contratos individuales celebrados anteriormente a los primeros. Eso resulta, antes que todo, de la extensión del criterio resultante de las discordias colectivas que son de iniciativa del Sindicato de la categoría. En tal caso la convención se extiende a todos sus afiliados.

## 11. SALARIO, SU FIJACION Y FORMAS DE PAGO:

El salario constituye una de las garantías básicas del empleado. Tiene él derecho al salario mínimo, a partir de la vigencia de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, prerrogativa que le fue preservada por la legislación posterior, pasando por el Estatuto del Trabajador Rural hasta la más reciente.

La figura del salario-familia sólo después de mucho tiempo de constituida para los trabajadores urbanos, fue extendida a los rurales. Esa extensión fue a partir de la institución del Sistema de Previsión Rural, hoy el PROTERRA y el FUNRURAL (Auxilio financiero para la compra de implementos de trabajo y terrenos), y el FUNRURAL (Fondo Rural para Jubilación de Trabajadores Agrícolas) (11).

El salario será pagado en dinero, pero son permitidas deducciones, que ya vienen del artículo 90 del antiguo **Estatuto.**

De acuerdo con la Ley vigente (Ley No. 5889 citada), pueden ser deducidas del salario porciones: hasta el límite del 20 por ciento por la ocupación de la vivienda, hasta 25 por ciento por el abastecimiento de alimentación.

## 12. DURACION DEL TRABAJO. PERIODOS DE DESCANSO: DIARIO, SEMANAL Y ANUAL:

La duración del trabajo debe ser fijada de común acuerdo en la contratación. Pero la ley establece que la jornada no debe ser superior a ocho horas diarias. Podrá ser ampliada, con carácter excepcional, para conclusión de determinadas tareas, y otras prórrogas son admitidas, con remuneración complementaria proporcional.

El trabajo nocturno, —el ejecutado entre las 21 horas de un día y las 5 horas del día siguiente, (artículo 7 de la Ley No. 5889) o entre las 20 horas de un día y las 4 horas del día siguiente—, será aumentado en un 25 por ciento de la remuneración común.

En cualquier trabajo continuo de período mayor de seis horas, será obligatorio un intervalo para reposo y alimentación.

El derecho al reposo semanal remunerado consiste en el descanso de 24 horas, preferentemente los domingos.

Anualmente, después de un período de doce meses de vigencia del contrato de trabajo, tendrá el rural derecho a veinte días de vacaciones remuneradas, período que podrá ser reducido, proporcionalmente al período realmente prestado: si el máximo es de 25 días, el período será de 15 días; de 11 días, por el lapso de más de 200 días y de 7 días, por período de menos de 200 y más de 180 días.

## 13. TRABAJO DE LA MUJER Y DEL MENOR:

El trabajo rural ejecutado por la mujer es objeto de varias disposiciones protectoras. No constituye motivo de rescisión del contrato de trabajo rural, en que la mujer es empleada, el matrimonio o la gravidez. El contrato no se interrumpe durante la gravidez, siendo permitido a la mujer retirarse seis semanas antes y seis después del parto, mediante comprobación por dictamen médico. Le serán garantizados reposo remunerado de dos semanas, en caso de aborto, y dos períodos de descanso diario, de media hora cada vez, para amamantar al hijo, hasta cuando sea necesario. Le corresponde todavía el auxilio de maternidad.

En cuanto al menor, algunas medidas de protección son referidas en la legislación: está prohibido el trabajo del menor de dieciocho años en lugar insalubre o peligroso, el trabajo nocturno y las tareas incompatibles con su condición y edad.

Al menor de dieciséis años, es asegurado el

---

(11) **PRORURAL: PROGRAMA DE ASSISTENCIA AO TRABALHADOR RURAL, y ejecutado actualmente por el INPS (Reglamento, artículos 274 y siguientes).**

mismo salario, del adulto o mayor de dieciocho años.

El menor de dieciséis años percibirá salario correspondiente a la mitad del salario mínimo fijado para el adulto.

## 14. RESCISION DEL CONTRATO DE TRABAJO RURAL:

La rescisión es la suspensión del contrato, antes de terminado el plazo por el cual fue convenido.

Cuando la iniciativa parte del empleador, cabe indemnización. Esta es calculada en concordancia con el mayor salario pagado, un salario por cada año de servicio.

Cuando la rescisión sea de iniciativa del empleado, es obligación de éste dar aviso al empleador.

## 15. ACCIDENTE DE TRABAJO:

El trabajador accidentado tiene derecho a la asistencia médica y hospitalaria.

En el caso de quedar imposibilitado para trabajar, y en cuanto tal situación perdure, recibirá un 75 por ciento del salario mínimo y asistencia médica. Si queda incapacitado para el trabajo, percibirá los beneficios de la jubilación en el valor de un 75 por ciento del mayor salario mínimo del país, todo a cargo del PRODURAL. En caso de muerte, la familia recibirá mensualmente igual cantidad, a título de pensión.

## 16. SEGURIDAD SOCIAL:

La seguridad social para los trabajadores agrícolas en el Brasil comenzó a tomar forma en la disposición del artículo 158 del Estatuto del Trabajador Rural, que instituyó los servicios de asistencia social y creó el Fondo de Asistencia y Previsión del Trabajador Rural.

Después de muchas vacilaciones, fue, finalmente, instituido un sistema de seguridad que consiste en asistencia médico-hospitalaria, beneficios en el caso de accidente de trabajo y régimen de previsión para el empleador rural y sus dependientes. Los beneficios son, entre otros, los siguientes: jubilación por invalidez, jubilación por vejez, auxilio por enfermedad y jubilación por invalidez en el caso de accidente de trabajo. Beneficios también son asegurados a los dependientes del trabajador: auxilio para funeral, pensión en el caso de muerte del trabajador y de accidente de trabajo.

## 17. DUPLICIDAD DE ASISTENCIA SOCIAL:

Aspecto singular de la asistencia es la que se refiere a los trabajadores de la labor de la caña, que tienen doble asistencia: la general, prestada por el PRORURAL y la sectorial, a cargo de los empleadores, que se distribuye en varias modalidades: médico-hospitalaria, educacional y recreación.

## 18. PROMOCION SOCIAL DEL TRABAJADOR RURAL:

El Estatuto de la Tierra (Ley No. 4504, de 30 de noviembre de 1964) abrió amplias oportunidades para el trabajador rural, inclusive de tornarse propietario y empresario rural.

Disposiciones, teniendo por mira la protección y promoción económica y social del trabajador, son las siguientes: artículo 2, inciso 2, que impone al Poder Público el compromiso de crear condiciones de acceso a la propiedad de la tierra, por el trabajador; el artículo 16 que define como finalidad de la Reforma Agraria, promover el progreso y el bienestar del trabajador; el artículo 81, que asegura empréstito al trabajador para adquisición de la tierra destinada a su trabajo y al de su familia.

La legislación brasileña del trabajo rural lleva en consideración que el Derecho del Trabajador debe desempeñar un papel relevante en el proceso de desenvolvimiento económico, empezando por el progreso del medio rural, por la práctica de la actividad de explotación agrícola de sentido social. Es el reordenamiento de la existencia de una interrelación íntima entre el trabajo y el desenvolvimiento económico (12).

---

(12) Idem, nota 9.

## 19. LOS TRABAJADORES RURALES EN LA AMERICA LATINA:

Casi todos los países de la América Latina son suscritores de convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, recomendando la edición de normas amplias de protección al trabajo rural. No siempre ni en todos los países, han dado cumplimiento a ese compromiso, permaneciendo aquel desorden entre la protección dispensada a los operarios de los sectores secundario y terciario y a los trabajadores del campo.

Lo mismo en México, pionero en legislación social rural, se verifica esa discrepancia: "Es cierto que los beneficios del Derecho Laboral en la práctica no llegan en su totalidad a la población trabajadora, sobre todo la rural, puesto que se ha concentrado principalmente en los trabajadores urbanos (. . .)" (13).

Haremos algunas referencias, a título de ejemplo, tomando algunos países de la América Latina.

### 19.1. CONTRATOS DE TRABAJO:

La legislación laboral del Ecuador establece formas definidas de contratos, fijando obligaciones de empleador y empleado. El régimen de aparcería no está contemplado como contrato de naturaleza laboral. En Colombia, hay disposiciones especiales sobre las relaciones de trabajo, que llevan más en cuenta las condiciones de vida, antes que las de trabajo. Eso se verifica principalmente en las plantaciones de caña y de banano.

En Costa Rica, está en vigencia el método especial para contratos colectivos, cuyas cláusulas fijadas directamente entre empleadores y empleados sobre todo en la Compañía Bananera de Costa Rica, según informe de la O.I.T., de 1966.

En los contratos por plazo indeterminado, en Colombia, las partes quedan con la facultad de dar por terminado el contrato en cualquier momento, mediante aviso previo. El empleador podrá sustituir el aviso previo por una indemnización correspondiente a cuarenta y cinco días de salario.

En México, los trabajadores rurales gozan, en principio, de todos los derechos de los trabajadores urbanos, aquéllos constantes de la Ley Federal del Trabajo (artículos 279 a 281).

Los contratos podrán ser acordados verbalmente, o por escrito. La rescisión del contrato podrá ocurrir por causa justificada en cualquier tiempo. Las convenciones colectivas podrán ser celebradas sin interferencia del Poder Público (Ley Federal citada, artículos 356 y siguientes).

### 19.2 SALARIOS:

La protección a los salarios consta de disposiciones legales en todos los países afiliados a la Organización Internacional del Trabajo.

El Código de Trabajo de Costa Rica prohíbe, expresamente, el pago de salarios en mercaderías. En Colombia son permitidos descuentos para reembolso de deudas contraídas por el empleado para con el empleador y para pago de cuotas debidas a cooperativas y al sindicato.

En Perú, los empleadores descuentan cuotas de hasta 30 por ciento para satisfacción de obligaciones judiciales, como pensión alimenticia a la ex esposa.

Prevalece, aún, el principio de igualdad de remuneración para hombres y mujeres, éste es el caso de los Códigos de Trabajo de Colombia, Perú, Argentina, Costa Rica y Venezuela.

### 19.3. SALARIO MINIMO:

El salario mínimo es fijado en varios países de la América Latina, como Brasil, Colombia, Perú, Argentina, Venezuela, por órganos especializados. En Costa Rica esa atribución es del Consejo Nacional de Salarios, distinguiéndose varios sectores rurales: caña de azúcar, cacao, banano, etc.

---

(13) MUNGARRO, R., en *"Serie Relaciones del Trabajo"*, de la O.I.T., No. 49, pág. 132.

## 19.4. DURACION DEL TRABAJO:

Normas legales bien definidas regulan los períodos de trabajo, fijando el período diario entre 7 y 9 horas, la mayoría en ocho horas. Los períodos de descanso son por día, por semana y por año, en las legislaciones de Perú, Colombia, Ecuador, Argentina y Costa Rica. El descanso semanal es, de modo general, los domingos. Hay países en que no se remunera el día de descanso semanal. Sería éste el caso de Perú, Costa Rica y Colombia, por lo menos hasta hace poco tiempo.

Los días feriados legales son generalmente remunerados.

Las vacaciones para los trabajadores, varían entre 7 y 20 días por año, como en los casos de Costa Rica (15 días), Perú de 6 a 32 días, algunos remunerados, otros pagados; en Ecuador, 7 a 8 días.

## 19.5. ACCIDENTES DE TRABAJO:

La mayoría de las legislaciones instituyeron sistemas de protección al trabajador en caso de accidente. Le son garantizados, además del salario, asistencia médico-hospitalaria. En algunos países la indemnización, bajo forma de seguro, presupone la utilización de máquinas agrícolas. Es el caso de Costa Rica y de Perú.

Argentina es uno de los países en que se registra gran impulso en la legislación del trabajo, gracias inclusive a la acción del sindicalismo y a una conciencia por parte de los empleadores, del papel importante del trabajador en el proceso de desenvolvimiento económico. Igual mentalidad es dominante en Venezuela, por influencia, también, de su legislación agraria.

## 19.6. PREVISION Y ASISTENCIA RURAL:

Las informaciones sobre este aspecto de las relaciones socio-económicas en la agricultura latinoamericana son animadoras. Un estudio de José Medina Echeverría (14), indica que continúa la desigualdad entre el operario de la ciudad y el trabajador del campo.

Los datos conocidos, más recientes, llevan a concluir que, o no hay un sistema de seguridad social, o que el que existe es fragmentario, a excepción de Argentina, Uruguay, Venezuela, Chile, México, Ecuador, Colombia, Costa Rica y Brasil.

De elementos próximos de la realidad dispondrían el CIDA (Comité Interamericano de Desenvolvimiento Agrario, de la O.E.A. y el I.I.C.A., dos órganos técnicos muy identificados con los problemas continentales.

* * *

(14) MEDINA ECHEVERRIA, José, en "*A Agricultura Subdesenvolvida*", Edit. Vozes, Rio de Janeiro, 1969.

# LOS SISTEMAS DE GARANTIA EN LOS CONVENIOS GENERALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

*Prof. Agostino Curti Gialdino.*

1. Desde el restablecimiento de la paz luego de la primera guerra mundial, la humanización se manifiesta como la línea evolutiva más segura del derecho internacional. La sociedad que regula ésto es, fundamentalmente, una comunidad de Estado y son éstos los protagonistas de las vivencias humanas. Pero sucede que los hombres, desde el fondo en donde por siglos han sido relegados como súbditos, como instrumentos de otros poderes, están avanzando progresivamente hacia la escena de la historia y piden, con voz cada vez más insistente, participar en el desarrollo de ella, no como actores principales –para coger la metáfora teatral– por el momento talvez como "extras", pero ciertamente ya no en una posición de espectadores.

Desde el punto de vista estructural, el fenómeno más característico de la comunidad internacional del siglo veinte es la organización internacional. La actividad relevante para el derecho internacional ya no es desarrollada, como sucedía a fines del siglo pasado y en los primeros veinte años del presente, sólo por los Estados a través de sus órganos tradicionales; ella es realizada en medida creciente por formaciones sociales de más amplia composición con el empleo de nuevos aparatos organizativos; formaciones y aparatos de los cuales se puede decir que ellos presentan como rasgo común, la superación de la dimensión estatal y el alcance de finalidades que se pongan en un plano diferente del estatal, como fines comunitarios.

Ahora bien, en la base de este fenómeno estructural, se descubre la promoción de la persona humana. Es el individuo irrepetible, es el complejo de valores e intereses de los que él es portador, cuya tutela aún contra el Estado se está abriendo camino en la conciencia de la comunidad internacional. La organización internacional, en sus varias formas, persigue, más o menos directamente, la finalidad de liberación del hombre de los cepos materiales y morales que le mortifican: el hambre, la enfermedad, la ignorancia, la opresión. En donde el Estado es insuficiente o falta, entra en juego, para la protección del individuo, la organización internacional. Organización internacional y humanización son dos aspectos de una realidad fundamentalmente única.

En términos normativos, la protección del individuo se expresa en reglas casi exclusivamente convencionales, las cuales formulan y, en mayor o menor grado, garantizan los derechos humanos. Los convenios más importantes al respecto, son el tratado de Roma de 1950, para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales; los pactos de la Naciones Unidas de 1966, sobre derechos políticos y civiles y sobre derechos económicos, sociales y culturales, y la convención americana de San José de Costa Rica de 1969 sobre derechos humanos. La matriz de todos está representada por la declaración universal de los derechos humanos, proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en acto histórico que por otra parte no constituye, cual sea su valor jurídico, una convención.

La problemática concerniente a los derechos humanos es amplísima: baste pensar en la exégesis de cada una de las normas que establecen tales derechos, para llegar a una exacta comprensión de su contenido sustancial; a la comparación, todavía

desde el punto de vista sustancial, de las normas análogas puestas en los diversos convenios; a la individuación de los destinatarios de tales normas —si sólo los Estados o también los individuos— y correlativamente a la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas instituidas por las normas mismas; a la importancia de éstas sobre el problema teórico de la personalidad internacional de los individuos. Es por tanto imprescindible en un breve encuentro tal como el que se está celebrando entre nosotros, limitar el campo de investigación. Me propongo así de observar en sus aspectos esenciales los sistemas de garantía que asisten los derechos humanos en los convenios citados y, como consecuencia, intentar la comparación de ellos. Sabemos que las normas jurídicas son reglas de conducta garantizadas mediante la institución de procedimientos que inducen al destinatario a observar la conducta prescrita o, al límite, que la realizan coercitivamente. El estudio de los mencionados sistemas de garantía nos permitirá medir la intensidad de la eficacia de aquellas normas convencionales.

Antes que seguir el orden cronológico de la fecha de suscripción, prefiero conducir el examen de los convenios que nos interesan, comenzando por el asistido por menor garantía.

2. El convenio en que los Estados contratantes se han mostrado menos solícitos a disponer de mecanismos de control y de sanción es el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Recuerdo brevemente que, bajo el aspecto sustancial, este Pacto inicia en una primera parte con la proclamación del derecho de autodecisión de los pueblos y de su derecho a la libre explotación de las propias riquezas y recursos naturales; en otra parte, la tercera, reconoce el derecho al trabajo en sus varias articulaciones, el derecho a la seguridad social, el derecho de cada individuo a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, los derechos a la salud, a la instrucción, a la participación a la vida cultural.

En relación a la actuación de los derechos reconocidos por el pacto, la consistencia de los compromisos asumidos por los Estados contratantes y las modalidades de cumplimiento son precisadas por algunas disposiciones que constituyen la segunda parte. Más que de una obligación de resultado, se trata de la obligación del empleo de medios en una perspectiva indeterminada del alcance de los fines. Cada uno de los Estados contratantes —lo expresa el artículo 2— se compromete a obrar ya sea individualmente o sea a través de la asistencia y la cooperación internacional, con el máximo de los recursos de los que dispone a fin de asegurar progresivamente, con todos los medios apropiados, la plena actuación de los derechos reconocidos por el Pacto. Relatividad de los medios a emplear respecto a las posibilidades de cada uno de los Estados contratantes y gradualidad de la acción de ellos en el tiempo. Menos esfumados aparecen la condena a la discriminación y la garantía de paridad jurídica entre hombres y mujeres en el goce de sus derechos.

A la consistencia de la obligación, corresponde la falta de previsión de cualquier medio para la sanción de eventuales violaciones. Todo cuanto los Estados contratantes han estado dispuestos a pactar, se reduce a su obligación de presentar al Secretario general de las Naciones Unidas periódicos informes sobre las medidas que ellos tomarán y sus progresos realizados a fin de conseguir el respeto de los derechos reconocidos por el Pacto, así como, eventualmente, los factores y las dificultades que influyan en el grado de cumplimiento de las obligaciones (artículos 16 y 17). Tales informes, así como los que los institutos especializados puedan presentar (referentes a progresos efectuados en el conseguir el respeto de las disposiciones del Pacto y que están comprendidos en el ámbito de su actividad) (art. 18), constituyen objeto de consideración por parte del Consejo económico y social el cual los puede trasmitir a la Comisión de los derechos humanos con finalidades de estudio y para la formulación de recomendaciones de orden general. El mismo Consejo económico y social puede presentar periódicamente a la Asamblea general informes que contengan recomendaciones de carácter general (art. 21); puede además poner a consideración de otros órganos de las Naciones Unidas cualquier cuestión resultante de los informes (de los Estados, de la Comisión de derechos humanos, del mismo Consejo económico y social) que pueda ser útil, a fin de que tales órganos decidan, cada uno en el ámbito del terreno que le compete, sobre la oportunidad de utilizar medidas internacionales idóneas a contribuir a la actuación del Pacto.

Como puede verse, puede el contexto de los informes hasta aquí descritos, se reduce a recomendaciones de carácter general, vale decir sin referencia a alguno de los Estados, tendiendo más a la perspectiva de fomentar la cooperación inter-

nacional que a censurar eventuales retardos o violaciones.

Las razones de tanta cautela, sea en el aspecto sustancial que en el de las garantías, son fácilmente intuibles.

En el campo de las relaciones económicas y sociales es donde más radical y abiertamente se confrontan y desafían visiones del mundo de diversa inspiración, de aquella liberal democrática a aquella socialista y a aquella tradicionalista. En cada una de estas "Weltanschaungen" (visiones del mundo) el confín entre la esfera de lo privado, es decir del individuo, y la esfera del público, o sea de la sociedad, sigue trazos diferentes cuya legitimidad es prácticamente imposible controlar con el mismo metro. Iluminante clave de lectura es el artículo 4, según el cual el goce de los derechos de parte del individuo puede ser limitado en la medida en la cual ello sea compatible con la naturaleza de tales derechos y únicamente a fin de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Basta pensar al diferente modo en que pueda entenderse o viene entendida la expresión "sociedad democrática" y de qué manera puede ser apreciado el "bienestar general", para darse cuenta de la extrema movilidad de los límites al goce de los derechos individuales en los campos económicos, social y cultural.

3. Terreno sobre el cual la divergencia ideológica aparece menos frontal es aquel de los derechos civiles y políticos. Los ordenamientos estatales no escatiman reconocimiento de derechos tales como aquel a la vida –que de otra parte el Pacto no se estimula a garantizar contra la pena de muerte–, aquellos a la personalidad jurídica, a la libertad y seguridad, a un regular juicio y a un humano tratamiento penitenciario, al trabajo, a la libertad de residencia, a la privacidad, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la fundación de una familia, a la participación en la dirección de los asuntos públicos, al respeto de la propia identidad como miembro de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Para la institución y la salvaguarda de tales derechos –enunciados en la parte III (tercera parte) del Pacto ahora en examen– los Estados contratantes han demostrado, de consecuencia, disponibilidad a asumir obligaciones de espesor mayor respecto a las arregladas en el otro Pacto. Se trata, aquí, de obligaciones de resultado: el compromiso aceptado por los Estados es aquel de respetar y garantizar los derechos sobredichos, sin ninguna discriminación, incumbiendo (correspondiendo) a ellos no sólo adaptar el respectivo ordenamiento a través de apropiadas medidas legislativas, sino también de asegurar al individuo la efectiva posibilidad de recurrir contra la violación de sus derechos, y de obtener la ejecución de las resoluciones autos que acogen tales recursos (parte II del Pacto).

No faltan, también en este Pacto, válvulas de seguridad a través de las cuales puede encontrar modo de espandirse la prepotencia del Estado: aludo no tanto al caso de peligro público excepcional (art. 4), cuya formulación es rigurosa, sí que la libertad del Estado de adoptar medida derogatoria resulta circunscrita y bien fundada, en cuanto a la referencia, presente en muchos artículos, y de otro lado difícilmente eliminable, a situaciones tales como la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la sanidad y la moral públicas, cuya definición en abstracto, y cuyo reconocimiento en concreto, implican márgenes importantes de relatividad y discrecionalidad. En el conjunto, sin embargo, la normativa contenida en el Pacto concerniente a los derechos civiles y políticos refleja una determinación de los Estados más decidida que de aquella expresada en el Pacto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. Lo que, en resumidas cuentas, contribuye a explicar el porqué de la duplicidad de los Pactos.

4. A la mayor intensidad de las obligaciones asumidas por los Estados contratantes para el reconocimiento y la salvaguarda de los derechos civiles y políticos corresponde un menos "evanescente" aparato de garantía. A él está dedicada la entera parte IV del Pacto, consistente de 17 artículos, algunos de los cuales algo difusos, así como el protocolo facultativo anexado al Pacto mismo.

Por otra parte, si la cantidad normativa es puesta en confronto con la calidad del resultado, viene a la mente el dicho "mons parturiit musculum". El control del respeto de los derechos reconocidos por el Pacto es confiado a un comité de los Derechos humanos del cual viene detalladamente disciplinadas la composición (18 –dieciocho– ciudadanos de los Estados Partes del Pacto, elegidos por los mismos Estados y actuantes a título individual), la duración (4 años, con posibilidad de reeleción), la reintegración en el número en caso de cesación de las funciones de alguno de los miembros (mediante cobertura de los asientos vacantes para elección), la remuneración, la organi-

zación interna y el funcionamiento. Pero las funciones confiadas a este mecanismo son desilusionantes, ni su pobreza puede ser enmascarada por la minuciosidad con la cual viene descrito el desarrollo.

Una primera función consiste en el estudiar y comentar los informes que periódicamente los Estados contratantes tienen la obligación de presentar al Secretario general de las Naciones Unidas y cuyo contenido es estrechamente análogo a aquel de los informes previstos por los artículos diez y seis y diez y siete del Pacto relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. Los comentarios elaborados por el comité, bajo forma de observaciones generales, así como eventuales informes del comité mismo, son dirigidos al conocimiento de los Estados —y eventualmente, del Consejo Económico y Social— con facultad de los Estados de presentar al Comité las propias consideraciones sobre las observaciones mencionadas. En este intercambio de informaciones y de puntos de vista se agota la función ahora examinada, sin que ni siquiera sea prevista, a favor del Comité, la competencia de hacer recomendaciones.

Una segunda función del Comité tiene como su presupuesto el nacimiento de una controversia entre dos Estados contratantes, resultante de la comunicación con que un Estado haga cargo a otro de violaciones de derechos humanos sin que dentro del plazo de seis meses la cuestión no hubiese sido solucionada con satisfacción de ambas partes. Esta función en tanto puede explicarse en cuanto los Estados en conflicto hayan declarado aceptarla. Su desarrollo se articula en las siguientes fases: a) Transmisión de la denuncia al Comité; b) Investigación preliminar, por parte del Comité, respecto al agotamiento de los recursos internos; c) puesta a disposición, por parte del Comité de sus buenos oficios; d) en el caso de un no alcance de solución amistosa, basada sobre el respeto de los derechos humanos, instructoria del asunto, con pedido de informaciones a los Estados interesados; e) instauración del contradictorio; f) formación y comunicación a los Estados interesados, dentro de doce meses desde la fecha de transmisión de la denuncia al Comité, de un informe que, en el caso de solución amistosa, se limita a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada, en el caso de persistencia de la controversia, se reduce a una breve exposición de los hechos.

Como es claro, el Comité, en el ejercicio de la función ahora descrita, no va más allá de una actividad de investigación completada con la prestación de buenos oficios. Coherentemente con la naturaleza de investigación, el Pacto en examen no atribuye alguna competencia al Comité para evaluar cuestiones que de hecho no son, o para recomendar, o aunque sólo exponer, términos o métodos de solución. Dada la debilidad de la función en examen, no es maravilla que, a impulsarla, pueda estar cualquiera de las partes, a su solicitud.

5. El Pacto sin embargo prevé otro procedimiento en el caso que la transmisión de la denuncia al Comité no conduzca a alguna solución. Se trata de un procedimiento conciliativo, cuyo órgano, no es más el Comité, sino una Comisión *ad hoc,* compuesta de cinco miembros. Con referencia a esto, la Comisión tiene sólo el poder de nominar, de acuerdo con los Estados partes interesados, los miembros de la Comisión, y el deber de poner a disposición de esta última las informaciones por ella recibidas y evaluadas. De conformidad con el tipo en el cual se encuadra, la Comisión ofrece sobre todo sus buenos oficios para el logro de una solución amistosa basada sobre el respeto del Pacto; dentro de los doce meses desde el momento en el cual ha sido planteada la cuestión, y después un completo examen de ésta, redacta y presenta un informe en el cual, si se ha llegado a una solución amistosa, se limita a exponer brevemente los hechos y la solución misma, en la hipótesis contraria, expone las propias verificaciones sobre todos los puntos de hecho así como las propias consideraciones acerca de la posibilidad de una conciliación. Habiendo tenido comunicación del informe, las partes estan llamadas a rendir cuenta dentro de tres meses, si aceptan o no los términos de la solución propuesta.

Es superfluo observar que, dada la libertad de los Estados de uniformarse (conformarse) a la sugerencia de la Comisión o de desatenderla, la solución de la controversia es puramente eventual. Todo depende de su común voluntad. Y es voluntad común que es necesaria no solamente para recepcionar los términos de solución ofrecidos por la Comisión, pero, más antes todavía, para hacer posible su formulación por parte de la Comisión misma, ya que la designación de ésta por el Comité exige "el previo consenso de los Estados partes interesados" (art. cuarenta y dos, letra a).

6. El Pacto sobre derechos civiles y políticos es

además acompañado de un protocolo facultativo, participando al cual los Estados contratantes hacen posible la presentación de recursos individuales al Comité de los derechos humanos "Todo Estado parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente protocolo" —recita el art. 1— "reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo". La posibilidad, acordada al hombre, de elevar su protesta ante organizaciones internacionales no representa una novedad: además que en la forma de la petición, prevista por el Estatuto de las Naciones Unidas —y antes todavía del Pacto de la Sociedad de las Naciones— así como de otras convenciones e instrumentos internacionales, la voz del individuo ha sido admitida a resonar en el recurso a la Comisión Europea de los derechos humanos, sobre la base del Tratado de Roma de 1950, que en breve ocupará nuestra atención. Y es propio el tratado de Roma que el Protocolo facultativo en cuestión toma para establecer las condiciones en el concurso de las cuales el recurso individual es admisible (no debe ser ni anónimo ni abusivo ni incompatible con las disposiciones del Pacto: art. 3) y puede formar objeto de examen (la cuestión a la cual el recurso se refiere no debe ser ya en curso de examen en otro procedimiento de investigación o de arreglo pacífico; el recurso debe ser precedido del agotamiento de los recursos internos: art. 5). Sobre el significado de estas disposiciones regresaré en el comentario al sistema de garantías operantes en el Tratado de Roma: aquí es necesario subrayar, con renovada desilución, que el curso dado por el Comité al recurso individual conduce a resultados de extrema modestia: sobre la base de las explicaciones y declaraciones que el Estado bajo acusación pueda haber sometido en los seis meses sucesivos a la comunicación del recurso, y teniendo en cuenta cada otra información escrita proveniente del individuo, el Comité examina la cuestión, y se limita a transmitir las propias consideraciones al Estado parte interesada y al individuo, incluyendo mención de esto en su informe anual previsto por el art. 45 del Pacto. Mayor cautela los Estados contratantes no podían ejercitar en defensa de sus prerrogativas soberanas.

7. Se asiste a un salto de calidad —bajo el aspecto del sistema de garantías— cuando del examen de los Pactos de las Naciones Unidas se pasa a aquellos del tratado de Roma para la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Desde el punto de vista sustancial, el área en conjunto cubierta por el tratado de Roma así como por los Protocolos adicionales número uno de mil novecientos cincuenta y dos y número cuatro de mil novecientos sesenta y tres no tiene una extensión diferente de aquella del Pacto de Derechos civiles y políticos, en el sentido que los valores humanos objeto de protección son fundamentalmente los mismos, trayendo su común origen de la Declaración Universal de los Derechos del hombre. Análogas además son las cláusulas que establecen las hipótesis en las cuales esta consentido a los Estados adoptar medidas derogatorias. Del todo diferente ha sido en cambio la disponibilidad de los Estados europeos a reprimir las propias prerrogativas de Estados soberanos a fin de asegurar una protección de los derechos humanos que sea verdaderamente eficaz.

Con la ratificación del tratado, cada Estado parte ha aceptado que la denuncia de su incumplimiento a las obligaciones convencionales pueda formar objeto, a solicitud de otro Estado contratante, de examen, y evaluación por parte de un órgano instituido por el tratado mismo (la Comisión Europea de los derechos humanos), con curso ulterior delante de un órgano del Consejo de Europa (el Comité de ministros), al cual está (es) atribuida la competencia de imponer medidas obligatorias. Con específica aceptación de dos cláusulas opcionales, además, cada Estado contratante puede admitir que su incumplimiento sea denunciado mediante recurso individual, y puede aceptar que en lo que le concierne se celebre un procedimiento jurisdiccional delante a una corte instituida por el tratado (la Corte Europea de derechos humanos).

8. Dicho esto en síntesis, desarrollo un breve análisis del mecanismo de garantía en examen "Toda parte contratante —establece el artículo 24— puede someter a la Comisión" (la Comisión europea de los derechos humanos) "a través del Secretario General del Consejo de Europa, cada inobservancia de las disposiciones de la presente Convención por la cual considere responsable a otra parte contratante".

El órgano competente para recibir dicha denuncia se integra por un número de miembros igual a aquel de las partes contratantes, los cuales actúan a título personal. En el procedimiento de nómina de tales miembros se manifiesta aquel "colegamento" funcional entre el mecanismo en examen y la organización europea denominada "Consejo de Europa", del cual tendremos modo de constatar otros importantes aspectos: la nómina de los comisarios corresponde "en facto" al Comité de ministros, sobre una lista de nombres presentada por la Presidencia de la Asamblea Consultiva, órganos, el uno y el otro, del Consejo de Europa.

Omitiendo otros detalles sobre la estructura de la Comisión, paso pronto a considerar, en los rasgos fundamentales, su funcionamiento. He recordado poco arriba que a la Comisión puede recurrir a cada Estado contratante: aquí agrego que por el artículo 25 del tratado, la legitimación para recurrir a la Comisión compete también a cada persona física, cada organización no gubernamental o grupo de particulares, que pretenda de ser víctima de una violación de parte de un Estado contratante. Tal legitimación es sin embargo subordinada al reconocimiento que el Estado llamado en causa haya hecho o haga de la competencia de la Comisión para recibir recursos individuales. En concreto, después, en tanto el recurso individual podrá formar objeto de examen de parte de la Comisión, en cuanto concurren determinados requisitos, formulados por los artículos 26 y 27, por lo demás en modo negativo. Así, el recurso no puede ser propuesto:

a) Si no han sido agotados los recursos internos, y no son transcurridos seis meses desde la fecha de la decisión definitiva; b) si eso no es compatible con las disposiciones del tratado; c) o manifiestamente infundado; d) o abusivo; e) o sea esencialmente lo mismo de uno precedentemente examinado por la Comisión o ya sometido a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, salvo que contenga hechos nuevos.

Entre las condiciones de admisibilidad indicadas, aquellas relativas al carácter no abusivo del recurso, a la no incompatibilidad del mismo con las disposiciones convencionales y al previo agotamiento de los recursos internos han sido explicados por la Comisión en una jurisprudencia de otra parte no siempre unívoca. Sin poder afrontar, en esta sede, el análisis de ella, me limitaré a recordar que la cuestión de saber si un recurso sea de considerarse o menos abusivo ha sido formulada en tres diferentes hipótesis y precisamente: 1) en el caso de quejas futiles, petulantes y no sostenidas de alguna actividad probatoria; 2) en el caso de empleo, de parte del recurrente, de expresiones ofensivas o difamatorias; 3) en el caso de motivación política del recurso. Mientras en la primera hipótesis la cuestión ha sido resuelta en modo afirmativo, con la consecuente declaratoria de admisibilidad del recurso, en la segunda hipótesis la Comisión ha considerado inadmisible el recurso sólo algunas veces, prefiriendo generalmente invitar la recurrente a la eliminación de las frases no convenientes, o excluir a su intemperante defensor del ulterior ejercicio del patrocinio y en la tercera ha dado demostración de espíritu liberal definiendo la cuestión en sentido negativo y considerando el recurso como admisible.

Cuanto a la no incompatibilidad del recurso con las disposiciones del Tratado ella ha sido reconocida en el hecho que el recurrente lamente la violación de un derecho —por ejemplo, el derecho al trabajo— que no entra en el número de aquellos garantizados por el Tratado.

Por último, en lo que se refiere al previo agotamiento de los recursos internos, la interpretación acogida por la Comisión parece ser caracterizada de notable rigor, de un lado exigiendo que el recurrente tenga expedito cada medio procesal disponible, comprendida la excepción de ilegitimidad constitucional en ordenamientos a constitución rígida como la italiana o la alemana, por otro lado restringiendo el área de las circunstancias particulares idóneas a eximir al recurrente de la obligación del agotamiento.

9. Una vez admitido el recurso, la Comisión desarrolla su actividad en dos direcciones: instruye el asunto, examinándolo en contradictorio con los representantes de las partes, con empleo, cuando sea necesario, del instrumento de la investigación; se pone a disposición de los interesados para llegar a un arreglo amistoso de la controversia sobre la base de los derechos consagrados por el Tratado.

Después de que la Comisión redacta y transmite al Comité de ministros un informe, este, en el caso de arreglo amistoso, se limita a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada; en el caso de permanencia de la controversia, constata, con la amplitud necesaria, los hechos, emite su opinión sobre la cuestión si los hechos conllevan, de parte del Estado interesado, una violación de las obligaciones convencionales, y formula

eventualmente las propuestas que considere oportunas.

Es a partir de este momento, y en relación a la hipótesis de falta de conciliación, que el mecanismo instituido por el Tratado de Roma muestra su originalidad y su eficiencia. Dos son las posibilidades que se dan. O dentro del plazo de tres meses desde la fecha de transmisión del informe al Comité de ministros la controversia viene sometida —en el concurso de las condiciones de las cuales diré sucesivamente— a la Corte Europea de los derechos humanos, y entonces a la misma controversia viene garantizada una solución de naturaleza jurisdiccional. O la sumisión a la Corte no viene efectuada y en tal caso se podrá alcanzar una solución de la controversia a obra del Comité de los ministros. Este, en efecto —bajo el artículo 32— es llamado a decidir, con una deliberación a mayoría de dos tercios de sus miembros sobre la cuestión si ha sido perpetrada una violación del Tratado. En caso afirmativo, él fije un plazo dentro del cual el Estado responsable deba tomar las medidas indicadas por la decisión y en caso de que tales medidas no fueren tomadas, él da a su decisión el curso que le corresponde. No obstante el carácter político del órgano, y por lo tanto la eventualidad que él pueda decidir con evaluaciones de oportunidad no **indefectiblemente congruentes** con la justicia, los Estados contratantes se determinaron a considerar como obligatoria a su decisión. Eso se explica con la duda que, en concreto, no pudiese ser promovido, en muchos casos, el procedimiento jurisdiccional, y con el intento de establecer de todos modos un arreglo obligatorio de las controversias.

En cambio, la disponibilidad del procedimiento jurisdiccional es hoy ampliamente asegurada, dada la progresiva aceptación por parte de los Estados contratantes, de la jurisdicción de la Corte Europea de los derechos humanos, delante a la cual como he dicho el procedimiento se desarrolla. La Corte está compuesta de tantos jueces como son los miembros del Consejo de Europa, elegidos por un órgano de éste, la Asamblea Consultiva (otra manifestación del colegamento entre el mecanismo de garantía en examen y dicha organización internacional); ellos actúan a título individual; permanecen en el cargo 9 años. Para el desarrollo de cada asunto se constituye una cámara de siete jueces, todos sorteados a excepción del juez que tiene la nacionalidad de cada Estado interesado o a falta de éste de la persona designada por el Estado, que asume el cargo de jure.

Los asuntos que pueden ser llevados ante la Corte son sólo aquellos de los cuales se haya ocupado la Comisión, y para los cuales no se haya logrado un arreglo amistoso.

Sin embargo, al umbral de la Corte se verifica una significativa exclusión del número de los sujetos legitimados a cruzarlo: la del autor del recurso individual. Sólo los Estados contratantes y la Comisión pueden presentarse ante la Corte. El salto de calidad al cual he hecho referencia precedentemente no tiene la amplitud suficiente para permitir al individuo la conquista de la calidad de parte en un procedimiento judicial internacional.

El fallo de la Corte que debe ser motivado, es definitivo: los Estados contratantes, partes de la controversia a la cual la decisión se refiere, están comprometidos a uniformarse; el Comité de los ministros al cual el fallo es transmitido vigila la ejecución del mismo.

10. Respondo preventivamente a una pregunta que imagino espontánea: el mecanismo no es sólo sobre el papel, funciona. Para la casi totalidad, los recursos son individuales: de ellos tiene ingreso un número extremadamente escaso, evaluable en cerca al 3 por ciento: eso, no significa, de otro lado, denegación de justicia, ya que por varias razones, entre las cuales es preminente la impreparación técnico-jurídica de los postulantes, los recursos declarados inadmisibles no corresponden a los requisitos previstos por el Tratado.

La actividad de la Comisión, gracias al notable nivel de sus componentes, se desarrolla apreciablemente, aunque sí con cautela, de otro lado comprensible, frente a la presión de los recursos individuales. De las dos posibilidades de solución para las controversias no conciliadas —decisión del Comité de los Ministros o decisión de la Corte— la primera ha tenido concretas aplicaciones en un número muy limitado de casos, después que los Estados contratantes, también en observancia a una recomendación de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa de 1953, eligen la vía de la Corte, de la cual han aceptado la jurisdicción. Y la Corte, rica también ella de las notables experiencias traídas por sus jueces, absuelve con decoro su tarea.

A menudo, los Estados previenen una probable condena modificando las leyes y las medidas administrativas puestas bajo acusación por los recurrentes; cuando no las anticipan, ejecutan en general, los fallos de la Corte.

Vale la pena investigar las razones que sotienen la vitalidad del sistema de garantías creado por el Tratado de Roma.

En primer lugar, los Estados contratantes constituyen un núcleo suficientemente homogéneo, cuya civilización se inspira en aquellos principios liberal-democráticos, que en Europa han encontrato origen y desarrollo: no es retórica la referencia, contenida en el preámbulo del Tratado, al patrimonio común de tradiciones y de ideales políticos, de respeto de la libertad y de preeminencia del derecho. La conciencia de estos valores —en segundo lugar— debe haber sido tanto más viva, cuanto más sentido era —en 1950— el peligro al que ellos estuvieron expuestos por la desconfianza y agresividad, material e ideológica, de los Estados de Europa Oriental. Es necesario además considerar que los derechos y las libertades consagrados por el Tratado, sea por su número limitado, sea por la sobriedad de su enunciación, sea sobre todo por la ESENCIALIDAD del contenido formaban una base idónea para la convergencia de espontáneos consensos. Por último, parece poder alcanzar que la familiaridad de los Estados contratantes con la práctica de la participación a procedimientos arbitrales o judiciales haya facilitado la aceptación de un control que se concretiza en decisiones obligatorias de organismos internacionales.

Razones correspondientes y opuestas explican la inconsistencia, ya mencionada del sistema de garantías que asiste a los Pactos de las Naciones Unidas de 1966.

La heterogeneidad de los Estados participantes, la amplitud de los derechos humanos reconocidos y el rechazo programático por ciertos grupos de Estados —aquellos del campo socialista y algunos Estados de reciente independencia— de métodos de arreglo diferentes del acuerdo han impedido la adopción de un mecanismo de eficiencia comparable con aquel del Tratado de Roma.

11. Queda por considerar la Convención americana de 1969.

Después de haberse encaminado en el hemisferio occidental, la cooperación internacional para la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales aparece caracterizada por una notable lentitud entre los Estados americanos. La declaración americana de los derechos y de los deberes del hombre, proclamada en Bogotá en 1948 en actuación de resolución XL de la Conferencia interamericana sobre los problemas de la guerra y de la paz, celebrada en México en febrero-marzo 1945, adelanta de algunas semanas la más famosa Declaración universal de las Naciones Unidas: deberán todavía pasar otros veinte años antes de que sea firmado en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la Convención americana sobre derechos humanos; y de esta fecha poco menos de diez años deberán todavía transcurrir antes que, alcanzado el número mínimo de once ratificaciones, la Convención entre en vigor (18 de julio de 1978).

Por último, es muy reciente (31 de octubre de 1979) la aprobación, por parte de la OEA, del estatuto sobre la base del cual deberá funcionar uno de los órganos instituidos por la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta lentitud —que prosigue en cuanto concierne a la ratificación de algunos de los más importantes Estados del continente— ha sido explicada por comentaristas con referencia, entre otras, a la audaz amplitud de los derechos y de las libertades reconocidas por la convención, que acoge (abraza) tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales (me gusta recordar que, sola entre las Cartas semejantes, la Convención sanciona que la protección del derecho de cada ser humano a la vida tiene inicio, en general, desde el momento de la concepción: art. 4): amplitud que puede haber dejado titubeantes a muchos Estados, celosos del propio orden político social y económico, e intolerantes de interferencias externas. Todo eso trae consigo que el examen del sistema de garantías contenido en la Convención no puede beneficiarse de la experiencia proveniente de su puesta en práctica.

12. El mecanismo predispuesto por la Convención de San José presenta notables semejanzas con aquel del Tratado de Roma, pero también algunas fundamentales diferencias. Eso también se basa sobre la presentación de las denuncias de violaciones de la convención a un órgano no jurisdiccional, denominado Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que desarrolla, inicialmente, actividades análogas a las de la análoga Comisión europea, vale decir actividad instructoria, en el contradictorio entre el denunciante y el Estado llamado en causa, y actividad conciliativa. Pero ya en la fase de la presentación de la denuncia es posible remarcar una de las diferencias a las cuales he aludido: legitimado a la presentación de la denuncia (**petición**),

sin necesidad de específica aceptación de la correspondiente competencia de la Comisión por parte de los Estados, es cada persona o grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados contratantes, mientras la legitimación de los Estados contratantes a presentar denuncias (**comunicación**) presupone la aceptación específica de la competencia de la Comisión por parte sea del Estado denunciante que del Estado llamado en causa. Esta inversión de situación respecto al Tratado de Roma podría explicarse sea con referencia a la experiencia europea, que permite de registrar, como ya lo he hecho notar, una extrema escasez de los recursos estatales frente a una masa imponente de recursos individuales, los cuales constituyen por lo tanto, en la práctica, la regla, sea con la precedente experiencia del decenio de funcionamiento de la Corte de Justicia Centroamericana, ante la cual podían comparecer los individuos, sea por último con la modesta incidencia de la función de la Comisión, sobre la cual trataré dentro de poco.

En lo que se refiere a las condiciones de admisibilidad de los recursos individuales, ellas son reguladas en modo esencialmente similar al europeo: va de otra parte remarcado que el rigor de la regla del previo agotamiento de los recursos internos es apreciablemente atenuado (con referencia a la Convención europea) siendo previstas algunas situaciones (art. 46 párr. 2) en las cuales el individuo es exonerado del cumplimiento de dicha regla.

Bien diferente en cambio es la actividad de la Comisión en la fase sucesiva a la instructoria, en caso de que no se logre una solución conciliativa (la cual debe siempre basarse sobre el respeto de los derechos reconocidos por la Convención). Está previsto que la Comisión redacte un informe, en el cual constate los hechos y formule conclusiones, y lo transmita a los Estados interesados, acompañándolo, eventualmente, con propuestas y recomendaciones. A este punto, la posibilidad de llegar a una solución de la controversia —a menos que no se produzca un arreglo amistoso de la misma— es confiada solamente a la disponibilidad de un recurso jurisdiccional a otro órgano instituido por la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Falta en cambio la otra posibilidad de solución, alternativa respecto a aquella judicial, que ofrece el Tratado europeo, o sea la decisión de un órgano de naturaleza política parangonable al Comité de los Ministros del Consejo de Europa. Si, en efecto, pasados tres meses desde la transmisión del informe a los Estados interesados, no es propuesto recurso jurisdiccional, la Comisión Interamericana se limita a tomar de nuevo el caso en consideración y a formular las recomendaciones correspondientes, indicando un periodo de tiempo dentro del cual el Estado es invitado a tomar las medidas necesarias para regularizar la situación. El curso ulterior se reduce a establecer, por parte de la Comisión, si dichas medidas han sido puestas en práctica (realizadas) y a decidir si hacer público el informe (art. 51). Como es claro, los Estados contratantes no se han comprometido en algún modo a considerar como obligatoria la solución formulada por la Comisión: el valor, el peso de tal solución es esencialmente de orden moral, en cuanto determine una orientación de la conciencia jurídica internacional y una presión de la opinión pública favorables al restablecimiento de los derechos violados.

No me adentro en las características estructurales de la Comisión (que está compuesta de siete miembros, elegidos por la Asamblea general de la OEA y actuantes a título individual) y en otras competencias de la misma (preordinadas a la difusión del conocimiento, y a la promoción del respeto de los derechos humanos: art. 41) para hablar brevemente de la Corte.

Como hasta ahora he subrayado, la Corte representa la única instancia que, en el sistema de las garantías predispuestas por la Convención americana, es idónea a resolver la controversia: los Estados contratantes, en efecto, se han recíprocamente obligado a dar ejecución al fallo de la Corte (art. 68). Sin embargo, como en el Tratado europeo, la cláusula atributiva de jurisdicción a la Corte es opcional, en el sentido que, para ser aplicable con relación a un Estado contratante, debe haber sido específicamente aceptado por este, o en vía general, mediante declaración depositada ante el Secretario general de la OEA, o de vez en cuando, mediante acuerdo particular. La jurisdicción es ejercitable, en concreto, sólo si todos los Estados partes en la controversia la han aceptado en una de las formas ya indicadas. Hasta el momento de la aprobación del estatuto de la Corte por parte de la Asamblea general de la Organización, solamente el Estado de Costa Rica resultaba haber aceptado la jurisdicción, mientras que sucesivamente dos Estados más (Perú y Venezuela) han depositado su instrumento de aceptación.

Como en el Tratado europeo, la Corte puede sólo conocer de controversias que hayan sido tra-

tadas ante la Comisión, y admite ante sí sólo a la Comisión y los Estados, con exclusión de los individuos.

La necesidad, a este punto, de concluir, me disuade de entrar en detalles acerca de la composición de la Corte (siete jueces, elegidos por la Asamblea General de la OEA por 6 años y actuantes a título individual), y las funciones de la Corte (que comprenden, además de la jurisdicción contenciosa, una jurisdicción consultiva concerniente a la interpretación de la Convención y de cada Tratado para la protección de derechos humanos en los Estados americanos).

13. La comparación, hasta aquí expuesta, de los sistemas de garantía que asisten a los convenios generales para la salvaguarda de los derechos humanos despierta el recuerdo de algunas alumbrantes consideraciones del profesor Tomaso PERASSI, fundador de la Escuela dogmática italiana del Derecho Internacional, acerca de la relatividad de los valores jurídicos, en general, de los procedimientos de garantía, en particular.

> "La diversidad en los procedimientos adoptados para garantizar la eficacia de las respectivas normas. . . es. . . uno de los aspectos donde se manifiesta la variedad de los ordenamientos jurídicos. Cada uno de ellos en la determinación de tales procedimientos, no puede prescindir de su estructura" (Lezioni di diritto internazionale, Roma, 1939).

Este principio general de relatividad encuentra aplicación también al interior de un dado ordenamiento.

Con referencia al ordenamiento internacional afirma, sin embargo, Perassi: *"entre las diversas agrupaciones de Estados diversa puede ser la consistencia de las normas procesales que regulan los procedimientos de declaración del derecho en las controversias que entre ellos pueden surgir":* con la consecuencia, en definitiva, que viene a resultar diferente la eficacia práctica de las normas sustanciales, a las cuales "l'accertamento" se refiere.

En el caso de las normas convencionales para la protección de los derechos humanos, se verifica en efecto que, para cada uno de los diversos grupos de Estados a que son sus destinatarios —la generalidad de los miembros de la Comunidad Internacional, por los dos Pactos de 1966, los Estados europeos, por el Tratado de Roma, los Estados Americanos por la Convención de San José— los mecanismos de garantía son diferentes, en relación al diferente grado de cohesión política, histórica e ideológica de los miembros de cada grupo: grado mínimo en las relaciones entre la generalidad de los miembros de la comunidad internacional, cuyas controversias acerca de los Pactos de 1966 no encuentran, correspondientemente, solución obligatoria; grado máximo (en términos relativos) en las relaciones entre los Estados del Consejo de Europa, cuyo contencioso concerniente al Tratado de Roma es en cambio susceptible de arreglo.

El auspicio es que pueda desarrollarse una tendencia a la uniformidad de los sistemas de garantía, y que esta tendencia apunte hacia los valores máximos.

* * *

# EL PATRIMONIO FAMILIAR

*Lic. Jorge Solano Chacón*

El antecedente a la Ley No. 5476 que bien conocemos, excelente legislación en beneficio de la Familia, propuesta y conseguida por el Lic. Carlos José Gutiérrez, pero mal interpretada "extrajudicialmente", fue combatida hasta que se derogó. (No tengo conocimiento de si en su corta existencia originó jurisprudencia o interpretación judicial). Conviene advertir que la causa pudo haber sido el cambio radical al sistema de propiedad que estableció, de un régimen de separación de bienes en el matrimonio, vivido entre nosotros por más de un siglo, a una comunidad de los mismos. La concurrencia de ambos cónyuges para el otorgamiento de contratos no fue aceptado en un medio en que los "negocios" los ha realizado únicamente el varón.

La misma Asamblea que derogó la ley, estaba tramitando el nuevo Código de Familia. Eso indica que cualquier restablecimiento de institución parecida a ella, no contaba con su aprobación, y hasta había la seguridad de que el propio Código de Familia corría riesgo de no aprobarse si contenía la misma institución. Ante esa oposición y la conciencia de quienes redactábamos el nuevo código en cuanto a que no debía faltar en él alguna legislación al respecto, así como, dicho en honor a la verdad, la instancia de las mujeres diputadas de la época, no quedó otra alternativa que ensayar algo sobre el Patrimonio Familiar, pero sin las disposiciones derogadas.

Así, en un esfuerzo por hacer algo en ese sentido, redactamos lo que se conoce muy bien. El articulado fue, casi de ensayo, con el propósito de que se fuera reformando posteriormente. Nos sirvió de atenuante el hecho de que la institución no ha sido plasmada en legislación alguna en forma perfecta y completa. Todas las legislaciones que conocemos adolecen de alguna falta, y en países donde se ha incluido en la legislación pareciera no haber funcionado muy bien.

Lo dice la estimable colega Licda. Ramírez: el proyecto de Código de Familia no contenía nada de eso. De varios ensayos hubo de adoptarse un corto articulado presentado por mí a la Comisión de Asuntos Jurídicos. En él procuramos, y creo que lo conseguimos, incorporar los elementos constitutivos esenciales del instituto jurídico en comentario. Le dimos la característica de "inmueble rural o urbano afectado al servicio de la familia, gozando de inembargabilidad y disponibilidad restringida (no absoluta)", conceptos que la colega transcribe de varios autores. No es cierto, como Ud. lo apreciará que "los artículos del Código no tienen una estructura formal ajustada a los aspectos doctrinales principales, sino que son de una redacción muy general".

En cuanto al constituyente del Patrimonio, es aceptado universalmente que debe serlo el dueño del inmueble. No se dio en beneficio de la familia de hecho por cuanto el Código había establecido

que el matrimonio es la base esencial de la Familia, y claro, tampoco se había legislado sobre la familia de hecho, omisión lamentable que obedeció posiblemente a que no contenía nada el proyecto, y no conocimos, me parece, ninguna sugerencia en ese sentido.

La ley confió a los esposos la constitución, mantenimiento y cesación del Patrimonio. Podemos explicar lo anterior en el texto del artículo 34 del Código de Familia: "Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos, y preparar su porvenir . . ." Nos faltó decir: "y están obligados a darles bienestar material y espiritual y adecuada formación". Puede ser que no le diéramos a la ley un carácter más amplio de protección social de los menores. En ese aspecto se impone la reforma, para que a la constitución del patrimonio concurra únicamente el dueño del bien, y aquél no cese mientras haya menores de edad en la familia. Es discutible si puede darse esa facultad a otro pariente que no sea uno de los cónyuges, pues bien se sabe que la afectación constituye una sustracción al patrimonio en perjuicio de los acreedores, por lo menos temporalmente. (No hay inconveniente en nuestro medio para que una persona ceda el derecho de uso y habitación de un bien a una familia, y esto sustituye completamente el patrimonio familiar por un tercero).

Los muebles los ha protegido nuestra legislación en beneficio de la familia, estableciendo la inembargabilidad hoy ampliada a todo lo que constituye el "menaje de casa".

Recordemos en cuanto a lo dispuesto por el artículo 42 que el Patrimonio Familiar en las legislaciones y en la doctrina ha sido restrictivo en cuanto a los bienes que afecta, por ser regla universal, como ya dije, que el patrimonio en general es prenda de los acreedores, que sirve de fundamento a todo el Derecho de Obligaciones, y aun de Propiedad. A eso obedece que se le ponga límite a la extensión del bien afecto. La administración del Patrimonio Familiar debe quedar en manos del propietario. En Derecho, en cuanto a la institución que comentamos, está descartado que se trata de fundar una empresa nueva. Recuerde que ni el mismo matrimonio forma un ente jurídico con personalidad propia distinta a la de los esposos; me parece imposible, por esa causa, encomendar la administración del patrimonio familiar a un tercero o a una Junta.

Encomendada como está la protección de la familia a los cónyuges, éstos velarán lo relativo al patrimonio. Ahora bien: en el ambiente urbano no veo que la administración implique nada complicado distinto al aseguramiento de la vivienda. En cuanto al inmueble rural, sólo la explotación agrícola contiene administración alguna. Realmente en ambos casos en el fondo lo que se continúa haciendo es el ejercicio del derecho de propiedad.

Termino dándole dos opiniones personales: si lo que tenemos establecido entre nosotros como Patrimonio Familiar tiene visos de ser una institución aceptada y protectora de la familia, hay que reestructurarla y completarla. Esa fue la intención al establecerla, y ojalá que los estudiosos del Derecho de Familia lo hagan. Yo los invito a ello. La regla general es que los padres demos todo lo que tenemos a nuestros hijos. Para los padres acaudalados, el Patrimonio Familiar como está la institución concebida universalmente, será una mínima parte para dar a los hijos. Para una gran mayoría de padres desposeídos, bueno: ni siquiera una casa hay para darles a los hijos. Para una minoría de padres irresponsables, para quienes la ley debe intervenir en protección de sus hijos menores, no será suficiente ninguna institución jurídica, pues creo que con ninguna cambiamos la naturaleza humana, ni suplimos los defectos de la educación. El remedio será cambiar totalmente y en forma integral, el sistema de propiedad en el matrimonio.

* * *

# EL APORTE DE LA CEPAL Y LAS PERSPECTIVAS DEL ESTADO NACIONAL COSTARRICENSE*

*Dr. Jorge E. Romero Pérez.*

*Profesor de la Facultad de Derecho. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas. (U.C.R.).*

## SUMARIO:

Resumen . . . . . 36
I. Introducción . . . . . 36
II. Algunos antecedentes de la creación de CEPAL. . . . . 36
III. Postulados de la CEPAL . . . . . 37
IV. Aporte de la CEPAL . . . . . 39
V. Tesis de la CEPAL. . . . . 40
VI. El caso de Costa Rica. . . . . 41
VII. A modo de conclusiones. . . . . 43
VIII. Bibliografía de referencia . . . . . 44

## SIGLAS

| | |
|---|---|
| PLN | Partido Liberación Nacional |
| FMI | Fondo Monetario Internacional |
| USA | Estados Unidos de América |
| CEPAL | Comisión Económica para la América Latina |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| OEA | Organización de Estados Americanos |
| GOBIERNO | Gobierno de Costa Rica |
| ADMINISTRACION | Administración Pública de Costa Rica |
| CORFO | Corporación de Fomento (Chile) |
| ANFE | Asociación Nacional de Fomento Económico (Costa Rica) |
| PNB | Producto Nacional Bruto |
| IN | Ingreso Nacional |

**Ponencia al XIV Congreso Latinoamericano de Sociología San Juan (Puerto Rico), 5 a 9 de octubre de 1981. Tema I: surgimiento, consolidación y perspectivas de los Estados Nacionales.*

## RESUMEN

En este breve trabajo se trata de esbozar varios aspectos relativos a la CEPAL, su pensamiento y el Estado costarricense.

Más que crítico, este estudio será de carácter informativo y descriptivo. Sin duda esto constituye una limitación a los alcances de este escrito, sin embargo, puede cumplir un objetivo de fijación de ciertos elementos del análisis que nos interesa destacar.

Desde 1948 al presente, dicho organismo internacional ha venido elaborando pensamiento para Latinoamérica. Es un foco de políticas públicas y de ideología que los gobiernos y los grupos de presión, en cada país, tamizan y adaptan a sus intereses particulares, no sin antes escudarse en los intereses generales y del "bien común".

Destacamos aquí que la CEPAL ha contado con dos intelectuales importantes, entre otros, Raúl Prebisch, economista y primer secretario general de ese ente y José Medina Echavarría, sociólogo. Sus ideas y obras han tenido una fuerte influencia en América Latina, siendo ineludible al estudiar a la CEPAL, el citarlos.

Recordando también y precisamente que la limitación principal del pensamiento social latinoamericano parece radicar, entre otras cosas, en su incapacidad para diseñar un sistema de categorías explicativas de la realidad específica de América Latina.

No es la participación de América Latina en el mercado mundial lo que determina el tipo de división internacional del trabajo y el papel asignado a Latinoamérica en esa división, sino que —por el contrario— es la división internacional del trabajo existente mucho antes de que América Latina se incorpore al mercado mundial, la que determina la forma en que se incorpora y el papel que le tocará desempeñar en ese proceso (es una crítica a Ruy Mauro Marini, cf. **Teoría de la dependencia**, México, Era, 1977), (Castillo Rivas, Donald, **Apuntes para una crítica a la "Teoría de la dependencia"**, Nueva Sociedad, No. 44, 1979, pp. 88 y 92).


## I. INTRODUCCION.

Sin duda la CEPAL se ha proyectado en América Latina mucho más que una simple entidad generadora de asesoría o de ideología sobre problemas económicos y sociales.

El papel que ha jugado la CEPAL ha sido estratégico en la consolidación de ciertas políticas estatales y ha servido, en algunos casos, para estructurar los programas de los partidos políticos mayoritarios en ese subcontinente. Esta es una dimensión de la situación, la otra consiste en que los gobiernos o no han querido llevar adelante las políticas de CEPAL, o las han ejecutado en forma distorsionada y desviada, o simplemente han usado los proyectos de la CEPAL como mera propaganda, como en el caso de Costa Rica.

## II. ALGUNOS ANTECEDENTES DE LA CREACION DE LA CEPAL.

En Chile la CORFO (Corporación de Fomento) creada en 1939 desarrolla sus actividades en un plan de electrificación nacional, funda las bases de la producción y refinación del petróleo o instala una usina siderúrgica ("Huachipato"), además de incrementar la producción de azúcar y de papel (1).

Esta actividad pionera de Chile, dentro del contexto de una perentoria necesidad de industrialización en América Latina, sirvió de base a los impulsores de la CEPAL en el seno de las Naciones Unidas.

Cueva señala que el modelo de sustitución de importaciones que se trató de llevar adelante en varios países de América Latina fracasó a la postre, entre ellos Argentina, Uruguay y México, puntualizando que la fórmula: a menor capacidad de importar, mayor sustitución de importaciones y mayor industrialización, la desmintió Chile en vista de que el crecimiento de la industria tuvo un ritmo inferior al dos por ciento, que equivale a un estancamiento. En la CORFO

---

(1) **FURTADO, Celso, *La economía latinoamericana desde la conquista ibérica hasta la revolución cubana* (México: Siglo XXI, 1974, pp. 111 a 113) y CUEVA, Agustín, *El desarrollo del capitalismo en América Latina* (México: Siglo XXI, tercera ed., 1979, pp. 176 a 178).**

que Chile trató de enfrentar el problema de la industrialización, sin embargo el sacrificio no dio sus resultados esperados.

En general, los lazos de la dependencia se incrementaron a partir de 1930 para toda la América Latina (2).

Ante esas experiencias negativas, al crearse las Naciones Unidas, varios países de Latinoamérica se interesaron por crear un organismo regional para esta zona.

Prebisch señala que la CEPAL fue creada experimental y temporalmente por un período de tres años, sujeta la prórroga a varias condiciones, ante la mirada perspicaz del gobierno de los Estados Unidos de América (USA), que tenía desconfianza de ese organismo (3).

Había renuencia a que se hablara del desarrollo económico. CEPAL nace bajo un signo herético. Su creación experimental así lo confirma (4).

La creación de CEPAL en 1948 fue parte de la fundación de varias comisiones económicas para diversas regiones del mundo, bajo el patrocinio de la ONU y del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas (v.gr. para Asia y Lejano Oriente, Europa en 1946) (5).

En 1948 se le invita a Prebisch para que ocupe la Secretaría General de la CEPAL, no aceptándola, a pesar de tener fe en la misión de este organismo internacional; pero tuvo reservas de otro tipo que no ha querido hacer públicas.

Pasados los años de prueba, la CEPAL vuelve a ser objeto de debate y de desconfianza de parte de los Estados Unidos. Sin embargo, en 1949 ya Prebisch estaba trabajando con CEPAL y había preparado varios documentos de corte económico y social.

Chile, México y Brasil apoyan la consolidación de CEPAL, gracias a la intervención de Prebisch y otros economistas de América Latina. Parte de los argumentos explícitos de personeros del gobierno de los Estados Unidos y de economistas ligados a grupos de presión políticamente relevantes en ese país decían que CEPAL se confundiría con el Consejo Económico y Social de la OEA (Organización de Estados Americanos). Lo cual era falso, pues cada organismo tenía su ámbito de acción y competencia respectivas.

Habíamos roto varios tabúes —dice Prebisch— al plantear el tema del desarrollo económico, inflación, desempleo, problemas estructurales de la economía, industrialización de Latinoamérica, comercio exterior, desequilibrio del sector externo, etc. El análisis de estos temas era visto con mucha desconfianza y temor por parte de las esferas oficiales de los Estados Unidos, tanto en el sector privado como en el público (6).

Asimismo la formulación de la planificación económica en el desarrollo económico, generó antipatías estadounidenses, imputándole a la CEPAL tesis socializantes, de concentrar el poder en el Estado y debilitar la empresa privada, además de desfigurar a la CEPAL bajo la tesis falsa de que sosteníamos que la inflación era esencial para el desarrollo económico. Al contrario responde Prebisch la política antiinflacionista tiene que integrarse dentro de una política racional del citado desarrollo y no ser un elemento ajeno a esa política (7).

CEPAL queda consolidada, a pesar de las oposiciones, como organismo: destinado al estudio de los problemas económicos y sociales de América Latina (8).

## III. POSTULADOS DE LA CEPAL.

Dentro de las ideas que constituyen la plata-

---

(2) Cit. CUEVA, pp. 171 a 177. KAPLAN, Marcos, *Estado, acumulación y distribución del ingreso en América Latina contemporánea* (México: revista Comercio Exterior, abril de 1979, p. 433).

(3) PREBISCH, Raúl, *Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano* (México: Fondo de Cultura Económica —CFE—, 1963, pp. viii a x).

(4) PREBISCH, cit., p. xi.

(5) JAN OSMANCZYK, Edmund, *Enciclopedia mundial de relaciones internacionales y Naciones Unidas* (México: CFE, 1976, pp. 853 a 855) y COLLARD, Claude-Albert, *Instituciones de relaciones internacionales* (México: CFE, 1978, pp. 543 a 600). MEDINA, Manuel, *La organización de las Naciones Unidas* (Madrid: Tecnos, 1974, *in toto*).

(6) PREBISCH, *ídem*, pp. xi a xiii.

(7) PREBISCH, *ibídem*, p. xiii. Otros documentos importantes en este punto son: *El desarrollo económico de América Latina y algunos de sus principales problemas* (E/CN/12/89), Boletín Económico de América Latina, Vol. VII, No. 1. Santiago de Chile, febrero de 1962; *El desarrollo económico de América Latina en la postguerra* (E/CN/12/659/add. 1).

(8) SUNKEL, Osvaldo y PAZ, Pedro, *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo* (México: Siglo XXI, 1970, pp. 18 a 22).

forma definitoria de la CEPAL podríamos establecer las siguientes:

**1. Monetarismo (9) versus estructuralismo.**

Desde 1947 en que empieza a funcionar el Fondo Monetario Internacional (FMI), como organismo de la ONU, se da un enfrentamiento entre este organismo y la CEPAL.

Es en 1950 cuando ocurre el primer enfrentamiento grave entre esos entes internacionales, a propósito de la inflación chilena. Los monetaristas, en sede del FMI sostuvieron que la inflación se combatía con reducir o eliminar el déficit fiscal, limitando el gasto público, aumentando las tarifas de los servicios públicos deficitarios, conteniendo la expansión crediticia y monetaria, devaluando el tipo de cambio, eliminando el control de precios de varios productos de primera necesidad, y disminuyendo los salarios o postergando el aumento de éstos, etc.

Por su parte la CEPAL estimó que los problemas de América Latina no eran simplemente monetarios y que las soluciones monetaristas eran insuficientes y en algunos casos improcedentes para aquellos problemas (10). Prebisch lo precisa al decir que los males que aquejan a la economía latinoamericana no responden a factores circunstanciales o transitorios; son expresión de la crisis del orden de cosas existentes y de la escasa aptitud del sistema económico —por fallas **estructurales** que no hemos podido corregir— para lograr y mantener un ritmo de desarrollo que responda al crecimiento de la población y a sus exigencias de rápido mejoramiento (11).

A la tesis monetaria del FMI (12), Prebisch insiste en que los problemas estructurales de América Latina, pueden bosquejarse así:

1. la estructura social prevaleciente entorpece la movilidad social.

2. esa estructura social se caracteriza por el privilegio en la distribución de la riqueza y el ingreso.

3. ese privilegio distribuido no se traduce en un ritmo de acumulación de capital, sino en módulos exagerados de consumo en los estratos superiores de la sociedad en contraste con la precaria existencia de las masas populares.

4. esa transformación en las estructuras de poder debe conducir a acelerar el ritmo de desarrollo económico y a redistribuir el ingreso en favor de las masas populares.

En otras palabras, no habrá aceleración de ese proceso de desarrollo sin transformación de la estructura social (13).

Nuestro criterio es consecuente con el de CEPAL y por ende contrario al del FMI. Claro está que esa transformación política de las estructuras de poder en América Latina no se puede hacer tranquilamente, los ejemplos de El Salvador, Guatemala, Nicaragua y otros países más en erupción política confirman la tesis de que los estratos superiores latinoamericanos ponen como requisito **sine qua non** la revolución para que esa mutación se lleve a cabo, precisamente contra los intereses oligárquicos de esos grupos y clases hegemónicas.

**2. Centro - periferia.**

El análisis que hizo CEPAL sobre el comercio exterior, la crisis del sector externo de las economías latinoamericanas y los problemas estructurales de las mismas, llevó a la elaboración metodológica de los criterios de división del mundo en países del **centro** y de la **periferia,** esbozo de lo que en años de 1960 en adelante se conoció como el debate de la **teoría de la dependencia** (14).

Pinto señala que esos términos son ambiguos (centro - periferia), pero que sin embargo, dan luz acerca de la ubicación de la temática que se pretende investigar (15). Sin duda esos conceptos han adquirido aceptación y uso generalizado, siendo un

---

(9) La política monetarista (contención de salarios, disminución del déficit fiscal, restricción del crédito y del volumen de medianas y pequeñas de más baja productividad, a fin de permitir la recuperación. Esa política monetaria tiene limitaciones en su cumplimiento: resistencia sindical y del movimiento obrero. De ahí entonces que la crisis económica se hace crisis política y la resolución de la crisis política se juega en la lucha de clases a través de una solución económica proletaria o burguesa (DOS SANTOS, Theotonio, *La crisis internacional del capitalismo*, No. 44, 1979, pp. 32 a 34).

(10) RODRIGUEZ, Octavio, *La teoría del subdesarrollo de la CEPAL* (México: Siglo XXI, 1980, pp. 190 a 192).

(11) PREBISCH, cit., p. 3.

(12) Cf. revista Nueva Sociedad, No. 45, 1979 contiene varios artículos críticos del FMI.

(13) PREBISHC, cit. 4 a 20.

(14) Cf. entre otros MARINI, Ruy Mauro, *Dialéctica de la dependencia* (México: Era, 1974); CARDODO, Fdo. H. y FALETTO, Enzo, *Dependencia y desarrollo en América Latina* (México: Siglo XXI, 1969).

(15) PINTO, Aníbal, *Marginalización y dependencia en América Latina* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1973, p. 31).

par conceptual relevante en el vocabulario de la CEPAL y de algunos teorizadores de la **dependencia.**

El **centro** lo forman los países industrializados y la **periferia** las naciones pobres y dependientes de los países centrales.

En la periferia, la estructura productiva es heterogénea, existiendo un sector exportador en el cual la productividad es alta y otro sector interno (agricultura) de productividad baja. También la especialización gravita negativamente sobre la periferia, pues se dedica a la producción de bienes básicos (modelo agro-exportador). En ese mismo orden de ideas, la estructura productiva del centro es homogénea, lo cual le da una ventaja económica y productiva muy grande en relación a la periferia. Esto da lugar a lo que se ha trabajado bajo el nombre de intercambio desigual (17) entre los países del Centro y de la periferia; y, por supuesto a la configuración de nuevas formas imperialistas en el mundo.

### 3. Desarrollismo y crecimiento económico.

Mucho se ha hablado en favor y en contra del "modelo desarrollista de la CEPAL" (18) y en esta tarea de discusión se han prefigurado, al menos, dos corrientes polémicas:

a) la que afirma que el problema económico se reduce al crecimiento macro (v.gr. Walter Rostow, en **"Etapas del crecimiento económico"**) y sus prerrequisitos "funcionales" (19).

b) el desarrollismo cepalino (20) que supone, al menos teóricamente, ciertos cambios estructurales ("evolutivos", no revolucionarios) en América Latina. La médula de esta postura estima que el problema del desarrollo en ese subcontinente se debe observar como una tarea global que va mucho más allá del mero asunto del incremento del producto nacional bruto (PNB) y de las tasas de ganancia en el sector privado o de los indicadores económicos propios del comercio exterior.

Desarrollo en América Latina es una labor que afecta las dimensiones sociales, políticas y económicas y consiste —en esencia—, en una efectiva distribución de la riqueza, promoción de reformas agrarias (21) y facilitación de la movilidad social ascendente. En síntesis un desarrollo económico y social que permita cierto cambio estructural en América Latina.

A pesar de esa concepción clara sobre objetivos sociales, políticos y económicos, los gobiernos oligárquicos de este subcontinente han hecho fallar los mecanismos y los procedimientos para llevar hacia adelante esas medidas de transformación, lo cual no es de extrañar, sino —al contrario— es muy congruente con la naturaleza y fines de las clases oligárquicas y sus "sociedades políticas" respectivas.

## IV. APORTE DE LA CEPAL.

En buena parte, se puede decir que el pensamiento de CEPAL de 1949 a 1960 se debe a Raúl

---

(16) RODRIGUEZ, cit., p. 245.

(17) Cf. entre otros, los estudios de Samir Amin y de Emmanuel Amin en una reciente publicación afirma: toda la crisis del capitalismo es la expresión de un mal funcionamiento de la ley del valor por efecto de la lucha de clases. Ello se manifiesta por medio de desequilibrios que hacen imposible la obtención del valor y desencadenan la caída de las tasas de beneficio. Contrariamente al *centro*, el desarrollo del capitalismo *periférico* lejos de constituir naciones, las disgrega (revista Nueva Sociedad, Caracas, No. 50, 1980, pp. 8 y 14).

(18) En cierto sentido se podría decir que este "desarrollismo" es conservador y oficial, en cuanto que es la expresión de un ente de la ONU y no rechaza el capitalismo como sistema económico ni propugna el socialismo ni tampoco denuncia las relaciones imperialistas. Es el pensamiento de un organismo burocratizado internacional con todas las limitaciones que eso implica. Empero, no hay duda que la CEPAL ha desempeñado un rol importante en la América Latina, en parte, dada la ausencia de centros de creación ideológica en este subcontinente. A su vez digamos que el "desarrollismo" en su versión más progresista sostuvo:
1. Concepción de un proyecto nacional antiimperialista
2. Capacidad para romper con la dominación imperialista
3. Reforma agraria y construcción de grandes empresas estatales
4. Formación de un empresario nacional y el aumento de la participación popular (FALETTO, Enzo, *La dependencia y lo nacional popular*, revista Nueva Sociedad - Caracas: No. 40, 1979; pp. 41 y 42).

(19) Aquí se recuerda la polémica sobre el "estructural-funcionalismo" cultivado por la escuela de Talcott Parsons, entre otras (cf. *Sistema Social*, Madrid: Revista de Occidente, 1965).

(20) Cf. LIZANO, Eduardo, *Modelos económicos: sus alternativas* (San José: UNED, en la obra colectiva *"Problemas económicos del desarrollo en Costa Rica"*, 1980, pp. 119 a 136).

(21) Cf. BARAHONA, Rodrigo y SALAS, Oscar, *Derecho agrario* (San José: UCR, 2da. ed., 1980); BARAHONA, Francisco, *Reforma agraria y poder político* (San José: UCR, 1980), entre otros.

Prebisch, esencialmente en el campo económico y en el terreno del aspecto del desarrollo social a José Medina Echavarría (22).

De acuerdo con Rodríguez los aportes de la CEPAL se han dado en estos campos:

1. **Teoría económica.**
   - concepción centro - periferia (1949-1950)
   - deterioro de los precios de intercambio (versión **contable**) (1949-1950)
   - versión **"ciclos"** de dicho deterioro, mismos años
   - interpretación del proceso de industrialización (1949-1955)
   - 1959= versión **"industrialización"** del **supra**indicado deterioro
   - teoría de la inflación (1953-1964)
   - análisis de los obstáculos estructurales al desarrollo (1960-1963)

2. **Políticas de desarrollo.**
   - conducción deliberada del proceso de industrialización
   - criterios de asignación de recursos
   - planificación del desarrollo
   - rol del Estado
   - reforma agraria
   - revisión de los principios y métodos de la planificación
   - reforma fiscal y acentuación del intervencionismo estatal

3. **Políticas en el campo de las relaciones económicas internacionales.**
   - protección al mercado interno
   - integración latinoamericana
   - financiamiento externo
   - asistencia técnica
   - política anticíclica

4. **Política agraria.**
   - investigación y extensión
   - tributación y reforma agraria

5. **Política social, laboral y de ingresos.**
   - redistribución del ingreso nacional
   - políticas sociales
   - política en materia de empleo

6. **Políticas de corto plazo.**
   - antiinflacionarias (23)

## V. TESIS DE LA CEPAL.

En este apartado no vamos a efectuar un análisis exhaustivo ni detallado de las tesis centrales de la CEPAL, como tampoco este estudio tiene la intencionalidad de realizar una "historia de la CEPAL". Simpiemente expondremos algunas de las tesis de este organismo internacional, aclarando que más que llevar a cabo un "seguimiento" del pensamiento de ese ente, indicamos lo que podríamos calificar prudentemente como la concepción "inicial" u "original" de esa entidad.

1. **Concepción del centro - periferia.**
   a. El mundo está dividido en países del centro y naciones periféricas.
   b. Esa división bipolar del mundo sirve para efectos metodológicos y didácticos, la realidad es mucho más complicada que ese sencillo esquema.
   c. El desarrollo económico se mide por el aumento en el bienestar material, sin excluir formas de plenitud y gozo "espiritual".
   d. Existe un deterioro en los términos de intercambio entre el centro y la periferia, el cual conduce a un desarrollo desigual que favorece al centro y perjudica a la periferia.
   e. La evolución desigual de productividades e ingresos medios constituyen la expresión más directa del contenido dinámico del modelo analítico "centro - periferia" (24).

---

(22) Cf. MEDINA, José, *Sociología latinoamericana* (San José: EDUCA, 1976); y, Secretaría de la CEPAL, *El desarrollo social en América Latina en la postguerra* (Buenos Aires: Solar/Hachette, 1963, documento presentado por la CEPAL al X período de sesiones Mar del Plata, Argentina, mayo de 1963, y escrito, básicamente por Medina Echavarría.

(23) RODRIGUEZ, Octavio, *Teoría del subdesarrollo de la CEPAL. Síntesis y crítica* (México: revista "Comercio Exterior", diciembre de 1980, Vol. 30, No. 12, p. 1347).

(24) RODRIGUEZ, *La teoría del subdesarrollo de la CEPAL* (cit. Siglo XXI, 1980, pp. 19 a 33).

2. **Teoría del deterioro de los términos de intercambio.**
   a. La capacidad de América Latina para importar del centro, sufrió un deterioro continuo después de la Primera Guerra Mundial debido a la disminución de las exportaciones como al empeoramiento de los términos de intercambio.
   b. El ritmo de las importaciones depende de la velocidad de su desarrollo económico interno y no de su relación de intercambio con la periferia.
   c. La relativa independencia del nuevo centro principal (Estados Unidos de América —USA—) de sus actividades externas tiene serias implicaciones para la periferia en particular (25).

El enfoque original de la CEPAL se centró en el comercio exterior, en las transacciones comerciales. No se introdujo el tema de las implicaciones de los lazos financieros establecidos por los créditos e inversiones extranjeras. Esta inclusión se fue haciendo sobre la marcha de la evolución del pensamiento de la CEPAL. Ello se explica porque entre los años de 1930 y la década de los años 40, los créditos e inversiones extranjeras tuvieron escasa gravitación e importancia cuando se les compara con los niveles actuales de tal inversión y su respectiva influencia y peso específico en la economía de América Latina.

También tiene su impacto en el análisis el hecho de que no todos los países desarrollados son centrales; y, no todos los centrales, son desarrollados; aún más existe una periferia desarrollada, como son las naciones de Australia, Nueva Zelandia y Canadá (26).

Por lo que atañe al citado deterioro, Rodríguez insiste en presentarnos tres versiones de ese deterioro:

i) **contable:** explicita en términos de ingreso tal depreciación;

ii) **ciclos:** estudia las causas de la devaluación de los términos de intercambio y de la diferenciación de ingresos; y,

iii) **industrialización:** intenta o pretende enlazar ese deterioro con la diferenciación de ingresos con el proceso de industrialización de la periferia (27).

3. **Industrialización.**

A) La **industrialización periférica** deberá realizarse necesariamente por la vía de la sustitución de importaciones.

Esa industrialización sustitutiva conlleva —expresa Rodríguez— necesariamente un cambio en la composición de las importaciones. Enfatizando que el desarrollo de los países periféricos ha de hacerse por la vía obligada de la industrialización.

Indicando que el desarrollo **hacia afuera** se basa en la expansión de las exportaciones; y, **hacia adentro,** se fundamenta en la ampliación de la producción industrial (28).

En la fase de desarrollo **hacia adentro,** la expansión de las economías periféricas ha de basarse obligatoriamente en la industrialización. En sentido físico implica la **sustitución de importaciones** en la medida en que internamente se producen los bienes y servicios que antes se importaban; pero no sólo se sustituye —físicamente— importaciones, sino que a la vez se da un cambio cualitativo en la composición de esas importaciones que todavía prevalecen. Es decir, existen cambios cuantitativos y cualitativos en el área de las importaciones.

## VI. EL CASO DE COSTA RICA.

Nuestro país ha tratado de guiarse por las tesis de CEPAL. Esto resulta parcialmente cierto cuando se tiene en cuenta el papel desempeñado por el Partido Liberación Nacional (PLN), principalmente cuando domina desde el Poder Ejecutivo José Figueres (*) (1953-1957; y, 1970-1974), Francisco Orlich (1962-1966) y Daniel Oduber (1974-1978).

---

(25) PINTO, Aníbal, *El sistema centro - periferia 20 años después* (San José: EDUCA, versión poligrafiada, 1976, pp. 24 y 25). Cf. *Estudio económico para América Latina,* CEPAL, 1949, (Santiago de Chile: Secretaría de la CEPAL, 1951, *in toto*).

(26) PINTO, cit., pp. 27 a 29.

(27) RODRIGUEZ, cit., ed. Siglo XXI, pp. 41 y 42.

(28) RODRIGUEZ, cit., Siglo XXI, pp. 66, 67 y 33 respectivamente.

(*) No tomo en cuenta para estos efectos el Gobierno de facto que jefeó Figueres en 1948, fruto de la guerra civil de ese año.

En este punto se debe indicar, prudentemente, que la fracción industrial (de los grupos hegemónicos del país) ligada al PLN, principalmente en el período de los "ocho años" (1970-1978) se fortaleció gracias a la política económica de este partido, parte de cuya cúpula de poder pasó a tener su propio lugar dentro de esa fracción, a tal punto que, gracias a su poder político y económico, se constituyó en su porción social líder (29).

En este país el estudiado economista Eduardo Lizano ha expuesto, teóricamente, las tesis de CEPAL de esta forma: el desarrollo económico se da en el mercado interno hacia la llamada sustitución de importaciones, produciendo dentro de las fronteras nacionales bienes que anteriormente se importaban (30).

En la práctica, lo que ha ocurrido con la formación del mercado centroamericano de integración —a nivel teórico en la primera etapa de estructuración de ese mercado— ha sido que las transnacionales han copado el mercado de Centro América bajo regímenes de protección arancelaria y en el contexto de contratos industriales que les han permitido la exoneración millonaria (en dólares) de tributos. Lizano ha escrito sobre este problema y lo ha expuesto bien (31).

En otras palabras, en nuestra nación como en otras, la sustitución de importaciones, en el plano real, ha facilitado la consolidación de capital extranjero, al cual Rodrigo Facio calificó de "extractivo" (32) o "absorbente", ya que perjudica al país receptor de la inversión extranjera, dentro del marco global de las relaciones imperialistas y del imperialismo como fenómeno histórico (33).

En nuestra colectividad, la industrialización llevada a cabo por las transnacionales le ha servido al país central y al capital transnacional, no solo por la política de puertas abiertas al capital foráneo y la debilidad estructural de nuestra nación, sino también por los factores geopolíticos que juegan en contra de nuestra soberanía y nacionalidad, convirtiendo, en el plano real, a nuestra colectividad en una colonia de consumidores sujetos al capital internacional.

La realidad muestra países fuertes y países débiles, siendo esto una verdad de Perogrullo. Y, como es costumbre el fuerte se le impone al débil en el pasado, hoy y en el futuro.

De ahí, que la realidad costarricense ha desmentido las tesis de la CEPAL, no porque esta entidad de la ONU contribuya a la supeditación de las naciones débiles respecto de las fuertes, sino porque los factores reales en y por medio de los cuales actúan los Estados y las sociedades conducen por otros derroteros a personas jurídicas y físicas.

El PLN pretendió, mediante su cúpula de poder, esencialmente cuando el grupo liderado por el Presidente de la República Daniel Oduber (1974-1978) tenía el poder público, realizar las políticas de la CEPAL y su polémico "modelo desarrollista" (34).

Sin embargo, esa postura fue mera apariencia, pues, lo esencial del hecho es que se otorgaron innumerables exenciones de impuestos a una cantidad significativa de transnacionales bajo el argumento de que si no se daban esos "contratos industriales" en concordancia con la legislación "integracionista de América Central", esas empresas monopólicas y oligopólicas no intervenían en esa nación.

El fenómeno del uso del poder público para formar y consolidar el poder económico no es nuevo ni lo será. Cabalmente es consustancial al usufructo del poder estatal.

Los grupos opositores al gobierno de 1974-1978, comandado por Oduber, esgrimieron como parte de la propaganda electoral los cargos de corrupción política y administrativa y atacaron el "modelo desarrollista" ejecutado por el PLN, como una fuente más generadora de corrupción gubernamental. De esa forma, la CEPAL, a pesar

---

(29) Cf. ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, *Codesa: modalidad de la empresa pública en Costa Rica* (San José: Revista Judicial, No. 20, 1981, pp. 59 a 66) y VEGA, Mylena, *El Estado costarricense de 1974, a 1978: Codesa y la fracción industrial* (San José, UCR, tesis, 1980).

(30) LIZANO, Eduardo, *Modelos económicos*, cit., 121 a 123.

(31) LIZANO, Eduardo, *Integración económica centroamericana* (México: CFE, 1978).

(32) FACIO BRENES, Rodrigo, *Estudio sobre economía costarricense* (San José: Ed. Costa Rica, T. I., 1978, pp. 89 a 91; ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, *La social democracia en Costa Rica* (San José: Imprenta Trejos, 1977, pp. 146 a 150).

(33) FACIO, *ídem*, p. 90.

(34) Este concepto es de índole indeterminado y equívoco. La acepción que aquí usamos es la de políticas destinadas al desarrollo económico y social de un país, incluyendo los aspectos "espirituales" de la comunidad; es decir, un "desarrollo integral", para oponerlo al criterio de mero crecimiento cuantitativo de la economía.

suyo, salió perjudicada y desprestigiado su "modelo de desarrollo"; empero, la verdad es que lo que llevó a cabo el PLN nada tiene que ver con las tesis de la CEPAL, ya que ésta jamás ha sostenido que la industrialización debe ser realizada por el capital transnacional extractivo y debilitador de los países subdesarrollados. Al contrario, la CEPAL ha sostenido que el impacto de la industrialización supone una burguesía nacional fuerte, capital nacional y una sólida clase media dentro del marco global del sistema político democrático. La industrialización no ha sido pensada por la CEPAL como un mecanismo más de los centros imperialistas para explotar a los países pobres y empobrecidos. Pero, en la realidad esa industrialización del "Tercer Mundo" es manejada, planteada y ejecutada por los países del centro o altamente industrializados y con niveles de capitalización gigantescos. Esto no podría darse a una forma diferente. Quiere ello decir, que dentro de la lógica del capital está cabalmente ese funcionamiento del mercado internacional de bienes y servicios. O, en forma breve y metafórica: "la ballena se traga a las sardinas"; es una ley biológica; y, en nuestro caso económica, como bien lo expresaron Mario Sancho, Vicente Saénz, Joaquín García Monge, Omar Dengo y Rodrigo Facio.

No se trata de un hecho nuevo y reciente.

En los actuales momentos (julio de 1981) el mercado funciona con libertad de precios para beneficio del vendedor y perjuicio del consumidor (35). Este liberalismo irresponsable, dimensionalizado por el control del mercado de dólares en unos pocos "bolsinistas" —extranjeros y nacionales— ha provocado un empobrecimiento creciente y veloz de las clases baja y media; y, ha formado una fracción financiera en la capa alta del país, que se ha enriquecido vorazmente en el corto plazo. Sin duda esto tiene un impacto grave en la estabilidad política costarricense; y, los actos de terrorismo de estos meses de 1981 integran el cuadro desestabilizado de la política nacional, el cual amerita un estudio en profundidad.

## VII. A MODO DE CONCLUSIONES.

1. La CEPAL jugó un papel importante en el desarollo del pensamiento latinoamericano y sirvió de pauta para ciertas políticas estatales, aunque en forma relativa y distorsionada (v.gr. Costa Rica).

2. Sus etapas han sido diversas y siempre bajo la presencia de tutor estricto de las esferas de la cúpula privada y pública de los Estados Unidos de América (36).

3. Pollock sostiene que la CEPAL puede prestar útiles servicios tanto a los Estados Unidos (USA) como a América Latina, en cuanto a la creación de un nuevo orden económico internacional y también en el plano nacional de cada país de América (37).

4. El problema para la aplicación del llamado "modelo cepalino" deriva de las élites de poder en América Latina y de los grupos reinantes y gobernantes en los Estados Unidos de América. Cosa trivial, ya que los "modelos" de política económica y social, cabalmente tienen esos aspectos, que necesariamente deben ser tomados en cuenta en cuanto a ejecución se refiere.

5. Las perspectivas del Estado nacional costarricense bajo el ángulo del actual gobierno (1978-1982) y del futuro período de 1982-1986, (en ese contexto grave de nuestro sistema político, económico y social), podrían llevarnos a estas tesis:

A. Es poco probable que las ideas de CEPAL se usen en lo que resta de la Administración Carazo (fines de 1981, principios de 1982), ya que, en esencia, este gobierno no comparte las tesis de la CEPAL; más bien, se ha caracterizado por una liberalidad en el mercado de bienes y servicios, lo cual ha perjudicado profundamente a las clases medias y bajas (38), incrementando el poder económico de la fracción financiera de la clase hegemónica en el país, parte de la cual controla oligopólicamente el mercado libre de divisas (fundamentalmente el dólar), que es el que suple de dólares a la econo-

---

(35) Por su parte Daniel Oduber critica de esta forma la gestión hecha por el gobierno de Rodrigo Carazo, "el objetivo de la 'modernización' del sistema financiero era ayudar a las clases poderosas a hacerse más poderosas y a cambiar el concepto de dinero como instrumento de producción por el dinero como instrumento de 'expeculación'" (Caracas: Nueva Sociedad, No. 48, 1980, p. 8).

(36) Cf. POLLOCK, David H., *La actitud de los Estados Unidos hacia la CEPAL. Algunos cambios durante los últimos 30 años* (Santiago de Chile: Revista de la CEPAL, 1978 segundo semestre, pp. 59 a 86. Este autor divide su exposición así: dudas y reservas ante la creación de CEPAL (por parte de USA); 1948-1958: un decenio de relaciones conflictivas; 1958-1963: cordial apretón de manos, si no abrazo; 1963-1973: un decenio de benévolo desinterés; 1973-1978: una cautela revaluación.

(37) POLLOCK, cit., p. 85, columna derecha.

(38) Cf. ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, *Derecho y clases medias* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 42, pp. 109 a 141) 1980 y *Estado y Banca Central* (Costa Rica) (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 43, 1981).

mía nacional (meses de enero a julio 31, fecha en que se termina de escribir este ensayo), la quiebra real del Estado como maquinaria económica carente de divisas extranjeras y sujeto a las disposiciones del FMI. Ante una situación de quiebra de tal magnitud es impensable que gobierno alguno parta de los postulados de la CEPAL para estructurar la economía.

La debilidad de nuestra economía y de nuestra sociedad política (Estado) se palpa efectivamente en estos tiempos de crisis a nivel macro. Incluso los partidos políticos tradicionales y al servicio de los grupos hegemónicos carecen de soluciones posibles, al igual que los restantes y minoritarios grupos políticos.

B. En cierto modo, la CEPAL está desfasada de la realidad no sólo de América Latina, sino también (y, precisamente) de nuestra sociedad. Ante ello, lo que requiere hacer este ente internacional es elaborar una teoría para la crisis y trascender su pensamiento original, ya conservador e irrealista ante la magnitud de la crisis actual.

C. Bien podría decir que actualmente se carece en Costa Rica de una política integral para enfrentar la crisis que afecta esta nación.

D. Ello apunta hacia el futuro de la estabilidad política y económica costarricense y, por supuesto, hacia eventuales movimientos populares urbanos y rurales "contestatarios" ante un panorama de injusticia social cada vez más patente.

## VIII. BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA.


BRIONES, Alvaro, **Economía y política del fascismo dependiente** (México: Siglo XXI, 1978).

CARDOSO, Fernando Enrique, **Hacia otro desarrollo: enfoques y estrategias** (México: Siglo XXI, 1978).

CASTILLO, Carlos Manuel, **Raúl Prebisch, economista político** (San José: "La Nación", viernes 24 abril p. 15-A).

CEPAL, (Secretaría), **El desarrollo social de América Latina en la postguerra** (Buenos Aires: Solar/Hachette, 1963). **En torno a las ideas de Cepal** (Santiago, Chile: Cepal, 1977).

CERDAS CRUZ, Rodolfo, **Los problemas políticos del desarrollo en Costa Rica** (San José: Uned-Icid, 1981).

CHONCHOL, Jacques, **América Latina. Socialismo democrático y reforma agraria** (San José: Cedal, 1981).

CUEVA, Agustín, **Problemas y perspectivas de la teoría de la dependencia** (México: Historia y Sociedad, No. 3, 1974).

FURTADO, Celso, **El desarrollo económico. Un mito** (México: Siglo XXI, 1975).

GHIOLDI, Rodolfo, **El modelo brasileño** (Buenos Aires: Ed. Centro de estudios, 1972).

GRACIARENA, Jorge, **Transformaciones del Estado en América Latina** (San José: Csuca, cuadernos No. 3, 1980).

LIZANO FAIT, Eduardo, **Agricultura y desarrollo económico** (San José: Uned, 1980); et al, **Los Problemas económicos del desarrollo en Costa Rica** (San José: Educa, 1980).

MEDINA ECHAVARRIA, José, **Sociología latinoamericana** (San José: Educa, 1976).

MURILLO, Roberto, et al, **La crisis de la democracia en Costa Rica** (San José: Uned, 1981).

MURILLO ROJAS, Luis, **Banca y desarrollo económico** (San José: Uned, 1981).

POULANTZAS, Nicos, **Clases sociales y poder político en el Estado capitalista** (México: Siglo XXI, 1979).

PREBISCH, Raúl Trna, **Transformación y desarrollo, la gran tarea de la América Latina** (México: CFE, 1970). **Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano** (México: CFE, 1963). **Nueva política comercial para el desarrollo** (México: CFE, 1974). **Las crisis de los países periféricos** (Caracas: revista Nueva Sociedad, No. 51, 1980, pp. 101 a 108). **Las teorías neoclásicas del liberalismo económico** (Santiago de Chile: Revista de la CEPAL, No. 7, 1979). **Hacia una teoría de la transformación** (Santiago de Chile: Revista de la CEPAL, No. 10, 1980).

QUIJANO, Aníbal; WEFFORT, Francisco, **Populismo, marginalización y dependencia** (San José: Educa, 1973).

RAMIREZ BOZA, Mario, **Notas para el estudio de las políticas estatales en Costa Rica, 1948-1978.** (San José: UCR, 1981, poligrafiado).

RODRIGUEZ, Alfredo; RIVERA, Carlos, **Los indicadores económicos** (Buenos Aires: Eds. Macchi, 1977).

RODRIGUEZ, Octavio, **La teoría del subdesarrollo de la CEPAL** (México: Siglo XXI, 1980).

RODRIGUEZ, Miguel A., et al, **El modelo económico costarricense** (San José: Anfe, 1980).

ROMERO PEREZ, Jorge E., **La social democracia en Costa Rica** (San José: Imprenta Trejos, 1977). **Partidos, poder y derecho** (San José: Ediciones Syntagma, 1980). **CEPAL y el desarrollo** (San José: UCR, 1980).

ROMERO, José Luis, **Latinoamérica: las ciudades y las ideas** (México: Siglo XXI, 1976).

SERRA, José, **El milagro económico brasileño: ¿realidad o mito?** (Buenos Aires, Periferia, 1972).

SORJ, Bernardo; ZAMOSC, Leo, **La reproducción del capitalismo periférico** (San José: Csuca, No. 1, 1979).

ZELAYA, Chester, et al, **Costa Rica contemporánea** (San José: Ed. Costa Rica, T. I., 1979).

* * *

# EN BUSCA DE UN NUEVO CONCEPTO DE PROPIEDAD*

*Dr. Ricardo Zeledón Zeledón.*
*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.*

## SUMARIO

1. Premisa . . . . . 48
2. La importancia histórica y metodológica en el uso del concepto de derecho de propiedad . . . . . 48
3. El concepto "clásico" de propiedad privada. Formación y vicisitudes . . . . . 49
4. Rechazo al dogma de derecho "sagrado e inviolable" . . . . . 52
5. Rechazo al dogma de la "fundamentalidad" del derecho de propiedad . . . . . 53
6. Rechazo al dogma de derecho "absoluto" . . . . . 53
7. Rechazo al dogma de derecho "subjetivo" fundamental . . . . . 54
8. La denominada "crisis" del derecho de la propiedad privada . . . . . 55
9. Los nuevos componentes del derecho de propiedad incorporados después de la revolución francesa . . . . . 55
10. ¿Evolución o metamorfosis en tema del concepto del derecho de propiedad? . . . . . 58
11. Hacia un concepto dinámico del derecho de propiedad. La propiedad y las propiedades: la propiedad (de la ley) general y las propiedades (de las leyes) especiales . . . . . 58

* *Relación presentada al* **COLOQUIO SOBRE LA PROPIEDAD** *(San José, 14-17 de octubre de 1980) organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el Colegio de Abogados y la Corte Suprema de Justicia.*

1. Dentro del concierto de los institutos jurídicos el estudio científico del Derecho de propiedad ha tenido siempre una importancia capital. El tratamiento general que se le ha dado lo caracteriza como "derecho fundamental", "fundamentalismo" y hay quienes, incluso, lo ubican en el centro de todo el ordenamiento jurídico (1).

La preeminencia del instituto tiene dos aspectos importantes a destacar (2): el primero hace referencia al hecho de que una calificación en este sentido se puede justificar históricamente porque las diferentes relaciones económicas y sociales determinan a la postre el tipo de sociedad de que se trate —bien feudal, capitalista o socialista— que encuentra expresión inmediata en el ordenamiento jurídico en cuanto a la titularidad de los medios de producción; el segundo aspecto, más estrictamente jurídico, proviene del rango que adquiere el derecho de propiedad como "prototipo dei diritti soggettivi" (3), es decir, que los otros derechos subjetivos se encuentran en íntima relación con él pues les aporta las características calificativas.

Intentando denotar las vicisitudes y problemas que afronta el tomar posición, hoy día, frente al concepto de propiedad, el presente ensayo tiende brevemente a denotar los siguientes aspectos: 1) Haciendo hincapié en la mutabilidad histórica que entraña el derecho de propiedad, indicar la importancia de aplicar un acorde tratamiento metodológico para la búsqueda de un criterio aproximativo del concepto de propiedad, y sus funciones; 2) Analizar el concepto "clásico" de propiedad, sometiendo a corroboración los dogmas que en torno a ella se han creado, dándole importancia al fenómeno conocido como "crisis" de la propiedad; y, 3) Plantear la existencia de los nuevos componentes que le han sido incorporados —producto del nuevo período histórico en que se desarrolla— cuya presencia hace variar la estructura misma del instituto propietario.

2. Una de las características más relevantes en cuanto al análisis de la propiedad, consiste en que el jurista intenta agotar los problemas del instituto a través de su descripción histórica, reportando la multiplicidad de funciones que ella entraña. Una posición metodológica de esta naturaleza, impregnada casi siempre por un incierto historicismo, conlleva a la indiscutible aceptación de la inmutabilidad de su estructura formal que tiene graves incidencias en aspectos álgidos como serían su concepto y definición.

Metodológicamente es explicable que en cualquier tema jurídico siempre se requiere la sistematización institucional que permita ubicar los diversos institutos dentro del ordenamiento jurídico, incluso, es no solo explicable sino también necesario que todo instituto sea perfilado dentro de los diversos ordenamientos para la correcta y adecuada interpretación de todas sus vicisitudes; es más, en el aspecto didáctico siempre estará presente este método que tiende —por la vía "manualística"— a facilitar la comprensión panorámica de ciertos temas (que generalmente adolecen de profundidad) para quienes se inician en la materia. Pues bien, si desde este punto de vista tiene explicación la adopción del método "descriptivo", desde un ángulo estrictamente científico lo que sucede es que se incurre en un grave error, pues ello implica ignorar las posturas que van ocupando los institutos, en las diferentes etapas históricas en las que les corresponde cumplir una determinada función: la traducción real consiste en describir institutos desfazados históricamente, caracterizándolos con posturas propias de uno o varios siglos atrás, que no corresponden a la época en que el estudio científico se realiza.

Hacer dialéctica en un tema jurídico, y sobre todo darle una interpretación justa acorde con el momento en que se analiza un instituto, implica tener claro el factor metodológico e histórico cuya

---

(1) El ubicar a la propiedad como derecho primario y autónomo en un ordenamiento jurídico —sostiene BRANCA— proviene de dos aspectos fundamentales: 1) toda sociedad al reconocer una esfera de intereses individuales que protege (es decir una esfera privada), establecerá siempre un derecho esencial y primario entre los varios derechos de los particulares, es una posición del hombre respecto a las cosas que perteneciéndole deben satisfacer sus necesidades primordiales, este derecho es actualmente la propiedad como lo fue en otra época la *gewere* o la posesión; y, 2) que históricamente la propiedad es producto de una sociedad, la capitalista, que se inicia con la revolución del siglo XVIII, permeada de principios individuales que ve la propiedad privada como una extensión de la personalidad. Cfr. BRANCA, G., *Instituzioni di diritto privato*, (Zanichelli, 6 ed., Bologna, 1975) p. 210.

(2) NATOLI, I., *La proprietà*, (Giuffrè, Milano, 1976) p. 1, 2.

(3) NATOLI, U., Ibid, p. 2.

aplicación carece de entera vigencia, solo en los países sujetos a regímenes no democráticos (4).

Históricamente es fácil constatar que la propiedad es uno de los conceptos que más se ha visto impregnado con los cambios políticos (5). En efecto, al concluir la más profunda investigación conocida sobre el régimen jurídico de la propiedad PUGLIATTI sostenía que "la propiedad no tiene hoy, si alguna vez lo ha tenido, un significado unívoco. Contrariamente, designa muchas cosas para que pueda ser adoptada con la pretensión de ser fácilmente entendida. En todo caso el uso de ésta, con las cautelas y las aclaraciones necesarias, aún cuando se prorrogue todavía en un futuro próximo, no puede mantener ya la ilusión que a la unidad del término corresponda la real unidad de un sólido y compacto instituto" (6). Es claro que observaciones de esta naturaleza tienen la virtud de incidir agudamente, sobre aspectos fundamentales del tratamiento de un tema como el de la propiedad, sin embargo se hace necesario plantear más en profundidad, las posibles salidas que permitan al jurista realizar su labor lo más científicamente posible; es el mismo PUGLIATTI quien plantea que "si las cuestiones propuestas se quieren afrontar, si se quiere tener la esperanza de resolverlas, es necesario salir del campo de los esquemas y del campo de las palabras, es decir superar el puro formalismo jurídico. Entonces es necesario identificar en la realidad económica y social aquellos tipos de intereses, aquellos lazos de intereses, considerados por la legislación. Se podrá así ver si una pluralidad de institutos en torno a un interés o a un complejo de intereses, presente estructuras y nexos tales para los cuales se pueda considerar como unidad, aún cuando esta sea compleja. Y así, con referencia particular a aquel interés o a aquellos intereses que se refieren al instituto de la propiedad, se verá si nos encontramos de frente a una pluralidad de institutos, afines o a un instituto único que se presenta sobre una gran variedad de aspectos" (7).

Desgraciadamente la obra de PUGLIATTI, pese al reconocimiento universal que tiene por representar el mayor hito en el estudio de la propiedad, ha sido tomada con cautela por parte de la doctrina (8), que se ha limitado a utilizar el aporte conceptual sin profundizar —salvo los pocos autores que aquí se citan— el tema y darle al instituto el verdadero sentido que se busca encontrar a través del planteamiento (9).

La gran sensibilidad de mutación que tiene la propiedad ante las condiciones históricas, sin embargo, imposibilitan cada día con mayor fuerza aplicarle la tradicional fisonomía de otros tiempos, de ahí la importancia del replanteamiento continuo del instituto (10).

3. Partiendo siempre de la hipótesis de la mutabilidad de la propiedad, que implica reconocer la

---

(4) En los países en los cuales el jurista no goza de plena libertad para profundizar científicamente tiene que recurrir al conceptualismo puro para acoger principios y razonamientos extrajurídicos con los cuales asentar las bases del mismo régimen, nutriéndolo ideológicamente al tiempo que se eluden las responsabilidades de estudiar la sociedad tal y como es, otros, por el contrario, recurren al mismo conceptualismo como único modo de oponerse a los regímenes totalitarios en los cuales siempre cobra fuerza renovadora la jurisprudencia de los intereses (véase al respecto PUGLIATTI, S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, publicado en **Rivista italiana di scienza giuridica, 1950**, especialmente p. 50, 51), oponiendo una barrera formal a los reiterados y siempre insistentes tentativos de los que intentan interpretar en otra forma. (Cfr., en este sentido, RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, en **Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile, 1960**, p. 1252, 1341, especialmente p. 1260, 62).
A guisa de ejemplo véase PETRONE, C., *Principi di diritto fascista. La proprietà* (Edizioni Conquiste d'impero, Roma, 1938) especialmente p. 53, 54.

(5) "La propiedad —se afirma— es el instituto en torno al cual se han desarrollado y se encienden todavía las más duras batallas políticas entre quienes la consideran esencial y benéfica y quienes ponen en ella la base de las diferencias de clase y de la llamada injusticia social". En BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato*, **supra nota 1, p. 207.**

(6) PUGLIATTI, S., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare a la proprietà terriera)*, que fue la relación presentada al Tercer congreso italiano de Derecho Agrario, publicado en **Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario** (Giuffrè, Milano, 1954) p. 46, 210, ahora publicado en el volumen **La proprietà del nuovo diritto** (Giuffrè, Milano, 1964) p. 145, 309, en este caso p. 309.

(7) PUGLIATTI, S., *Intervento*, en **Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario**, cit., p. 210.

(8) Véase, como ejemplo el caso de TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto privato*, (Giuffrè, Milano, 1975) p. 503 ss.

(9) Después de VASALLI y PUGLIATTI la doctrina que se ocupa del derecho de propiedad en realidad no ha construido una nueva concepción en torno a los principios esgrimidos desde ese entonces; es solamente ahora, ya denunciadas las insuficiencias del Instituto para cumplir con las amplias funciones que se le confió en el siglo pasado, que se ha despertado en juristas actuales —con gran motivación social— el cumplimiento de tales tareas. Entre los nombres que han elaborado más en este campo deben citarse NATOLI, RODOTA, GIANNINI, RESCIGNO, DI MAHO, BARCELONA.

(10) El jurista que estudie la propiedad (privada) puede contestarla negando la existencia de sus principios, puede considerar sus mutamentos, e incluso puede negar su existencia misma, sin embargo resultaría incorrecto considerar que el esquema anterior se puede sustituir por otro igualmente universal pues se estaría incurriendo en el mismo error anterior. La tesis debe ser afirmar el continuo mutamento histórico. Al respecto afirma BRANCA que "el fundamento racional que los escritores se esfuerzan por dar a la propiedad no es ni puede ser una verdad eterna, del mismo modo como, para ellos mismos, no sería una verdad eterna la posición asumida en el pasado o en el presente por otros científicos", en BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato*, **supra nota 1, p. 207.**

existencia de características objetivas producto de determinadas relaciones económico-sociales que corresponden a determinado tiempo y lugar, a los fines de la investigación conviene buscar el concepto inicialmente elaborado o el que tiene actualmente validez doctrinal.

En principio debe subrayarse que ni el derecho griego (11), ni el romano (12), ni el intermedio (13) conocieron de un concepto claro de propiedad.

El desarrollo del instituto, como realidad histórica, se remonta a los orígenes mismos de la humanidad. Los primitivos conocieron un sistema comunitario de propiedad, con elementos individuales solo en los casos de bienes de uso, incluidos dentro de ellos los instrumentos de caza (14). El advenimiento de la civilización permitió conocer nuevos perfiles a la propiedad, manteniendo en muchas sociedades la comunitaria que fuera inicialmente resquebrajada por el Derecho romano al institucionalizar la propiedad familiar (15), ejercida por el "pater familias" (16), que fue moldeándose en las diversas etapas como se denota incluso en la diversa terminología utilizada, que va desde *mancipium* cuya proveniencia es el *manu capere* por el que se da la idea de aprehensión material, cuya efectividad se manifiesta en cuanto a la aplicación inmediata de la fuerza para la creación y defensa de la propiedad, *dominium* que entraña el carácter de titularidad: no se reduce únicamente al propietario que se hace referencia a todo tipo de derechos y obligaciones, pero que facilitó, eso sí, la aparición del término *dominus proprietatis*, que fue vocablo mayormente utilizado por parte de los postclásicos (17), terminología esta que en una u otra forma tendieron a denominar los diversos tipos de propiedad conocidos por los romanos (18). Con el Derecho intermedio (19) se introducen nuevos y diversos factores que varían sustancialmente la propiedad romana, sobre todo porque al entrar en contacto el Imperio germánico con el régimen colectivo, era la tribu la titular de la propiedad colectiva (que recibió el nombre de *marca, allmende, volkland*) en tanto que los particulares tenían solamente el goce temporal, pese a que la propiedad individual va a ser un producto de la cultura romano-germánica, permanecieron bajo el sistema comunitario tierras, bosques, prados destinados a bienes comunales, y la misma individualidad de la propiedad se mantuvo muy influida y limitada por el vínculo familiar, pues en el derecho germánico la libre disposición de los bienes existía en la medida que no se dañara a los herederos, que motivó, más tarde, distinguir entre bienes obtenidos por herencia y aquellos adquiridos por la actividad individual, con lo que se venía afirmando cada vez más la propiedad individual; en cuanto a la terminología empleada

---

(11) Cfr., en este sentido BISCARDI, A., *Studi sulla legislazione del Basso Impero: La nuova proprietà* publicado en Studi senesi, 1942, p. 275 ss.; ARCHI, G.G., *Il concepto della proprietà nei diritti del mondo antico*, publicado en Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile, 1958, p. 1200, 16; BRUNELLO, B., *Istituzioni private e di Diritto privato de la Grecia antica* publicado en la Enciclopedia Clásica, Sección I, Vol. III, p. 314 y ss. (U.T.E.T., Torino, 1959).

(12) Véase BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano. La proprietà*, (Roma, 1928); BRASIELO, *La proprietà nella sua esenza e nella sua estensione*, (Giuffrè, Milano, 1952); Id, *La proprietà nella sua estensione*, (Giuffrè, Milano, 1954); GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955).

(13) Para una amplia ilustración, consúltese, LEIGHT, P.S., *Storia del diritto privato. Diritti reali e di successione*, (Giuffrè, Milano, 1943); TORELLI, P., *Lezioni di Storia del Diritto italiano. Diritto privato. La proprietà*, (Giuffrè, Milano, 1948); VACCARI, P., *Un capitolo della storia del diritto di proprietà*, en Studi in onore di P. di Francisci Giuffrè, Milano, 1955) IV.

(14) Resulta clásico en este aspecto ENGELS, F., *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, (Riuniti, Roma, 1963).

(15) El pater en cuanto a sus relaciones sobre las personas dio origen al derecho de familia clásico, en igual forma de su señorío sobre las cosas que integran la base económica de la familia se creó el régimen de la propiedad. En este sentido véase DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del Derecho romano*, (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954) p. 153, 75, especialmente 159 ss.

(16) Para un tratamiento sistemático se puede consultar indistintamente BURDESE, A., *Gli istituti del diritto privato romano*, (U.T.E.T., Torino, 1962) p. 185, 319; ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto romano*, (Jovene, 14 ed., Napoli, 1975) p. 179, 232; o bien, ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano*, (Revista de Derecho privado, 14, ed., Madrid, 1977) I, p. 217, 70.

(17) ARIAS RAMOS -ARIAS BONET, Ibid., p. 221, 22.

(18) Los tipos de propiedad que se afirma conocieron los romanos son: 1) el dominium denominado sobre todo como dominium ex iure quiritium; 2) La propiedad bonitaria o pretoria en cuanto se encontraba protegido por la actio publiciana; 3) la propiedad provincial, que según el criterio de los juristas de la época era una especie de uso o usufructo pues la propiedad solo existía en territorio itálico y provincial; 4) la propiedad de los peregrinos que se solifica; cuando adquieren la ciudadanía todos los súbditos del imperio. Cfr., ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, ibid., p. 221, 26.

(19) Para una apreciación sintética véase BARNI, G., voz *Proprietà (Diritto intermedio)* en el *Novissimo digesto italiano*, (U.T.E.T., Torino, 1967) XIV, p. 120, 24.

en la época hay que tomar en consideración que la interacción de las dos culturas con disímiles instituciones provocó serios problemas, la situación más compleja fue el hecho que en el mismo lenguaje alemán era inexistente un término que fuera indicativo de la idea de propiedad, y en cuanto a la expresión de la relación con la cosa se utilizó el término *Gewere* (20), indicativo de un hecho material (que ha sido el puente de enlace en el instituto de la posesión (21) con los términos *possessio, ius possidendi,* de los romanos) que permitía la existencia de diversas gewere sobre una misma cosa en tanto que la misma diera lugar a diversas relaciones de goce (vgr. podía existir quien tuviera una relación de goce sobre una tierra y al mismo tiempo otra persona sobre los árboles plantados sobre la tierra) inaceptable para el Derecho romano por el principio exclusivo del *dominium* que impedía concebir que sobre la misma cosa pudieran ejercitarse dos o más *dominía,* sin embargo la multiplicidad de dominios fue aceptada y aplicada en el sistema feudal a través de la duplicidad de titular en la relación del señor feudal y el vasallo; nace en esta forma el criterio de *dominium directum* y *dominium utile* referente el primero al concedente y el segundo al concesionario con validez no solo para el feudo sino también para instituciones como la enfiteusis, la superficie, para la localización a largo tiempo, dando cabida al *dominium divisium* en lugar del original *dominium indivisium;* la iglesia y el derecho canónico también van a influir: Santo Tomás sostiene que el *principale dominium* es Dios que ha conferido al hombre un derecho de propiedad sobre las cosas, nunca absoluto, como medio para utilizarlas en beneficio propio y del prójimo, esta tesis, sin embargo, no fue enteramente compartida pues los fuertes intereses económicos de la Iglesia fueron mejor salvaguardados con los criterios feudales del dominio.

El concepto de propiedad se encuentra con los hechos que desencadenó la Revolución francesa, y la posterior institucionalización jurídica de su filosofía. Antes de la revolución, en Francia, el régimen feudal condicionaba todo el Derecho privado, y en especial el reǵimen de propiedad que se encontraba constituido por una serie de señorías laicas y eclesiásticas de propiedades privadas ligadas y jerarquizadas, sujetas a diezmos y a un infinito número de obligaciones y vínculos (22), cuya representación real era el del dominio útil que refleja una propiedad imperfecta e incompleta. La propiedad feudal ocasiona críticas de algunos intelectuales que solo originó propuestas de reforma, la verdadera fuerza motriz del cambio en el sistema de propiedad se encuentra en las insurrecciones campesinas de la primavera y el verano de 1789.

La Revolución francesa al destruir el sistema feudal declara la libertad del individuo y de la tierra como conquistas políticas claves, ello significa impugnar la teoría del doble dominio como forma de liberación económica, significa, también, impugnar la jerarquía social que el sistema había forjado sobre la base de la propiedad. Los conceptos de propiedad y libertad se encuentran íntimamente ligados: a la unidad política del ciudadano corresponde la unidad jurídica de la propiedad, la liberación del individuo en el ámbito político significa la liberación de la tierra de las rentas del feudo, a la teoría del doble dominio la sustituye la teoría de la unidad jurídica de la propiedad, libre de las prerrogativas y poderes de supremacía del feudo (23). La explicación filosófica de la postura está en que la revolución asume la concepción racionalista del siglo XVIII que ubica al individuo en el centro del nuevo orden: el individuo es el valor supremo y original de donde todos los otros derivan, como portador de derechos naturales él es todo prerrogativa para cuya manifestación se hace indispensable el derecho de libertad tanto en el ámbito político y espiritual como en el aspecto económico: es la propiedad la que se ubica como manifestación individual desde el punto de vista económico.

La Declaración *des droits, de l'homme et du citoyen,* inspirada en la trilogía republicana, declara los principios de *liberté, egalité, proprieté* como protección del individuo frente al poder del sobe-

---

(20) Cfr., para un mejor tratamiento del concepto *de gewere*, BARNI, G., voz *Possesso (diritto intermedio)* publicado en el *Novissimo Digesto italiano*, (U.T.E.T., Torino, 1966) XIII, p. 330, 33.

(21) En este sentido, véase ZELEDON, R., *La posesión*, publicado en Revista Judicial, de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1977, No. 6, p. 11, 31.

(22) MAROGIU, A., *La rivoluzione francese e la proprietà privata*, publicado en la Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile, 1960, p. 569, 77.

(23) IRTI, N., *Dal diritto civile al diritto agrario*, (Giuffrè, Milano, 1962) p. 6,7.

rano y la prepotencia de los consociados (24). La propiedad se califica como *droit inviolable et sacré*, es la representación de un derecho que se afirma contra el *dominium directum* de los señores feudales y contra las "manos muertas" eclesiásticas; el derecho de propiedad, pues, no va a estar más reservado a la aristocracia y sus círculos cerrados, se encuentra, por el contrario, ligada al individuo, a su libertad inalienable en la esfera económica y a su dominio de las cosas: "en el cuadro de una revolución —afirma un conocidísimo autor italiano (25)— que señala el advenimiento histórico de la burguesía, el hombre traduce la propia libertad en la unidad jurídica de la propiedad".

En 1804, al ser promulgado, el *Code civil* (*o Code Napoleon*) interpreta fielmente el espíritu de la revolución. Abandona la clasificación de los bienes en *propres* y *acquets* para ligarlo al criterio naturalístico de muebles e inmuebles. El código hace referencia a un mundo unido a la tierra, "la tierra no es más elemento de diferenciación en la jerarquía social, sino bien que cae en el área soberana del individuo, en el espacio de absolutez garantizado por el orden natural y tutelado por las leyes positivas" (26).

El *code civil* tiene la virtud de que crea la noción de propiedad privada, incorpora el principio de la autonomía de la voluntad de la cual el contrato y la ley son su expresión (uno en el plano individual y el otro en el plano general), y consolida el ligamen entre la propiedad y la persona humana (27), es así como separándose del *ancien régime* la propiedad se convierte en un derecho absoluto. El artículo 544 establece que "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas en la forma más absoluta, mientras no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos" (28), que se encontró limitado sólo por disposiciones como las del artículo 542 que permite la expropiación "por causa de utilidad pública", con lo que algunos autores han afirmado la existencia de una cierta preocupación "social" (29) a la par del individualismo que lo caracteriza, lo que es bastante discutible sobre todo si se le enjuicia en conjunto.

El concepto clásico de propiedad, pues, ha entrañado doctrinalmente una serie de caracteres asumidos como dogmas universales y perpetuos. El estudio del concepto implica analizar continuamente dichos caracteres a los efectos de determinar su validez, relatividad o inexistencia.

4. Dentro de las características más sobresalientes con que se ha calificado al derecho de propiedad se encuentra la de identificarlo como un derecho **"sagrado e inviolable"**, es decir, al interno del ordenamiento jurídico este derecho se encuentra en una posición jerárquica tal que bien podría ser entendido como un derecho de primer orden o bien un superderecho.

La base de calificación de la propiedad como un derecho sacro que entraña su inviolabilidad obedece a la puesta en práctica —en el plano jurídico— de los principios sobre los cuales cobró vida el movimiento de la Revolución francesa. El razonamiento por el cual justificar este doble calificativo proviene de entrelazar una serie de hipótesis iusnaturalistas. El hombre se encuentra en el centro del sistema, su valor supremo es la libertad que en el plano económico se traduce en la posibilidad de ser propietario lo que obliga a declarar al derecho de propiedad como un **derecho del hombre**, pues le es consustancial, de ahí que el ordenamiento jurídico debe cumplir la misión de reconocerlo y tutelarlo, nunca someterle limitaciones, en cuanto constituye un **derecho natural**, es decir un derecho que es **sagrado e inviolable.**

Sin entrar siquiera a la ubicación histórica actual del derecho de propiedad, sin siquiera refutar una a una las hipótesis a través de las cuales

---

(24) La declaración de derechos del hombre y el ciudadano, del 26 de agosto de 1789 (incorporados en el preámbulo de la Constitución francesa del 3 de setiembre de 1791) establece que (art. 1) "Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden basarse sino en la utilidad común"; (art. 2) "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión".

(25) IRTI, N., *Dal diritto civile al diritto agrario*, supra nota 23, p. 7.

(26) IRTI, N., Ibid, p. 13.

(27) DE VITTA, A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea (analisi comparativa del diritto francese)*, (Giuffrè, Milano, 1969) p. 10.

(28) La traducción sería "La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos".

(29) Entre ellos ROVAST, A., *L'evolution du droit de proprietè en France*, publicado en Travaux de l'as sociation Henri Capitant pour la culture juridique francais, (Dalloz, París, 1947) II, p. 110; y DERRUPPE, J., *Les biens* en el volumen Le Droit francais, (Libr. Gén. de Droit et Jurispr., París, 1960) p. 107.

se ha llegado a darle carácter sacro e inviolable, el razonamiento se puede someter a una serie de objeciones por las cuales pierde actualidad. En primer lugar, constituye un error histórico inconmensurable el aceptar que la propiedad privada es un derecho natural, por el contrario, ésta se ha perfilado a través de la historia hasta llegar a ser lo que actualmente es, de ahí que como fenómeno histórico no es originaria. En segundo lugar, la propiedad privada es un típico instituto de derecho positivo, jamás natural, cuyas características propias se encuentran impregnadas por determinadas relaciones de producción y distribución de la riqueza. Finalmente, la premisa inicial de ubicar al hombre en el centro del sistema, y sus ulteriores consecuencias, es una definición política cuya aplicación resulta totalmente distinta en diversos tiempos y lugares, que no puede entrañar necesariamente una concepción jurídica universal.

Si lo sagrado de la propiedad privada tiene íntima relación con su carácter de derecho natural, lo que se contesta y rechaza por inexacto, su carácter de inviolable obedece a una consecuencia de lo anterior pues proviene de la obligación del Estado de reconocer y tutelar la propiedad privada con la imposibilidad de imponer limitaciones. Esta posición se ha de rechazar también pues no existe principio especial o especialísimo por el cual reconocer la imposibilidad de limitar la propiedad, por el contrario, actualmente, con la publicización general del ordenamiento jurídico los derechos que fueron disponibles se convierten en indisponibles para una mejor tutela del interés general (30), y una ligera revisión de los ordenamientos jurídicos permite ubicar a la propiedad como un derecho eminentemente limitado (31).

5. Otro de los dogmas con que se identifica al derecho de propiedad es con el de la **"fundamentalidad"**. La propiedad se agotaría conceptualmente en sí misma en cuanto se encuentra jerárquicamente en grado superior a los demás derechos reales a los cuales condiciona y determina y en cuanto es única y monolítica.

El análisis amplio del ordenamiento jurídico permite dudar de la unidad conceptual del fenómeno propiedad (32), ésta, como situación, tiene diversas facetas que obliga a no aceptar su unidad absoluta. La estructura del derecho adquiere diferentes posturas según se le estudie desde un punto de vista objetivo o subjetivo, según se tome el ángulo de sujeto-titular o el de objeto-bien, incluso de acuerdo a la diferente consideración que se le dé, de ahí que como derecho fundamental tiene una relativa utilización.

"La propiedad privada no tiene más el carácter de derecho fundamental" (33) según se ha demostrado desde principios de siglo cuando se afirmó que "no hay una sola propiedad, antes bien, existen las propiedades" (34), pues su esquema se desintegra en una gran variedad de tipos que conservan los caracteres de "la propiedad" únicamente por aproximación pues la afirmación correcta es la existencia de "las propiedades". El esquema "absoluto", afirma NATOLI (35), existe sólo para los bienes de consumo ligados al pequeño comercio y a la economía doméstica.

6. La doctrina a la hora de elaborar las características de la propiedad ha afirmado que se trata de un derecho **"absoluto"** no solo para determinar la facultad que tiene el propietario consistente en disponer de las cosas de la manera más absoluta (como reza el Code Napoleon) sino en cuanto constituye una expresión que cobra validez y eficacia **erga omnes.**

El razonamiento lleva a afirmar que de frente al ejercicio de la propiedad por parte del titular del derecho, los demás miembros de la sociedad tienen la obligación de abstenerse de ejercer actos que puedan perturbar o agredir el libre ejercicio de la actividad de goce o de lesionar el derecho.

En consecuencia la propiedad es una situación

---

(30) Con la caída del régimen feudal la propiedad se "privatiza" pues deja de ser de las clases que tienen el poder para que pueda ser adquirida por un mayor número. En el siglo pasado, con el afirmarse en el plano político y económico una nueva clase social, la propiedad privada se "publiciza". Cfr., en este sentido RESCIGNO, P., *Manuale di Diritto privato italiano*, (Jovene, 2a. ed., Napoli, 1976) p. 444.

(31) Véase, al respecto, ARIAS, J. L., *Las limitaciones a la propiedad en nuestra historia constitucional*, publicado en Revista de Ciencias Jurídicas, No. 15, 1970, p. 335, 61.

(32) NATOLI, U., *La proprietà*, supra nota 2, p. 6.

(33) RESCIGNO, P., *Manuale del Diritto privato italiano*, supra nota 30, p. 445.

(34) VASSALI, F., *Motivi e caratteri della codificazione civile* publicado en Studi giuridici, (Giuffrè, Milano, 1960) III, 2.

(35) NATOLI, U., *La proprietà*, supra nota 2, p. 7.

subjetiva típica en cuanto existe una relación jurídica en la que el sujeto pasivo es indeterminado (e indeterminable, por lo tanto: ninguno), además de que resulta evidente que la propiedad no es una situación de libertad —como dogmáticamente se afirma— sino que es una situación de obligatoriedad. El aceptar el razonamiento que conlleva a aceptar la absolutez de la propiedad permite también comprender sus limitaciones, ante lo cual no quedan claras las respuestas que se pudieran dar al preguntarse si ¿es, o no, el deber el momento fundamental de la propiedad en cuanto situación jurídica? si ¿tiene, o no, validez la afirmación universal de que el derecho subjetivo se caracteriza por su contenido de libertad? además de que, siendo el sujeto pasivo indeterminado, e indeterminable, ¿cómo se puede definir la situación subjetiva de necesidad que le da el contenido a la relación jurídica?, entonces, podría afirmarse que lo absoluto del derecho de propiedad no tiene nada de diferente de aquellos derechos llamados **relativos** que requieren del sujeto pasivo, o de una circunstancia especial, para obtener ventaja (como es el caso de los derechos de crédito).

7. Posiblemente la forma en que más usualmente se hace referencia al Derecho de propiedad (privada) tiende a indicar que se trata de un derecho subjetivo, por la conceptualización posterior a la Revolución francesa (con vigencia para parte de la doctrina de hoy), de donde se afirma su carácter de derecho subjetivo fundamental.

El concepto de derecho subjetivo, empero, es parte del patrimonio de los estudios pandectísticos, específicamente de la ciencia jurídica alemana del siglo XVI. La doctrina alemana caracteriza al esquema de la propiedad como el modelo de los derechos del sujeto privado (36), siendo a su vez el prototipo y la mayor verificación concreta, pero lo más importante es que esta conceptualización implicaba aceptar que una vez que el privado ejercía su poder el Derecho debía tomar una posición estática de frente a la forma en que ese privado ejercía su propiedad: es el ejemplo clásico de la sistemática del ochocientos que entiende una situación estática de poderes de frente a las situaciones subjetivas privadas (37).

De esta forma, con la figura del derecho subjetivo la propiedad (privada) se encuentra enriquecida conceptualmente pues el aporte que recibe la consolida en la perfilación monolítica que da inicio con la doctrina postrevolucionaria. Es a partir de este momento que caracteres como el **de "absoluto", "sagrado", "inviolable"** cobran mayor vigencia, o mejor quizás, se considera que le son inherentes.

Es claro que la labor científica y metodológica del ochocientos se caracteriza principalmente por un elevado grado de abstracción, a través del cual se pretende la construcción conceptual dentro de la ciencia del derecho. La elaboración científica, sin embargo, por su escogencia metodológica le correspondió pronto sufrir duros golpes producto de su exagerada teoricidad que fue incapaz de ver claramente la modificación de los modelos creados por medio de la nueva legislación. Respecto de la propiedad, base fundamental de una parte importante del sistema, la dogmática jurídica también se vio notablemente alterada.

El factor que hace entrar en crisis el carácter de derecho subjetivo fundamental atribuido a la propiedad, va a ser la notable promulgación de toda una serie de disposiciones especiales que se apartaron pronto del esquema propietario tradicional para fijar funciones y cumplir fines bien distintos a aquellos del siglo XVIII. La crisis proviene de la ruptura —en sede teórica, incluso, se puede afirmar desde ahora— de la unidad del derecho de propiedad (38), que entraña la *publicización* de éste y el obligado abandono de identificar la propiedad con el derecho subjetivo por excelencia.

En efecto, la doctrina de los dos siglos precedentes consideraron —dado su elevado grado de

---

(36) RODOTA, S., *Scienza giuridica ufficiale e definizione della proprietà*, publicada en **Política del diritto**, 1970, p. 463, 78, 466.

(37) RODOTA, S., **Ibid.**

(38) Afirmar la ruptura de la unidad del derecho de propiedad con ocasión de la entrada en vigor de la legislación especial puede llevar a la discusión —que se rechaza o acepta— del dualismo de tratamiento de la propiedad regulada en el Código Civil y de aquella otra regulada por la normativa especial. La base de la cual se debe partir es aquella de determinar si existe continuidad entre una u otra como componentes del mismo sistema, como partes configurantes de un mismo instituto; es decir, aceptar que las leyes especiales se limitan a cumplir su función en sectores determinados aceptando que los principios generales de la propiedad le continúan siendo enteramente válidos, o bien, aceptar la excepcionalidad de la nueva legislación y darle la sistemática y tratamiento que se merecen en forma autónoma (pero paralela).

abstracción— que las variaciones de la legislación especial eran fenómenos accidentales que no merecían ningún tratamiento separado en sede teórica, y no aceptaron dicha influencia en el esquema propietario. Grave error. La legislación especial muy pronto fue más rica que la misma normativa del Código Civil: comienza a decaer la etapa histórica dominada por la concepción individualista de la propiedad pues la intervención legislativa es cada día más copiosa.

Legislación especial y limitación de los poderes del propietario son una y la misma cosa. La primera tiene razón de ser en la intervención pública para la satisfacción de un interés público ubicado por encima de cualquier interés particular, derecho subjetivo o individuo (39).

8. Las profundas variaciones que se han dado —y continúan dándose— han llevado a afirmar la crisis del derecho (40), de sus instituciones fundamentales (41), dentro de las cuales no ha escapado la propiedad (42).

Sin entrar a analizar en profundidad la eventual crisis del instituto, en cuanto a los factores que la denotan (43), baste afirmar que corroborados los caracteres atribuidos tradicionalmente al concepto de propiedad, no hay duda de que se encuentran profundamente modificados por factores histórico-políticos producto de nuevas exigencias en los planos económico, social, ideológico, incorporados con el sistema capitalista (a su vez dialécticamente influido por los otros sistemas políticos); de esta forma, la crisis conceptual de la doctrina existe en la medida que ha ignorado —consciente o inconscientemente— las grandes y profundas variaciones de la propiedad (44).

9. En tema específico de propiedad quizás más que de crisis preferiblemente debe afirmarse la existencia de nuevos componentes.

En efecto, desde la Edad Media hasta el advenimiento de la Revolución francesa, la propiedad individual se encuentra sofocada por un complejo de derechos, poderes, gravámenes y obligaciones de privados, comunidades, entes públicos y otros sujetos, al tiempo que estaba limitada para su adquisición y goce a privilegios inherentes a la categoría y la clase a la cual estuviera adscrito el propietario; el *code civil* libera la propiedad de los gravámenes y obligaciones impuestas, para ser ejercida únicamente por quienes tuvieran un especial *status* jurídico para facultar su adquisición a todos los ciudadanos, sin embargo la sociedad en la cual debía fungir el código se encuentra constituida por pequeños propietarios y productores no propietarios, cuyas revisiones no alcanzarían a

---

(39) Respecto a la pérdida de validez del derecho subjetivo, véase, ORESTANO, R., *Diritti soggetivi e diritti senza oggetto*, publicado en la Revista Jus, 1960, p. 149 ss.

(40) Véase el interesante volumen *La crisi del diritto*, (Cedam, Padova, 1953) en que se reúnen una serie de discursos pronunciados por eminentes juristas con ocasión de un seminario desarrollado con ese nombre en la Facoltà di Giurisprudenza di Padova. En el plano filosófico es innumerable la bibliografía existente, entre otros se pueden consultar HUSSERI, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, (Giuffrè, Milano, 1961) en que se sostiene que la crisis de las ciencias positivas es la expresión de la crisis radical y de vida de la humanidad (especialmente p. 39 y ss.); SCHELLER, *Crisi dei valori*, (Giuffrè, Milano, 1936).

(41) Las instituciones jurídicas cuya crisis se ha acusado en forma más reiterada son la propiedad, el derecho subjetivo, el contrato, la autonomía privada, la acción, el proceso, la sociedad comercial, el Estado, e incluso la Justicia. La bibliografía existente es tan amplia que exime de la cita.

(42) La propiedad privada ha sido siempre fuertemente criticada (a manera de ejemplo consúltese la obra del siglo pasado, aún vigente en la actualidad, PROUDHON, P. J., *Checos'é la proprietà*, (Laterza, Bari, 1967), acusándose desde el punto de vista jurídico su crisis, para lo cual puede consultarse entre otros CARIOTA-FERRARA, *Crisi della proprietà privata?*, publicado en Rivista Giuridica di edilizia, 1967, II, p. 217 ss.; COCO, G.S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, (Giuffrè, Milano, 1965); RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4; NEGRO, F., *¿Crisi o evoluzione del diritto di proprietà?*, (Edizioni Alfa, 3a. ed., Bologna, 1968).

(43) Según NATOLI para determinar la crisis deben observarse los siguientes aspectos: 1) verificar los límites de su capacidad y adaptación a las diversas situaciones resultantes de la incidencia de la legislación especial; 2) la extensión de la relativa noción a situaciones referidas a bienes inidóneos a servir de objeto de aquel derecho: bienes inmateriales, conexos a la creación intelectual y /o, en general, a la organización de actividad económica; y 3) vendría representado por la siempre más frecuente y acentuada escisión entre titularidad del derecho y gestión (utilización) del bien-objeto, los cuales en concreto terminan perteneciendo a diversos sujetos en modo tal que la posición dominante respecta no tanto al titular como al gestor. Cfr., NATOLI, U., *La proprietà*, supra nota 2, p. 7, 9.

(44) Para un interesante análisis jurídico del derecho de propiedad que toma en consideración toda una serie de factores superestructurales y su incidencia en la esfera del derecho véase BARCELONA, P., *Diritto privato e processo economico*, (Jovene, Napoli, 1973), en especial el capítulo tercero, denominado Utilizzazione dei beni e diritto di proprietà, p. 125, 208.
Orientaciones similares se encuentran en la tantas veces citada *La proprietà* de NATOLI, y agudas observaciones se hayan en artículos tales como RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4; RODOTA, S., voz *Proprietà (diritto vigente) en el Novissimo Digesto italiano*, (U.T.E.T., Torino, 1967) XIV, p. 125, 46; RESCIGNO, P., *Per uno studio sulla proprietà*, publicado en Rivista Civile, 1971, p. 1, 67; FERRARI, V., *Proprietà, potere e strategia politica*, en Sociologia del diritto, 1975, p. 152, 59.

satisfacer las necesidades de una sociedad industrializada y capitalista (45): el derecho del Código civil era, entonces un derecho precapitalista (46), de ahí que la incorporación que hace la naciente sociedad de nuevos componentes obliga necesariamente a ampliar los límites conceptuales, que en un principio fueron creados para que encuentren cabida formas y tipos en que se expresa la propiedad del sistema.

En sustancia una construcción teórica de la propiedad exige tomar en consideración los múltiples aspectos en los cuales el derecho se realiza, pues solo así se tiene la posibilidad de acercarse a un concepto operativo basado sobre la experiencia jurídica concreta.

Con la sociedad capitalista no solo la distribución de los bienes de la producción varía sino que el contenido de estos se modifica sustancialmente y afectan a su vez dialécticamente al instituto de la propiedad.

El **factor trabajo** adquiere una relevancia importantísima. La relación intersubjetiva de la prestación de trabajo condicionada —en la primera fase del capitalismo— por la desproporción entre oferta y demanda pronto se comienza a superar cuando las partes —en uso de la facultad de estipular o no— suscriben contratos colectivos en virtud de los cuales se busca reequilibrar la paridad e igualdad entre contratantes, que la disparidad económica había hecho ilusoria a través del contrato individual, así, de frente al poderío económico de los propietarios se contrapone el potencial numérico y político de los trabajadores. La preeminencia del factor trabajo, y la importancia política indiscutible de la clase trabajadora, ha generado nuevos tipos de propiedad en cuanto que, para la satisfacción de intereses colectivos, el trabajador deja de ser un elemento subordinado (con el único derecho de recibir su salario) para tomar una actitud dinámica y participar activamente en el proceso de producción, es así como aparecen los tipos de propiedad cogestionaria y autogestionaria en los cuales se debe atender más al factor trabajo que al factor capital. Igualmente, por la decidida influencia que tiene el trabajo en la producción, formas contractuales tradicionales han cambiado para tutelar principalmente al trabajador-productor no propietario frente al propietario no productor pues siendo la producción una actividad fundamental de la sociedad (de interés general) resulta lógico que de las relaciones que se constituyen entre propietarios y trabajadores (subordinados, autónomos o bajo el régimen cooperativo) es del trabajo de donde proviene la riqueza; en materia agraria es donde resulta más evidente la preeminencia de la tutela de la producción dado que el arrendatario es protegido frente al arrendante, el aparcero y el colono frente al propietario —no productor—, pues la propiedad (de la tierra, en este caso) no es más que una fase formal de una relación jurídica (cuya importancia resulta insignificante frente a la producción) en que el propietario no produce, solamente obtiene un canon sin realizar ninguna acción material (47).

El **factor capital** y las formas, tanto de representación como acumulativas, en que se manifiesta también han alterado notablemente el instituto de la propiedad. A la época de la promulgación del

---

(45) Véase, en este sentido, ASCARELLI, T., *Proprietà e controllo della ricchezza*, en **Rivista trimestrale de diritto e procedura civile**, 1950, p. 756.

(46) GALGANO, F., *L'imprenditore*, (Zanichelli, 2a. ed., Bologna, 1974) p. 2.

(47) La legislación de casi todos los países regula en la contratación agraria la duración, la prórroga, el canon, el poder de mejorar, y el derecho de prelación, como modos de tutelar al productor cocontratante.
Para un amplio estudio sobre el tema véase, CARRARA, G., *I contratti agrari*, (U.T.E.T., 2a. ed., Torino, 1952); PACE, S., *I contratti agrari (Saggio di una teoria generale)*, (Giuffrè, Milano, 1952); SCALLINI, B., *Impresa e contratti agrari*, (Giuffrè, Milano, 1975); POIREL, R., *Baux Ruraux*, (Dalloz, Paris, 1971); ARRAGO-ROUVEROUX, *L'estimation des biens ruraux*, (Librairies techniques, Paris 1973); BRUNORI, E., *Mezzadria in crisi*, (Cedam, Padova, 1961) MOSCO, L., *Mezzadria e colonia parziaria nella legislazione e nella giurisprudenza attuali*, (Giuffrè, Milano, 1969); MASAART, A., *L'affitto di fondo rustico nella nueva disciplina*, (Giuffrè, Milano, 1974). En la **Rivista di Diritto agrario** se subrayan los siguientes: BASSANELLI, E., *I contratti agrari nel nuovo codice*, 1942; BASSANELLI, E., *La crisi del contratto agrario*, 1948; GALLONI, G., *La comunione di scopo nei contratti agrari*, 1965; DE LOS MOZOS, J.L., *La aparcería, forma olvidada de la agrupación agrícola*, 1967; MENICHNCHERI, V., *L'intervento pubblico in agricoltura attraverso la riforma del contratti agrari*, 1967; ROMAGNOLI, E., *I contratti agrari in Italia*, 1968; GIORGIANNI, M., *Riffessioni sulla tipizzazione dei contratti agrari*, 1969; GALLONI, G., *Premesse ad una nozione autonoma dell'affitto di fonde rustici*, 1971; BALLESTERO Y COSTA, L.M., *Teoría general del contrato agrario*, 1971; CARROZA, A., *Il terzo tempo della riforma agraria: la trasformazione della mezzadria, colonia e contratti minori in affitto*, 1971; ORLANDO CASCIO, S., *La riforma dei contratti agrari e la teoria generale del contrato*, 1971; GIORGIANNI, M., *La crisi del contratto nella società contemporanea*, 1972; LAZZARA, C., *La nozzione di affitto agrario*, 1972; el volumen tercero de 1975 corresponde a las Seconde giornate italo-spagnole di Diritto agrario siendo poco más de la mitad destinado al tema del contrato agrario como relaciones presentadas a dicho evento por los participantes; e IRTI, N., *Vicenda storica ed autonomia del contratto di mezzadria*, 1976. En igual forma todos los manuales de Derecho agrario hay —sin excepción— uno o varios capítulos dedicados al tema.

*Code Napoleon* no solo se estaba en una época precapitalista sino que aún eran imperceptibles las notas caracterizantes que la distinguían de la sociedad feudal, es decir, la nueva clase social a la hora de la codificación no se había liberado completamente de la antigua, coexistiendo ambas con sus propias leyes: por una parte el *Code Civil* es el código de la clase dueña de la tierra que estará en una posición antagónica de la nueva clase social: la burguesía industrial y comercial, que promulga su propia ley: el Código de comercio. En el centro del sistema jurídico deja de estar la propiedad. Aparece el Derecho comercial que es precisamente el derecho del capitalismo; con él la sociedad de personas (feudal) da cabida a la sociedad de capitales, aparece la empresa comercial, y así la relación contractual sustituye la propietaria. La propiedad ya no se manifiesta solo por el goce y disfrute de la cosa en forma directa y absoluta sino que el esquema varía sustancialmente dado que en la sociedad de capitales el propietario casi no participa en la conducción de la empresa —que es confiada a un gestor, la mayoría de las veces no propietario— y sólo recibe el rédito correspondiente a sus ganancias, y pese a que puede participar a la toma de decisiones generalmente su poder es insignificante frente al conjunto, que es conducido por una minoría que no requiere ni siquiera de la presencia de los propietarios pues el poder lo obtiene a través de contratos y transacciones en la bolsa de valores (48).

El **factor tierra** no escapa a las modificaciones. En un principio el *Code Napoleon* resolvía el derecho de la tierra en el Derecho civil, en el Derecho de la propiedad. El Código de comercio introduce las categorías de la unidad y actividad, manteniendo la tierra en la esfera de la voluntad del individuo, que entra pronto en crisis cuando se profundiza el contenido del derecho subjetivo (el centro de la voluntad pasa de la voluntad misma a la relación individuo-bien), las necesidades humanas y la naturaleza del bien, la diferencia entre bienes de consumo y bienes de producción, de esta forma la propiedad pasa de poder de la voluntad a poder económico (49); es así como nace el derecho agrario del derecho civil (50), pero no como traslado del estudio del derecho de la tierra pues el derecho agrario es derecho de actividad, no solo de propiedad de la tierra, nace como la unidad de la organización y utilización de la tierra en la productividad agrícola (51).

También constituyen nuevos componentes la normativa antimonopolista que se dicta continuamente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (52), la intervención del Estado en materia económica que ha originado las sociedades con participación estatal (53), así como la planificación (54), para citar solo algunos, cuya incidencia

---

(48) La escisión existente entre propiedad y control es nota característica del moderno mundo de la producción pues se sostiene que concentrar la disciplina jurídica "exclusivamente sobre el momento de la propiedad significaría sancionar, en el hecho, la irresponsabilidad absoluta de quien efectivamente opera" (RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4, p. 1269).
Para una mayor profundidad del tema, véase entre otros, ASCARELLI, T., *Proprietà e controllo della ricchezza*, supra nota 45; BERLE, A., *Società per azioni e proprietà privata*, en Saggi di Diritto privato, 1973, p. 323; DAHRENDORF, R., *Proprietà e controllo: la scomposizione del capitale*, en Saggi di Diritto privato, 1973, p. ss.; DIMAJO, A., *Proprietà e controllo (a proposito della proprietà socialista)* en Democrazia del diritto, 1973, p. 351 ss; CASSESE, S., *Dalla proprietà all'impresa: i beni privati destinati dallo Stato alla produzione*, en Politica del diritto, 1975, p. 609 ss.

(49) ASCARELLI, T., *Il diritto comparato e la rivoluzione agraria*, publicado en el volumen Dopo il primo convegno internazionale di diritto agrario, (Giuffrè, Milano, 1958) p. 58.

(50) Para una comprensión amplia de la temática que sucintamente se expone, véase el interesante ensayo IRTI, N., *Dal diritto civile al diritto agrario*, supra nota 23, p. 103, 06 fundamentalmente.

(51) IRTI, N., Ibid.

(52) Un ejemplo claro se encuentra constituido por la normativa en materia de monopolios y de tutela de la libertad de concurrencia que se encuentra en los tratados de la C.E.C.A. y de la C.E.E., en concreto los artículos 65 y 66 del primero firmado en París el 18 de abril de 1951 y los artículos 85 a 90 del tratado de Roma del 25 de marzo de 1957.

(53) El tema de la empresa pública ha sido tomado últimamente con gran interés por parte de la doctrina, al punto que ya se habla de una nueva clasificación jurídica: el derecho público de la economía, en que este tipo de empresa ocupa un lugar importantísimo. Al respecto, véase la reciente obra GIANINNI, M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, (Il Mulino, Bologna, 1977).

(54) En cuanto a la intervención pública en la economía sostiene COCO que "la participación estatal en sociedades privadas y las intervenciones públicas se reflejan sobre el derecho de propiedad como una limitación anómala de su contenido; no se tienen únicamente determinados límites, cargas y obligaciones, impuestos al propietario por normas específicas para la tutela de los intereses públicos, sino un sustancial condicionamiento de los intereses y de los poderes del propietario para la consecución de un fin público y la imposición directa de obligaciones", en COCO, G.S., *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, supra nota 42, p. 115.
En materia agraria véase el artículo BALLARIN MARCIAL, S., *Derecho agrario y planificación* que es la conferencia impartida en la Corte Suprema de Justicia en Costa Rica que aparece en el volumen Conferencias sobre Derecho agrario, publicado ahora en el libro del autor Estudios de Derecho agrario y política agraria (Línea S.A., Madrid, 1975) p. 215, 91; y, DESIDERI, C., *La programmazione in agricoltura* en el volumen colectivo titulado Manuale di Diritto agrario italiano, (U.T.E.T., Torino, 1978), p. 435, 87.

directa en el instituto de la propiedad obligan al replanteamiento conceptual.

10. Cabe preguntarse —como lo ha hecho la doctrina ante esta problemática— si estamos, o no, frente a una evolución metamorfosis del derecho de propiedad (55). La respuesta es indudablemente afirmativa. La entrada en escena de los nuevos componentes del Derecho de propiedad ha sido decisiva. Se viene afirmando desde hace mucho tiempo que en el Derecho de propiedad "a la verdadera línea de fractura se llega cuando, abandonada la idea de goce *pro se*, se entra en el concepto de función de carácter social" (56), pues el moderno derecho de los bienes se encuentra caracterizado precisamente por el pasaje de la dimensión estructural a la dimensión funcional (57), que en el caso de la propiedad deja de ser una fórmula genérica para adquirir el carácter de calificación jurídica (58). El tratamiento jurídico científico de la función social de la propiedad (59), y sus acusadas ambigüedades, ha merecido especial atención en los últimos años pues la mejor forma de dar razón al modo de existir de una determinada estructura se encuentra solo a través de su función (60), con lo cual se facilita incluso el cumplir con la exigencia de tener en cuenta los datos propuestos por los cambios de las condiciones históricas (61).

11. Resulta evidente que teniendo en consideración los factores estructurales y superestructurales concretos que condicionan y determinan la existencia misma del derecho de propiedad privada, el jurista no puede desconocer (aún queriéndolo, escudándose en un superado formalismo jurídico) que la propiedad como realidad histórica ha variado y continuará variando.

El tratamiento científico exige tomar en consideración todos los factores relacionados con la propiedad como único modo de aproximarse a un concepto dinámico a través del cual —habida cuenta de su continua mutabilidad— permita analizar la institución en todas sus vicisitudes, así como delimitar los grados de influencia sobre los demás derechos reales a los que en una u otra forma condiciona. Un primer paso ha de ser el considerar el ordenamiento jurídico no como un conjunto de normas completo, sino, por el contrario, como una entidad discontinua caracterizada por una serie de fracturas ocasionadas por la lógica antagónica de las fuerzas productivas (62), y así, determinar la discontinuidad entre la legislación del Código Civil y aquella de las leyes especiales (63), pues resulta obvio que el esquema tradicional de la propiedad del código ha dado paso a una creciente **socialización** o **publicización** del Derecho privado en general (64), a través de la normativa especial, durante todo el siglo anterior y el presente,

---

(55) Al respecto véase SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* publicado en Approfondissenent d'un droit renouvelé, (Dalloz, 3a. ed., Paris, 1959), e igualmente, SALARIS, F., *Sulla metamorfosi della proprietà agricola* publicado en Rivista di Diritto agrario, 1973, p. 174 ss.

(56) JEMOLO, *Intervento*, en Atti del terzo congresso nazionale di Diritto agrario, (Giuffrè, Milano, 1954) p. 230.

(57) DE VITTA, A., *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, supra nota 27, p. 40.

(58) RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4, p. 1266.

(59) En tema de la función social de la propiedad —que no se tratará aquí— hay una amplia bibliografía, de ella véase preferentemente PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto*, (Giuffrè, Milano, 1954); GROSSO, *Formule, Schemi e prospettive nell'odierna teoria giuridica della proprietà* publicado en Diritto economico; RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4, que constituye un estudio que parte precisamente del criterio funcional de la propiedad, especialmente p. 1287 a 1341; COSTANTINO, C., *Contributo alla teoria della proprietà*, (Jovene, Napoli, 1967); NATOLI, U., *La proprietà*, supra nota 2, especialmente p. 31 a 67 en que analiza la garantía constitucional de la propiedad privada; FERRANTI, F., *Il diritto di proprietà nella Dichiarazi ne Universale dei diritti dell'uomo*, en Orientamento, p. 1 y ss; CASSIANI, G., *Il problema della terra nella costituzione*, en Studi XX Costituente, III, p. 47; CO ORELLI, L., *La proprietà nella convenzione europea dei diritti del uomo*, en Rivista Internazionale, 1970, p. 175; RODOTA, S., *Nouve frontiere per il diritto di proprietà* en Giurisprudenza Costituzionale, 1971, p. 136; GIANNINI, M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata* en Politica del diritto, 1971; NEGRO, F., *La storia economica e sociale della proprietà*, (Ed. Forni, 4a. ed., Bologna, 1970); COSTANTINO, M., *Profili fondamentali della proprietà* en Studi senesi, 1971, p. 351; SANDULLI, A.M., *Profili costituzionali della proprietà privata*, en Rivista triméstrale civile, 1972, p. 465 ss; NATOLI, U., *Funzione sociale e funzionalizzazione della proprietà e dell'i presa tra negazione e demistificazione* en Studi Ermanno Graziani, 1974, p. 478 ss; POZZI, A., *Limitazioni legale di proprietà e azioni possesorie* en Foro italiano, 1975, I, p. 1970.

(60) PUGLIATTI, S., *La proprietà e le proprietà (conriguardo particolare a la proprietà terriera)*, en supra nota 6, p. 300.

(61) RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4, p. 1252.

(62) BARCELONA, P., *Introduzione* en el volumen L'uso alternativo del diritto, (Laterza, Bari, 1973) I, p. XVII.

(63) RODOTA, S., *Scienza giuridica ufficiale e deffinizione della proprietà*, supra nota 36, p. 468.

(64) RODOTA, S., Ibid, p. 464.

ocasionando un resquebrajamiento en el esquema que imposibilita un tratamiento único para todas las formas en que ésta se manifiesta. Conviene, pues, estudiar separadamente la propiedad industrial, la propiedad agraria, la propiedad intelectual, la propiedad urbana, como único medio de profundizar el estudio científico.

El concepto de propiedad no se puede lograr en forma absoluta para todas sus formas (o modos de manifestación), de ahí que resulte científicamente preferible buscar los conceptos de **las propiedades** en vez del de **la propiedad.** Este recurso metodológico favorecerá la obtención de un criterio más profundo y menos abstracto.

Finalmente, a pesar de que se puedan superar algunas dificultades metodológicas y científicas con los criterios esbozados, resulta indiscutible que cualquier argumentación jurídica que se realice siempre será una forma de manifestación de una línea política. Resulta ilógico hoy día esgrimir nuevamente el fracasado criterio de que el jurista debe estar en contacto con la sociedad (65), o recurrir al criterio de la jurisprudencia de intereses pues éste solo ha sido vehículo para la protección de los intereses de los detentadores del poder (66), mejor resulta incidir sobre el fenómeno de la socialización de la propiedad (67), que se opera precisamente por la publicización del Derecho privado al convertir derechos disponibles en indisponibles en virtud de un interés público; además, la ciencia jurídica debe hacer referencia a la base económica y a los modelos culturales, dejar el criterio de reducir el análisis a una operación estrictamente lógica (68). Solo así la propiedad puede adquirir conceptualmente un carácter dinámico.

---

(65) BARCELONA, P., *Introduzione*, supra nota 62, p. X.
Sostiene BARCELONA que "se lee que los juristas están frustrados porque han perdido el contacto con la sociedad. Una vez los juristas tenían la sensibilidad de 'lo social'. . . Pero, ¿cuál sociedad?. . . La sociedad de los juristas ingenieros es una quimera, una abstracción. Basta mirar alrededor superficialmente para convencerse de que existen por lo menos dos diversas sociedades: la sociedad, o los grupos sociales, para entendernos, que tienen interés en que el Derecho desarrolle una función marginal, que proteja al sistema sin penetrar en la política del empresario, sin ejercitar ningún control sobre la forma en que se ejercitan los servicios públicos, etc.; al polo opuesto, la otra sociedad, aquella de la que nace el reclamo de una 'nueva justicia' para los oprimidos, los explotados,. . . el llamado a la realidad social es una fórmula vacía. . .".

(66) Véase al respecto RODOTA, S., *Note critiche in tema di proprietà*, supra nota 4, p. 1261, pero fundamentalmente la interesante posición expuesta por PUGLIATTI en su *La giurisprudenza como scienza pratica*, supra nota 4, p. 50-51, en que plantea con gran brillantez la labor que debe cumplir el jurista en los países en que se intentan transformaciones radicales en la estructura jurídico-política.

(67) CERRONI, U., *Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese*, en el volumen *L'uso alternativo del diritto*, supra nota 62, p. 9.

(68) BARCELONA , P., *Introduzione* en *L'uso alternativo del diritto*, Ibid., p. XVI-XVII.

# EL SIGNIFICADO DE LA CULPABILIDAD EN NUESTRO DERECHO PENAL

*Lic. Fernando Cruz Castro.*

## SUMARIO:

Introducción . . . . . 62

1. Algunas consideraciones sobre la culpabilidad en el Código de 1941 . . . . . 62
2. La culpabilidad en el Código Penal vigente . . . . . 63
   a) Antecedente en el Código Penal tipo . . . . . 63
   b) Código Penal vigente . . . . . 63
   c) Criterios aplicables en la individualización de la pena . . . . . 65
3. Necesidad del principio de culpabilidad . . . . . 68
4. La reincidencia y la profesionalidad con respecto al principio de culpabilidad . . . . . 69
   a) La reincidencia . . . . . 69
   b) La profesionalidad . . . . . 71
   c) Problema constitucional . . . . . 71
5. Las medidas de seguridad y las penas . . . . . 72
6. Crisis del principio de culpabilidad. Planteamientos alternativos . . . . . 74
   a) Teorías tradicionales sobre la culpabilidad . . . . . 75
   b) Supresión del principio de culpabilidad . . . . . 76
   c) La culpabilidad en relación a la función motivadora de la norma penal. . . . . 76
   ch) La culpabilidad según Claus Roxin . . . . . 79
   d) Imprecisión del concepto de culpabilidad y el problema de su determinación en la individualización de la pena . . . . . 80

Conclusiones . . . . . 81

Indice de abreviaturas. . . . . 83

## INTRODUCCION

Cuando se habla de la culpabilidad, de inmediato surge la idea de la libertad, del poder político y del alcance del "ius puniendi". Parece que existe una indisoluble relación entre PODER POLITICO–LIBERTAD–CULPABILIDAD. Encontramos que el tema de la culpabilidad siempre sugiere otros, como el de la LIBERTAD y el de los límites del PODER ESTATAL. Ernesto Sabato resume certeramente la problemática de los temas aludidos, cuando afirma que la primera condición para cualquier nación digna ha de ser el respeto de la persona, lo que supone en primer término su libertad. (Ver obra: "Apologías y rechazos"). Precisamente, la comprensión exacta del principio de culpabilidad, permitirá dos cosas: el respeto a la dignidad de la persona y la más alta valoración de la libertad. Estos dos aspectos tendrán, según mi punto de vista, una indiscutible preeminencia sobre cualquier otro objetivo o valoración.

Aparentemente nuestro Código Penal admite el principio de culpabilidad, sin embargo se trata de una admisión muy tímida, cuya significación es muy relativa. Existen varios aspectos sobre los que no puede afirmarse que el principio de culpabilidad que contiene nuestro Código Penal, sea un medio adecuado para el respeto a la libertad y a la dignidad de la persona. Mis argumentos y puntos de vista, como todos los que tienen que ver con el DERECHO y los valores, son discutibles y transitorios. Sólo espero que mi exposición sirva de estímulo para suscitar la crítica de mis errores, y que de alguna forma contribuya al análisis crítico de nuestro Derecho Penal.

Agradezco al profesor Enrique Bacigalupo los consejos y sugerencias que me hizo durante la elaboración de este pequeño ensayo.

**UN RECUERDO PARA UN HOMBRE SINGULAR:** Quisiera dedicar estas páginas a la memoria del Lic. Francisco Chaverri R., a quien cariñosamente llamábamos: "don Chico". Siempre lo recuerdo con profundo respeto y admiración. Esos recuerdos, como todas las miradas que se dirigen hacia atrás, están llenos de tristeza y nostalgia. La vida transcurre en medio de pequeñas parcelas de LIBERTAD y grandes espacios que se definen sin el concurso de nuestro esfuerzo y de nuestra voluntad. Desgraciadamente, la muerte pertenece a uno de esos amplios espacios.

### 1. Algunas consideraciones sobre la culpabilidad en el Código de 1941.

Es importante referirse, aunque sea brevemente, al Código Penal de 1941, ya que algunos aspectos de la culpabilidad se mantendrán en el código vigente (1). En este código el principio de culpabilidad tenía una regulación muy confusa. Esa imprecisión se puede determinar a través de las siguientes características:

a) En el artículo diecinueve (2) se establecía que el dolo o la intención de delinquir se presume en todas las acciones u omisiones.

b) No se refiere al principio de culpabilidad, ya que sólo utilizaba el término responsabilidad. En el capítulo II, del Título II, dedicado a la "RESPONSABILIDAD", establecía que todo el que cometiera un hecho punible sería responsable, salvo los casos expresamente exceptuados por el código (3). La norma aludida, refleja un concepto muy devaluado e impreciso de lo que debe ser la culpabilidad, aún si se la conceptúa desde una perspectiva muy tradicional. De acuerdo con esa tesis, no era necesario analizar la reprochabilidad del acto, sino que sólo debía analizarse si tal acción estaba excluida expresamente por la ley, si no era así, siempre hubiese sido un acto culpable.

c) En el artículo ochenta y ocho se autorizaba al juez para que en la individualización de la pena tomara en cuenta la mayor o menor peligrosi-

---

(1) Código promulgado en el año 1970 y que entró en vigencia hasta el año 1972.

(2) El artículo diecinueve del Código Penal de 1941, establecía lo siguiente: La acción o la omisión constituyen el hecho punible; pero la responsabilidad y la pena se eliminan, agravan o atenúan en los casos de ley. El dolo o intención de delinquir se presume en todas las acciones u omisiones punibles.

(3) El artículo veintiuno del Código Penal de 1941, establecía lo siguiente: Todo el que cometa un hecho punible será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código.

dad del acusado (4). Resulta claro así, que el límite de la pena no era establecido por la culpabilidad, sino por la peligrosidad (5).

El Código Penal de 1941, refleja, por lo tanto, un concepto muy discutible y confuso sobre el principio de culpabilidad. Esa confusión puede explicarse por el hecho de que aquel Código Penal participa de un predominio defensista en el sentido positivista, sin abandonar totalmente la tradición española neoclásica. En este sentido aparece como más acertada aquí la frase de Mattes, cuando afirma, refiriéndose al Código argentino, que su nota dominante es un turbio eclecticismo entre un defensismo de notas positivistas y la tradición española, así como la neoclásica. Aunque Mattes se refería al Código Penal argentino, es indudable que tal juicio es aplicable al Código Penal de 1941 (6).

## 2. LA CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL VIGENTE.

### a. Antecedente en el CODIGO PENAL TIPO.

Cuando se analizan los preceptos que integran el Código Penal vigente, no debe perderse de vista que se trata de un cuerpo de normas con fuerte influencia del CODIGO PENAL TIPO. En lo referente a la culpabilidad, Jescheck considera que a pesar de que el CODIGO PENAL TIPO se fundamenta en el principio de culpabilidad, no lo realiza de un modo consecuente. El CODIGO PENAL TIPO contiene prescripciones de las que sólo puede deducirse de manera indirecta el principio de culpabilidad (7). Tampoco se encuentra, en especial en su artículo 73, una regla según la cual, la medida de la pena no debe superar la gravedad de la culpabilidad (8). Esta imprecisión e indefinición en cuanto al principio de culpabilidad, llevará necesariamente a una escasa diferenciación entre penas y medidas de seguridad (9).

### b) Código Penal vigente.

El Código Penal costarricense evidencia las notas características que se han señalado respecto al CODIGO PENAL TIPO. La escasa trascendencia del principio de culpabilidad es perceptible ya en la misma exposición de motivos. En tal exposición se acepta una tendencia defensista, al declarar que: *". . .Vamos hacia la moderna concepción defensista de la sociedad frente a quienes delinquen pero con una finalidad justa, dándoles oportunidad de reivindicarse, de reincorporarse al medio social, libre de taras y listos para colaborar en la tarea común que todos perseguimos en busca de nuestra felicidad. ¿Cómo?, sustituyendo la pena retributiva con el tratamiento del infractor y propiciando erradicar el delito por medio de su prevención. . ."* (10). El párrafo citado demuestra que, a pesar de que no se acepta el planteamiento tradicional defensista, íntimamente ligado a la escuela positiva, de todas formas se sigue dando énfasis a la idea de la DEFENSA SOCIAL. Dentro de este marco ya no interesa que la pena tenga como límite la culpabilidad, sino que se considera preponderante el tratamiento y la acción preventiva, según lo requiera

---

(4) El artículo 88 del anterior Código decía lo siguiente: "Los jueces al dictar sentencia determinarán a su arbitrio, dentro de los límites establecidos por este Código, la cantidad de pena aplicable tomando en cuenta la *peligrosidad* del delincuente; . . .". A pesar de que en el Código Penal vigente ya no se habla de peligrosidad, al mencionarse los criterios de individualización de la pena (art. 71 del Código Penal), en realidad subsiste tal criterio a través de la fórmula de la personalidad. La persistencia del criterio de la peligrosidad evidencia la profunda influencia que ha ejercido, en Hispanoamérica, el positivismo. ". . .Curioso fenómeno el de la Argentina y el de la mayor parte de estos países hispanoamericanos. Adviene el positivismo con tal fuerza, que César Lombroso se ufana, y Enrique Ferri lo hace constar, de que una de las primeras sociedades criminológicas que se crea es una asociación argentina, . . .". JIMENEZ DE ASUA, Luis, *"El Criminalista"*, 2a. serie. Tomo VI. Editor Víctor de Zavalía, Buenos Aires, Argentina, 1964, p. 105.

(5) La peligrosidad puede definirse como "un complejo de condiciones, subjetivas y objetivas, bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso o peligroso". (B. PETROCELLI, *La pericolositá criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, pág. 47), cita tomada del artículo de: RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *"Medidas de Seguridad y Estado de Derecho"*, volumen colectivo, *Peligrosidad social y Medidas de Seguridad*, Universidad de Valencia, España, 1974, p. 145. El mayor problema que presenta este concepto es el relativo a la *probabilidad*, ya que ésta sigue fundamentándose en criterios poco científicos, tales como la intuición o las inconscientes valoraciones. (Ver del mismo autor: Rodríguez Mourullo, en el artículo citado anteriormente, la página 351).

(6) BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *"Cuestiones Penales y Criminológicas"*, Ed. Reus, 1979, Madrid, España, p. 43-44.

(7) JESCHECK, Hans-Heinrich, *"Las Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal tipo en América Latina comparadas con el Derecho alemán"*, N.P.P., No. 3, 1973, p. 292.

(8) Ibídem, p. 293.

(9) Ibídem, p. 295.

(10) Exposición de motivos del Código Penal. Edición del Colegio de Abogados (C.R.), del año 1972. Preparada por el Lic. Atilio Vincenzi, Imp. Trejos, p. 10.

el autor. Se parte de un optimismo extraordinario sobre las posibilidades del tratamiento (11) y se acepta la idea de que el delito es algo anormal, patológico, que requiere un determinado tratamiento, al igual que sucede en las ciencias médicas (12). No creo que sea aconsejable declarar una fe ciega en la DEFENSA SOCIAL, ya que es indudable que su motivo inspirador, aún cuando se lo espiritualice, no puede estar más que en función de una indiscutida preeminencia del grupo estatalmente organizado sobre el individuo; la DEFENSA SOCIAL tiende a trasladar todo el acento hacia los intereses de la sociedad antes que hacia el autor (13). Por esa razón es que la idea de defensa social, que se apoya en argumentos naturalistas y que no se preocupa del fundamento ético, puede convertirse con facilidad en instrumento idóneo de concepciones totalitarias, donde los valores de la persona individual quedan íntegramente ahogados (14).

Respecto de la exposición de motivos, en tanto habla de la sustitución de la pena retributiva por el tratamiento, es necesario hacer dos consideraciones:

I) Si esa pena retributiva se refiere a la superación de una teoría absoluta de la pena, tal como lo entendían KANT Y HEGEL, es indiscutible de que desde tal punto de vista sólo se supera la simple pena retributiva (15). Pero la retribución carente de finalidad, con la que, ni para el autor, ni para la sociedad, puede aspirarse a un bien, resulta en realidad lesiva de la dignidad humana, como con razón lo afirmaban los krausistas españoles.

Paralelamente tampoco puede aceptarse que en un Estado de derecho pueda utilizarse al hombre para un fin exterior a él mismo, lo que afecta básicamente a la prevención general. Por ello la pena deberá buscar, en la medida de lo posible, la mejora del hombre. La teoría de la pena absoluta, por lo tanto, debe ser abandonada (16).

II) Pero desde otra perspectiva, el criterio retribucionista puede representar una garantía política, al señalar que la culpabilidad del autor viene a establecer la medida máxima de la pena aplicable (17). Tanto desde un punto de vista ético, como de prevención general y especial, es necesario que la pena no supere la culpabilidad del responsable del acto delictivo. La pena que traspasa el criterio retributivo podría desencadenar el terror penal (18). Tampoco existe ninguna incompatibilidad entre la retribución de la pena y los efectos de prevención a los que, en la medida de lo posible, debe ajustarse la concreta aplicación de la pena, por lo demás, el criterio retribucionista postula la aplicación irremisible de la pena, como si se tratara de realizar, en el mundo de los hombres, la justicia absoluta. Sin embargo, se sostiene actualmente que si las necesidades sociales no lo requieren, podría incluso dejar de aplicarse la pena. En lo único en que insiste hoy el retribucionismo es en que el fundamento

---

(11) Este optimismo poco a poco se ha ido convirtiendo en un profundo escepticismo sobre las posibilidades del tratamiento penitenciario. ¿Será, realmente, el crimen un fenómeno anormal, al que se le debe aplicar el modelo médico de curación? Pareciera que gran cantidad de la delincuencia no puede atribuirse a la existencia de alguna patología; tal es el caso de la delincuencia económica, la delincuencia derivada del poder político (que atenta contra los derechos humanos, impone regímenes de fuerza, etc.), o los delitos que se producen en la conducción de vehículos, etc. Por otra parte ". . .Resulta altamente incierto el saber cuál es el modelo de sociedad a la que la finalidad de readaptación (finalidad de tratamiento) debe entenderse referida. No parece que éste pueda venir dado por la sociedad concreta hoy existente en atención al censurable orden axiológico vigente en la misma". CORDOBA RODA, Juan, *"La cuestión de la necesidad de readaptación social como presupuesto de la pena"*, se encuentra en: *"La reforma penal de los países en desarrollo"*. Unam, México, 1978, pág. 307. Como consulta puede analizarse el trabajo de GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *"La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo"*. A.D.P.C.P., Madrid, 1979. También MUÑOZ CONDE, Francisco, *"La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito"*. C.P.C., 1979, No. 7.

(12) ". . .Clasificar el delito entre los fenómenos de sociología normal no es sólo decir que es un fenómeno inevitable, aunque lamentable debido a la incorregible maldad de los hombres, es afirmar que es un factor de la salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana. Este resultado es, en primer lugar, bastante sorprendente e incluso nos ha desconcertado durante largo tiempo. Sin embargo, no es difícil encontrar las razones que explican esta normalidad y que, al mismo tiempo, la confirman. En primer lugar, el delito es normal porque una sociedad exenta del mismo es del todo imposible. . .". DURKHEIM, E., *"Las reglas del método sociológico"*. Ediciones Morata, Madrid, España, 1978, p. 85.

(13) RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *"Significado político y fundamento ético de la pena y medida de seguridad"*. R.L.J., 1965, p. 780-781.

(14) Ibídem, p. 786.

(15) BAUMANN, Jürgen, *"Culpabilidad y expiación, ¿son el mayor problema del Derecho Penal actual?"*. N.P.P., 1972, p. 31-32.

(16) KLUG, Ulrich, *"Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel"*. Publicado en: *"Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho"*. Libro en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa. Ed. Pannedille, Argentina, 1970, p. 40.

(17) RODRIGUEZ MOURULLO, supra nota 13, p. 768-769.

(18) Ibídem, p. 766.

de la pena así como el criterio para determinar su gravedad, no puede ser otro que el de la proporcionalidad con la culpabilidad del autor. Si se abandonara este límite, se carecería de un punto más o menos seguro, que ponga fronteras a la intervención estatal al imponer la pena (19).

Con el abandono del enfoque retribucionista, en lo que se refiere a la culpabilidad como límite de la pena, no se logra, en principio, un gran progreso, sino que se propicia una ampliación excesiva de los poderes del ESTADO, en función de un discutible afán rehabilitador y de DEFENSA SOCIAL. En el Código Penal costarricense, en realidad, se ha adoptado una tesis que puede encerrar graves peligros, fundamentalmente por la falta de límites precisos a los que reduce la actividad judicial en la individualización de la pena.

En el artículo treinta del Código Penal, se declara que nadie puede ser sancionado por un hecho tipificado en la ley si no lo ha hecho con dolo, culpa o preterintención. Pero esta norma no puede fundamentar la idea de que el principio de culpabilidad se admite plenamente en nuestra legislación. En realidad lo admitimos como presupuesto de la pena, mientras que la individualización se lleva a cabo desde puntos de vista puramente preventivos (20). La norma del artículo treinta sirve, básicamente, para excluir la pura responsabilidad por el resultado (21); aunque es cierto que en la redacción de algunos tipos delictivos de la parte especial se puede encontrar, aparentemente, una responsabilidad objetiva (22), es indudable que el principio general que se deriva del artículo treinta tendrá preeminencia sobre la interpretación gramatical de una norma aislada de la parte especial.

Para poder determinar la existencia o inexistencia plena del principio de culpabilidad en nuestro Código Penal, es necesario examinar los criterios que se siguen en la fijación de las penas (art. 71), el enfoque que se le da a la reincidencia y algunos aspectos relativos a la medida de seguridad.

### c. Criterios aplicables en la individualización de la pena.

Como idea predominante se puede afirmar que nuestro Derecho Penal se ha mantenido orientado solamente hacia la peligrosidad del autor en la individualización de la pena, ". . .ya que no se encontró otro elemento cuantificable en la teoría del hecho punible, porque la antijuricidad sólo sería formal, y la culpabilidad una relación psicológica. . ." (23). El artículo 71 establece como único límite para la fijación de la pena, el ámbito que permita la escala de la pena, lo cual tampoco es cierto en algunas ocasiones, tal como lo analizaremos; pero ese límite que se impone no viene dado por la culpabilidad, sino por el principio de legalidad (24). Luego admite que la cuantía de la pena puede depender tanto de la gravedad del hecho, como de la personalidad del acusado. La fórmula

---

(19) Ibídem, p. 767.

(20) BACIGALUPO, Enrique, *"La individualización de la pena en la reforma penal"*. R.F.D.U.C., 1980, No. 3 (Monográfico), p. 67.

(21) BACIGALUPO, Enrique, *"Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena"*. N.P.P., No. 3, 1973, p. 308.

(22) El artículo 118 del Código Penal (relativo al aborto), después de los dos incisos que tipifican distintos supuestos delictivos, agrega lo siguiente: ". . .En los casos anteriores se elevará la respectiva pena, si del hecho resultare la muerte de la mujer. . .". Si nos atenemos a una interpretación mecánica, en la que no se tiene en cuenta la prioridad que tienen los principios de la parte general del Código Penal (art. 30), se podría decir que la elevación de la pena se produce por el mero hecho de que se produzca el resultado previsto. Hay en esta disposición, así como en otras, un fuerte resabio de la responsabilidad objetiva. ". . .Según ésta, correspondía la imposición de una pena a quien sólo había sido la causa material de un resultado, y también en aquellos casos en que el agente quería o producía un resultado y ocurría otro más grave que no había previsto y respecto del cual no era posible la menor previsibilidad. Aquel nombre, como es sabido, fue acuñado en Alemania, y fueron varias las teorías que se formularon al respecto, unas partidarias de la pura relación causal, otras que para atenuar las graves consecuencias de tales casos exigieron por lo menos la previsibilidad". RAMOS MEJIA, Enrique, *"La responsabilidad penal por otro resultado más grave"*. Publicado en: *"Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho"*, (supra nota 16). En algunas figuras delictivas de nuestro Código Penal, pareciera que existe una responsabilidad objetiva (o por el resultado), pero es indudable que esa deficiencia debe subsanarse mediante una interpretación sistemática del Código Penal, en la que deben tomarse en cuenta los principios fundamentales que contempla la PARTE GENERAL (en este caso el art. 30 del Código Penal). Tal interpretación sistemática, en la que se evidencia la prioridad de los principios de la PARTE GENERAL, eliminaría la posibilidad de admitir una responsabilidad penal por el resultado, a pesar de que el texto aislado de una figura, así lo establezca.

(23) BACIGALUPO, Enrique, *"Reflexiones sobre la reforma del sistema de reacciones penales ejemplificadas en el D.P. Argentino"*. N.P.P., 1977, p. 12.

(24) El principio de legalidad tiene cuatro consecuencias prácticas: 1. Prohibición de analogía; 2. Prohibición de retroactividad; 3. Prohibición de fundamentar la responsabilidad penal a través del derecho consuetudinario; 4. Mandato de certeza. La sanción sólo es lícita cuando la penalidad y la gravedad de la pena a imponer está determinada legalmente antes de la comisión del delito. ROXIN, Claus, *"Iniciación al Derecho Penal de hoy"*. Univ. de Sevilla, Trad. de Luzón Peña y Muñoz Conde, 1981, España, p. 96-112.

de la personalidad da cabida, de esta manera, al concepto de personalidad peligrosa del autor, como fundamento en la medición de la pena. Con ella quiere expresarse que en tanto la personalidad del autor permite concluir que es dable esperar de él futuros hechos punibles, tal circunstancia debe tomarse como base de la medida de la pena. Parece que esta fórmula, sin embargo, no pretende someter exclusivamente a la peligrosidad del autor la medida de la pena, pues esto permitiría que fuera más punible un autor que evidencia una mayor tendencia a hurtos relativamente pequeños que un homicida ocasional que seguramente no reincidirá. Por eso la fórmula se completa tomando en cuenta la "importancia de la lesión o del peligro" (art. 73, inciso segundo del PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO, e inciso b del artículo 71 del Código Penal costarricense) (25). ". . .En cambio, la fórmula no impediría, en principio, que un autor culposo fuera más punible que otro doloso mientras las escalas penales de la ley lo permitan, pues la tendencia de la personalidad al delito no es directamente proporcional al dolo o a la culpa, y en este caso, tratándose de delitos contra un mismo bien jurídico y con el mismo resultado de lesión (por ej. autor de lesiones dolosas y autor de lesiones culposas. . .) el correctivo no podría funcionar" (26). Uno de los mayores problemas que surgen con la fórmula de la personalidad, es que no proporciona un límite compatible con el principio de culpabilidad, además de que resulta difícil encontrar un concepto preciso sobre lo que se quiere decir con personalidad (27). Un derecho en el que sólo se excluye la responsabilidad por el resultado (llamada responsabilidad objetiva) pero en el que hay que responder por lo que se es, y no sólo por lo que se hizo, no es un auténtico Derecho Penal de culpabilidad (28). En la mayoría de los casos la consideración de la personalidad, puede convertirse fácilmente en un juicio moral sobre el autor, en el que los fines de la PREVENCION GENERAL actuarán oculta y tal vez inconscientemente, pero de todos modos en forma tal que permitirán utilizar al hombre concreto con miras a la intimidación de la generalidad, lesionándose de esta forma la especial consideración que merece la persona humana. Al vincular el monto de la pena con aspectos psicológicos, se permite que el autor sea penado por lo que es. La relación de la pena con la personalidad implicará siempre penar a alguien por lo que es y no por lo que hizo, aun cuando la personalidad se pudiera reflejar en un solo hecho (29). En la individualización de la pena nuestro Derecho Penal se caracteriza por ser un puro Derecho Penal de autor, sin que se establezca, tal como lo expresamos anteriormente, el principio sobre la función limitadora en la medida de la pena que debe cumplir la culpabilidad (30). Es importante tomar en cuenta esta característica relativa al Derecho Penal de autor, ya que define unos alcances diferentes, en cuanto a la sanción del hecho, de lo que se deduciría de un Derecho Penal por el hecho (31). El castigo, en

---

(25) BACIGALUPO, supra nota 21, p. 311-312.

(26) Ibídem.

(27) Ibídem, p. 316.

(28) Ibídem, p. 313.

(29) Ibídem, p. 314. En un sistema regido por el principio de legalidad, la culpabilidad sólo debe serlo por el hecho. Ser culpable por lo que se es, y no por lo que se ha hecho, sería contrario al principio de legalidad. La vida anterior al delito cometido por el autor, no debe servir de fundamento para establecer una mayor o menor culpabilidad. La peligrosidad del autor no es elemento de la culpabilidad. BACIGALUPO, supra nota 23, p. 12.

(30) ". . .El derecho penal, es o debe ser sobre el hecho. Un derecho penal de autor solamente puede cumplir una tarea complementaria. La relación que guarda con el derecho penal del hecho es como la excepción. . .". DEL ROSAL, Juan, *"La personalidad del delincuente en la técnica penal"*. Universidad de Valladolid. Publicaciones de la Facultad de Derecho de Valladolid, 1953, p. 53. ". . .Dentro de la influencia de la nueva o moderna tendencia de las reformas penales de Latinoamérica, se mantiene en ellas la tendencia, ya existente, a una prevención especial ilimitada. Es decir la pena continúa determinándose por la peligrosidad del autor. (Art. 71 del Código Penal). La mayoría se refieren en la regulación de la pena a la "personalidad del autor", pero es claro que bajo esta expresión se mantiene la "personalidad peligrosa del autor". En este punto, a pesar de la influencia de la escuela técnico jurídica no pudo eliminar que continuara plenamente vigente el positivismo, tan criticado. A pesar de eso, todas las legislaciones suelen hacer profesión de fe sobre el principio de culpabilidad. Este principio no es compatible con el mantenimiento de un sistema en que la gravedad de la pena proviene de la peligrosidad del autor y puede superar la medida del reproche individual que a éste le corresponda. (. . .). En el momento de la individualización de la pena, la culpabilidad desaparece y se cae en un puro derecho penal de autor. . .". BACIGALUPO, Enrique, *"El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latinoamericanos"*. C.P.C., No. 2, p. 7.

(31) ". . .La doctrina tradicional ha hecho énfasis en el hecho, nublando bastante a la persona, con el fin de darle mayor resonancia posible a los derechos de la persona. Es posible que se extremara la medida (. . .). En el derecho penal de autor, se intenta cambiar el objeto sobre el que recae el juicio de reproche. (. . .) se busca como punto de referencia no la acción sino el modo de ser de la persona. El reproche de la culpabilidad va conectado al hombre en cuanto es, en cuanto se presenta dentro de una determinada manera de ser. (. . .). Tal como lo expuso Mezger, no es más que una culpabilidad por el carácter de la persona, ya que a grandes rasgos significa que la actitud de enemistad jurídica se refleja en el individuo a lo largo de su vida (. . .). De modo que la culpabilidad de vida vendría a ser, por consiguiente, causación culpable o no impedir tamaña formación en la personalidad. Se trata, en expresión

el Derecho Penal de autor estará de acuerdo con el grado de antisocialidad de la acción ejecutada, y sólo indirectamente de acuerdo con el daño causado. Se trata, en consecuencia, de una orientación claramente defensista (32).

Como objeción general a la teoría del Derecho Penal de autor, puede alegarse que carece de concreción y fijeza. Se mueve en una turbia atmósfera de vaguedad, originada en un subjetivismo impreciso. Tampoco supera las objeciones que se le señalan al Derecho Penal del hecho, sino que más bien las agrava (33). A través de las consideraciones que se hacen sobre la personalidad del infractor, se concede mayor arbitrio al tribunal (34), siendo muy posible que en ciertas condiciones se pase por encima del principio de legalidad (35).

La idea de una culpabilidad del agente por poseer un modo determinado de ser peligroso, fue planteada por Mezger, que la ligaba a una culpabilidad por conducción de la vida (36). La culpabilidad por la conducción de la vida quiere significar no solamente, como es sabido, la disposición al delito, sino que probablemente la posibilidad de reprochar tal disposición; lo que se reprocha al autor es el haberse convertido en lo que es. La libre decisión que pretende encontrarse en el punto de partida de su conducta no es más que pura ficción. La figura de culpabilidad por conducción de la vida sólo sirve para ocultar, en verdad, puras consideraciones de prevención especial. Esto ha dado lugar a que también se utilice el concepto en la práctica, con fundamento en simples consideraciones de seguridad, sin detenerse a pensar si es legítimo responsabilizar al autor por su tendencia al delito (37).

También es criticable otra interpretación de la fórmula de la personalidad que jùstificara que la comisión del delito permite que el Estado pueda realizar un balance general sobre la vida del autor. La extensión de esta consideración sobre la personalidad, no ha sido, en principio, postulada en ningún caso; pero, tampoco existen impedimentos, dentro de la fórmula de la personalidad que obstaculicen la aplicación de tal interpretación; esto constituye uno de sus mayores peligros. De acuerdo con el inciso e) del artículo 71 del Código Penal (inciso quinto del artículo setenta y tres del CODIGO PENAL TIPO), parece que se establece una limitación a la posible aplicación de la interpretación aludida, porque al tomar en cuenta las condiciones personales del sujeto activo, le interesan ". . .las que hayan influido en la comisión del delito". Sin embargo, esta limitación es sólo aparente, pues en realidad vuelve al problema de la "culpabilidad por la conducción de la vida". ¿Cuál es el fundamento para que el autor tenga que responder por la influencia de su personalidad en el hecho? Si esta responsabilidad por la personalidad se funda en un acto de libre decisión en algún momento de su vida, sólo quedará posibilidad de afirmar su responsabilidad por el propio carácter. Pero toda concepción de esta última especie no justifica el deber de soportar la pena en razón de la personalidad o del carácter que se tiene. La responsabilidad social, tal como la postuló Ferri (38), es evidentemente una concepción de este tipo (39).

de Mezger y Bokerlmann de una culpabilidad por conducción o decisión defectuosa de la vida. . .". Se hace a la persona culpable por su formación moral. DEL ROSAL, J., supra nota 30, p. 74. Los primeros en preconizar y elaborar un derecho penal de autor son los positivistas. Ibídem, p. 38.

(32) Ibídem, p. 35.

(33) Ibídem, p. 56 y p. 95.

(34) Ibídem, p. 80.

(35) En el derecho penal de hoy la responsabilidad penal se debe determinar en relación a un hecho injusto cometido por el sujeto y ella se valora al momento mismo de su comisión. Si no se sigue éste principio, se propicia tal indeterminación, como en el caso de la reincidencia, que fácilmente puede superarse el límite de la legalidad. (NOVOA MONREAL, Eduardo, *"La evolución del Derecho Penal en el presente siglo"*. Ed. Jurídica venezolana, Caracas, Venezuela, 1977, p. 28 a 36).

(36) DEL ROSAL, Juan, supra nota 30, p. 75.

(37) STRATENWERTH, Günter, *"Culpabilidad por el hecho y medida de la pena"*, publicado en la obra: *"El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad"*. Publicaciones del Inst. de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, España, p. 47.

(38) Para la escuela positiva el hombre es responsable socialmente por el hecho de vivir en sociedad. Si el hombre tiene alguna tendencia a delinquir, la sociedad debe defenderse. El crimen vendría a ser un hecho humano, reflejo de la personalidad del autor. El delito pondrá en peligro la sociedad. La defensa social será el arma de defensa de la sociedad. Lo importante no es el hecho, sino la peligrosidad del autor (temibilitá, en términos de Garófalo). PEREZ-LLANTADA y GUTIERREZ, Fernando, *"Visión histórica de la responsabilidad penal"*. Colección cuadernos No. 2, Universidad Central de Venezuela, Fac. de Derecho, Venezuela, 1972, p. 33-34.

(39) BACIGALUPO, Enrique, supra nota 21, p. 313.

La teoría de la personalidad (peligrosidad) tiene una grave limitación: la personalidad no tiene un lugar sistemático en ninguno de los elementos del delito (40). La fórmula de la personalidad, antes que el producto reflexivo de una posición respecto al fin de la pena, la consecuencia de una criticable elaboración de la teoría del delito, sin que se tome en cuenta su funcionalidad respecto de todo el problema penal (41).

El artículo 71 del Código Penal emplea una fórmula en la que, sin duda, predomina el concepto de peligrosidad. No puede admitirse la posibilidad de unificación de los conceptos de culpabilidad y peligrosidad, pues se trata de nociones muy heterogéneas, que se fundamentan en planos distintos y responden a exigencias diferentes. Quien se refiere a la culpabilidad, se está refiriendo a un reproche por un hecho acaecido, en cambio el que habla de peligrosidad se refiere a hechos que deberán suceder y por los que se justificaría algún tipo de reacción social (42). Dentro de esa imposibilidad de unificación, es evidente que la norma comentada ha optado por la peligrosidad, concediéndose, al mismo tiempo, un alcance excesivo al poder punitivo del Estado. Este poder excesivo es el lógico resultado de una tendencia marcadamente defensista, tal como lo hemos adelantado anteriormente.

## 3. NECESIDAD DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Es indudable que el concepto de culpabilidad, así como los demás criterios para individualizar la pena, sugiere muchas dudas e incertidumbres, por esa razón no existe acuerdo en muchos aspectos. Se llega, incluso, a negar la necesidad del principio de culpabilidad; sin embargo, creo que pueden enumerarse algunos puntos sobre los que existe relativa unanimidad y en los que se evidencia la necesidad del principio de culpabilidad. Esos puntos son:

a) Es necesario desligar el concepto jurídico-penal de culpabilidad de representaciones morales y religiosas. Se debe desvincular la norma jurídica de la norma moral y en especial, su pretensión de absoluto. Por otra parte, la culpabilidad jurídico-penal debe fundamentarse sobre exigencias sociales, cuya validez tendrá estrecha relación con un contexto socio-histórico concreto (43).

b) La culpabilidad no debe justificar un fundamento puramente retributivo de la pena; no puede aceptarse una pena puramente retributiva y desprovista de fines.

c) La culpabilidad, en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, ya que el grado de culpabilidad viene a señalar el límite máximo de la pena. En este sentido la culpabilidad protege a la persona, impidiendo que se limite la libertad más de lo deseable y justificado. Esta función debe mantenerse (44).

d) Con respecto a la forma en que nuestro código regula la individualización de la pena, es necesario, si realmente queremos separar DERECHO Y MORAL, renunciar a toda valoración de la personalidad desde el punto de vista de la culpabilidad. Es necesario transformar la individualización de la pena, concebida ahora como un asunto de valoración emocional, en una cuestión propia de la razón práctica, procurando alcanzar un aceptable nivel de racionalidad, cuyo primer paso es la pura culpabilidad por el hecho. Por supuesto que falta mucho por hacer en cuanto a la teoría de la indivi-

---

(40) Excepcionalmente Jiménez de Asúa ha incluido el elemento caracterológico dentro de la culpabilidad (Tratado, t. V, p. 249) y en aquél a la peligrosidad del autor (p. 253). Citado por BACIGALUPO, Ibídem.

(41) Ibídem, p. 310. La confusión entre los conceptos de peligrosidad y culpabilidad dentro del de culpabilidad de carácter, parte del intento de hacer aceptable para un derecho penal retributivo, orientado por el principio de culpabilidad, el principio de prevención especial.

(42) No existe posibilidad de contacto, y menos de unificación, entre los conceptos de culpabilidad y de peligrosidad. Podrían coexistir, pero no confundirse, ya que se trata de nociones heterogéneas que se fundamentan en principios y exigencias diferentes. ". . .Quien dice culpabilidad dice reproche por un hecho acaecido y por el que un hombre es llamado a responder; quien dice peligrosidad enuncia un concepto ligado a un hecho que debe aún acontecer, y en vista del cual se aplica una medida de seguridad a un individuo. La primera es un juicio de valor que prácticamente expresa el ligamen, si no la identidad, entre derecho y moral; la otra es un juicio de probabilidad proyectado hacia el futuro, que enuncia el ligamen entre derecho penal y utilidad social. Y es por ello que es necesario elegir. . .". BETTIOL, Giuseppe, *"Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno"*. Publicado en el libro en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, *"Problemas actuales de las ciencias y la filosofía del derecho"*. Ed. Pannedille, Argentina, 1970, p. 647.

(43) BAUMANN, Jürgen, supra nota 15, p. 28.

(44) ROXIN, Claus, *"Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad"*, publicado en la obra, *"Culpabilidad y prevención en Derecho Penal"*. Ed. Reus, España, 1981. Trad. de F. Muñoz Conde, p. 42-43, y p. 46-47.

dualización de la pena. Es un camino por hacer, pero partiendo de una culpabilidad por el hecho (45). Debe quedar fuera de consideración, desde el punto de vista de la culpabilidad, la vida del autor anterior al hecho; las penas sufridas; la peligrosidad y la energía delictiva; el carácter y la actitud del agente; su comportamiento con posterioridad al hecho, especialmente el revelado durante el proceso penal, es decir, en definitiva, su arrepentimiento y la reparación del daño causado. Sólo debe interesar la forma de comisión del hecho, propósitos y motivos del autor y la existencia de una situación de coacción o necesidad (46).

Es necesario aligerar la culpabilidad por el hecho de elementos que se refieren propiamente a la personalidad, con este primer paso se podrá abordar una individualización de la pena realmente orientada por exigencias preventivas (47).

## 4. LA REINCIDENCIA Y LA PROFESIONALIDAD CON RESPECTO AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

### a) La reincidencia.

La forma en que el Código Penal resuelve lo relativo a la pena aplicable a los reincidentes (art. 78) es la consecuencia de un Derecho Penal que no sigue el principio de la culpabilidad por el hecho, sino que más bien se orienta por el concepto de peligrosidad y el Derecho Penal de autor. El artículo setenta y ocho establece lo siguiente: *". . .Art. 78. Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho punible cometido, aumentándola a juicio del JUEZ, sin que pueda pasar de veinticinco años. La misma agravación de la pena podrá imponerla el JUEZ al delincuente profesional".* De acuerdo a esta norma, no interesa en absoluto el hecho, sino las condiciones personales del autor, ya sea porque es reincidente o porque se le declara delincuente profesional. La norma citada es totalmente consecuente con la debilidad que tiene el principio de culpabilidad en nuestro Código Penal.

El amplio poder de agravación que el artículo setenta y ocho concede al juez, constituye una solución en la que se consideran absolutamente preponderantes los intereses del ESTADO, sin que el individuo pueda tener una garantía que limite el poder estatal. En un Estado de Derecho debe admitirse, como garantía, que la culpabilidad por el hecho señale el límite máximo de la pena (48)(49).

A la agravación por la reincidencia, cabe plantearle el siguiente interrogante: ¿Cómo puede decirse, que el delito cometido por el reincidente sea más grave que el cometido por el delincuente primario?, ¿es que acaso tiene, objetiva o subjetivamente, una estructura distinta, o produce un daño mayor, para el sujeto pasivo o para la sociedad? (50). ". . .Ni siquiera puede decirse —como se ha sostenido recientemente— que la reincidencia hace al delito subjetivamente más grave, en cuanto demuestra una culpabilidad más intensa, que ha sido llamada "culpabilidad de inclinación" (51). Aunque esta construcción puede ser aguda e ingeniosa, no llega a convencer, ya que el juicio de valor en que consiste la culpabilidad, no es graduable y, por consiguiente, no puede incidir sobre la gravedad del delito; por otra parte, si se considera la culpabilidad como un elemento del delito, no se puede explicar la razón por la que pueda agravarlo un hecho que le es extraño (52).

Podría considerarse justificado el aumento de la pena por el hecho de que el delincuente, habien-

---

(45) STRATENWERTH, Günter, supra nota 37, p. 83-84. ". . .Indudablemente es cierto que no es posible una cuantificación exacta de la culpabilidad de manera que a un hecho determinado pueda corresponder una pena calculada con rigor matemático. . .". Pero tampoco esto es indispensable, ya que la función político-criminal del principio de culpabilidad consiste, sobre todo en impedir que por razones preventivas (especial o general) se abuse de la pena, y los abusos de este tipo son reconocibles con relativa facilidad. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que la teoría de la determinación de la pena, que en los últimos años ha experimentado un desarrollo notable, puede llegar a sistematizar y determinar perfectamente con criterios racionales las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho. ROXIN, Claus, supra nota 44, p. 50-51.

(46) STRATENWERTH, Günter, supra nota 37, p. 74.

(47) Ibídem, p. 75-76.

(48) BACIGALUPO, supra nota 21, p. 309.

(49) BACIGALUPO, Enrique, *"Evolución de los métodos y medios del Derecho Penal"*. N.P.P., No. 2, 1973, p. 163.

(50) PISAPIA, Gian Domenico, *"Reflexiones sobre la reincidencia"*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1964, p. 336.

(51) Ibídem.

(52) Ibídem.

do expiado la pena, se ha mostrado refractario a su función correctora. Pero esta justificación suscita dos objeciones:

I) Se fundamenta en una idea exageradamente retribucionista de la pena y además supera los propios límites que normalmente se impone a sí misma la noción tradicional retribucionista.

II) Si la pena impuesta por el primer delito no ha cumplido su fin y si, a pesar de la expiación, el delincuente no se ha enmendado, ¿será correcto culparle y responsabilizarlo por ello?, ¿no será, más bien, que esta ineficacia se debe a la naturaleza de la misma pena, o que se origina en las modalidades ejecutivas que la acompañan? Frente al efecto reeducativo y preventivo de la sanción aplicada, no sólo se insiste en aplicarla de nuevo, sino que, además, se aumenta la dosis. Este criterio, aparte de ser rudimentario, se encuentra muy cercano a lo absurdo (53).

Se puede afirmar que se impone una sanción mayor con el fin de sancionar la corrupción moral de la persona. La persona no habría empleado todos sus medios para evitar la recaída en el delito, ni impedido esa defectuosa formación de su personalidad (54). Pero aquí ya no se trata de culpabilidad por el hecho, sino que sería una punibilidad fundamentada estrictamente en apreciaciones y valoraciones relativas a la condición de la persona. Se anula totalmente la importancia o relevancia del hecho. Desde este punto de vista, no resulta admisible que pueda vincularse la reincidencia con la culpabilidad, ni siquiera como agravante. Es indudable que gran parte del fundamento de la agravación de la pena por la reincidencia, descansa sobre la teoría de la culpabilidad por conducción de vida. Tal como lo mencionamos anteriormente, la teoría aludida no es compatible con la teoría de la culpabilidad por el hecho entendida con todas sus consecuencias, y si se trata de hacerla compatible con el principio de culpabilidad, fácilmente se apreciará que se violenta demasiado este último principio (55).

Se considera, a modo de advertencia, también, en ocasiones, que es necesario agravar la pena del reincidente por el hecho de que las condenas anteriores no surtieron ningún efecto. Pero realmente se ignora la condición del reincidente típico, que predominantemente se caracteriza por la debilidad de su voluntad o por defectos de su personalidad que lo hacen poco receptivo respecto a la función de advertencia que contiene la condena. La reincidencia tiene como causa la incapacidad de elaborar adecuadamente las experiencias y transformarlas en decisiones razonadas y ponderadas. Si esto es así, no puede afirmarse, que el reincidente se burla de la conciencia de punibilidad de su comportamiento adquirida a través de su propia experiencia (condena y ejecución). Atendiendo al razonamiento aludido, no es lógico hablar de una mayor intensidad criminal que merezca una pena mayor (56).

Asimismo se pretende a toda costa fundamentar la elevación de la pena para la plurirreincidencia en base a una mayor culpabilidad del acto aislado, considerando que el hecho resultaría más culpable cuando se le pueda reprochar al autor el haber desatendido la advertencia contenida en las condenas precedentes. Se podría decir, desde el punto de vista de este planteamiento, que frente al autor primario, existe una especie de "complemento de desobediencia". No encuentro un argumento

---

(53) Ibídem, p. 334.

(54) DEL ROSAL, Juan, supra nota 30, p. 84.

(55) A la teoría de la culpabilidad por conducción vital (de culpabilidad del autor y culpabilidad de carácter hablan otros sectores doctrinales) recurre expresamente Bettiol, con el fin de explicar la regulación del Código Penal italiano, referente a la reincidencia. ". . .El sujeto —escribe este autor— habría podido evitar, con un mayor esfuerzo personal, recaer en el delito y, consiguientemente, que se formare en él la misma inclinación al delito. De suerte que él, la misma inclinación al delito. De suerte que él, a través siempre de la repetición de acciones, asumió un determinado modo de ser que postula una retribución mediante un aumento de pena por el ulterior delito cometido. . .". (Ver G. BETTIOL, *Diritto penale*. Parte Generale, 7a. ed. Padova, 1969, p. 598). ". . .La teoría de la culpabilidad por conducción de vida suscita graves reparos que han hecho que no lograse imponerse ni en la práctica ni en la doctrina de su propio país de origen, Alemania. Tal teoría se desarrolló en tiempos del nacional-socialismo como un intento para incorporar las figuras jurídicas que se mostraban dentro del Código como elementos espúreos, al genuino Derecho penal de culpabilidad. Se trataba de limitar de este modo, el Derecho penal del terror propio de la época. La teoría que estamos considerando fue uno de aquellos rodeos que bajo el nacional-socialismo urdieron la ciencia y la práctica alemanas para salvar la concepción de la pena como retribución justa y para no permitir que el sistema penal se convirtiera, incluso oficialmente, en un Derecho general de prevención del ánimo. Fue un esfuerzo para mantener dentro de los límites de un Derecho penal de culpabilidad un ordenamiento punitivo que, en realidad, como indica MAURACH, (*Tratado de Derecho Penal*, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, 1962. Tomo I, p. 77, y II, p. 81), se había apartado de la culpabilidad y se había entregado a la peligrosidad. . .". RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "*Aspectos críticos de la elevación de pena en casos de multirreincidencia*". A.D.P.C.P., 1972, p. 299.

(56) STRATENWERTH, Günter, supra nota 37, p. 59.

jurídico adecuado que pueda explicar esa especie de "complemento de desobediencia", ya que no es posible imponer mayores obligaciones a unos ciudadanos que a otros, especialmente si nos atenemos al principio de igualdad ante la ley. No puede demostrarse que al reincidente le incumba un deber jurídico-penal más intenso de omitir el hecho (57).

Otro aspecto criticable de la agravación de la pena por la reincidencia, es que se trata de una cualificación que afecta a la persona del autor en forma aleatoria, porque no se deriva sólo del propio modo de ser del sujeto. La agravación no dependerá ni siquiera de la conducta del culpable, sino de acontecimientos ajenos al mismo, como es una actuación judicial previa. La habilidad o torpeza, la diligencia de la policía, la actividad o retardo burocrático de los TRIBUNALES, vendrían a determinar de facto tal agravación (58).

Desde un punto de vista criminológico, López-Rey considera que la reincidencia penal a priori, basada en condenas previas, debe desaparecer y dar paso a una de índole socio-política en la que la expectación asignada a cada persona, y que difiere en cada una, llegue a jugar un papel determinante. Tal criterio histórico de expectación muestra que la conducta del pobre ratero sería socio-políticamente casi inofensiva comparada con la del empresario, hombre de negocios, exportador, etc., que se apropie de fondos pertenecientes al ESTADO (o de ganancias originadas en exportaciones), o de particulares que vulneran la salud pública o destruyen el equilibrio del medio ambiente. El Código Penal tipo para América Latina, en la construcción jurídico-formal de la reincidencia, sigue un criterio que evidentemente no se compagina con una consideración criminológica como ésta (59).

**b. La profesionalidad.**

El artículo cuarenta y uno del Código Penal declara delincuente profesional a quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir. El artículo 78 permite que al delincuente profesional se le pueda imponer una pena que no debe sobrepasar los veinticinco años de prisión. Al concepto de profesionalidad, considerado éste como requisito para imponer una pena hasta veinticinco años, se le pueden aplicar los mismos razonamientos que hemos expuesto con respecto a la reincidencia, agregando que la definición de profesionalidad sigue criterios que no se ajustan a consideraciones criminológicas (60).

**c. Problema constitucional.**

El artículo setenta y ocho del Código Penal sugiere interrogantes sobre su fundamento constitucional. El artículo treinta y tres de la Constitución Política declara que: *"Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"*. Esta norma suscita el interrogante de si no será contrario a la dignidad humana, tratar con mayor rigor a los reincidentes y delincuentes profesionales, que a los que delinquen por primera vez. La respuesta a este interrogante tiene dos soluciones: Si se le da absoluta preponderancia a los intereses del grupo (Estado, desde un punto de vista de organización política), puede considerarse que los reincidentes "merecen" esa mayor rigurosidad. El individuo que se presenta ante los tribunales tiene una eminente dignidad que debe respetarse: tal respeto viene a constituir un límite a los intereses del grupo. La otra solución se inclinaría por el absoluto respeto al individuo, frente al poder del ESTADO; desde este ángulo no se vería justificada la norma que permite un trato más riguroso a un individuo que sea reincidente o profesional. Estas breves consideraciones sobre un tema tan delicado y profundo, se complican un poco más si se analiza el artículo treinta y nueve de la Constitución Política; en esta norma se lee lo siguiente: *A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante* **la NECESARIA DEMOSTRACION DE CULPABILIDAD.** La norma citada determina una relación de complementaridad entre la demostración de culpabilidad y la imposición de una pena. Esa relación entre pena y culpa se refiere al establecimiento de un límite al poder de imponer la

---

(57) RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, supra nota 55, p. 301.

(58) Ibídem, p. 294.

(59) LOPEZ REY y ARROJO, Manuel, *"Criminología"*. Ed. Aguilar, 1975, España, p. 507 y 565.

(60) Ibídem.

pena. Ese límite viene a ser la culpabilidad: si ella no se demuestra no puede imponerse la pena. Pero, por otra parte, esa pena no puede superar la culpabilidad, ya que el límite de la pena viene a establecerse a través del alcance que tenga la demostración de culpabilidad. Una pena que supere la culpabilidad demostrada, sería inconstitucional. Los argumentos expuestos suscitan serias dudas sobre el fundamento constitucional del artículo setenta y ocho del Código Penal.

## 5. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS PENAS.

La diferenciación entre la pena y la medida de seguridad en nuestro Código resulta, también como consecuencia de lo expuesto, poco clara (61). La escasa posibilidad de una distinción adecuada obedece al hecho, mencionado anteriormente, de que no teniendo la culpabilidad el carácter de fundamento de la pena, sino sólo el de presupuesto de la misma, la pena vendría a justificarse sólo por necesidades preventivo-especiales, teniendo entonces la misma fundamentación que la medida de seguridad. El sistema de doble vía vendría a ser sólo un aspecto exterior, además de superfluo, del sistema de consecuencias jurídicas. Por esta razón el sistema de doble vía se ha reducido en nuestro Código, a un doble etiquetamiento de las consecuencias penales, sin mayor significación (62). Es difícil poder distinguir en él las diferencias que pueden existir entre la pena privativa de libertad y las medidas de internación. (Art. 101 y 51 del Código Penal) (63). La escasa diferencia entre pena y medida de seguridad es también consecuencia de la debilidad que tiene en nuestro Derecho Penal el principio de culpabilidad.

La carencia de una distinción plausible entre medidas de seguridad y pena privativa de libertad se evidencia claramente en el artículo 98, inciso cuarto, que autoriza al JUEZ a imponer una medida de seguridad (que consistirá en una medida de internación, apenas diferenciable de la pena privativa de libertad —art. 101 y 102, inciso b— del Código Penal), a quien ha cumplido una pena que el Juez estime que ha sido ineficaz para su readaptación. La autorización que la ley concede al Juez tiene un fundamento legal incompatible con la idea del Estado de Derecho. Después que la persona ha cumplido con la pena impuesta, se la vuelve a someter a un "juicio" en el que no se juzgan hechos, sino que se valora la acción de la pena sobre el sujeto. En ese "juicio sui-géneris", no existen ni siquiera garantías a favor del que es sometido a tal apreciación. Todos los fundamentos del principio de legalidad resultan totalmente ignorados: Toda pena se convierte en una pena indeterminada.

El inciso cuarto del artículo noventa y ocho es contrario al artículo treinta y nueve de la Constitución Política, ya que ésta exige que para ser sometido a una pena, es necesario que se haya cometido un delito sancionado por ley previa, que se siga un juicio en el que se cumplan las debidas garantías (tribunal competente, oportunidad de defensa, etc.) y con la necesaria e indispensable demostración de culpabilidad. Todas estas exigencias son ignoradas por la norma penal mencionada. Muchas veces se recurre a un argumento extremadamente formal, que se resume en la simple afirmación de que las medidas de seguridad no son penas. Pero para interpretar la norma constitucional en su verdadero y profundo sentido, buscando un alto y sensible concepto sobre lo que significa la libertad, es necesario que veamos la medida de seguridad en su aplicación real, y desde este punto de vista, ". . .Las medidas de seguridad comportan la imposición de verdaderas penas, sumamente aflictivas por su indeterminación, por delitos que no se han cometido e incluso por la mera probabilidad, mayor o menor, de que se cometa un delito en el futuro. Es una grosera burla al principio de legalidad (. . .), en cualquier caso, sean medidas predelictuales o posdelictuales, con o sin índices de peligrosi-

---

(61) JESCHECK, Hans, supra nota 7, p. 294.

(62) BACIGALUPO, supra nota 30, p. 11.

(63) Las medidas de internación (art. 101 del Código Penal en relación al 102 inciso b del mismo cuerpo de normas; antecedente: art. 43 del Código Penal Tipo) deben cumplirse en establecimientos especiales en régimen de trabajo y educación. Tanto las medidas de seguridad como las de presión deben ejercer una acción rehabilitadora sobre el interno (art. 51 del Código Penal). Si se tiene en cuenta que la prisión también debe cumplirse en establecimientos especiales donde se impone el trabajo y la educación; todos los elementos de coincidencia mencionados hacen pensar que entre la pena de prisión y la medida de internación no existe diferencia. Ver BERGALLI, Roberto, *"La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella"*. Ed. Sertesa, España, 1980, p. 101. En igual sentido BACIGALUPO, Enrique, *"Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano"*, en la obra: *"El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad"*. Inst. de Criminología de la Universidad Complutense, España, 1980, p. 37.

dad recogidos en la ley, la razón determinante de que se imponga una medida es siempre la "futura" posibilidad de comisión de un delito, no un delito real y efectivamente cometido. . ." (64). En la práctica no existen diferencias profundas entre las limitaciones que impone una medida de seguridad y la pena privativa de libertad. La medida de seguridad, en sus efectos reales, implica una serie de limitaciones que en mayor o menor medida constituyen una pena. Si se admite la tesis de que en sus efectos reales la medida de seguridad constituye una verdadera pena, es indudable que el artículo 98, inciso cuarto, es contrario al artículo 39 de la Constitución Política. Pero además, la medida de seguridad sólo puede aplicarse por la comisión de un delito y este presupuesto esencial falta en el caso que analizamos.

La posibilidad de imponer una medida de seguridad, una vez que ha finalizado el cumplimiento de la pena privativa de libertad, constituye la imposición de una medida predelictiva, porque en lo que se refiere al delito que dio lugar al cumplimiento de la pena, al finalizar ésta, ha desaparecido toda legitimidad del "ius puniendi". Es evidente que la imposición de la medida de seguridad se impondría sobre el criterio de peligrosidad y no podría hacerse referencia al delito, cuya pena ya ha sido cumplida, ya que se encuentra dentro de las garantías de la cosa juzgada (art. 42 de la C. Política). La admisión de medidas predelictivas, por otra parte, conculca indeclinables postulados de certeza y seguridad jurídicas (65). La intervención represiva (es indudable que se trata de una intervención represiva, aunque sea con finalidades preventivas), ajena a la comisión de hechos delictivos es incompatible con los conceptos elementales de la libertad individual y la dignidad de la persona humana (66). En realidad se trata de una medida predelictual consecuente con la influencia que la DEFENSA SOCIAL ha tenido en nuestro Código Penal (67).

Cuando el inciso cuarto del artículo noventa y ocho dice que se aplicará una medida de seguridad, cuando el juez estime que la pena impuesta ha sido ineficaz para la readaptación del reo, no se sabe qué criterios empleará el juez para poder definir cuándo una persona se ha reabilitado. Suponemos que empleará el criterio de peligrosidad, lo cual aunque constituye una respuesta, no proporciona una solución satisfactoria. La peligrosidad es un concepto muy impreciso, ya que, entre otras cosas sugiere las siguientes preguntas: ¿es peligro de delito o peligro de reincidencia?, ¿es un estado o una acción?, ¿es una cualidad personal del sujeto o un conjunto de condiciones subjetivas y objetivas? (68). Siendo un concepto impreciso, no parece afortunado que ese sea el único fundamento sobre el que descansará la justificación de una medida de seguridad que limita ostensiblemente la libertad. Fácilmente, dadas las condiciones que impone la práctica, ese diagnóstico o pronóstico de futuro se puede convertir en pura intuición. Aún en el caso de que se pudiera realizar un pronóstico que cumpla con todos los requisitos de rigurosidad científica, se tropieza con una limitación muy grave, porque no sólo puede afirmarse que la investigación criminológica no ha desarrollado una teoría de los efectos de las penas y medidas (69), sino también, que la teoría del "labelling approach" (70) ha evidenciado la imposibilidad de establecer una prognosis de la criminalidad, aunque sea parcial, si previamente no se ha elaborado una teoría de los

---

(64) RODRIGUEZ DEVESA, José María, *"Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto"*. A.D.P.C.P., 1978, p. 8-9.

(65) BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *"Crisis del Derecho represivo"*. Ed. Cuadernos para el diálogo, S.A. (Edicusa), España, 1977; citando conclusiones de las reuniones de profesores numerarios, concretamente la de Barcelona (28 y 29 de mayo de 1974) p. 110.

(66) TERRADILLOS, Juan, *"Peligrosidad social y Estado de Derecho"*. Ed. Akal, España, 1981, p. 197.

(67) Ibídem, p. 198.

(68) BARBERO SANTOS, Marino, *"Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán"*, artículo publicado en la obra del mismo autor titulada: *"Marginación social y derecho represivo"*. Ed. Bosch, España, 1980, p. 15.

(69) MIDDENDORF, Wolf, *"Teoría y práctica de la prognosis criminal"*. Espasa Calpe, España, 1970. (Trad. de J. M. Rodríguez Devesa) p. 113.

(70) El punto de vista de "labelling approach" (o teoría del etiquetamiento) hace posible convertir en objeto de descripción, estudio y crítica empíricas todo el sistema del control social penal, incluida la psicología de la sociedad punitiva y los procesos de formación volitiva político-jurídica, sin necesidad de que tenga que identificarse con ese sistema. El "labelling approach" ofrece una nueva serie de conceptos y promueve el estudio de un campo objetivo hasta entonces poco considerado. Es importante, sobre todo, como principio de investigación, por aguzar la mirada sobre las consecuencias sociales de la selección y reacción. Le interesa las consecuencias sociales de una determinada acción, después de que ésta se produce. Todo sería o constituiría un proceso de criminalización, con independencia de la gravedad de la sanción. KAISER, Günter, *"Criminología"*, (una introducción a sus fundamentos científicos). Espasa Calpe, Madrid, España, 1978, p. 85-86.

efectos (71). Los intentos de sustituir la pura intuición por sistemas de predicción más objetivos han sido numerosos, siendo los más conocidos los de Mannheim, Wilkins-Hartmann, Burgess, Frey, Exner, Glueck, etc. (72), pero no se ha podido pasar de la estadística de masas (siempre condicionada por la subjetividad de quien observa y por las dificultades en el manejo de magnitudes suficientes) y elaborar otro sistema que permita formular pronósticos fiables. Si el pronóstico no es fiable en sus resultados, a pesar de emplearse los mayores avances científicos, ¿cómo puede privarse a un hombre de su libertad, en nombre de un criterio que es, científicamente tan dudoso? Sobre esa base científica tan inestable se puede justificar fácilmente un abuso de poder, ya que ese discutible saber, proporciona un indiscutible poder. Bajo la etiqueta de "ayudar y curar", típica del Estado social benéfico, los sociólogos, psicólogos, pedagogos, y los jueces penetran en la vida privada y la intimidad del ser humano, y con todo ese aparato legitimador, "seudocientífico", se pretende justificar una medida que priva de la libertad (73). No creo que todo se resuelva con la simple afirmación de que la medida de seguridad no es una pena, porque bien sabemos que las realidades no se justifican, ni se eliminan, con la simple aplicación de un "fraude de etiquetas". En el caso de que no se aplique un procedimiento más o menos científico, y aún aplicándolo, la decisión sobre la imposición de una medida de seguridad, tal como lo autoriza el artículo 98, inciso cuarto, dependerá en última instancia de un acto de fe, es decir en la confianza y la esperanza de que el juez sea bueno (74).

En cuanto al diagnóstico que debe emitir el juez, surge el interrogante relativo al hecho de que si una persona ha estado en prisión, ¿sobre qué base se puede realizar el diagnóstico?, ¿se trata del comportamiento en prisión?, ¿o se trata de hacer una difícil hipótesis sobre el futuro comportamiento en un medio del que ha estado aislado varios años? No parece lógico pensar que el simple buen comportamiento en prisión, pueda constituir un indicio fiable sobre la actitud que la persona asumirá en un medio libre (75). Estas interrogantes añaden mayores dudas a la conveniencia de que se autorice la aplicación de una medida de seguridad a quien ya ha cumplido la pena privativa de libertad impuesta. Tampoco existiría un argumento ético aceptable que la justifique, ya que es necesario que la medida de seguridad responda a una justificación ética; no puede resolverse todo con un simple criterio utilitarista o de DEFENSA SOCIAL (76). Es injustificable, desde un punto de vista ético, que se prolongue una medida represiva sobre la persona que ya ha cumplido la pena impuesta por un tribunal competente. Por otra parte, la superposición de pena y medida de seguridad produce consecuencias funestas (77).

## 6. CRISIS DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS.

Me he referido con insistencia al principio de culpabilidad, pero realmente no puede pensarse que exista total unanimidad sobre su significado y

---

El "labelling approach" parte del supuesto de que ningún comportamiento contiene en sí mismo la calidad de desviado. El atribuirle la calidad de desviado a un acto será algo relativo y determinado por quien tiene el poder. Es el poder el que viene a definir lo que constituye acto desviado o normal. La aplicación o imposición de normas será una forma de etiquetar, y siempre será una labor selectiva; esto quiere decir que a modos iguales de comportamiento pueden ser definidos de manera diferente según las personas y situaciones específicas. El etiquetamiento de la persona como desviada pone en movimiento, bajo determinadas condiciones, los mecanismos de la "profecía auto-realizable", con lo que deben esperarse modos ulteriores de comportamiento que son o serán definidos, a su vez, como desviados. Ver BERGALLI, supra nota 63, p. 231-232. Es importante consultar el libro del Dr. J. Enrique CASTILLO B., titulado: *"Becker y Chapman, criminólogos interaccionistas"*. ILANUD, Costa Rica, 1980. La obra permite una visión sobre los principales puntos que desarrollaron los más importantes criminólogos interaccionistas.

(71) TERRADILLOS, Juan, supra nota 66, p. 220.

(72) Ibídem.

(73) MIDDENDORF, Wolf, supra nota 69, p. 101.

(74) TERRADILLOS, Juan, supra nota 66, p. 199.

(75) Si por rehabilitación se entiende la aptitud que el detenido tiene que desarrollar para no incurrir en la reincidencia, no puede aceptarse, si se pretende enfrentar seriamente el problema, que la recaída en el delito se puede evitar mediante intervenciones dirigidas a corregir simplemente la conducta del interno en el establecimiento, a proporcionarle una ocupación de labor manual y a suplirle una insuficiente o ausente formación escolar. BERGALLI, Roberto, *"Un panorama de la cuestión penitenciaria en la Argentina"*. Tribuna Penal, Universidad de Panamá, Fac. de Derecho y Ciencias Políticas, 1981, p. 18.

(76) RODRIGUEZ MOURULLO, supra nota 13, p. 783.

(77) ANTON ONECA, J., *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, p. 587.

alcance. Existen muy variadas posiciones sobre el contenido y las diferencias van desde quienes lo admiten totalmente (78), hasta quienes lo rechazan (79). Dentro de esos extremos encontramos tesis que aceptan con mayor o menor intensidad la culpabilidad.

### a. Teorías tradicionales sobre la culpabilidad.

Las teorías tradicionales más conocidas son la teoría psicológica y la normativa. Para la primera, la culpabilidad es la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva, es decir en el reflejo anímico de la realidad. La capacidad de culpabilidad (imputabilidad), sería el presupuesto de la culpabilidad (pues no es una relación del sujeto con el hecho) y el dolo y la culpa son especies de la culpabilidad (80). La teoría normativa la enunció Frank en 1907. No es la relación psicológica la decisiva para la culpabilidad, sino la REPROCHABILIDAD DEL AUTOR. La teoría psicológica no podía explicar la contradicción que surgía cuando en los casos de existir coacción, la relación psicológica (dolo), permanecía intacta, y, sin embargo, no se admitía la culpabilidad. Por otra parte, en los casos de culpa inconsciente, a pesar de faltar la relación psicológica, se reconocía la culpabilidad. La reprochabilidad, en la forma que lo planteó la teoría normativa, estaba vinculada a: 1. capacidad de culpabilidad; 2. existencia de dolo o culpa; y 3. la exigibilidad (una conducta será exigible cuando no existan causas que excluyan la inculpabilidad) (81). En este sentido la culpabilidad estaría definida como el juicio de reproche que se dirige al sujeto por el hecho de que, a pesar de poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal; es decir, en atención a que realizó una conducta prevista como delito, pese a que estaba en situación de actuar de modo diferente (82).

Tradicionalmente ha predominado la teoría normativa; es la que mayor aceptación ha tenido en nuestro país. El aspecto que más se le ha criticado, y por lo que muchos la rechazan, es por el hecho de que resulta difícil demostrar si el acusado podía, en el caso concreto, obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico (83). ". . .No hace mucho ha demostrado Engisch, a mi juicio convincentemente, que, aunque el hombre poseyera esta capacidad, sería imposible precisar en el caso concreto si se hizo o no uso de ella; porque, aunque se pudiera repetir la misma situación en la que se actuó, habría circunstancias nuevas, otros datos, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo diverso a como se hizo es, por consiguiente, ontológicamente indemostrable. . ." (84). Dentro de estas objeciones es importante tomar en cuenta que la doctrina normativa no pretende condicionar la estimación de la culpabilidad a que el juez haya

---

(78) Para Arthur Kaufmann la culpabilidad tiene una indiscutible entidad. En la culpabilidad se cumplen tres funciones: primera: es un elemento material del concepto de delito, al igual que la tipicidad y la antijuricidad, según el cual toda pena presupone culpabilidad; segunda: la congruencia entre injusto y culpabilidad implica que ésta ha de captar todos los elementos del concreto injusto, pues ninguno es indiferente para ella; tercera: la culpabilidad proporciona el criterio de medida de la pena. Citado por: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *"Determinación de la pena y política criminal"*. C.P.C., No. 4, 1978, p. 61.

(79) GIMBERNAT-ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, libro en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, *"Problemas actuales de las Ciencias penales y la filosofía del derecho"*. Pannedille, Argentina, 1970, p. 495 y ss. También del mismo autor puede consultarse: *Estudios de Derecho penal.* Ed. Civitas, España, 1976.

(80) BACIGALUPO, Enrique, *"Lineamientos de la teoría del delito"*. Ed. Astrea, Argentina, 1978, p. 84.

(81) Ibídem, p. 85.

(82) CORDOBA RODA, Juan, *"Culpabilidad y pena"*. Ed. Bosch, España, 1977, p. 16.

(83) ROXIN, Claus, *"Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales"*, en la obra: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal.* Trad. de F. Muñoz Conde, Ed. Reus, España, 1981, p. 59-63.

(84) MUÑOZ CONDE, Francisco, *"El principio de culpabilidad"*. Terceras Jornadas de profesores de Derecho Penal. Univ. de Santiago de Compostela, 1976, p. 223. Es indudable que en el ser humano existe una capacidad de elección entre varias opciones. Esa capacidad se puede constatar en cualquier momento. Tal capacidad es un presupuesto del actuar humano, y por eso se excluyen de la acción jurídicamente relevante las acciones estrictamente instintivas, inconscientes o producto de la fuerza irresistible. Aparte de esas circunstancias, al hombre no le queda más remedio que elegir. En el desarrollo de su vida tiene que ir ejerciendo cierta capacidad de elección. Todas las decisiones se adoptan sin el conocimiento preciso de las razones esenciales que le impulsan a elegir una u otra opción. Sin embargo, esa capacidad de elección no puede servir en ningún caso de fundamento a la culpabilidad. La vida está llena de situaciones en las que la persona debe elegir realizar algo perjudicial para él o para los demás, sin que ello le proporcione ningún juicio negativo por su conducta. Se puede optar por robar o por falsificar un documento, sin que ello implique forzosamente la formulación de un reproche al autor de tales hechos. La culpabilidad es mucho más que la mera posibilidad de haber podido actuar de un modo distinto, a como era posible no podría explicarse que se declare exento de responsabilidad criminal a quien, impulsado por un estado de necesidad, lesiona un bien jurídico de una persona para evitar la lesión de otro bien de mayor valor. En todo caso no es posible afirmar, que falte en este supuesto la posibilidad de actuar de un modo distinto. Ibídem, p. 224.

efectivamente indagado que al acusado le era posible en el caso particular, actuar de manera diferente a como realmente lo hizo (85). A raíz de esta objeción, y de otras íntimamente vinculadas con la misma, han surgido distintas elaboraciones que tratan de darle un enfoque diferente a la culpabilidad. Algunas de estas tesis pueden resumirse de la siguiente manera:

**b. Supresión del principio de culpabilidad.**

La posición extrema puede estar representada por el planteamiento que sugiere el profesor Gimbernat. Parte de la idea o concepto de que, tanto desde el punto de vista del psicoanálisis, como de la psicología, es imposible demostrar la existencia del libre albedrío. Es imposible demostrar que, en un caso concreto, la persona ha cometido libremente o no un determinado delito (86). No puede fundamentarse un Derecho Penal sobre un indemostrable libre albedrío (87). Si éste concepto se rechaza, resulta insostenible el concepto tradicional de culpabilidad. Tal rechazo, según la interesante exposición de Gimbernat, no implica la supresión del Derecho Penal y de la pena. Precisamente será el psicoanálisis el que vendrá a suministrar la justificación y explicación del Derecho Penal (88). Toda esta variación implicará un cambio importante en muchos de los fundamentos que sirven de justificación a la imposición de la pena y a las causas de inculpabilidad.

Tampoco considera que la supresión de la culpabilidad implique forzosamente la eliminación de la dignidad de la persona ni tampoco la del Estado liberal de Derecho (89). Contra la tesis de Gimbernat se han hecho múltiples críticas, entre ellas las de Córdoba Roda (90), ya que pretende que la pena tenga su justificación y medida únicamente en función de exigencias de prevención general y especial, para lo cual sería preciso llegar a consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de pena para los inimputables. Por ejemplo, desde el punto de vista de la prevención general, podría justificarse la existencia de los delitos cualificados por el resultado (91). De acuerdo con el desarrollo actual de la investigación criminológica, es bastante dudoso que se pueda alcanzar un grado mayor de racionalización del Derecho Penal, sustituyendo el principio de culpabilidad por criterios de prevención general y especial como fundamento y medida de la pena (92). La tesis del profesor Gimbernat es importante y es necesario tomarla en cuenta, pero no parece ser, hasta el momento, la solución deseable y adecuada para lograr la sustitución total del principio de culpabilidad.

**c. La culpabilidad en relación a la función motivadora de la norma penal.**

Esta teoría la sostiene el profesor Muñoz Conde (93). Admite la culpabilidad como elemento fundamental del Derecho Penal, pero rechaza su contenido tradicional por ser contrario a los actuales conocimientos científicos. El principio de culpabilidad debe transformarse en función de los nuevos conocimientos que brindan las ciencias, en especial la Psicología y la Sociología (94).

El Derecho aparece como una exigencia del mundo circundante que el individuo internaliza desde su niñez, formando en su conciencia un órgano de control que vigila sus propias emociones y su conducta (95). Es necesario que el Derecho motive al individuo, que éste, desde su infancia, internalice la norma. Dentro de este proceso de motivación, es indudable que el principal medio de coacción jurídica es la pena, la cual desempeña un papel importante en la motivación de comportamientos en los individuos y que es, además,

---

(85) CORDOBA RODA, Juan, supra nota 82, p. 36.

(86) GIMBERNAT-ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, supra nota 79, p. 500.

(87) Ibídem, p. 501.

(88) Ibídem, p. 503.

(89) Ibídem, p. 502.

(90) Ver CORDOBA RODA, Juan, supra nota 82, p. 33 a 32.

(91) CEREZO MIR, José, *"Culpabilidad y pena"*. A.D.P.C.P., 1980, p. 348.

(92) Ibídem, p. 353-354.

(93) Se puede consultar del Prof. MUÑOZ CONDE: *"El principio de culpabilidad"*, supra nota 84; *"Función motivadora de la norma penal y marginalización"*. D.P., año 2, 1979.

(94) MUÑOZ CONDE, supra nota 84, p. 222.

(95) Ibídem, p. 231.

elemento integrante de la norma penal. De esta forma, la norma penal cumple una función motivadora, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos que se consideran indeseables (96). La función motivadora que cumple la norma social se manifiesta de dos formas: La primera se refiere a su dimensión social y la segunda se expresaría en la motivación individual. No se trata de un proceso en el que se pueda deslindar ambos aspectos, sino que actúan en íntima relación; sin embargo, puede ser que la motivación individual no coincida completamente con la general. La ausencia de coincidencia o desvinculación entre la motivación general y la individual se produce cuando las normas que rigen la sociedad no se fundamentan en estructuras sociales democráticas. La coincidencia entre la motivación general y la individual será cada vez más cercana, en la medida en que las normas que rigen la sociedad hayan sido el producto de una participación democrática de los ciudadanos, en un ambiente de libertad, o también se produce tal coincidencia cuando el contenido de las prohibiciones se refiere a bienes jurídicos de alto valor para la convivencia (que forman parte del patrimonio existencial de los individuos), como en el caso de la vida, la salud, la libertad, etc. (97). Por ejemplo, ". . .la elevación a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría es una forma evidente de mantener el status, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación. . ." (98). De manera que la norma penal, como última **ratio** del ordenamiento jurídico, debe tutelar valores fundamentales de la convivencia, en especial aquellos sobre los que exista el más amplio consenso de que deben ser protegidos. La norma penal se puede convertir en un instrumento idóneo para la motivación del comportamiento de los ciudadanos y constituye un factor integrador de los distintos grupos sociales, al proteger valores o bienes jurídicos fundamentales en los que creen y participan amplios sectores de la ciudadanía. Si no es así, más bien la norma penal se puede convertir en un factor desencadenante y favorecedor de marginalización, en especial cuando se la manipula para la protección de intereses minoritarios, o se priva a los ciudadanos, a través de ella, de sus derechos fundamentales (99).

Todos los argumentos que rodean la fundamentación teórica de la motivación de la norma penal, traen como consecuencia la transformación del principio de culpabilidad. Tales cambios se perciben en los siguientes aspectos:

i) La culpabilidad no será un problema exclusivo del individuo, sino que se tratará de una culpabilidad en referencia a los demás (100). La culpabilidad es una consecuencia irremisible de la convivencia, y por esa razón su desarrollo estará íntimamente vinculado a las regulaciones que rigen la vida de una comunidad.

ii) Al ubicarse la culpabilidad dentro del marco social descrito, debe admitirse la necesidad de que la convivencia se encuentre regulada por medio de normas vinculantes que deben respetar los miembros de la comunidad. La convivencia no es posible sin el respeto a tales normas. Mediante procesos de comunicación e interacción entre los miembros de la comunidad se crean las expectativas; las demás personas esperan que yo me comporte de acuerdo con una norma, y lo mismo puedo yo esperar de los demás. La convivencia llega a regularse mediante un sistema de expectativas que se derivan de la norma (101).

iii) Cuando las expectativas se incumplen, cuando se produce una frustración de tales expectativas, en algunos casos, se recurre a la sanción, la cual no viene a significar, ni más ni menos, que la declaración de que se ha frustrado una expectativa y que se produce la lógica reacción social basada en el incumplimiento de esa expectativa. La imposición de la sanción viene a consumar el proceso de interacción social (102).

De este modo se puede "definir formalmente la culpabilidad como la declaración de frustración

---

(96) MUÑOZ CONDE, F., *"Función motivadora de la norma penal y marginalización"*, supra nota 93, p. 35.

(97) Ibídem, p. 36.

(98) Ibídem, p. 36.

(99) Ibídem, p. 33-34.

(100) MUÑOZ CONDE, supra nota 84, p. 225.

(101) Ibídem, p. 226.

(102) Ibídem.

de una expectativa de conducta determinada en la LEY PENAL, que recae sobre su autor y que posibilita la aplicación de una pena" (103).

El planteamiento de Muñoz Conde parte de una visión amplia (que se podría llamar macrosocial) al abordar la culpabilidad, considerando que para que exista culpabilidad, debe haber existido, previamente, un proceso motivacional, y que para que la declaración de culpabilidad sea realmente procedente, es necesaria la coincidencia, hasta donde sea posible, de la motivación social y la personal. En un régimen dictatorial en que se aplican normas penales que benefician a minorías privilegiadas, no podría hablarse de la existencia de un auténtico principio de culpabilidad. Es indudable que la culpabilidad, vista desde el planteamiento que se ha expuesto, tiene una importante y definida conexión con la estructura socio-política vigente. Esto no puede considerarse como una desventaja, ya que es importante que quienes analizan y aplican conceptos jurídicos, traten de ver algo más que las páginas del Código o las paredes del TRIBUNAL.

A la teoría de la motivación de la norma penal se le han formulado varias objeciones, entre las que pueden citarse las siguientes:

i) El criterio conforme al cual la culpabilidad únicamente se da cuando existe una relación entre la norma penal y el infractor en virtud de la cual ésta es interiorizada, motivando al individuo, pareciera que se refiere más a un presupuesto de la culpabilidad que a una noción definida de ésta, ya que la estricta aplicación de la doctrina expuesta, conduciría a entender que existe culpabilidad cuando se haya cometido una acción típica y antijurídica, respecto de un delito cuyo contenido prohibitivo ha sido aceptado por el agente, cuando en realidad, la culpabilidad requiere la adición de alguna otra exigencia concerniente a la atribución de la conducta realizada a la persona de su autor (104).

ii) El que se condicione la culpabilidad al hecho de que la norma infringida haya sido interiorizada en la conciencia del sujeto, implicaría atribuir a la exención de responsabilidad penal por causa de inculpabilidad, una extensión difícil de admitir. Cuando las infracciones a la ley son graves, como en el caso de la libertad y la vía, no parece lógico que se declarara inculpables del acto a los autores, por el hecho de que las normas prohibitivas no los hubiera motivado. Muñoz Conde trata de resolver el problema mediante el argumento de que quien por razones de conciencia vulnera bienes jurídicos imprescindibles para la convivencia, como en el caso de los mencionados, no será una persona capaz de vida comunitaria y consiguientemente de culpabilidad, siendo necesaria la aplicación de una medida de seguridad que permitiría proteger la convivencia social. Sin embargo, esta solución pone en grave peligro las garantías de la persona frente al Estado (105).

iii) Existe confusión para determinar si son las normas penales las que motivan o si son más bien las normas morales las que originan tal proceso. Por otra parte, en muchas ocasiones un individuo se abstiene de realizar actos delictivos, a pesar de que no ha interiorizado tal norma prohibitiva; tal abstención no se origina en un proceso motivacional, sino que se fundamentará en algo diferente, a saber, en el grado de realización de ". . .tales normas en la vida social, consiguientemente al grado de control desplegado por la administración de JUSTICIA sobre los referidos hechos, y de la creencia de los individuos sobre la eficacia alcanzada en dicho control. . ." (106).

Existen otros planteamientos sobre la culpabilidad, que se inspiran en la idea relativa a la función motivadora de la norma, pero le introducen algunas variaciones importantes, tal como en el caso de Mir Puig (107). Dados los propósitos de esta investigación, no creo que sea necesario referirse a tales modificaciones.

---

(103) Ibídem, p. 229.

(104) CORDOBA RODA, supra nota 82, p. 30.

(105) Ibídem, p. 31.

(106) Ibídem.

(107) Santiago Mir Puig fundamenta la culpabilidad sobre el concepto de la motivación, pero le introduce importantes variaciones y por esa razón se separa de la postura del Prof. Muñoz Conde. Mir Puig emplea el concepto de normalidad junto con el de motivación. No interesa todo tipo de motivación de la norma, sino aquella motivación que se considera y admite como normal. Esa motivación normal sería la exigible al hombre normal. ". . .El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal. . .". ". . .no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad), y no se castiga a los inimputables porque extender a ellos la conminación penal en su situación

**ch. La culpabilidad según CLAUS ROXIN.**

Desde un punto de vista sintético, las ideas de Claus Roxin se pueden resumir de la siguiente manera:

i) Tal como lo expuse anteriormente, Roxin rechaza el concepto tradicional de que la culpabilidad supone que el acusado hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo hizo. Una "libertad de voluntad" de esta clase no existe, o por lo menos no permite su demostración científica, y aunque existiera, en abstracto, tal posibilidad, al analizarse el caso concreto, no puede determinarse con exactitud si un delincuente podía actuar de modo distinto a como lo hizo en el preciso momento de cometer la infracción. Sin embargo, a pesar de tal limitación, no es conveniente rechazar totalmente la culpabilidad, ni tampoco admitir de manera acrítica la existencia de una indemostrada culpabilidad (108).

ii) Hasta el presente, el concepto de culpabilidad ha cumplido dos funciones prácticas diversas, siendo necesaria una definida separación. La primera función sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución. Una retribución que se entendía como la imposición de un mal adecuado a la culpabilidad, lo cual suponía que ésta podía ser susceptible de compensación ("anulación", "expiación"). De esta manera, la culpabilidad tendría un efecto perjudicial para el acusado; legitimándose el mal que se le imponía. La segunda función cumple un carácter opuesto. La culpabilidad, en tanto que es límite de la pena, restringe también el poder estatal, ya que el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función viene a proteger al delincuente, pues de alguna forma le fija un límite al poder punitivo del Estado. Dadas estas dos funciones, el concepto de ". . .culpabilidad como fundamento de la retribución es insuficiente y debe ser abandonado, pero el concepto de culpabilidad como principio limitador de la pena debe seguir manteniéndose y puede fundamentarse teóricamente en esta segunda función. . ." (109). Sobre la culpabilidad como límite del poder punitivo del Estado se fundamenta, de manera predominante, la teoría de Claus Roxin; busca separar el concepto de culpabilidad del principio retributivo, con el que siempre se le ha considerado indisolublemente unido, y emplearlo sólo en tanto sirva para limitar el poder de intervención estatal (110).

iii) La culpabilidad será un medio para limitar las sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas. La culpabilidad viene a ser una condición necesaria, pero no suficiente de la pena (111). El principio de culpabilidad, en su función limitadora de la pena, debe considerarse como algo útil desde un punto de vista político-criminal (112).

iiii) Los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena (prevención general y especial) vendrían a sustentar la categoría sistemática que comúnmente se denomina culpabilidad (113). Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Ya en este sentido, Roxin no quiere hablar de culpabilidad, sino de responsabilidad, ya que este término permite eliminar el contenido tradicional que se asigna a la culpabilidad. La fundamentación político-criminal de la categoría conceptual llamada responsabilidad, partiendo de la teoría de los fines de la pena (114), no sólo es adecuada para explicar sin contradicción las regula-

---

de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales supondría elevar el nivel de lò exigible penalmente para los inimputables por encima del que se impone al hombre normal. . .". MIR PUIG, Santiago, *"Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho"*. Ed. Bosch, España, 1979, p. 73. Analizar especialmente de las páginas 69 a 76.

(108) ROXIN, Claus, supra nota 44, p. 41-42.

(109) Ibídem, p. 42-43.

(110) Ibídem, p. 48.

(111) Ibídem, p. 50.

(112) Ibídem, p. 49.

(113) ROXIN, Claus, supra nota 83, p. 70.

(114) Para Roxin, los fines y el contenido de la pena se pueden resumir en los siguientes cuatro puntos: a) La pena sirve a la reinserción social del delincuente (resocialización) y a la protección de la comunidad (prevención general. Aplica una teoría de unión entre los dos propósitos de la pena). b) La pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente (función limitadora del principio de culpabilidad). c) La pena sí puede ser inferior a la que correspondería por el grado de culpabilidad. Basta que se aproxime a dicho grado lo que sea preciso para conseguir la reinserción social del delincuente y la protección de la comunidad. d) Dentro de los límites posibles, la pena no debe imponerse en virtud de la protección de la comunidad, en una extensión mayor de la que pueda exigir el propósito de reinserción o rehabilitación del delincuente. Cita tomada de ROXIN, Claus, supra nota 24, p. 49.

ciones de la ley positiva, sino que permite solucionar mejor los problemas teóricos fundamentales del Derecho Penal (115). La pena no se fundamentará en la culpabilidad, sino que ésta sólo servirá de límite, y será necesario emplear el término responsabilidad para poder explicar las funciones que tradicionalmente se le asignaron a la culpabilidad.

iiiii) La pena puede imponerse por debajo del límite señalado por la culpabilidad. Considera que debe existir un amplio margen de discrecionalidad al imponer la pena. Tal amplitud discrecional vendrá dada por consideraciones preventivas, en especial las preventivo-especiales. Puede imponerse una pena inferior a la que corresponda a la culpabilidad, cuando, por razones de prevención especial, sea necesario, con el fin de evitar la desocialización del delincuente; siempre es posible la atenuación, con tal de que no sea contraria a la "defensa del ordenamiento jurídico" (116).

Esta breve exposición de la tesis de Roxin, no abarca, lógicamente, todos los elementos de su planteamiento, especialmente en lo que se refiere a la influencia que tiene su enfoque sobre otros aspectos de la parte general del Derecho Penal, tales como las causas de inculpabilidad o de justificación. Me ha interesado mencionar los aspectos fundamentales, ya que constituyen una muestra palpable del alcance que ha tenido la crisis del concepto tradicional de culpabilidad.

A la teoría de Roxin se le objeta el hecho de que si la culpabilidad no es el fundamento de la pena, tampoco podría establecer su límite; en otras palabras, para poder limitar la culpabilidad debería, previamente, fundamentarla (117). Esta objeción no es aceptable, ya que las teorías de la unión (118) se mueven en un terreno en el que es metodológicamente posible que el límite no se deduzca del fundamento, ya que son teorías que asumen como punto de partida la búsqueda de un cierto equilibrio entre concepciones antinómicas: son contradictorias por definición y a conciencia. La objeción sólo sería válida en el marco teórico de las absolutas puras, en donde la pena se visualiza unidimensionalmente (119).

### d. Imprecisión del concepto de culpabilidad y el problema de su determinación en la individualización de la pena.

Indudablemente es necesario imponer al poder punitivo un límite a través de la culpabilidad, pero subsiste el grave problema de los criterios que deben aplicarse a la hora de individualizar y medir la pena. Porque después de hablar tanto sobre la culpabilidad, de su función limitadora, o de su sustitución por otros criterios igualmente polémicos, nos preguntamos: ¿Qué criterios se siguen para medir el nivel de la pena merecida o el alcance de la culpabilidad?, la respuesta a esta pregunta mantiene todavía grandes interrogantes en la ciencia del Derecho Penal, ya que la teoría sobre la determinación de la pena es una ciencia que todavía está en sus comienzos (120). Lo que "es merecido" no es algo que se pueda determinar con precisión, ya que es el resultado de un proceso psicosociológico valorativo mudable; se trata de una valoración de la comunidad que desde un principio no puede establecerse con exactitud, se trata de algo que sólo posee realidad empírica en el ámbito de un cier-

---

(115) ROXIN, Claus, supra nota 83, p. 76.

(116) ROXIN, Claus, *"Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal"*, publicado en la obra: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal.* Ed. Reus. Trad. de F. Muñoz Conde, España, 1981, p. 186.

(117) La objeción, según cita el profesor Bacigalupo, la ha formulado ARTHUR KAUFMANN, en *"Juristenzeitung 67"*, p. 555 y también JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pág. 5. Cita tomada del artículo del profesor BACIGALUPO, supra nota 20, p. 69.

(118) Las teorías de la unión admiten la consideración de fines preventivos sólo dentro del marco que se deduce de la aplicación de las teorías absolutas. Estas teorías presuponen un determinado compromiso entre la retribución y la prevención. Ibídem, p. 67.

(119) Ibídem, p. 69-70.
El argumento de Kaufmann es también mencionado por QUINTERO OLIVARES, en el artículo citado en la nota 78, p. 60. En igual sentido CEREZO MIR, supra nota 91, p. 358-359.
El profesor José María Rodríguez Devesa ha manifestado su objeción al planteamiento del profesor Roxin, de la siguiente forma: ". . .Debiera ser innecesario insistir en que la gravedad del hecho está en función de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del delito, y no sólo de la culpabilidad". Frases como la de Roxin: "el principio de la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad (. . .), constituyen una simplificación inadmisible porque provocan la idea de que la gravedad material de los elementos objetivos es una cantidad despreciable. Cuando se habla de que la pena ha de ser proporcionada a la gravedad de los hechos se entiende, insisto, que esta gravedad depende en primer lugar de lo realmente sucedido y, en segundo término, de la culpabilidad. Pues no es lo mismo un homicidio que un hurto de uso, ni la pena ha de ser igual para el homicidio doloso que para el culposo". RODRIGUEZ DEVESA, supra nota 64, p. 9.

(120) ROXIN, Claus, *"La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena"*, publicado en la obra *"Culpabilidad y prevención en Derecho Penal"*. Ed. Reus. Trad. de F. Muñoz Conde, España, 1981, p. 93.

to margen de libertad (121). La medición de la pena tiende en mayor o menor medida al irracionalismo, acompañándose siempre de un fuerte contenido ideológico y valorativo (122). La ley no dice cuando una culpabilidad es más grave que otra, o cuando una personalidad debe considerarse más peligrosa. Los criterios no están definidos legalmente y el tribunal no encuentra límites precisos (123). La imposibilidad de concretar límites fiables que sean congruentes con la gravedad de la culpabilidad, es lo que hace surgir serios interrogantes sobre la capacidad garantizadora de un límite, que por naturaleza es impreciso. Como elemento limitador, la culpabilidad es una referencia altamente insegura, por esa razón no puede atribuírsele una función decisiva y definitiva, especialmente en lo referente a la seguridad jurídica que debería tenerse al individualizarse la pena. La imprecisión no sólo se produce en la medida de la culpabilidad, sino en lo que respecta a su contenido (124). Todas las dudas mencionadas no deben justificar una actitud nihilista, sino que propician la adopción de una actitud crítica y cautelosa. El principio de culpabilidad es, aceptando todas sus limitaciones y debilidades, un concepto necesario, aunque no suficiente. Es cierto que son imprecisos los límites de la culpabilidad, pero tal imprecisión es preferible a la inexistencia de límites al poder punitivo del Estado. Todavía faltan mejores herramientas conceptuales que permitan eliminar, progresivamente, las peligrosas imprecisiones del poder punitivo estatal.

## CONCLUSIONES

1) El principio de culpabilidad ha tenido en nuestros códigos (el de 1941 y el vigente) escasa significación. En el Código de 1941 se refleja una definida influencia del positivismo (125), lo cual explica el insignificante sentido que tenía el principio de culpabilidad en la estructura normativa del Código. Es interesante observar, que al igual que el Proyecto preliminar del Código Penal italiano de 1921, no se habla de culpabilidad, sino de responsabilidad (126). Es decir, ni siquiera se utiliza el término culpabilidad. Por otra parte, el monto de la pena no se imponía de conformidad con la culpabilidad del autor, sino de acuerdo a su peligrosidad (127). En el Código Penal de 1941 domina totalmente la idea de la peligrosidad y la defensa social.

2) Aparentemente el Código Penal vigente se rige por el principio de culpabilidad. Pero realmente éste solo sirve para excluir la responsabilidad por el

---

(121) Ibídem, p. 97.

(122) QUINTERO OLIVARES, supra nota 78, p. 58.

(123) BACIGALUPO, supra nota 20, p. 64.

(124) Ibídem, p. 71.

(125) ". . .A partir de 1920 y como consecuencia de la renovación teórica impulsada en Europa por la filosofía positivista, comienza un período de transformación de las viejas legislaciones de origen español, cuya característica central es el traslado del centro de gravedad de la legislación penal desde la idea retribucionista hacia una fundamentación de la pena que la vincula con la obtención de ciertos fines sociales. Estos son los objetivos, no siempre consecuentemente perseguidos, que ha guiado la sanción de los Códigos Penales de Argentina, 1921; (. . .). El Código Penal de Costa Rica de 1941; . . .". BACIGALUPO, supra nota 30, p. 4.

(126) El artículo 18 del proyecto de Código Penal italiano de 1921, en el que se puede decir que se expresan más claramente las ideas positivistas, se refiere a la responsabilidad y no a la culpabilidad, en los siguientes términos: "Los autores y copartícipes de un delito son siempre legalmente responsables, excepto los casos de justificación del hecho". Este texto es casi el mismo que tenía el artículo 21 del Código Penal de 1941, en el capítulo en que precisamente no se refiere a la culpabilidad, sino a la responsabilidad. La coincidencia es evidente. En las explicaciones que da la comisión encargada del Código Penal italiano (cuyo presidente era Enrique Ferri), al referirse al mencionado artículo dieciocho, entre otras cosas, se expone lo siguiente: ". . .Por ello nuestro Proyecto no hace sino dar el último paso lógico, ya que considerando extraña —porque irrealizable— a la justicia punitiva toda pretensión de medir "la culpa" del delincuente, no la atribuya más que a una función de defensa social en referencia a la peligrosidad del sujeto (. . .). De lo que deriva que, superada la primera impresión misoneísta que el hábito mental puede recibir de la norma concretada en el art. 18, estamos seguros de que de la misma manera que en los siglos pasados se transformaron, merced a la continua evolución, los conceptos abstractos y los criterios prácticos sobre la responsabilidad, así ahora el principio de la responsabilidad legal para todos los delincuentes —cualesquiera que sean sus condiciones fisio-psíquicas— que en los cuarenta años transcurridos ha conquistado progresivamente el ascenso de los estudiosos de la Sociología Criminal, continuará conquistando también la conciencia común, ya muy modificada por las constantes experiencias sobre los defectos deplorables de la tradicional justicia penal. . .". Cita tomada de la exposición de motivos del proyecto de Código Penal italiano (1921), que se publica en la obra de Enrique FERRI, *"Principios de Derecho Criminal"*. Ed. Reus. Trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, España, 1933, p. 609-610. Las explicaciones que se dan sobre los alcances del art. 18 citado (similar art. 21 del Código Penal de 1941), deteminan claramente que el concepto de responsabilidad es totalmente diferente a lo que tradicionalmente se entendió como culpabilidad.

(127) BACIGALUPO, supra nota 30, p. 5. El artículo 88 del Código Penal de 1941, autorizaba al juez para que impusiera el monto de la pena de acuerdo a la peligrosidad del autor. En la misma forma lo hacía el artículo 20 del proyecto italiano de 1921.

resultado. En el momento en que debe individualizarse la pena, se aplica un puro derecho penal de autor. Se apreciará la personalidad peligrosa del autor. El cambio que parecía traer el Código vigente con respecto al anterior, fue de muy escasa significación, ya que en general, la teoría y la praxis habían reconocido en forma unánime que sin dolo o culpa no puede aplicarse la pena (128). En nuestro Derecho Penal la culpabilidad no cumple una función limitadora en la medida de la pena.

3) La excesiva facultad que se concede al Juez (hasta 25 años) en cuanto a la aplicación de la pena al delincuente profesional y reincidente, es el lógico resultado de un derecho penal de autor, en el que la peligrosidad se impone al principio de culpabilidad.

4) El sistema de doble vía (penas y medidas de seguridad) sólo existe como aspecto exterior del sistema de consecuencias jurídicas, ya que al analizarse detenidamente ambas consecuencias, se aprecia que no existen sustanciales diferencias. La doble vía se circunscribe a un doble etiquetamiento de las consecuencias penales, pero esa distinción no llega a tener una significación decisiva. En nuestro Código Penal el sistema de doble vía resulta muy desdibujado. Esta situación se origina en el hecho de que el fundamento de la pena no reside en la culpabilidad, sino que ésta sólo es un presupuesto de aquélla (129).

5) La posibilidad de imponer una medida de seguridad cuando, a juicio del juez, la pena privativa de libertad ha sido ineficaz para el delincuente (art. 98, inciso cuarto del Código Penal), constituye un atentado al principio de legalidad y a la dignidad humana. Se trata de la imposición de una medida de seguridad que tiene las mismas inconveniencias y peligros que las llamadas medidas predelictuales. La norma aludida es una prueba evidente sobre la débil significación del principio de culpabilidad en nuestro Derecho Penal. Por otra parte, demuestra que el sistema de doble vía sólo tiene una importancia formal. Se trata de una disposición inspirada en la idea de peligrosidad; llevándose la DEFENSA SOCIAL a una expresión extremista, totalmente incompatible con un Estado de Derecho.

Aún ignorando el hecho de que la medida de seguridad carece de fundamento constitucional, de todas maneras, el inciso cuarto del artículo 98, sería inconstitucional, ya que el artículo 39 de la C.P. establece que cuando se impone una pena, es necesario demostrar la culpabilidad del autor. No creo que sea posible salvar la inconstitucionalidad con el argumento de que la medida de seguridad no es una pena, porque si nos atenemos a la realidad, podremos comprobar que su aplicación siempre implicará algún sufrimiento y limitación a los derechos del presunto "beneficiado".

6) El principio de culpabilidad está en crisis. No es posible afirmar que tenga una clara definición. Sin embargo, sigue cumpliendo la importante función de servir como elemento limitador del poder punitivo.

La peligrosidad, concepto de indiscutible predominio en nuestro Código Penal, no permite señalar un límite al poder punitivo del Estado. La culpabilidad, a pesar de todas sus limitaciones, indudablemente se mantiene dentro del espíritu del Estado de derecho. Por el momento no existe un modelo alternativo a la culpabilidad como punto central de la imputación jurídico-penal (130). Este principio se irá transformando en su contenido, pero sigue siendo imprescindible. Dirigiendo la mirada hacia el futuro, nos damos cuenta que el concepto de culpabilidad sufrirá muchas transformaciones, pero no se puede precisar el rol que tendrá en el futuro (131). Sin embargo, no parece que las alternativas presentadas justifiquen su eliminación; sigue siendo un principio útil al Derecho Penal, con las lógicas limitaciones y puntualizaciones que se han hecho.

Como complemento de la imprecisión de la culpabilidad, hay que tomar en cuenta que sigue siendo labor difícil e imprecisa la individualización de la pena. Es necesario alcanzar un mayor nivel científico en este campo, ya que en el momento de

---

(128) Ibídem, p. 7.

(129) Ibídem, p. 11.

(130) STRANTENWERTH, Günter, *"El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad"*, publicado en la obra del mismo nombre. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, España, 1980, p. 124.

(131) BACIGALUPO, supra nota 63, p. 39.

individualizarse la pena se le da contenido real al principio de culpabilidad. Este concepto es necesario, pero su adopción no da respuesta satisfactoria a todos los problemas, quedan muchos por resolver. Debe admitirse como el principio de una solución, pero sin olvidar que muchos puntos no están satisfactoriamente resueltos. Es necesario mantener un espíritu crítico y un saludable escepticismo.

7) A pesar de lo expresado sobre el Código Penal, al analizar la constitución se encuentra que el artículo 39 le da buen fundamento al principio de culpabilidad, ya que sólo autoriza la imposición de una pena cuando se haya demostrado la culpabilidad por el hecho. El espíritu y sentido de la norma constitucional refleja una clara definición hacia un derecho penal de culpabilidad por el hecho. En este sentido, un código penal orientado por un derecho penal de autor y en el que impera la idea de peligrosidad, tal como sucede en el vigente, sería contrario a la norma constitucional mencionada.

## INDICE DE ABREVIATURAS

**A.D.P.C.P.:** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España. Instituto Nacional de Est. Jurídicos.
**C.P.C.:** Cuadernos de Política Criminal. España. Instituto de Criminología de la U. Complutense de Madrid.
**D.P.:** Doctrina Penal. Argentina.
**N.P.P.:** Nuevo Pensamiento Penal. Argentina.
**R.L.J.:** Revista General de Legislación y Jurisprudencia. España. Ed. Reus.
**R.F.D.U.C.:** Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. España.

* * *

# LA PRESCRIPCION

*Lic. Jesús Díaz Solá.*

## SUMARIO:

a) Concepto general de la prescripción. Prescripción positiva y prescripción negativa . . . . . 86
b) La prescripción en el derecho mercantil. Momento en que empieza a correr el plazo. . . . . 86
c) Acto que interrumpe la prescripción . . . . . 87
ch) A quiénes beneficia la interrupción de la prescripción. . . . . 89

**a) CONCEPTO GENERAL DE LA PRESCRIPCION.**

Debemos señalar que existen dos clases distintas de prescripción: la primera se denomina positiva, adquisitiva o usucapión; y la otra negativa, extintiva o liberatoria. "Aunque ambos modos de prescripción nada tienen de común en el fondo, y por lo mismo debiera tratarse por separado en sus respectivos lugares, la positiva entre los modos de adquirir los bienes y la negativa en la parte de las obligaciones referentes a la manera como terminan o se extinguen; con todo, siempre se ha acostumbrado estudiar una y otra forma conjuntamente, por hallarse ambas condicionadas por el transcurso del tiempo, ya que tanto una como otra se fundan en análogas consideraciones de interés general" (Tratado de las Obligaciones, Brenes Córdoba Alberto, página 203, Cuarta Edición).

Este ensayo versa concretamente sobre la prescripción mercantil, que tiene el carácter de negativa, pues se preocupa de la extinción por el transcurso del tiempo, de los derechos que no se ejercitan y que dimanan de las obligaciones mercantiles.

En el ámbito del Derecho Mercantil prevalece el criterio sentado en el Derecho Civil de que por la prescripción negativa se pierde un derecho, bastando para ello el transcurso del tiempo (artículo 865 del Código Civil). Ese mismo concepto aparece en el artículo 968 del Código de Comercio: *"Las acciones que se deriven de actos y contratos comerciales, prescriben con arreglo a las disposiciones de este capítulo. La prescripción se opera por el no ejercicio del derecho respectivo dentro del plazo legalmente indicado".*

El fundamento subjetivo de la prescripción es idéntico al que informa la deserción en el orden procesal: se establece la presunción de que se renuncia tácitamente un derecho cuando se abandona su ejercicio durante el plazo que para cada acto establece la ley.

Objetivamente, porque existe un interés público en que no se perpetúen los derechos, los cuales si no se ejercitan dentro del plazo que la ley autoriza, se pueden declarar extinguidos por esa vía. Pero es preciso señalar que la prescripción extintiva no extingue las obligaciones con el solo decursar del plazo que la ley indica, que no basta el no ejercicio del derecho, sino que la parte que se beneficia con la perención del derecho tiene la obligación de reclamarla. "Es un derecho que la ley concede al deudor para rehusar el cumplimiento de una obligación" (Brenes Córdoba, op. cit., pág. 209). El mismo autor consigna las siguientes conclusiones, por demás interesantes, respecto a este instituto: "La ley no trata de dar por cancelada la deuda, sino de conceder al obligado un modo indirecto de liberación; por eso, si él no alega la prescripción, los jueces carecen de facultad para pedirla de oficio". "De ahí también que la prescripción después de cumplida, sea renunciable de modo expreso o tácito, y el pago que se realice voluntariamente por el deudor, no obstante esté prescrita la deuda, no puede ser repetido".

Estas características generales de la prescripción son comunes tanto a la que se tutela en el Derecho Civil como en el Mercantil.

**b) LA PRESCRIPCION EN EL DERECHO MERCANTIL. MOMENTO EN QUE EMPIEZA A CORRER EL PLAZO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES.**

Cuando las obligaciones mercantiles no están sujetas a condición o a plazo, la exigibilidad es perentoria, pues las sumas dinerarias deben aplicarse con celeridad al tráfico mercantil que es su destino. A ese respecto, el artículo 417 del Código Comercial impide que se establezcan términos de gracia o cortesía en el cumplimiento de las obligaciones, y el artículo 418 ibídem, señala que "a falta de estipulación sobre el vencimiento, serán exigibles inmediatamente". Es importante determinar el vencimiento y exigibilidad de las obligaciones mercantiles, pues a partir de ese momento corre el plazo fatídico de la prescripción. Es preciso también destacar que esa brevedad que se establece para el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, también informe el instituto de la prescripción en esta materia. A ese respecto, debemos indicar que "los plazos de prescripción previstos, pueden ser más cortos que los civiles, sin duda por la mayor celeridad exigida por el tráfico económico" (Manual de Derecho Mercantil, Manuel Broseta Pont, pág. 338, Madrid, 1976). Pero también debemos dejar sentado que, fundamentalmente, en sus requisitos y fines concuerda la prescripción civil con la mercantil.

El plazo para contar la prescripción, corre desde "el día siguiente al vencimiento de las obligaciones que tienen determinado plazo dentro del cual la ley dice que deben ser cumplidas, y en aquellos casos en que lo que la ley autoriza es a ejercitar un determinado derecho, desde el día que tal derecho pudo hacerse valer". (Art. 969 Código

de Comercio). El precepto es muy claro: desde el momento en que la obligación quede incumplida e incurra el deudor en mora, comienza a correr el plazo de la prescripción. Cuando el contrato tiene un día señalado para su vencimiento, se entenderá que es "el día siguiente de su vencimiento" (art. 418 ibídem).

La falta de estipulación del vencimiento, como el documento es exigible inmediatamente, sería desde el mismo día de su expedición. En los casos en que la obligación está pactada en tractos como por ministerio de ley "la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación" (art. 420 del mismo Cuerpo Legal), sería entonces, desde el día siguiente en que quedare impagado uno de los plazos estipulados, pues al quedar así vencida toda la obligación, correría desde ese momento el plazo de la prescripción respectiva.

Es preciso también tomar en cuenta en lo que respecta al vencimiento de las obligaciones mercantiles, la disposición contenida en el artículo 423 del Código Comercial, para poder determinar con exactitud, el día en que comienza a correr el plazo de la prescripción.

El aludido precepto dispone que si vence "un domingo, un feriado, un día de asueto, u otro día en que por fuerza mayor el establecimiento donde debe efectuarse el pago, esté cerrado, será satisfecho el siguiente día hábil (art. 425 ibídem).

En los cheques, el cómputo debe hacerse a partir del día en que fue expedido, y pudo por lo tanto, presentarse al cobro; pero si se hacen pagos parciales por el librador, por haberse devuelto por banco girado, ya por cuenta cerrada o por insuficientes fondos, es a partir del siguiente día del último pago efectuado que comienza a correr el plazo. Así lo ha entendido a nuestro juicio, correctamente el Tribunal Superior Civil en la siguiente resolución:

> *"La obligación puesta al cobro judicial se extinguió por prescripción ya que ésta comienza a correr al siguiente día de la fecha en que fue recibido el cheque por medio del cual el girador hizo el primer pago parcial y ese término comienza a correr independientemente de la fecha en que fue presentado el cheque para ser debitado en la cuenta del girador".* Código de Comercio, arts. 969, 983 y 985. Resolución 1105 del 19 de diciembre de 1975.

Sobre el día del vencimiento del plazo de la prescripción, si se debe aplazar aquél si el día indicado es domingo o feriado, el Tribunal Superior Contencioso emitió un punto de vista acertado en la siguiente resolución:

> *"El argumento de que el día del vencimiento del plazo siendo feriado se debe prolongar al otro siguiente inmediato, no es de recibo, por cuanto el cómputo de las prescripciones, sean de corto o largo tiempo, no se excluyen los domingos ni días feriados".* Res. No. 923 de 15:40 hrs. de mayo 1974.

No se excluyen los domingos ni feriados para el cómputo de la prescripción, pero no se inicia el plazo hasta que la obligación es exigible, como ya lo señalamos. Si la obligación vence en feriado o en domingo y la exigibilidad de aquella queda aplazada, por ende, el inicio del plazo de la prescripción se difiere.

Cuando se ha dictado sentencia, el término se inicia cuando el fallo alcanza firmeza. Art. 986. Véase resolución No. 666 de las 10 hrs. del 18 de agosto de 1975 del Tribunal Superior Civil.

### c) ACTO QUE INTERRUMPE LA PRESCRIPCION:

El artículo 977 del Código de Comercio se ocupa de establecer los actos que interrumpen la prescripción: a) por la demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al deudor; se considera como no interrumpida la prescripción si el actor desistiere de ella o si se declarare desierto el juicio.

En la interpretación de este inciso, de una trascendencia extraordinaria en el campo teórico y también práctico, se ha producido un verdadero cisma en nuestra jurisprudencia. Un criterio muy extendido tanto entre los Tribunales de Apelación como entre los jueces y alcaldes, sostenían, y aún muchos mantienen el punto de vista jurídico, de que es la notificación de la demanda y no la mera presentación de la misma, el acto interruptor de la prescripción.

A guisa de información, transcribiremos en lo pertinente, resoluciones de diferentes tribunales sobre esa candente cuestión.

*"No es la formulación de la demanda, sino la notificación de ésta al deudor lo que interrumpe la prescripción de los intereses. Cód. Com. Art. 977, inc. a)".* 1974, Tribunal Superior de Alajuela, No. 922 de 16:12 hrs. del 27 de junio.

*"La prescripción extintiva o liberatoria se interrumpe por la notificación de la demanda al deudor".* 1974, Tribunal Superior Civil, No. 519 de 29 de julio.

*"Si bien la demanda ejecutiva se presentó el día en que venció la obligación constante en el pagaré, ésta no se notificó sino días después de la fecha de vencimiento de la obligación, que era la diligencia y actuación que interrumpía la prescripción".* 1977, Tribunal Superior Civil, No. 688 de 11:10 hrs. del 7 de setiembre.

*"La sola presentación de la demanda no tiene la virtud de interrumpir el término de la prescripción, sino que es necesario para que opere la interrupción, que se notifique la demanda a los demandados".* 1978, Tribunal Superior Civil, No. 277 de 9:00 hrs. del 14 de abril.

Esta jurisprudencia se mantuvo invariable; era por decirlo así, unánimemente aceptado por los tribunales.

Pero frente a ese criterio jurisprudencial mantenido por los tribunales de apelación constantemente, la Sala de Casación dictó la sentencia No. 49 a las 15 hrs. del 7 de julio del 78. Esta sentencia estableció el criterio de que la sola presentación de la demanda, interrumpía el plazo de la prescripción. Primero hace nuestro más alto Tribunal una interpretación gramatical y dice: *"Cuando el Código de Comercio establece que la prescripción quedará interrumpida por la demanda o cualquier otro género de interpelación notificada al deudor",* la conjunción disyuntiva "o" hace ver claro que se trata de dos entidades distintas; por un lado la demanda, por el otro las demás formas de interpelación judicial; y si el adjetivo (participio) "notificado" aparece como singular, en sentido estricto solo se refiere al segundo grupo del texto, sea, a todo otro género de interpelación judicial distinto de la demanda, por lo que cabe concluir que basta el establecimiento de la demanda para que se interrumpa la prescripción.

Este sentido gramatical estricto que, por lo demás, coincide o se ajusta con la doctrina legal que impera en la materia, en virtud de que la prescripción sanciona la inercia o el abandono de un derecho. Y no hay forma más inequívoca para excluir el abandono o la inercia que la formalización de una demanda ante los tribunales, tal como lo sentó esta Sala en la sentencia de las 15:30 hrs. de noviembre de 1962 en relación con el texto parecido del artículo 529 del Código de Comercio que a la sazón regía *". . .Nuestro más alto Tribunal, otrora dicho, considera que el criterio anterior que mantienen los otros tribunales del país, que exigía la notificación de la demanda, "como un error en la inteligencia del artículo 977, inciso a) del Código de Comercio".* Sobre esa interpretación gramatical que hace la Sala de Casación, corroborando el resultado de aquella interpretación con la hermenéutica lógica y con la equidad con que resuelven el punto controvertido, traemos a colación un comentario de Genaro R. Carrio, Sobre el Derecho y la Justicia, 1963, Buenos Aires: *"El significado de una expresión depende del orden de las palabras y de la manera en que se hallan conectadas. Los problemas que se refieren a la conexión de las palabras se llaman problemas sintácticos de interpretación. Sin embargo, tampoco las conexiones sintácticas tienen una equívoca función determinadora de significado. También aquí el sentido "natural" está condicionado por factores no lingüísticos: el deseo de hallar un significado "bueno" o "razonable" que concuerde con aquel que el contexto y la situación señalen como tal".*

El razonamiento de la Sala hace de que la interposición de la demanda determina que se excluya la desidia del acreedor, es convincente, pues implica una manifestación de voluntad clara de ejercer un derecho. Además, los actos ulteriores a la presentación de la demanda: que el Despacho le dé curso, que el notificador practique o no la diligencia a su cargo, en forma alguna constituyen actos que dependan o dimanen de la voluntad del acreedor; son atribuibles a la diligencia del funcionario judicial que estudia la demanda y ordena que se le dé curso; de la actividad del notificador incluso, hasta depende el resultado positivo de que el deudor sea una persona avisada que con mala fe le niega al funcionario que la persona que se pretende notificar, reside en la casa de habitación en que está constituido, obstruyendo así la práctica de la diligencia, y como premio a esa conducta dolosa consigue que el acreedor que presentó su demanda en tiempo, pierda su derecho crediticio.

Es preciso considerar que ninguno de los trámites ulteriores a la presentación de la demanda hasta la notificación del demandado dependen de un acto de voluntad del acreedor, y por lo tanto del resultado de aquéllos no es posible inferir la desidia o abulia del titular de un derecho, como señala la Sala de Casación con acierto; por lo cual no parece justo que se deje supeditada la supervivencia de un derecho a circunstancias que no dependen directamente de la voluntad de quien lo ejercita.

Esa interpretación gramatical hecha por el Tribunal en mención, persigue un resultado que está en consonancia con las normas de la equidad y consigue una decisión "buena".

Concluyendo; esta divergencia que mantienen los tribunales y juzgados con el punto de vista jurídico sostenido por la Sala de Casación, como la jurisprudencia no tiene en nuestro país fuerza vinculante, crea en los abogados y las partes, una incertidumbre que no sirve a los mejores y más altos intereses de la justicia, por lo cual estimo que en la Judicatura convendría unificar criterios.

Y si esto no fuera posible debido a que no se comparte el criterio de la Sala de Casación por algunos funcionarios, respetando la independencia funcional que les asiste, sería conveniente en ese caso, que la Corte Suprema propusiera a la Asamblea Legislativa la reforma del aludido precepto 977, inciso a) de manera que se disiparan las dudas que existen en torno al mismo.

Las otras formas de interrupción de la prescripción contenidas en el artículo 977 no han dado origen a dudas, y en homenaje a la brevedad, no vamos a comentarlas, remitiéndonos al precepto mencionado.

## ch) A QUIENES BENEFICIA LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION.

Cuando existen varios obligados solidarios, el acto interruptor de la prescripción que beneficia a uno de los deudores solidarios, la interrumpe también con respecto a los otros (art. 978 del Cód. Comercio). También existe esta acción recíproca entre el fiador solidario y su deudor. Sin embargo este principio sólo opera en los casos en que el acto obligacional haya sido firmado conjuntamente, pues de no ser así, el acto que interrumpe la prescripción con respecto a uno de ellos no afecta ni beneficia al otro u otros. A ese respecto, entre otras, citamos la sentencia 654 de las 14:45 horas del 25 de setiembre de 1973 del Tribunal Superior Civil.

En cuanto a las letras de cambio, rige la regla especial del artículo 796 ibídem, según la cual la interrupción de la prescripción solo surtirá efectos con respecto del cual haya efectuado el acto que interrumpe la prescripción: se refiere a los obligados cambiarios, que aunque son solidarios, los actos obligacionales no se realizan coetáneamente: librador, endosante, avalista. Arts. 796 y 798 ejúsdem.

Por lo expuesto, la prescripción que beneficia a uno de los intervinientes, no surte efectos necesariamente contra los demás indicados.

Finalizamos exponiendo que en cuanto a los pagarés, han existido criterios disímiles en nuestros Tribunales. El Tribunal Superior Civil mantuvo la tesis de que, aplicándose el artículo 980 del Código Comercial, "la interrupción de una prescripción contra el deudor principal, produce los mismos efectos contra su fiador y viceversa si el fiador fuere solidario" (Véase la sentencia No. 255 de 8 hrs. del 2 de mayo de 1977).

Frente a este criterio, el Tribunal Superior Contencioso Administrativo mantuvo que "en materia de pagarés, la prescripción se rige por los principios aplicables a la letra de cambio, por lo tanto, la ley general que establece que la interrupción de la prescripción contra el deudor principal surte los mismos efectos contra el fiador principal y viceversa si el fiador es solidario, cede en este caso ante la ley especial que establece que la interrupción sólo surte efecto contra aquel contra quien se efectuó el acto. Artículos 796, 802 inciso g) y 980 del Código de Comercio. Res. 1761 de 16:40 hrs. del 6 de abril de 1976.

Y el Tribunal Superior Civil de San José, posteriormente con un mejor estudio de la cuestión, expresó que el artículo 980, en cuanto dispone que la interrupción de la prescripción en cuanto al deudor principal produce sus mismos efectos con respecto a los fiadores y viceversa, cede incuestionablemente "ante la especial reguladora de la prescripción en materia de pagarés, al establecerlo expresamente el artículo 802, inciso g) del referido Código, al disponer que serán aplicables al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza del título, las normas reguladoras de la letra de cambio, y entre ellas, las relativas a la prescripción. Ahora, el numeral 796 ejúsdem, y en orden a la interrupción de la prescripción, consagra la regla de que la misma sólo surtirá efecto con respecto del cual se haya efectuado el acto interruptor de la prescripción.

De manera que en el caso en examen, la interrupción de la prescripción contra el deudor principal, única y exclusivamente surte efectos respecto a él, pero no en orden a sus fiadores. Sentencia No. 636 de las 8:45 hrs. del 3 de agosto de 1979. Este criterio se ratificó en la sentencia de las 10:35 hrs. del 8 de agosto del mismo año también del Tribunal Superior Civil de San José.

Resumiendo, se ha abierto paso al criterio de que en materia de pagarés, el acto interruptor de

la prescripción sólo perjudica al obligado que participó en él, sin que la existencia de la solidaridad permita hacer extensivo el acto interruptor ni sus consecuencias, a los demás intervinientes en el título valor.

* * *

**Sección II: La Ciencia al servicio de la Justicia.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

# RELACION ENTRE NIVELES DE ALCOHOLEMIA E INFRACCIONES DE TRANSITO: UN ESTUDIO CUANTITATIVO

*Dr. Carlos Matías González Lizano, Jefe de la Sección de Investigaciones Toxicológicas, O.I.J.*
*Lic. Rigoberto Blanco Sáenz, Químico de la Sección de Investigaciones Toxicológicas, O.I.J.*
*Lic. Rubén Eugenio Guevara Castillo, Escuela de Química, Universidad de Costa Rica.*
*Francisco Gómez Ajoy, Auxiliar de Laboratorio, Sección de Investigaciones Toxicológicas, O.I.J.*

## INTRODUCCION.

La investigación sobre el alcohol y la seguridad vial cumplió ya cuarenta y siete años. La primera revisión sobre este tema fue hecha en 1933 (10), y la mayoría de los trabajos de investigación subsiguientes han tenido como objetivo el demostrar la relación que existe entre los diferentes niveles de alcoholemia alcanzados después de la ingesta de bebidas alcohólicas y el desmejoramiento de las capacidades de una persona para la conducción de un vehículo automotor.

Así, en pruebas de laboratorio realizadas (6), se descubrió que después de ingerir alcohol, los conductores creían que guiaban excepcionalmente bien cuando en realidad su destreza estaba seriamente afectada. **Bjever** (1) y **Goldberg** (4) encontraron que cuando se alcanzan alcoholemias entre 40 y 50 mg por ciento (mg por ciento: miligramos de alcohol etílico por cada cien mililitros de sangre), la destreza para conducir descendía entre un 25 y un 30 por ciento. **Borkestein** y **Dale** (2) observaron que el riesgo a tener un accidente aumentaba rápidamente conforme la alcoholemia pasaba de los 50 mg por ciento. A este nivel el riesgo era 1,3 veces mayor, aumentando a 1,5 veces a los 70 mg por ciento y a 6 veces a 100 mg por ciento, hasta llegar a 20 veces a los 150 mg por ciento. Esto se debe a que el alcohol reduce la atención, aumenta el tiempo de reacción a estímulos y las diferencias en la intensidad de los estímulos son más difícilmente distinguibles (6).

Estos hallazgos llevaron a muchos países a establecer límites legales de alcoholemia por encima de los cuales se considera que una persona está no solamente bajo los efectos de esta droga sino también incapacitada para la conducción de un vehículo. Este límite oscila, en la mayoría de los países, alrededor de los 80 mg por ciento.

Todos estos trabajos sobre el alcohol etílico se han realizado en países industrializados, en su mayoría en Estados Unidos de América, Europa y Australia, que tienen características socioculturales y económicas muy diferentes a las nuestras. Es con base en los resultados de esos trabajos que se ha hecho consenso general del papel del alcohol etílico como factor importante en la ocurrencia de accidentes de tránsito. Sin embargo, el jurista costarricense no cuenta con criterios objetivos propios para evaluar este hecho. Es nuestro propósito recoger la información suficiente para definir las características nacionales reales del problema, a través de una serie de trabajos científicamente diseñados.

El alcohol como causa de un accidente automovilístico ha sido ampliamente estudiado (6, 8, 12, 13, 17), especialmente cuando estos hechos han producido la muerte del conductor o de un

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

peatón. Sin embargo, en el caso de accidentes leves o moderados, el estudio sobre hechos reales ha sido difícil. **Nichols** (11) revisó la poca literatura existente hasta 1971 y no llegó a ninguna conclusión clara; **Turk** *et. al.* (15) han encontrado difícil en los Estados Unidos de América hacer este tipo de trabajo, debido a que la muestra biológica no puede ser obtenida legalmente de personas involucradas en un accidente que no haya sido fatal y tampoco el público se ha mostrado cooperador en este tipo de investigación. Esto parece ser la norma en otros países, pues nada se ha publicado al respecto desde 1971 hasta 1980 (3, 7). En Costa Rica se presenta una circunstancia particular que ha permitido el estudio de la incidencia del alcohol tanto en infracciones como accidentes leves y moderados, y en los graves cuando el conductor no ha sido la víctima, pues contamos con la población apta para ello. Es costumbre en nuestro país que los inspectores de tránsito o los miembros del Organismo de Investigación Judicial soliciten a las personas que cometen infracciones o están involucradas en accidentes, la muestra para alcoholemia e infrecuente que éstas se nieguen a darla (menos de 1 por ciento), a pesar de que no existe obligación para ello. De tal manera que se cuenta con la información necesaria para obtener resultados objetivos sobre el comportamiento antes apuntado.

Con base al estudio de la muestra se propusieron dos hipótesis a comprobar:

I. Existe una correlación entre el nivel de alcoholemia (positiva o negativa) y la gravedad del delito cometido por el conductor del vehículo responsable del mismo.

II. La probabilidad de encontrar conductores con alcoholemia negativa involucrados en accidentes es igual a la probabilidad de encontrar conductores con alcoholemia positiva.

## PROCEDIMIENTO.

Durante el año que va de mayo de 1980 a abril de 1981 hubo un total de mil novecientos ochenta y siete accidentes e infracciones de tránsito, atendidos por el Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses en la forma de solicitud de análisis de alcoholemia para conductores. Del total de los casos se empleó una muestra representativa de aproximadamente el 20 por ciento, obtenida por medio del muestreo sistemático, constituida de esta manera por 397 casos.

Los delitos encontrados fueron el homicidio culposo, atropello, lesiones culposas, vuelco, colisión, conducción bajo los efectos de drogas enervantes y chofer indocumentado. Estos delitos se clasificaron en: leves, moderados y graves. Se interpretaron como delitos leves aquellos que no ocasionaron daños materiales ni lesiones cuyos infractores fueron exonerados mediante el pago de una multa. Los delitos moderados fueron aquellos tipificados como vuelco y colisión, en los que no hubo lesiones de consideración, pero en los cuales los daños materiales fueron cuantiosos. Los delitos graves fueron aquellos en los que se presentaron desde lesiones de importancia hasta homicidio culposo, acompañados o no de daños materiales.

Los conductores traídos al laboratorio fueron aquellos que dadas las circunstancias del hecho y la información obtenida en el sitio del suceso se consideraron como responsables del mismo. Como a todos se les practicó la prueba de alcoholemia, se dividieron primeramente en conductores con alcoholemia positiva; aquellos que presentaban cualquier cantidad de alcohol en sangre, y conductores con alcoholemia negativa; aquellos que tenían estrictamente la alcoholemia en cero. Los de alcoholemia positiva se les subdividió en ocho subclases de acuerdo a la concentración de alcohol en miligramos por cien mililitros de sangre.

La determinación de alcohol en sangre se hizo de acuerdo al método modificado de **Harger** (14) y las muestras fueron tomadas por punción venosa y recogidas en tubos al vacío con fluoruro de sodio como anticoagulante y veneno enzimático para evitar la producción o eliminación del etanol *in vitro.*

Se hicieron gráficos descriptivos mostrando la distribución del número de casos en cada tipo de infracción para la muestra total (Figura No. 1). También se realizó una comparación de la incidencia de casos con alcoholemia positiva contra casos con alcoholemia negativa en cada una de las clases de delitos: leves, moderados y graves (Figura No. 2).

Se presenta también una tabla de distribución pormenorizada del tipo de delito y el diferente grado de alcoholemia (Cuadro I), y un gráfico descriptivo indicando la incidencia de los accidentes según el nivel de alcohol en los casos de alcoholemia positiva (Figura No. 3).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán" 

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Para probar las hipótesis planteadas se utilizó estadística descriptiva y se elaboró un cuadro de contingencia (Cuadro II) para determinar la relación entre las variables nivel de alcohol y gravedad del delito. Se hizo un análisis y prueba de probabilidades con base en la distribución binomial (Cuadro III).

## RESULTADOS Y CONCLUSIONES.

De acuerdo con la Figura No. 1 podemos observar que la mayor incidencia de delitos ocurre bajo el tipificado como colisión (54 por ciento), seguido de conducción bajo los efectos de drogas enervantes (30 por ciento), atropello (9 por ciento), lesiones culposas (5 por ciento), homicidio culposo (1 por ciento), vuelco (0,8 por ciento) y chofer indocumentado (0,2 por ciento).

En la Figura No. 2 podemos observar el contraste que se hace entre alcoholemia positiva y alcoholemia negativa según la gravedad del delito cometido por el conductor. De acuerdo con los gráficos, la mayor incidencia de delitos leves se presenta entre los casos de alcoholemia positiva, mientras que la mayor incidencia de delitos graves (exceptuando aquellos en los que el chofer fue la víctima) se presenta entre infractores con alcoholemia negativa.

El cuadro de contingencia (Cuadro II) muestra la relación de las variables: nivel de alcohol (alcoholemia negativa, alcoholemia positiva) y la gravedad del delito. Definitivamente se encontró que existe una relación entre las mencionadas variables en un grado de significancia de 0,001. Esto quiere decir que los delitos graves en los cuales el conductor no fue la víctima están relacionados con el estado no alcohólico del chofer más bien que con el estado alcohólico. Por eso se rechaza la hipótesis nula de que no existe relación entre la gravedad del delito y el estado de intoxicación alcohólica del conductor. El coeficiente de contingencia calculado muestra una buena asociación entre las variables (0,43).

Si bien el estado de ebriedad y el no portar licencia de conducir son infracciones, estas no involucran un accidente, de tal forma que a la muestra se le restó estos casos. De esta manera se obtuvo una totalidad de accidentes cometidos por personas con o sin alcohol en sangre de 276. En la Figura No. 3 podemos observar una distribución casi normal del número de accidentes según el nivel de alcoholemia del chofer. Aunque cerca del 88 por ciento de los casos con alcoholemia positiva está por encima de los 80 mg por ciento, se presenta un mayor número de casos en el ámbito de los 120 a los 159 mg por ciento (28 por ciento). Esto sugiere la hipótesis de que en Costa Rica existe una mayor probabilidad de accidentes a niveles intermedios de alcoholemia, más que en los más bajos o muy altos. Esto también fue observado en los Estados Unidos por **Halcomb** (5). Contrasta sin embargo con lo observado por otros autores (9, 16). **Lucas** *et. al.* (9) encontró en Canadá un mayor número de casos (77 por ciento) con alcoholemias menores de los 50 mg por ciento. **Vamosi** (16) en Checoeslovaquia determinó que el porcentaje de conductores involucrados en accidentes se distribuía casi en igual proporción entre las clases utilizadas por él: de 0 a 30, de 30 a 100, de 100 a 150 y más de 150 mg por ciento. Estos hallazgos adolecen sin embargo del defecto de no haber separado como clase aparte los choferes con alcoholemia negativa. En los trabajos de **Lucas** *et. al.* (9) y **Halcomb** (5) no se puede asegurar que todos los conductores involucrados en los accidentes suplieran la muestra para alcoholemia, en especial si estos habían ingerido licor. El trabajo de **Vamosi** (16) se hizo solamente con conductores que pertenecían a la Empresa Estatal de Transporte.

De los 276 casos de accidentes, 138 son personas con algún nivel de alcoholemia y 138 de personas en estado de completa sobriedad. De acuerdo con estos datos y realizadas las pruebas estadísticas para comprobar la segunda hipótesis, nos encontramos con que **Z** calculado es igual a 0,00, menor que el **Z** crítico a cualquier nivel de significancia, por lo cual no podemos rechazar la segunda hipótesis pues la probabilidad de encontrar conductores sobrios involucrados en accidentes es igual a la probabilidad de encontrar conductores con algún nivel de alcoholemia (Cuadro III).

Por lo tanto se tienen por probadas las siguientes hipótesis:

I. Existe una correlación negativa entre el estado de intoxicación alcohólica (alcoholemia positiva o alcoholemia negativa) con la gravedad del delito cometido por el conductor del vehículo responsable del mismo.
II. Las probabilidades de encontrar conductores con alcoholemia negativa (sobrios)

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
PODER JUDICIAL BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

involucrados en accidentes es igual a la probabilidad de encontrar conductores bajo los efectos del alcohol etílico.

Sin embargo, respecto a esta segunda hipótesis es necesario aclarar que suponemos que la población total de conductores en estado normal (alcoholemia negativa) es mucho mayor que la de choferes con alcoholemia positiva. De tal manera que las probabilidades de un accidente respecto a estas poblaciones deben ser significativamente diferentes. Esta hipótesis se tratará de demostrar en un estudio posterior.

* * *

## BIBLIOGRAFIA


(1) BJEVER A. Citado por Walls H.J. y Brownlie A.R., *Drink, Drugs and Driving.* Londres Sweet and Maxwell Ltd., 1970.

(2) BORKENSTEIN J. y DALE A., *Drinking Driver in Traffic Accidents.* Indiana University, Bloomington Indiana, 1964.

(3) Excerpta Medica, Pharmacology and Toxicology Section. *Forensic Science Abstracts.* Ed. Elsevier, Science Section. Amsterdam, Holanda. 1971-1980.

(4) GOLDBERG, L., *Tolerance to Alcohol in Moderate Drinkers and its Significance to Alcohol and Traffic.* En *Proceedings of the First International Conference on Alcohol and Road Traffic.* Estocolmo. KB (ed.). 1951.

(5) HALCOMB, R.L., *Journal of the American Medical Association* 111, 1938, 1076.

(6) HAVARD, J.D.J., *Alcohol and Road Accidents. The Practitioner.* 188, 1962, 498.

(7) HOLLEYHEAD, R. y STUART, K., *A Bibliography on Ethyl Alcohol for Forensic Science and Medicine and the Law.* The Forensic Science Society and Scottish Academic Press, 1980.

(8) KAYE, S., *Influence of Alcohol on Traffic Deaths in Puerto Rico.* Boletín de la Asociación Médica de Puerto Rico. 65, 1973, 135.

(9) LUCAS, G.H.W., et. al., En *Proceedings of the Second International Conference on Alcohol and Road Traffic.* Toronto, 1955.

(10) MILES, W.R., *Alcohol and Motor Vehicle Drivers.* En *Proceedings of the 13 th. Annual Meeting of the Highway Research Board,* Washington D.C.: National Research Council, 1934.

(11) NICHOLS, J.L., *Drug Use and Highway Safety, a Review of the literature.* D.O.T. H.S.-800-580. U.S. Department of Transportation, National Highway Traffic Safety Administration, Washington D.C. July 1971.

(12) OLDER S.J. y SIMS M.D., *The Incidence of Alcohol in Blood of some Fatally Injured Road Users.* Ministry of Transport, Road Research Laboratory. Report LR-32. Harmondsworth, England, 1966.

(13) RUTLEY K.S., *Alcohol and Road Traffic Accidents.* Ministry of Transport, Road Research Laboratory. Report LR-19, Harmondsworth, England, 1966.

(14) STEWART C.P. y STOLAMAN A., *Toxicology, Mechanisms and Analytical Methods.* Academic Press, London, 1960.

(15) TURK R.F., McBAY A.J. y Hudson P., *Drug Involvement in Automobile Drivers and Pedestrian Fatalities.* Journal of Forensic Sciences 19, 1974, 90.

(16) VAMOSI M., *Traffic Safety Research Review,* 4, 1961, 8.

(17) WALLER J.A., *Use and Misuse of Alcoholic Beverages as a Factor in Motor Vehicle Accidents.* Public Health Reports. 81, 1966, 591.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

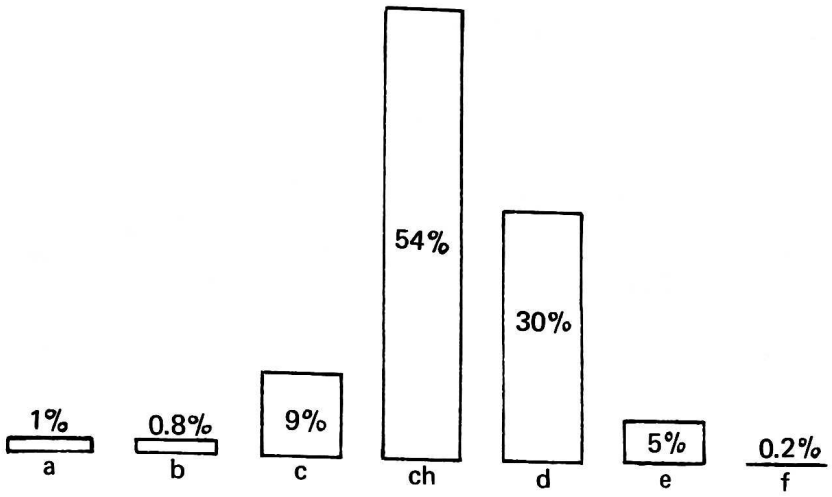



Figura 1. Distribución del número total de casos de acuerdo con el tipo de delito.

a: homicidio
b: vuelco
c: atropello
ch: colisión
d: conducción bajo los efectos de drogas enervantes
e: lesiones culposas
f: chofer indocumentado

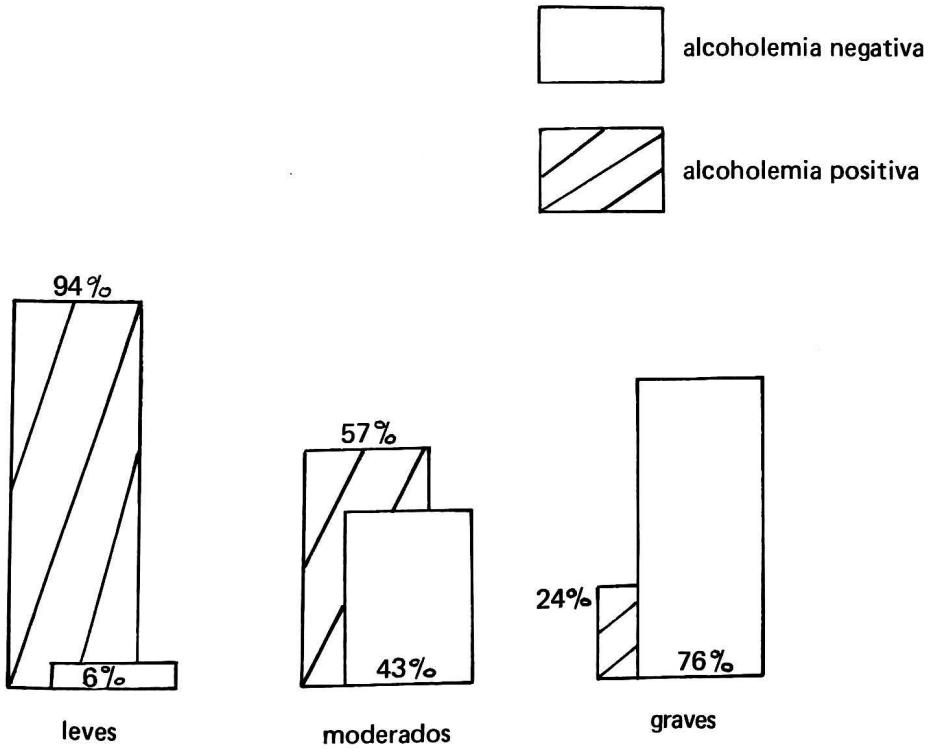



Figura 2. Comparación del número de casos con alcoholemia positiva y negativa, de acuerdo con la gravedad del delito.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

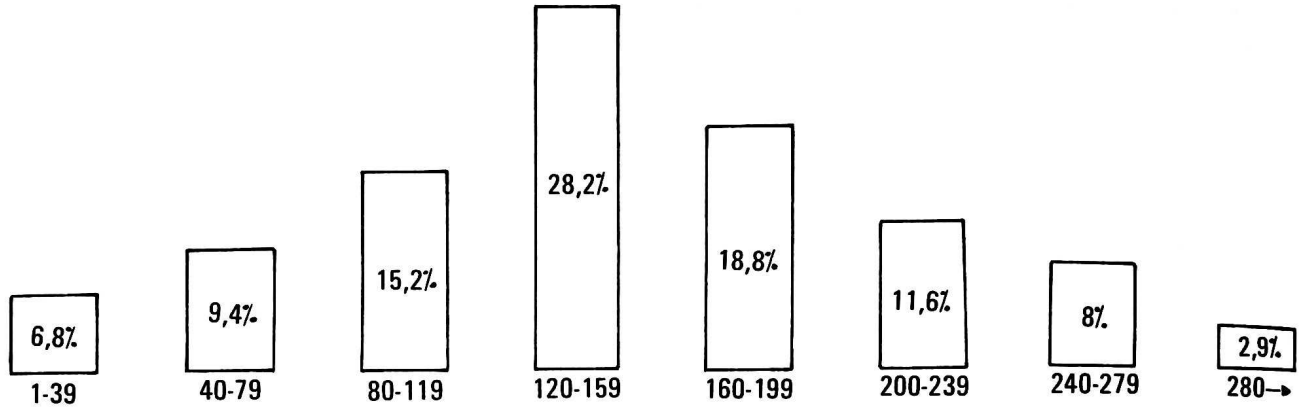



Figura 3. Incidencia de accidentes según el nivel de alcoholemia (mg por ciento).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



| ALCOHOLEMIA/mg por ciento<br>DELITO | 0 | 1-39 | 40-79 | 80-119 | 120-159 | 160-199 | 200-239 | 240-279 | 280 | TOTAL |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| HOMICIDIO | 4 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 4 |
| VUELCO | 1 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 3 |
| ATROPELLO | 26 | 1 | 1 | 1 | 3 | 1 | 0 | 0 | 0 | 33 |
| COLISION | 93 | 5 | 12 | 18 | 34 | 23 | 15 | 11 | 4 | 215 |
| EBRIEDAD | 8 | 3 | 8 | 16 | 25 | 32 | 22 | 4 | 2 | 120 |
| LESIONES | 14 | 1 | 0 | 2 | 2 | 2 | 0 | 0 | 0 | 21 |
| INDOCUMENTADO | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| TOTAL | 146 | 11 | 22 | 37 | 64 | 58 | 38 | 15 | 6 | 397 |

Cuadro I. Distribución de los delitos de acuerdo con el grado de alcoholemia.

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBAN"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán" 

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

| GRAVEDAD DEL DELITO | LEVE | MODERADO | GRAVE | TOTAL |
|---|---|---|---|---|
| ALCOHOLEMIA POSITIVA | 113 | 124 | 14 | 251 |
| ALCOHOLEMIA NEGATIVA | 8 | 94 | 44 | 146 |
| TOTAL | 121 | 218 | 58 | 397 |

$\chi^2_{2,1} = 89$ $\chi^2_{(0.001} = 13{,}82$

Cuadro II. Cuadro de contingencia para las variables: nivel de alcoholemia y gravedad del delito.

| | NUMERO DE ACCIDENTES |
|---|---|
| ALCOHOLEMIA POSITIVA | 138 |
| ALCOHOLEMIA NEGATIVA | 138 |
| TOTAL | 276 |

$$Z_{(\text{calculado})} = 0{,}00$$

$$Z_{\text{crítico (0,001)}} = 2{,}58$$

Cuadro III. Probabilidad de accidente de acuerdo con la distribución binomial.

* * *

# LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

*Luis Martínez Brenes*
*José María Pereira Pérez*

***"La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste".***
**(Ley General de la Administración Pública, art. 158).**

## CONTENIDO:

I. Introducción . . . . . 108
II. Clasificación de las Nulidades . . . . . 109
A. Nulidad absoluta . . . . . 109
B. Nulidad Relativa o Anulidad . . . . . 111
III. Diferencias entre Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa . . . . . 111
IV. Diferencias entre Nulidades del Derecho Privado y el Derecho Público . . . . . 112
V. Jurisprudencia de la Sala de Casación y del Tribunal Superior Contencioso Administrativo sobre nulidades del acto administrativo . . . . . 113
VI. Conclusión . . . . . 115
VII. Bibliografía: . . . . . 116
Obras consultadas. . . . . 116
Obras referidas al tema no consultadas . . . . . 116

# INTRODUCCION

Tratándose del desarrollo de las nulidades en el acto administrativo, siendo este un tema bastante complejo, trataremos de dar un enfoque genérico de lo que constituye el acto nulo en Derecho Administrativo.

De acuerdo a lo expuesto sobre el tema por varios autores administrativistas de gran renombre en esa rama del Derecho moderno, se refleja claramente el pensamiento de dichos autores que a lo largo del desarrollo del trabajo que presentamos, han dado varias opiniones muy valiosas por cierto del tema mencionado.

Nuestra jurisprudencia es muy basta en ese punto central de las nulidades, por lo que hemos incluido lo que se ha resuelto tanto por la Sala de Casación como por el Tribunal Superior Contencioso Administrativo.

Consideramos, que el modo claro y conciso en que se presentan estas resoluciones judiciales hace más comprensible el tema a que nos referiremos.

# CONCEPTO. GENERALIDADES

Pocas teorías ofrecen tantas vacilaciones e incertidumbres, como la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo. Esto obedece a varias razones: la primera es el enorme desarrollo del Derecho Administrativo moderno, con la complejidad creciente de intereses, derechos institucionales y situaciones que han originado el predominio del interés público sobre el interés privado. Debemos tomar en cuenta al respecto que el punto de partida para todo sistema social, de origen liberal o de estatismo intervencionista, es la organización administrativa del Estado, que se caracteriza por el mantenimiento de los grandes intereses colectivos cuyo equilibrio justo, representa para los estados modernos democráticos un problema todavía insoluble, y la segunda razón es la influencia del Derecho Privado en la configuración de la teoría de las nulidades al formarse el Derecho Administrativo, es lógico que no disponiendo de un sistema coherente de teorías originales, se vio obligado a recurrir a la teoría de las nulidades en el Derecho Privado, la cual tenía ya varios siglos de especulación, aunque sus principios siguieran siendo controvertidos.

La nulidad de los actos administrativos en suma, ha sido estudiada como cuestión desenvuelta dentro del ámbito del Poder Judicial; pero últimamente ha debido ampliar su campo ante la proyección que adquieren los recursos administrativos dentro de la Administración, invalidando los actos de sus distintos órganos. La descentralización administrativa, instituyendo órganos inferiores con competencia para decidir y establecer actos administrativos, la valoración práctica y jurídica adquirida por el recurso jerárquico, la seguridad jurídica y el contenido de garantía que aportan las normas procesales internas, todos se suman para ampliar este campo nuevo en donde se comprueba que la administración en funciones de control debe resolver las impugnaciones de invalidez a sus actos; de todo lo expuesto se arguye de antemano, como dice Bartolomé Fiorini, que "la nulidad de los actos administrativos no pueden ser estudiados como un capítulo derivado del Código Civil" (1) ya que como veremos más adelante las nulidades del Derecho Privado y las del Público, poseen sus diferencias fundamentales.

Entrando en seguida al concepto de nulidad hay variedad de criterios, algunos bastante interesantes y que enfocan a las nulidades conceptúalmente, Patricio Aylwin (2) ha definido la nulidad de un acto administrativo como la sanción jurídica en virtud de la cual carece de valor por faltarle determinado o determinados requisitos.

Este concepto de nulidad es muy acertado ya que de manera resumida nos dice que al faltar uno

---

(1) **FIORINI, Bartolomé, Manual de Derecho Administrativo. La Ley S.A. Editora e Impresora, Buenos Aires, 1968, p. 353.**

(2) **AYLWIN, Patricio, Manual de Derecho Administrativo, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1952, p. 160.**

de los elementos o requisitos del acto administrativo como son el sujeto (competencia-investidura), el contenido, el motivo, y el fin; con la sola inexistencia de alguno de ellos el acto está viciado y deviene su nulidad, ya veremos posteriormente que puede ser nulidad absoluta o nulidad relativa, esto según sea la gravedad del vicio incurrido en el acto de la administración.

Don Eduardo Ortiz (3) ha definido en su tesis de Derecho Administrativo a la nulidad como "la ineficacia de un acto jurídico porque es inválido o disconforme en sí mismo del esquema legal que lo regula".

En el fondo la Tesis del Lic. Ortiz viene a ser prácticamente la misma que expone el profesor Aylwin, que ya comentamos anteriormente.

Introducimos en el presente algunas jurisprudencias emanadas de nuestros Tribunales, las cuales en forma alguna vienen a aclarar el concepto de nulidad del acto administrativo, y se refieren a la falta de competencia para dictar el acto administrativo, la cual desde luego está incluida dentro del sujeto: "La competencia es uno de los elementos esenciales del acto administrativo y debe derivar, necesariamente del ordenamiento jurídico, de ahí que la violación de las normas sobre competencia determina la nulidad del respectivo acto administrativo" (4); también tratándose de la competencia de manera un poco genérica nuestro Tribunal estableció que "si falta competencia al Poder Ejecutivo para dictar, ese acto administrativo es nulo" (5).

También refiriéndose al elemento motivo que dio origen al acto administrativo nuestro Tribunal ha establecido que "una de las razones que permiten la nulidad de los actos administrativos es la inexistencia de los motivos que lo provocaron" (6). Se nota en esta jurisprudencia que con la inexistencia del motivo el acto administrativo queda nulo.

De ello con claridad algunos autores (7) tachan de irregular el acto administrativo cuando falta algún elemento y la sanción de esa irregularidad no puede ser otra que la privación de los efectos del acto por medio de la nulidad.

Nuestra Ley General de Administración Pública en su artículo 158, inciso 1, dice que "la falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste".

## CLASIFICACION DE LAS NULIDADES

### A. Nulidad Absoluta:

Este tipo de nulidad es muy importante ya que según lo ha expuesto la doctrina privatista (8) los actos nulos o absolutamente nulos son los que dada la gravedad del vicio que les afecta, carecen inicial y perpetuamente de efectos: "Quod nullum est, nullum habet efectum". A veces, sin embargo, puede que de hecho se pretenda establecer un estado de cosas al amparo del acto nulo. Entonces habrá que provocar una sentencia, que de manera terminante, declare la nulidad, teniendo tal sentencia, por lo consiguiente, carácter meramente declarativo. Por ello, los efectos de la declaración de nulidad absoluta se producirán externa, es decir, desde la fecha en que el acto se realizó; de ahí que una vez declarada la nulidad, ésta extingue el acto administrativo, en suma, lo deja sin ningún efecto. Hay que tomar muy en cuenta que si el acto administrativo absolutamente nulo carece de efectos jurídicos o sea que es incapaz de desplazar sus efectos hacia los particulares o administrados; este acto no necesita, obviamente, ser anulado.

Es interesante traer a conocimiento que Garrido Falla rechaza la aplicación de la nulidad a los actos administrativos irregulares, pues sostiene que "Además de que todo acto administrativo viciado lo es porque se ha realizado en contra de la ley y entonces no habría que pensar, como lo hace

---

(3) ORTIZ, Eduardo, Derecho Administrativo, 1976, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Tesis No. 15, pág. 17.

(4) Así, Res. Trib. Sup. Cont. Adm., No. 1176 de 16:05 hrs. del 14 de noviembre de 1974.

(5) Así, Res. Trib. Sup. Cont. Adm., No. 14 de 1968, I Sem., I tomo, p. 208.

(6) Así, Res. Trib. Sup. Cont. Adm., No. 76 de 1956, II Sem., I tomo, p. 1414.

(7) FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 305.

(8) ENTRENA CUESTA, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, 3a. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1972, p. 514.

la doctrina, en diferentes sanciones pues en todo caso la única sanción sería la nulidad absoluta, ese referido precepto está pensado fundamentalmente para el ámbito jurídico privado; es justamente el límite que la ley impone a la esfera de disponibilidad jurídica privada, a la 'autonomía de la voluntad'. Es el límite del 'lícito jurídico' de los particulares. Precisamente por esto la sanción en estos casos es, con las salvedades que la doctrina señala, la nulidad absoluta, pues no de otra forma se puede sancionar en Derecho la falta de acuerdo entre ciertos actos ejecutados en interés privado y las normas que se han dictado para proteger el interés público lo cual no es el caso cuando la Administración actúa" (9).

Al respecto nuestra jurisprudencia ha dicho que "Dentro del campo del Derecho Administrativo, como lo explica la doctrina, no todos los actos irregulares del poder administrativo merecen la sanción de nulidad, pues pueden ser librados de ella aquéllos en que el derecho lesionado pueda ser indemnizado en otra forma, que no haga necesaria tal anulación" (10).

Volviendo de nuevo a tratar la nulidad absoluta en el acto puramente administrativo es menester decir que el acto nulo es el acto producido, existente, que se dio en la realidad exterior, dotado de apariencia de legitimidad, pero en realidad con un defecto tan gravemente afectante a su esencia que hace imposible la producción de efectos jurídicos; siendo retroactiva la declaración de nulidad sobre ellos operada, como un mero pronunciamiento de constatación de la ineficiencia intrínseca del acto. Pronunciamiento que, por otra parte, y dada la custodia del orden jurídico que a los órganos competentes es atribuida al efecto, puede y debe ser producido de oficio, siempre que, en el desempeño de sus funciones, tengan conocimiento del caso (11). La mayoría de los tratadistas de Derecho Administrativo, llaman acto nulo al acto absolutamente nulo, diferenciándolo del acto anulable que vendría a ser la nulidad relativa.

Anteriormente mencioné que el acto administrativo deviene nulo cuando ha sido dictado faltando alguno de los elementos principales para que tenga plena validez jurídica y así se proyecte de manera eficiente en los particulares o más propiamente en los interesados, esa falta de elemento es lo que se menciona en el párrafo anterior como defecto gravemente afectante que produce la nulidad absoluta. Como ejemplo que viene a ilustrarnos la idea; nuestros Tribunales en una de sus muchas resoluciones dictadas y refiriéndose concretamente a la competencia de la Administración ha dicho que: "El Presidente del Concejo Municipal está llamado a vigilar el orden en las sesiones, con facultad de suspenderlas y levantarlas si éste no se restableciere, pero no está facultado para desalojarlos, privándolos de esa manera del ejercicio de representación popular que ostentan, de manera que el acuerdo tomado bajo tan irregulares circunstancias se encuentra viciado de nulidad absoluta al faltar elementos esenciales para la formación del acto por falta de competencia de los regidores que continuaron y entraron a la sesión, al quedar desintegrado el órgano con la expulsión de los otros regidores" (12). La nulidad absoluta es declarada por los Tribunales de Justicia, así lo ha reiterado nuestra jurisprudencia al decir que "Los Tribunales de Justicia tienen plena competencia para conocer y juzgar situaciones relativas a la nulidad de la ampliación de un contrato de protección industrial, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, artículos 41 y 49 (13).

Hemos hecho varias veces alusión al vicio que adolece el acto Administrativo para que sea nulo, es decir que a falta de elemento esencial hay lógicamente nulidad absoluta. Esto tiene semejanza alguna con la nulidad en el proceso civil la cual para que surta efecto es necesario que en los actos jurídicos falte alguna de las condiciones importantes para su formación o para su existencia, además que cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos, en consideración a la naturaleza del acto y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene y cuando se ejecutan por personas absolutamente incapaces (14).

---

(9) GARRIDO FALLA, Fernando, **Tratado de Derecho Administrativo**, Vol. I, 4a. edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 414.

(10) Así, Res., Cas., No. 119, 1963, II Sem., II tomo, p. 992.

(11) GARCIA OVIEDO, Carlos, **Derecho Administrativo**, 9a. edición, E.I.S.A., 1968, p. 119.

(12) Res., Trib. Sup. Cont. Adm., No. 1145 de 9:20 hrs. del 18 de octubre de 1974.

(13) Cas., No. 33 del 21 de abril de 1970, I Sem.

(14) HERRERA C., Luis Guillermo, **Las Nulidades en el Proceso Civil**, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1974, p. 82.

Por último la Ley General de la Administración Pública costarricense manifiesta (15) con toda claridad que el acto absolutamente nulo no se presumirá legítimo, ni se podrá ordenar su ejecución; esto es interesante puesto que nos viene a aclarar más que en el acto administrativo la nulidad, lo hace ilegítimo y por lo tanto inaplicable. Y que además que dicho acto no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación, esto quiere decir que el acto no puede volver a la vida administrativa una vez calificado como tal.

**B. Nulidad Relativa o Anulidad:**

En tratándose de los actos administrativos relativamente nulos, es necesario mencionar que ésta tiene existencia y eficacia jurídicas en tanto no se le ataque o impugne su validez en razón del vicio originario y aún puede este vicio ser purgado por quien tenga derecho a prevalerse de él, o por la ley. Por eso se dice que en tal caso la nulidad es relativa, ya que ella puede ser invocada relativamente, es decir por aquél a quién la ley atribuye tal derecho, cabe hacer mención al respecto de lo que dispone nuestra Ley General de Administración Pública en referencia a la nulidad relativa en cuanto dice que el acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional, y al mismo y a su ejecución deberá obediencia todo administrado (16). También esta misma ley ha dispuesto en su articulado que la anulación del acto relativamente nulo producirá efecto sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario o a terceros, o al interés público.

El acto administrativo anulable o con nulidad relativa es inicialmente válido; en cuanto tal, tiene que ser observado por la generalidad, no solo por los destinatarios sino también por las autoridades que conocen el defecto. Se le ha considerado de grado inferior (17) de la nulidad al acto anulable ya que un elemento aparece viciado, pero con vicio no fundamental.

El acto, pues, tiene vida, produce, en principio, efecto jurídico, pero sólo hasta que por la autoridad competente, como ya lo mencioné, y a instancia de quien se halle legitimado para ello, se decreta su anulación.

En relación a lo expuesto antes es importante referirnos a lo que ha establecido nuestra jurisprudencia de la Sala de Casación (18), en cuanto a un conflicto presentado entre la Contraloría General de la República, y el Banco Nacional de Costa Rica, la cual rebajó el presupuesto del Banco mencionado habiendo omitido el trámite de conciliación, y por éste hecho, dijo Casación, solo sería posible admitir una nulidad relativa; pudiendo alegarlo únicamente la persona o personas en cuyo favor lo haya establecido la ley, sea en este caso la propia institución bancaria y no sus empleados aunque estos resultaran afectados en sus salarios.

De todo lo expuesto en relación a la nulidad relativa se nota con claridad que el vicio que la produce es de menor intensidad que el que produce la nulidad absoluta, por lo cual el acto anulable puede ser saneado y por lo tanto continuar en la vida administrativa.

## DIFERENCIAS ENTRE NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

Conforme a lo expuesto antes podemos hacer más explícitas las diferencias que hay entre ambos tipos de nulidad (19).

A) Los vicios de la nulidad absoluta son de más gravedad que los existentes en la nulidad relativa.

---

(15) **Ley General de la Administración Pública, arts. 168 y 172.**

(16) **Ley General de la Administración Pública, art. 176.**

(17) **FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 316.**

(18) **Sala de Cas., No. 5, 1959, I Sem., I tomo, p. 48.**

(19) **La mayoría de las diferencias provienen de la doctrina, siguiendo sin embargo la normatividad de la Ley General de la Administración Pública, arts. 165 a 179.**

B) El criterio de gravedad deriva de la ausencia total de uno o varios elementos del acto constitutivo, o de un grado de imperfección tal del acto que impida la realización del fin; esto para el caso de la nulidad absoluta, y de la imperfección de uno o varios de los elementos constitutivos del acto para el caso de la nulidad relativa.

C) El acto administrativo anulable produce efectos en cuanto no sea anulado, el acto absolutamente nulo no produce ningún efecto, tal y como lo vimos en su desarrollo.

D) En cuanto a la nulidad absoluta los efectos de la declaración de nulidad se producirán "ex-tunc", queriéndose decir con ésto, desde la fecha en que el acto se realizó. Y en la nulidad relativa la anulación produce efectos "ex-nunc", es decir, desde la fecha en que se efectúa.

E) La nulidad absoluta al derivar, de normas que, por dictarse en interés de la comunidad son por lo consiguiente de orden público, pudiendo ser alegada por cualquier persona; y en la relativa, la nulidad solo puede ser invocada por quienes tengan interés en ello.

F) El acto nulo o con nulidad absoluta no puede convalidarse en particular por el transcurso del tiempo: "Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest". En consecuencia la nulidad podrá ser invocada en cualquier momento. En cambio en la nulidad relativa, el acto administrativo podrá ser convalidado por el transcurso del tiempo.

G) En el caso de la nulidad absoluta la Administración está obligada de oficio a declararla. Tratándose de los actos relativamente nulos, la anulación de oficio será discrecional, justificado por motivos de oportunidad, específicos y actuales.

## DIFERENCIAS ENTRE NULIDADES DE DERECHO PRIVADO Y NULIDADES DE DERECHO PUBLICO

En el Derecho Privado, en cuanto a la nulidad del acto jurídico ésta puede ser de dos formas: absoluta y relativa, según sean los vicios que lo afecten. Tratándose de la nulidad absoluta, en esta rama del Derecho, una vez declarada, opera retroactivamente; por lo consiguiente el acto se reputa nulo y sin valor alguno en todo momento y todos los actos ejecutados en el lapso del tiempo transcurrido desde que se efectuó el hecho y fue declarado nulo, carecen de todo valor.

Diferente en el caso del acto nulo, de nulidad relativa, el cual tiene eficacia jurídica mientras no se impugne su validez; el acto existe y genera efectos jurídicos y la sentencia solo lo declara nulo desde ese momento; además, el acto puede ser revalidado posteriormente.

En el Derecho Público, podemos notar claramente que por ejemplo el órgano emisor del acto tiene facultad para ejecutarlo, pero viola las leyes o reglamentos que establecen sus trámites procesales, o sea, las formas sustanciales, el acto existe, pero es nulo absolutamente.

Si como en el acto anterior el órgano emisor tiene facultad para ejecutarlo, pero el consentimiento se encuentra viciado o faltan las formas integrales; el acto será anulable, pudiendo, como lo expusimos en otro punto, sanearse esos vicios sea por la ratificación posterior al mismo órgano o por el cumplimiento de los trámites o formalidades integrantes del acto (20).

Hay que señalar además que en el Derecho Privado las nulidades están expresamente establecidas por la ley, que señala de modo taxativo los casos en que un acto es nulo, la forma de ejercitar la nulidad, los efectos que produce su declaración. En el Derecho Privado, la ley se dice que apenas da, de manera ocasional, algunas reglas o principios (21). La teoría de las nulidades en los actos administrativos es, así, creación de la doctrina y de la jurisprudencia administrativas y como tal, ella es más bien casuística que general; más bien flexible que rígida. Es lo que ocurre por ejemplo en Francia. Al concebir una teoría de las nulidades del acto administrativo, es preciso considerar diversos intereses

---

(20) VARGAS, Guillermo, Derecho Administrativo, 2a. edición, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1948, p. 284.
(21) La Ley General de la Administración expone los principios. Arts. 158 a 179.

en juego; por una parte existe el interés de que se cumplan los requisitos que las leyes establecen para los actos, que son garantías en favor de los particulares y por la otra parte, existe el interés de que las situaciones producidas que afectan a muchos no sufran constantes variaciones; hay también del perjudicado por el acto, que lógicamente deseará su anulación. La nulidad una vez declarada, extingue el acto administrativo, lo deja sin efecto. En principio, esta extinción opera, lo mismo en Derecho Privado, retroactivamente (22) afecta no solo al acto anulado, sino también a todos los que han sido su consecuencia inmediata y directa.

También en las nulidades de Derecho Privado, se ha establecido un régimen de nulidades que le es propio, ya que se presupuesta en el contenido de las relaciones privadas, por lo general de sustancia económica. El régimen de nulidades de los actos del Derecho Privado se sustenta en la teoría general de la invalidez de los actos, y su régimen de nulidades se ajusta al campo de los intereses que ampara (23). El régimen de sanciones de nulidades establecidas para el Derecho Privado utiliza algunos principios de necesidad que corresponden a toda la teoría general de la invalidez de los actos jurídicos; siendo, de antemano, ésta la razón por la que muchos, omitiendo la existencia de estos principios generales comunes, enjuician las nulidades de los actos administrativos sin considerar que muchas afirmaciones corresponden a la llamada teoría general de las nulidades.

Otras diferencias son en cuanto a la competencia que está limitada positivamente en el Derecho Público, en cambio en el Derecho Privado la capacidad que es un concepto equivalente, está delimitada negativamente. Es decir que la validez del acto en punto a la aptitud legal del agente del cual emana se rige de manera distinta. En el Derecho Privado la capacidad del sujeto faculta a éste para hacer todo lo que no le está prohibido, en el Derecho Público la competencia de la entidad, que vendría a ser la persona administrativa, sólo faculta a ésta para hacer lo que le está permitido ya que de acuerdo a normas precisas, en cuyo caso serían la facultad reglada, ya atendiendo al fin en vista del cual debe la entidad obrar, límite de la facultad discrecional.

Tratándose a la forma a diferencia del Derecho Privado, en el cual los requisitos de forma, no obstante las numerosas disposiciones del Código Civil vigente sea de forma "ad solenrnitatem", sea "ad substantiam", son la excepción; en el Derecho Público la observancia de formas determinadas constituye la regla, por lo que la invalidez por motivo de inobservancia formal es también diferente (24).

## JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACION Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SOBRE NULIDADES

Como ilustración al trabajo presente, agregamos algunas jurisprudencias sobre nulidades emanadas tanto de la Sala de Casación como del Tribunal Superior Contencioso Administrativo:

Actos y disposiciones administrativas — Acto administrativo.

Las normas que el Derecho Civil y especialmente nuestro Código Civil establecen para la invalidez de los actos jurídicos no pueden aplicarse en un sentido estricto a los actos administrativos.

1956, Cas. 76, II semestre, I tomo, p. 1414.

Actos y disposiciones administrativas — Acto administrativo.

Tratándose de demanda para el cobro de daños y perjuicios derivados de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, no es pertinen-

(22) AYLWIN, Patricio, op. cit., p. 163.

(23) FIORINI, Bartolomé A., op. cit., p. 359.

(24) BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, 2a. edición, Librería Nacional, Buenos Aires, 1929, p. 112.

te el texto legal que se refiere a los daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones, sino el que se refiere a la culpa extracontractual.

C.C., arts. 704 y 1045.

1956, Cas. 76, II semestre, I tomo, p. 1414.

Actos y disposiciones administrativas — Acto administrativo.

No existe violación de la norma civil que señala los motivos de nulidad de los actos jurídicos, si se declara la nulidad absoluta de un acto administrativo, por razones de inexistencia de los motivos que lo originaron, lo cual había sido reconocido por el órgano administrador.

C.C., art. 835.

1956, Cas. 76, II semestre, I tomo, p. 1414.

Acto administrativo — Nulidad de pleno derecho.

La interpretación y aplicación arbitraria de las leyes por parte de los órganos públicos, también puede constituir un vicio de nulidad de pleno derecho según las circunstancias; pero es obvio que no cabe hacer tal reproche a la institución demandada por haber entendido que la ley le concede las atribuciones que invocó en respaldo del acto impugnado, pues lo más que podría admitirse es que existió error de su parte, no así interpretación arbitraria o antojadiza.

L.R.C.A., art. 21-2.

1974, Cas. 199, 9:45 hrs., del 24 de diciembre. Cont. Adm. de A.T.S.A. c. S.N.E.

Acto administrativo — Nulidad de pleno derecho.

Al establecer la ley que se admitirá la impugnación cuando el acto fuere nulo de "Pleno Derecho", aunque el proceso se hubiere iniciado tardíamente o se tratase de las otras situaciones indicadas, esa expresión de pleno derecho hace referencia a un vicio de nulidad ostensible, evidente como ocurre en **algunos** casos de incompetencia manifiesta del órgano, o de ilegalidad "grosera", para usar una expresión que se acostumbra en el Derecho Administrativo sustancial.

Ley Reguladora de lo Contencioso Administrativo, art. 21-2.

1974, Sala de Cas., No. 199 de 9:45 hrs. del 24 de diciembre. Cont. Adm. de C.A.T.S.A. c. S.N.E.

Remate — Nulidad.

Si después de verificado un remate se promoviere incidente para anularlo, no se le dará curso y el remate se tendrá firme y valedero en el caso de que un tercero fuere el comprador.

1974, Trib. Sup. Cont. Adm., No. 893 de 16:30 hrs. del 19 de abril. Ejecutivo de C.C.S.S. c. B.S.A.

Remate — Nulidad.

Debe revocarse la resolución que decreta la nulidad de actuaciones y de resoluciones en un juicio ejecutivo si el rematario resulta ser un tercero respecto de las partes en litigio, si no se remató cosa ajena ni distinta de la embargada y tampoco resulta que se haya hecho a distinta hora de la señalada, la ausencia de la inscripción provisional de embargo practicado no resulta ser, de tanta gravedad como que justifique la nulidad decretada, pues no consta en autos que alguien la haya pedido o alegado, que el inmueble embargado haya salido del dominio de la deudora ni que existen terceros adquirientes que hubieren comprado al amparo de la seguridad registral, ni que existen acreedores reales o simplemente personales cuyo crédito naciera con anterioridad al embargo.

1974, Trib. Sup. Cont. Adm., No. 893 de 16:30 hrs.

Nulidad de remate — Denegatoria.

Si el edicto de remate se encuentra correctamente confeccionado y no existe error alguno en la hora, fecha y lugar señalados para celebrar la almoneda, así como tampoco en el nombre de las partes, ni en la identificación del bien a subastar, ni en el nombre del Tribunal a quo, el hecho de que en la publicación se anotaran los nombres del Actuario y del Secretario de otro juzgado de la materia no constituye, por sí solo, un yerro de tal envergadura como que amerite invalidar la diligencia del remate en que un tercero, ajeno al juicio, figura como postor adjudicatario.

1974, Trib. Sup. Cont. Adm., No. 1104 de 14:30 hrs. del 24 de setiembre. Hipotecario prendario de B.N. de C.R. c. S.O.M.R.

Leyes — Inconstitucionalidad.
Actos y disposiciones administrativas.

No basta que una norma constitucional diga que las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, para que los Tribunales de Justicia procedan a declarar esa nulidad no sólo no existe en el Código Político disposición expresa que les confíe la declaratoria de tal nulidad, sino que una norma procesal lo prohíbe.

Const. Pol., art. 17; C.P.C., art. 970.

1947, Marshall Jiménez vs. Estado, Cas. 10:45 hrs. del 7 de junio, I semestre, tomo único, p. 415.

Nulidad de pleno derecho — Concepto.

La nulidad de pleno derecho es una sanción que se establece para cuando se ha violado el ordenamiento jurídico en una forma ostensible y no tiene el acto nulo de pleno derecho más que una apariencia de acto jurídico; es una tentativa que debe quedar sin resultado, y que puede ser declarada de oficio por la propia administración; estos actos no son susceptibles de convalidación, ni se pueden subsanar por el transcurso del tiempo, pueden ser privados de sus efectos en cualquier momento y en relación con ellos no existe plazo de prescripción y por tales entiende la doctrina aquellos actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes, también los dictados, omitiendo total y absolutamente el procedimiento establecido y aquéllos que tengan un contenido imposible o que constituyan delito.

1974, Trib. Sup. Cont. Adm., No. 1001 de 9:20 hrs. del 12 de julio. Contencioso administrativo de A.E.V.S.A. c. S.N.E. y No. 1002 de 9:30 hrs. de 12 de julio de 1974.

Licitaciones — Adjudicación — Nulidad del acto.

Debe anularse por ilegal el acto de adjudicación de licitación, si existiendo discrepancia en la calidad de las ofertas, no se consultó al organismo indicado por la ley, como era lo correcto sino a otros funcionarios, y si además el Departamento Técnico encargado de las consultas, respondió que el papel ofrecido por la apelante era equiparable al de la adjudicatoria, ya que en estas condiciones debió acogerse la de precio inferior y la de fabricación nacional.

Ley de Protección de Desarrollo Industrial, art. 6.

1975, Trib. Sup. Cont. Adm., No. 1670, de 10:20 hrs. del 16 de diciembre. Impugnación de licitación pública de C.N.P.S.A. contra el Estado y otro.

Acuerdos municipales — Elección de directorio — Nulidad.

Si el acuerdo por medio del cual se eligió el Directorio Municipal, fue tomado sólo con la participación de los regidores propietarios, excluyéndose los suplentes que se encontraban presentes, se contravino lo expresado claramente en el Código de la materia, y en consecuencia tal acto es nulo por carecer de un requisito esencial para su formación por lo que procede revocarlo y que el Concejo Municipal nombre nuevamente a su directorio.

1976, Trib. Sup. Cont. Adm., No. 1866 de 15:15 hrs. del 4 de junio. Apelación de J.L.J.S. y otros contra M. de O.

Actos administrativos.

No podría alegarse que puede ser solicitada la nulidad de una resolución de la Contraloría General de la República por incumplimiento de la obligación de procurar un acuerdo por parte de empleados de la institución, apoyándose en las disposiciones civiles que dan el derecho a pedir la nulidad de un acto por todo aquel que tenga interés en él, porque no resulta legítimo generalizar la aplicación de las normas de Derecho Privado para resolver conflictos en el campo del Derecho Público, atendidas la naturaleza de los intereses que uno y otro protegen y la finalidad y trascendencia de las instituciones que los amparan.

Pacheco Oreamuno y otro vs. Banco Nacional de Costa Rica, Cas. 5, 1959, I semestre, I tomo, p. 48.

Acto administrativo — Vicios.

Los defectos de forma o de procedimiento que afecten los actos administrativos carecen en sí mismos de virtud anulatoria, anulabilidad, salvo en aquellos casos en que el vicio sea de tal magnitud que afecte los requisitos indispensables para que el acto administrativo cumpla su fin, produzca indefensión al administrado, o se dicte fuera de los plazos que estipule la ley en cuanto éstos tengan carácter esencial.

1977. Trib. Sup. Cont. Adm., No. 2574 de 10:00 hrs. del 22 de diciembre.

## CONCLUSION

En referencia al trabajo realizado, tratamos hasta donde nuestras posibilidades lo permitieron de consultar el mayor número de obras referentes al tema de las nulidades en el acto administrativo.

Nuestro empeño ha sido profundizar cada uno de los temas tratados dentro de la elaboración y estudio del trabajo.

De acuerdo a nuestros modestos conocimientos adquiridos y la valiosísima ayuda bibliográfica, creemos haber dado una visión clara y concisa sobre el concepto, clasificación y diferencias entre nulidad absoluta y nulidad relativa; proyectándonos también a las variables existentes entre la nulidad en el Derecho Privado y el Público.

# JURISPRUDENCIA CONSULTADA

### TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1968, No. 14, I Sem., I tomo, p. 208.
1974, No. 893, 16:30 hrs. del 19 de abril.
1974, No. 1001, 9:20 hrs. del 12 de julio.
1974, No. 1104, 14:30 hrs. del 24 de setiembre.
1974, No. 1145, 9:20 hrs. del 18 de octubre.
1974, No. 1176, 16:05 hrs. del 14 de noviembre.
1975, No. 1670, 10:20 hrs. del 16 de diciembre.
1976, No. 1866, 15:15 hrs. del 4 de junio.
1977, No. 2574, 10:00 hrs. del 22 de diciembre.

### SALA DE CASACION

1947, 10:45 hrs. del 7 de junio, I Sem., tomo único, p. 415.
1956, No. 76, II Sem., I tomo, p. 1414.
1959, No. 5, I Sem., I tomo, p. 48.
1963, No. 119, II Sem., II tomo, p. 992.
1970, No. 33 del 21 de abril, I Sem.
1974, No. 199, 9:45 hrs.

# BIBLIOGRAFIA

### OBRAS CONSULTADAS

AYLWIN, Patricio, **Manual de Derecho Administrativo,** Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1952, pp. 160, 163.

BIELSA, Rafael, **Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración,** Buenos Aires, Librería Nacional, 2a. edición, 1929, p. 112.

ENTRENA CUESTA, Rafael, **Curso de Derecho Administrativo,** Madrid, Editorial Tecnos, 3a. edición, 1972, p. 514.

FIORINI, Bartolomé, **Manual de Derecho Administrativo,** Buenos Aires, La Ley S.A. Editora e Impresora, 1968, pp. 353 y 359.

FORSTHOFF, Ernst, **Tratado de Derecho Administrativo,** Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 316.

FRAGA, Gabino, **Derecho Administrativo,** México, Editorial Porrúa, 1977, p. 305.

GARCIA OVIEDO, Carlos, **Derecho Administrativo,** EISA, 9a. edición, 1968, p. 119.

GARRIDO FALLA, Fernando, **Tratado de Derecho Administrativo,** Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, p. 414.

HERRERA C., Luis Guillermo, **Las Nulidades en el Proceso Civil,** Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1974, p. 82.

ORTIZ, Eduardo, **Derecho Administrativo,** Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1976, Tesis XV, p.17.

VARGAS, Guillermo, **Derecho Administrativo,** Santiago, Chile, Editorial Nacimiento, 2a. edición, 1948, p. 284.

### OBRAS REFERIDAS AL TEMA NO CONSULTADAS

DROMI, José, **Acto Administrativo: Ejecución, Suspensión y Recurso,** Argentina, 1973.

DANIELIAN, Miguel, **Recursos Judiciales contra Decisiones Administrativas,** Argentina, 1964.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, **Comentario al Proyecto de la Ley General de la Administración Pública,** Revista No. 10, Costa Rica, 1970.

COUTURE, Eduardo J., **Fundamentos del Derecho Procesal Civil,** Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1974.

OFIPLAN, **Importancia de los objetivos y de las Funciones en la Administración Pública,** San José, Costa Rica, 1978.

# LA CONTRATACION AGRARIA. LINEAMIENTOS GENERALES*

*Dr. Víctor Pérez Vargas.*

**CONTENIDO:**

I. Introducción . . . . . 118
II. Premisas histórico ideológicas . . . . . 118
III. Premisas teóricas. . . . . 118
IV. Los contratos agrarios en Costa Rica. . . . . 119
V. Concepto de contrato agrario . . . . . 120
VI. Clasificación de los contratos agrarios . . . . . 121
VII. Conclusión. . . . . 121
VIII. Bibliografía . . . . . 122

* *Relación presentada al Congreso* **"20 años de legislación y política agraria en Costa Rica (perspectivas)"**, *con ocasión de la celebración del centenario del Colegio de Abogados de Costa Rica. San José, agosto de 1981.*

## I. INTRODUCCION.

La materia de la contratación agraria puede ser afrontada desde muy diversas perspectivas científicas. Es campo que interesa al político por el estrecho vínculo entre relaciones jurídico-privadas, producción y orden político. Desde la perspectiva sociológica la riqueza cuantitativa y cualitativa del fenómeno de la autonomía privada en el ámbito agrario ofrece interesantes posibilidades de análisis. El ángulo económico es de gran utilidad, al mostrar la interrelación entre contratación y distribución de la riqueza.

Nos toca, sin embargo, en esta ocasión, referirnos al tema jurídicamente; para ello procederemos brevemente a una integración metodológica, ya que un planteamiento introductorio al ciclo de esta noche ha de delinear tanto la ubicación histórico-ideológica de la institución en examen como muchos otros aspectos, entre ellos, la delimitación de los principios generales tanto teóricos como axiológicos; que rigen la contratación entre particulares, igualmente convendrá tomar en consideración los datos positivos y el punto de vista del Derecho Comparado que además de ofrecer la posibilidad de soluciones revela las diferencias en el grado de desarrollo de diversos ordenamientos.

Una vez obtenida esta infraestructura jurídica es posible pasar a la identificación de los factores caracterizantes del contrato agrario, o mejor, parafraseando a Pugliatti, de los contratos agrarios. Finalmente se intentará dar un cuadro de algunas clasificaciones propuestas; en este punto conviene recordar que la utilidad de una clasificación en Derecho se encuentra solamente cuando a los elementos de cada conjunto corresponden principios reguladores comunes o análogos; de otro modo no sería sino un simple juego mental.

## II. PREMISAS HISTORICO-IDEOLOGICAS.

Desde una perspectiva más amplia que la específica del contrato agrario se observa, en la evolución de los Ordenamientos de nuestro sistema y en la ciencia jurídica, el paso del liberalismo romántico de la primera mitad del siglo XIX, a un fenómeno cultural genéricamente denominable "Realismo" que se revela en las más diversas manifestaciones del quehacer humano; en literatura basta pensar en la diferencia entre un Espronceda y un Zolá (el primero con su célebre afirmación "es mi Dios la libertad, mi ley la fuerza y el viento, mi única patria la mar"; el segundo, en cambio, enfocando aspectos de la problemática social); en pintura podrían ejemplificar esta transformación Delacroix y Daumier (el primero con sus odaliscas orientales en lujosos palacios y el segundo con escenas como el vagón de tercera clase); el movimiento romántico influyó todos los ámbitos de la cultura, piénsese por ejemplo en Goethe (en su primer período), Byron, Beethoven. La ciencia jurídica tuvo también su afirmación romántica en el liberalismo civilista y en la escuela histórica; en general en las tendencias real-subjetivas que ponían el eje de lo jurídico en la voluntad y entendían la libertad a la manera del mundo de los peces que en lo socio-económico implica necesariamente dejar que el pez grande devore al más pequeño.

La segunda mitad del siglo XIX marca otra dirección: en lo jurídico este realismo se manifiesta en el paso del voluntarismo, principalmente afirmado por Windscheid, a la tesis de que lo jurídico sólo podía entenderse y regularse adecuadamente con vista de los intereses reales de los seres humanos concretos, en las diversas esferas en que revelan necesidades, tales como la física, la afectiva, la cognoscitiva y la espiritual.

En materia contractual observamos la manifestación del fenómeno cultural descrito en el paso de la idea de que "el carácter de ley entre las partes" del contrato procedía exclusivamente de la voluntad de los contratantes, a la idea hoy dominante de que aún la voluntad privada está condicionada por el orden público, con lo que se legitima sustancialmente, la posibilidad de regulaciones, inderogables por la autonomía privada, en los contratos. La legitimidad de la intervención estatal en la contratación privada es solamente discutida hoy por quien tiene muy claramente definidos sus intereses clasistas en sentido opuesto, o por quien se aferra al liberalismo romántico a que nos referimos antes.

## III. PREMISAS TEORICAS.

Para efectos de introducir el tema se me ha pedido hacer referencia a los principios generales de la contratación privada.

Una primera aclaración se refiere a la dificultad de distinguir este carácter y de diferenciarlo de las regulaciones de Derecho Público. Legaz, en una de sus obras analiza nada menos que 104 distinciones, todas ellas objetables en cuanto se presenten como definitivas y absolutas.

Otra aclaración importante es la necesidad de distinguir el Derecho Público del Derecho de Orden Público; el primero implica entes públicos, regímenes de legalidad, intereses generales, situaciones jurídicas públicas e intervención administrativa; por Derecho de Orden Público se entiende, en cambio, el precepto imperativo el llamado "ius cogens", que no es eliminable mediante la voluntad privada (los ejemplos abundan en la Ley de Inquilinato, en el Código de Trabajo y en el Derecho de Familia). Es en este ámbito que se sitúa la materia de la contratación agraria: Derecho Privado de Orden Público, según veremos con las posteriores ejemplificaciones.

Todo contrato agrario participa de los caracteres generales de los contratos privados, con las salvedades expuestas. Los contratos a su vez pueden ubicarse dentro de una categoría de mayor amplitud, la categoría de los negocios jurídicos.

Esta ampliación de perspectiva puede tener una significación práctica ya que hay posibilidad de pensar en la regulación de negocios agrarios (según los criterios que se expondrán luego) que no son contratos, por no perfeccionarse mediante un acuerdo de voluntades, sino por manifestación unilateral; piénsese por ejemplo en la posibilidad de una regulación de la materia testamentaria cuando se trata de disponer *mortis causa* de la empresa o de la llamada mínima unidad cultural. Se trataría de negocios jurídicos agrarios que no son contratos. Igualmente podría pensarse en donaciones agrarias y otros negocios unilaterales (como la remisión).

En todo negocio jurídico las partes realizan una programación de sus intereses y, al expresar su voluntad en este sentido, el Ordenamiento atribuye consecuencias jurídicas, dentro de los límites por él mismo fijados, siempre que lo querido por las partes no sea contrario a los valores generales del Ordenamiento.

De lo dicho se desprende que en todo negocio se presentan tres elementos esenciales: un interés o voluntad (elemento interno), una manifestación (elemento externo) y una "causa justa", como la denomina la mayor parte de los Códigos Civiles (que es un elemento funcional). Es precisamente este elemento, el que debe tomarse más en cuenta a la hora de hablar de los contratos agrarios, ya que, uno de sus límites se encuentra precisamente en la función específica que desempeñan.

En cuanto a la voluntad o interés (elemento interno) se aplican a los contratos agrarios las disposiciones generales relativas a nulidad por falta de voluntad, o de anulabilidad en los casos en que la voluntad se forma viciada por error, dolo o violencia moral, por ejemplo. Principios todos ellos dirigidos a proteger la libertad contractual dentro de los límites referidos.

Además de estos límites a la voluntad tenemos los externos que derivan de la intervención concreta de los entes públicos, tales como las regulaciones de precios en las compraventas de cosas agrarias.

El segundo elemento, la manifestación o exteriorización del querer negocial, presenta diversas alternativas, oral, escrita, libre, vinculada (tanto para efectos probatorios, como para efectos de validez). Es interesante recordar que en esta materia, en Italia, se ha establecido, por ejemplo, la prescripción de la forma escrita para los contratos de arrendamiento agrario y para los contratos agrarios asociativos, si bien hay jurisprudencia que limita esto a los fines probatorios (forma "ad probationem").

Todo negocio jurídico debe tener además lo que se denomina "causa justa". La importancia de este elemento en cuanto al tema que nos ocupa se encuentra en que una regulación adecuada de la contratación agraria debe prever muy cuidadosamente la función asignada a cada uno de los tipos regulados. Con ello se evitaría que mediante procedimientos simulatorios se desvíe la razón política que haya de inspirar la normativa. La causa justa puede definirse como la conformidad entre los intereses programados en el negocio y los valores que el Derecho pretende realizar. Cuando se da tal conformidad el negocio puede desplegar su función, la cual se resume en el conjunto de sus efectos jurídicos.

Además de los elementos esenciales expuestos (voluntad, manifestación y causa justa), las partes pueden agregar modalidades específicas respecto al momento de la eficacia, como prever determinados momentos futuros a partir de los cuales nacerán o se extinguirán los efectos.

## IV. LOS CONTRATOS AGRARIOS EN COSTA RICA.

Un breve vistazo de los tipos legales y consuetudinarios vigentes en Costa Rica nos revela un casi total abandono político de la contratación agraria, un dejarla liberada al mundo de los peces al que nos referíamos antes. Parece aconsejable una revisión de la materia, tomando en cuenta las necesida-

des reales de quienes participan en estas relaciones.

No vamos a analizar aquí los caracteres específicos de cada una de las manifestaciones de la contratación agraria. Queremos simplemente dejar en evidencia algunas lagunas positivas.

En materia de arrendamientos agrarios encontramos que las reglas normalmente aplicables son las del Código Civil del siglo pasado. No existen disposiciones dirigidas a la protección del arrendatario-productor y las reglas que hay se fundamentan en la idea del valor preeminente de la propiedad sobre el trabajo, valoración que riñe con los principios de justicia social afirmados por las diversas encíclicas y con los principios positivos que se han desarrollado en muchos ordenamientos de avanzada.

De los arrendamientos forzosos de tierras regulados por la Ley de Esquilmos de 1944 baste decir que casi no tienen aplicación. Es interesante recordar que esta ley contiene interesantes disposiciones sobre la llamada renta del arrendamiento para la que se fijan máximos con relación al valor total de la cosecha.

Parece necesario que se regule la materia del arrendamiento agrario con reglas especiales en materia de plazo y su prórroga (la llamada tácita reconducción), precios, pago de mejoras y derecho de prioridad del arrendatario para la adquisición del bien, máxime si se toma en cuenta que según estudios confiables en Costa Rica los contratos de arrendamiento representan dos tercios de las formas de tenencia indirecta.

En cuanto a la aparcería que (junto con el esquilmo y el gratuito) representa el otro tercio de las formas de tenencia indirecta, sigue viva la discusión sobre si se debe ubicar como sociedad o como modalidad de arrendamiento, lo que muestra, una vez más, la necesidad de una regulación adecuada.

Tampoco hay regulación adecuada para el esquilmo y para el gratuito; es interesante anotar que este último en algunas partes ha facilitado el desarrollo cultural del latifundio; se trata de un contrato sin regulación al que no pueden ser aplicadas las reglas del comodato, ya que además del uso se otorga el disfrute.

En cuanto a los contratos de crédito agrícola, nos limitamos a recordar la necesidad de una política crediticia adecuada a las necesidades productivas, en la que se eviten las desviaciones del crédito hacia el consumo (si bien a veces es imposible hacer esta distinción) y que logre un balance entre la seguridad de la institución crediticia y el fomento a la producción agraria.

En materia de seguros agrícolas hay mucho trecho por andar especialmente en materia de seguros de cosechas, de gran importancia ya que contribuyen a la estabilidad económica del empresario agrícola con lo que producen efectos favorables sobre la economía nacional.

No hemos pretendido agotar las relaciones contractuales agrarias con este examen. Muchas otras podrían analizarse, como los contratos entre productores y beneficiadores de café, entre beneficiadores y exportadores, entre beneficiadores y torrefactores, los contratos entre productores de banano y exportadores, por cierto en general altamente gravosos (estandarizados) para el productor en aspectos como jurisdicción, rigidez de plazos y precios, obligaciones adicionales a cargo del productor, etc. Las relaciones que surgen de la producción de arroz, azúcar, cacao, tabaco y algodón son ricas en posibilidades de análisis y de tratamiento normativo adecuado. Hemos querido simplemente dejar un panorama del estado de la contratación agraria en Costa Rica y la inquietud de la necesidad de que la materia sea regulada en forma conveniente a la problemática que evidencia.

## V. CONCEPTO DE CONTRATO AGRARIO.

Es notoria la ausencia de literatura específica sobre la materia en nuestro medio. Si bien es cierto que a los contratos agrarios son aplicables los principios generales expuestos para todos los negocios jurídicos, es importante determinar las notas características particulares de lo que entendemos por contratos agrarios.

Como primera aproximación podemos afirmar con VIVANCO que se trata de un tipo especial de relaciones agrarias, las llamadas "convencionales". A la par de estas encontramos relaciones dominicales, sucesorales, policiales, procesales y de servicios. Esta primera aproximación nos revela el papel que puede seguir jugando la libertad contractual en materia agraria.

La más moderna doctrina ha resumido los elementos especificadores del contrato agrario en dos: a) empresa agraria y b) actividad de producción. Cuando concurren estos dos requisitos frente a un fenómeno en el que, siguiendo a CARROZZA se incide sobre un ciclo biológico productivo actual o potencialmente, el acuerdo de voluntades debe reputarse contrato agrario. Acogemos a este respecto la definición de los profesores Oscar Salas

y Rodrigo Barahona en el sentido de que "es aquel contrato por el cual el empresario agrario adquiere la disponibilidad de los factores de producción", con lo cual se engloban dentro del concepto los contratos de arrendamiento de fincas rústicas, de aparcería, de mejoras, comodato de tierras, compraventa de cosas agrarias, contrato de trabajo agrícola, crédito agrícola y otros.

La definición propuesta utiliza dos criterios principales para la determinación de la agrariedad del contrato: uno de orden subjetivo, la empresa agraria, otro de orden dinámico, la conducta o actividad productiva agraria.

Este criterio supera el que tenía la misma legislación italiana antes de 1942, donde se sostenía que los contratos agrarios eran "los que tenían por objeto fundos rústicos o de otros bienes conexos con la agricultura". Se usaba entonces como criterio, no ya el sujeto o el comportamiento, sino el objeto. El nuevo Código sí establece la noción de empresario relacionada con la actividad de producción. Se observan en ella limitaciones a la autonomía privada, con normas de orden público, en el sentido antes expuesto, determinación legal de tipos contractuales con efectos claramente asignados y una marcada preponderancia del interés "de la empresa" sobre el "interés relacionado con el derecho de propiedad".

Además de la tipicidad legal de los contratos agrarios puede pensarse en su tipicidad social, que resulta de aspectos consuetudinarios. Sin embargo, dadas las modalidades particulares de cada contrato en cada región la ausencia de regulación formal plantea serios problemas interpretativos y probatorios.

Una definición legislativa de determinados contratos agrarios llevará a una diferenciación respecto a los tipos civiles tradicionales que revelan muchas deficiencias debido al substrato ideológico antes examinado de nuestros Códigos Civiles. De este modo resultará clara la diferencia entre la sociedad civil y el contrato agrario asociativo, tomando en cuenta que en el primero no se disciplina la estructura de la empresa, sino sólo la de la sociedad, mientras que el segundo se concibe como un instrumento de organización de factores de producción (no sólo de capitales), siendo tal actividad producto presupuesto del contrato. Igualmente se podrá distinguir el arrendamiento civil, entendido como intercambio de utilidades entre sujetos con intereses contrapuestos, del arrendamiento de fundos agrarios, tanto en cuanto al requisito del carácter productivo del bien, como con relación a otros aspectos como poderes de vigilancia del arrendante sobre la empresa.

## VI. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS AGRARIOS.

También en materia de clasificación de contratos agrarios es bastante escasa la literatura en nuestro medio.

En este campo cobran plena validez las clasificaciones tradicionales aplicables a todos los contratos (principales y accesorios, de ejecución continuada o periódica, a plazo o con duración indeterminada, conmutativos y asociativos, típicos y atípicos, unilaterales en su ejecución o con prestaciones recíprocas, con forma libre o con forma vinculada, bilaterales o plurilaterales, etc.).

La inclusión de un determinado contrato dentro de una de estas categorías, o varias, implica la atribución de una determinada eficacia jurídica. Este es el sentido que tiene realizar una clasificación: determinar reglas jurídicas comunes aplicables.

Algunos contratos agrarios pueden clasificarse dentro de la categoría de los contratos de intercambio (conmutativos), los cuales pueden ser de concesión de un derecho personal (como en el arrendamiento de fundos rústicos) o de atribución de derechos reales (como en la llamada asignación de tierras).

Otros contratos tienen más bien estructura asociativa; algunos de ellos son bilaterales (como la aparcería) y otros plurilaterales (como las cooperativas agrarias).

Se habla también de contratos de empresa agraria (aquellos donde es parte el empresario agrario y han sido estipulados para las exigencias de la empresa). Los contratos "de empresa" se limitan a agilizar la vida de la empresa; se refieren no a la empresa, sino a una fase de su vida. Estos a su vez pueden ser preparatorios, de ejercicio y de coordinación. Dentro de los dos primeros podríamos situar la compraventa del fundo, el mutuo agrario y se discute la inclusión del contrato de trabajo agrícola; dentro de los de coordinación se incluyen las cooperativas y las asociaciones de productores.

## VII. CONCLUSION.

Algunos autores afirman (como lo hace MESSINEO) que hablar de "contratos agrarios" es

utilizar una nomenclatura de comodidad, ya que no existen reglas comunes para todos los tipos de contratos que se incluyen en la categoría, y a los que nos hemos referido.

En realidad la calificación de agrario puede llevar no solamente a reglas comunes aplicables, sino también a principios interpretativos propios de la categoría. No se trata simplemente de trasplantar un "in dubio pro reo" a favor del empresario agrario, sino de determinar los efectos jurídicos en base a los principios que se pretendan lograr con una determinada regulación de la contratación agraria. Se trata de cuestiones muy concretas como establecer prioridades entre los factores de la producción y estimular ésta mediante la justicia y la certeza en la contratación. Ello requiere una política decidida a canalizar por cauces legales las iniciativas privadas, en muchos casos carentes en absoluto de regulación, sin perjuicio de las posibilidades que deben quedar abiertas a la autonomía privada, frente a cuya creatividad jurídica cualquier lista se queda corta y cualquier análisis jurídico queda rezagado, simplemente porque son la respuesta espontánea del hombre a la vida, el Derecho vivo que, como lo expuso el Señor Presidente de la República, Lic. Rodrigo Carazo, al inaugurar este congreso, es precursor de la ley.

## VIII. BIBLIOGRAFIA.


ACOSTA-CAZAUBON, Jesús Ramón, *Manual de Derecho Agrario.* Universidad Central de Venezuela, 1967.

AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio, *Jurisdicción de arrendamientos rústicos, con especial consideración de los sistemas italiano y español.* Revista Judicial No. XVIII, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

AGUNDEZ FERNANDEZ, Antonio, *La empresa agraria y el concepto jurídico unitario de empresa.* Madrid, 1978. (Revista de Estudios Agro-Sociales, No. 102).

BARAHONA, Rodrigo, *Aspectos histórico-sistemáticos de la evolución del contrato de arrendamiento de fundos rústicos en la experiencia de algunos derechos europeos occidentales.* Revista de Ciencias Jurídicas, No. 22, setiembre de 1973 (San José, Costa Rica).

BARAHONA, Rodrigo, *La propiedad agraria.* Revista Judicial No. XX, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

BARCELLONA, Pietro, *I controlli della libertà contrattuale. Il Diritto Privato nella società moderna,* Il Mulino, Bologna, 1971.

BELSHAW, Horace, *El crédito agrícola en los países económicamente subdesarrollados.* FAO, Great Britain, 1965.

CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho agrario.* Revista Judicial, No. XIV, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

CARROZZA, Antonio, *La noción de lo agrario.* Revista Judicial, No. V, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

CARROZZA, Antonio, *L'individuazione del diritto agrario per mezzo dei suoi istituti.* Rivista di Diritto Civile, Anno XX, 1974, No. 6, Cedam, Padova, 1974.

CERTAD, Gastón, *La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense.* Revista Judicial No. II, Corte Suprema de Justicia, San José, diciembre de 1976.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-IICA-PRACA -ITCO, *Ciclo de conferencias sobre Derecho Agrario.* San José, 27-28 abril 1973.

FALZEA, Angelo, *Voci di teoria generale del diritto,* Giuffrè-ed, Milano, 1970.

GALAN-GARIBOTTO, *Derecho Agrario,* Tomos I y II, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1967.

GARBARINI, Guillermo, *Derecho rural argentino.* Editorial Perrot, Buenos Aires, 1954.

GAZZOLO, Luis, *Derecho rural.* Primera parte. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1966.

HECK, Ph., *The formation of concepts. Jurisprudence of interests.* Harvard, 1948.

IICA-ALAF, *Las ciencias agrícolas en América Latina.* Imprenta Trejos Hermanos, San José, 7 de octubre de 1967.

IRTI, Natalino, *Diritto Agrario Italiano.* UTET, Torino, 1978.

KIERSZENSON, Julio y FLORES, Carlos, *La autonomía privada. El negocio jurídico.* Instituto de Derecho Privado, San José, 1975.

LARENZ, Karl, *Storia del metodo nella scienza giuridica.* Giuffrè-ed, Milano, 1966.

PEREZ, Eduardo, *Derecho Agrario.* Editorial Castellví S.A., Santa Fe, 1959.

PEREZ, Víctor y CERTAD, Gastón, *Estudios sobre el negocio jurídico.* LIL, San José, 1978.

PIRAS, Salvatore, *La nozione di contratto agrario. Relación en las Segundas Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario.* Mayo de 1975.

PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile.* Giuffrè-ed, Milano, 1951.

SALAS, Oscar y BARAHONA, Rodrigo, *Derecho*

*Agrario.* Segunda edición. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1980.

SANCHEZ, José Amadeo, *Conceptualización de lo agrario para fines crediticios.* Revista Judicial No. XIX, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

SUAREZ DE CASTRO, Fernando, *Estructuras agrarias en la América Latina.* IICA, San José, 1965.

UMAÑA, Ana L. y PEREZ, Víctor, *Elementos del negocio jurídico.* Revista Judicial No. XXII, Corte Suprema de Justicia, San José, junio 1979.

VON HIPPEL, *Die Kontrolle der Vertragsfreiheit.* Frankfurt, 1963.

ZELEDON, Ricardo, *Derecho y proceso agrario.* Revista Judicial No. XIV, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

# CRISIS INSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA EN LA FORMACION DEL ESTADO NACIONAL

## CAPITULO II

*Lic. Víctor Ml. Hernández Cerdas.*

### INDICE

Gestación histórico-política del Estado costarricense . . . . . 92
1. Formación del Estado en general . . . . . 92
2. División de los Poderes . . . . . 94
3. Naturaleza del Estado Nacional . . . . . 96
a) Legado Político Colonial. . . . . 96
b) Génesis de la Emancipación. . . . . 99
1. Influencia externa . . . . . 99
2. Las Cortes de Cádiz . . . . . 100
4. Gestación del Estado Nacional . . . . . 100
a) Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica . . . . . 101
b) Desintegración Nacional . . . . . 102
5. Surgimiento del Estado Nacional . . . . . 103

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"


# CAPITULO II

## GESTACION HISTORICO-POLITICA DEL ESTADO COSTARRICENSE

En el presente capítulo, trataremos los diferentes acontecimientos histórico-políticos que participaron en la conformación del Estado Nacional; pero antes hemos creído conveniente hacer un ligero análisis de la Teoría General del Estado; así como de la teoría de la Separación de los Poderes del Estado. Tal exposición —que consideramos absolutamente fundamental— una vez planteada, constituirá el marco teórico general en el que trataremos de ubicar los aspectos varios que conformaron la estructura del naciente Estado Nacional.

### 1. FORMACION DEL ESTADO EN GENERAL.

Acerca del origen del Estado se han escrito tratados que se han planteado un sinnúmero de teorías, sin llegar a concretizar nada en común. Todos los estudios realizados son enfocados desde diferentes puntos de vista que obedecen al pensamiento ideológico o disciplina del autor.

Ante dicha situación, consideramos menester exponer implícitamente lo que para nuestros efectos nos interesa; además de que no es el objetivo de nuestra investigación, exponer el tema del origen del Estado, ya que para desarrollarlo en una forma amplia y concisa nos llevaríamos bastante tiempo y en realidad, ese no es nuestro móvil (27).

Para los propósitos de este capítulo, y dentro del contexto general de la tesis, llena mejor su cometido hacer un planteamiento general acerca del origen del Estado. Aunque según Heller y otros tratadistas es impreciso hablar de Estado en la Edad Media o en épocas anteriores a esa, hemos considerado que en definitiva no se puede hacer referencia solamente a la Edad Moderna —bajo criterios jurídicos o históricos— ya que su existencia anterior es innegable, aunque sea con un significado diferente a los expuestos por ellos. En primera instancia, para explicar la naturaleza del Estado debemos de tomar como punto de partida las condiciones extraestatales que sirvieron de base; de allí la necesidad de definir y descubrir la unidad o la forma de organización de los elementos que sirvieron en un primer momento.

Las condiciones de vida en común exigen ser captadas y analizadas en función al desarrollo de las fuerzas productivas, el tipo de relación humana con la naturaleza y la intensidad de la potencia humana sobre las estructuras sociales. De las fuerzas productivas forman parte en primer lugar, los elementos de la naturaleza o los más cercanos a ella: el territorio, la población en algunos aspectos. El territorio abarca las condiciones físicas y el encuadre espacial de la actividad humana. Aparece como cuadro delimitador, determinante y condicionante de toda sociedad, de su estructura y funcionamiento y de sus relaciones con otras sociedades. La naturaleza hace patente una gama de posibilidades, resistencias y opiniones, en función de las cuales las actividades humanas socialmente organizadas accionan, reaccionan y operan, por medio del trabajo, del instrumental y de la cultura modificando el propio cuadro natural (28).

Su evolución está ligada al desarrollo de nuevas formas de producción: agricultura, ganadería, artesanía; y avanza en dos sentidos, el de la extensión de la posesión y de la propiedad individual de los bienes por una parte y por la otra, el de la transformación de los antiguos lazos familiares (29). Con el desarrollo de la revolución agrícola, algunas sociedades fueron acumulando innovaciones tecnológicas que al alcanzar el nivel de una nueva revolución les imprimieron un movimiento de aceleración evolutiva que llevó a configurarlas como nuevas formaciones socio-culturales. Sus motores fueron una acumulación de innovaciones técnicas que ampliaron progresivamente la eficacia productiva del trabajo humano, provocando alteraciones institucionales en los modos de relación en-

(27) Sobre este tema, véase a JELLINEK, Georg, Teoría General del Estado. (2da. edición, Editorial Continental, S.A., México, 1958), pág. 198 y ss. CARRE DE MALBERG, R., Teoría General del Estado. (Fondo de Cultura Económica, México, 1948), pág. 29 y ss. HELLER, Hermann, Teoría del Estado. (Fondo de Cultura Económica, México, 1974), pág. 141 y ss.

(28) KAPLAN, Marcos, 1976, pág. 19 y ss.

(29) GODELIER, Maurice, 1969, pág. 20.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tre los hombres para la producción y en las formas de distribución de los productos de trabajo (30).

No puede creerse que una sociedad de composición heterogénea, pueda guardar una conformidad automática. Los impulsos de vivir, de propagarse y de dominarse son comunes a todos los hombres. La tendencia a dominar es un elemento común en todas las asociaciones humanas (31). Producto de las desigualdades y de los enfrentamientos surge un poder supremo con el afán de defender y conservar la sociedad; es decir aparece como un organismo de contención de las clases en lucha, con el fin de salvaguardar la tranquilidad, orden y justicia de las relaciones entre sí.

El origen del Estado encuentra su aplicación en el seno de la actividad humano-social. Históricamente parece ir emergiendo e imponiéndose desde que una sociedad alcanza cierto grado significativo de desarrollo. La actividad humana debe limitarse a aceptar, emprender y cumplir con las condiciones de vida en común que le son impuestas por la ley del desarrollo natural de las sociedades. "Dentro de este marco caracterizador y condicionante, toda sociedad es por esencia móvil, heterogénea y contradictoria y sostiene una tensión permanente entre las fuerzas y las tendencias de conflictos y de disgregación y las fuerzas de cohesión e integración" (32).

Analizado el surgimiento y evolución del Estado a través de las sociedades clasistas, pasaremos a analizar las condiciones del Estado en la Edad Moderna. Haremos énfasis en esta etapa por cuanto que es en este período —Renacimiento— en donde surge la nueva organización del Estado. A partir de este momento, el Estado actúa ". . .como factor o nivel específicamente político, con unidad interna, estructura y prácticas objetivas, autonomía con respecto a la sociedad y a las clases que la componen, eficacia propia. Se constituye como universalidad que armoniza lo público y lo privado, y encarna el interés general de la sociedad y la voluntad del cuerpo político nacional. Sólo así se puede cumplir con una serie de tareas básicas requeridas por la naturaleza, estructura y dinámica del sistema capitalista" (33).

Durante la Edad Media, el Estado no existió como una institución capaz de organizar a los ciudadanos, con un poder supremo, libre para imponer sus mandatos en lo personal y territorial. El poder como tal no podía ser ejercido directa ni permanentemente por el Estado, ya que tanto los reinos y territorios constituían verdaderas unidades de poder político. Hegel define esta situación como una "poliarquía" (34) por cuanto que el poder se encuentra también en manos de otros entes e instituciones de carácter privado. "La concepción que hoy tenemos del Estado Moderno, debemos de buscarla en el Renacimiento, en las ciudades-repúblicas y, cuyo origen está en corporaciones de estamentos que se organizan para defenderse tanto de las luchas constantes entre sí o contra el príncipe —luchas intestinas de las naciones— las cuales constituyen unidades de poder continuas y reciamente organizadas con un solo ejército que era, además, permanente, con una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general" (35).

> "La evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizativo, hacia el Estado Moderno, consistió en que los medios reales de autoridad y administración, que eran posesión privada, se convierte en propiedad pública y en que el poder de mando que se venía ejerciendo como un derecho del sujeto, se expropia en beneficio del príncipe absoluto, primero y luego del Estado" (36).

En consecuencia, aparece la administración como un elemento bastante importante para la estructura funcional del Estado; por medio de ella se logra la independencia del poder. "El orden de la acción administrativa. . . se define por la autoridad, la organización fundamentalmente jerarquizada y el sometimiento a reglas relativamente estric-

---

(30) RIBEIRO, Darcy, 1973, pág. 25.

(31) MORGENTHAU, Hars J., 1963, pág. 52-53.

(32) KAPLAN, Marcos, pág. 25.

(33) Idem, pág. 38-39.

(34) HEGEL, Georg Wilhelm F. Citado por HELLER, Hermann, pág. 142.

(35) HELLER, Hermann, 1974, pág. 145.

(36) WEBER, Max, Economía y Sociedad. Tomo I, pág. 225 y ss. IV, pág. 85 y ss., citado por HELLER, Hermann, pág. 146.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tas" (37). Esta organización del Estado excluye la posible influencia del poder feudal sobre éste; logrando más bien ampliar su campo de acción —en cuanto a ubicación territorial—; ya que puede regular desde el centro y extenderse por todo el territorio y cubrir a todos los habitantes que le componen. Este intervencionismo pretende establecer y mantener las condiciones para que la economía de mercado emerja, se consolide y alcance su plenitud. Asimismo, establece su control, fortalecimiento y protección de las aduanas, la conquista militar o diplomática de mercados exteriores.

Por medio de la monarquía absoluta, surge el Estado Moderno como una unidad autónoma, que asume funciones mediadoras entre las diferentes clases que han llegado a un grado de contradicción que no pueden objetivamente conciliarse. El Estado en sí, logra organizar, sistematizar y cohesionar la representatividad del interés general, que ha perdido la sociedad y los grupos particulares que lo integran.

En definitiva, con las concepciones del mundo y de la vida, aportadas por las corrientes posrenacentistas; y por la aparición de la sociedad capitalista burguesa, nace una nueva idea de Estado, donde se asientan los derechos del individuo y germina, para su protección más eficaz frente al soberano, el concepto de la independencia de los poderes (38).

## 2. DIVISION DE LOS PODERES.

Para comprender más ampliamente la Constitución Política del Estado Nacional costarricense en los años posteriores a la emancipación con España; es necesario tratar algunos aspectos acerca de la Teoría de la Separación de los Poderes; ya que este ordenamiento del Poder formó parte de la ardua y larga tarea adoptada por nuestros forjadores del Estado Nacional.

La sociedad política constituye el marco más adecuado para el ejercicio y desarrollo del Poder. El Estado como tal necesita el poder para organizarse, para mantener el orden y en definitiva subsistir. Si éste no tiene poder se convierte en un ente inerte, sin autoridad; en un "no-Estado". La aceptación del Poder Estatal y de su función institucionalizadora no se produce de modo natural ni mecánico. Implica y exige crear y mantener permanentemente una legitimidad, un consenso y una legalidad; tres fenómenos y dimensiones que se conectan, interactúan y superponen como partes de un proceso único. El Estado necesita ser consagrado y sacralizado por el consentimiento, combinando para su logro mecanismos formales e informales (39).

El Poder Estatal se institucionaliza en el momento en que el Poder deja de aparecer personalizado, o sea cuando el soberano adquiere otra naturaleza —gobernante— y el Estado se constituye en un ente de poder despersonalizado. En el Estado Moderno, el Poder se desindividualiza, distinguiéndose fundamentalmente lo que es el Poder y el sujeto que lo ejerce.

Desde épocas remotas la personalización del Poder se manifiesta bajo la idea de un poder encarnado en el Soberano, donde el Estado se personaliza en la figura del Príncipe, Monarca, Rey, etc., ejerciendo éste, el control total del Poder. En el período de la monarquía absoluta la personalización del poder es más evidente; el Estado es dirigido por una voluntad física, con un derecho propio, originario, no derivado de la soberanía; sino más bien bajo una concepción teocrática o patrimonial. Jacobo I perteneciente a la monarquía inglesa, proclamó enfáticamente que sus poderes eran ilimitados, que no debía de dar cuenta de su gestión a nadie, y que la autoridad absoluta que pretendía ejercer "era un derecho divino, una concesión de Dios". Algo similar sucedió con Luis XIV de la monarquía francesa, quien creía que Dios había creado a los reyes para gobernar a los hombres, que por consiguiente todos los gobernados debían de obedecerle en forma absoluta, porque sometiéndose a ellos, se sometían a la voluntad de Dios.

A partir de la Revolución Francesa se inicia el exterminio del antiguo régimen de monarquía de derecho divino y clases privilegiadas y se perfila la institucionalización del Poder.

Como único camino de poner fin a los absolutismos y despotismos y para tratar de asegurar la libertad de los hombres, aparece la Teoría de la División de los Poderes del Estado. El máximo exponente de esta teoría es Charles Louis de Secondant, Barón de Montesquieu, quien impulsa

---

(37) KAPLAN, Marcos, pág. 32.

(38) SCHMITT, Karl, 1961, pág. 203 y ss.

(39) KAPLAN, Marcos, pág. 46-47.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el poder unitario del Estado, pero separado en cuanto a su organización y funcionamiento en tres poderes, con el fin de establecer una relación de frenos y contrapesos entre ellos, y eliminar la concentración del Poder en el Soberano.

Montesquieu condena el régimen autocrático o de poder absoluto, por cuanto considera que si el poder está concentrado en manos de una sola persona o cámara se corre el peligro de caer en arbitrariedades.

En el libro XI, Cap. IV, Montesquieu nos dice que:

> ". . .se sabe por experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad propende abusar de ella, va hacia adelante hasta que tropieza con límites. . . Para que no pueda abusarse del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder detenga el poder" (40).

No es posible remontar hasta Aristóteles y otros tratadistas antiguos, los orígenes de la Teoría de la Separación de Poderes, ya que estos se empeñan únicamente a tratar las formas de actividad de los órganos y no establecen un reparto de funciones, ni tampoco encuentran obstáculo en que una misma persona forme parte al mismo tiempo de la Asamblea, ejerza una magistratura y se siente en el tribunal (41).

En definitiva, los primeros intentos prácticos de aplicar el principio de la División de los Poderes, corresponde al pueblo inglés. Entre los autores clásicos de la Teoría de la División de los Poderes del Estado, se destacan entre otros John Locke y Montesquieu.

En los tiempos Modernos, Locke parece haber sido el primero en proclamar la Separación de los Poderes del Estado; sin embargo, no logra desarrollar una teoría lo suficientemente clara. En el Cap. XII del Ensayo sobre el Gobierno Civil, Locke expone tres potestades del poder en la comunidad política: el Poder Legislativo, como el poder preponderante y al cual le corresponde indicar cómo debe de utilizarse la fuerza de la comunidad política y de los miembros de la misma; el Poder Ejecutivo, que queda subordinado al Legislativo y debe cuidar de la ejecución de lo dispuesto por el primero. El tercer poder es del Federativo, quien está facultado para declarar la guerra, hacer la paz y efectuar todas las negociaciones que sean preciso establecer con el extranjero.

Según la teoría lockiana de la Separación de los Poderes, no todos los poderes son iguales; entre ellos existe una graduación jerárquica. Esta teoría, aunque juega un papel bastante importante en la doctrina del Estado democrático no rompe en modo alguno con la antigua concepción del rey, al apoyarse completamente ésta en las bases de la teoría de la soberanía del pueblo. "En el fondo la doctrina de Locke se reduce, pues, a una simple teoría de distinción de las funciones: bajo la reserva de que el rey por sí solo no puede hacer la ley y que se haya sometido a esta última, no es aún una doctrina de franca separación de los poderes" (42).

A diferencia de Locke, Montesquieu busca con la separación de los poderes no sólo un equilibrio en el ejercicio de los mismos, sino todo un sistema de pesos y contrapesos que impide el abuso del poder. Además, Montesquieu, coloca al **Poder Judicial** como un poder separado del Poder Ejecutivo; Locke lo ubica como una dependencia de este último. En definitiva, Montesquieu es quien da el paso decisivo a la teoría de que venimos ocupándonos, por cuanto no sólo diferencia las funciones objetivas del Estado conforme a las constituciones existentes, sino que quiere atribuir los poderes a órganos separados entre sí.

En el Capítulo IV del Libro XI de la primera parte de su obra "Del Espíritu de las Leyes", Montesquieu bajo la rúbrica "Constitución de Inglaterra" expone su teoría, la División de los Poderes del Estado.

> "Hay en todos los Estados tres especies de poder: el Legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil.
> Por el primero, el príncipe o el magistrado hace leyes, para algún tiempo o para siempre, y corrige y abroga las que existen. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, vela por la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes ó juzga los pleitos de los particulares. Este último debe de llamarse Poder Judicial, y el otro simplemente poder ejecutivo del Estado.
> La libertad política en los ciudadanos, es aquella tranquilidad de ánimo que nace de la opinión que cada uno tiene de su seguridad; y para que exista esta libertad, es menester que ningún ciudadano pueda temer a otro.

---

(40) MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, barón de, 1964, pág. 94-95.

(41) CARRE DE MALBERT, R., 1948, pág. 741-742.

(42) Idem, pág. 742.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBAN"

> Cuando el Poder Legislativo y el Ejecutivo se reúnen en la misma persona ó el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente.
> No hay libertad si el Poder Judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en sus manos la fuerza de un opresor; todo estaría perdido si el mismo hombre, ó el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares" (43).

Definitivamente el planteamiento mostesquiano pretende eliminar la tiranía y asegurar la libertad del ciudadano; esta doctrina cuyo trasfondo está lleno de justicia y ética, justifica que fuese aceptada con complacencia y hoy día sea el modelo de los regímenes democráticos. La influencia que ha ejercido en las constituciones de los Estados de occidente es clara: verbigracia citamos el artículo XVI de los Derechos del Hombre: "Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de constitución".

## 3. NATURALEZA DEL ESTADO NACIONAL.

Se ha llegado a considerar que para que haya Estado, es necesario la existencia permanente de una amplia multitud de hombres que se asientan en un territorio determinado, y debido a la convivencia dan origen a la población. Cuando esa relación no deriva únicamente del hecho de vivir juntos, sino también de elementos comunes de carácter psicológico, histórico, religioso o económico, la población asume la condición de comunidad. Esta, en consecuencia se convierte en nación cuando el grupo de gentes se tornan conscientes de que constituyen una comunidad de normas de sentimiento y por lo tanto, valoran su pasado.

La nación como tal no es un cuerpo político, sino puramente social; solamente cuando la comunidad territorial toma la decisión de organizarse políticamente se convierte en una comunidad política. Esta transformación se lleva a cabo mediante un orden jurídico en el cual, se establece una estructura orgánica. La estructura política de la comunidad nacional —instituida por el derecho— y el orden jerárquico, juegan un papel trascendental en la formación del Estado, ya que por medio de ellos, el Estado adquiere condición moral, con derechos y obligaciones que permiten a la nación, realizar los fines sociales, culturales, económicos, políticos y todas las demás actividades por medio del poder público.

A partir de la emancipación española surge el Estado Nacional que se constituye a través de un lento y penoso proceso, hasta sentar sus bases en la sociedad nacional que está en vías de organizarse. El Estado en sí, además de organizarse, asume la función de mediador y regulador de las relaciones entre las clases y grupos nacionales.

Con el logro de la independencia no se adquiere inmediatamente la constitución de Costa Rica como nación, ni el surgimiento de un Estado Nacional centralizado y eficiente. Ello se explica debido a que el viejo equilibrio colonial sufre una alteración y el nuevo orden tarda en surgir y consolidarse, ya que es de nuestro conocimiento que la independencia la obtuvimos en forma inesperada; o sea, que se produce la ruptura y en aquel momento no estábamos preparados ni en capacidad de regirnos soberanamente. Pese a ello, consideramos que gracias a las condiciones de vida, forma de gobierno y al distanciamiento que nos caracterizó con respecto a Guatemala —en algunos aspectos desfavorablemente— nos facilitó el desarrollo durante la colonia y período subsiguiente a la independencia de una población relativamente homogénea; de manera que el surgimiento de nuestro Estado Nacional, no fue tan conflictivo como en otras partes, en cuanto a las disputas internas por alcanzar el poder. Desde el momento en que se produce la emancipación, el país toma un camino netamente democrático, fiel reflejo de la actitud civilista que caracterizó al costarricense. Como se ve, dichos principios son respetados aún y cuando se presenta la oportunidad de implantar el poder militar.

### a. Legado Político Colonial.

Como la población de cualquier Estado, la de Costa Rica inicia su proceso de integración desde la conquista, continuó durante la época colonial y

---

(43) MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, barón de, 1906, pág. 96-97.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

siguió desarrollándose en la vida independiente. Nos interesa ahora analizar y señalar algunos aspectos de índole socio-económico, a fin de definir la estructura política conformada y trasmitida básicamente durante la época colonial. Inclinamos nuestro estudio especialmente en esta sección de nuestra historia, porque es allí donde se puede advertir la realidad peculiar de la sociedad que dio origen al Estado Nacional y a la estructuración democrática de nuestro país.

El profesor José Abdulio Cordero, nos dice que:

> "En la corta historia costarricense, la época colonial hizo de cámara incubadora, en cuyo seno dio los primeros aleteos una libertad política, la que habría de remontar el vuelo por los aires de la historia patria. . ." (44).

La vida constitucional del costarricense es bastante particular respecto al resto de las colonias españolas en América, debido a la estructura socio-económica heredada. Toda vez que se estudia el desarrollo económico durante la colonia en Hispanoamérica, se concluye que la mita, la encomienda y el repartimiento, fueron instituciones bases al desarrollo de las actividades económicas, en especial la minería y la agricultura. De ello se colige la organización social tan marcada, con un sistema de castas y estratos sociales de los que aún hoy día se mantienen los rastros dentro de la estructura social latinoamericana.

En el caso de Costa Rica, como antes lo expusimos, careció de toda actividad minera durante el período colonial, su mayor actividad fue agrícola y de poca proyección; de allí que se explique su típica organización social y el abandono con que fue tratada por parte de las autoridades españolas.

A este respecto, Harry Kantor, dice:

> "Costa Rica carecía de riqueza minera y de población indígena, que fue siempre un elemento humano dócil, y por tal razón, el imperio la trataba como una hijastra a quien no prestaba mayor cuidado. Para los españoles carecía, pues, de los elementos que daban valor a una colonia. . ." (45).

Efectivamente, el aislamiento, la ausencia de riqueza minera y el desarrollo de una agricultura de subsistencia, hicieron que la vida nacional se tornara monótona, sencilla y llana. La pobreza que reinó en Costa Rica durante la Colonia, vino a completar dicha situación; de tal forma que el mismo ciudadano se fue condicionando y su actividad se circunscribió a cuidar de sus fincas o "haciendas" y producir apenas lo necesario para vivir.

Para interpretar correctamente los primeros pasos dados por los costarricenses en relación a la participación política, conviene señalar la experiencia vivida fundamentalmente entre 1812-1821. Con la Constitución de 1812 quedan constituidos los ayuntamientos, los cuales a causa del abandono a que el gobierno español trató a nuestro país y la actitud asumida por los últimos gobernadores, estos, se constituyeron en los cuerpos políticos de mayor importancia; sin embargo, en cuanto a participación popular se refiere, juegan un papel de relativa importancia por cuanto siempre estuvieron en manos de las clases altas de la sociedad de aquel momento, a consecuencia de que ". . .durante largo tiempo estos cargos fueron adquiridos por medio de la venta al mejor postor" (46).

A partir de la independencia, el Ayuntamiento juega un papel de enorme trascendencia; ya que a través de los llamados "Cabildos Abiertos" o reuniones populares que convocaban los Ayuntamientos de los diversos pueblos, ante la necesidad de pronunciarse sobre algún asunto de importancia, se escucharon las voces de los ciudadanos y con ello el inicio de la participación popular o sea la naciente democracia política.

El Lic. José L. Vega Carballo dice que:

> "Este sistema de consulta popular obligó a los líderes, fueran republicanos o monárquicos, a validar sus decisiones con el apoyo de las masas populares que, por ese camino, llegaron a convertirse en un factor de poder interno cuyo peso no podía ser superado por la imposición armada ni por el juego de los caudillos tiránicos" (47).

Si nos concentramos ahora en el análisis de la estructura social propiamente costarricense, notamos que instituciones como la mita, la servidumbre y las encomiendas en su forma americana colonial, que con tantas atrocidades se presentó en

---

(44) CORDERO, José Abdulio, 1964, pág. 49.

(45) KANTOR, Harry, "También hay democracia en el Caribe". En: Rev. Combate, No. 9, Imprenta Torno, Ltda., 1960, pág. 56.

(46) AGUILAR BULGARELLI, Oscar, Fundamentos democráticos del sistema político costarricense. En: Rev. Universidad de Costa Rica, No. 2, diciembre, 1970, pág. 38.

(47) VEGA CARBALLO, José L., "Algunos comentarios sociales y económicos en el inicio del desarrollo político de Costa Rica". En: Rev. Universidad de Costa Rica, No. 31, setiembre, 1971, pág. 131.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"


otras partes de Hispanoamérica, en Costa Rica no se dio en tal magnitud, más bien la poca población indígena y el posterior mestizaje fueron disminuyendo progresivamente este sector de la población.

La misma "estructura económica" de la época colonial, redujo las distancias entre las categorías sociales, principalmente en las postrimerías de la época colonial. No obstante, la élite criolla conservaba su preponderancia política y social, tal es el caso de la "aristocracia cartaginesa" que basaba su grado de superioridad en la sangre española pura, en la ocupación de ciertos cargos y en consecuencia a tales condiciones, a una mejor situación económica dentro de la sociedad; pero, este último factor no llegó a constituirse en un determinante en la conciencia de dicho grupo como clase.

Fernández Guardia dice que:

> "Las diferencias entre los hidalgos y villanos españoles fueron borrándose en Costa Rica, para ser simplemente blancos o españoles, adornar sus nombres con el Don y ser tenidos por nobles. Los mestizos, mulatos, indios y negros representaban las clases inferiores" (48).

Definitivamente, dentro de esa estructura socio-económica se presenta la diferenciación social y étnica a que hacemos referencia; si bien es cierto no tan marcada como en otros sitios de América, tampoco se puede descartar su existencia. Es evidente esta diferenciación social en la forma de recopilar los datos en el censo practicado en la Villa Nueva (San José), en 1783.

| | | |
|---|---|---|
| 1- | *Españoles* . . . . . | *577* |
| 2- | *Mestizos* . . . . . | *3.664* |
| 3- | *Mulatos* . . . . . | *628* |
| | *TOTAL* | *4.869* (49) |

Así también en el informe de don Tomás de Acosta del 15 de enero de 1803; refiriéndose a la población de la Villa Vieja de Heredia:

> "Hay en este pueblo como 880 familias, algunas de ellas de españoles, que son los reputados por nobles, y los demás de mestizos y mulatos que son los tenidos por plebeyos. . ." (50).

En cuanto a la preparación intelectual se presentaba la diferenciación social entre los diferentes grupos de la población, pues era más fácil que los hijos de los principales vecinos de una comunidad pudieran hacerlo, o al menos asistieran a la escuela de primeras letras. El mismo Ayuntamiento de San José en octubre de 1820 ordena que todos los padres de familia pudientes deben enviar a sus hijos a la escuela de primeras letras desde la edad de siete y ocho años. . . Los hijos de los propietarios, de los comerciantes y de los empleados, que eran los más capacitados económicamente para pagar el maestro, comprar la cartilla y el catón y los que podían presentarse con alguna decencia a la escuela, eran los más favorecidos con aquella escasa instrucción (51).

En resumen, la existencia de una élite personalizada por la clase dirigente, resulta de un estricto proceso lógico; cuyo origen debe de buscarse en su necesidad natural, acorde a las condiciones socio-económicas del momento y a las exigencias y necesidades individuales; es decir, una relación natural derivada de las calidades intrínsecas de la persona humana. Este proceso se determina por la influencia de una gama variadísima de factores causales y teleológicos derivados de la dinámica misma de la sociedad de aquel momento.

Debemos de enfatizar que la escasa existencia de recursos mineros, junto al penurio número de indios, para constituir una fuente de mano de obra, así como el consiguiente fracaso de las encomiendas, tienden a explicar la ausencia de una sólida aristocracia terrateniente, de semejante formación a la que existió en el resto de Hispanoamérica. Claro que es evidente —como antes lo anotamos— de que aún y cuando los colonizadores que formaron parte en la constitución de nuestra sociedad no reunían una serie de particularidades al típico colonizador latinoamericano, estos, por el hecho de ser descendientes de los primeros conquistadores, mantuvieron una hegemonía social, política y de tipo económico.

La implicación óntica del pueblo, es decir las necesidades, problemas, carencias, condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de los diferentes estratos sociales que conformaron la sociedad colonial, es la que da la estructura definitiva al Estado Costarricense.

---

(48) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo, 1973, pág. 72-73.

(49) FERNANDEZ, León, 1975, pág. 219.

(50) Idem, pág. 205.

(51) GONZALEZ FLORES, Luis F., 1978, pág. 113 y 115.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

**b. Génesis de la Emancipación.**

Al hablar de un proceso emancipador debemos de referirnos básicamente a hechos que se dieron en el ámbito centroamericano; ya que si se trata directamente de Costa Rica, es de todos sabido que no hubo interés, lucha ni movimientos para obtener la independencia. Claro, que por añadidura recibe además de su independencia, otras influencias de diferentes lugares de América; donde los movimientos de emancipación tuvieron mayor fuerza. Los acontecimientos ocurridos en el proceso emancipador centroamericano, aunque dijimos que son de singular importancia para la obtención de nuestra independencia, no los entraremos a narrar por cuanto que son sobradamente conocidos (52).

Durante el siglo XVIII, al sistema de monopolio mercantil español se le hace una serie de reformas que permiten mayor fluidez comercial. Al mejorar las condiciones comerciales se impulsa el desarrollo económico, social y demográfico de las colonias; las cuales incrementan y diversifican su potencial productivo, de demanda y demás necesidades generales; debido a que las relaciones comerciales entre España y las colonias son aún insuficientes; así como las relaciones con el mercado internacional son restringidas; se genera una creciente resistencia a la Corona y con mayor fuerza se abre paso al contrabando que de por sí, ya jugaba un papel importante dentro del proceso emancipador.

Las necesarias libertades comercial, social y política no constituyen los únicos factores que aparecen y operan en este proceso emancipador; sino que se agrega también una notable diferenciación entre los españoles peninsulares y los criollos.

El sistema imperial español trata de conservar intacta la estructura tradicional de la metrópoli y del imperio, y prefiere a los peninsulares en las funciones más decisorias, honoríficas y lucrativas; demostrándose definitivamente un predominio automático e inconmovible de los peninsulares sobre los criollos.

Este sector aún siendo más numeroso y con una dinámica expansiva y prominente no logra obtener el status deseado; ya que el sistema le cierra los caminos para alcanzar el poder, el prestigio y la riqueza; causando estos aspectos un distanciamiento entre los dos bandos.

Por otra parte —en buena hora para los criollos— a la Corona se le presenta un agudo problema, debido a que los recursos financieros y humanos son insuficientes para el mantenimiento de los cuerpos militares que guardan los dominios de la metrópoli, por lo que deben emplear mulatos, mestizos y criollos en las milicias. A esta situación se suman las concesiones del período borbónico que favorecen enormemente a los criollos; puesto que les permiten aumentar su poder, influencia y participación en los asuntos administrativos, políticos y económicos que van de acuerdo al poder material, social, económico y al manifiesto anhelo por desplazar a los peninsulares.

**1. Influencia Externa.**

La exposición que venimos haciendo quedaría incompleta si no se consideran las influencias externas; antes vimos las de tipo económico, ahora corresponde analizar las de carácter cultural, ideológico y político.

Hemos reiteradamente aseverado que, merced a las relaciones comerciales lícitas e ilícitas, viajeros e incluso los mismos españoles, es que entran clandestinamente las nuevas corrientes del pensamiento, las cuales acentúan el proceso emancipador. La acción del movimiento llamado Despotismo Ilustrado, Constitución de Cádiz, impactos producidos por la revolución norteamericana, francesa y española son los que constituyen posiblemente los factores de mayor fuerza en el movimiento general de presiones externas, que consuman la decadencia del dominio español en América.

La irrupción ideológica que viene de los centros más avanzados del mundo euro-atlántico, se abre paso en una élite criolla de espíritu cultivado y se difunde en las universidades y los medios intelectuales y profesionales, entre los terratenientes y comerciantes, los funcionarios y jefes militares nativos (53).

La influencia la recibe fundamentalmente la burguesía urbana, la cual la asume e inicia un pro-

---

(52) Sobre este tema, puede consultarse: OBREGON LORIA, Rafael, "De nuestra Historia Patria; los primeros días de la independencia". Dpto. de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1971. Carlos MELENDEZ Ch., "Textos Fundamentales de la independencia de Centroamérica". EDUCA. 1971. IGLESIAS, José María, "Documentos relativos a la Independencia". Tipografía Nacional, Tomo II, 1902-1903.

(53) KAPLAN, Marcos, pág. 114.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ceso de fermentación que luego la proyecta a los demás sectores. El ingreso y difusión de las nuevas corrientes de pensamiento enfrentan una serie de obstáculos; sin embargo, aunque restringen en parte su accionar, no se impide que los efectos prosigan y multipliquen su radio de acción.

Es conocido que en aquella época la introducción de literatura a las colonias americanas eran prohibidas, controladas por la Santa Inquisición y las autoridades imperiales; no obstante en el siglo XVIII, fueron conocidos, leídos, comentados e incluso algunos enseñados; entre ellos hay obras tales como las de Descartes, Newton, Locke, Voltaire y fundamentalmente de Montesquieu y Rousseau.

Toda esta influencia desarrolla una posición crítica de los criollos hacia los aspectos y estructuras del sistema colonial; pues el aislamiento, atraso cultural y oscurantismo oficialmente impuesto son objeto de particular resentimiento o reproche por los intelectuales y grupos culturales de la élite criolla (54).

Las reformas borbónicas dentro del proceso emancipador juegan un papel importante, ya que sus reformas generan una creciente resistencia por parte de los criollos; los cuales se ven afectados por la inflexibilidad impuesta a las instituciones políticas y administrativas que le gobiernan.

La revolución norteamericana y francesa son dos hechos que también juegan un papel de singular importancia en la acción emancipadora de América Latina; su ejemplo y modelo de organización, proporciona, crea y consolida los movimientos revolucionarios. Las ideas nuevas esparcidas por los grandes pensadores europeos del siglo XVIII, la independencia de las colonias británicas que se dieron el nombre de Estados Unidos de América y la Revolución Francesa, despertaron anhelos de libertad en los hombres ilustrados del imperio americano descubierto, conquistado y colonizado por España (55).

### 2. Las Cortes de Cádiz.

Nuestro propósito de estudiar las Cortes de Cádiz y su influencia en el proceso emancipador, estriba en que dicho ordenamiento constitucional tuvo una repercusión innegable en la vida política de las colonias, especialmente durante el período en que la efervescencia por la independencia se tradujo en diversos acontencimientos ya conocidos. Con la invasión de los franceses ocurrieron muchos cambios en España. . . el poder volvió al pueblo (y). . . este nombró Juntas. Esta situación la aprovechan los hombres de ideas avanzadas para discutir las maneras de organizar el gobierno español. Con este propósito, el pueblo eligió diputados que se reunieron en Cádiz para discutir y aprobar una constitución y atraerse a las provincias de América (56).

Las Cortes, convocadas con inclusión de representantes de ultramar, atacan el poder de la Iglesia; suprimen la Inquisición y proclaman la libertad de imprenta y la abolición de las jurisdicciones de señorío y sus privilegios; todo ello fomenta acuciadamente las publicaciones de los partidarios de la emancipación política, tendientes a desechar al gobierno español. Gran parte de las principales ciudades de América organizaron Juntas Gubernativas, que en el futuro son ni más ni menos que las agrupaciones, en las cuales se concretizó la gran insurrección.

En el caso de Costa Rica, reiteradamente ya lo hemos aseverado, todos estos hechos pasan desapercibidos; pues en realidad, las circunstancias así lo condicionaban; además de que las provincias se manejaban casi con absoluta independencia, amén de que no existía contra los españoles europeos ese odio que fue en otros lugares el móvil de la insurrección.

Es evidente que la Constitución de Cádiz no constituye una influencia directa para Costa Rica en el momento de su promulgación —por razones antes expuestas—, pero sí es fundamental el aporte posterior, en cuanto a materia constitucional se refiere; pues dicho documento sirve de base para la emisión de la primera Carta Constitucional: el "Pacto de Concordia".

## 4. GESTACION DEL ESTADO NACIONAL.

Haremos un esbozo histórico político de la etapa de gestación de nuestro Estado Nacional, que comprende el período transcurrido entre los

(54) Idem, pág. 115.
(55) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo, 1971, pág. 1.
(56) MONGE ALFARO, Carlos, 1978, pág. 175.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



años 1821 a 1824; con el propósito de estar en aptitud de contestar a la cuestión central que implica el tema del presente capítulo, consistente en determinar cuándo apareció el Estado costarricense como persona moral o institución pública suprema.

Nuestro Estado Nacional, así como el surgimiento de cualquier otro estado en general —en nuestra opinión— surgió del derecho primario que la sociedad costarricense en su devenir histórico creó y que posteriormente completó con lo recibido de la Corona Española. Compartimos con el Prof. Carlos Monge Alfaro quien sustenta la tesis de que nuestro Estado Nacional, surgió de la concientización común del pueblo en la participación política del nuevo Estado, ya que antes había carecido de unidad; es decir, a partir de ese momento —1821— el pueblo surge como estructura social y como factor dinámico de la historia patria (57).

La historia, o mejor dicho, los fenómenos que la integran en un período determinado de la vida de un pueblo, reviste gran trascendencia para la formación del Estado Nacional, principalmente porque este marco caracterizador y condicionante, es quien determina en primera instancia, su constitución.

> "Así la nación, que como tal, no existía en los siglos XVII y XVIII, se integra con elementos originados en esos mismos siglos. El primer núcleo. . . que sirvió de eje al proceso de integración, fueron los cabildos abiertos y los cerrados, latentes durante muchos años, pero que adquirieron mucha importancia de 1821 en adelante. En efecto, desde el instante en que el común se constituye y adquiere entidad, se ha operado un fenómeno de integración de ideas, sentimientos e intereses que bullían indeferenciados en la conciencia de los hombres" (58).

Ahora bien, en el estudio del período de Gestación del Estado Nacional, es necesario tratar los tres documentos fundamentales: Pacto de Concordia, y los dos subsiguientes que se llamaron Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica. Aunque no es nuestra intención hacer una narración de los distintos hechos que se registraron, trataremos a continuación de analizar algunos aspectos.

### a. Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica.

El Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia, adoptado el 1 de diciembre de 1821, se constituyó en el primer intento que se realiza, a efecto de sentar las bases de organización política del pueblo costarricense. En dicha Carta Constitucional se contempló entre sus disposiciones las diferentes corrientes políticas del momento.

El Lic. Hernán Peralta comenta con respecto al Pacto de Concordia que: . . .al entrar en vigencia como soporte del gobierno provisional, consagró el separatismo por el hecho mismo de su existencia; al declarar el interinato y consignar la posibilidad de que Costa Rica se uniese a algunos de los países americanos, reconoció la legalidad del movimiento anexionista; por esa razón, la Junta de Legado o Asamblea Constituyente que emitió el Pacto de Concordia cumplió su obligación perfectamente; otorgó al país un documento constitucional dúctil y flexible, hijo de las circunstancias, producto del medio, y obtuvo lo que se proponía al organizar las provincias sobre la base del reconocimiento de las dos corrientes que en aquel momento formaban la realidad política de Costa Rica (59).

Ahora bien, ya hemos dicho en páginas anteriores que la acción e influencia del Cabildo o del Ayuntamiento tuvieron en Costa Rica una significativa influencia; constituyeron una escuela de civismo de primera magnitud; por ende en el período de 1821-1824 esta institución desarrolla una extraordinaria vitalidad, pues desde que las circunstancias lo permitieron, se convierten en el mejor instrumento con que se pudo contar para darle solidez e institucionalidad a la vida política; en un medio adecuado de integración nacional y de articulación social (60).

Efectivamente, observamos que la Junta de Legados o Asamblea Constituyente —nacida del seno de los cabildos— actúan en la historia de Costa Rica, como las Asambleas que dan las normas de vida a una nacionalidad que nace; de modo que al instalarse en Cartago la Junta de Legados, debió

---

(57) MONGE ALFARO, Carlos, "Comentarios sobre los primeros años de existencia republicana". En: Rev. Ciencias Jurídicas y Sociales. V. I, No. 2, 1957, pág. 137.

(58) PERALTA, Hernán G., 1944, pág. 214-215.

(59) MONGE ALFARO, Carlos, op. cit., 1957, pág. 128.

(60) Acerca de este tema, puede consultarse; RICARDO FERNANDEZ, Guardia, "La Independencia". Comisión Nacional del Sesquicentenario de Centroamérica, 1971.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

asumir todos los poderes hasta tanto no se definieran los lineamientos de la futura nacionalidad costarricense.

El 15 de octubre de ese año, el Ayuntamiento de Cartago además de dejar sin efecto lo resuelto el día 13, acordó invitar a todos los demás ayuntamientos para que enviasen legados a la capital —Cartago—, a fin de que acordaran lo que fuese más conveniente para el bien general de la Provincia. El día 25 de ese mes se instaló en la sala capitular de Cartago la Junta de Legados (61).

De la exposición que antecede, y que no es sino la reiteración de ideas anteriormente emitidas, se deduce la ineluctable conclusión de que por medio de los ayuntamientos se plasmó la vida política costarricense; en ellos se formaron los primeros arquitectos de nuestra nacionalidad.

Después de una serie de discrepancias en el seno de la Junta, discordias de índole personal entre los miembros y divergencias de opiniones en cuanto al sistema de gobierno que debía de ser adoptado; en los primeros días del mes de noviembre obligaron a renunciar a la primera Junta de Gobierno, por cuanto consideraban que se oponía a los intereses y necesidades de la Provincia. A partir del 12 de noviembre inició labores la segunda Junta de Legados, quien acordó el 23 del mismo mes, formar una comisión compuesta del Dr. don Juan de los Santos Madriz, don José Santos Lombardo, el Licenciado don Rafael Barroeta, don Juan Mora Fernández y don Juan de Iglesias (62) con el fin de que redactasen el plan de gobierno provisional de toda la Provincia. Esta representación adoptó con algunas modificaciones el proyecto que don Pablo Alvarado había formulado y remitido desde Guatemala; y lo dio a conocer a la Junta de Legados con el nombre de Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, quien lo aprobó y puso en vigencia a partir del 1 de diciembre de 1821.

Como anteriormente lo aseveramos, el Pacto de Concordia recogió en sus disposiciones los elementos necesarios para convertirse en la primera constitución costarricense; dándole a Costa Rica su primera organización jurídico-política fundamental. En su redacción y disposiciones generales se evidencia la absoluta influencia de la Constitución de Cádiz; tanto es así que en dicho documento entre otros artículos, el artículo 41 dispone que la justicia será administrada "conforme a la Constitución Española y leyes existentes, singularmente la de 9 de octubre de 1812".

Transcurridos solamente pocos meses de haberse recibido la carta de independencia, los costarricenses contaron con una carta fundamental, en la cual se declaró los derechos y las libertades correspondientes al régimen político-democrático y republicano. Además se definió a los costarricenses como "ciudadanos u hombres libres", prescribió los derechos y consignó las garantías individuales, y en la parte formal especificó la forma de gobierno y la determinación de Costa Rica como Estado soberano.

Con ello se dan los primeros pasos de la formación del Estado Nacional, que como dice Hermann Heller:

> "El género próximo del Estado, es la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planteada para la unidad de decisión y la acción, o sea, al Estado incumbe el poder 'físico-coactivo' y la capacidad de ejecutar sus decisiones frente a quienes se opongan a ellas" (63).

Como hecho corolario de la reseña que antecede, podemos afirmar que es destacada la actitud seguida por nuestros próceres, quienes con mucha cautela y sabiduría convierten a la Provincia de Costa Rica en una unidad política con la plenitud de sus derechos y la primera en el ámbito centroamericano en organizarse.

**b. Desintegración Nacional.**

Durante el año de 1822, Costa Rica pierde aquella unidad política que de modo formal y precario gozara en la era colonial e inicia un período de gran inestabilidad política, generando una serie de reformas al Pacto Constitucional y cambios en cuanto a la integración de la Junta de Gobierno.

El Pacto de Concordia a la vez que se constituye en el primer documento fundamental de nuestra estructura jurídico-política, es el documento en el cual se establece las bases de lo que en los próximos años será, la desintegración nacional; amén de definir la soberanía del nuevo Estado Nacional, abre perspectivas de anexión a otro Estado, y aun-

---

(61) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo, 1971, pág. 17.

(62) Idem, pág. 19.

(63) HELLER, Hermann, 1974, pág. 255.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que esta condición es inherente de una inmadurez político-económica y social; es sin embargo, el portillo por el cual se desata la lucha entre imperialistas y republicanos.

Es de nuestro conocimiento que existen muchos otros factores e intereses que coadyuvan este antagonismo entre los dos bandos, pero es de vital importancia la posición de anexión por parte del naciente Estado a otra jurisdicción mayor.

Observamos que pese a que ambos grupos guardaban conciencia de que nuestro Estado debería de anexarse a otra potencia o confederación, a fin de evitar una invasión de cualquier país europeo, en febrero de 1823 se desata la guerra civil. A consecuencia del Plan de Iguala, Agustín de Iturbide entra victorioso a México y obtiene la dirección de la Junta Provisional; inmediatamente cursa invitaciones a las Provincias del Reino de Guatemala para que se unan al Imperio que está en formación. En efecto, esta instancia influye muy decididamente en la vida política de las débiles provincias, y en el caso de Costa Rica emergen dos posiciones que pujan por obtener el poder de decisión: Imperialistas (posición de Cartago y Heredia) y Republicanos (posición de San José y Alajuela) (*). El 10 de enero de 1822 se le hacen adiciones al Pacto de Concordia, Sección 7a. a efecto de enviar representantes al Congreso que Iturbide había convocado; el propósito era conocer el contenido del Plan de Iguala y considerar la posibilidad de la anexión a México. La alianza de las ciudades de Cartago y Heredia estaban inspiradas por una gestión de tipo colonial, de espíritu de autocratismo y de conservadorismo colonial; mientras que las de San José y Alajuela, se sustentaban por aspectos de índole económico.

Estas corrientes aparentemente ignoradas o insospechadas durante la época colonial, inician posteriormente a la emancipación un período de reacción; ya que dichos grupos al afrontar situaciones políticas y administrativas por sí mismas, promueven y reaccionan no como una sola nación; sino como pequeñas unidades o conglomerados con una sólida base histórico-social que les conlleva a actuar de acuerdo a intereses y sentimientos locales.

Este panorama heredado por el período colonial, sustentan las posiciones que estos bandos van a tomar con respecto a las nuevas perspectivas presentadas, a fin de definir el camino por el nuevo Estado; sin embargo, consideramos que la tarea de organizar la nueva sociedad nacional y establecer un estado centralizado, en comparación a otros países del área, resultó no ser tan difícil.

## 5. SURGIMIENTO DEL ESTADO NACIONAL.

Es meritorio observar que los hechos histórico-políticos que se sucedieron desde la proclamación de la Independencia hasta la emisión de la "Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica", así como los documentos públicos que de ellos se derivaron y los cuerpos gubernativos que fungieron durante ese período tuvieron una finalidad común basados en la constitución de 1812, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: ordenar al país desde el punto de vista constitucional y administrativo.

El Prof. Monge Alfaro, se refiere al respecto:

> "En el lapso de tres años la comunidad costarricense desarrolló una extraordinaria capacidad receptiva y una inteligencia social que la hicieron apta para vitalizar las instituciones democráticas. Al mismo tiempo surgieron líderes, hombres de talento, visionarios que surgieron con prestancia y sabiduría la cosa pública" (64).

Además observamos que en este corto lapso que media entre la consumación de nuestra independencia y la creación del Estado costarricense, la existencia de dos tendencias que se disputaban la estructura de Costa Rica y su gobierno. Con el triunfo de los imperialistas en la guerra civil que se desató en 1823 y el nombramiento del gobierno siguiendo los preceptos constitucionales del caso; quedó concluido el proceso crítico por el cual pasó el nuevo Estado. Sin embargo, aún y cuando se logra en parte normalizar la situación y recibir noticias con muy buenos augurios en bien de la república, los imperialistas persisten con la idea de anexar a Costa Rica al imperio de Iturbide.

---

(*) El Prof. Rafael Obregón L. y el Lic. Hernán G. Peralta, al referirse a estos dos bandos, los denominan como anexionistas y separatistas; este último expone lo siguiente: "Desde un punto de vista sociológico es claro que habían elementos liberales y conservadores en Costa Rica, pero estuvieron distribuidos en los bandos anexionista y separatista, nunca se organizaron políticamente de acuerdo con las tendencias que podían derivarse de esas maneras de sentir o de pensar. . .". (PERALTA, Hernán G., "Agustín de Iturbide y Costa Rica", citado por OBREGON LORIA, Rafael, "Costa Rica en la Independencia y en la Federación". Edit. Costa Rica, San José, Costa Rica, 1977, pág. 157).

(64) MONGE ALFARO, Carlos, op. cit., 1957, pág. 137.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

El 4 de mayo de 1823 se recibieron importantes noticias de las ciudades de Guatemala, León y Granada. Vicente Filísola viendo próxima la caída de Iturbide había convocado para el 29 de mayo a todas las provincias de Centro América para que enviasen diputados a Guatemala, a fin de cumplir con lo establecido en el acta del 15 de setiembre. El 5 de mayo la Asamblea contestó que si bien deseaba entablar relaciones diplomáticas con ellas, no accedería mientras tanto esas provincias siguiesen bajo el dominio de México (65).

Con esto se logra dar mayor estabilización a la decisión tomada; sin embargo, tratar de integrar la conciencia de todos los ciudadanos requiere mucho tiempo para realizarse, a sabiendas que los cartagineses, además de no creer que hubieran perdido en forma definitiva la partida, esperaban más bien la ayuda de León de Nicaragua o de México.

En período posterior a la guerra civil, Cartago que era el máximo representante del imperialismo, va reiteradamente a oponerse, ya no tanto a la pérdida ante los republicanos, sino como reacción lógica ante la pérdida de la condición de capital. Los Jefes de Estado que tuvieron a cargo el gobierno trataron en todo momento de encauzar políticas a fin de superar las rencillas y crear un ambiente que cubriera a todos los pueblos y ciudadanos.

Después de tantas vicisitudes internas tenemos que en el ámbito centroamericano, en atención a la convocatoria al Congreso girada por Vicente Filísola, el 1 de julio de 1823 se reunió en Guatemala la Asamblea Nacional Constituyente para discutir las bases y estructuras del gobierno, que iría a asumir la unión centroamericana. En dicha sesión, se decretó: (*) 1. Que las expresadas Provincias, representadas en esta Asamblea, son libres e independientes de la Antigua España, de México y de cualquier otra potencia, así del antiguo como del nuevo mundo, y que no son ni deben ser el patrimonio de persona ni familia alguna. 2. En consecuencia, son y forman nación Soberana, con derechos y en aptitudes de ejercer y celebrar cuantos actos, contratos y funciones ejercen y celebran los pueblos libres de la Tierra. 3. Que las Provincias representadas en esta Asamblea (y las demás que espontáneamente se agreguen de las que componían el antiguo Reino de Guatemala) se llamarán, por ahora sin prejuicio de lo que se resuelva en la constitución que ha de formarse.

Posteriormente, una vez aceptado el Sistema Federal se declaró que Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador y Costa Rica pasaban a formar parte de la República Federal con el nombre de las Provincias Unidas del Centro de América. En la Constitución Federal, en el artículo 10 se dispuso que "cada uno de los Estados que la componen —refiriéndose a la Federación Centroamericana— es libre e independiente de su gobierno y administración anterior; por otra parte, el artículo 178 resume que todos los estados podrían constituirse como lo tengan por conveniente pero de manera que sus instituciones guarden armonía con lo de la nación".

En base a ello se decretó la constitución Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica la cual define la consumación de nuestra independencia política. Con esta carta constitucional se consiguió por primera vez en la vida independiente de nuestro país, estructurar políticamente al pueblo costarricense; la cual constituye el ordenamiento jurídico fundamental primario y originario de Costa Rica, o sea que en ella se creó el Estado Nacional.

Así lo dicen los artículos 12, 13 y 17 respectivamente:

> "El es y será para siempre libre e independiente de España, México y cualquiera otra potencia o gobierno extranjero y no será jamás el patrimonio de ninguna familia, ni persona. . .". "Es y será uno de los que forman la Federación del Centro de América. El estado se denominará Estado Libre de Costa Rica" (66).

Ahora bien, no se puede negar que a esa constitución se le hicieron algunas variaciones; tal como la sustitución del régimen federal por el central y cambios en la forma de gobierno, que en definitiva obedecían a otros ordenamientos constitucionales; sin embargo, la forma de Estado implantado en dicha constitución, no desapareció.

Por primera vez en la vida constitucional de Costa Rica, se estableció los clásicos poderes del Estado. El Poder Supremo se dividiría en Legislati-

---

(65) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo, 1971, pág. 97.

(*) Cuando se emitió esta ley aún no habían concurrido los representantes de Honduras, Nicaragua y Costa Rica. (MARURE, Alejandro, Tomo I, 1877, pág. 62).

(66) ZELEDON, Marco Tulio, 1946, pág. 54.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

vo, Ejecutivo, Judicial y Conservador. Este último constituía en teoría el cuarto poder, aunque en la práctica no era así, pues hacía las veces de Senado, al estilo de la Carta Federal.

Hemos aseverado que dadas las condiciones socio-económicas y políticas que Costa Rica vivió durante ese período, se vuelve propicio el momento para organizar al naciente Estado, basados en las nuevas doctrinas del Estado Democrático. El gobierno nacido en la constitución de 1825 es de carácter unitario, pero separado en cuanto a su organización y funcionamiento en tres poderes —con respecto al Poder Conservador, antes hicimos la observación—, con el fin de establecer una relación de frenos y contrapesos entre ellos y no permitir la concentración del poder en manos de una sola persona. A consecuencia de que dicha constitución, está inspirada en la Constitución Federal, arrastra una serie de vicios; tales como el establecimiento de un Senado nulo, un Ejecutivo impotente, un Congreso absoluto; de manera que el concepto de contrapesos no se dio en esta organización, ya que entre los mismos poderes existe una graduación jerárquica. Al Poder Legislativo, le correspondía:

> "Hacer las Leyes, Ordenanzas y Reglamentos del Estado, interpretar y abolir las establecidas... erigir los establecimientos, corporaciones, Tribunales y demás que se considera conveniente, para el mejor orden del Estado, en justicia, economía, instrucción pública y otros ramos de administración... Autorizar al Poder Executivo para recivir y reconocer los enbiados de los otros Estados, y para celebrar tratados con ellos de éste u otro modo... Sólo los diputados en el Congreso podrían proponer y proyectar las Leyes y lo deberían hacer por escrito" (67).

Tal situación o estilo administrativo favoreció los primeros pasos realizados por los gobernantes, más al desarrollarse el país en ciertas líneas, principalmente en la economía, al pasar los años y aumentar las demandas y necesidades de la nación como en todo; la debilidad del Poder Ejecutivo se tornó en un factor que evitaba se consolidase la vida nacional (y) pusiese coto a las prepotencias de determinados grupos que mantenían desplegada la bandera del localismo (68).

Emitida la Constitución Federal y la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, pasó a ser Juan Mora Fernández el primer Jefe de Estado de Costa Rica; el cual formaba parte de la Federación Centroamericana.

Don Carlos Monge Alfaro, nos comenta al respecto lo siguiente:

> "Si la mejor política consistía en gobernar para la paz y la armonía, el buen sentido recomendaba llevar a la Jefatura del Estado a una persona, que por su espíritu republicano y sus relaciones con los pueblos más afectados en la lucha de 1823, pudiera hacer un gobierno de integración nacional beneficioso para el todo, para la Patria, ninguna mejor inspirada y apta para realizar una labor de entendimiento nacional como don Juan Mora Fernández, hombre querido y ecuánime, que había desempeñado importantes puestos en las Juntas Gubernativas desde 1821 en adelante" (69).

La debilidad del Ejecutivo se hizo aún más patente, a causa entre otras cosas de la personalidad de quien resultó elegido Jefe de Estado, en sustitución de Juan Mora Fernández, don José Rafael Gallegos, quien bajo su administración vuelven a tomar auge los sentimientos e intereses regionales y la lucha por quitarle a San José el derecho de ser sede de las autoridades gubernativas. Ante esta situación y en un afán de satisfacer los deseos de los conservadores emitió la Ley de la Ambulancia el 15 de marzo de 1834, en el cual se disponía que "Las Supremas Autoridades del Estado residirían el período de cuatro años en las ciudades de Alajuela, Heredia, Cartago y San José" (70). Esta medida nos indica con claridad que nuestro país no había adquirido fisonomía propia, ni unidad. Aún se presentaba como un grupo de ideas separadas por estrechos regionalismos (71).

Es inconcluso que la eficiencia real y positiva de la vida en común se alcanza hasta tanto ésta se desarrolle por un sendero de orden para evitar el caos de la sociedad nacional, y es indispensable que exista una regulación que encauce y dirija esa vida en común; de manera que analizando tanto los aspectos de organización del propio gobierno, como las vicisitudes que amenazaban con la ruptura del statu quo del Estado; se necesitaba en defi-

---

(67) MONGE ALFARO, Carlos, **Las primeras manifestaciones del Estado Costarricense.** En: Rev. de la Universidad de Costa Rica. Número extraordinario, setiembre, 1971, No. 31, pág. 122.

(68) Idem, pág. 120.

(69) Ibídem, pág. 123.

(70) MONGE ALFARO, Carlos, 1978, pág. 192.

(71) Idem, pág. 193.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

nitiva la intervención de un gobierno enérgico y que atacara con mayor decisión el problema que en ese momento ponía al país al borde de una nueva guerra civil.

Fue don Braulio Carrillo, el gobernante que se necesitaba; sólo una voluntad de hierro, capaz de no retroceder ante nada, podía sacar bien a nuestra patria de ese período de anarquía y desarticulación (*). En su persona de Primer Magistrado se reunieron, con excepción del Judicial, todos los poderes del Estado ejercidos como en las más auténticas épocas del absolutismo, sin límites ni responsabilidades de ninguna especie; con Carrillo reaccionamos de todas nuestras timideces, nos desentumecimos y nos decidimos, a fin de echar a andar como verdadera nación independiente (73).

(*) Con visión globalizadora, su obra resulta, desde esta perspectiva, ejemplar y decisiva en la suerte posterior de la sociedad nacional. . . su visión política insuperable, salvó al país de las dificultades que los Estados vecinos hubieron de padecer por largo tiempo (72).

(72) MELENDEZ CHAVERRI, Carlos, 1979, pág. 112.

(73) JIMENEZ, Mario Alberto, 1973, pág. 59-60.

**Sección III: Reseña Legislativa Extranjera.**

# DOCUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE ADOPCION DE NIÑOS EN LOS PLANOS INTERNO E INTERNACIONAL*

*Dr. Ubaldino Calvento Solari.*
*Jefe de Estudios Jurídicos y Sociales, Instituto Interamericano del Niño, O.E.A.*

1. Son por todos conocidas las sustanciales transformaciones que se vienen operando en las instituciones del Derecho de Familia en los últimos años y a la cual no ha quedado ajena la institución de la adopción de niños. Sin embargo, a las naturales transformaciones que esta experimenta a nivel interno, se agregan hoy problemas especiales que la misma presenta por el auge creciente de las adopciones internacionales, lo cual es motivo de preocupación de los gobiernos y de los organismos internacionales.

2. La adopción internacional o "adopción entre países" se configura cuando los adoptantes y los niños no tienen la misma nacionalidad y en la cual el domicilio habitual de los adoptantes y el del niño se encuentran en países diferentes.

3. Desde finales de la segunda guerra mundial, la emigración de niños con vistas a la adopción se ha hecho general de Europa a los Estados Unidos y de un país europeo a otro. En su momento para muchos niños esto representó una solución excelente para sus problemas.

4. Actualmente países desarrollados, altamente industrializados y de baja natalidad se interesan por incorporar niños en adopción provenientes de países en vías de desarrollo y de alta natalidad, donde el problema de la infancia abandonada adquiere dimensiones importantes. A menudo en estos países los mecanismos de integración a un hogar sustituto se encuentran poco desarrollados y la adopción internacional puede presentarse como una solución.

5. La Declaración Universal de los Derechos del Niño, si bien no establece claramente el derecho del niño a tener una familia —que para nosotros constituye un derecho fundamental— enfatiza en el Principio 6o. que el niño debe crecer y desarrollarse bajo la responsabilidad de sus padres y siempre en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material. El Estado y la comunidad tienen la obligación de arbitrar las medidas necesarias para que el niño privado de familia disfrute de un ambiente familiar a través de un hogar sustituto, y en la imposibilidad de cumplir con esta responsabilidad, no es aventurado afirmar que esta obligación, en última instancia debe ser satisfecha por la comunidad internacional.

6. Las adopciones internacionales o entre países presentan aspectos importantes y que se ubican en planos distintos; unos en el plano jurídico y otros que son de tipo sociocultural, quizás estos últimos más importantes que el primero.

En el plano jurídico, durante los últimos años

---

* *De Boletín del I.I.N. Setiembre-Diciembre 1980. Nos. 214, 215.*

las leyes sobre adopción de los diversos países se han modificado tratando de adaptarlas a los cambios sociales y a las nuevas orientaciones en la materia. Una adopción internacional pone muchas veces en colisión leyes de diversos países, ya que los padres naturales, el niño y los adoptantes se encuentran sometidos a estatutos jurídicos diversos. Una adopción legalmente pronunciada de acuerdo a la legislación de un país y que otorga determinado estado civil al niño, puede no tener la misma eficacia en su país de origen, donde quizás detente un estado civil distinto. Algunos acuerdos y convenciones internacionales han tratado de solucionar estos conflictos de leyes.

En el plano sociocultural la formalización de un vínculo de adopción supone el cumplimiento de una serie de tareas con miras a lograr una adecuada integración del niño a su nuevo hogar, lo cual debe hacerse en forma responsable y con intervención de organismos y profesionales calificados, cumpliéndose una adecuada supervisión antes y después de la colocación del niño. Estas actividades tienden a asegurar el éxito de la adopción y deben observarse no sólo en las adopciones domésticas, sino también en las adopciones internacionales. De ahí que el mecanismo de la adopción internacional deba canalizarse a través de organismos especializados, que trabajen con responsabilidad y profesionalidad y estén debidamente controlados por los Estados.

7. Consciente de la importancia de esta cuestión, las Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social (Comisión de Desarrollo Social), convocó en diciembre de 1978 a un Grupo de Expertos para que elaborase un proyecto de declaración sobre los principios sociales y jurídicos en materia de adopción y de colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, para ser presentado al Consejo Económico y Social y a la Asamblea General. Este Grupo de Expertos estuvo integrado por las siguientes personas nombradas por el Secretario General: Phoebe M. Asiyo, Oficial Ejecutiva de la Sociedad de Bienestar Infantil de Kenya; Ilse M. Goldschmidth, Directora Regional para América Latina del Servicio Social Internacional (Venezuela); Helena Gutiérrez, Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; Wanda Klominek, Profesora de Psicología de la Universidad de Cracovia (Polonia); Damien Ngabonziza, del Departamento de Asuntos Sociales (Alto Volta); Mohini Raghunath, del Consejo Indio de Bienestar Social; Elina A. Rautanen, Directora Ejecutiva de la Asociación del Bienestar Infantil (Finlandia); Elaine Schwartz, de la Oficina de la Infancia de la Administración para los Niños, los Jóvenes y las Familias del Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos de América; Emmett K. Turner, Director Ejecutivo de la Fundación Kaisahang Buhay (Filipinas).

Además, los siguientes representantes de organizaciones no gubernamentales que trabajan en la esfera de la adopción y la colocación en hogares de guarda fueron invitados a participar en la reunión como expertos: John Adams, Director Ejecutivo, Holt International Children's Services, Inc., Giusepe Cicorella, Presidente del Comité Internacional de Asociaciones de Familias Adoptivas; Audrey Moser, Secretaria General del Servicio Social Internacional; Bette S. Miller, Unión Internacional para el Bienestar Infantil; Helen Thomaides, Consultora de Casos del Servicio Social Internacional. El Dr. Norman Sherry, Profesor Clínico Ayudante de Pediatría de la Facultad de Medicina de la Universidad de Harvard de los Estados Unidos, participó en el Grupo de Expertos como asesor.

Asistieron a la reunión como observadores Suzanne Bettens, Directora de Adopción de Terre des Hommes (Suiza), Roland Guerin, de la Oficina de Adopción de Quebec (Canadá); Janina Janik, de la Academia Médica de Cracovia (Polonia); May Newby, del Consejo Mundial de Iglesias; Michele Petit, de Hogares Adoptivos Internacionales (Francia); Elisabet Sandberg, del Centro de Adopción de la Sociedad Sueca para el Bienestar Infantil Internacional; Birgitta Thunström, del Consejo Sueco de la Adopción Internacional, y Margod Weyer de Terre des Hommes (República Federal de Alemania).

8. El proyecto de Declaración elaborado por el Grupo de Expertos, con las sugerencias y comentarios de muchos de los Estados Miembros, fue sometido a la consideración de la 35a. sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

9. Mas recientemente, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su Décimo Período Ordinario de Sesiones, también se ocupó de la adopción entre países recomendando la inclusión del tema de la Adopción de Menores en el temario de la próxima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

10. Dada la importancia de estos documentos incluimos a continuación el texto de los mismos.

# PROYECTO DE DECLARACION SOBRE LOS PRINCIPIOS SOCIALES Y JURIDICOS EN MATERIA DE ADOPCION Y DE COLOCACION EN HOGARES DE GUARDA EN LOS PLANOS NACIONAL E INTERNACIONAL*

### Bienestar general de la familia y el niño

"1. Redunda en beneficio de todas las naciones dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño al hacer planes para la utilización y el aprovechamiento de los recursos nacionales.

2. Es de todos reconocido que la mejor manera de asegurar el bienestar del niño es asegurando el bienestar de la familia.

3. La primera prioridad de un niño es que le atiendan sus padres biológicos. En caso de que ellos no pudieran ocuparse del niño, el primer sustituto lo deberían constituir los otros miembros de la familia.

4. Cuando la familia biológica no puede ocuparse del niño o sus cuidados son inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que dichos cuidados los brinde una familia sustitutiva.

5. Debe reconocerse que hay padres que no pueden criar a sus propios hijos, y en esos casos debe darse la mayor importancia a los derechos del niño a la seguridad, el afecto y la atención continuada.

6. Quienes prestan servicios deben tener capacitación profesional en trabajo social en materia de bienestar de la familia y de la infancia.

### Colocación en hogares de guarda

7. Todo niño tiene derecho a tener una familia. En caso de que los niños no puedan permanecer con su familia biológica será preferible colocarlos en hogares de guarda o darlos en adopción antes que ponerlos en instituciones, a no ser que las necesidades particulares del niño puedan satisfacerse mejor en una institución especializada.

8. Los niños para quienes anteriormente se consideraba que la atención de instituciones era la única solución deben ser colocados en hogares de guarda o adoptivos.

9. Deben tomarse las medidas necesarias para regular la colocación de niños fuera de su familia biológica.

10. La colocación de niños en hogares de guarda debe ser un servicio planificado y, temporario como paso hacia un estado de permanencia para el niño, que incluya su restitución a su familia biológica o la adopción pero que no se limite a ellas.

11. La planificación respecto del niño colocado en un hogar de guarda debe incluir a la familia biológica, a la familia de guarda y al niño, según proceda, bajo los auspicios de un organismo competente autorizado.

### Adopción

12. El propósito fundamental de la adopción es proporcionar una familia permanente al niño que no puede recibir los cuidados de su familia biológica.

13. Los procedimientos de adopción deben ser lo suficientemente flexibles para satisfacer las necesidades del niño en diversas situaciones.

14. Al considerar distintas posibilidades de adopción los responsables del niño deben elegir el medio más adecuado para cada niño.

15. Los padres biológicos deben contar con tiempo suficiente y con asesoramiento adecuado para llegar a una decisión respecto al futuro de su hijo, pero se debe reconocer que lo mejor para el niño es que esa decisión se tome cuanto antes.

---

* *Preparado por el Grupo de Expertos reunido del 11 al 15 de diciembre de 1978 en Ginebra. Documento de Naciones Unidas: E/CN. 5/574, 22 enero 1979.*

16. La legislación y los servicios deben asegurar que el niño pase a ser parte integral de la familia adoptiva.

17. Debe reconocerse la necesidad de los adoptados adultos de conocer sus antecedentes reales.

18. Las leyes deben reconocer el concepto tradicional de adopción en la familia para asegurar la protección de los niños y ayudar a la familia prestándole asesoramiento.

19. Los gobiernos deben determinar si sus servicios nacionales para la infancia son suficientes y tener en cuenta a los niños cuyas necesidades no son satisfechas por los servicios existentes. Para algunos de esos niños, la adopción en otros países puede ser considerada un medio adecuado de proporcionarles una familia.

20. Cuando se considere la posibilidad de adopción en otros países deberán establecerse la política y las medidas legislativas necesarias para proteger a los niños.

21. En cada país la colocación deberá efectuarse por conducto de organismos autorizados competentes para tratar con los servicios de adopción entre países y aplicar las mismas salvaguardias y normas que se aplican respecto de las adopciones en el país de origen.

22. En consideración de la seguridad jurídica y social del niño, no son aceptables las adopciones por poder.

23. No se considerará ningún plan de adopción sin establecer antes que el niño está en libertad legal para ser adoptado y que se cuenta con los documentos pertinentes necesarios para completar el trámite de adopción. Todos los consentimientos necesarios deben tener forma jurídica válida en ambos países. Deberá establecerse definitivamente que el niño podrá inmigrar al país de los posibles padres de adopción y que posteriormente podrá obtener la nacionalidad de éstos.

24. En los casos de adopción entre países debe asegurarse que la convalidación legal de la adopción pueda efectuarse en los dos países pertinentes.

25. En todo momento el niño debe tener nombre, nacionalidad y tutor legal".

En la resolución 1925 (LVIII) del Consejo Económico y Social se decidió que el Grupo de Expertos, además de preparar el proyecto de declaración que antecede, redactará directrices para uso de los gobiernos para la aplicación de esos principios. Sin embargo, el grupo de expertos llegó a la conclusión de que era imposible preparar el proyecto de resolución y las directrices en el plazo limitado (una semana) de que disponía. Habida cuenta de ello, el Grupo de Expertos decidió limitar su labor a la formulación de las siguientes recomendaciones relativas a la aplicación de los principios que anteceden:

**Bienestar general de la familia y del niño**

"1. Los gobiernos deben ser responsables de promulgar y aplicar las disposiciones legislativas necesarias para promover procedimientos eficaces en materia de bienestar de la familia y el niño.

2. Es necesario que la sociedad, por conducto de los gobiernos, satisfaga las necesidades fundamentales del niño y de su familia mediante programas generales de bienestar de la comunidad y de la familia.

3. Los gobiernos deben establecer y aplicar normas en materia de servicios para la familia y el niño en cooperación con organismos autorizados competentes.

4. Deben establecerse servicios permanentes de capacitación y perfeccionamiento del personal especializado que respondan a las necesidades cambiantes de la comunidad.

5. Se debe educar al público con miras a aumentar la conciencia de la comunidad de que hay niños con necesidades especiales, y se debe alentar la participación de todos los miembros de la comunidad en ese sentido.

6. Los gobiernos deben proporcionar a sus ciudadanos, desde la infancia, educación para la paternidad y la maternidad. Todos los futuros padres y madres deben tener acceso al asesoramiento. Se deben asignar recursos concretos para las necesidades especiales de la familia.

7. Se debe planificar la acción social y la educación de la sociedad con miras a cambiar actitudes y lograr la aceptación de quienes están sujetos a la discriminación.

**Colocación en hogares de guarda**

8. Cuando un niño no vive con su familia biológica, los miembros de dicha familia deben recibir servicios con miras a poder reanudar la atención del niño dentro de un plazo razonable o ayudarlos a hacer otros planes permanentes para el niño.

9. Debe haber fácil acceso a los servicios de los programas de bienestar de la familia y del niño de manera que las decisiones respecto del futuro bienestar de un niño se puedan adoptar lo antes posible.

10. Es responsabilidad de los organismos reunir información respecto de los niños que pasan a necesitar sus servicios a fin de ayudarlos en su propio hogar o compartir la información necesaria con las familias de guarda o de adopción.

11. La flexibilidad en la aplicación de los principios es importante. Será conveniente adoptar una actitud imaginativa e innovadora respecto de situaciones y necesidades cambiantes.

12. Todas las colocaciones deberán ser efectuadas por un organismo autorizado de colocación de niños o directamente por la familia biológica con la asistencia de un organismo autorizado de colocación.

13. Todos los principios deberán aplicarse teniendo debidamente en cuenta las actitudes y los valores religiosos, étnicos y culturales de todos los involucrados.

14. Cada país deberá tener sistemas de información para identificar a los niños que no están con sus familias biológicas y asegurar la planificación y los servicios apropiados. Dicha información deberá incluir las características de esos niños.

15. La familia biológica debe participar en la planificación que se haga respecto de su hijo a lo largo de todo el proceso de colocación en hogares de guarda.

16. Los padres del hogar de guarda deben tener la oportunidad de prepararse y capacitarse para su función.

17. La función de los hogares de guarda y sus derechos y responsabilidades deben estar claramente enunciados en las normas nacionales.

18. Los gobiernos deben tomar las medidas necesarias para que los hogares de guarda tengan acceso, entre otras cosas, a servicios financieros, jurídicos y profesionales de otro tipo proporcionados directamente o por conducto de organismos autorizados competentes.

**Adopción**

19. Los gobiernos deben promulgar leyes de adopción a fin de proporcionar las salvaguardias necesarias para el niño, la familia biológica, la familia de adopción y la sociedad, y deben asignar recursos a los servicios necesarios para dar aplicación a las leyes de adopción.

20. Esos servicios deben brindarse de manera permanente a todos los que participen en el proceso de adopción antes, durante y después de terminado el proceso de adopción legal.

21. Los servicios deberán organizarse y coordinarse a nivel nacional de modo que cada niño que necesite una familia adoptiva pueda encontrarla.

22. Al mismo tiempo, los gobiernos deben informarse de la legislación, los procedimientos y los tipos de servicios existentes en los países que se han ofrecido a encontrar hogares adoptivos.

23. Las normas de inmigración y emigración deberán ajustarse a las prácticas correctas de adopción enunciadas en estos principios".

# INCLUSION DEL TEMA "ADOPCION DE MENORES" EN LA PROXIMA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

**LA ASAMBLEA GENERAL,**
**CONSIDERANDO:**

Que la institución jurídica de la adopción de menores, en todas sus formas constituye por excelencia un medio de protección de la infancia, particularmente de la que se encuentra en situación de abandono;

Que en los últimos años se observa en los países americanos un aumento creciente de las adopciones de niños realizada a nivel internacional o entre países, modalidad que suscita con gran frecuencia difíciles problemas de nacionalidad, estado civil, competencia y conflicto de leyes, lo cual requiere la sanción y unificación actualizada de normas de Derecho Internacional Privado a nivel interamericano que contemple las exigencias actuales de esta problemática;

Que la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II) aprobó la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, cuyo Artículo Segundo contempla "el cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales";

Que la CIDIP-II por resolución CIDIP-II/VII (79) recomendó a la Asamblea General que convoque otra Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado;

Que el Instituto Interamericano del Niño y la Comisión Interamericana de Mujeres, vienen trabajando con preocupación en el campo de la protección jurídico-social del niño y en la unificación de normas de Derecho Internacional Privado, respectivamente, por lo que puede aprovecharse sus experiencias al respecto,

**R E S U E L V E :**

Recomendar al Consejo Permanente para que el proyecto de temario de la próxima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, incluya el tema relativo a la Adopción de Menores.

---

* *Resolución aprobada por la Asamblea General de la OEA en su Décimo Período Ordinario de Sesiones, celebrada en Washington, del 19 al 27 de noviembre de 1980.*

**Sección IV.**

# RESEÑA BIBLIOGRAFICA

Mario Ruiz Massieu. **Temas de Derecho agrario mexicano** (Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981) 145 páginas.

Como forma de difundir el Derecho agrario de su país, la Universidad Nacional Autónoma de México, publica este interesante libro del investigador MARIO RUIZ MASSIEU —otrora destacado en el prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad— que constituye una importante obra sobre problemas pasados y presentes de la normativa —realidad— agraria mexicana.

El libro, que lleva el nombre de **Temas**, es producto de la reunión de una serie de trabajos de distinta índole, que aunque no tengan esa división sistemática sí podría afirmarse que se encuentra constituido por diferentes partes (o grandes sectores de temas).

Un primer gran tema es el análisis de la historia del Derecho agrario mexicano, en los dos primeros capítulos. De esta forma el autor inicia su investigación, con un estudio de la génesis del latifundio en México analizando en forma profunda el fenómeno tanto en la conquista (con los primeros repartos de tierra y la propiedad indígena) como en la Colonia (con la confluencia de diferentes concepciones: indígena, laica y eclesiástica) cuando se configuró este problema tan serio de la realidad agraria mexicana y que diera lugar a los grandes movimientos revolucionarios de 1810 y 1910. En el segundo capítulo analiza también los principios de Derecho agrario consagrados en el Plan de Ayala del 28 de noviembre de 1911 —dictado por el líder agrarista Emiliano Zapata— así como sus institutos principales que aún se encuentran incólumes en el ordenamiento jurídico mexicano, entre otras las acciones de dotación y restitución, lo mismo que las normas procesales que permitieron su adecuado funcionamiento.

La segunda parte se encuentra constituida por el estudio del tema de la propiedad. Se incluyen en esta forma tres aspectos: uno constitucional referido al artículo 27 de la Carta Magna de 1917, otro sobre las posibilidades de propiedad privada en el campo, y el último sobre las colonias agrícolas y ganaderas que aún existen en México. En el capítulo siguiente se analiza el artículo 27 de la Constitución Política de Querétaro en virtud del cual se institucionaliza todo un "sistema agrario constitucional" (como le llama don Lucio Mendieta y Núñez) al introducir en el mundo jurídico el concepto de "La propiedad como función social" de que tanto ha debido comentar la Ciencia Jurídica, pues de México este concepto pasó a la Constitución Política de Weimar en 1919, y luego —con diferentes tonalidades— a casi todos los cuerpos constitucionales del mundo —dentro de los cuales se excluyen muy pocos, nuestro país entre ellos, que no han sido capaces de adaptarse al modernismo— porque constituye un paso adelante en que la propiedad pasa de ser derecho subjetivo —con los caracteres ya superados de **sagrado, inviolable, absoluto, fundamental**— para ser ahora un derecho-deber, un instrumento de producción, pero sobre todo una concepción que sirva de base para pasar de un sistema "liberal" en que solamente encuentran protección los derechos políticos, clásicos o individuales, a un sistema "social" en que esos mismos derechos son integrados con otros que

son "sociales" o "económicos" de libertad. En el Capítulo cuarto se analiza la "Regulación jurídica de la propiedad privada en el campo", analizando las diferentes figuras que ese ordenamiento jurídico ofrece: la mediana propiedad, la pequeña propiedad, así como una serie de instituciones muy interesantes dentro de las que cuentan la inafectabilidad agraria, la posesión en materia agraria, las tierras ociosas, y la problemática —otra vez— del minifundio y latifundio. En el Capítulo quinto —para terminar con el tema propietario agrario— se estudia el problema de las "colonias agrícolas y ganaderas" tanto en la época de la Colonización, como a través de todo su desarrollo en virtud de los Códigos Agrarios que se fueron dictando, hasta llegar al "Nuevo reglamento general de colonias agrícolas y ganaderas" del 25 de abril de 1980.

Los tres últimos capítulos hacen referencia a la reestructuración de la Secretaría de la Reforma Agraria, en virtud de las amplias facultades de que goza el Presidente de la República Mexicana para ello, lo cual ha acontecido con posterioridad de la Ley Federal de Reforma Agraria de 1974; un estudio sobre ese interesante órgano —administrativo pero con gran influencia en decisiones jurisdiccionales: de **iuris dictio** (no judiciales)— que es el "Cuerpo consultivo agrario", y finalmente, el libro termina con el capítulo octavo que se denomina "El sistema de seguridad social a grupos marginados" en que se analiza la normativa de la Ley del Seguro Social, así como las funciones del Instituto Mexicano del Seguro Social referidos al sector agrario.

Este libro, del buen amigo MARIO RUIZ MASSIEU, constituye sin duda la continuidad de la obra iniciada desde 1923 por don Lucio Mendieta y Núñez —cuando en virtud del cual constituyó una Escuela (siendo él el maestro) que debió admirar y comentar Europa y América— confiando que será con ese gran compromiso del jurista mexicano para con los problemas de su pueblo, pero, ahora, revitalizado por el impulso de la nueva generación que tiene la obligación también de profundizar en la Teoría General del Derecho agrario, donde sin duda se encuentra ubicado RUIZ MASSIEU de quien esperamos grandes frutos en el futuro.

*Dr. Ricardo Zeledón Zeledón.*

* * *

Sección VI.

# PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

*Dr. Gerardo Trejos Salas.*

## DERECHO CIVIL

En juicio ordinario sobre inocuidad de sentencias, propiedad de acciones y daños y perjuicios, se resuelve que los pronunciamientos hechos en dos juicios ordinarios ya fallados, en los que se discutió y resolvió sobre la propiedad de acciones al portador que reclaman los demandantes, no pueden ejecutarse con perjuicio de éstos, por ser los verdaderos dueños de las acciones reclamadas y por haber mediado en esos dos juicios connivencia entre las partes, que se descubre no sólo por la rapidez con que los jueces civiles dictaron los respectivos fallos, sino por el ajuste de voluntades de las partes que ahí intervinieron, con perjuicio y en la más completa indefensión de los ahora demandantes, a quienes los accionados deben pagar solidariamente los daños y perjuicios que produjeron.

1980. Sala Primera Civil, No. 87 de las 15:20 hrs. del 25 de marzo.

## DERECHO DE FAMILIA

En un incidente de aumento de pensión alimenticia formulado dentro de un juicio de divorcio por mutuo consentimiento se resuelve que lo acordado por las partes en el convenio respecto de la pensión que deberá pagar el alimentante a sus hijas no obliga a los Tribunales y puede ser modificado por éstos, si consideran que por ser el monto de la pensión muy elevado, puede contravenir lo dispuesto por el artículo 151 del Código de Familia, como ocurre en este caso.

1980. Sala Segunda Civil, No. 61 de las 16:00 hrs. del 11 de marzo.

Tratándose de un hijo cuya paternidad está registrada, se declaran sin lugar las diligencias de reconocimiento establecidas por quien alega ser su verdadero padre, porque la validez del nuevo reconocimiento está supeditado a la coexistencia de un juicio de impugnación de paternidad que se declare con lugar.

1980. Tribunal Superior Civil, No. 262 de las 9:15 hrs. del 28 de marzo.

En juicio ordinario incoado por el padre de un hijo extramatrimonial tendiente a que la madre de éste sea suspendida en el ejercicio de la patria potestad, la Sala de Casación, confirmando el criterio del Tribunal de instancia, concluye que el artículo 142 del Código de Familia al expresar que el padre del hijo extramatrimonial, previa autorización judicial, puede ejercer la patria potestad "conjuntamente con la madre", no significa, como pretendía la recurrente, que la madre del hijo extramatrimonial nunca pierde el ejercicio del poder parental, aunque llegue a incurrir en alguno de los motivos que preceptúa la ley como causas de suspensión o modificación de la autoridad parental, sino que, por el contrario, las sanciones contempladas en la ley para quienes se hagan indignos de ejercer la patria potestad son de aplicación general para los padres de los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio. Se rechaza, además, la excepción opuesta por la madre demandada que pretendía que los jueces declararan que el actor no es el padre del

hijo que aparece como suyo en el Registro Civil, puesto que para tal efecto no basta la simple oposición sino que debió ejercerse por aparte la acción correspondiente.

1980. Sala de Casación, No. 3 de las 16:00 hrs. del 9 de enero.

## DERECHO LABORAL

Se declara injustificado el despido de una funcionaria del Instituto Costarricense de Electricidad destituida por la entidad patronal alegando que había participado en una huelga ilegal, en razón de que los Tribunales consideraron que la actora, aun cuando fue nombrada como empleada de la Institución demandada y ésta pagaba su salario, en realidad era subordinada directa del Sindicato desde el momento en que la Institución, en cumplimiento de las cláusulas de un convenio celebrado con la organización de los trabajadores la destacó para que trabajara para el Sindicato en labores administrativas, por lo que no cometió falta alguna al acatar durante la huelga órdenes e instrucciones de los directores de éste.

1980. Sala de Casación, No. 1 de las 14:30 hrs. de 4 de enero.

## DERECHO MERCANTIL

Después de sostener por mayoría que la factura presentada como base de ejecución reúne los requisitos de título ejecutivo si viene autorizada por un dependiente del principal y se prueba que se recibió la mercadería, el Tribunal Superior Civil con nueva integración, varía el criterio y resuelve que para acogerse a la vía sumaria del proceso ejecutivo es indispensable que la factura haya sido firmada por el comprador, por su mandatario o por su encargado debidamente autorizado por escrito.

Hay voto salvado.

1980. Tribunal Superior Civil, No. 113 de 9:30 hrs. de 23 de enero.

Pese al artículo 417 del Código de Comercio, se ordena al Registro Público inscribir un documento que contiene un período "de gracia" durante el cual el deudor no debe amortizar la obligación, por considerar que los términos de gracia o de cortesía que prohíbe la legislación mercantil son únicamente aquéllos de la antigua tradición española, civil y comercial, que autorizaban a los jueces, en casos especiales, para conceder al deudor un plazo adicional para el cumplimiento de su prestación, pero no los plazos convencionales que fijan las partes libremente para el pago de las obligaciones provenientes de los contratos.

1980. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 3826 de 17:05 hrs. del 20 de marzo.

Con ocasión de un juicio ejecutivo prendario se resuelve que en materia mercantil la prescripción se interrumpe con la notificación presonal al deudor del auto que da traslado a la demanda y no mediante la simple presentación de ésta, como ocurre en Derecho Civil. La sentencia incluye interesantes consideraciones sobre las diferencias entre la prescripción civil y la aplicable a la materia mercantil.

1980. Tribunal Superior Civil, No. 197 de las 10:20 hrs. del 12 de marzo.

## DERECHO PENAL

En causa por retención o apropiación indebida el Tribunal penal se declara competente para determinar las implicaciones civiles de un contrato y absuelve de toda pena y responsabilidad a los acusados por considerar que como vendedores de una finca no tienen la obligación de devolver las arras que recibieron del comprador desde que en la promesa recíproca de compraventa que celebraron las partes, y que los jueces penales consideran resuelta, se estipuló que si la sociedad compradora no comparecía a otorgar la escritura correspondiente —como ocurrió—, la parte vendedora podía retener las arras a título de daños y perjuicios o cláusula penal.

1980. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Segunda, No. 28 de las 12:30 hrs. del 12 de febrero.

La sentencia sostiene el criterio de que la Ley de Marcas no fue totalmente derogada por el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial y que, en todo caso, están vigentes las disposiciones que definen y sancionan como delito de acción privada la competencia desleal; resuelve, además, que el Presidente con facultades de apoderado generalísimo de una sociedad es el autor responsable de los hechos que fueron tipificados como competencia desleal aun cuando no hubiere ejecutado acto material alguno

sino que se hubiere servido de sus empleados para realizar el delito.

1980. Sala Segunda Penal, No. 2 de las 15:00 hrs. de 15 de enero.

En causa por el delito de piratería en perjuicio de los recursos naturales del Estado se tiene por demostrada la culpabilidad del capitán de un barco atunero que se encontraba en actividades de pesca en aguas jurisdiccionales costarricenses sin haber solicitado oportunamente el correspondiente permiso de paso o de pesca. La sentencia analiza las facultades del Estado para regular con exclusividad la explotación, conservación y protección de las riquezas del mar dentro de la jurisdicción especial de doscientas millas, sin que por ello contraríe los principios de derecho aceptados por las naciones civilizadas ni las disposiciones de la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua.

1980. Sala Primera Penal, de 10:00 hrs. de 9 de enero.

## DERECHO PROCESAL CIVIL

Los honorarios devengados por un abogado en una aislada relación profesional libre que existió entre él y su cliente, sin que mediara ningún género de dependencia o vinculación de orden laboral y sin que el abogado haya estado al servicio exclusivo del cliente no constituyen salario ni tampoco dieta y pueden ser objeto de embargo en juicio ejecutivo.

1980. Sala Primera Civil, No. 76 de las 9:05 hrs. de 25 de marzo.

## DERECHO PROCESAL PENAL

El Tribunal de Casación deniega la pretensión del impugnante que solicita a la Sala escuchar las grabaciones del debate por considerar que esa circunstancia vendría a ser una interferencia en la inmediación de la prueba, lo que es de análisis único y exclusivo de los Tribunales de mérito puesto que ellos la receptan, ponderan y ubican en la figura penal que en el caso concreto cabe. La grabación de lo acontecido en un debate sirve para que los jueces del litigio reconstruyan en su memoria determinado pasaje que interese en la correspondiente deliberación, pero la Sala de Casación no puede basarse en grabaciones de esa índole para ejercer su función de jurisdicción, pues de hacerlo desvirtuaría la esencia y naturaleza del juicio oral y público.

1980. Sala Segunda Penal, No. 10-F de 14:00 hrs. de 27 de marzo.

En un caso de abusos deshonestos se declara que pese a que la denuncia es nula porque debió ser presentada por el padre o la madre de la menor presuntamente ofendida, quienes se encontraban en ejercicio de la patria potestad, y no como ocurrió, por su guardadora, bien hace la Fiscalía en casos de urgencia como el presente en promover la acción y el Juzgado en darle curso pero, comprobada la causa de nulidad, debe tratar de eliminarla citando a los padres para que denuncien, pero si éstos manifestaren su voluntad de no hacerlo, sí debe declarar nulo lo actuado y archivar el expediente.

1980. Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sección A, No. 23 de 14:10 hrs. de 15 de enero.

En un caso de homicidio culposo el Tribunal, al absolver al imputado con fundamento en la ceguera momentánea que presuntamente había sufrido al ser encandilado por las luces de un vehículo que circulaba en sentido contrario al suyo, hecho que en un considerando omite como probado y en otro expresamente lo declara como no probado, incurre en una evidente contradicción que no sólo vicia la sentencia por falta de motivación sino que la torna ilógica por implicar una violación de las leyes de la derivación y la coherencia, razón por la cual el fallo de Casación anula la sentencia y el debate y concluye recordando que la motivación en cuanto se refiere a los hechos, debe estar constituida por la cita de la prueba que los fundamenta, por la indicación del contenido de esa prueba y por la valoración que de ella se haga.

1980. Sala Segunda Penal, No. 3-F de 16:30 hrs. de 22 de enero.

* * *