CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año VIII – No. 27 – Diciembre, 1983

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

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

SUMARIO

Presentación 5

Sección I: Estudios.

Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos 9
Lic. Manuel Ventura Robles.

El sistema de días multa 15
Dr. Daniel González Alvarez.

El veto a la Ley de Presupuesto 31
Licda. Elvira Batalla.

Las normas de interpretación de los tratados incluidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 35
Lic. Manuel A. Portuguez Benedettini.

La impugnación en el proceso civil 45
Jorge E. Regidor Umaña, Ramón N. Méndez Salas, Germán Araya Sánchez, Mario E. Ulate Ulate, Critóbal Chavarría Matamoros.

Crisis institucional de la Corte Superior de Justicia en la formación del Estado Nacional 63
Lic. Víctor Manuel Hernández Cerdas.

Sección II: La Ciencia al servicio de la Justicia.

La violación (Cuadros y estudios psiquiátricos) 87
Dr. Fernando Garzona Meseguer.

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera.

La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal Colombiano 103
Dr. Jorge Enrique Valencia M.

Sección IV: Reseña Bibliográfica.

Estudio jurídico-urbanístico de la legislación de la República de Costa Rica (Alarcón Segovia) . 111
Dr. L. Cortiñaz Peláez.

Sección V: Información Normativa 125
Licda. Marcelina Zeledón Castillo.

Sección VI: Pronunciamientos especialmente relevantes 129

Comentario de jurisprudencia: Apelación de hecho 130
Dr. Luis Guillermo Herrera Castro.

Jurisprudencia Contradictoria 131
José María Pereira Pérez.

Comentarios de votos salvados 132
Licda. Cecilia Sánchez Romero.

Sección VII: Jurisprudencia. 135

Digesto.

PRESENTACION

Ofrecemos en esta ocasión colaboraciones sobre Derechos Humanos, Derecho Penal, Derecho Financiero, Derecho Internacional, Derecho Procesal Civil, Historia del Derecho, Medicina Legal y Derecho Urbanístico.

En **"Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos"** el **licenciado Manuel Ventura Robles,** Secretario Adjunto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, centrando el desarrollo de su encomiable estudio en las etapas de constitución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destaca el relevante papel que ha tenido Costa Rica dentro del Sistema Interamericano y muestra una serie de logros que deben llenarnos de sano y legítimo orgullo como costarricenses. Se refiere inicialmente al Protocolo de Buenos Aires (de 1967) que reformó la Carta de Bogotá (de 1948), de donde surgió la Carta de la Organización de Estados Americanos, de la que no se puede decir que establezca ningún sistema coherente y obligatorio de protección de los derechos humanos. En expresión del licenciado Ventura "se quedó a medio camino", si bien lo indicó: una Convención Americana sobre Derechos Humanos. Alude luego a la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, 1969) de la que emanó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estableció la creación de la Corte de Derechos Humanos. Apunta más adelante algunas diferencias entre la Comisión de Derechos Humanos y la Corte, las que en realidad no son aplicables a los mismos Estados. Posteriormente, demuestra el papel de liderazgo que ha tenido Costa Rica dentro de la Organización de Estados Americanos, especificando una serie de iniciativas y decisiones políticas. Entre ellas: "fue Costa Rica el primer Estado Parte de la Convención que declaró aceptar la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; es Costa Rica también el primer país que somete un caso a la Corte. Propiamente con relación a la constitución y establecimiento de la Corte, nos relata el papel de nuestro país al lograr en 1978 la recomendación para su establecimiento aquí y para la primera aprobación presupuestaria, todo ello en el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General. En el Séptimo Período se realizó la elección de los Jueces, dos de los

cuales fueron nombrados a propuesta de nuestro país: el Dr. Rodolfo Piza Escalante y el Dr. Thomas Buergental. Ya en 1980 se produce el Convenio de creación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, como entidad autónoma, que tiene hoy a su cargo, bajo la acertada dirección del Dr. Hernán Montealegre, algunos importantes proyectos en los campos de la enseñanza, investigación y promoción de los Derechos Humanos, con una visión multidisciplinaria del problema. Importante iniciativa de Costa Rica es también el Proyecto de Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos para la definición de los derechos sociales, económicos y culturales, presentado por nuestra Delegación, encabezada por el licenciado Fernando Volio Jiménez. Si bien el autor no lo menciona, en honor al mérito, debemos dejar constancia del valioso trabajo del mismo licenciado Ventura, en su misión diplomática en Washington, dirigido al logro del efectivo establecimiento de la Corte en Costa Rica, a su dotación presupuestaria y su integración.

El **doctor Daniel González Alvarez** participa con su excelente aporte sobre **"El sistema de días multa"**, en el que analiza el problema que se da en la pena pecuniaria de una adecuación proporcional a las condiciones económicas del reo, haciéndonos ver el nuevo sendero que legislación y doctrina han tomado: el sistema de días multa, cuyos orígenes se ubican en Suecia en 1916. Si bien en Costa Rica, ya en el Código de Carrillo o "Código General del Estado" de 1841 se afirmaba "las penas pecuniarias deben proporcionarse a los bienes, trabajos e industrias del condenado", no es sino hasta 1970 que se introduce realmente el sistema en Costa Rica, sin embargo. Señala seguidamente las formas en que puede llegarse a su aplicación: por disposición expresa de la ley, por conmutación de la pena de prisión impuesta y por extensión (respecto a leyes anteriores), así como los casos en que no es aplicable: ciertos delitos y los casos de multa fija, como ocurre en materia de tránsito. Con base en datos estadísticos determina que "el sistema penal costarricense se caracteriza aun por la supremacía (58 por ciento) de la pena de prisión", si bien en la práctica esto se reduce, debido a las medidas alternativas. Explica las etapas en la individualización de la pena (legislativa, judicial y ejecutiva); en esta última intervienen dos valoraciones: la personalidad del condenado y la gravedad del hecho para definir el número de días de pena pecuniaria, y la situación económica del condenado para determinar el importe de cada día multa. Con relación al primer aspecto fija los criterios, como la necesidad de considerar los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, si bien tiene mayor importancia la gravedad del hecho que la personalidad del imputado, al no tener esta pena una función rehabilitadora; la personalidad del sentenciado incide más bien en la escogencia del tipo de pena. Con relación al segundo aspecto, la fijación del importe de cada día multa, nos recuerda que hay diferentes criterios y diversos sistemas, en particular con lo que se refiere a los casos de desocupados. Nos presenta algunas dificultades en la averiguación correcta de la situación del imputado. Pasa el autor, entonces, al tema de la ejecución de la pena pecuniaria: el cumplimiento de la multa con dinero (en sus variadas formas: pago inmediato, pago de cuotas, pago diferido y ejecución forzosa previa a la conversión) y las medidas alternativas que la doctrina y las legislaciones han aceptado (como la prestación de trabajo y la conversión de la multa en prisión). En su conclusión asevera que hay falta de instrumentos adecuados y además que es necesario fortalecer la indagación del estado económico del imputado.

La **licenciada Elvira Batalla** nos brinda su colaboración sobre **"El Veto a la Ley de Presupuesto"**. Comienza afirmando la atribución de la Corte para revisar la constitucionalidad del veto, admisible en general, excepto con relación al Presupuesto Ordinario de la República. Enfatiza la decisión del constituyente en el sentido de no permitir que el Presidente participe en una etapa posterior a la aprobación legislativa. Sostiene la "libertad del Congreso para decidir cualquier norma en la Ley de Presupuesto, salvedad hecha de los límites del equilibrio financiero. Aclara, sin embargo, que la Constitución autoriza el déficit, el cual se puede cubrir mediante los presupuestos extraordinarios (lo que rompe el principio de anualidad). Concluye en el sentido de que "Es evidente que a partir de la errónea idea del Presupuesto como "una cuenta de ingresos probables y gastos autorizados", no es posible precisar con acierto el concepto jurídico de este acto".

"Las normas de interpretación de los tratados incluidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados" es el título del artículo que nos brinda el **Lic. Manuel A. Portuguez Benedettini.** Nos describe inicialmente los conceptos y métodos de interpretación. Con relación a las Reglas de la Convención de Viena (artículos 31 y 32), donde se otorga prioridad al método objetivo, pero se admite en forma complementaria el subjetivo, delimita el contenido de una serie de términos como tratado, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión; plenos poderes, reserva, Estado negociador, Estado contratante, Parte, Tercer Estado y Organización Internacional. Identifica también una serie de reglas y criterios de interpretación, como la buena fe, el sentido corriente de los términos en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y el fin; el papel de los textos complementarios, acuerdos ulterios, prácticas y normas de Derecho Internacional. Al abordar el tema de la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas pone de relieve los siguientes aspectos: a) Cada versión tiene el mismo valor, salvo que se asigne diferente valor a una de las versiones; b) se da una presunción de igual sentido y en caso de que haya diferencias de sentido se preferirá el que mejor concilie los dos textos. Enumera luego las reglas interpretativas de Oppenheim y ejemplifica el trabajo con los Preámbulos del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y del Pacto de Bogotá. Desarrolla seguidamente una serie de casos ilustrativos y concluye con la tesis de que "lo importante es que el método que se practique no conduzca a un resultado absurdo o irrazonable y principalmente iniciar la interpretación con base en la buena fe y los principios del Derecho Internacional".

Los licenciados **Jorge E. Regidor Umaña, Ramón N. Méndez Salas, Germán Araya Sánchez, Mario Ulate Ulate y Cristóbal Chavarría Matamoros,** nos han enviado una contribución sobre un tema de gran actualidad debido a la proyectada reforma al Código de Procedimientos Civiles, **"La impugnación en el proceso civil"**, cuya primera parte publicamos ahora. Nos dan el concepto y el sentido etimológico de "impugnación". Al hablar de la impugnación como proceso realizan la diferencia entre proceso, procedimiento y juicio. Detallan seguidamente las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del primero: teoría del contrato, teoría del cuasicontrato, teoría de la relación jurídica, teoría de la situación jurídica, teoría de la institución y teoría de la finalidad. Nos trasladan luego a los tipos de impugnación: una primera clasificación distingue entre recursos ordinarios, extraordinarios y excepcionales; también se distinguen en recursos horizon-

tales y verticales y existen otras clasificaciones con diferentes criterios. Hacen referencia a algunos tipos de recursos como revocatoria, queja, apelación, ocurso de hecho, nulidad, casación, revisión, responsabilidad, súplica y otros. En la parte final proponen algunas recomendaciones relativas a la unificación de terminología.

Reproducimos en este número el capítulo IV de la investigación del **Lic. Víctor Manuel Hernández Cerdas**, sobre **"La crisis institucional de la Corte Superior de Justicia en la formación del Estado Nacional"**. En este capítulo el autor se refiere al proceso de institucionalización de la Corte y a los factores específicos que llevaron a su crisis institucional (inopia de intelectuales preparados en la administración de Justicia, ausencia de estructura económica definida y subordinación al poder político). Pasa seguidamente al análisis histórico-jurídico de las constituciones, estatutos y reglamentos. Enfoca más adelante el período de Carrillo, como base del proceso de consolidación jurídico institucional. En sus conclusiones sostiene que "el sistema democrático adoptado y el tratamiento de los asuntos jurídicos por medio del Poder Judicial, son corolarios de una lucha constante de nuestros primeros hombres de gobierno y la realidad intelectual, social y económica; entre la ignorancia que desbordaba en prepotencia y la educación que produjo una nueva conciencia jurídica".

En la Sección "La Ciencia al servicio de la Justicia" presentamos la parte final del trabajo del **Dr. Fernando Garzona Meseguer** sobre **"La Violación"**; esta vez con "Cuadros y estudios psiquiátricos".

En la Sección "Reseña Legislativa Extranjera" aparece, del Profesor y Juez Superior colombiano, **Dr. Jorge Enrique Valencia M. "La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal Colombiano".**

En la Sección de "Reseña Bibliográfica" el Profesor León Cortíñaz Peláez, comenta un estudio que reafirma el Derecho Urbanístico como disciplina científica en Costa Rica, del Dr. Andrés Alarcón Segovia: **"Estudio jurídico-urbanístico de la legislación de la República de Costa Rica".**

La Sección "Pronunciamientos especialmente relevantes" se divide en esta ocasión en tres subsecciones: a) Comentario de jurisprudencia sobre "apelación de hecho", a cargo del Dr. Luis Guillermo Herrera Castro, b) Jurisprudencia contradictoria, a cargo de José María Pereira Pérez y c) Comentario de votos salvados, al cuidado de la licenciada Cecilia Sánchez Romero, Directora del Digesto.

Continúan apareciendo las secciones de Información Normativa y Jurisprudencia.

Víctor Pérez Vargas

Sección I: Estudios.

COSTA RICA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Manuel E. Ventura**

Los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (1) convocaron la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, que se celebró en Buenos Aires, Argentina, del 15 al 27 de febrero de 1967, con el propósito de fortalecer el Sistema Interamericano, ya que, consideraron, había que modificar la estructura funcional de la Organización e imprimirle a ésta un nuevo dinamismo.

Con tal fin se aprobó un "Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos", que se acordó denominar "Protocolo de Buenos Aires". Dicho Protocolo fue suscrito por los plenipotenciarios de los Estados miembros el 27 de febrero de 1967 y entró en vigor el 27 de febrero de 1970, una vez que dos tercios de los Estados signatarios de la Carta depositaron sus instrumentos de ratificación en la Secretaría General de la Organización. El Protocolo no constituyó una nueva carta sino que reformó la Carta suscrita en Bogotá en 1948, y de los artículos no eliminados o reformados de esta y de los artículos que figuran en el Protocolo surgió un solo nuevo texto: la Carta de la Organización de los Estados Americanos reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967 (2).

Sin embargo, la modificación del texto de la Carta no le imprimió a la Organización el nuevo dinamismo esperado, ni tampoco fortaleció, en una relación de causa a efecto, el Sistema Interamericano, que hoy en día se debate en una profunda crisis a la espera de soluciones imaginativas que, en todo caso, trascenderían la letra muerta de un texto.

Tampoco en materia de derechos humanos trajo el protocolo de Buenos Aires soluciones definitivas o permanentes al ámbito americano. Todo lo contrario; por falta de voluntad política, los Estados miembros no acordaron establecer para todos ellos un sistema coherente y obligatorio de protección internacional de los derechos humanos (3). Se limitaron a elevar a la categoría de órgano

---

* Secretario Adjunto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(1) Actualmente forman parte de la Organización de los Estados Americanos: Antigua y Barbuda, Argentina, Las Bahamas, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

(2) OEA/Ser. A/2 Rev.

(3) Sin embargo, la tesis originalmente propuesta en el año 1975 por el Doctor Thomas Buergenthal, actualmente Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene que el Protocolo de Buenos Aires incorporó por referencia la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, es hoy día generalmente aceptada. Al respecto ver: BUERGENTHAL Thomas, The Inter-American Court of Human Rights. (The American Journal of International Law, Vol. 76, No. 2, April 1982). Pág. 243 y Shelton Dinah, Abortion and the right to life in the Inter-American System: The case of "Baby Boy". (Human Rights Law Journal, Vol.2, Parts. 3-4, December 1981). Págs. 312-313. Concretamente, la Comisión Interamerica-

de la OEA a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y a establecer que "Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia" (4); y que "Mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos" (5).

Como es evidente, si de alguna manera se puede definir lo establecido en materia de derechos humanos por la Carta reformada por el Protocolo de Buenos Aires, es diciendo que se quedó a medio camino, y que estatuyó un sistema, si es que así se puede llamar, de transitoriedad. Señaló un **desideratum**, pero no se atrevió a establecerlo. Pero bien es cierto que definió un camino para alcanzarlo: la redacción de una convención americana sobre derechos humanos y su aceptación por parte de los Estados miembros.

Más de dos años después de suscrito el Protocolo de Buenos Aires, se celebró en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la cual se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (6). La Convención, que estableció la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el órgano que junto con la Comisión velaría por la protección de los derechos humanos, entró en vigor el 18 de julio de 1978, casi nueve años después de haber sido suscrita, al ser depositado en la Secretaría General el undécimo instrumento de adhesión por Grenada.

Fue precisamente con la entrada en vigencia de la Convención, que se pusieron de manifiesto las imperfecciones del sistema establecido por la Carta reformada por el Protocolo de Buenos Aires. En primer lugar, a partir de ese momento existen dos tipos de Estados en la OEA: los que han aceptado plenamente sus obligaciones en materia de derechos humanos y los que no lo han hecho; consecuentemente, Estados sometidos a un instrumento jurídico de tipo obligatorio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (7), y Estados que han declarado reconocer aquellos derechos humanos contemplados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuya naturaleza obligatoria no ha sido claramente definida.

En segundo lugar, los dos órganos que deben velar por la protección internacional de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ocupan diferentes posiciones dentro del Sistema y, por lo tanto, tienen diferente jerarquía. La Comisión es un órgano de la OEA (8) mientras que la Corte, que es una institución que nació después de la firma del Protocolo de Buenos Aires, no tiene tal jerarquía.

Es un contrasentido que el único tribunal internacional que existe en América y que es el órgano judicial del Sistema Interamericano en materia de derechos humanos, haya sido definido en su Estatuto (9), aprobado en el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, como una "institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", a la cual no están sometidos todos los Estados miembros, sino aquellos que han ratificado o se han adherido a la

---

na de Derechos Humanos al resolver el caso de "Baby Boy" manifestó que como consecuencia de los artículos 3 (i), 16, 51 (e), 112 y 150 de la Carta de la OEA, "las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria. De esos instrumentos y resoluciones, los aprobados con el voto de Estados Unidos son los siguientes: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948)". Sobre esto ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Washington. Resolución No. 23/81, caso 2141 (Estados Unidos de América) 6 de marzo de 1981, en OEA/Ser. L/V/II.54/doc. 9 rev. 1. Pág. 43. Una tesis similar podría aceptarse en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que ha sido también incorporada por referencia a la Carta, ya que aunque no fue incluida en el artículo 51 de la misma por no existir al redactarse el Protocolo de Buenos Aires, el párrafo segundo del artículo 112 se refiere a ella al hablar de "los otros órganos encargados de esa materia".

(4) Carta O.E.A. Art. 112.

(5) Carta O.E.A. Art. 150.

(6) OEA/Ser. A/16.

(7) Actualmente han depositado su instrumento de ratificación o adhesión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

(8) Carta O.E.A. Art. 51.

(9) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estatuto. Art. 1.

Convención y que han declarado aceptar la competencia de la Corte (10). La Comisión, por tener definida en la Carta una posición de órgano, promueve la observancia y la defensa de los derechos humanos en todos los Estados miembros de la OEA, pese a que no cumple una función propiamente jurisdiccional como sí lo hace la Corte.

Finalmente, se hizo manifiesto, difícil de superar y peligroso al extremo de conmover al sistema en su misma base, un defecto que desde que se echó a andar apareció y que se fue haciendo crónico: al no definirse en la Carta reformada por el Protocolo de Buenos Aires el sistema de protección internacional de los derechos humanos de una manera clara y definitiva, los propios Estados miembros acordaron dejar en sus manos la facultad de dar los pasos necesarios para que este pudiera desarrollarse y completarse. Y si algo fue evidente desde el principio, es que no existía la suficiente voluntad política de parte de los Estados, para que el sistema previsto se desarrollara con rapidez y operara con eficiencia. Fueron necesarias una serie de decisiones políticas, de muy diversa índole, para que el sistema de protección internacional de los derechos humanos que rige en América, alcanzara el grado parcial de desarrollo a que ha llegado, con una Convención Americana sobre Derechos Humanos en vigor y con una Corte Interamericana de Derechos Humanos debidamente constituida y operando.

Ha sido Costa Rica, pequeño país de la América Central, democracia tradicional, con una larga tradición de respeto a los derechos humanos, el país que por muchos años y a través de varias administraciones de diferente signo ideológico, ha desempeñado un papel de liderazgo dentro de la OEA en el campo de los derechos humanos, coadyuvando con una serie constante de iniciativas y decisiones políticas, a que se alcanzaran muchos de los logros del sistema para los pueblos de América y para los americanos, entre ellos la entrada en vigor de la propia Convención y el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se debe hacer énfasis en las cuestiones políticas a la hora de analizar el apoyo de Costa Rica a la Convención y a la Corte, porque "Ello es justificado, pues por una parte no es posible entender el Sistema Interamericano sin referencia a la política internacional hemisférica, y por la otra, la teoría de los organismos internacionales yace en la frontera entre el derecho y la ciencia política, de suerte es que ni aún queriendo puede evitarse incursionar a cada paso en lo político. Y, como si no fuera bastante, nuestra disciplina, el derecho internacional, es un derecho político, como ninguna otra rama de la ciencia jurídica" (11).

Debe mencionarse, entre otras iniciativas y decisiones políticas costarricenses, que durante la Administración Trejos Fernández 1966-1970, se celebró en el Teatro Nacional de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, donde se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos que fue llamada "Pacto de San José de Costa Rica". Dicha Conferencia fue presidida por el Licenciado Fernando Lara Bustamante, Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica.

También durante la Administración Trejos Fernandez ratificó Costa Rica la Convención mediante la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970, y depositó el instrumento de ratificación el 8 de abril de 1970, más de tres años antes de que lo hiciera otro Estado miembro, que fue Colombia el 31 de julio de 1973.

Fue Costa Rica el primer Estado Parte en la Convención que declaró aceptar la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo hizo mediante el Decreto Ejecutivo No. 7060-RE de 26 de mayo de 1977, durante la Administración Oduber Quirós 1974-1978. En el decreto mencionado se autorizó al Representante Permanente de Costa Rica ante la Organización de los Estados Americanos, Embajador Rodolfo Silva Vargas, para que presentara la declaración a la Secretaría General de la Organización. Posteriormente, en el año 1980, durante la Administración Carazo Odio 1978-1982, debido a que en los archivos de la Secretaría General no aparecía constancia de haber sido presentada la declaración, el Ministro de Relaciones Exteriores, Lic. Bernd Niehaus Quesada, de conformidad con las disposiciones del Decreto Ejecutivo No. 7060-RE antes mencionado, reiteró a la Secretaría

---

(10) Actualmente han aceptado la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Costa Rica, Perú, Venezuela y Honduras.

(11) SEPULVEDA César, El Sistema Interamericano. Génesis, Integración, Decadencia. (México: Ed. Porrúa, 1974), Pág. 14.

General mediante instrumento de fecha 27 de junio de 1980, a través del Representante Permanente ante la OEA, Embajador José Rafael Echeverría Villafranca, las declaraciones hechas por Costa Rica desde el año 1977. Costa Rica depositó su instrumento de reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana, de acuerdo con los artículos 45 y 62 de la Convención, el 2 de julio de 1980. Perú, segundo Estado Parte en hacerlo, lo hizo el 21 de enero de 1981.

Fue, también, Costa Rica el primer Estado Parte en someter un caso a la consideración de la Corte. Este asunto, conocido con el nombre de "Viviana Gallardo y Otras", (12) ameritó que la Corte dictara dos resoluciones, una el 22 de julio de 1981 y otra el 13 de noviembre del mismo año, sentando una importante jurisprudencia sobre la necesidad de agotar previamente los procedimientos establecidos en la Convención antes de recurrir al tribunal. Además, el Gobierno de Costa Rica participó activamente en el proceso de evacuación de las dos opiniones consultivas sometidas a la Corte durante el año 1982, una por el Gobierno del Perú (13) y otra por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (14), presentando observaciones escritas sobre las mismas y compareciendo su Agente, el Ministro de Justicia Licenciado Carlos José Gutiérrez, a la audiencia pública que celebró la Corte el 17 de setiembre de 1982, y su Asesor, el Licenciado Manuel Freer Jiménez, tanto a la audiencia celebrada el 17 de setiembre como a la celebrada el 20 de setiembre de 1982.

Poco antes de que entrara en vigor la Convención el 18 de julio de 1978 y posteriormente a su entrada en vigencia, Costa Rica, a través de su Misión Permanente ante la OEA, tomó una serie de iniciativas tendientes a que se ejecutara lo previsto en esta, para que se llegara a constituir la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Durante el Octavo Período de Sesiones, un poco antes de que entrara en vigor la Convención, por iniciativa de la delegación costarricense, al frente de la cual estuvo el Ministro de Relaciones Exteriores, Lic. Rafael Angel Calderón Fournier, la Asamblea General aprobó la resolución AG/RES. 372 (VIII-0/78) recomendando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fuera establecida en su oportunidad en Costa Rica, decisión ratificada posteriormente, al tenor de lo establecido en el artículo 58 de la Convención, por los Estados Partes en la Convención, el 20 de noviembre de 1978, en una sesión celebrada en la sede de la OEA, en Washington, D.C., durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General (15).

Esta reunión de los Estados Partes en la Convención se celebró por iniciativa de la delegación costarricense. Fue presidida por el Representante Permanente de Costa Rica ante la OEA, Embajador Echeverría Villafranca, y en ella, el Embajador Luis Marchand Stens, Representante Permanente del Perú, pronunció las siguientes palabras que merecen ser resaltadas: *"Señor Presidente, me parece que esta es una reunión sumamente importante, yo diría inclusive histórica para el sistema interamericano, porque se trata por primera vez de implementar lo que viene a ser una de las aspiraciones más caras de todo grupo regional con elevado índice de civilización y cultura jurídica"* (15).

Durante este mismo Sexto Período Extraordinario de Sesiones, se aprobó la primera apropiación presupuestaria para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que le permitió iniciar sus actividades en el segundo semestre de 1979. En la consecución de estos fondos jugó un decisivo papel la delegación costarricense (17). Sus miembros elaboraron, conjuntamente con los personeros de la Secretaría General, el proyecto de presupuesto.

Determinada la sede de la Corte y aprobados los fondos para que pudiera operar a partir de julio de 1979, el Embajador Echeverría Villafranca le dirigió el 15 de enero de 1979 una nota al Embajador Alejandro Orfila, Secretario General de la Organización, manifestándole el interés de su Gobierno para que con motivo de la celebración de

---

(12) Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. G 101/81.

(13) Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-1/82.

(14) Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-2/82.

(15) O.E.A. Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General. Washington, D.C., 20-22 de noviembre de 1978. Acta de la Sesión de los representantes de los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica") celebrada de conformidad con el artículo 58 de la referida Convención el 20 de noviembre de 1978. Doc. S/C.

(16) IBID. Pág. 3.

(17) AG/RES. 384 (VI - E/78). OEA/Ser. P/AG/ACTA 118/78.

cualquier asamblea general extraordinaria en la primera mitad del año, los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos procedieran a elegir a los jueces de la Corte. Con tal fin le solicitó, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Convención, confeccionar una lista por orden alfabético de los candidatos presentados, y comunicarla a los Estados Partes por lo menos treinta días antes de la celebración de la Asamblea General (18).

Posteriormente, el 5 de abril de 1979, el Embajador Echeverría dirigió una nota al Embajador Georges Salomon, Representante Permanente de Haití y Presidente del Consejo Permanente de la OEA, solicitando la convocatoria de un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para, entre otros asuntos, elegir a los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (19). Este, con el título de Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, se celebró el 22 de mayo de 1979, y en él se eligieron los primeros siete jueces de la Corte, dos de ellos a propuesta de Costa Rica: el Doctor Rodolfo Piza Escalante, costarricense, y el Doctor Thomas Buergenthal, norteamericano (20).

La Corte se instaló el 3 de setiembre de 1979 en el Teatro Nacional de Costa Rica, lugar donde se había suscrito en 1969 la Convención Americana, y desde entonces ha venido funcionando en San José, con un amplio respaldo a sus altas funciones de las dos administraciones bajo las cuales ha permanecido en Costa Rica (21).

El 30 de julio de 1980, el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos firmaron un Convenio, ratificado posteriormente por la Asamblea Legislativa por Ley No. 6528 de 28 de octubre de 1980, mediante el cual se creó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos como una entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicada a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, con una visión multidisciplinaria y no solamente jurídica de su problemática. El Instituto tiene sus oficinas en el mismo edificio de la Corte en San José, y está trabajando hoy en día en varios importantes proyectos de investigación.

Durante la presente Administración Monge Alvarez 1982-1986, la delegación costarricense al Duodécimo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, encabezada por el Ministro de Relaciones Exteriores, Lic. Fernando Volio Jiménez, ex Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentó un proyecto de resolución aprobado posteriormente por la Asamblea General, para que la Secretaría General de la Organización elabore un anteproyecto de protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que defina los derechos sociales, económicos y culturales, ya que no están definidos en el "Pacto de San José de Costa Rica". Este anteproyecto de protocolo adicional deberá ser enviado a los gobiernos de los Estados miembros y a la Comisión Preparatoria de la Asamblea General, para que pueda ser considerado de nuevo por esta (22).

De aprobarse y ejecutarse esta última iniciativa costarricense, se completaría el sistema interamericano de protección internacional de los derechos humanos, que todavía requiriría para funcionar eficazmente, que todos los Estados miembros de la Organización asuman plenamente sus obligaciones en materia de derechos humanos.

---

(18) OEA/Ser. G/CP/INF. 1416/79.

(19) OEA/Ser. G/CP/doc. 943/79.

(20) OEA/Serv. P/VII - E. 2/Anexo L.

(21) El 10 de setiembre de 1981, el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos firmaron un Convenio de Sede que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, sus jueces, su personal y las personas que comparezcan ante ella, el cual se encuentra en proceso de ratificación en la Asamblea Legislativa, habiendo sido ya aprobado por unanimidad por la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos. En él se consignan disposiciones muy importantes, como lo dispuesto en el artículo 27, que dispone que tanto las resoluciones de la Corte como las que en su caso dicte el Presidente, una vez que sean comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.

(22) AG/RES. 619 (XII - 0/82).

EL SISTEMA DE DIAS MULTA

Dr. Daniel González Alvarez
Profesor de Derecho Penal U. de C.R.
Juez Quinto de Instrucción de San José

Al Prof. Darío Santamaría
in memoriam.

CONTENIDO

1. ANTECEDENTES 16
2. ESFERA DE APLICACION DE LOS DIAS MULTA 17
3. LA DETERMINACION DEL NUMERO DE DIAS DE PENA PECUNIARIA 19
   a) Los criterios 19
   b) Los límites 20
4. LOS PODERES DISCRECIONALES DEL JUEZ EN LA FIJACION DEL IMPORTE DE CADA DIA MULTA 21
   a) Los criterios para conmensurar el importe del día-multa 22
   b) La falta de límites legislativos 23
   c) En especial el problema de los desocupados y de los dependientes 23
   ch) La indagación procesal de la situación económica del imputado 25
5. LA EJECUCION DE LA PENA PECUNIARIA 26
   a) El cumplimiento de la multa con dinero 26
   b) Las medidas alternativas al dinero 27
6. A MODO DE CONCLUSION 29
7. BIBLIOGRAFIA 29

1. ANTECEDENTES

Recurrir al patrimonio real de un sujeto para disminuirlo cuando ha violado culpablemente el orden jurídico no es una idea nueva. El Sistema Composicional fue utilizado por los pueblos con moneda desde épocas remotas, con el propósito de privar al infractor de una suma de dinero. La idea evolucionó hasta llegar a lo que hoy constituye la pena pecuniaria.

Sin embargo, pronto se observó que la pena pecuniaria no producía los mismos efectos entre las personas, sino que ello dependía de su riqueza o de su pobreza. La situación económica del condenado, como un nuevo elemento de valoración para fijar la pena pecuniaria en el caso concreto, surge al individuarse la insuficiencia de las normas que garantizaban la aplicación de penas de igual suma entre personas económicamente diversas, dentro de un sistema que, en cierta medida, quería erradicar los privilegios todavía subsistentes en algunos sectores de la sociedad (1). En estas penas, "el problema fundamental es el asegurar la proporción al hecho y además a las condiciones económicas del reo. Sólo si se toman en cuenta estas últimas, no solo se respeta el principio constitucional de igualdad, sino que también se asegura la imposición de una pena que tenga el justo efecto de prevención general y de prevención especial" (2). En efecto, de la igualdad jurídica deriva la obligación de disponer un tratamiento igual a los iguales, y un tratamiento diferenciado para los diversos (3), criterios que responden plenamente a la exigencia moderna de individualizar y personalizar la pena (4).

Han sido ya señalados, entre los primeros autores que determinaron el nuevo camino para fijar la pena pecuniaria según la posibilidad económica del condenado, FILANGIERI y BENTHAM (5).

El factor económico adquiere también particular desarrollo en la legislación penal portuguesa y brasileña del siglo pasado, las cuales establecían algunas penas pecuniarias en múltiplos de la renta diaria del condenado; así como también en la propuesta de FRANZ VON LISZT en el "Congreso de la Unión Internacional de Derecho Penal" de 1890, según la cual la ley debía regular la imposición de la multa en un porcentaje proporcionado a la renta del obligado, valiéndose de las declaraciones sobre el impuesto de la renta del sujeto para fijar el monto (6).

Para resolver esa grave desigualdad se ha propuesto el sistema de días multa. En su concepción actual dicho sistema fue desarrollado por la legislación penal de los países escandinavos en la primera mitad de este siglo. Concretamente JOHAN THYREN lo propone por primera vez en su proyectado Código Penal sueco de 1916, según el cual (art. 20) el juez debía primero fijar un **número** de días multa **(dagsbot)** entre un mínimo de uno y un máximo de doscientos, reportando esa cantidad a la culpabilidad, y luego, según la fortuna del condenado, sus rentas y cargas domésticas, el juez fijaba el monto correspondiente a cada día multa,

---

(1) La doctrina ha sido particularmente sensible respecto a este problema, al señalar como principal defecto de la multa fija, el diverso y no justificado agravio que provoca a los ricos y a los pobres. Entre muchos, cfr. SOLER, S. Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, ed. T.E.A., 6 reimp., 1973, vol. II, p. 387; JESCHECK, H.H. La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi, en "L'Indice Penale", Padova, 1977, 370; DOLCINI, E. Pene pecuniarie e principio constituzionale di eguaglianza, en "Riv. it. dir. e proced. Penale", Milano, 1972, p. 430 especialmente.

(2) Cfr, PAGLIARO, A. Prospettive di riforma, en "Pene e misure alternative nell'attuale momento storico", Milano, Giuffrè, 1977, p. 428.

(3) En este sentido, véase MORTATI, G. Istituzioni di Diritto Pubblico, Padova, CEDAM, 9 ed., 1976, V. II, p. 1022; CORSO, G. Principio di eguaglianza, condizioni economiche del reo e misura dell'ammenda, en "Giustizia Civile", Milano, 1967, II, p. 187; y DOLCINI, E. op. cit., p. 408 ss.

(4) Cfr. en argumento, PALOMBI, E. Personalizzazione della pena, en "Giurisprudenza di Mérito", Milano, IV, 1967, p. 88.

(5) Cfr. FILANGIERI, G. La scienza della legislazione, Milano, Tip. Galezzi, 1784, IV; y BENTHAM, J. Théories des peines et des Récompenses, en "Oeuvres", Traités de legislation civile et penale, Bruxelles, Libr. Hauman, ed. franc. 1840, II, p. 89.

(6) Sobre esa propuesta, véase FONTAN BALESTRA, C. Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, ed. Perrot, 2 ed., 1 reimp. 1977, III, p. 377 s. y brevemente, FRIAS CABALLERO, J. Ponencia a las "Jornadas de Derecho Penal" (Buenos Aires, agosto 1960), Actas, 1962, p. 207.

apreciando todas las circunstancias que influyen en la posibilidad de hacer efectivo el pago (7).

De la experiencia escandinava y con variantes no significativas, el sistema fue adoptado por otros países como Cuba, Perú, Brasil, Bolivia, Alemania, Austria y Costa Rica, quien lo implantó con el Código Penal de 1970 (8). Pero en Costa Rica no resultó del todo extraño al ser introducido en 1970, pues ya en el "Código General del Estado" de 1841 y en el Código Penal de 1880 se estipulaba que las penas pecuniarias debían proporcionarse a los bienes, trabajos o industrias del condenado. El Código de 1880 aclaró, aún, que las directrices para conmensurar esa pena debían ser la gravedad del hecho y la situación económica del reo, no olvidando el importante factor "culpabilidad" para fijar su monto, aunque también fuere proporcionado a la situación económica. Estos parámetros generales provocaron algunas dificultades prácticas al no indicarse legislativamente en qué medida debían influir uno y otro en la determinación final de la multa. Por ello, el Código Penal de 1924 (exceptuando la poca vigencia del C.P. de 1918), por primera vez en la legistación costarricense después de la independencia de España, prescindió de proporcionar la pena de multa a la condición económica del condenado, situación que se mantuvo hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1970 (9).

Nuestro objetivo en estas líneas, es el de ofrecer un breve panorama del funcionamiento y de la aplicación práctica del sistema de días multa en la experiencia judicial costarricense.

2. ESFERA DE APLICACION DE LOS DIAS–MULTA

Casi todas las penas pecuniarias previstas por el ordenamiento **penal** costarricense son conmensuradas según el sistema de días-multa.

A la aplicación de este sistema puede llegarse, en primer término, por **disposición expresa** de la figura delictiva, como ocurre en todas las hipótesis del Código Penal sancionadas con la multa.

En segundo lugar, puede llegarse a la utilización de este sistema por **conmutación** de la pena de prisión impuesta, aún cuando la multa no sea prevista como pena en la específica figura. En efecto, el tribunal puede conmutar una pena privativa de la libertad por una pecuniaria, cuando la condena a prisión no sea superior de un año y el sujeto no sea reincidente (art. 60 c.p. costar.). La conmutación se efectúa disponiéndose que a un día de prisión corresponda un día-multa, por lo que el tribunal debe, luego, determinar la suma o el importe de cada día-multa a efecto de obtener la pena conmutada (10).

En tercer lugar, el sistema de días-multa puede aplicarse por **extensión**, respecto a las leyes anteriores al Código Penal de 1970 que contemplen penas de multa "fija". Al adoptarse este nuevo sistema de conmensuración, el legislador quiso extenderlo a todas las leyes especiales anteriores que contemplaran figuras delictivas sancionadas con la multa. Ante la dificultad de una reforma de todas,

---

(7) En general, la idea moderna se reputa al noruego GETZ, al danés CARL TORP y al sueco JOHAN TRYREN. Cfr. FONTAN BALESTRA, C. Op. loc. ult. cit.

(8) En México fue acogido el sistema de días multa en el Código Penal de 1929, pero su aplicación no fue efectiva. Al respecto se afirma: "nos apasionó; lo establecimos en el texto de la ley y resultó en la realidad viva de la administración de la justicia penal, de escaso o nulo éxito. Muchas fueron las causas, pero ello nos probó que, aún cuando la solución ideal parecía perfecta, a la realidad mexicana resultaba inaplicable". Así CARRANCA, R. Intervención en las "Jornadas de Derecho Penal", cit., p. 218.

(9) Sobre el desarrollo histórico de la pena pecuniaria en Costa Rica, cfr. MENA PACHECO, O.M. La multa penal, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1979, pp. 48 ss.

(10) Este instituto jurídico, fue adoptado como uno de los medios alternativos a la prisión, con el propósito de reducir la incidencia de la pena privativa de la libertad. Cfr. PADILLA CASTRO, G. Exposición de motivos del Código Penal de 1970, San José, Imp. Nacional, 1970, p. 27. Contrario a este sistema se pronuncia Quintano Ripollés, quien afirma que ". . .si en la sustitución de la pena pecuniaria por la prisión se castiga al pobre por ser pobre, en la sustitución de la pena de prisión por la multa se castiga al rico por ser rico, puesto que en un insolvente no se concibe el cambio, y se traduciría en un paradógico círculo vicioso", afirmando antes que ". . .en ambos supuestos se tergiversan los fines y módulo de las penas". QUINTANO RIPOLLES, A. Ponencia a las "Jornadas de Derecho Penal", cit., p. 198.

se estableció genéricamente (en las disposiciones finales del Código, art. 415) la obligación de las autoridades judiciales de adecuar, en los casos concretos, todas las penas pecuniarias previstas en leyes especiales al nuevo concepto de la pena de multa.

Esta transformación la realizan los tribunales en el caso concreto imponiendo la pena en días-multa, es decir proporcionándola a la situación económica del condenado y a la gravedad del hecho, pero respetando siempre el mínimo y máximo previsto en la ley especial, ya que de lo contrario afectaría el principio de legalidad.

Los días-multa no encuentran aún aplicación en ciertas hipótesis delictivas sancionadas con la pena pecuniaria. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de contrabando, en el cual la extensión del sistema no puede realizarse porque a la base de la fijación de la multa existen otros criterios de medida que la impiden (11).

Son individuables también algunas leyes especiales que preveen contravenciones sancionables con penas de multa fija, en las cuales no se deja ningún margen discrecional mínimo o máximo, sino que el legislador fija una única suma aplicable en todos los casos, sobre todo cuando se trata de hechos de poca alarma social y de gran reiteración, como ocurre en materia de tránsito (12).

Si bien se disponen esa tres formas diversas para aplicar los días-multa, ello no significa, sin embargo, que en Costa Rica la pena de multa haya superado numéricamente la imposición de las penas privativas de libertad para los delitos, como si ocurre en la experiencia de otros países que siguen este sistema (13).

En efecto, en Costa Rica, sin tomar en cuenta las contravenciones, del total de personas condenadas por delito en 1978, el 36 por ciento fueron sancionadas con pena pecuniaria, mientras que el 62 por ciento con prisión y el 1 por ciento con medidas de seguridad (14). En 1980 ese porcentaje correspondió a 41 por ciento para la pena pecuniaria y 58 por ciento para la pena de prisión (15). Esto significa que el sistema penal costarricense predispuesto para la represión de los **delitos,** se caracteriza aún por la supremacía de la pena de prisión, al menos en principio, porque luego intervienen las medidas alternativas a la prisión, reduciendo considerablemente el número real de personas privadas de su libertad (16).

Esta situación se mantiene no obstante que la práctica, más que la estadística, nos muestra una fuerte tendencia de los tribunales costarricenses hacia la aplicación de penas pecuniarias, cuando la norma que sanciona el hecho permite una escogencia entre la prisión y la multa (17).

En todo caso, la importancia práctica del sistema de días-multa no se resuelve en la problemática referente al campo de aplicación de la pena pecuniaria. El primero se refiere a la realización del principio de igualdad jurídica y a la consecución de los objetivos de la pena pecuniaria, ofreciendo un específico método para reportarla en el caso concreto.

Mientras que en el problema de la extensión de la pena pecuniaria influyen otros aspectos como el nivel general de los salarios, el índice de desocupación, la repartición de la riqueza y en general, el grado de desarrollo económico, para valorar así su eficacia como medio de represión penal.

---

(11) Conforme al artículo 218 del Código Fiscal, la multa se obtiene multiplicando por 10 el valor de los derechos fiscales que querían defraudarse. Nuestros tribunales se han pronunciado indicando que no es posible adecuar la pena pecuniaria del delito de contrabando al sistema de días multa por la diversidad de criterios para fijar una y otra, y porque el artículo 414 del Código Penal mantuvo la vigencia de "las puniciones que el Código Fiscal y las leyes conexas establecen para sancionar las infracciones contra la Hacienda Pública". Véanse, resolución de las 15:05 hrs. del 19 de julio 1973 de la Sala Segunda Penal; y CASACION No. 153 de las 14:00 hrs. del 30 de octubre de 1974.

(12) Por ej. arts. 111, 112 y 113 de la Ley de Tránsito.

(13) Las penas pecuniarias impuestas en Alemania Federal solo por delitos arribaron al 82 por ciento en 1974; y en Austria en 1975 debían subir a más del 60 por ciento. Cfr. JESCHECK, H.H. La pena pecuniaria, modeno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi, en "L' Indice Penale". Padova, 1977, pp. 366 s.

(14) Corte Suprema de Justicia. Anuario Estadístico de 1978. Sección de Estadísticas, San José, 1979, cuadros 54 y 60.

(15) Corte Suprema de Justicia. Anuario Estadístico de 1980. Sección de Estadísticas, San José, 1981, pág. XXXVI.

(16) En forma constante, casi a la mitad de las personas condenadas a prisión se les concede la "condena de ejecución condicional". En 1977 al 43 por ciento; en 1978 y en 1979 al 47 por ciento; en 1980 al 48 por ciento. Cfr. op. cit. últ. pág. XXXV.

(17) El mismo ordenamiento parece prevalecer en los tribunales italianos. Sobre el punto, véase. BERTONI, R. L' applicazione nel processo della pena e delle altre misure, en "Pene e misure alternative. . ." cit. pp. 202 ss.

El sistema de días-multa no es, entonces, un instrumento capaz de extender por sí solo la aplicación de las penas pecuniarias, este último permanece como problema de política criminal; pero constituye un buen incentivo para considerar esa ampliación precisamente porque atenúa los principales defectos de la multa, aunque no los elimina del todo (18).

3. LA DETERMINACION DEL NUMERO DE DIAS DE PENA PECUNIARIA

La individualización de la pena, en términos generales, pasa por tres diferentes etapas (19). La primera, llamada **individualización legal o legislativa**, es aquella que formula el legislador en la parte especial del Código Penal, cuando establece para cada delito, la clase y la cantidad de pena (normalmente entre un límite máximo y un mínimo), conforme a la mayor o menor gravedad de los hechos reprimidos en la figura delictiva. Una segunda etapa de individualización es aquella realizada por el juez en el caso concreto, llamada **individualización judicial**, cuando fija la pena según las características del sujeto y la gravedad de los hechos, etapa que pretendemos describir aquí respecto a la pena de multa. La tercera etapa, llamada **individualización ejecutiva o penitenciaria**, es aquella realizada al momento de ejecutar la pena, cuando se determinan el lugar, las condiciones y las demás modalidades de la ejecución, según el grado de peligrosidad del sujeto en el caso de las penas privativas de libertad, y de la situación económica del condenado en las penas pecuniarias. Como se aprecia, dichas etapas van de lo general a lo individual.

Respecto a la individualización judicial, que es el tema que nos interesa, para determinar la pena pecuniaria siguiendo el sistema de los días-multa, el juez debe cumplir dos valoraciones: la primera se basa en la personalidad del sentenciado y en la gravedad del hecho, con el objeto de definir el **número** de días de pena pecuniara en el caso concreto (art. 71 C.P.); la segunda se fundamenta en la situación económica del condenado, para precisar el **importe** correspondiente a cada día multa (art. 53 C.P.).

Analizaremos en este aparte la primera valoración, para lo cual distinguiremos los criterios de los límites que orienten la tarea del juez, y en el siguiente (**infra** No. 4) la segunda valoración, sea el uso de los poderes discrecionales del juez en la fijación del importe del día multa.

a) **Los criterios:**

Para reportar la **cantidad** de días de pena pecuniaria en el caso concreto, en relación a la gravedad del hecho y a la personalidad, se vincula el poder discrecional del juez al estatuirse en la ley los específicos parámetros de valoración, y se circunscribe su labor.

En efecto, en esta primera fase que caracteriza la función del juez en la aplicación de la pena pecuniaria, deben tomarse en cuenta los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible, es decir, las circunstancias de modo, tiempo y lugar; la importancia de la lesión o del peligro; la calidad de los motivos determinantes y todas las otras condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influído en la comisión del delito; y la conducta del agente posterior al delito (art. 71 C.P.).

Para apreciar todos estos extremos el tribunal puede ser auxiliado por la pericia socio-psicológica y por el material fáctico recogido durante el proceso, sin que esta labor se separe drásticamente de los criterios que orientan la determinación de la pena privativa de libertad.

Sin embargo, tratándose de penas diversas, la legislación patria realiza una importante diferencia al atribuirle a la pena de prisión y a las medidas de seguridad un objetivo rehabilitador (art. 51 C.P.), lo que no hace respecto a la pecuniaria. De ello intuimos no solo que la multa penal no pretende

---

(18) Sobre las ventajas y desventajas de la pena pecuniaria, véase brevemente NAVARRO, G.R. La multa, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Argentina, T. XIX, pp. 947 ss.

(19) Expone en forma amplia esta clasificación CHICHIZOLA, M.I. La individualización de la pena. Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1967, pp. 49 ss.

rehabilitar la conducta del sentenciado, sino también que su fundamento es esencialmente retributivo además de las consecuencias secundarias que implica (20).

Por esta razón, el factor **personalidad del imputado**, entendido como aspecto psíquico, abstracto, proyectado hacia el futuro, de tipo presuntivo (pronóstico), tiene poco que ver con la determinación del **número** de días de pena pecuniaria, al no buscarse con la multa una finalidad rehabilitadora futura, mientras que el factor **gravedad del hecho**, entendido como realidad efectiva, concreta, bien concluida en el presente, de tipo valorativo (diagnóstico), en su amplitud casi agota las razones que pueden justificar la determinación del **número** de días de pena pecuniaria en el caso concreto (21).

Y con ello se evidencia también que en el sistema de días-multa, no obstante que la pena es proporcionada al estado económico y financiero del imputado, no se abandona la relación a la gravedad del hecho y a la culpabilidad, en pleno respeto del principio "nulla poena sine culpa", el cual debe estar a la base de todo sistema de medida de la pena (22).

La personalidad del sentenciado, en cuanto se refleja en la acción delictiva, incide en el juicio de responsabilidad y en la escogencia de la pena. Por consiguiente, frente a aquellas figuras delictivas en las que la multa aparezca junto con la prisión, como penas alternativas, el juez debe valorar si el sentenciado necesita una pena "rehabilitadora" (de prisión) o bien si a los fines de la tutela del ordenamiento jurídico, así como a los efectos de prevención general y especial, basta retribuir aquella conducta con una pena pecuniaria.

En virtud del principio de inmediación de la prueba y tratándose de una valoración de hecho, al tribunal de instancia se le reserva una amplia facultad para apreciar estos parámetros (hecho-personalidad) y para determinar el número de días de pena pecuniaria en el caso concreto, no obstante las frecuentes críticas ante la insuficiente motivación en la sentencia. Pero ese poder-deber no es paragonable al ejercicio del poder discrecional de la Administración Pública, en cuanto éste último puede eventualmente actuar de una u otra frente a una alternativa y ello es jurídicamente válido (23).

b) **Los límites:**

Antes de la entrada en vigencia del actual Código Penal, la determinación de la pena se efectuaba valorando las circunstancias del hecho en forma casi matemática (art. 85 CP. de 1941) y esto era producto de aquella concepción, ahora superada, de vincular al juez lo más posible a la letra de la ley. El Código de 1970 confiere más amplios poderes discrecionales o bien límites menos severos, con el objeto de obtener una efectiva personalización de la pena.

En esta perspectiva, entonces, el poder del juez se caracteriza por la residualidad, en cuanto complementa y desarrolla la determinación de la pena que había efectuado el legislador en la concreta figura delictiva, sin que por ello encuentren espacio criterios de mera oportunidad. El juez, en

---

(20) Nuestra Sala de Casación, al pronunciarse sobre la finalidad de la pena de multa indica que su objetivo es "prevenir el delito e intimidar". CASACION, No. 153 de las 14:00 hrs. del 30 octubre 1974. Sobre la finalidad de la pena pecuniaria, véase PAGLIARO, A. Principi di Diritto Penale, Parte Generale, Milano, Giuffrè, 1972, p. 645; y GROSSO, C.F. Funzione rieducativa della pena e pene pecuniarie, en "Studi in memoria di G. Esposito", Padova, 1972, II, pp. 786 ss.

(21) A esto se debe, también que en Costa Rica el examen sociopsicológico del imputado, en procesos por delito sancionado con multa, no se efectúe sino excepcionalmente, como lo autoriza la legislación. Arts. 71 C.P.; 50 y 185 inc. 4 C.P.P.; y Ley 5054 del 4 de agosto 1972. Sobre las dificultades de esa pericia, véase CASTILLO GONZALEZ, F. Posición del perito en el proceso penal costarricense, en "Rev. de Ciencias Jurídicas", San José, 1978, No. 34, pp. 49 ss.
Sobre la diversa incidencia de la personalidad del imputado y la gravedad del hecho en la determinación de la pena, véanse SPASARI, M. Capacità a delinquere e pena, en "Riv. it. di dir. e proced. penale", Milano, 1978, pp. 10 ss; y GUADAGNO, G. Accertamento del fatto e accertamento della personalità come presupposti per l'applicazione della sanzione penale, en "Foro Penale", Napoli, 1970, pp. 22 ss. También en "Studi in onore di B. Petrocelli", 1972, X t. II, p. 923 ss.

(22) Cfr. SANTAMARIA, D. Colpevolezza, en "Enciclop. del Diritto", Milano, 1960, T. VII, p. 648; y VASALLI, G. Funzioni e insuficienze della pena, en "Riv. it. dir. e proced. penale", Milano, 1961, pp. 297 ss.

(23) La jurisprudencia costarricense precisa que el uso de los poderes discrecionales del juez en la irrogación de la pena resultan incontrolables por la casación, salvo ausencia total de motivación o irrespeto a los límites legislativos. Así CASACION, voto 22-f de 9:30 hrs. del 10-10-1975, Sala Segunda Penal; y voto 20-f de 13:15 hrs. del 2-5-1977, Sala Segunda Penal. En igual sentido se pronuncian la jurisprudencia italiana y la española. Véanse "Sez. IV, Ud. 14 giugno 1976, SERENTHA", en Cassazione penale, Milano, 1978, p. 48; y DEL ROSAL, J. La funzione giudiziale nella applicazione e nella determinazione delle pene nella legislazione penale spagnuola", en "Indice Penale", Padova, 1969, pp. 161 ss. En general, sobre esta función, véase DOLCINI, E. La commisurazione della pena, Padova, Cedam, pp. 117 ss.

el esfuerzo de adecuar efectivamente la pena al hecho y a la personalidad del imputado, por una parte es libre de prejuicios legales, pero por otra encuentra circunscrito su poder en un marco de obligatoriedad que le impide cualquier arbitraria degeneración, con límites cualitativos y cuantitativos (24).

En el aspecto cuantitativo, los límites máximos y mínimos para determinar el **número** de días-multa en el caso concreto, son fijados expresamente por el legislador en cada figura delictiva, salvo los casos en los que se autoriza ir más allá por circunstancias especiales (25).

Sin embargo, aún frente a circunstancias agravantes, la **cantidad** de días multa no puede ser superior de 360 días en la normativa costarricense (art. 53 C.P.). En sentido inverso, la legislación no determina un límite mínimo genérico, como sí lo hacen otros sistemas como el alemán que lo establece en 5 días; pero esto no significa que en Costa Rica el día multa pueda fraccionarse. Es en la configuración específica de las hipótesis delictivas donde por lo general se dispone el mínimo y cuando no se hace, se permite que el mínimo se reduzca a un día multa en virtud del principio de inderogabilidad de la pena. No se indica el mínimo, por ejemplo, en el artículo 128 del Código Penal, que sanciona el delito de lesiones culposas con pena **hasta** de un año de prisión o **hasta** de cien días multa.

En el sistema costarricense este primer paso que caracteriza la determinación del **número** de días de pena pecuniaria no parece destacarse de la determinación del **importe** de cada día multa. Por ello en la práctica nada impide que en este momento el juez tenga presente, también, el posible monto de dinero que corresponderá a cada día multa, y que tal práctica incida en la determinación del **número** de días.

Lo importante es que la medida de la multa no se traduzca en un lógico proceso matemático, sino que, cumpliéndose las fases respectivas, esta pena sea irrogada en proporción al desvalor del hecho y a las reales condiciones económicas del sujeto.

4. LOS PODERES DISCRECIONALES DEL JUEZ EN LA FIJACION DEL IMPORTE DE CADA DIA MULTA

En sustancia la pena constituye una **privatio boni**, una privación o disminución de bienes jurídicos, como lo son la libertad o el patrimonio real (26). Por consiguiente, así como esa disminución o privación es proporcionada —en el caso de las penas privativas de la libertad— a la personalidad del imputado, para conseguir una finalidad "rehabilitadora" (27), también la pena pecuniaria debe proporcionarse a la situación económica del condenado con el objeto de "personalizarla".

Con ello no solo se realiza una mejor defensa del ordenamiento jurídico y un interés patrimonial del Estado, sino también se evitan los diversos efectos que puedan fundarse en la riqueza o en la pobreza del condenado. Así la pena no es irrisoria, ni se debilitan sus aspectos retributivo, intimidativo y preventivo, cuando el sujeto dispone de gran cantidad de recursos económicos; o bien, no es gravosa al extremo de provocar consecuencias no queridas por la legislación, cuando el sujeto no tie-

---

(24) Cfr. SPASARI, M. Appunti sulla discrezionalità del giudice penale, en "Riv. it. di dir. e proced. penale", Milano, 1976, pp. 50 ss; DELOGU, T. Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto, ídem, pp. 369 ss.; y PALOMBI, E. Personalizzazione della pena, en "Giurisprudenza di Merito", Milano, 1976, IV, p. 88.

(25) En el ordenamiento penal costarricense podemos individuar dos grupos de normas excepcionales en este sentido: a) Aquellas normas genéricas que prevén la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, que autorizan aumentar o disminuir discrecionalmente la pena más allá de los límites establecidos en la figura delictiva (arts. 35, 37, 74, 77, 78 y 79 del C.P.). b) Aquellas normas de la parte especial que permiten al Juez salir de los límites cuando concurren circunstancias expresamente indicadas en la hipótesis delictiva, que tienen directa relación con la naturaleza de la acción tipificada o con la calidad personal del autor o de la víctima. (Por ej. art. 141 C.P.).

(26) Cfr. BETTIOL, G. Diritto Penale, Parte Gen., Padova, CEDAM, 10 ed., 1978, pp. 691 ss.

(27) Sin olvidarse del aspecto retributivo, el cual se encuentra implícito al disponerse una determinada cantidad y tipo de pena según una escala de política criminal relacionada con la gravedad del hecho, y con mayor atinencia, al exigirse valorar los aspectos objetivos del hecho para fijar la pena. (Arts., 51 y 71 del C.P.) Cfr. VASSALLI, G. Op. loc. cit.

ne suficientes medios económicos para pagarla (28). Estos problemas son los que el sistema de días multa busca atenuar en la segunda fase de medición.

a) **Los criterios para conmensurar el importe del día-multa:**

Para realizar la proporción de la multa a la situación económica del condenado, algunas legislaciones hacen una referencia genérica a ello, además de exigir la proporcionalidad a los aspectos objetivos y subjetivos del hecho delictivo, pero restan algunos problemas no resueltos al no precisarse en qué medida influyen cada uno de esos criterios, así como al no estatuirse los límites dentro de los cuales el juez relaciona el importe de la multa al estado económico del sentenciado (29).

En otros sistemas, como el italiano, el juez **puede** aumentar hasta el triple la pena pecuniaria "cuando por las condiciones económicas del reo se pueda presumir que la pena resulta ineficaz, aunque sea impuesta en el máximo" (30).

En el sistema de días-multa, en cambio, la legislación individualiza los criterios aptos para proporcionar el importe de cada día-multa a la situación económica del imputado, permitiendo controlar en qué medida influyó la gravedad del hecho y las condiciones económicas, en la fijación de la multa concreta.

En este sentido se habla del "principio de la renta neta", según el cual el juez fija el importe del día-multa basándose en el ingreso diario total que el imputado recibe o que podría recibir, como ocurre en Alemania Federal; o bien del "principio de la pérdida", que acoge el derecho austriaco, el que se basa en la suma que el imputado podría gastar **para sí** y a la cual se puede racionalmente pretender que renuncie, destinándola al pago de la pena pecuniaria (31).

En Costa Rica se sigue fundamentalmente el primero, pero no se descarta el segundo. En efecto, según el artículo 53 del Código Penal "el importe del día multa se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendiendo especialmente su **causal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio** que el juez considere apropiados. Si el condenado viviere exclusivamente de su trabajo, el día-multa no podrá exceder del monto de su salario diario" (32).

Como puede apreciarse en esa norma, la incidencia de la situación económica del imputado es valorada en amplio margen por el juez, como resultado de la imposibilidad e inoportunidad de prever en la legislación todas las diversas y complejas formas de adquirir el dinero, es decir el objeto de la pena pecuniaria. En este sentido "debe tenerse en cuenta no ya la renta, u otro elemento pecuniario equivalente o semejante, sino todos aquellos factores de una u otra índole que incidan en la situación económica del condenado, de tal modo que se parta de sus posibilidades reales de pago, esto es, de su efectiva capacidad para soportar la multa y sufrirla como tal" (33).

---

(28) En tal sentido afirma FRIAS CABALLERO: "El contenido patrimonial de la pena incide en el sujeto activo como es notorio a los ojos del más modesto ciudadano, de un modo diferente, según su mayor o menor capacidad económica. La pena, pues, para ser eficaz y justa, debe guardar forzosa relación con dicha capacidad; de otro modo podría convertirse en el privilegio del rico para quien nada significa y en el aniquilamiento del sujeto de modestos recursos que, acaso reducido a la miseria, o a la extrema necesidad, será facilmente arrastrado al mundo del delito". FRIAS CABALLERO, J. Ponencia a las "Jornadas de Derecho Penal", cit., p. 204.

(29) Así ocurría en la legislación penal costarricense del siglo pasado y principios del presente, sin referirla a la personalidad del reo. Actualmente lo prevé así la legislación argentina (art. 21 C.P. arg.), sin embargo en el Proyecto de C.P. de 1960 y la doctrina argentina son favorables a la adopción del sistema de días-multa. Cfr. SOLER, S. Op. loc. cit. y FONTAN BALESTRA, C. Op. cit., pp. 378 ss.

(30) Arts. 24 y 26 C.P. ital. Cfr. DOLCINI, E. Le pene pecuniarie come alternativa alle pene detentive brevi, en "Jus", Milano, 1-2, 1974, pp. 529 ss; y ZAPALA, E. La multa, en "Enciclop. del Diritto", Milano, 1977, vol. XXVII, pp. 350 ss.

(31) Cfr. JESCHECK, H.H. Op. cit., p. 374 y DEL MISMO, Gli indirizzi di politica criminale nelle riforme penali tedesca el austriaca, en "Jus", Milano, 1974, pp. 373 ss.

(32) Para una amplia crítica de tales criterios de medida, sobre todo por los términos que se utilizan en el Código, cfr. MENA PACHECO, O.M. La multa penal, cit. pp. 91 ss.

(33) Así, FRIAS CABALLERO, J. Op. cit., p. 208. La falta de mecanismos para personalizar la pena pecuniaria en el delito de contrabando (sancionado con multa equivalente a 10 veces el valor de lo defraudado), llevó a discutir en un caso concreto si la multa debían pagarla entre todos los condenados o bien si cada uno de ellos debía pagar 10 veces el valor de lo defraudado. Casación se pronunció en este último sentido. Véase CASACION, No. 153 de las 14:00 hrs. del 30 de octubre de 1974.

En este "juicio económico" se toma en cuenta no solo el ingreso diario, sino también todas las pertenencias y riquezas que forman el patrimonio real del condenado, como serían las cuentas bancarias, la titularidad y participación en empresas comerciales o industriales, derechos de propiedad, objetos valiosos, etc. La norma permite al juez recurrir a todos los demás "elementos de juicio" que "considere apropiados", por lo que no se trata de parámetros taxativos.

Sin embargo la posibilidad de realizar un efectivo "juicio económico" depende de la indagación que se haya dispuesto durante el proceso, la cual no es muy frecuente según señalamos adelante.

b) **La falta de límites legislativos:**

El único límite objetivo que la norma citada le impone al juez en la determinación del importe del día-multa consiste en la imposibilidad de sobrepasar el salario diario del condenado, cuando éste vive exclusivamente de su trabajo.

Frente a todas aquellas personas que no viven exclusivamente de su trabajo, porque tienen otrós ingresos (rentas, dividendos, intereses, etc.), la legislación deja abierto el camino para que el día-multa se fije en una suma superior al ingreso diario total, ya que al respecto no existe ningún límite (34).

Por otra parte, no se desprende de la norma citada que el juez deba deducir del caudal diario las sumas necesarias para cubrir las obligaciones domésticas del condenado, con lo cual se atenuaría el traslado a los familiares del sacrificio que comporta la pena y se cumpliría con mayor significado el principio de la personalidad de la pena. La genérica fórmula "nivel de gastos" que el juez debe tomar en cuenta según la norma legal, no resulta suficiente para imponer una obligación en tal sentido.

No obstante esta grave laguna, los tribunales costarricenses han hecho uso moderado de los poderes que ella implica. La práctica no permite individualizar un comportamiento homogéneo sobre la concreta porcentual que, de los ingresos diarios y de la riqueza del sentenciado, se deba destinar al importe del día-multa, pero la mayoría de tribunales son uniformes al no tomar todo, de modo que le reste al condenado lo necesario para responder a sus principales obligaciones, como los alimentos de su familia (35).

No obstante la falta de límites legislativos, por el contrario, la práctica también nos muestra una tendencia de los tribunales a fijar el monto del día-multa en sumas bajas, tanto que en ocasiones son más bajas las multas por delito que las que se imponen por contravenciones con multas fijas, pero ello, lejos de tratarse de una predisposición a ser indulgentes, obedece más a la imposibilidad de realizar una indagación sobre la verdadera situación económica de la persona que se juzga, lo cual va acompañado por una posición del imputado de no revelar en sus declaraciones durante el proceso el monto real de sus ingresos, indicando una suma menor la mayoría de veces.

c) **En especial el problema de los desocupados y de los dependientes:**

En esta fase de determinación de la pena pecuniaria surgen también dos interrogantes particulares no resueltas por la legislación: ¿Qué debe tomarse en cuenta cuando el imputado no tiene trabajo ni otros ingresos? ; y ¿cuáles criterios de medida deben adoptarse frente a sujetos económicamente dependientes, como los estudiantes y las amas de casa, los cuales viven del ingreso económica de otro sujeto?

Ante la indefinición legislativa, sobre el primer aspecto, un sector de los tribunales costarricenses estiman la situación económica general del desocu-

---

(34) En Alemania es previsto un límite máximo concreto de 1.000 D.M. para cada día multa (Parag. 54, abs. 2); mientras que en la legislación brasileña (la cual desde el siglo pasado previa un sistema similar al de los días-multa) actualmente prevé que el importe del día-multa no puede ser superior a un tercio del salario mínimo ni inferior a un trentésimo (art. 44 C.P. bras. de 1969). A nuestro juicio parece más aceptable el límite máximo porcentual o relativo que una específica suma. Tal criterio acogió QUINTANO RIPOLLES, A. Ponencia a las "Jornadas de Derecho Penal" cit., p. 195.

(35) Un nuevo criterio propone la "Comisión Redactora de la Legislación Penal" en su proyecto para modificar la parte general del Código Penal, publicado en Gaceta del 13 de enero 1981. En efecto, se propone modificar el art. 53 por el siguiente, en lo que interesa: ". . .El importe del día-multa se determinará de acuerdo con la situación económica del sentenciado tomando en cuenta sus ingresos, rentas y medios de subsistencia, con deducción de los gastos indispensables para la alimentación de él y de su familia.
Si el condenado viviera exclusivamente de su trabajo, el día multa no podrá exceder de la mitad de su salario. . ." La norma, aún cuando no resuelve algunos problemas de importancia, implementa nuevos límites para que jurídicamente no exista posibilidad de tomar todo, o más que todo, de lo que el condenado dispone en un día.

pado y sin ulteriores indagaciones tasan el importe del día-multa en el mínimo posible.

Otro sector toma como base los Decretos del Poder Ejecutivo referentes al salario mínimo, en modo tal que si se trata de una persona transitoriamente desocupada, que no tenga otra fuente de ingresos, pero que puede catalogarse en una categoría laborativa precisa (un profesional, un técnico, un obrero especializado, etc.) toman como base el salario mínimo del grupo al cual pertenecen. Si se trata de un sujeto que no es ubicable en modo preciso en una categoría, toman el salario mínimo de la categoría similar o más baja según el escalafón de salarios (36).

Con tal criterio el salario mínimo adquiere un valor de límite máximo según la práctica judicial, irrogándose la pena racionalmente aún frente a estos sujetos, en virtud del principio de inderogabilidad de la sanción penal.

Respecto a la segunda interrogante debe observarse que la imposición de una multa a un sujeto que depende económicamente de otro, se efectúa siempre con el riesgo de trasladar el sacrificio que ella comporta a quien no ha sido declarado como responsable, y éste no es un problema que específicamente se presente con el sistema de días-multa, sino que existe cualquiera sea el sistema que se utilice para determinar la pena pecuniaria en el caso concreto.

En este sentido no rige el principio general del derecho privado, según el cual cualquiera puede pagar por otro, sino por el contrario rige el de la personalidad de la pena, que impone a cada uno el deber de responder penalmente de sus propios actos (37).

En un sistema que no proporciona la multa a la situación económica del imputado, el problema de trasladar el sacrificio permanece sin resolver, pues en este caso el juez no debe siquiera plantearse esa circunstancia. Con el sistema de días-multa, al exigirse la proporcionalidad a la situación económica, la contradicción se presenta con mayor evidencia y al menos se busca atenuarla.

La mejor solución la ofrece el sistema austriaco con el criterio de la pérdida. En efecto, al fijarse el importe del día multa en proporción a la suma de dinero que el condenado puede disponer para sí en un día, se elude la problemática referente a la forma en que adquirió el dinero, sin que interese si lo ganó con el trabajo propio o lo recibió de otra persona, Al respecto interesa tan solo fijar un suma razonable de dinero, a la cual se pretende que el condenado renuncie, destinándola al pago de la multa. Pero este sistema se agota frente a aquellos dependientes que no reciben una suma determinada de dinero, sino que disfrutan de todos los beneficios materiales junto con quien suministra los recursos económicos, como ocurre generalmente entre marido y mujer. En estos casos la individualización de la suma que el dependiente puede disponer para sí en un día se presenta dificultosa.

En Alemania, donde se sigue el criterio de la renta neta, la práctica establece que para amas de casa y estudiantes que viven en familia, la entidad del día-multa debe calcularse en base a las prestaciones del "jefe de familia" en favor de aquellos, y para estudiantes que viven fuera de casa, en base a la suma de la cual pueden disponer mensualmente (38).

Los tribunales costarricenses no han tomado, tampoco en este sentido, un camino homogéneo. Algunos consideran el patrimonio del sujeto que aporta el dinero (jefe de familia), observando también lo que el dependiente recibe. Otros, en el caso de la esposa que no tiene un trabajo remunerado, toman como base el salario mínimo de las empleadas domésticas. No existe un sector más necesitado que éste de una intervención legislativa. Una cosa es cierta, el sistema previsto en el código es muy abierto, por lo que además de exigir imponerse el problema permite estas diversas valoraciones discrecionales.

El legislador costarricense previó los parámetros fundamentales que guían la tarea del juez en la determinación del importe del día-multa, entre los que encuentran particular incidencia las rentas

---

(36) El proyecto citado en nota anterior recoge esta práctica al agregarle un transitorio al artículo 53 del C.P., que dice "Transitorio: mientras una ley especial no señale cómo fijar el monto de los días-multa, quedan autorizados los tribunales para determinarlo con base en el Decreto de Salarios Mínimos vigente a la fecha de comisión del hecho punible. Cuando se tratare de personas cuya actividad no esté comprendida en tal Decreto, el monto del día-multa lo fijarán prudencialmente tomando en consideración la actividad y condición económica del condenado, aplicando por analogía dicho Decreto". Podría argumentarse que estando de por medio la determinación de una pena, la aplicación del Decreto por analogía roza con el principio de legalidad (art. 2 C.P.).

(37) Sin embargo, cuando se concede el beneficio de pagar la multa en cuotas, o se otorga una prórroga del plazo, la legislación costarricense exige al condenado (salvo que el juez prescinda) otorgar una garantía real o personal, permitiendo que eventualmente se traslade el cumplimiento de la pena al fiador. Art. 54 C.P.

(38) JESCHECK, H.H. La pena pecuniaria, mod. . ., cit., p. 376.

o ingresos y los gastos, sin cerrar el camino a nuevos factores que eventualmente se presenten en el caso concreto.

Hasta ahora los jueces han utilizado con cautela y prudencia estos poderes discrecionales, pero nada impide que en el futuro la solución sea diversa. A tal propósito no basta que el único límite sea el no sobrepasar la **totalidad** del salario diario del sujeto cuando éste vive exclusivamente de su trabajo, norma que además de permitir un aumento en casos diversos, parece inspirar el sistema hacia la no deducción de las obligaciones y cargas financieras del condenado, al conceder la posibilidad de tomar **todo** lo que recibe en un día en algunos casos y **más de todo** lo que recibe en otros (39).

Sobre los "insolventes de hecho", es decir personas que no pueden pagar la multa por causas independientes a su voluntad, la legislación impone el camino del trabajo sustitutivo, de poca actuación práctica, y la conversión en pena privativa de la libertad, lo que contrasta con el espíritu del sistema de días-multa, como lo señalamos adelante.

ch) **La indagación procesal de la situación económica del imputado:**

Respecto a la actividad probatoria que debe disponerse en el proceso para establecer la situación económica del imputado, debemos advertir que en la experiencia costarricense no es ni frecuente ni exhaustiva, pero ello responde más a dificultades estructurales del proceso que a una mala función judicial.

En efecto, sin pretender ahondar esta problemática con el rigor que requiere, piénsese en el proceso sumarísimo predispuesto para las contravenciones, las cuales casi todas se sancionan con días-multa, donde el tribunal debe conocer en un solo día cantidad de casos, lo que impide una averiguación diversa del hecho.

En los procesos por delito la indagación económica no parece justificarse en todos los casos, máxime cuando no existe posibilidad de aplicar una pena pecuniaria porque la hipótesis delictiva que se imputa no la prevé, ni se puede conmutar la prisión. En todo caso, en los procesos por delito se interponen varias limitaciones estructurales, no solo la celeridad, sino también la complejidad y la heterogeneidad de los factores que deben indagarse (como la existencia o no del hecho denunciado; la concurrencia de alguna causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad; la personalidad del imputado y su probable comportamiento futuro; las consecuencias civiles del hecho; la relación entre la parte civil que reclama la indemnización y el tercero civilmente responsable; etc.), relegando la averiguación exhaustiva del estado financiero del imputado a un segundo plano.

Como quiera que sea, los tribunales poco a poco han resuelto las diversas exigencias. En práctica se basan en los datos suministrados por el imputado en su declaración y sólo excepcionalmente se realiza una actividad probatoria más a fondo para establecer su estado económico (40), ya sea cuando lo consideren necesario o bien cuando lo haya solicitado el representante del Ministerio Público después de fundadas dudas y lo haya acogido favorablemente el tribunal. Por el contrario, muy pocos siguen la práctica de solicitar certificaciones del salario cuando el imputado es un trabajador dependiente.

Con los datos suministrados por los mismos imputados, los tribunales fijan con prudencia el importe de cada día-multa, tomando como límite máximo (generalmente) la suma que ellos indican en su indagatoria, o bien complementándolo con los reglamentos sobre el salario mínimo antes citados.

A esta práctica se llega el carácter fáctico y discrecional de la apreciación del estado económi-

---

(39) Mientras que el legislador si le fija al juez límites para otros efectos, como por ej. respecto a la cantidad que puede tomar del salario del sujeto para cubrir la cuota alimentaria de la familia. Cfr. Supra nota 35.

(40) En posición crítica sobre tal práctica, cfr. MENA PACHECO, O.M. La multa penal, cit., pp. 17 ss. y 93 ss.
En la experiencia alemana y austriaca se prevé una solución pragmática: el rédito neto del imputado, su patrimonio y los demás elementos relativos al cálculo del importe del día-multa, pueden ser objeto de una estimación por parte del juez y solo excepcionalmente se realiza la indagación. Cfr. JESCHECK, H.H. La pena pecuniaria, mod. . ., cit., p. 377. En similar sentido, DOLCINI considera que la indagación económica debería disponerse solo donde sea posible y oportuna, así como también cuando surjan fundados motivos para dudar de la autenticidad de los datos suministrados por el imputado. Cfr. DOLCINI, E, Pene pecuniarie e princ. cost. cit., p. 347 y DEL MISMO, Le pene pecuniarie come alternativa. . . cit., p. 542.

co del imputado y en virtud de la apertura de los parámetros predispuestos en la ley, con lo que se evidencia de más la oportunidad de disponer algunos límites objetivos (41).

5. LA EJECUCION DE LA PENA PECUNIARIA

Dos son las hipótesis que caracterizan la ejecución de la pena pecuniara: el pago efectivo de la suma de dinero que ella comporta, a través de particulares modos, algunos de los cuales constituyen ya formas de personalización de la pena; y, las medidas sustitutivas al pago, o mejor, las medidas sustitutivas del dinero, pues en sustancia es ese el objeto de la multa.

a) **El cumplimiento de la multa con dinero:**

Conforme al ordenamiento costarricense, existen cuatro formas o modos para cumplir la pena pagando dinero. El primero es constituido por el **pago inmediato** (arts. 53 CP; y 510 C.P.P.), que debe realizarse dentro de los quince días posteriores a la firmeza de la sentencia que la imponga, sistema que la práctica individualiza como el más utilizado.

Una segunda modalidad de ejecución es constituida por el **pago de cuotas** (art. 54 C.P.), complemento lógico de un sistema de días multa. El Juez, por medio de resolución posterior a la sentencia, y siempre que las condiciones económicas del imputado lo ameriten, autoriza el pago del dinero en cuotas, fijando la suma de cada cuota y los términos dentro de los cuales debe pagar, pudiéndo exigirle una garantía real o personal al condenado.

En caso de incumplimiento en el pago de una cuota, o bien cuando mejoren las condiciones económicas del imputado, el beneficio debe revocarse. De ello se desprende la estricta relación de esta modalidad de pago con la situación económica del condenado. Es de señalar que el juez no encuentra ningún límite para fijar el número y la suma de las cuotas, así como los términos de pago. Esta valoración es del todo separada de las reglas que guían la determinación de cada día multa, pues el juicio es, evidentemente, diverso.

Un tercer modo es constituido por el **pago diferido** (art. 54 C.P.), según el cual el juez puede acordar un plazo, diverso del previsto, para que el obligado pague la multa siempre que las condiciones económicas de éste lo justifiquen.

La legislación costarricense no precisa los casos en los cuales puede concederse esta prórroga, ni impone al juez límites temporales, pero es claro que hace referencia a las posibles causas de imposibilidad económica transitoria, como serían la enfermedad, la desocupación o cualquier otra causa que empeñe en modo sensible y por un período de tiempo determinable las rentas del condenado.

Finalmente, se dispone la **ejecución forzosa** (art. 56 C.P.), la que si bien no es una forma de pago, constituye uno de los modos de cumplir la pena con pérdida de dinero o con bienes convertibles a dinero. A este procedimiento se recurre cuando el condenado, teniendo los medios económicos para hacerlo, no quiere pagar la multa, o bien cuando no puede pagar y se le ha exigido un garante (en caso de prórroga o pago en cuotas).

Este procedimiento coactivo **debe** disponerse antes de la conversión de la pena pecuniaria en pena de prisión (42).

---

(41) La determinación de los hechos (como lo constituye el estado económico del imputado), así como su apreciación conforme a las reglas de la "sana crítica", resta materia exclusiva del tribunal de juicio, por ello no es un factor que pueda controlarse en casación, salvo evidente absurdo o mala aplicación de la ley. Así CASACION, voto 17-F de 14:30 hrs. del 6-8-1976 y voto 41-F de 16:30 hrs. del 23-6-1977, ambos de la SALA SEGUNDA PENAL. Sobre ello, cfr. también ZAPPALA, E. La multa, cit., p. 353.

(42) El Proyecto de Reformas a la parte general del Código Penal citado, propone en el artículo 56 lo siguiente: "Si el condenado no pagare la multa, ésta se convertirá en prisión a razón de un día por día multa. De no ser posible la detención del condenado, el juez hará efectiva la multa en sus bienes por la vía de apremio. . .". Como puede apreciarse, se dispone que la ejecución forzosa constituye un medio de garantizar el cumplimiento de la pena de multa, pero se condiciona ese modo de cumplimiento a que el condenado no hubiere podido ser detenido, lo que a nuestro juicio no parece conveniente porque la conversión de la pena de multa a prisión , de aceptarse, debe aplicarse como último recurso. Por otro lado el proyecto no precisa cómo puede hacerse efectiva la multa en los bienes del condenado por la vía del apremio, pues el apremio consiste en una forma de privación de libertad que se dirige contra el sujeto y no contra sus bienes, lo que constituye evidentemente una contradicción, máxime que esa forma de ejecución se propone para cuando el condenado a multa no haya podido ser detenido.

b) Las medidas alternativas al dinero: el caso de los "insolventes de hecho":

A diferencia del desarrollo de los institutos dirigidos a resolver los problemas y la incidencia numérica de la pena de prisión, debe admitirse que respecto a la pena pecuniaria no se han desarrollado suficientes medidas alternativas al dinero.

Salvo las formas tradicionales de extinción de la pena aplicables a la multa (43), en la experiencia costarricense se prevén en principio dos medidas alternativas: la sustitución de la multa con la prestación de trabajo libre y la conversión de la multa en prisión. Indicamos que en principio porque luego de efectuada la conversión a prisión, a nuestro juicio entran en juego otras medidas alternativas a la prisión, aplicables durante la ejecución de ésta.

Paradójicamente estas medidas alternativas de la multa son aplicables únicamente cuando la persona condenada no tiene recursos económicos para pagar, pues quien puede lo hace con el propósito de evitar que su situación se agrave.

Podrían considerarse medidas de personalización de la pena el pago en cuotas y la prórroga del plazo, pero estas formas presuponen la existencia de un sujeto que puede pagar, mientras que para quien no puede hacerlo, ni en el futuro, no tendría sentido concederle términos.

El trabajo libre sustitutivo de la multa, al igual que en la sustitución por la prisión, puede desempeñarse en favor del Estado, de sus instituciones o en favor de la empresa privada. Para tales efectos un día de trabajo equivale a un día multa (art. 55 C.P.), pero las dificultades prácticas son tales que no encuentra mayor aplicación (44).

La conversión de la multa en pena de prisión, a nuestro juicio debería constituir la garantía (amenaza) para el cumplimiento de la pena pecuniaria frente a sujetos que teniendo las condiciones económicas necesarias, no quieren pagar, así como para aquellos sujetos que **voluntariamente** se encuentren en un estado de indulgencia económica, por medio de la trasmisión de sus bienes a terceros, o por cualquier operación, con el propósito de eludir el pago.

En estos casos la conversión no se fundamentaría en la situación económica del condenado, sino en su conducta posterior dirigida a eludir el cumplimiento de la pena pecuniaria, precisamente lo que en las penas privativas de la libertad constituye otro delito (evasión). Así la aplicación de la conversión se condiciona a la voluntariedad del incumplimiento, y por ello el juez debe indagar sobre las posibles causas que determinan el incumplimiento (45).

En contraste con lo anterior, la aplicación del instituto de la conversión presenta sobre tòdo dos problemas, como reiteradamente ha puesto en evidencia la doctrina: en primer término el carácter automático y ejecutivo con el cual se aplica frente a la falta de pago, sin indagarse los motivos que existen para no cumplir con aquella obligación de cubrir el importe de la multa (46); y en segundo término, que encuentra gran aplicación (si no exclusiva) frente a sujetos que no pueden pagar la multa por causas independientes a su voluntad,

---

(43) Como por ej. , el perdón judicial (art. 93 C.P. sobre todo incisos 10 y 11), el perdón del ofendido en delitos de "acción privada" (art. 81 C.P.) y muy raramente el indulto y la amnistía (arts. 89 y 90 C.P.).

(44) Al respecto se afirma que "el sistema, propugnado por la doctrina, del trabajo libre proporcionado por el Estado con el objeto de facilitar el pago de la multa, suele tener el inconveniente de que la administración pública no siempre se halla en condiciones de ofrecer los respectivos empleos, sobre todo en épocas de crisis, o de restricciones derivadas de una difícil situación financiera, o de propósitos restrictivos en los cuadros burocráticos, como ocurre hoy entre nosotros". FRIAS CABALLERO, J. cit., p. 210. Cfr. también DOLCINI, E. Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali en "Riv. It. di diritto e proced. Penale", Milano, 1977, pp. 479 ss.

(45) Conforme BRICOLA, F. L'istituto della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva alla luce dei principi constituzionali" en "Riv. it. dir e proced. penale", Milano, 1961, pp. 1073 ss. "Se debe distinguir —agrega GRAVEN— cuando el pago no se efectúe por mala voluntad del condenado, debiendo en tal caso admitirse la conversión en pena privativa de libertad, o por el contrario, cuando se trate de imposibilidad por falta comprobada de recursos o por enfermedad, en que habrá que renunciar a la conversión en prisión, pues, naturalmente, sería injusto castigar la pobreza y no la culpa del condenado" GRAVEN, J. Ponencia a las "Jornadas de Derecho Penal", cit., p. 173. También, entre muchos otros afirma FRIAS CABALLERO que la conversión de la multa a prisión debe excluirse cuando "la falta de pago de la multa obedece a circunstancias que no son reprochables al obligado suficientemente probadas" Op. cit., p. 212; y QUINTANO RIPOLLES indica que esa situación revive la prisión por deudas, por ello propone que la insolvencia constituya una causa de extinción de las responsabilidades pecuniarias de orden penal. P. cit. p. 196.

(46) Así, PISANI, M. Ricchi e poveri di fronte al processo e di fronte alla pena, en "Riv. it. dir. e proced. penale", Milano, 1962, pp. 569 ss; BRICOLA, F. Op. loc. ult. cit.; y FONTAN BALESTRA, C. Tratado de derecho penal, cit., T. III, pp. 378 ss.

visto que quien tiene los medios económicos evita una pena de prisión, mientras que el pobre debe pagar con la renuncia a su propia libertad lo que el rico soluciona recurriendo a su dinero (47).

El carácter automático de la aplicación del instituto de conversión se evidencia en la práctica costarricense al no estar obligado el juez a indagar las causas de la insolvencia del condenado, así como por la imposibilidad de recurrir a otras medidas sustitutivas de la multa, presentándose inevitable la prisión, no obstante que el legislador le atribuyó un carácter de último recurso, aplicable después de que hubieren fracasado las diversas formas de pago y el trabajo sustitutivo (48).

La conversión se efectúa fácilmente en el sistema de días multa, sin recurrir a ulteriores cálculos, pues por cada día de pena pecuniaria corresponde un día de prisión, (art. 56 C.P.), situación que tiene presente el juez al momento de determinar la cantidad de días de pena pecuniaria.

En nuestra opinión, la conversión se realiza no solo a los efectos de privar al condenado de su libertad personal, sino para todos los efectos, incluyendo los beneficios que puede disfrutar un sujeto originalmente sancionado con pena privativa de la libertad. Por consiguiente, aquel que fue sancionado con una pena de multa, pero por determinadas circunstancias esta se convirtió a prisión, está en posibilidad de disfrutar del beneficio de "libertad condicional" (art. 64 C.P.), el cual le permite disminuir la pena hasta la mitad. También puede recibir el beneficio previsto en el artículo 55 del Código Penal (trabajo realizado durante la prisión), con el cual puede disminuir la pena hasta en un tercio (por dos días de trabajo un día de prisión) (49).

Asimismo podría beneficiarse de todas aquellas medidas de semilibertad dispuestas por el ordenamiento penitenciario durante la ejecución de una pena de prisión, como el arresto nocturno, las salidas de fin de semana, el arresto de fin de semana, etc., en caso de ubicarlo en régimen de confianza (50).

Sin embargo, la aplicación de todas estas medidas alternativas se fundamentan en la imposición de una pena de prisión, es decir en una valoración que no busca la misma finalidad que la pena pecuniaria, mientras que para esta última deberían disponerse medios sustitutivos más beneficiosos y mejor adaptados a su naturaleza, máxime si observamos que la multa se impone cuando el desvalor expresado en el hecho, así como la personalidad del imputado, no justifican un proceso de rehabilitación ni las demás consecuencias de la pena privativa de la libertad.

En Costa Rica no se faculta la aplicación de la condena de ejecución condicional de la pena pecuniaria, ni de la pena de prisión sustitutiva, como sí lo autorizan otras legislaciones.

Como ha sido puesto en evidencia, "la verdad es que el instituto de la conversión de las penas por insolvencia del condenado ha hecho su tiempo y no puede ser aceptado por la conciencia jurídica contemporánea iluminada del nuevo orden de valores de igualdad y de respeto de la personalidad proclamados por la Constitución, así como en el siglo pasado no pudo ser tolerado por la evolución social el arresto por deudas que también había cumplido hasta entonces la función de garantizar el cumplimiento de las obligaciones civiles" (51).

La vía de superación la han ejemplarizado di-

---

(47) En tal sentido, cfr. JESCHECK, H.H. La pena pecuniaria, mod. . ., cit. p. 378; ANNUNZIATA, G. Considerazioni sulla illegittimità costituzionale della conversione delle pene pecuniarie in pene detentive, en "Foro Penale", Napoli, 1964, pp. 38 ss; y DOLCINI, E. Pene pecuniarie e principio cost. . ., cit. pp. 444 ss.

(48) Cfr. PADILLA CASTRO, G. Exposición de motivos del Código Penal de 1970, cit., p. 26.

(49) En este caso surge el problema de determinar si el reo, habiendo sido originalmente sancionado con la pena pecuniaria, deba descontar con el trabajo la proporción uno por uno y no dos por uno. Cfr. MENA PACHECO, O.M. La multa penal, cit., pp. 96 ss., quien pone por evidencia esta problemática.

(50) Cfr. RODRIGUEZ ECHEVERRIA, G. El sistema progresivo en el tratamiento penitenciario, en "Foro", San José, 1978, No. 1, p. 21.

(51) Cfr. ANNUNZIATA, G. Op. ult. cit. p. 63.

versas legislaciones que de una u otra manera han dispuesto la no aplicación de la pena de prisión frente a sujetos insolventes condenados a penas pecuniarias (52).

6. A MODO DE CONCLUSION.

La legislación costarricense ha dado fundamentales pasos para la plena actuación del principio de igualdad constitucional, en respeto de los valores de la persona humana, al disponer que la situación económica del condenado constituye un parámetro de medida de la multa; falta, sin embargo, instrumentos adecuados para llevar tal principio a una efectiva incidencia en la ejecución de esa pena, de modo que se impida una diversidad de tratamiento cuestionable, al sacrificarse la libertad de una persona cuando ésta no puede pagar la suma de dinero impuesta con la multa por causas independientes de su voluntad.

Es necesario, también fortalecer la indagación del estado económico del imputado durante el proceso, porque de ello depende en gran medida que la aplicación del sistema de días multa cumpla los objetivos que tuvieron en mente al implementarlo en la ley.

7. BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V. *"Jornadas de Derecho Penal"* (Buenos Aires 22-27 Agosto 1960). Actas, Buenos Aires, 1962, (Ponencias de Jorge Frías Caballero, Raúl Carrancá Trujillo, Antonio Quintano Ripollés, Jean Graven).

ANNUNZIATA, G. *Considerazioni sulla illegittimita costituzionale della converzione delle pene pecuniarie in pene detentive,* en "Foro Penale", Napoli, 1964.

BENTHAM, *Theories des peines et des recompenses,* en "Oeuvres", Traités de legislation civile et penale, Bruxelles, Libr. Hauman, Ed. Franc. 1940.

BERTONI, R. *L'applicazione nel processo della pena et delle altre misure,* en *"Pene e misure alternative nell'attuale momento storico",* Milano. 1977.

BETTIOL, G. *Diritto Penale,* Parte Grle., Padova, CEDAM, 10 ed., 1978.

BRICOLA, F. *L'instituto della conversione della pena pecuniaria in pena detentive alla luce dei principi costituzionali,* en "Riv. it. di dir. e proced. penale", Milano, 1961.

CASTILLO GONZALEZ, F. *Posición del perito en el proceso penal costarricense,* en "Rev. de Ciencias Jurídicas", San José, n. 34, 1978.

CORSO, G. *Principio di eguaglianza, condizioni economiche del reo e misura dell'ammenda,* en "Gustizia Civile", Milano, 1967, II.

(52) Así, por ej., el proyecto de C.P. de 1941 para Argentina, del Prof. José, Peco, proponía la eliminación de la conversión de la multa en pena de prisión, y creaba una nueva figura delictiva cuando sin justa causa el condenado a una pena de multa se rehusaba a cumplir con las obligaciones impuestas al sustituir la pena de multa (Cfr. FRIAS CABALLERO, J. Op. cit., p. 211 s. y NAVARRO, G.R. La multa, cit., p. 950). En Italia la Corte Constitucional declaró inconstitucional la conversión por ser contraria al principio de igualdad jurídica (Sent. No. 131 del 21 de nov. 1979, transcrita en "Il Foro Padano", No. 10-11 de 1979, Milano, pp. 53 ss.) no obstante que la legislación prevé la sustitución de la pena pecuniaria, así como la suspensión de la pena de prisión sustitutiva (art. 163 C.P. ital.). En Austria y Suiza se permite suspender la pena de prisión convertida; y en este último país además el Juez puede prescindir de la conversión en pena de prisión cuando el condenado demuestre que se encuentra, sin culpa propia, en imposibilidad de pagar la multa. En Alemania se prevé que la pena privativa de la libertad sustitutiva de la multa no se ejecute cuando podría provocar en el condenado consecuencias negativas desproporcionadas respecto al fin perseguido con la pena impuesta. (Sobre estos últimos países, véase JESCHEK, H.H. La pena pecuniaria, mod. . ., cit., pp. 371 y 378; y DEL MISMO, Gli indirizzi di politica criminale. . ., cit., pp. 375 ss).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Anuarios estadísticos,* 1978, 1979, 1980. Sección de Estadísticos, San José, 1979, 1980 y 1981 respectivamente.
CHICHIZOLA, M.I. *La individualización de la pena.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
DELOGU, T. *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto,* en "Riv. it. di dir. e proced. penale", Milano, 1976.
DEL ROSAL, J. *La funzione giudiziale nella applicazione e nella determinazione delle pene nella legislazione penale spagnola,* en "Indice Penale", Padova, 1969.
DOLCINI, E. *Le pene pecuniarie come alternative alle pene detentive brevi;* en "Jus", Milano, 1974.
DOLCINI, E. *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza,* en "Riv. it. di dir. e proced. penale", Milano, 1972.
DOLCINI, E. *Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali,* idem, 1977.
DOLCINI, E. *La commisurazione della pena,* Padova, Cedam, 1979.
FILANGIERI, G. *La sacienza della legislazione,* Milano, tip. Galeazzi, 1984.
FONTAN BALESTRA, C. *Tratado de Derecho Penal,* Buenos Aires, Arg., ed. Abeledo Perrot, 2 ed. 1 reimp., 1977.
GROSSO, C.F. *Funzione rieducativa della pena e pene pecuniarie,* en "Studi in memoria di C. Esposito", Padova, II, 1972.
GUADAGNO, G. *Accertamento del fatto e accertamento della personalità come presupposti per l'applicazione della sanzione penale,* en "Foro Penale", Napoli, 1970; también en "Studi in onore di B. Petrocelli", 1972 t. II.
JESCHECK, H.H. *La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale ed i probleme ad essa connessi,* en "Indice Penale", Padova, 1977.
JESCHECK, H.H. *Gli indirizzi di politica criminale nelle riforme penali tedesca ed austriaca,* en "Jus", Milano, 1974.
MENA PACHECO, O.M. *La multa penal.* Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, 1979.
MORTATI, C. *Istituzioni di diritto pubblico,* Padova, CEDAM, 9 ed. 1976.
NAVARRO, G.R. *La multa,* en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Argentina, t. XIX.
PADILLA CASTRO, G. *Exposición de motivos del Código Penal de 1970,* San José, Imprenta Nacional, 1970.
PAGLIARO, A. *Prospettive di riforma, en "Pene e misure alternative nell'attuale momento storico",* Milano, 1977.
PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale,* Parte Grle, Milano, Giuffrè, 1972.
PALOMBI, E. *Personalizzazione della pena,* en "Giurisprudenza di Merito", Milano, 1976.
PISANI, M. *Ricchi e poveri di fronte al processo e di fr onte alla pena,* en "Riv. it. di dir. e proced. penale", Milano, 1962.
RODRIGUEZ ECHEVERRIA, G. *El sistema progresivo en el tratamiento penitenciario,* en "Foro", San José, 1978, n.1; también en "Sistemas de Tratamiento y Capacitación Penitenciaria en América Latina", ILANUD, Imprenta Nacional, San José, 1978.
SANTAMARIA, D. *Colpevolezza,* en "Enciclopedia del Diritto", Milano, 1960, t. VII.
SOLER, S. *Derecho Penal Argentino,* Buenos Aires, ed. TEA, 6 reimp. 1973.
SPASSARI, M. *Capacità a delinquere e pena,* en "Riv. it, di dir. e proced. Penale", Milano, 1978.
VASSALLE, G. *Funzioni e insufficienze della pena,* en "Riv. it. di dir, e proced, penale", Milano, 1961.
ZAPPALA', E. *La multa,* en "Enciclopedia del Diritto", Milano, 1977, vol. XXVII.

* * *

EL VETO A LA LEY DE PRESUPUESTO

Licda. Elvira Batalla
Asesora Parlamentaria.

La procedencia del veto a normas generales del Presupuesto Ordinario, aprobado por la Asamblea en su oportunidad, puede ser objeto de revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia, que es el órgano competente para tal función cuando se está, como en el presente caso, ante un acto de alguno de los Supremos Poderes del Estado que pueda resultar contrario a la Constitución.

De conformidad con lo establecido por el artículo 10 del texto constitucional, la Corte tiene la atribución de declarar la inconstitucionalidad del veto enunciado, si luego de analizar el artículo 125 en relación con otras disposiciones que se refieren a la formación de la Ley de Presupuesto, considera procedente tal pronunciamiento. Concretamente el numeral 125 dispone el derecho de veto a cualesquiera proyectos de ley, excepto en el del Presupuesto Ordinario de la República, lo que en consecuencia lo aparta del procedimiento de las normas que rigen el veto, establecidas para aquellos.

En el proceso de "aprobación" de las leyes la Constitución contempla la posibilidad de partipación de los Supremos Poderes del Estado e incluso de los entes autónomos, como claramente lo establece en sus artículos 88, 97, 125, 167 y 190; pero en lo que se refiere propiamente a la etapa de "formación" de las leyes, sólo pueden intervenir los Poderes Legislativo y Ejecutivo, empero en virtud del derecho de veto que este último tiene, también el Poder Judicial tiene acción en esta fase. Es el veto el instituto jurídico del cual depende el "resello" que pueda dar la Asamblea Legislativa a las normas tildadas por el Poder Ejecutivo como inconvenientes y también es el veto el presupuesto necesario para que la Asamblea haga la "consulta" a la Corte sobre las normas tachadas por el Ejecutivo por razones de inconstitucionalidad. A causa del veto, los proyectos de ley que con él tropiezan solamente pueden quedar aprobados por la Asamblea cuando ésta los resella o luego de que la Corte declara que no contienen disposiciones contrarias a la Constitución, con lo cual terminan el trámite al cual los condicionó el veto.

Frente a una excepción como la contenida en el artículo 125, las figuras jurídicas indicadas están excluidas en el tratamiento para la "formación" de la ley de presupuesto, y aunque a ésta le corresponde ser sancionada por el Poder Ejecutivo y publicada en el Diario Oficial, al igual que se hace con otras leyes le está establecido en el texto constitucional un régimen de "formación" parcialmente distinto en razón de esta fase del proceso que es a la que exclusivamente está referido lo exceptuado en el citado numeral. El aspecto de la publicidad no ofrece problema alguno en el presente caso, puesto que el Poder Ejecutivo no eliminó de la misma las normas vetadas, con lo cual cumplió con el último requisito de forma para la validez de la ley. Esta se encuentra impresa en el Alcance No. 37 a La Gaceta Número 247 del 28 de diciembre de 1981 y surtirá desde esta fecha todos sus efectos una vez que sea publicada la resolución en que la Corte Suprema de Justicia declare la inconstitucionalidad del veto en examen.

En el régimen de creación de la ley de presupuesto, el artículo 178 de la Constitución es el que establece el trámite para la "aprobación" final del Presupuesto. Concluida ésta, cesa la competencia en materia presupuestaria que hasta ese momento tuvo el Poder Ejecutivo, debido a que el constituyente del cuarenta y nueve excluyó al Presidente de la República, por cuanto consideró —y así cons-

ta en las respectivas actas– que tal posibilidad podía ser "lesiva a la soberanía de la representación nacional". La redacción dada a este artículo no es casual, es precisamente uno de los numerales del régimen de la Hacienda Pública que mereció más detenimiento; la terminología fue cuidadosamente escogida, así cuando se usa el vocablo "proyecto" éste está referido al documento que presenta el Poder Ejecutivo, elaborado por una oficina con esta tarea específica, y cuando se consigna el término "ley" es para indicarlo en el sentido de acto legislativo concluido y al cual solamente le cumplen los requisitos formales de sanción y publicación que toda ley requiere.

Como respuesta a la decisión del constituyente de no permitir que el Presidente participara en una etapa posterior a la aprobatoria de la ley de presupuesto, se dispuso en el artículo 178 que el "proyecto" de ley respectivo debía ser presentado "a más tardar el primero de setiembre de cada año" y se agregó que la "Ley de Presupuesto" debía estar aprobada "definitivamente" por la Asamblea, "antes del treinta de noviembre del mismo año". Pero sobre el artículo 178 se encuentran otros importantes razonamientos del constituyente, entre ellos que la Asamblea es la que tiene la responsabilidad final en la aprobación de la Ley de Presupuesto. A eso obedece que no tenga alternativa para no hacerlo en la fecha dispuesta en la Constitución y asimismo es por este interés que fue eliminada la posibilidad de subsanar tal falta con el procedimiento de reconducción del presupuesto. Y es precisamente a raíz de la discusión de este punto que categóricamente se refirieron los constituyentes a la conveniencia de no permitir que el Presidente de la República tuviera injerencia en la acción parlamentaria.

Esta determinación del constituyente también explica la libertad que tiene el congreso para decidir cualesquiera normas en la ley que distribuye el presupuesto; su actuación en este sentido no quedó limitada por disposición constitucional alguna, a diferencia de lo que ocurre en sistemas semejantes al de Costa Rica, como por ejemplo el de Brasil, en que su Constitución de 1967 establece en el artículo 63: "la ley de presupuesto no incluirá disposición extraña a la fijación de gastos y la previsión de ingresos". Y en el caso argentino, el afán por frenar las arbitrariedades de los diputados –que la Constitución no impide– ha llevado, inútilmente, a dictar leyes para regular el contenido de la ley de presupuesto en el sentido de que no contenga "disposiciones de carácter orgánico ni derogatorias o modificatorias de leyes en vigor" (art. 18, Decreto-Ley 23.354/56) y que las referentes a recursos "no caducarán al fenecer el ejercicio en que fueron dictadas y serán aplicables hasta tanto se las derogue o modifique o caduquen por el tiempo" (art. 20, Decreto-Ley cit.). Otro claro ejemplo es el del procedimiento presupuestario francés en que la Constitución de 1958 suprimió la iniciativa parlamentaria en materia de aumento de los gastos públicos; "es un trasplante a Francia de una vieja regla británica. Esta reforma es, evidentemente, muy importante: protege a los parlamentarios contra las tentaciones demagógicas y les facilita la resistencia a los electores y a los grupos de presión". (Duverger, "Hacienda Pública", p. 243). El sistema francés asimismo se ha esforzado en impedir los llamados "jinetes" presupuestarios, los cuales no son más que disposiciones que una ley financiera incluye a pesar de que no tienen carácter financiero. (Duverger, ob. cit. p. 244).

En el derecho presupuestario costarricense la acción parlamentaria para la distribución del presupuesto es ilimitada indudablemente, pero la libertad de la Asamblea en algunos aspectos de la materia presupuestaria encuentra sus límites en varias disposiciones de la Constitución que exigen respeto al "equilibrio financiero". El artículo 176 claramente lo establece, y por la importancia que tiene esta garantía de ordenamiento fiscal, se reitera con insistencia apreciable en los artículos 179 y 180. La finalidad de tales disposiciones es que en la distribución del presupuesto los diputados no dispongan gastos que no cuenten con el correspondiente ingreso, con lo cual se quiere evitar que se desequilibre el presupuesto.

A pesar de lo señalado en el párrafo precedente, el artículo 176, primordialmente dirigido al "equilibrio financiero" dentro de un período determinado, consagra un principio que en nuestra Constitución recibe un tratamiento de garantía poco rígido, toda vez que el artículo 180 autoriza el déficit, el cual se cubre mediante los presupuestos extraordinarios, lo cual viene a ampliar "el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado" y además violenta otro de los principios que caracterizan el presupuesto. El principio de anualidad que enuncia el artículo 176 se rompe con los diversos plazos de los empréstitos que se suscriben para financiar el déficit presupuestario que atiende la actividad económica del país.

El artículo 176 menciona los tres elementos fundamentales de la concepción clásica del presupuesto, pero no es una disposición que encierra el concepto de presupuesto ordinario de la República —como lo dice con gran ligereza el veto que se revisa—, ya que el carácter financiero, equilibrio y anualidad, son solamente algunos de los principios para la definición de lo que es el presupuesto del Estado. El numeral 176 en cambio contiene un concepto que se acerca más al de "cuenta", que es el correspondiente punto de partida para constituir un presupuesto. "Es esencial distinguir, ante todo, los conceptos de presupuesto y de cuenta, en el sentido técnico de estas palabras. Una cuenta es una recapitulación de gastos y de ingresos ya realizados; en cambio un presupuesto es una previsión de los gastos y los ingresos futuros. Evidentemente los dos actos están vinculados entre sí ya que cuando se forma el presupuesto se basa siempre sobre las cuentas de los años pasados". (Duverger, ob. cit., p. 179).

Los razonamientos jurídicos en que se fundamenta el veto, ciertamente demuestran un enorme desconocimiento de normas básicas del derecho presupuestario y de los principios definitorios del concepto de presupuesto estatal, que en materia tan delicada es inexcusable manejar con improvisión. Es evidente que a partir de la errónea idea del presupuesto como "una cuenta de ingresos probables y gastos autorizados", no es posible precisar con acierto el concepto jurídico de este "acto de trascendencia que regula la vida económica y social del país, con significación jurídica y no meramente contable", como lo describe con gran propiedad el tratadista Giuliani Fonrouge ("Derecho Financiero", Vol. 1, p. 146) y que como "cuenta hacendaria" lo hace sin visión de conjunto pobremente el texto del veto. Pero hay otro aspecto, no menos grave en el documento que se examina, y es que aduciendo consideraciones de orden legal se sirve el Ejecutivo para apreciar las indudablemente criticables normas inconstitucionales que contiene la ley presupuestaria y hacer distingos que lo llevan a calificar de tales sólo algunas de las que por ese vicio merecen ser declaradas absolutamente nulas e ingenuamente procede a vetarlas, con lo cual se hace acreedor al mismo tratamiento que corresponde a aquéllas, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política de Costa Rica.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia está llamada a intervenir en este delicado asunto y establecer con autoridad que el Poder Ejecutivo en la tramitación final del Presupuesto sólo le compete la promulgación de la ley que lo aprueba.

* * *

LAS NORMAS DE INTERPRETACION DE LOS TRATADOS INCLUIDAS EN LA CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

(Un análisis práctico)

Lic. Manuel A. Portuguez Benedettini

INDICE

Introducción 36
I. Conceptos y métodos de interpretación 37
II. Las reglas generales de la interpretación 38
III. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas 39
IV. Oppenheim, enumeración de las reglas de interpretación 40
V. Tratados y casos ilustrativos: a. Tratado Interamericano de asistencia recíproca. b. Tratado Americano de soluciones pacíficas 41
Conclusión 43
Bibliografía básica 43

INTRODUCCION

La Corte Internacional de Justicia establecida por la Carta de las Naciones Unidas como Organo principal de las Naciones Unidas, expresa en el artículo 38 de su Estatuto, como primer fundamento para hacer efectiva su función de decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas: "a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes".

Si bien es cierto, se ha tratado de cuestionar la equiparación del término "convención" al de "tratado", sin entrar a plantear dicho aspecto, debe darse por válido que el citado artículo se refiere expresamente a los tratados.

Los tratados son de vital importancia en el Derecho Internacional, justamente por la inexistencia de un órgano con poderes legislativos, que viene a ser sustituido por el acuerdo de las voluntades de los propios destinatarios de la norma jurídica.

Es evidente, que el constante aumento de las relaciones internacionales ha traido como consecuencia o resultado, una mayor celebración de tratados, que implica necesariamente la referencia a estos para ubicar las normas jurídicas internacionales actuales, por cuanto los tratados facultan a los Estados y a los otros sujetos de derecho internacional de llegar a establecer las normas que ellos consideren convenientes y precisar de esta forma el contenido de sus derechos y obligaciones.

Define entonces la Convención de Viena a los tratados en su artículo 2, letra a) como: "Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Compartiendo la opinión de otros distinguidos autores, se debe anotar aquí un elemento esencial que se excluye en la anterior definición, y es el de que todo tratado debe estar destinado a producir efectos jurídicos entre las partes contratantes, sea creando, modificando o extinguiendo una situación de derecho.

De manera, que el tratado como tal comprende necesariamente los siguientes elementos: 1. Debe reflejar un acuerdo de voluntades, 2. Que las partes contratantes sean sujetos de Derecho Internacional, 3. Que esté destinado a producir efectos jurídicos y 4. Que sea regido por el Derecho Internacional y por ende respetuoso del mismo.

Expuestas brevemente las líneas básicas del tratado, sus elementos y su relevante importancia en el Derecho Internacional, interesa concentrarnos a continuación en la interpretación del tratado y los métodos para alcanzar dicho objetivo.

I. CONCEPTOS Y METODOS DE INTERPRETACION

Cuando se ejercita la práctica de interpretación de un tratado, ésta debe consistir en precisar el sentido y alcance de sus términos. Se trata por consiguiente, como en toda interpretación jurídica de proyectar como resultado cuál de las posibles alternativas de aplicación que se desprenden del texto, refleja en la forma más exacta posible su real significado.

Dicha labor es propia de los órganos estatales o interestatales, función de su exclusiva competencia. A nivel estatal, dichos órganos serían el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, por cuanto a este compete salvo delegación expresa de plenos poderes, negociar el tratado, la adopción de su texto, etc. Participa también de dicha competencia el Poder Legislativo, cuando el tratado requiere de la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, como es el caso de Costa Rica, lo cual se realiza mediante Decreto Legislativo, conllevando todos los trámites de una ley de la República. El Poder Judicial se ve implicado también en esta labor en lo que se refiere a interpretación de tratados como parte del ordenamiento jurídico propio del Estado. Lo interesante de todo esto, es que la interpretación que se efectúa dentro del marco de derecho interno de un Estado, es imponible a los demás Estados contratantes.

Debe destacarse que a nivel jurídico internacional, la interpretación que realmente cobra eficacia en ese ámbito, es la que surge de los propios Estados contratantes actuando en común, lo que se ha dado en llamar interpretación auténtica, o en su defecto, por la intervención de un órgano jurisdiccional internacional convocado expresamente por las partes para resolver una controversia, como puede ser el caso del procedimiento judicial previsto en el Tratado Americano de soluciones pacíficas, o Pacto de Bogotá, en dicha circunstancia la interpretación cobrará únicamente fuerza obligatoria para las partes litigantes y en relación al caso o controversia que deba resolverse.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita en la Capital de Austria el veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, contiene los principios por los cuales se rigen principalmente los acuerdos internacionales.

Expresa dicha Convención en los artículos 31 y 32, diversas reglas en relación a la interpretación de un tratado, evidenciándose una prioridad en la aplicación del método objetivo, el cual consiste en términos generales, en la intención de sacar las expresiones incluidas en el texto del tratado, valiéndose para ello del análisis del vocabulario empleado, del sentido útil de los términos empleados, etc. Y en forma complementaria, se aplica el llamado método subjetivo, que consiste en indagar la intención de las partes, mediante los antecedentes históricos relativos a la celebración del tratado, así como la conducta posterior de las partes en relación al mismo.

Conviene tener presente el significado de los términos empleados por la Convención de Viena, contemplados en el artículo 2, y definidos como sigue:

1. Para los efectos de la presente Convención:
   a. Definición de "tratado", citada anteriormente.
   b. Se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y adhesión según el caso, al acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;
   c. Se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por ende en el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.
   d. Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;
   e. Se entiende por "Estado negociador" un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado;
   f. Se entiende por "Estado contratante" un Estado que ha consentido en obligarse por

el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;

g. Se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor;

h. Se entiende por "tercer Estado" un Estado que no es parte en el tratado;

i. Se entiende por "organización internacional" una organización intergubernamental.

II. LAS REGLAS GENERALES DE LA INTERPRETACION

El artículo 31 inciso primero de la citada Convención de Viena expresa la primer regla: *"Un tratado deberá interpretarse de* **buena fe** *conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".*

Esta primer regla encuentra su excepción dentro del mismo artículo 31 en el inciso cuarto, el cual explica que: *"Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".*

De lo anterior se concluye, que la interpretación se sujeta en primer término a la buena fe, debe excluirse toda iniciativa de la cual resulte una presunción de mala fe, para lo cual se hace referencia directa al sentido natural y manifiesto que se desprende de las expresiones enmarcadas en el texto.

Continuando con el artículo 31, el número 2 incisos a) y b), enuncia la segunda regla de interpretación: 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a. Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b. Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Se concluye que esta norma de interpretación se vincula a la citada anteriormente, y el sentido de la misma es el de que los términos del tratado deben ser considerados en su conjunto, interrelacionados y no aisladamente. En este sentido el número 2 del artículo treinta y uno de la Convención de Viena es claro en cuanto a que el contexto comprenderá, el texto, su preámbulo y anexos, que ya constituyen de por sí, elementos vitales de interpretación, sino que se incluye cualquier acuerdo que se refiera al tratado con motivo de la celebración del mismo, circunstancia que implica una interpretación más allá del tratado mismo, así como todo instrumento formulado y aceptado por las partes contratantes con motivo de la celebración del tratado y referente a este.

Dicha regla de interpretación evidencia una labor de minucioso análisis, pues la misma implica hasta las propias declaraciones o manifestaciones de los representantes de los Estados o partes contratantes a la hora de firmar el tratado.

Se contempla entonces una norma o principio fundamental de interpretación, al margen del cual, las palabras, como quedó expuesto en la primer norma de interpretación, deben de considerarse en el sentido que tienen normalmente en su contexto, salvo que de las mismas se deduzcan consecuencias absurdas e irrazonables.

La tercer norma de interpretación, contenida en el número 3, del artículo 31 en comentario, señala lo siguiente: 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a. Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b. Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c. Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Esta norma se refiere estrictamente a la conducta ulterior de las partes y es mejor conocida con el nombre de interpretación auténtica, y sin lugar a dudas, puede considerarse una de las mejores reglas de interpretación, no obstante que ninguna excluye a la otra y por ende todas son utilizables según el caso, lo cierto es que de conformidad al reconocimiento de la jurisprudencia internacional, tal práctica por parte de los Estados Contratantes, proporciona uno de los más importantes elementos en el ejercicio de la interpretación.

Las medidas que adoptan en conjunto los Estados Contratantes evidencian sin la menor duda su verdadera intención. Debe indicarse con subrayada importancia, que el tratado integra o forma parte de un sistema normativo, no debiendo considerársele como un elemento aislado, dado que en el marco del Derecho Internacional puede utilizarse ya sea una norma consuetudinaria, otro tratado, o bien un principio general de derecho que haya sido adoptado por las partes contratantes, para efectos de interpretación.

Finalmente, el artículo 32 de la citada Convención de Viena, se ocupa de los medios de interpretación complementarios: *"Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a. Deje ambiguo u oscuro el sentido; o b. Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

Da por válido este artículo el acudir a indagar la intención de las partes, por medio de una investigación de los estudios o trabajos preparatorios del tratado, así como las circunstancias de su celebración. Como bien lo manifiesta el artículo 32, se trata de una regla de tipo complementario y por ende no siempre necesaria, o utilizable, que justifica su aplicación la intención de confirmar el significado o el sentido de las reglas de interpretación citadas, cuando de estas se obtenga como consecuencia, que se ha dejado ambiguo u oscuro el sentido del tratado, deduciéndose un resultado absurdo o irrazonable.

III. INTERPRETACION DE TRATADOS AUTENTICADOS EN DOS O MAS IDIOMAS

En esta materia, el artículo 33 de la Convención de Viena indica que: 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos. 2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerado como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen. 3. Se presumirá que los términos del tratado tiene en cada texto auténtico igual sentido. 4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

El aspecto del idioma en la interpretación de un tratado, encuentra la práctica más difundida en el Derecho Internacional, de que los tratados deben ser redactados en los idiomas que empleen los Estados Contratantes, teniendo, como se indica, cada versión el mismo valor. Lo anterior tiene plena vigencia en los tratados bilaterales, en lo que concierne a los multilaterales, debe tenerse presente la dificultad que presentaría tener que redactar un mismo tratado en siete u ocho idiomas, por lo cual se sigue la práctica de limitar las versiones auténticas a un número reducido de idiomas, tal como sucede en la Carta de las Naciones Unidas que en su artículo 111 expresa: *"La presente Carta, cuyos textos en chino, francés, ruso, inglés y español son igualmente auténticos. . ."*. Y en igual forma por ejemplo, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, en el artículo 26 expresa: *". . .Hecho en la ciudad de Río de Janeiro, en cuatro textos, respectivamente, en las lenguas española, francesa, inglesa y portuguesa, . . ."*. Por lo tanto, no necesariamente para ser auténtico un tratado multilateral en cuanto a idiomas se refiere, debe traducirse el mismo a un número ilimitado de idiomas, prevalece aquí, el acuerdo de voluntades de los Estados.

IV. OPPENHEIM, ENUMERACION DE LAS REGLAS DE INTERPRETACION

A continuación se expone una enumeración de las reglas de interpretación elaborada por Oppenheim por revestir un interés fundamental para este estudio.

1. Todos los tratados deben ser interpretados de acuerdo con su sentido razonable, en contradicción a su sentido literal.
2. Los términos empleados en un tratado debe interpretarse de acuerdo con su sentido usual, en el lenguaje ordinario, excepto cuando no están usados expresamente con cierto significado técnico, o cuando no está aparente otro significado en el contexto del tratado.
3. Se debe suponer que las partes contratantes se proponen algo razonable, algo adecuado al propósito del tratado y algo no inconsistente con los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.
4. Todo el tratado debe ser tomado en consideración, si el significado de una de sus estipulaciones es dudoso.
5. El principio in dubio mitius debe aplicarse en la interpretación de los tratados. Si, por consiguiente, una estipulación es ambigua, el significado que debe preferirse es el que es menos oneroso para la parte que asume la obligación, o que interfiere menos con la soberanía de una parte, o que implica menos restricciones para las partes.
6. Puede hacerse referencia a tratados previos entre una de las partes y terceros para el propósito de aclarar el significado de una estipulación.
7. Si son admisibles dos significados de una estipulación según el texto del tratado, debe prevalecer el significado que la parte que propuso esa estipulación conocía en ese tiempo como ser el significado preferido por la parte que la acepta.
8. Si son admisibles dos significados, debe preferirse aquel que conceda menores ventajas para la parte que se beneficia.
9. La máxima "expresio unius est exclusio alterius" ha sido obervada en los tribunales internacionales en algunos casos planteados ante ellos.
10. Es del conocimiento común que si un Estado mantiene un significado de un término que es diferente del que se acepta generalmente, y si a pesar de ello otro Estado entra en pacto con él, ese significado deberá prevalecer.
11. Si el significado de una estipulación es ambiguo y una de las partes contratantes, antes de que surja la controversia, hace saber qué significado le atribuye, la otra parte no puede insistir en un significado diferente si no protestó oportunamente.
12. Debe concederse que las partes se propusieron que las estipulaciones del tratado tuvieran ciertos efectos, y no que no tuvieran ninguno. Por consiguiente, no es admisible la interpretación que vuelva sin sentido o ineficaz una estipulación.
13. Todos los tratados deben interpretarse en el sentido de excluir fraude y de hacer su operación consistente con la buena fe.
14. Las normas aplicadas comúnmente por los tribunales en la interpretación del derecho interno son sólo aplicables en tanto que reglas generales de jurisprudencia.
15. Si un tratado se concluye en dos idiomas diferentes y existe una discrepancia entre los dos textos, cada parte está obligada sólo por el texto de su propio idioma, a menos de que se hubiese pactado de otro modo.
16. Es una regla bien establecida en la práctica de los tribunales internacionales que los trabajos preparatorios (notas, actas, etc.), pueden auxiliar para el propósito de interpretar cláusulas controvertidas de un tratado. (Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 7th Edition. Longmans, Green and Co., London, 1948, pp. 856-863).

V. TRATADOS Y CASOS ILUSTRATIVOS

Me ha parecido conveniente, que en un estudio de la naturaleza del que me permito presentar, incluya al menos dos preámbulos de tratados, entre los cuales seleccioné por su trascendental importancia en el actual Derecho Internacional, al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) y al Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá). Se justifica su mención por la agitación que actualmente viven muchos países de la región americana, sea por la intervención de guerrillas y terrorismo en el ámbito sagrado de regímenes democráticos a nivel centroamericano, así como por la constante violación de los elementales derechos humanos a los cuales todo ser humano tiene el indiscutible derecho de exigir respeto y aplicación. Los dos tratados citados, reflejan sin lugar a dudas el anhelo de fomentar y garantizar la paz y seguridad internacional, que son principios y fundamentos del Derecho Internacional consagrados solemnemente en la Carta de las Naciones Unidas.

a. Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR).

"En nombre de sus pueblos, los gobiernos representados en la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la La Paz y la Seguridad del Continente, animados por el deseo de consolidar y fortalecer sus relaciones de amistad y buena vecindad y, considerando: Que la resolución VIII de la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y la paz, reunida en la ciudad de México, recomendó la celebración de un tratado destinado a prevenir y reprimir las amenazas y los actos de agresión contra cualquiera de los países de América.

Que las Altas Partes Contratantes reiteran su voluntad de permanecer unidas dentro de un sistema interamericano compatible con los propósitos y principios de las Naciones Unidas y reafirman la existencia del acuerdo que tienen celebrado sobre los asuntos relativos al mantenimiento de la Paz y la Seguridad Internacional que sean susceptibles de acción regional;

Que las Altas Partes Contratantes renuevan su adhesión a los principios de solidaridad y cooperación interamericanas y especialmente a los principios enunciados en los considerandos y declaraciones del Acta de Chapultepec, todos los cuales deben tenerse por aceptados como normas de sus relaciones mutuas y como base jurídica del Sistema Interamericano;

Que, a fin de perfeccionar los procedimientos de solución pacífica de sus controversias, se proponen celebrar el Tratado sobre "Sistema Interamericano de Paz", previsto en las resoluciones IX, XXXIX de la Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y la Paz;

Que la obligación de mutua ayuda y de común defensa de las Repúblicas Americanas se halla esencialmente ligada a sus ideales democráticos y a su voluntad de permanente cooperación para realizar los principios y propósitos de una política de paz;

Que la comunidad regional americana afirma como verdad manifiesta que la organización jurídica es una condición necesaria para la seguridad y la paz y que la paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y la protección internacionales de los derechos y libertades de la persona humana, en el bienestar indispensable de los pueblos y en la efectividad de la democracia, para la realización internacional de la justicia y de la seguridad;

Han resuelto —de acuerdo con los objetivos enunciados— celebrar el siguiente Tratado a fin de asegurar la paz por todos los medios posibles, proveer ayuda recíproca efectiva para hacer frente a los ataques armados contra cualquier Estado Americano y conjurar las amenazas de agresión contra cualquiera de ellos. . .".

El artículo 26 de este Tratado, expresa que se han efectuado cuatro textos, respectivamente en las lenguas española, francesa, inglesa y portuguesa.

b. Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá).

En nombre de sus pueblos, los Gobiernos representantes en la IX Conferencia Internacional Americana, han resuelto, en cumplimiento del artículo XXIII de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, celebrar el siguiente Tratado:

Capítulo I
Obligación General de Resolver las Controversias por Medios Pacíficos

Artículo I. Las Altas Partes Contratantes, reafirmando solemnemente sus compromisos contraídos por anteriores convenciones y declaraciones internacionales, así como la Carta de las Naciones Unidas, convienen en abstenerse de la amenaza, del uso de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción para el arreglo de sus controversias y en recurrir en todo tiempo a procedimientos pacíficos.

Artículo II. Las Altas Partes Contratantes reconocen la obligación de resolver las controversias internacionales por los procedimientos pacíficos regionales antes de llevarlas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En consecuencia, en caso de que entre dos o más Estados signatarios se suscite una controversia que, en opinión de las partes no pueda ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales, las partes se comprometen a hacer uso de los procedimientos establecidos en este Tratado en la forma y condiciones previstas en los artículos siguientes, o bien de los procedimientos especiales que, a su juicio, les permita llegar a una solución.

Se refleja en estos artículos, los propósitos principales de dicho Tratado, que como se indican son el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

Casos ilustrativos:

Hans Kelsen, cita en su valiosa obra: **"Principios de Derecho Internacional Público"**, varios casos de interés para el presente estudio, relacionados a materia de interpretación de tratados, sobre los órganos competentes para concluirlos, así como sobre la constitucionalidad de los Tratados, que me han parecido de vital importancia.

1. En el caso de los Serbian Loans (Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A., Nos. 20-21, p. 41), vinculado al aspecto o problemática que sucede cuando en las relaciones internacionales se cuestiona la interpretación del derecho nacional de un Estado, la Corte Permanente de Justicia Internacional, después de haber decidido que el derecho francés era el que debía ser aplicado en el caso, estableció: "La Corte, teniendo en estas circunstancias que decidir en cuanto al significado y alcance del derecho interno, hace las observaciones siguientes: Para la Corte intentar ella misma su propia interpretación del derecho interno, dejando a un lado las decisiones judiciales existentes, con el consiguiente peligro de contradecir la interpretación que ha sido elaborada para ese derecho por el más alto tribunal nacional y que en sus resultados, parece a la Corte razonable, no estarían de conformidad con la tarea para que la Corte ha sido establecida y no sería compatible con los principios que gobiernan la selección de sus miembros. Constituiría el más delicado asunto el hacerlo, especialmente en casos concernientes a la política pública —un concepto cuya definición en cada país determinado depende en gran extensión de la opinión que prevalezca en algún momento en el mismo país— y en casos donde no existen disposiciones pertinentes directamente relacionadas a la cuestión en debate. Es la legislación francesa, tal como se aplica en Francia, lo que constituye realmente el derecho frances" (pág. 46). "Cualquier contrato que no fuera un contrato entre Estados en su capacidad de sujetos de Derecho Internacional está basado en el derecho interno de algún país".

2. Un tratado de comercio concluido el 14 de agosto de 1920, entre Rumania y Austria, fue declarado nulo y sin valor por Rumania porque no fue aprobado por el Parlamento de conformidad a la Constitución.

3. En la disputa entre Suiza y Francia relativa a la interpretación de una regulación de la Convención Comercial e informe firmada en Berna el 20 de octubre de 1906, el tribunal arbitral (1912) estableció: "Considerando que el tratado de comercio y las regulaciones son convenciones internacionales regidas por el consentimiento que han dado a aquéllas las partes contratantes representadas por sus plenipotenciarios; el tribunal no tiene la obligación de considerar si las regulaciones deben ser o no sometidas a la sanción de la legislatura, pues es una materia atinente al derecho interno" (American Journal of International Law, 1912, 1000).

4. En la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, es usual distinguir entre "tratados" como convenciones internacionales que de acuerdo con la Constitución deben ser concluidos por el presidente con la consulta y consentimiento del Senado y los llamamos "acuerdos ejecutivos" (executive agreements), que son tratados concluidos por el Presidente o con la autorización del Presidente sin la consulta y consentimiento del Senado. En el caso de Four Packages of cut Diamonds v. United States (256 Federal Reporter - 1919-305) se sos-

tuvo que las convenciones postales con países extranjeros concluidas por el Director General de Correos (Postmaster General) por y con consulta y consentimiento del Presidente "no son tratados porque no fueron realizados por y con el acuerdo del Senado, y no son leyes, porque no fueron promulgados por el Congreso". Pero anteriormente en B. Altman and Co. v. United States (224 U.S/583) la Corte Suprema (1912) sostuvo que "un convenio internacional, negociado entre los representantes de dos naciones soberanas y realizado en nombre y por los países contratantes y que trata de importantes cuestiones comerciales entre dos países, y . . .proclamado por el Presidente, es un tratado desde el punto de vista internacional como constitucional, aunque sea un acuerdo ejecutivo".

CONCLUSION

La interpretación de tratados, como ha quedado expuesto, se puede efectuar tomando en consideración aspectos económicos, políticos e inclusive históricos, para así poder llegar a determinar cuál ha sido la intención de las partes del instrumento jurídico. Lo fundamental es que si bien es cierto los acuerdos internacionales (pactos, contratos, convenciones) se rigen actualmente en su mayoría por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la interpretación de estos encuentra identidad en los principios generales de interpretación jurídica. Cuando se desea buscar la interpretación auténtica de una ley, o lo que ha querido expresar el legislador con la misma, entre otras fuentes de interpretación se puede contar o recurrir a los debates parlamentarios que se han suscitado de previo a su promulgación, en los tratados igualmente se recurre a las negociaciones previas a su conclusión.

Lo importante es que el método que se practique no conduzca a un resultado absurdo o irrazonable y principalmente, iniciar la interpretación con base en una buena fe y a los principios de Derecho Internacional.

BIBLIOGRAFIA BASICA

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
Carta de las Naciones Unidas.
Carta de la Organización de Estados Americanos.
Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca.
Tratado Americano de Soluciones Pacíficas.
Constitución Política de Costa Rica.
Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 7th Edition. Longmans, Green and Co., London, 1948, pp. 856-863.
Hans Kelsen, Principios de Derecho Internacional Público.

* * *

LA IMPUGNACION EN EL PROCESO CIVIL*

Jorge Emilio Regidor Umaña
Ramón Nonato Méndez Salas
Germán Araya Sánchez
Mario Enrique Ulate Ulate
Cristóbal Chavarría Matamoros

DEDICATORIA

A nuestros seres queridos.

INDICE

INTRODUCCION. 46

CAPITULO PRIMERO

I. LA IMPUGNACION 46
A. Concepto. 46
B. La impugnación como proceso 48
1. Generalidades 48
2. Teorías de la naturaleza jurídica del proceso 50
a. El proceso como contrato 50
b. El proceso como cuasicontrato 50
c. Teoría de la relación jurídica 51
d. Teoría de la situación jurídica. 51
e. Teoría de la institución. 52
f. Teoría de la finalidad del proceso. 52
3. La impugnación es un proceso. 52
C. Tipos de impugnación 53
1. Clasificación 53
a. Recursos ordinarios, extraordinarios y excepcionales. 53
b. Recursos horizontales y verticales. 54
2. Otras clasificaciones 54
a. Por el grado de perfección de la descentralización 54
b. Por la naturaleza y funciones de la resolución 55
(1) Por los efectos. 55
(2) Por el rango de la resolución. 56
(3) Por la resolución en sí misma (desprovista de su autoridad de cosa juzgada). 56
(4) Por los motivos 56
(a) Errores in procedendo y errores in iudicando 56
(b) Errores de hecho y errores de derecho 57
(c) Otros errores. 57
(5) Por la amplitud del conocimiento y por la obligación de motivar 57
(6) Atendiendo a los sujetos que pueden impugnar 57
3. Tipos de recurso. 58
a. La revocatoria 58
b. El recurso de queja 58
c. El recurso de apelación. 58
d. El ocurso de hecho 58
e. El recurso de nulidad 58
f. El recurso de casación 59
g. El recurso de revisión. 60
h. El recurso de responsabilidad 60
i. El recurso de súplica 60
j. La rebeldía y la oposición de tercero 60
4. Recomendaciones. 61

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica como requisito parcial para optar al título de Licenciado en Derecho, aprobada por el Tribunal de Trabajo constituido por los señores profesores: Director: Dr. Olman Arguedas Salazar, Lectores: Lic. Miguel Blanco Quirós y Lic. Ricardo Hilje Quirós.

INTRODUCCION

Esta investigación es el resultado del interés de quienes la realizamos, por ahondar uno de los temas del curso de énfasis que sobre derecho procesal civil costarricense impartió el Dr. Olman Arguedas Salazar, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, en el año 1979.

La impugnación en el derecho procesal civil es un tema de actualidad en miras a la proyectada reforma del Código de Procedimientos Civiles vigente desde 1887.

En resumen, nuestro trabajo profundiza dentro de un marco teórico inicial, ¿qué es precisamente la impugnación? y, ¿si se la puede considerar como un "proceso" autónomo en el derecho procesal? Dentro de este mismo lineamiento también estudiamos los tipos de impugnación. El primer capítulo del trabajo desarrolla lo anterior.

El capítulo segundo lo dedicamos al ordenamiento procesal civil costarricense, que es el marco legal de la vida nacional; donde interesa resaltar el "régimen de apelaciones" en el proceso civil, por los efectos prácticos que de esto deriva y que repercuten en la realidad social de nuestro país.

Con ese fin presentamos al proceso de cognición plenaria, como muestra de las repercusiones que pueden derivar del uso de la impugnación, según sea la política que sobre tal uso se acoja. Y, para demostrar la tesis "restrictiva" que cualitativa y cuantitativamente sostenemos, establecemos un parangón entre los regímenes de impugnación para los procesos de cognición plenaria y los de cognición abreviada.

El capítulo tercero está dedicado a la escritura y la oralidad en el derecho procesal civil. El comentario alude en último término a la impugnación en cada uno de esos sistemas y, como la oralidad es corriente extraña en nuestro ordenamiento civil, se ahonda en ella como fuente inspiradora que puede ser, de una posible reforma procesal en esta materia.

Existen estudios y bibliografía extensa de cada uno de los temas tratados y son muchas las opiniones que aporta la doctrina. Pero en Costa Rica, pese a existir la suficiente madurez teórica y práctica de parte de jueces y litigantes para producir los elementos necesarios para una eventual reforma procesal, son muy tímidas las publicaciones que examinan estos temas, de ahí que son muchos los campos que todavía quedan por estudiar.

CAPITULO PRIMERO

I. LA IMPUGNACION

"Es una de las instituciones más complejas con las que ha de enfrentarse la ciencia procesal, ya que no se ha intentado una reconstrucción integral". Carnelutti (1).

A. CONCEPTO.

La impugnación es una institución cuyo estudio adolece de uniformidad en la doctrina y, esto ha provocado enorme interés por los aspectos que encierra. Así, algunos autores y estudiosos de los temas procesales la abordan en relación al sistema de impugnaciones legislado en los códigos y las leyes procesales. Esto permite distinguir dentro de cada materia procesal, penal, civil o administrativa, diversos institutos procesales referidos a la impugnación. En la mayoría de los casos el estudio se centra en función de los recursos que existen o debieran existir ante las resoluciones judiciales o administrativas. La impugnación puede ser estudiada entonces como articulación del significado que sugiere y, también en forma autónoma.

Es conveniente tener una noción clara de su

(1) CARNELUTTI. Citado por BARQUIN ALVAREZ, M. Los recursos y la organización judicial en materia civil, (Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1976). Pág. 7.

concepto y para lograrlo ordenadamente se puede empezar por el significado etimológico.

Impugnación (del latín impugnatio) es la acción y efecto de impugnar (2). Son múltiples las palabras que dan la idea de impugnar, entre ellas refutar, rebatir, contradecir, discutir, rechazar, confutar, repetir, combatir, desmentir, objetar, replicar, oponer, negar (3); lo cual denota la riqueza del término.

Resulta que el contenido etimológico de la palabra impugnar refleja entre otras la idea de atacar y de combatir, pero el jurista debe precisar su terminología pues los sinónimos, que son parte de la etimología, no necesariamente concuerdan con lo que pretende definirse doctrinalmente, de ahí la necesidad de depurar el contenido dicho, pues de no hacerse así, "impugnación" se nos presentaría de modo amplísimo e igualmente vago e impreciso, cuando en realidad el concepto buscado debe ser claro.

La diferente etimología produce diferencias en la terminología. Al suceder esto nacen vocablos que si bien son sinónimos, no concuerdan plenamente los unos con los otros y, especial cuidado deberá tenerse cuando esos términos sean usados por la legislación, pues una interpretación o uso incorrecto de un término, podría producir diferencias de criterio justificadas y hasta peligrosas para la correcta aplicación del derecho.

Muy clara es la advertencia de Briceño Sierra: *"Es de sobra sabido que las palabras sirven a la expresión y no al encadenamiento del pensamiento. Si alguna vez en sus orígenes latinos, impugnar fue sinónimo de luchar o atacar; para la ciencia procesal no basta recordar el primitivo significado, porque el jurista pule su terminología para efectuar invariaciones precisas y los sinónimos suelen estar reñidos con la certeza del concepto"* (4).

Cuando se ofrece definición de la impugnación (5), generalmente se hace para señalar como peculiar significado su condición de remedio, medio teleológico contra la resolución o sentencia injusta. Debe quedar claro en este punto que tratándose de una sentencia, la misma se tiene como tal cuando adquiere firmeza y, por esto último la impugnación no "es un remedio contra la sentencia injusta, sino un medio de fiscalizar la justicia de lo resuelto" (6). Lo mismo se puede afirmar de las resoluciones judiciales que, sin ser de la categoría de las que constituyen sentencia, fueron consentidas por la parte interesada o que pudo impugnarlas, pues dejó transcurrir el plazo que la ley fija en estos casos para hacer efectiva la impugnación. "De ahí que este intento conciliador entre las exigencias de la certeza y las no menos respetables de la justicia, determine una limitación característica de todos los procedimientos impugnatorios; y así, unas veces no se autorizan recursos (caso menos frecuente) o sólo se consienten algunos (lo que suele ocurrir cuando se trata de los denominados extraordinarios); y a veces, la limitación se extiende también a los presupuestos con reflejo en la amplitud y ámbito de la discusión ulterior" (7).

Los medios de impugnación a su vez "se dan contra los vicios de los actos que determinan su anulabilidad, no contra la nulidad de los actos mismos" (8). De esto derivan consecuencias muy importantes: la nulidad debe ser objeto de declaración "en cuanto sea necesario remover la apariencia del acto" (9). Mientras que para el acto anulable "la acción con la cual se hace valer este vicio" (10) se sustancia a través de la impugnación.

En líneas anteriores (11) se hizo referencia a la posibilidad de estudiar la impugnación desde un punto de vista autónomo.

Esta idea pretende sugerir la independencia

---

(2) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española (XIX Edición. Real Academia Española, Madrid, 1970), 735.

(3) SAINZ DE ROBLES, F., Ensayo de un diccionario español de sinónimos y antónimos (Aguilar, Madrid, 1971), p. 604.

(4) BRICEÑO SIERRA, H., "Las condiciones de la impugnación", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* (Instituto de Derecho Comparado, UNAM, No. 56-57. 1966) p. 461; 459-488.

(5) PALLARES, E. Diccionario de derecho procesal civil (undécima edición, Porrúa, México, 1978) p. 404, "es el acto por el cual se exige del órgano jurisdiccional la rescisión o revocación de una resolución judicial, que no siendo nula o anulable, es sin embargo violatoria de la ley y por tanto injusta".

(6) CARNELUTTI. Citado por DE LA PLAZA, M., Derecho procesal civil español (Tercera edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951) I, p. 601.

(7) DE LA PLAZA, op. cit., p. 601.

(8) SATTA, S., Manual de derecho procesal civil (trad. del It. EJEA, Arg. 1972) I. p. 398.

(9) Ibid, p. 398.

(10) Ibid.

(11) Supra, p. 2.

del proceso de impugnación y aunque "el nombre, ciertamente, no es indiscutible, puesto que impugnaciones aparecen dentro de un mismo proceso, ya que una impugnación es también "latu sensu", el acto del demandado que se opone a la pretensión del demandante o, en general, el de cualquiera de las partes que se enfrenta con alguna aptitud asumida por la contraria. Mas cuando la idea de la impugnación lleva a la implantación de un proceso especial verdadero, asume una fisonomía peculiar, que es la que interesa aquí dejar afirmada. En efecto, la impugnación se convierte, en virtud de esa autonomía, en un verdadero proceso" (12). Esa fisonomía peculiar, que convierta la impugnación en proceso es el tema del siguiente título.

B. LA IMPUGNACION COMO PROCESO.

1. Generalidades.

Antes de analizar si la impugnación constituye un proceso es necesario examinar qué se entiende por proceso, diferenciándolo a su vez de figuras afines que normalmente se confunden con este término, tal es el caso de conceptos como "juicio" y "procedimiento". "Ahora bien, la designación de "proceso" es relativamente moderna, ya que antiguamente se usaba la denominación "juicio", que proviene de iudicare que quiere decir declaración del derecho. Sin embargo esta última denominación, así como otras que se identifican con el término procesal. . . es sustituida actualmente por la de proceso, que es mucho más amplia" (13). "Denota actividad, (de procedere) que significa actuar, y en esta virtud comprende todos los actos realizados por las partes, sea cual sea su origen; y además, comprende también las actividades de mera ejecución, que quedaban excluidas con el término juicio, que forzosamente implica una controversia de partes" (14).

Es corriente que algunos autores (15) distingan en el estudio del proceso dos puntos de vista: uno estático o estructural y otro funcional o dinámico, dando énfasis a este último", que supone entrar de lleno en el estudio de las diferentes clases de proceso" (16). Alsina hace esta referencia para destacar el proceso desde su aspecto estructural o estático, como lo que para el derecho representa este fenómeno jurídico que se conoce con el nombre de proceso.

Existe gran variedad terminológica y etimológica en torno al concepto preciso de proceso. De ahí el amplio tratamiento por la doctrina (17).

El interés de los diferentes autores apunta a destacar la realización misma del proceso y las partes involucradas en él como "una serie de actos de las partes y del órgano judicial coordinados entre sí, y realizados en forma sucesiva" (18), enmarcando el proceso evidentemente en este caso, en la materia civil que interesa. Todas estas actividades son necesarias para llegar a una "declaración final o sumando a esta una coacción" (19).

Tal y como ocurre con la terminología de la palabra impugnación el concepto de proceso (su

---

(12) GUASP, J., Derecho procesal civil, parte especial (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977), II, p. 710.

(13) AGUIRRE GODOY, M., Derecho procesal civil (Editorial Universitaria, Guatemala, 1973) I, p. 238.

(14) Ibid, p. 238.

(15) Por ejemplo, Guasp. Véase BARQUIN ALVAREZ, M., supra nota 1, p. 31-2.

(16) ALSINA. Citado por AGUIRRE GODOY, M., op. cit., p. 239.

(17) "El vocablo proceso (procesus de procedere) significa avanzar, marchar hacia un fin determinado, no de una sola vez, sino a través de sucesivos momentos" PALACIO, L., Derecho procesal civil (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967) I, p. 225-6. "La palabra "proceso" en su aceptación vulgar, sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo. Así se oirá hablar por ejemplo de un proceso morboso, o de un proceso de fabricación y en el terreno más próximo al nuestro, de formación de un acto administrativo" REDENTI, E., Derecho procesal civil, (Trad. del it., EJEA, Buenos Aires, 1957) I, p. 87. "En su aceptación común el vocablo "proceso" significa progreso, transcurso del tiempo, acción de ir hacia adelante, desenvolvimiento. En sí mismo todo proceso es una secuencia. Desde este punto de vista, el proceso jurídico es un cúmulo de actos, su orden temporal, su dinámica, la forma de desenvolverse. De la misma manera que un proceso físico, químico, biológico, intelectual, todo proceso jurídico avanza hacia un fin y concluye", COUTURE, E., Fundamentos de derecho procesal civil (Depalma, Buenos Aires, 1977) p. 121. "Proceso es un término genérico que no es propio y exclusivo del lenguaje jurídico y en particular del lenguaje referente a la ciencia del Derecho Procesal Civil. Según una aceptación general, se llama proceso el momento dinámico de cualquier fenómeno, es decir, de todo fenómeno en su devenir. Tenemos así un proceso físico, un proceso químico, un proceso fisiológico, un proceso patológico, y modos todos ellos de decir que sirven para representar un momento de la evolución de una cosa cualquiera". ROCO, U., Tratado de derecho procesal civil (trad. del it., Temis, Depalma, Buenos Aires, 1969) I, p. 113. "Existe proceso siempre que el efecto jurídico no se alcance con un solo acto, sino mediante un conjunto de actos, cuando cada uno de ellos no puede dejar de coordinarse a los demás para la obtención de la finalidad", CARNELUTTI. Sistema del derecho procesal civil (Trad. del it. UTEHA, Buenos Aires, 1944), I, p. 48.

(18) FALCON, E., Derecho procesal civil, comercial y laboral (Cooperadora de derecho y ciencias sociales, Buenos Aires, 1978) p. 25.

(19) Idem.

aplicación) se presenta amplio en el uso cotidiano, pero además enfrenta otro problema: aún como técnica procesal es corriente su asimilación a procedimiento, aludiendo a la relación unitaria de todo un desarrollo. También se utiliza como noción de "juicio". En este último caso, el múltiple contenido del término responde a la diversa aplicación de que es objeto: "tanto en la práctica judicial, como en las leyes españolas, o de esa ascendencia, suele utilizarse la palabra juicio, proveniente del romano (iudicium), como sinónimo de proceso. Se trata, sin embargo, de conceptos que se encuentran en relación de especie a género, pues mientras la expresión juicio supone la existencia de una controversia, o, por lo menos de un conflicto entre partes, la palabra proceso también resulta adecuada para demostrar tanto aquellos casos en los que existe conflicto, pero no controversia (v.gr. el proceso en rebeldía) como aquellos en los que ni siquiera existe conflicto, según ocurre con los procesos denominados de jurisdicción voluntaria o voluntarios" (20).

El "juicio" denota valoración, racionalidad para la decisión. Es la actividad intelectual que debe desarrollar un juez para decidir la controversia de las partes. El juicio forma parte de la fase resolutoria del proceso. Debe abandonarse entonces el uso inadecuado que como proceso se ha dado (21).

Es de las nociones fundamentales de procedimiento y proceso de donde hay que distinguir el proceso de impugnación, pues aunque los distintos autores concuerdan en que el proceso representa "el conjunto de actos que son necesarios, en cada caso, para obtener la composición de la litis o para el desarrollo del negocio" (22), no están claros los límites de esta composición en tanto a la terminación misma del proceso. De ahí que alguno afirme (23), que el procedimiento constituye cada una de las fases o etapas con que el proceso se integra. De este modo, al procedimiento de primera instancia sigue, cuando hay apelación, un procedimiento de segunda instancia, en cuyo caso el proceso se conforma con dos procedimientos.

La apelación es la llave que abre la segunda instancia. Al respecto Chiovenda ha afirmado que *"los recursos clásicos no son nuevos procesos sino una pluralidad de procedimientos dentro de una misma relación procesal"* (24).

Por el contrario, otra parte de la doctrina, representada principalmente por Guasp considera que los recursos, es decir los medios impugnativos, son procesos autónomos. Esto daría pie para afirmar que al concluirse los procedimientos de primera instancia se concluye también un primer proceso y, los procedimientos en la segunda instancia, constituyen a su vez un segundo proceso que ve la luz a su nacimiento, precisamente a través de la apelación.

Por ahora hay necesidad de estudiar la naturaleza jurídica del proceso con el afán de indagar en ella otros determinantes en la noción especial del proceso de impugnación.

"El estudio de la naturaleza jurídica del Proceso Civil consiste ante todo, el determinar si este fenómeno forma parte de alguna de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial" (25). Esta investigación teórica puede llevar a una conclusión que repercuta en la práctica. Asimismo, el estudio de la naturaleza jurídica del proceso permitirá completar a través de la noción general de proceso, la noción particular del proceso de impugnación.

---

(20) PALACIO, L., supra nota 17, p. 231-2.

(21) El Código de Procedimientos Civiles habla de "juicio" para referirse a los distintos procesos que regula. El mismo nombre del Código no da carácter sustantivo que debe tener: Código Procesal Civil. Ver al respecto ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, "Bases para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense" *Revista Judicial* (Corte Suprema de Justicia, Año 2, No. 7, marzo, 1978) 17-40 y ARGUEDAS, O., "Rápidos comentarios y sugerencias sobre las bases de trabajo para el Código Procesal Civil", *Revista Judicial*, Ibid, 41-48.

(22) CARNELUTTI, Instituciones del proceso civil (Trad. del It., EJEA., Buenos Aires, 1956) I, p. 421.

(23) Entrevista con M. BLANCO QUIROS, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y, miembro del Tribunal examinador de este Seminario de Graduación, 5 enero de 1980.

(24) CHIOVENDA, citado por BARQUIN ALVAREZ, M., supra nota 1, p. 31.

(25) COUTURE, E., supra nota 17, p. 124. "Es necesario llegar a Oscar Bülow para que junto a la contemplación del proceso como procedimiento preocupe de manera primordial la indagación de su naturaleza jurídica; que antes de él se había intentado explicar, superficialmente, además mediante inadecuadas interpretaciones privatistas. Desde el punto de vista pues, de la naturaleza del proceso, Bülow y el año 1867 marca una divisoria decisiva, con independencia de que se comparta o no luego la doctrina por él sustentada; antes de Bülow, aunque persistan después, sobre todo uno de ellos, tenemos teorías privatistas, y a partir de él, las publicistas", ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, N., Proceso, autocomposición y autodefensa, (Contribución a los fines del proceso) (2da. edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1979) p. 120-1. Sobre las doctrinas explicativas de la naturaleza jurídica del proceso puede consultarse: ALSINA, H., Tratado teórico práctico de derecho civil, procesal y comercial (Ediar, Buenos Aires, 1963) I, p. 413 y s.s.; AGUIRRE GODOY, M., supra nota 13, p. 245 y ss.; REIMUNDIN, R., Derecho procesal civil (Editorial Viracoche - Irigoyen, Buenos Aires, 1956) I, p. 113 y ss.

2. Teorías de la naturaleza jurídica del proceso.

El problema de la naturaleza jurídica del proceso es tratado en diferentes formas:

a. El proceso como contrato:

Esta teoría presupone un convenio o acuerdo de las partes que constituyen un verdadero contrato sobre las cuestiones litigiosas. Así el actor, después de que plantea su demanda no puede variarla, ni el demandado variar sus defensas, además el juez solo puede pronunciarse respecto de las cuestiones discutidas por las partes. La teoría contractualista tiene origen en un concepto del derecho romano, de la "litis contestatio".

En realidad es una doctrina civilista donde el juez es un árbitro entre las partes "contratantes". "Más que un juicio, este fenómeno debe considerarse como un arbitraje ante el pretor" (26). Como puede apreciarse esta teoría tiene importancia sólo desde el punto de vista histórico.

A esta teoría se le pueden hacer dos objeciones, según lo dicho por el distinguido procesalista Dr. Olman Arguedas Salazar, cuando impartió el curso de Teoría General del Proceso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en 1976:

a) Que la intervención del juez no está determinada por la voluntad de las partes sino que emana de la soberanía del Estado.
b) Que muchas veces el consentimiento de ambas partes para litigar no existe y, sin embargo no dejan de producir los vínculos procesales.

Actualmente se afirma que el proceso es una figura del derecho público. Ya no se admite que el proceso pueda ser una institución de derecho privado. "De ahí que sea totalmente inaplicable la doctrina del contrato pues, ésta no toma en consideración la existencia del órgano jurisdiccional como uno de los sujetos del proceso" (27).

La doctrina francesa es la que ha permanecido más fiel a esta concepción. A pesar de las críticas hechas a esta teoría "no debe, sin embargo perderse de vista que aún dentro de su error, la concepción contractualista del proceso, constituye un intento de sistematización" (28).

b. El proceso como cuasicontrato:

La concepción del proceso como cuasicontrato procede por eliminación de la división clásica de las causas de las obligaciones civiles, si se parte de la base de que el proceso no es contrato, ni delito, ni cuasidelito, de manera que para los que sostienen esta teoría, el proceso es un cuasicontrato, por lo que los vínculos procesales nacen de la voluntad unilateral de una parte.

Aguirre Godoy en su obra Derecho Procesal Civil dice que esta teoría, "admitida por los prácticos españoles, nació de la consideración sobre que en el proceso el consentimiento de las partes no es enteramente libre porque en la generalidad de los casos el demandado concurre contra su voluntad" (29). El autor pone como ejemplo el proceso seguido en rebeldía, en que la voluntad del demandado está ausente por completo, caso en el cual sería ilógico hablar de un contrato o convención entre partes, razón por lo que con base en esta teoría se presume un consentimiento.

Esta teoría es la que ha influido en la generalidad de los códigos del mundo y de ella provienen varios principios: únicamente pueden producirse pruebas sobre los hechos alegados por las partes y, los pronunciamientos judiciales deben versar sobre las acciones vertidas en juicio.

Tal teoría, al igual que la anterior, parte de un enfoque unitario con respecto a las partes, actor y demandado, sin acordarse de la función que en el proceso están llamados a desempeñar los órganos jurisdiccionales representativos de una de las funciones principales del Estado.

Además, "a esta teoría hay que objetarle que el resultado procesal se impone a las partes con la fuerza de un mandato del Estado y no por la aceptación previa que una o ambas partes hagan del mismo" (30).

No sin razón se habla de que esta teoría incurre en el mismo error de la teoría contractual pues "es absolutamente inadecuada la consideración de la voluntad presunta o tácita de las partes o de la

---

(26) COUTURE, E., op. cit., p. 126.
(27) REIMUNDIN, R., supra nota 25, p. 113.
(28) COUTURE, E., supra nota 25, p. 129.
(29) AGUIRRE GODOY, M., supra nota 13, p. 246.
(30) ARGUEDAS SALAZAR, O., El proceso, Tesis IX, Hojas mimeografiadas, p. 4, San Pedro, sin fecha.

simple voluntad de una de las partes como fuente de los vínculos procesales que integran el proceso" (31).

c. Teoría de la relación jurídica:

El concepto de relación jurídico procesal y el valor que como tal tiene dentro de la doctrina aquí expuesta puede determinarse en términos simples: "La relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del Derecho Procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto a los diversos actos procesales" (32).

La doctrina acerca de esta teoría tiene sus antecedentes en Hegel y según sus autores fue expuesta por primera vez por Bülow y especialmente desarrollada por la doctrina italiana, pero Alcalá Zamora y Castillo sostiene que "la concepción del proceso como relación jurídica es genuinamente alemana" (33).

Según esta doctrina la actividad que despliegan las partes y el juez está regulada por la ley. Salvo los casos de excepción el proceso es el que determina la existencia de una relación de carácter procesal entre todos los que intervienen, creando obligaciones y derechos para cada uno de ellos, pero tendiendo todos a un fin común: la actuación de la ley se dice que es una relación autónoma, porque tiene vida y condiciones propias fundadas en normas distintas (procesales) de las afirmadas por las partes (sustanciales); compleja porque comprende un conjunto indefinido de derechos y obligaciones; pertenece al derecho público porque deriva de normas que regulan una actividad pública.

La relación jurídico procesal se ha configurado de diferentes modos: a) Se señala la existencia de deberes y derechos del juez frente a las partes y de las partes frente al juez por un lado y, de las partes entre sí por otro. La mayoría de los deberes procesales de las partes frente al órgano jurisdiccional entrañan al mismo tiempo un deber con el adversario y viceversa. b) Como deberes y derechos del juez frente a las partes y de las partes frente al juez. Para este caso se eliminan los deberes y derechos recíprocos entre las partes. c) Como derechos y deberes de las partes entre sí únicamente. Por lo tanto se prescinde de los deberes y derechos de las partes con respecto al juez.

Lógicamente que la primera es la más atinada de estas configuraciones.

La doctrina de la relación jurídica ha sido objetada por diversas razones: "se dice que el proceso no es una relación sino que se compone de varias relaciones. También es impugnada en cuanto se afirma que las partes no entran una frente a otra, en calidad de parte activa y pasiva, de acreedor y deudor respectivamente, porque según la otra tesis una parte no está obligada hacia la otra a comparecer en el proceso, ni a contestar la demanda ni a absolver posiciones o reconocer documentos" (34).

Básicamente se pueden hacer dos objeciones: Que no hay verdaderamente derechos y obligaciones procesales, sino posibilidad de actuar, espectativas y cargas. En segundo término, que si existieran derechos y obligaciones, por ser múltiples, deben comprenderse bajo un solo concepto superior que designe la unidad procesal. La primera objeción ha dado lugar a la teoría de la situación jurídica, la segunda a la teoría de la institución jurídica.

d. Teoría de la situación jurídica:

Fue esbozada por Goldschmidt. Según esta teoría el proceso no es una relación sino situación: se entiende por tal el estado o disposición de una persona con respecto a la sentencia judicial que se declara conforme a las normas jurídicas. Esta teoría concibe el proceso como "un conjunto de posibilidades, de ocasiones u oportunidades procesales y dentro de esta dirección, sólo existen cargas, expectativas y caducidades" (35). Una de las características más visibles de esta teoría es que está constituida con categorías jurídicas nuevas y por tanto, la idea de relación jurídica, con sus correlativos derechos y obligaciones, es inadecuada al mecanismo del proceso.

---

(31) GUASP, J., citado por REIMUNDIN, R., supra nota 25, 113.

(32) COUTURE, E., supra nota 17, p. 133.

(33) ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., supra nota 25, p. 124-5.

(34) REIMUNDIN, R., supra nota 25, p. 115.

(35) Idem.

Se ha objetado de la teoría de la situación jurídica, que en ella el juez queda excluido de la relación procesal.

e. Teoría de la institución:

La elaboración de la teoría de la institución comprende en un solo concepto cimero todos los derechos y obligaciones que por ser varios, escapan según esta teoría, al concepto de relación jurídico procesal: "Entendemos por institución, no simplemente el resultado de una combinación de estos actos tendientes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales, que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades, que se adhieren a dicha idea para lograr su realización" (36). Tal comentario sin embargo, no se opone al concepto de relación jurídica pues si bien el proceso pareciera configurarse como una verdadera institución, el concepto no conviene a la terminología de la ciencia jurídico-procesal, por las muchas acepciones que puede representar.

Y, aunque, "El proceso es una institución jurídica, en el sentido en que lo son el matrimonio, el contrato, la tutela, la hipoteca, etc., etc. El proceso civil (y el penal, por supuesto) constituye en nuestro concepto una relación jurídica, porque representa el contacto, comunicación o intercambio de actos entre diferentes sujetos regulados o presididos por el derecho, y es una institución por lo mismo que supone un conjunto de relaciones jurídicas concebidas como una verdadera unidad, con un fin propio y característico" (37).

f. Teoría de la finalidad del proceso:

Algunos autores le asignan como finalidad al proceso civil la actuación del derecho objetivo. Por su parte otros le asignan como finalidad al proceso civil la tutela de los derechos subjetivos.

La cuestión ha sido discutida sobre todo en Alemania pero es de utilidad a nivel teórico, no así en la práctica. De manera que lo que hay que entender por finalidad del proceso como conjunto de actividades subordinadas a determinadas condiciones y, ligadas a determinadas formas, no explica la naturaleza del proceso. En sentido gramatical, para hablar de finalidad habrá que referirse a un sujeto voluntario que se lo proponga y, no es un sujeto sino varios los que componen el proceso (Estado-partes). Es natural entonces que cada uno de ellos se proponga un fin, de manera que en conclusión se puede decir que no hay una finalidad del proceso en aquel sentido, sino que hay finalidades de los sujetos procesales.

La discrepancia entre las dos finalidades del proceso atrás señaladas consiste en el diferente punto de vista desde el cual son consideradas las finalidades procesales.

La concepción objetiva atiende solamente a la finalidad del Estado (actuación del derecho objetivo). La concepción subjetiva, en cambio, a la finalidad de una de las partes y más concretamente y en particular, a la del actor, que pretende la realización de los derechos subjetivos que cree poder alegar.

Cabe considerar que debido a que la actividad jurisdiccional es actividad del Estado y la intervención de las partes en el proceso constituye una condición y un presupuesto a esta actividad, no por esto deja de ser aquella preponderante.

Se puede decir también que la finalidad de cada una de las partes puede coincidir con la finalidad del Estado, pero puede no coincidir. Cuando se da la coincidencia se verifica la finalidad de las partes con la del Estado. La existencia o no de dicha coincidencia es pues la determinación del contenido concreto de la finalidad estatal. Guasp opina que *". . .la finalidad del proceso, no es, pues, el mantenimiento de la paz sin más, sino el mantenimiento de una paz justa, por ello el órgano jurisdiccional no actúa toda clase de pretensiones, sino las pretensiones fundadas"* (38).

3. LA IMPUGNACION ES UN PROCESO.

Concretando, se puede concluir entonces, pese a las autorizadas disidencias expuestas, que la teo-

---

(36) GUASP. Citado por AGUIRRE GODOY, M., supra nota 13, p. 250.

(37) DE PINA-CASTILLO LARRAÑAGA, Instituciones de derecho procesal civil (2da. edición, Porrúa, México, 1950) p. 182.

(38) GUASP, J., citado por AGUIRRE GODOY, M., supra nota 13, p. 253-4.

ría de la relación jurídico procesal mantiene su consistencia frente a las demás posiciones y, como explicación de la naturaleza jurídica del proceso, no contradice en nada la pretensión del planteamiento original. Pero consecuentemente con Guasp, es dentro de la categoría de los procesos especiales por razones jurídico-procesales que debe localizarse el proceso de impugnación: "La impugnación del proceso no es la continuación del proceso principal por otros medios, puesto que el proceso de impugnación tiene carácter autónomo; es un proceso independiente con su régimen jurídico peculiar, es decir, con sus requisitos, procedimientos y efectos distintos de las correspondientes categorías del proceso a que se refiere, lo cual no quiere decir que, aunque sea un proceso autónomo no guarde conexión con el principal, antes al contrario. Por ello, a través de la impugnación se llega a la institución de verdaderos procesos especiales por razones jurídico-procesales, en los que el término de referencia al proceso principal se muestra no con una finalidad positiva, o de facilitación, sino negativa, o de dificultad en la que la impugnación precisamente consiste" (39).

En efecto, la impugnación procesal se convierte en virtud de esa autonomía en un verdadero proceso de impugnación y, recibe en general el nombre de "recursos", que es sobre lo que versa el título de los "tipos de impugnación".

C. TIPOS DE IMPUGNACION.

Siempre, o al menos algunas veces, se cree que el crear tipologías o estudiarlas es un juego doctrinal que ayuda a que el estudioso del derecho pueda orientarse mejor en el tema; se cree, además, que es un profundizar en una creación típicamente lógica, pero tal afirmación necesita complementarse, pues el hecho de tipificar permite analizar sistemática y científicamente los elementos, requisitos, o las particularidades del objeto de estudio. Y, aunque la búsqueda de los "tipos de impugnación", sea en realidad solo un análisis parcial y dirigido hacia un solo lado del objeto de estudio, permite analizar una serie de clasificaciones que de momento darán ideas más precisas de lo que es la "impugnación".

1. Clasificación.

Los diferentes autores dan importancia a algunas particularidades de las impugnaciones lo que permite "aglutinar" de una manera determinada las diferentes formas de atacar las resoluciones judiciales. De esta suerte Jaime Guasp (40) estudia dos clasificaciones, una de ellas distingue tres tipos 1) recursos ordinarios; 2) recursos extraordinarios y; 3) recursos excepcionales. La otra conoce de dos clases de recursos, 1) Los horizontales y 2) los verticales.

a. Recursos ordinarios, extraordinarios y excepcionales.

Respecto del primer sistema de clasificación manifiesta (41) que "los recursos ordinarios: son aquellos que, como indica su nombre, se dan con cierto carácter de normalidad dentro del ordenamiento procesal, de esta normalidad deriva la mayor facilidad con que el recurso es admitido y el mayor poder que se atribuye al órgano jurisdiccional encargado de resolverlo. Por eso suele decirse que el recurso ordinario no exige motivos para su interposición ni limita los poderes judiciales de quien los dirime en relación a los poderes que tuvo el órgano que dictó la resolución recurrida" (42), y el "recurso extraordinario se configura como aquel en que se exigen para su interposición, motivos determinados y concretos y en que el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos sectores acotados de la misma que la índole del recurso establezca particularmente" (43). Por último están los recursos excepcionales: "caracterizados más bien como acciones impugnativas autónomas, los cuales se singularizan por romper la unidad del proceso con el proceso recurrido y por dar lugar a una nueva tramitación que no afecta tanto la firmeza de la resolución sino a su autoridad de cosa juzgada material, ya que constituye un ataque al proceso principal en vista de la acción

---

(39) GUASP, J., supra nota 12, p. 406.

(40) GUASP, J., op. cit., p. 177 y ss.

(41) Ibid, p. 712.

(42) Puede consultarse BLANCO QUIEROS, M., Curso de procedimientos civiles (E. mimeografiada, Facultad de Derecho de la U. de C.R., S. F.) p. 99 y ss.

(43) GUASP, J., supra nota 12, p. 712.

autónoma distinta, que se ventila en proceso independiente" (44). (Se refiere al recurso de revisión). El mismo Guasp critica este sistema de clasificar los recursos por cuanto, pese a ser una clasificación clara, exacta, no sirve como tal, pues no da una idea general de los procesos de impugnación (que es una de las razones de hacer una clasificación) que cada ordenamiento procesal tiene. Y en referencia a la categorización de los procesos excepcionales manifiesta que se incurre en error, porque ese modo de analizar el problema denota que existen recursos no excepcionales los cuales serían una extensión de la resolución recurrida y no un proceso de impugnación independiente del proceso principal, de donde surgió la resolución que se impugna, ya que no es cierto que solo los recursos excepcionales sean acciones de impugnación autónomas, que producen la ruptura y quebranto de la unidad del proceso, ya que es característica de los procesos impugnativos el hecho de la ruptura referida (45).

b. Recursos horizontales y verticales.

Guasp afirma que el segundo criterio para clasificar los medios impugnativos permite caracterizarlos mejor, aparte de que también permite una comprensión global más satisfactoria que la anterior y, procede a clasificar los medios de impugnación según el ámbito en que se desenvuelven "en el mismo grado de jerarquía judicial en que se produce la resolución recurrida, en un grado superior, o finalmente en un grado supremo. Podría hablarse, a este respecto de "recursos horizontales y recursos verticales" si no fuese porque la verticalidad tiene que desdoblarse en dos grados: la mera superioridad de instancia y del carácter supremo del grado judicial a quien a veces se acude. En consecuencia, todos los recursos imaginables son susceptibles de reducirse a uno de los tres miembros de la categoría propuesta" (46).

Hugo Alsina (47) distingue a los medios de impugnación dentro de la categoría de los recursos ordinarios y los extraordinarios, sin reparar mucho en el asunto. Este modo de clasificar los recursos (ordinarios y extraordinarios), es el común en la mayoría de los autores (48).

2. Otras clasificaciones.

a. Por el grado de la perfección de la descentralización.

Barquín Alvarez (49), en su libro *"Los recursos y la organización judicial en materia civil"*, presenta varios modos de clasificar los medios de impugnación, de suerte que en la primer categoría que estudia analiza los recursos desde el ámbito del "grado de perfección de la descentralización".

Según Hans Kelsen, la descentralización puede ser perfecta o imperfecta, dependiendo de dos factores. El primer grado está constituido por la definitividad: la descentralización es perfecta cuando la resolución del órgano descentralizado es definitiva, que no puede ser modificada (ya sea que se anule o sustituya) por la resolución de un órgano superior —un órgano de un grado más alto dentro de la descentralización—. En segundo término la centralización es perfecta si el contenido de la resolución de un órgano descentralizado no puede ser determinado por un órgano superior" (50).

Desde este punto de vista, el grado de perfección de la descentralización basada en la definiti-

---

(44) Idem.

(45) GUASP, J., op. cit., p. 713. Como se recordará, el autor considera que los recursos son procesos de impugnación, tema tratado en el presente trabajo.

(46) GUASP, J., op. cit., p. 713.

(47) ALSINA, H., supra nota 25, tomo IV, ps. 188 y ss.

(48) Así por ejemplo PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, L., Derecho procesal civil (Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1972) I. P. 645 y ss., estudia en el parágrafo 105 a los "recursos ordinarios" y, si bien profundiza en ellos lo cierto es que parte del mismo sistema de clasificación (ordinario-extraordinario). La misma línea sigue FAIREN GUILLEN, V., Estudios de derecho procesal (Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955). p. 330-2 quien considera completa la clasificación que GUASP, critica (ordinarios, extraordinarios y excepcionales), pero a su vez apunta algunos defectos, como los es precisamente el hecho de que el recurso de apelación es un recurso ordinario y, una de las características de los recursos ordinarios es que no necesitan para su recepción, de causas específicas, pero que él considera que de cierto modo el de apelación sí tiene o necesita de causas específicas para su interposición, como lo es el hecho genérico del gravamen y la necesidad de fundamentación (o sustanciación, como lo conocen nuestro derecho y prácticas forenses); este hecho se puede apreciar claramente en nuestro Código de Procedimientos Civiles, ya que la situación es la misma respecto a la apelación y, para clarificar el asunto es recomendable analizar el recurso de revocatoria, el cual no necesita de fundamentación y, no se da ni siquiera por supuesto el gravamen, sencillamente se interpone y el tribunal lo acoge o rechaza, con solo considerar que la resolución se ajusta o no a derecho.

(49) BARQUIN ALVAREZ, M., supra nota 1.

(50) Ibid, p. 39.

vidad, se podrían aglutinar los medios de impugnación dentro de lo que se conoce como remedios (51) y recursos (52); de modo que entre más perfecta sea la descentralización del despacho que dictó la resolución puede hablarse de los "remedios", sea de los conocidos como horizontales (53). Pero es de aclarar que el hecho de ser perfecta la descentralización, incluye dos sucesos: el hecho de que es el mismo órgano el que "revisa" —puede revisar su resolución— (la cual es impugnada) y, la revisión es completa en el sentido de que puede ser anulada y en su defecto dictarse otra en sustitución de aquella (la impugnada). Ahora, será imperfecta la descentralización que puede ser "revisada" por el superior, que es lo que se conoce como "recurso" (propiamente dicho) y, la imperfección es pues el hecho de que el Tribunal (el cual es descentralizado) puede tomar la resolución del inferior reexaminarla, ya que no es definitiva. La descentralización imperfecta plantea a su vez dos variantes al problema en análisis. Puede ser que el superior (iudex ad quem) solo tenga facultades para anular la resolución (por ejemplo en el recurso de casación por la forma) o bien, de dictar una nueva resolución que sustituya a la del primer tribunal (la del iudex a quo), lo cual, ocurre en Costa Rica con la apelación. Se autoriza al juzgador de alzada, no solo a revocar la primer resolución, sino que además puede dictar una nueva resolución, mientras que en la casación por la forma, el Tribunal de Casación solo puede anular la resolución que se impugna.

De lo dicho se desprende que los modos imperfectos de descentralización (en función de la falta de definitividad) podrían subclasificarse en: a) los de nulidad, únicamente; b) los que además de la nulidad permiten el dictado de una nueva resolución.

De los dos grupos anteriores, se denota que existe más centralización con los del primer grupo, pues como se verá, una vez anulada la resolución le es devuelta al "inferior" para que dicte una nueva. Una comparación con el derecho administrativo nos puede ayudar a clarificar el concepto: lo que en este se llama jerarquía propia, es el equivalente a lo señalado en el segundo grupo; pues no solo se le examina al inferior jerárquico la legalidad, sino que el superior está facultado para dictar un nuevo acto en defecto del que anula, tal como ocurre con la apelación (por ejemplo). Nótese que en derecho administrativo hay jerarquía, pero en derecho procesal no se da jerarquía del órgano inferior frente al superior, pues los juzgados son órganos totalmente desconcentrados y autónomos, en cuanto a lo que es objeto de su función (dictado de justicia). El superior, de oficio, no puede revisarle al inferior lo hecho o resuelto por este, sino únicamente cuando el acto judicial, llamado resolución, es recurrido por cualquiera de las personas que válidamente puedan hacerlo.

Por otro lado, lo que en derecho administrativo se conoce como jerarquía impropia es lo que es análogo al primer grupo, pues cuando opera el fenómeno dicho, el jerarca simplemente anula, pues solo examina la legalidad del acto.

Nuevamente dentro de la terminología del derecho procesal civil, al hecho que solo permite anular una resolución se llama "reenvío", de manera que tal como lo dice Barquín Alvarez, "Partiendo del grado de perfección de la descentralización, como criterio de clasificación no solo podemos agrupar los medios impugnativos en dos grupos: los recursos y los remedios, sino que el primer grupo lo podemos subdividir en recursos con reenvío y recursos sin reenvío" (54).

b. Por la naturaleza y funciones de la resolución.

La segunda categoría (55), que estudia Barquín Alvarez atiende a la naturaleza y funciones de la resolución y se subdivide así:

(1) Por los efectos.

Dentro de este modo de enfocar el problema una resolución que se impugne es susceptible de analizarse ya sea por los efectos o bien por el rango de esta en el ordenamiento procesal.

Desde el punto de vista de los efectos, se tienen como impugnaciones: a) las de efecto suspen-

---

(51) Remedio es aquel medio impugnativo del que es competente para conocer de él, el mismo órgano que dictó la resolución. Véase a PRIETO CASTRO, supra nota 48, p. 242 y ss.

(52) Recurso es aquel medio impugnativo por el que la resolución es revisada por un superior de aquel que la dictó.

(53) Recurso horizontal, clasificación de GUASP, J., op. cit., y, uno de ellos es el de revocatoria o reposición (arts. 854 y 855 C. Proc. Civ.).

(54) BARQUIN ALVAREZ, M., supra nota 1 p. 40.

(55) Ibid, p. 42-4.

sivo: que son las que suspenden los efectos de la resolución impugnada y, que en el caso de querer ejecutarlas (mientras se está impugnando) es preciso hacer una fianza (artículo 871 del Código de Procedimientos Civiles). b) Las de efecto no suspensivo: que como su nombre lo indica no suspenden la ejecución de lo fallado, motivo por el cual no hay necesidad de fianza para que lo resuelto se ejecute mientras se impugna.

La fianza es necesaria cuando se pretende la ejecución y se está impugnando, pues si en la alzada se aprueba lo fallado, entonces se ejecuta sin necesidad de depósito. Esto en el caso de una impugnación suspensiva.

(2) Por el rango de la resolución.

Desde el punto de vista del rango de la resolución que se impugna, dependiendo de su autoridad de cosa juzgada, se tienen: a) Las excepcionales (revisión, oposición a la sentencia contumacial —figura del derecho mexicano—). b) Ordinarias (apelación, revocatoria, etc.). c) Extraordinarias (casación).

El análisis de estas ya fue hecho líneas atrás, al analizar la clasificación que hace Jaime Guasp (56).

(3) Por la resolución en sí misma (desprovista de su autoridad de cosa juzgada).

Si se analiza la resolución, pero desprovista de su autoridad de cosa juzgada, los medios de impugnación pueden clasificarse atendiendo a la resolución en sí misma, de ahí que —como en Costa Rica— serían tres tipos: a) Impugnación de sentencias (como resolución de más importancia), apelación, casación, revisión, b) Impugnación de autos: revocatoria y apelación. c) Impugnación de providencias: únicamente revocatoria, cuando esta cabe, por ejemplo artículos 898 y 932 del Código de Procedimientos Civiles.

En cada ordenamiento procesal varía la cantidad de recursos, de suerte que en España —para citar un ejemplo— dentro de la impugnación de resoluciones inferiores están la súplica y la reposición, que son nombres de recursos que nuestra ley procesal no conoce, pero que bajo el nombre de "revocatoria" nuestra ley los absorbe. Asimismo lo que nuestra ley conoce como "reposición" (arts. 854 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles) es diferente de la "reposición" española.

(4) Por los motivos.

Una cuarta categoría se hace atendiendo a los motivos (57). Es menester aclarar que esta clasificación es posible hacerla teniendo presente el tipo de error que da origen a la impugnación y, para poder entrar en detalle hay que estudiar tres enfoques relativos a los errores.

(a) Errores in procedendo y errores in iudicando.

Barquín Alvarez nos recuerda que "en todo ordenamiento normativo, la validez de una norma solo puede derivar de otra norma. La validez se puede establecer por dos principios, el estático y el dinámico. De acuerdo con el principio estático, la validez de las normas se establece por su contenido; consecuentemente una norma es válida si su contenido puede relacionarse o deducirse del contenido de la norma superior que la condiciona. De acuerdo con el principio dinámico, una norma es válida si fue creada por un órgano autorizado por el sistema normativo para crear tal norma, independientemente de su contenido" (58). Ahora, dentro de ese "ordenamiento normativo" encontramos a la resolución, como fenómeno producto de la función jurisdiccional, la cual es una fuente de producción jurídica. Por otro lado las normas abstractas, generales, determinan el contenido de la resolución, el juez debe, para resolver, tomar la norma de derecho sustancial y adecuarla —en el fallo— a los hechos sobre los cuales versa la resolución. De lo dicho se desprende que el error puede ser referido a normas de fondo (sustancial o material), o a normas de forma (procesales), de ahí deriva precisamente la clasificación de error in iudicando y error in procedendo; de modo que el primero es un error producto de una violación (de ahí que se impugne) a una norma de fondo (material o sustancial), que la resolución realiza. Los errores in procedendo son las violaciones a las normas de forma, al "procedimiento". Si bien esta clasificación a veces no es tan clara como parece, lo cierto es que algunas legislaciones, como la nuestra y la es-

---

(56) Véase páginas iniciales de este trabajo.

(57) BARQUIN ALVAREZ, M., supra nota 1, p. 44 a 53.

(58) Ibid, p. 46.

pañola, prevén para cada una de ellas un motivo para dos diferentes tipos de recursos de casación.

(b) Errores de hecho y errores de derecho.

Es la segunda clasificación de las impugnaciones por los motivos. Los errores de hecho se dan por una mala interpretación de los hechos que en el proceso se tratan de dilucidar. Baste recordar (al tenor de Kelsen) que la estructura lógica de una resolución es un silogismo normativo que es producto de una premisa mayor (la norma sustancial, por ejemplo). Una premisa menor (el hecho o suceso), que en determinado momento coincide con el supuesto de la premisa mayor y, que por tanto la vitaliza o actualiza (hecho de la realidad que en determinado momento se está juzgando). La premisa mayor sería por ejemplo el artículo 1045 del Código Civil y, la premisa menor es que Pedro causó un hecho dañoso (sea por dolo, negligencia, o por falta. . .), la conclusión de este silogismo es un juicio de valor, que en la especie en estudio se llama resolución. Un error que aluda o se refiera a la premisa mayor, es un error de derecho y, un error en la apreciación menor (el hecho) es un error de hecho y, es este el modo más simple de explicar la clasificación de las impugnaciones por los motivos de error de hecho o de error de derecho.

(c) Otros errores.

Se dan otro tipo de errores (categoría) que Barquín Alvarez clasifica como: violación, interpretación, subsunción y aplicación (59).

La violación conlleva un error que se relaciona con la validez de las normas abstractas, que en un momento determinado un sujeto pide que se aplique (tanto de procedimiento como de fondo), o sea, existe violación cuando se da un error al determinar la validez de la norma.

Existirá error en la interpretación cuando se le dé una valoración diversa de la que realmente tiene la norma que se está aplicando, un contenido diverso del que tiene la norma.

Error en la subsunción, o de subsunción: subsumir en el lenguaje jurídico (pues en castellano no existe) es una operación que hace el juez, donde constata si lo que dispone la norma (debe ser) y lo que sucedió en la realidad (el ser) son coincidentes, ya que ambas figuras no son lo mismo; sin embargo solo se diferencian en que una es, en tanto que la otra debe ser. De suerte que un error en la subsunción no es un error de hecho, sino más bien un error de derecho, pues lo que se aprecia mal no es el hecho, sino más bien los elementos que la norma tipifica como requisito de su presupuesto y que conforman el deber ser que persigue.

Error de aplicación, se da cuando, después de realizada la operación antes dicha (la subsunción) el juez le atribuye una consecuencia diversa o errónea de la que realmente tiene la norma aplicada.

Es normal que los errores aquí estudiados, sean estudiados como errores de derecho, y así se les conozca inclusive en las legislaciones.

(5) Por la amplitud del conocimiento y por la obligación de motivar.

Una quinta categoría de clasificación se hace atendiendo a la amplitud del conocimiento y por la obligación de motivar. Se refiere a si las impugnaciones requieren o no de motivos previamente establecidos por ley para que se pueda recurrir la resolución. Si no se necesitan motivos específicos, ya que puede ser cualquiera (apelación), o si necesita de determinados supuestos que de modo preciso ha establecido la ley procesal (casación, revisión).

También podría ser por la necesidad o no de motivar el recurso al impugnar. En el primer caso, se trata de los recursos de casación y revisión, ya que para interponerlos es necesario motivar la impugnación. Esto no lo requieren casi ningún otro medio de impugnación: la apelación, la revocatoria, etc.

(6) Atendiendo a los sujetos que pueden impugnar.

Una sexta categoría de clasificación se hace atendiendo a los sujetos que pueden impugnar: a) los que pueden interponer las partes, b) los que pueden interponer los terceros (apelación de tercero, artículo 864 del Código de Procedimientos Civiles). c) los que pueden interponer el mismo juez que conoce, de mutuo propio, caso de la revocatoria que puede hacer el juez de los autos que hubiere dictado y si lo hace dentro de los tres días posteriores al dictado de la resolución (60).

---

(59) Ibid, p. 51.

(60) BARQUIN ALVAREZ, supra nota 1; art. 861 C. de Proc. Civ.

3. Tipos de recurso.

Carlos Castellanos clasifica los recursos en ordinarios y extraordinarios y dentro de los ordinarios localiza los siguientes: "1 Revocatoria; 2 Revisión o reposición, como lo llama nuestra ley procesiva (se refiere a la ley Guatemalteca) 3 Apelación; 4 Ocurso de hecho y 5 Recurso de queja. Los recursos extraordinarios más corrientes son 1 Recurso de Casación; 2 Responsabilidad Civil, 3 Revisión; 4 Extraordinario de Amparo; 5 Nulidad; y 6 de Gracia" (61).

Después de clasificarlos, Castellanos procede a definir algunos recursos para así poder diferenciarlos. Antes de entrar al fondo de este asunto es necesario aclarar que los conceptos sobre los recursos de reposición, revisión y revocatoria, ni los jurisconsultos, ni las legislaciones los estudian con unidad de criterio, ya que cada autor los define en relación con su legislación y estas, normalmente llaman a estos recursos de modo no uniforme (62).

a. La revocatoria.

Para Castellanos, revocatoria es aquel recurso que procede contra las resoluciones de mera tramitación —que la legislación costarricense llama providencias—, a solicitud de parte o de modo oficioso. Igual efecto tiene aquí, pero dentro de los límites propios de la revocatoria oficiosa que prevé la ley procesal, en su artículo 861. Para este mismo autor, revisión o reposición (según la ley procesal guatemalteca) es aquel recurso que sirve para que el mismo juez que dictó la resolución la revea, con el fin de reponer, lógicamente en el caso de que exista el error —agravio— que produce la impugnación, pero que a diferencia de la revocatoria, el recurso de "revisión ordinaria" (mal llamado así por dicho autor) sirve para reponer los autos y sentencias interlocutorias dictadas por el tribunal de segundo grado (63) mientras que la revocatoria puede reponer los autos de primera instancia, así como las providencias y autos resolutorios de incidentes de la segunda instancia (específicamente arts. 898 y 901 del C. de Proc. Civ.).

b. El recurso de queja.

También llamado recurso de queja (ordinario) u ocurso de queja. En Costa Rica se llama recurso de queja. Es la sanción disciplinaria que se da contra un funcionario, por los perjuicios causados a las partes litigantes, por haber "torcido" los procedimientos fijados por la ley al juicio (64).

c. El recurso de apelación.

Para este autor es "el acto de recurrir al Tribunal Superior, con el fin de que en segunda instancia del juicio o asunto judicial y previa justificación por el apelante, de sus derechos conculcados pueda confirmar, revocar o modificar la resolución o sentencia recurrida" (65).

d. El ocurso de hecho.

Es aquel recurso que queda a la parte de pedirle al juez o tribunal superior, que le admita el recurso de apelación que el juez a quo le rechazó, en Costa Rica este recurso se llama de "apelación de hecho" y es sumamente formalista (66).

e. El recurso de nulidad.

"Con toda propiedad, el recurso de este nombre es el que nuestro Código vigente (de Guatema-

---

(61) CASTELLANOS, C., Primer curso de procedimientos civiles (Tipografía Nacional, Guatemala, 1936) p. 343.

(62) Así por ejemplo, PRIETO CASTRO y FERRANDIZ, L., supra nota 48, p. 234 manifiesta que el recurso de reposición es el que "se dirige contra las providencias y ciertos autos que dictan los órganos unipersonales y tiene dos versiones: el que se puede interponer contra las providencias que 'son de mera tramitación' y, el concebido para impugnar las providencias que 'no son de mera tramitación' y los autos que no resuelven sobre excepciones dilatorias ni incidentes". En la legislación costarricense no se define este recurso, ni se le conoce con ese nombre, aquí se llama "Revocatoria" y no cabe contra las providencias (que para CASTELLANOS, C., supra nota 61 y PRIETO CASTRO y FERRANDIZ, L., supra nota 48, se llaman de mero trámite, término también conocido en nuestro medio), pero sí cabe contra los "autos" (arts. 857-862 del C. de Proc. Civ.); no cabe contra las sentencias de primera instancia, mientras que en la Sala Civil, contra providencias y autos resolutorios de incidentes promovidos ante ella cabe revocatoria. De modo que para nuestra legislación la "revocatoria" es un recurso horizontal, ordinario, que procede contra autos de primera instancia y en Sala Civil (y Tribunales Superiores), contra providencias y autos resolutorios de incidentes promovidos ante ella. Por otro lado nuestra ley conoce del recurso de reposición que es diferente a los estudiados: el que contempla los artículos 854-856 del C. de Proc. Civ. De todo lo dicho se infiere que hay una diferencia entre lo que es objeto entre el C. de Proc. Civ., la Ley de Enjuiciamiento Civil Española y el derecho guatemalteco, razón que explica la falta de unidad de los conceptos dichos.

(63) CASTELLANOS, C., supra nota 61, p. 345-54.

(64) Ibid. p. 354.

(65) Ibídem, p. 359.

(66) Este recurso, como se dijo, en Costa Rica se llama apelación de hecho. VICENTE y CARAVANTES, citado por DE PINA-CASTILLO LARRAÑAGA, supra nota 37, p. 320, lo llaman "recurso de queja"; igual lo llama ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, supra nota 21, p. 29. Así mismo lo llama la Ley de Enjuiciamiento Civil Espa-

la) comprende entre el de casación por quebrantamiento de las normas procesivas... El tribunal llamado al conocimiento de tal recurso, no repone con otra la sentencia destruida como acontece con el recurso de casación por violación de leyes expresas. Lo que hace es anular lo viciado, para que los tribunales de instancia rehagan el procedimiento defectuoso sustancialmente; y en ocasiones, todo el juicio; para que puedan dictar las sentencias correspondientes en derecho y en justicia" (67).

El derecho argentino eliminó la idea, o el recurso autónomo de nulidad, la cual se alega mediante el recurso de apelación (68). El recurso de apelación absorbe, entonces, la figura de la nulidad. Sentís Melendo, al igual que Castellanos, hablar de un recurso de nulidad, el uno lo sinonimiza con el de casación por quebrantamiento de las normas procesales y el otro manifiesta que la ley argentina actualmente lo hizo (al de nulidad) depender del de apelación.

Queda la idea de la existencia de un recurso autónomo de nulidad. En la legislación española se conoce el "recurso de nulidad de actuaciones", el cual es un recurso extraordinario: para interponerlo es necesario haber agotado todos los recursos llamados ordinarios y que la ley española conoce como tales. De modo que este recurso difiere del de casación por quebranto de las normas procesales (69); de ahí que Castellanos, al igualar el de nulidad al de casación referido, comete un error, pues el de nulidad es un recurso diferente, inclusive que el de casación.

f. El recurso de casación.

Este recurso, según la mayoría de los autores, es uno de los recursos extraordinarios; aunque para Pallares "es un recurso ordinario, cuya finalidad, ..., no es revocar o modificar la sentencia definitiva, sino nulificar un procedimiento o dicha sentencia" (70), recurso que desapareció de la legislación mexicana pero que fue sustituido por el recurso de amparo en materia civil.

La casación es efectivamente un recurso extraordinario, ya que se exigen motivos determinados para su interposición y procedencia; ahora es un nuevo examen del asunto en controversia, pero esto no significa una instancia (71), ya que no es una jurisdicción plena. El Tribunal de Casación solo se avoca al análisis de las cuestiones de derecho, o sea, la jurisdicción está limitada (la del Tribunal de Casación). Es un recurso que facilita la recta aplicación de la ley y, de modo preciso, está concebido para que logre la unificación de criterios, la unificación de la jurisprudencia.

Autores tan autorizados como Carnelutti (72) sostienen que la casación —en el fondo—, es una tercera instancia, pues la "revisión" que sobre el fallo esta realiza, implica, no solo una "revisión" solo en derecho, como se pretende que sea, ya que al analizarse y estudiarse el caso (en casación) se vuelve a "rever" las pruebas y las resoluciones, con el fin de ver si la alegada nulidad (casación, viene de casar: anular) se dio o no; es pues resolver un nuevo problema, que en rigor técnico, es la renovación del proceso, después de que este sufrió una segunda instancia y, como todos sabemos, tiene como finalidad garantizar la justicia mediante la correcta aplicación de la ley. Si el asunto se enfoca como lo hace el maestro Carnelutti, la "instancia" que en apariencia es de puro derecho —como

---

ñola, de acuerdo con PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, L., supra nota 48, p. 256. ARGUEDAS SALAZAR, O., "Ponencias al Congreso Jurídico Nacional de 1977", *Revista de Ciencias Jurídicas* (U. de C.R. - Colegio de Abogados No. 36, setiembre-diciembre, San José, 1978) p. 136, 135-6, propuso llamar a este recurso como "subrecurso de apelación" y, fue aprobado en dicho Congreso con una variante propuesta por BLANCO QUIROS, M., "Recurso por inadmisión".

(67) CASTELLANOS, C., supra nota 61, p. 377.

(68) SENTIS MELENDO, S., El proceso civil. Estudio de la reforma procesal civil (EJEA, Buenos Aires, 1957) p. 105-6.

(69) En ese sentido PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, supra nota 48, p. 291-2. Nos dice HERRERA, G., Las nulidades en el proceso civil, doctrina, legislación y jurisprudencia (U. de C.R., San José, 1974) p. 94-6 que el recurso de nulidad (que puede ser ordinario o extraordinario) existe, en algunas legislaciones autónomamente, como en Alemania, en la que se da en forma ordinaria, sea aquel que sirve para atacar a todas las resoluciones que padezcan de alguna nulidad, y a veces se confunde con el de apelación; así la ley argentina tiende a negarle autonomía al recurso de nulidad limitando su ejercicio al de apelación con nulidad concomitante, de modo que si se apela y no se alega la nulidad, solo se analiza la apelación y se convalida la nulidad. En Uruguay se da el recurso extraordinario de nulidad notoria, el cual opera contra las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

(70) PALLARES, E., Derecho procesal civil (7ma. edición, Porrúa, México, 1978) p. 479 y ss.

(71) Así, DE LA PLAZA, M., Derecho procesal civil español (3era. edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950) I, p. 627-8, nos dice que "el problema de la casación, como ha notado certeramente Carnelutti, está íntimamente ligado con la posibilidad y conveniencia de admitir una tercera instancia, la observación sin pararse demasiado en ella, parece desconcertante, puesto que precisamente este recurso tiene como característica la de no ser una tercera instancia...".

(72) CARNELUTTI, citado por DE LA PLAZA, op. cit., p. 627-8.

oímos afirmar constantemente— en el fondo es un juzgamiento nuevo de la cuestión en debate y, que también en el fondo no solo es de puro derecho, sino que en justicia (como la primera y la segunda instancia). Esta opinión, pese a ser de un autor como Carnelutti, es poco frecuente y a simple vista podría parecer sin sentido.

g. Recurso de revisión.

Este recurso, dado que sirve para atacar el fallo pasado en autoridad de cosa juzgada material, es de los conocidos como "recurso excepcional", que es lo que en propiedad es, aunque también se le conoce como extraordinario. Es aquel recurso que exige causales tipificadas de modo taxativo en la ley procesal civil y que sirve —como ya se adelantó—, para atacar la cosa juzgada: "que tiene por objeto la rescisión de una sentencia dictada con error de hecho para hacer posible la resolución justa, en un nuevo examen de la cuestión a que el fallo anulado se refiere. La presunción de que la cosa juzgada es verdad, no puede mantenerse de modo absoluto... La cosa juzgada produce sus efectos por exigencias de carácter social, desde luego muy atendibles, pero idénticas consideraciones imponen la revisión como medio para cumplir satisfactoriamente los fines de la justicia..." (73).

h. El recurso de responsabilidad.

Nuestra ley conoce de otro recurso: el de responsabilidad, el cual no es en propiedad un recurso, pues no sirve para atacar de modo directo las resoluciones, sino más bien a los jueces (o juzgadores) que las dictaron. De este modo podría, eventualmente, atacarse la resolución mediante un recurso de revisión (si procediere, por ejemplo el inciso uno del artículo 933 del Código de Procedimientos Civiles vigente).

i. El recurso de súplica.

Como se ha visto, no solo existen los recursos estudiados someramente, sino que la doctrina y otras legislaciones conocen otros recursos, por ejemplo el de súplica. Este (de la legislación española) es similar al de revocatoria, solamente que difiere de esta en que el de súplica es un recurso horizontal que se interpone contra resoluciones dictadas por "la Audiencia Territorial o el Supremo" (Tribunal). Nótese que el de súplica y el de revocatoria (o reposición, como lo conoce la legislación española) tienen la misma esencia, pero varían dependiendo del Tribunal que dictó la resolución. Mientras que nuestra legislación conoce de la revocatoria, la legislación española conoce de dos recursos (remedios) cuya esencia es la misma. Dependiendo del órgano jurisdiccional que dicta la resolución así es el nombre que asume o toma el remedio (74).

j. La rebeldía y la oposición de tercero.

Igualmente la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, conoce de otros recursos que nuestra ley no conoce: la rebeldía y la oposición de tercero. El común denominador de estos medios impugnativos es la pretensión de atacar un "proceso viciosamente constituido y resuelto por deficiencias que afectan al sujeto, o al objeto del mismo" (75).

La audiencia al rebelde es el recurso que permite que el rebelde se oponga a la sentencia dictada en su contra, para que en determinadas circunstancias o presupuestos logre la rescisión de ella (la sentencia). Este medio de impugnación (horizontal, por ciento) tiene raíces romanas. El sistema romano conoció el instituto llamado "retauratio eremodicii", el cual tendía a permitirle al condenado el dar una justificación de su ausencia y si lograba esta justificación (restitutio in integrum), lograba restituir el proceso mediante un nuevo proceso. Este recurso ha sufrido muchas variantes en la legislación comparada, en especial por el hecho de que a veces no se encuentran suficientes ni unánimes criterios que denoten la conveniencia del instituto, pues va contra la seguridad que produce lo resuelto. El recurso podría suscitar o producir abusos de importantes alcances (76). Esta oposición (la audiencia al rebelde) es conocida como "oposición contumacial" y, es un recurso conocido en la legislación italiana, en la germana y en la francesa.

La oposición de terceros, desconocida en España, es un recurso de origen francés, que —precisamente— en su origen era una apelación que podía hacer al tercero perjudicado con la sentencia.

---

(73) DE PINA-CASTILLO LARRAÑAGA, supra nota 37, p. 332.

(74) Ver por ejemplo, PRIETO CASTRO y FERRANDIZ, L., supra nota 48, p. 243-5; IBAÑEZ, M., Tratado de los recursos en el proceso civil, (IV edición, La Ley, Buenos Aires, 1969) p. 611-2.

(75) IBAÑEZ, M., op. cit., p. 619.

(76) Ibid., p. 619-20.

Posteriormente, el medio de impugnación fue evolucionando hasta llegar a ser un recurso autónomo e independiente del de apelación.

En la legislación se reconocen dos situaciones: la oposición ordinaria y la revocatoria. La primera es la oposición del tercero a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (o de otra ejecutiva) que perjudique a esos terceros. Y la del segundo tipo "no es sino una aplicación de acción revocatoria o pauliana a los actos procesales" (77).

En Francia, este instituto se mantiene en la actualidad similar al que se conoció en un inicio.

En Costa Rica se conoce la apelación de tercero (artículo 864 del Código de Procedimientos Civiles), que en síntesis es la apelación que realiza el tercero contra la resolución que le ha perjudicado y que todavía no está firme (la resolución). Este instituto patrio se parece a la "oposición de tercero" pero difiere profundamente del instituto conocido por los italianos (78). Este último es autónomo respecto de la apelación, tiene además dos tipos diferentes (la oposición de tercero ordinaria y la oposición de tercero revocatoria).

Más que una diversidad de recursos, lo que en realidad existe es una diversidad de nombres de recurso, que se puede considerar excesiva. Las legislaciones abusan en la diferente manera de llamar a un mismo recurso y para muestra la legislación española, que llama a la reposición, revocatoria y súplica, dependiendo de la resolución que es atacada, o del órgano o tribunal que la dicta. Diversidad que francamente no lleva a nada.

4. Recomendaciones.

Es necesario recomendar, al momento de hacer una tipología, lo siguiente: a) eliminar y unificar la nomenclatura, de modo que a los recursos o remedios de igual naturaleza, se les llame igual, b) que una variación en el sujeto llamado a impugnar o que dicte la resolución no sea motivo suficiente para que se hagan dos o tres tipos de diferentes recursos, c) que para que se creen diferentes recursos se tenga claro que cada uno de ellos debe necesariamente tener diferente naturaleza.

* * *

(77) Ibid., p. 623.

(78) Al respecto, SATTA, S., supra nota 8, p. 510-20, quien estudia la oposición de tercero en Italia. Lo mismo hace CHIOVENDA, G., Instituciones de derecho procesal civil (Trad. de it. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954) III, p. 449-59. Ambos autores estudian con detalle este recurso.

CRISIS INSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA EN LA FORMACION DEL ESTADO NACIONAL

Lic. Víctor Ml. Hernández Cerdas.

CAPITULO IV

CRISIS Y SURGIMIENTO INSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE

1. PLANEAMIENTO DE LA PROBLEMATICA DE LA CRISIS 64
   a. Situación de la formación intelectual. 64
   b. Inopia de intelectuales preparados para la Administración de Justicia 67
   c. Ausencia de una Estructura Económica definida 68
   d. Subordinación del Poder Judicial al Poder Político. 69
2. LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, MEDIANTE EL ANALISIS HISTORICO-JURIDICO DE LAS CONSTITUCIONES, ESTATUTOS Y REGLAMENTOS. 70
3. FACULTADES CONSTITUCIONALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA 83
4. CARRILLO, BASE DEL PROCESO DE CONSOLIDACION JURIDICO-INSTITUCIONAL . . . 84

CONCLUSIONES 85

1. PLANEAMIENTO DE LA PROBLEMATICA DE LA CRISIS.

Los temas cuyo tratamiento abordaremos en el presente capítulo se vinculan estrecha e inseparablemente al proceso evolutivo de la Corte Superior de Justicia, específicamente en lo que concierne a su institucionalización. No es posible, en efecto, imaginarse a la Corte Superior de Justicia, ni concebir su dependencia a una estructura socio-económica o su implicación y consistencia dentro de la formación del Estado Nacional; sin antes ver los parámetros concomitantes a su desarrollo.

Entre la conformación de la Corte Superior de Justicia y los diferentes aspectos que enseguida trataremos, se presenta una especie de simbiosis intelectiva, en el sentido de que entre una y otros existe una interrelación lógicamente explicable; pues conforme el Estado evoluciona en las estructuras económicas, sociales, culturales, políticas, etc., se da en forma imperativa la necesidad de crear instituciones que administren y gobiernen a la sociedad.

Se advierte fácilmente que tan pronto como evoluciona el nuevo Estado se presentan controversias jurídicas de diferente naturaleza que requieren la instauración de un órgano que en forma objetiva pretenda establecer el equilibrio necesario entre las partes, dando pues, protección a la vida humana y seguridad a los intereses individuales y colectivos ante la ley.

Obviamente esta institución administradora de justicia, en un principio se debió enfrentar a una serie de problemas que en definitiva obstaculizaron su labor; ya que debido a la ausencia de definición en las estructuras —antes mencionadas— que conforman la sociedad del nuevo Estado Nacional, específicamente la economía y consecuentemente las demás; la Corte Superior de Justicia creada mediante Decreto No. V del 24 de setiembre de 1824, debió durante los primeros años, sufrir una permanente crisis institucional que no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XIX que logra cierta transformación que le permite conseguir su estabilización y permanencia.

Por otra parte, el aumento constante de las obligaciones, de la administración pública, el desarrollo de la minería, de la agricultura, del comercio, la nueva organización de la propiedad y como consecuencia de todo esto, la creciente legislación desprendida de lo dispuesto por los gobiernos del Estado, hicieron sentir pronto la necesidad de los servicios de abogados.

El panorama que a través del presente estudio hemos esbozado nos advierte sin duda alguna, que la estructura histórica del pueblo costarricense, hondamente cimentado en las vicisitudes económicas y sociales, y en menor grado políticas, durante ese período dio origen a que la formación del Estado Nacional y demás instituciones componentes del aparato estatal, soportaran crisis en la organización y funcionamiento.

De la compacta sinopsis que hemos hecho, acerca de la situación económico-social y demás aspectos que configuraron en la formación del Estado Nacional; creemos posible comprobar en lo que sigue del presente capítulo, los factores específicos que conllevaron a la crisis institucional de la Corte Superior de Justicia.

> "Esta crisis institucional es determinada por inopia de funcionarios preparados para ocupar puestos públicos, falta de estímulos, escasez de fondos tanto en el erario como en los candidatos a magistrados, y en términos relativos, la inestabilidad política de la época".

a. Situación de la formación intelectual.

No hay duda que la falta de profesionales preparados en aquella época, para regir los destinos del naciente Estado y para el caso concreto de la Corte, constituyeron un obstáculo para la buena marcha de dicha institución. Claro, que no se puede esperar la existencia de un buen número de intelectuales, si sabemos que durante el período colonial se estimuló tan solo y en forma relativa la enseñanza de las primeras letras. Aquellos quienes pudieron continuar estudios lo debieron de hacer en la Universidad de León de Nicaragua, o de San Carlos de Guatemala, pero su número fue bastante reducido.

Los pocos intelectuales con que se contaba en aquella época, resultaban ser insuficientes para satisfacer las necesidades del Estado; vinieron a resolver en parte estos problemas, los intelectuales inmigrantes de los demás Estados, específicamente Nicaragua y Guatemala.

Durante la época colonial la pobreza fue el factor decisivo del atraso intelectual; es de todos sabido que las condiciones económicas de la provincia influyeron en el desenvolvimiento educacional de la misma. Continuamente nos encontramos en los informes de los gobernadores de aquella época, referencias con respecto al estado de miseria en que se encontraba la provincia y la llana preparación intelectual de sus habitantes.

El gobernador Tomás de Acosta, en un infor-

me de setiembre de 1803, dirigido a la audiencia de Guatemala, en relación con el estado intelectual de esta Provincia, señala:

> "...que los vecinos de la provincia, a pesar de su indigencia estaban obligados a sobrellevar los cargos concejiles sin retribución alguna. En estos cargos se emplean anualmente, sin incluir los alcaldes: cuatro personas, que eran tan pocas las que podían desempeñarlo, resultaba que siempre volvían a caer en las mismas" (98).

La actitud aislacionista de los habitantes, la falta de estructura social y la pobreza extrema que significó la vida colonial, son factores que restringieron la elevación de mejores formas de vida intelectual y colectiva. Ello como consecuencia del desamparo en que estuvo la provincia durante el régimen español; su larga distancia de Guatemala, las restricciones del comercio inter-colonial, los impuestos creados, las constantes invasiones de piratas, etc.

No obstante, a estas características de la sociedad colonial en que se guardaba cierta uniformidad socio-económica, era más fácil que los hijos de los principales vecinos de una comunidad, fueran los que reunían mayores posibilidades para aprender y escribir; y en forma consecuente eran los que tenían mayores posibilidades para salir de la Provincia para proseguir sus estudios.

La Iglesia en ese sentido, juega un papel importante tanto en la enseñanza de las primeras letras, como en la ayuda para aquellas personas que quisieran continuar estudios, específicamente en la preparación del sacerdocio. Para conseguirlo podía solicitar la adjudicación de algún fondo de capellanías de antepasados muertos, que habían dejado un gravamen sobre alguna propiedad, cuya renta permitió en muchos casos, ir a estudiar a León de Nicaragua, donde existía un Seminario (99).

Las disposiciones contenidas en la Constitución de Cádiz de 1812 con respecto a la educación, ejercieron cierta influencia en nuestro medio, pues a raíz de lo dispuesto en el artículo 336 —que en todos los pueblos de la monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar— (100); se instituyeron otros centros de enseñanza. En mayo de 1813 se había aumentado aproximadamente diecisiete escuelas, sumándose un total de veintiún escuelas.

En 1814 se funda en San José la Casa de Enseñanza de Santo Tomás, primer centro docente del país. Desde un principio se impartieron las cátedras de gramática, filosofía, sagrados cánones y teología moral; para ello se contó con la participación del Bachiller Rafael Francisco Osejo que se dedica exclusivamente a la enseñanza hasta 1819; ya que posteriormente participa de la política nacional y pasa a ocupar puestos públicos de gran importancia.

Producto de la situación general del Estado, nos encontramos que la Casa de Enseñanza de Santo Tomás desde su inicio debió luchar contra una serie de problemas; los ingresos económicos no alcanzaban ni siquiera para cubrir los sueldos de los funcionarios. En muchas ocasiones, debido a las necesidades que agobiaban a dicho Centro, hubo que suspender varias veces los estudios. En el año de 1836, gracias al empeño del licenciado Manuel Aguilar y del apoyo del gobierno, se pudo organizar un curso de filosofía con más estabilidad que los anteriores (101).

Es importante señalar que Costa Rica desde el momento que se erigió en Estado Libre; sus hombres de gobierno iniciaron una búsqueda constante de aquellos factores de estructura e infraestructura que en toda sociedad constituyen las bases de desarrollo y consolidación, con ello querían dar más solidez al incipiente Estado Nacional. Es evidente la preocupación en favor de la enseñanza; ya que en todo momento fueron conscientes que la ilustración de los ciudadanos era requisito para el engrandecimiento y prosperidad tanto individual como en general para el Estado.

Una muestra de dicho propósito viene a constituirlo el decreto del 15 de diciembre de 1824, en el cual el Congreso Constituyente dispone que al gobierno por cuantos medios estuviesen a su alcance, promoviese el establecimiento de casas públicas de enseñanza en los pueblos del Estado, debiendo proponer al Congreso los arbitrios que estimase convenientes para la consecución de empresas tan benéficas.

Sin embargo, las intenciones y medidas toma-

---

(98) FERNANDEZ, León. 1975, pág. 219.

(99) MELENDEZ CHAVERRI, Carlos. 1979, pág. 76.

(100) Francisco Seix, Editor, Tomo VIII. 1910, pág. 600.

(101) SANABRIA M., Víctor. 1933, pág. 154.

das por aquellos hombres a fin de que la educación se expandiera a todos lados, no surtió gran efecto, ya que la pobreza y demás factores consecuentes del período colonial restringieron su acción; pues no todos los individuos tuvieron acceso a la enseñanza que de por sí desde el período colonial estaba limitada a ciertas familias.

En junio de 1824, "La Tertulia Patriótica" expresa una serie de conceptos en cuanto a la inopia de personas para ejercer puestos públicos, que demarcan ampliamente la crítica situación de la ilustración, antes y en los años posteriores a la independencia. Entre otras cosas, podemos señalar lo siguiente:

> "Desde que esta provincia junto con las demás, sus hermanas, estuvo sujeta a la dominación extranjera, aún siendo tan nula su representación, se palpaba entre sus miserias la falta de ilustración; por falta de ésta, careció siempre de un jurisconsulto que eligiese y diese ser aún a la escasísima administración que había dejado de sus intereses el sistema colonial. . .".
> "Esto basta para manifestar la miseria en que nos constituía la falta sola de un jurisconsulto, de que no carecía aún la mínima de las provincias y en que insensiblemente nos hemos extendido, no siendo éste el principal ramo de que carecíamos, porque a la verdad, cualquiera de los demás ramos es por todos concepto de incalculable necesidad, entre ellos (se menciona a la medicina)".
> "Observemos los medios de sostener nuestra independencia y hallaremos que, después de una sabia constitución necesitamos muchas riquezas y mucha opinión; para éstas mucho comercio, industria y economía; para estos, muchos y poderosos agentes sabios e ilustrados en todos los ramos, diestros militares, que no se forman sino con el estudio de las matemáticas; sabios mineros cuyo estudio sirve de elementos la física; expertos agentes políticos, economistas y publicistas que cada uno forma un ramo de estudios por separado; jurisconsultos, médicos, estadistas y artistas que deben formarse por principios en cualquiera Estado independiente. . ." (102).

Fácilmente se advierte de lo antes expuesto, que el estado intelectual de los primeros años posteriores a la independencia fue bastante crítico; de allí que se buscara como solución, la importación de elementos extranjeros para organizar nuestras instituciones.

La cercanía de la Provincia y más tarde Estado de Nicaragua a nuestro país, fue uno de los factores más importantes que determinó su influencia en el desarrollo de nuestra cultura. La influencia nicaragüense en nuestra educación, la recibimos directamente por la inmigración de intelectuales que buscaban asilo político, o una situación más estable, o que fueron traídos expresamente a colaborar en la tarea de educar y asumir cargos públicos.

Es de nuestro conocimiento que Costa Rica en los años subsiguientes a la independencia —en comparación a otros países del área—, gozó de una relativa calma política; razón que permitió el rápido desarrollo del Estado Nacional, y el ingreso de intelectuales y gente de negocios que de una forma u otra fueron ejerciendo influencia en nuestra cultura. Merecen citarse entre otros, a los nicaragüenses que hicieron sus estudios en León: Rafael Francisco Osejo, a quien anteriormente nos referimos, Simeón Guerrero que fue traído a nuestro país con el fin de que organizara los Tribunales de Justicia, Toribio Argüello, Valentín Gallegos, Agustín Gutiérrez y don Rafael Barroeta, de origen guatemalteco el penúltimo y salvadoreño el último.

Estos intelectuales se destacaron específicamente en la organización de la administración de justicia ocupando puestos en la Corte Superior de Justicia y en la redacción de los diferentes reglamentos que fueron conformando a esta institución.

De la Universidad de León, vienen los dirigentes costarricenses, Lic. Braulio Carrillo de quien tenemos amplia referencia en cuanto a su labor en la formación del Estado Nacional; el doctor Pbro. Juan de los Santos Madriz, hombre de talento y de gran actividad en la cultura popular y en la política desarrollada en aquel momento. Rector de la llamada Casa de Enseñanza de Santo Tomás, y más tarde —en 1844— Rector de la Universidad del mismo nombre; el abogado Pedro Zeledón, fundador de la enseñanza de Derecho en Costa Rica y muchos otros valores más, específicamente sacerdotes que vienen a Costa Rica a servir oportunamente en las diferentes instituciones del Estado (103).

La Universidad de San Carlos de Guatemala juega un papel importante a partir de la década de 1840, sustituye hasta cierto punto a la de León; de ella vienen graduados: en Medicina don Jesús Jiménez, don Bruno Carranza, don Andrés Sáenz,

---

(102) GONZALEZ FLORES, Luis F. 1976, pág. 32-33.
(103) Idem. pág. 34.

don Cruz y don Lucas Alvarado; en Derecho cinco Rectores de la Universidad de Santo Tomás: don Ramón Carranza, don Vicente Herrera, don Juan José Ulloa, don Vicente Sáenz y don Alejandro Alvarado; además otros intelectuales que ejercen gran influencia en las últimas décadas del siglo XIX (104).

Cuando nuestro Estado supera las disidencias internas y es fortalecido en lo económico por el ciclo cafetalero; decide dar énfasis a una política educativa que aún hoy día no ha sido interrumpida. Como es de suponer, en la medida que el nivel intelectual de los ciudadanos fue superándose, se logró una mayor estabilidad de las instituciones estatales.

Fue de gran significado la participación de los inmigrantes en la vida intelectual nacional y en la formación general del Estado; ellos cooperaron a determinar y formar en no pequeña parte el ambiente educacional del país, pues aunque algunos no ejercieron labor docente, pudieron sí, formar y determinar un medio educacional que transformó en forma paulatina la cultura de los costarricenses.

b. Inopia de intelectuales preparados para la administración de Justicia.

Como lo expusimos anteriormente, la escasez de valores intelectuales constituyó un factor determinante para que se produjera la crisis institucional de la Corte Superior de Justicia. Podemos tan solo imaginar el grave problema que constituyó desde el inicio, la instauración de este Tribunal de Justicia; el cual difiere en todo sentido de los otros dos —o tres en algunas ocasiones— poderes del Estado; ya que las condiciones y calidad de funcionamiento, de organización y de requisitos, tanto en los funcionarios para desempeñar los cargos como por el ordenamiento institucional, requerían cierta preparación académica o al menos empírica. Situación diferente sucedía con los otros poderes, cuya preparación podía constituirse tan siquiera en leer y escribir —claro que lo óptimo hubiera sido que también estos gozaran de buena preparación—, pues dentro de nuestra esfera de acción era más aceptable e incluso el funcionario tenía por los asuntos que debía de tratar, mayores oportunidades a desenvolverse.

Además de los conocimientos indispensables del derecho que debe tener el individuo que ocupe un puesto de magistrado, se sabe también que como principio, esta formación social es radicalmente distinta a la labor que pueda realizar el diputado o el senador; ya que este no va en el ejercicio de sus funciones a representar la opinión pública, sino el criterio propio basado en sus conocimientos; él tiene que obrar en su función precisa, y quizá en algunas ocasiones en contra de lo que pienza la comunidad que le eligió. Lo que pretendo en lo expuesto, es, hacer notar la diferencia evidente de la magistratura y lo inconveniente que resultaba que los nombramientos para esos cargos se hicieran por elección popular, pues si bien es cierto, en aquel momento no habían muchos elementos para escoger, se eligieron personas que de este ramo no tenían la menor idea; incrementándose por lo tanto, el número de renuncias y la situación inestable de la Corte Superior de Justicia.

Veamos algunos casos al respecto, para confirmar lo expresado: José Cruz Alvarado en noviembre de 1825, presenta ante la Asamblea Legislativa la excusa de aceptar el cargo de Ministro vocal de la Corte Superior de Justicia para el cual fue nombrado, por motivos de carácter de virtudes y conocimientos propios al cargo (105). Con fecha 6 de marzo de 1829, nos encontramos una excusa de servir al cargo de magistrado de la Corte Superior de Justicia por parte de don Joaquín Iglesias, debido a que no reúne los conocimientos y cualidades propicias para el desempeño del puesto (106). En abril de ese mismo año, lo hace Félix Oreamuno quien renuncia al cargo de Magistrado suplente (107).

De allí que la integración de la Corte en varias oportunidades fue variada, ya que las condiciones que se pedían para ser miembro de ella, en realidad eran muchas tomando en cuenta el atraso intelectual y económico del Estado.

No obstante a las anteriores observaciones, encontramos que la crisis de valores intelectuales para ocupar los cargos públicos también se hacían sentir en los otros poderes, los cuales a falta de dinero en muchas ocasiones se vuelven inoperantes.

Es importante señalar que las excusas que se exponen en las renuncias y en las dispensas para no

---

(104) Idem. pág. 36.

(105) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 226 del 1 al 10 de noviembre de 1825.

(106) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 911, 6 de marzo de 1829.

(107) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 909, 25 de abril de 1829.

aceptar el cargo de magistrado, son reiteradamente dos: la primera corresponde a la falta de capacidad de los individuos para desempeñarse en tan importante cargo; esta excusa se caracteriza en aquellos individuos que tienen un nivel cultural aceptable pero no estudios académicos. La segunda situación que se alega y es característica en aquellas personas con una profesión, es la de no aceptar el cargo por motivo de no tener el capital suficiente que exige la ley; además, de que por atender el cargo encomendado descuidaban los bienes personales, y el salario recibido por el desempeño del puesto, era insuficiente para subsistir.

Esta triste situación, en definitiva viene a consolidar lo que antes habíamos expuesto con respecto a la inopia de intelectuales y la pobreza generalizada del Estado.

Sin embargo, es de suponerse que, si las condiciones económicas del Estado, hubieren sido más favorables como para asignar buenos salarios, quizá muchas de las razones expuestas para la aceptación del cargo no se hubieran presentado como meritorias para tal acción.

Con la emisión del Decreto V del 24 de setiembre de 1824 se dispone "que el Poder Judicial residirá en la Corte Superior de Justicia que se eligiese popularmente y en los juzgados establecidos o que se establecieren"; bajo esta cláusula se lleva a cabo la elección de los ciudadanos que deben de integrar la Corte Superior de Justicia, sin embargo, esta no funcionó, pues es de presumir que la situación cultural y económica en aquel momento era tal que no permitía la inmediata instauración de dicho organismo. No fue sino hasta el primero de octubre de 1826 en que se instaló por primera vez la Corte Superior de Justicia.

Como veremos adelante lá crisis de funcionamiento de la Corte fue constante; un sinnúmero de excusas valieron para que este organismo en repetidas ocasiones se disolviera.

c. Ausencia de una estructura económica definida.

No obstante que la inquietud y dedicación de los próceres que sucedieron en los puestos públicos del Estado, en pro de la recuperación e instauración definitiva de la Corte Superior de Justicia; se presentaron obstáculos que no fueron fáciles de resolver, sino con el transcurso de los años; estos sin lugar a dudas, son producto de la precaria situación del Estado en general.

Caso típico de este fenómeno y que interfiere directamente en el desenvolvimiento de la Corte Superior de Justicia, es la falta de una estructura económica definida; consecuentemente a ello y que también se interpone a la buena marcha de dicha institución, es la escasez de fondos tanto en el erario del Estado como en los candidatos a magistrados, que en muchas ocasiones debieron renunciar al cargo, dado que esta función entorpecía la atención de los negocios personales.

En términos generales, la vida económica fue difícil, para nuestros gobernantes, ya que no se contó con suficientes fuentes de ingreso, para sostener una población carente hasta de lo más indispensable. Todo esto perjudicó el adelanto del país; sin embargo, con el afán de crear nuevos ingresos y sanear la administración, se crearon varias instituciones y se buscaron fuentes de ingreso.

De la precaria situación económica del Estado, creo, es suficiente con lo comentado en el primer capítulo; de allí que damos mayor énfasis en este aparte, al análisis de la crisis económica pero relacionada con la instauración y evolución de la Corte.

Encontramos en los documentos consultados, un alto nivel de renuncias a la ocupación de cargos de la Corte de Justicia, a causa de que los candidatos elegidos no reunían el capital necesario que la ley exigía como requisito, o que por la dedicación que el puesto exigía, se desvelaban los negocios personales.

En octubre de 1826 la Asamblea Constitucional conoce de la renuncia presentada por el ciudadano José Santos Lombardo al cargo de magistrado de la Corte Superior de Justicia; justifica su proceder a su mal estado de salud y en no considerarse con el capital que exige la constitución del Estado (108). El dictamen de la Comisión denegó lo expuesto, meses después Lombardo volvió a dirigirse ante dicha Asamblea exponiendo los mismos conceptos anteriores; no obstante, tampoco le fue aceptada (109).

A fin de solucionar en parte el problema que muchos magistrados debían renunciar al cargo a consecuencia de carecer de otras fuentes de ingreso para subsistir, se presentó un proyecto de decreto a la Asamblea Constitucional del Estado, propo-

(108) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 426, 18 de octubre de 1826.

(109) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 441, 20 de octubre de 1826.

niendo soluciones con respecto al salario y condiciones de éste; que se debieran pagar a los abogados que venían de fuera del Estado y que no tuvieran bienes, ni fuentes de ingreso de qué subsistir. Esta proyección además de ser bastante acertada para solucionar lo correspondiente a la dedicación, sino exclusiva por lo menos en parte al cargo de magistrado, pretendía atraer individuos capacitados de otros Estados de la República que en definitiva irían a resolver la situación de la Corte. Mediante decreto número CVI del 16 de diciembre de 1826 fue sancionado por el Consejo y se dispuso; pese a la exigüidad de los ingresos de la hacienda pública, que los abogados de fuera que sirvan de magistrados de la Corte Superior de Justicia en el Estado sin tener bienes o fincas de qué subsistir, tienen preferencia por el todo de sus sueldos mensuales a todo funcionario público e igualmente la tendrían por la mitad de los suyos, los magistrados de la misma Corte que no tengan modo de subsistir cómodamente en esta ciudad (110).

De lo anterior se evidencia, los esfuerzos que debió soportar la Corte Superior de Justicia desde su instauración; pues no más, transcurridos tres meses de este evento, se vio en la necesidad de emitir el primer decreto con el afán de solucionar en parte la situación económica de los magistrados y con ello dar estabilidad a la incipiente institución.

Por lo que sigue se concluye, que aún cuando la Asamblea Constitucional, había emitido un decreto garantizando el salario de los magistrados de la Corte, éste no se hizo efectivo debido a la escasez de fondos en las arcas del Estado.

El día 26 de mayo de 1827, José Francisco Madriz renuncia al cargo de Magistrado de la Corte Superior de Justicia bajo el alegato de que además de su avanzada edad y mala salud, desde ocho meses atrás no le han pagado más que sesenta y pico de pesos; lo cual le es imposible sobrevivir. La Comisión de Justicia de la Asamblea Constitucional manifiesta que los fundamentos expuestos no son viables para dar trámite a la renuncia, pero que sí, se deben de girar los salarios adeudados (111).

El 11 de agosto de ese año, el Lic. Simeón Guerrero renuncia al cargo de Presidente de la Corte Superior de Justicia, fundamentado en que no se puede dedicar exclusivamente a dicho cargo, sin antes percibir una indemnización por las funciones encomendadas.

El Lic. Agustín Gutiérrez Lizaurzabal con fecha 11 de setiembre de ese año, se excusa de mantenerse en el cargo de Magistrado Fiscal, debido a su quebrantada salud; no obstante, que en los argumentos la condición económica no juega un papel importante, el señor Gutiérrez, señala al respecto lo siguiente:

> "Bien conozco que la Asamblea del Estado se ha conformado justamente con estas respetables máximas de los más antiguos y divinos derechos, cuando ha decretado que se le cubran los sueldos a los Ministros de Justicia, aunque por falta de medios no puedan cubrirse sus designios cuya ocupación los obliga a no recibir dádivas de ninguna especie, ni en mucha ni en poca cantidad. . .".
> "No obstante estos antecedentes (se refieren a la exposición que viene haciendo), he sufrido en silencio hasta usando de la mayor moderación, sin molestar a la Tesorería, ni menos haber recibido desde el 17 de enero del corriente, en que tomé posesión del empleo, más que 84 pesos la mayor en parte en oro de los sesenta mensuales que se han asignado por la Asamblea, a los Ministros Letrados. . ." (112).

Como vimos anteriormente, la crisis económica del Estado se fue solventando conforme sucedieron los años; la producción del café generó fuentes de ingreso y permitió la transformación de la fisonomía de la sociedad costarricense; por medio de este, se filtraron las influencias culturales y demás aspectos de formación que incidieron en el fortalecimiento institucional del Estado Nacional.

d. Subordinación del Poder Judicial al Poder Político.

Hemos dicho que dentro de la dinámica política y social de los pueblos, no es posible adoptar rígidamente el principio de división o separación de poderes, en el sentido de que cada una de las funciones del Estado —la ejecutiva, legislativa y judicial— se deposite en tres categorías diferentes de órganos de autoridad que por modo absoluto o total agoten su ejercicio e independencia unos de otros. Debemos de enfatizar que entre dichos poderes no existe independencia, sino interdependencia; entre ellos debe de existir una vinculación recíproca y consecuente. Definitivamente, entre

---

(110) Idem. Decreto No. 511 del 16 de diciembre de 1826.

(111) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 635, 26 de mayo de 1827.

(112) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 689, 11 de setiembre de 1827.

estos órganos del Estado existen múltiples relaciones jurídico-políticas que se rigen primordialmente por el ordenamiento constitucional.

Vistas estas observaciones en la historia de nuestro Estado Nacional, debemos de señalar que, éstas, durante ese período de formación no estuvieron bien definidas. Es de suponer que al no existir una carrera judicial, una base económica, una mínima cantidad de profesionales, y en modo consecuente, una forma de ingreso que asegurara la más correcta selección de candidatos; parece innecesario por elemental, destacar que tales funciones no pudieron cumplirse cabalmente, debido a la escasa capacidad de sus miembros y la absoluta independencia y autonomía del Poder Judicial. Este, además, debió de enfrentarse a otra serie de problemas tanto en su instauración como en los primeros años de funcionamiento. Este fenómeno y el establecimiento tardío de dicho organismo, indujo a que en un principio existiera una evidente dependencia administrativa y hasta cierto punto funcional con respecto al poder legislativo.

En análisis del gobierno de Juan Mora Fernández, la Lic. Carmen Lila Gómez U., realiza una caracterización del Poder Legislativo en que da a conocer el poderío político de este —típico durante el período en estudio—, con respecto a los otros poderes del Estado:

> "El primer tropiezo —dice— con que contó la administración fue la forma en que estaban integrados los diferentes poderes del Estado, debido a que el Jefe del mismo, al igual que sus más inmediatos colaboradores se encontraron ante la fuerza y poder del legislativo, quien contaba con innumerables atribuciones. Este poder debido a lo engorroso de la administración, tampoco desempeñó a cabalidad sus funciones; ya que parte de su tiempo lo dedicaba a conocer renuncias, a hacer nuevos nombramientos o a resolver cosas sin importancia" (113).

Debemos enfatizar que la dependencia del Poder Judicial con respecto al poder político, se dio sin lugar a dudas, debido a que la institucionalización de la administración de justicia apenas estaba dando los primeros balbuceos. Huelga decir, que de por sí, esta situación era permitida por la misma Constitución Política, que arrastraba en forma consecuente lo ya dispuesto por la Constitución Federal, dándole al Poder Legislativo el mayor peso de decisión en el gobierno del Estado.

No obstante que como principio característico del régimen democrático, se establece que el Poder Judicial debe de mantenerse aislado de la participación en los negocios meramente políticos y de igual forma los otros poderes, de abstenerse de la intromisión en los asuntos jurídicos; sería ilógico esperar que en aquella época se diera en forma tácita esa división de funciones. La inestabilidad de la Corte Superior de Justicia conllevó al Poder Legislativo a la inmediata participación y supervisión de ésta, en cuanto a su función judicial y administrativa.

La dependencia del Poder Judicial con respecto al Poder Legislativo fue tal, que incluso aquel no tenía autoridad para nombrar su propio portero, debiéndolo hacer el legislativo, e incluso en muchas oportunidades debió de definir el salario mensual correspondiente a este servidor.

Esta lenta y penosa tarea en pro de la reglamentación del Poder Judicial, da su primer paso en el año de 1826, mediante el "Reglamento para la Administración de Justicia en cualquier instancia", en él se manifiesta clara y precisamente la lucha por independizar la función judicial de los otros poderes del Estado. En el artículo 23 se dispone que: "La Corte de Justicia no podrá mezclarse con el Poder Legislativo, Ejecutivo, ni formar reglamentos para la ejecución de las leyes". Señala también que no podrá suspender bajo pretexto alguno el cumplimiento de las leyes y órdenes que se le comuniquen por los conductos correspondientes. Tampoco proceder contra alguno de los funcionarios públicos, sin que por la autoridad que corresponde por la Constitución, haya declarado haber lugar a la formación de causa.

Pese a las consideraciones anteriores, hemos señalado que dadas las condiciones particulares e imperativas; el Poder Legislativo y en algunas oportunidades el Ejecutivo superpusieron a las funciones típicas del Poder Judicial.

2. LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, MEDIANTE EL ANALISIS HISTORICO-JURIDICO DE LAS CONSTITUCIONES, ESTATUTOS Y REGLAMENTOS.

Como es de suponer, después de la emancipación política, el Estado costarricense debió dar su propia organización y por consiguiente un ordenamiento y establecimiento de instituciones, a fin de

---

(113) GOMEZ URBINA, Carmen L. 1974, pág. 167.

transformar y crear una estructura que solidificara y promoviera el surgimiento positivo de la nación en general.

El aparato estatal como ente de unión y coordinador de la realidad social, se coronó como órgano supremo, en la medida que fue capaz de administrar los diferentes ámbitos: económico, social, cultural, político, jurídico, etc. del naciente Estado.

Nos corresponde ahora, estudiar a la Corte Superior de Justicia como institución a la cual le fue encomendada la escrupulosa función de administrar la justicia en el sentido de velar por el buen cumplimiento de las leyes, por parte del Estado y los ciudadanos, y la protectora de la libertad humana, de los intereses individuales y colectivos ante la ley.

Bien podemos afirmar que el decreto V del 24 de setiembre de 1824 y la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, constituyen los primeros documentos patrios donde se establece la división de los Poderes del Estado. Con la creación del Poder Judicial se da en forma concomitante los parámetros que vinieron a definir, realmente la organización de la Corte Superior de Justicia.

En el primer documento mencionado, se establece que el ejercicio del Poder Judicial corresponde a una Corte Superior de Justicia elegida popularmente. En ella no se detalla el número de sus integrantes; asunto que define la Carta Constitucional de 1825, la cual además de establecer lo anterior, define que la Corte no podía estar compuesta con menos de tres individuos ni excederse de cinco y se renovarán cada tres años por mitad, pudiendo ser reelegidos.

El sistema para la designación de magistrados quizá no fue el más apropiado, debido a que se responsabiliza directamente al pueblo, en lo que atañe a la idoneidad moral y jurídica de las personas que ocuparán los cargos correspondientes; situación que si la comparamos a los serios contratiempos a que debió de enfrentarse dicha institución resulta ser inconcebible; en cuanto que el pueblo con tan escasa preparación intelectual no era capaz de realizar una buena elección.

No obstante a lo anotado, debemos de aceptar que de acuerdo al "Sistema Electoral" antes practicado y las condiciones sociales de aquella época, se justifica dicho procedimiento; ya que la base fundamental heredada y la recibida de los diferentes movimientos filosóficos y políticos de la época, incitaron a crear un Estado arraigado en los principios democráticos; de manera que la elección de los funcionarios para que administraran cualquiera de las tres funciones del aparato estatal, debían de nacer en la soberanía nacional. El afán de los próceres, formadores de nuestra patria, fue en todo momento el de consolidar esta institución. Como se ve, en el Reglamento para la Administración de Justicia en cualquiera instancia, lo que se pretendía era definir las funciones administrativas y jurídicas correspondientes a este organismo.

En el Mensaje dirigido por don Juan Mora a la Asamblea, el primero de marzo de 1826, señala que:

> "El Poder Judicial en uso de los Supremos Poderes del Estado, que se halla en el estado más lastimero, correspondiendo su ejercicio a una Corte Superior de Justicia y a los tribunales y juzgados establecidos por la ley, no habiendo sido posible la instalación de aquella, a causa de la falta de individuos, los segundos son al presente absolutos y teniendo más la responsabilidad a que en todo tiempo quedan sujetos por sus extravíos, se avanza a disparates enormes, causando vejaciones y perjuicios en grande oposición con las garantías de la libertad civil, y con una notable infracción de las leyes, siendo de todo poder legislativo, el conservador, el ejecutivo y últimamente la masa general del pueblo, nada otra cosa que un mero espectador, por no serle dado ponerle remedio a los males tan perjudiciales a causa de la independencia de poderes; pues aunque los tres referidos les corresponde el celar el cumplimiento de la ley en la parte relacionada, no les incumbe otra cosa que dar parte a la Corte Superior de Justicia de las infracciones y abusos que noten".
>
> "Es por tanto deplorable el estado en que se halla la administración pública en la parte que mira la justicia y de una necesidad absoluta al arbitrar a medios por la instalación de la Corte Superior; único acomodado a nuestras instituciones para cortar las raíces de aquellos males" (114).

Es interesante señalar que las disposiciones en cuanto a la conformación de la Corte, se sucedieron tan pronto se observaba que ésta no funcionaba; las mismas prevalecieron durante largo tiempo, sin embargo no pasaron de simple teoría; pues es sabido que dicha institución, pese a los esfuerzos realizados, durante ese lapso no logró instaurarse.

El 5 de diciembre de 1826 se decretó el Reglamento Interior de la Corte Superior de Justicia; el

---

(114) **Resumen de los Mensajes ordinarios del Poder Ejecutivo a la Asamblea 1824-1980. Fuente inédita.**

cual disponía que "la Corte estaría compuesta de un Presidente, y los Ministros que la ley estimare necesarios de acuerdo a la clase de negocios de que se tratara, un fiscal en los casos que la misma previniese, un secretario con un escribiente y un portero" (115).

Con respecto al nombramiento, se disponía que deberían de renovarse cada dos años, dejando los cargos los más antiguos.

Durante los dos primeros años de aparente funcionamiento, la Corte Superior de Justicia se caracterizó por su inestabilidad; ello a efecto del elevado número de renuncias y ausentismo por parte de los funcionarios electos para ocupar los diferentes cargos que componían a la Corte.

Así se desprende del mensaje dirigido por el Poder Ejecutivo a la Asamblea, el primero de marzo de 1827, al decir:

> El día primero de octubre del año anterior se instaló solemnemente la Corte Superior de Justicia, y ha llenado sus funciones en el período que ha corrido, aunque con mengua de individuos por inopia de letrados y porque algunos magistrados propietarios electos aun no se han presentado a tomar posesión. El solo hecho de haberse instalado ha mejorado la administración de justicia imponiendo respeto a los Juzgados subalternos y haciendo más rápidamente de los negocios" (116).

La instauración de la Corte Superior de Justicia, sin lugar a dudas significó el primer bosquejo práctico de la separación de Poderes en el Estado Nacional. El principio así proclamado tuvo honesta e inmediata aplicación, pues a partir de esa fecha, amén de sufrir grandes crisis; esta institución se ha mantenido y a través de los años complementado, hasta consagrarse en el órgano que constituye al Poder Judicial. Debemos de señalar que la introducción de este órgano específico, para la administración de justicia no fue tarea fácil, ni de un día, para lograrse imponer; ya que como es de nuestro conocimiento la administración de justicia durante la Colonia la ejercieron los Alcaldes Ordinarios y como Tribunal de segunda instancia el gobernador y luego el intendente de provincia; posteriormente, en los años inmediatos a la emancipación, esta labor estuvo a cargo del Tribunal de Residencia, primero y del Congreso Provincial, después; pero con una estructura y funcionamiento similar al practicado durante la época colonial; de manera que se comprende la importancia que representó la introducción de este principio a una práctica tan antigua; legajo de las autoridades españolas.

En este sentido, mostraremos la situación, a que se debió de enfrentar la incipiente institución, desde mediados del año de 1827 y en corolación el año de 1828; en el cual la Corte dejó definitivamente de funcionar. Esta versión, de la composición y funcionamiento de la Corte la basamos sobre la realidad de parámetros y disposiciones que señalaban el proceder de esta institución, aunque quizá en algunos aspectos de orden administrativo no concordaban a la realidad; en lo que se refería a la función jurídica sí era propicia a ese alto cuerpo.

La integración de la Corte Superior de Justicia a inicios del año de 1827, se constituía de la siguiente forma (*):

Presidente:	José Simeón Guerrero (117) (renunció el 11-8-1827).
Fiscal:	Agustín Gutiérrez L. (118) (renunció el 11-9-1827).
Magistrado:	Francisco Madriz (119) (renunció el 26-5-1827).
Magistrado:	Ramón Jiménez (120) (renunció el 26-7-1827).
Magistrado:	José Santos Lombardo (121) (renunció el 21-4-1827). (Le sustituyó Nicolás Ulloa). (122) (renunció el 31-7-1827).
Primer suplente:	Camilo Mora (123).
Secretario:	Luz Blanco.
Oficial:	Yanuario Blanco.

Se infiere de los escasos documentos encontra-

---

(115) Oficial. I, 1886. Decreto No. CVII del 5 de diciembre de 1826, pág. 261-272.

(116) Resumen de los Mensajes ordinarios del Poder Ejecutivo a la Asamblea 1824-1980. Fuente inédita.

(*) Para establecer relación en cuanto a la constitución de la Corte, en los años de 1824 y 1826 se pueden ver páginas 234 y 236 respectivamente, de esta obra.

(117) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 689, 11 de setiembre de 1827.

(118) Idem.

(119) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 635, 26 de mayo de 1827.

(120) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 634, 26 de julio de 1827.

(121) Según Congreso No. 657 del 7 de marzo al 21 de abril de 1827, se dice que el ciudadano presentó renuncia al cargo de magistrado.

(122) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 633, 31 de julio de 1827.

(123) No hay documento que lo mencione, sin embargo también debió de haber renunciado.

dos durante ese año, con respecto a la integración de la Corte Superior de Justicia, que ésta, en todo momento estuvo incompleta. Desde el mes de enero, el Jefe de Estado emitió un decreto en el cual se disponía que debido a la falta de letrados, se daría toda clase de garantías a los abogados de afuera, para que ocuparan las magistraturas de la Corte. Asimismo se dieron a la tarea de revisar los requisitos, con el fin de adaptarlos a las condiciones económicas e intelectuales de la vida nacional; se estudió la posibilidad de modificar lo dispuesto por el artículo 90 constitucional, en el sentido de que "para ser magistrados no fuera necesariamente la edad de treinta años, sino que esta bajase a veinticinco años", luego con respecto a que el Presidente y Magistrado Fiscal debían de ser letrados; no fuera esa condición, sino que se permitiera nombrar a bachilleres. Imaginémonos que aún siendo solamente esos dos cargos los que requerían tal condición, fue sin embargo uno de los motivos por los cuales no podía funcionar la Corte, ya que el número de letrados existente no abastecían las necesidades demandadas por el Estado.

Además, los individuos que en aquel entonces reunían mayores condiciones para ser magistrados legos, no habían alcanzado los 30 años de edad —recuérdese que fue hasta finales de la colonia que se dieron "mayores posibilidades" para que ciudadanos de esta provincia pudieran salir a cursar estudios en la Universidad de León—; de manera que se dispuso por medio del decreto No. 124 del 15 de mayo de 1827 que: "Por ahora el Presidente y Fiscal de la Corte Superior de Justicia podría serlo, con veinticinco años". En lo que correspondía a la preparación intelectual, se optó mantener tal requisito.

El único funcionario que se mantuvo atendiendo las funciones propias a la institución, hasta finales del año de 1827, fue el ciudadano Agustín Gutiérrez L. que había sido nombrado desde el 17 de enero, en sustitución del Lic. Braulio Carrillo, en el cargo de Magistrado Fiscal. El mismo Gutiérrez señala:

> ". . .yo me sometí por último a hacer un sacrificio de mi propia voluntad, proponiendo mi debilidad para complacer el mismo gobierno, sirviendo en el año de 1827 de Fiscal, Presidente y Juez de Apelación; esto por cuanto en ese año, se había disuelto la Corte Superior de Justicia" (124).

La permanencia del Lic. Gutiérrez no fue de acuerdo a su voluntad; sino que debido a su alto grado de preparación y cualidades personales; la Asamblea Constitucional, todas las veces que presentó la renuncia, no se le aceptó. De acuerdo a los escritos que a este respecto confeccionó el Lic. Gutiérrez, se colige que este aún y cuando se encontraba enfermo y bajo el resentimiento por el cual no le era aceptada la renuncia interpuesta, a igual que sucedía con los demás ciudadanos, cuando así lo solicitaban; en ningún momento abandonó el cargo.

Aunque las disposiciones fijadas en los decretos anteriores, pretendían integrar y consolidar a la Corte Superior de Justicia, éstas no alcanzaron los efectos requeridos; veamos cómo en los meses subsiguientes continuaron repitiéndose las anomalías, hasta llegar a paralizarse a finales del año de 1827. El Poder Ejecutivo en el Mensaje ante la Asamblea el primero de marzo de 1828, expresa:

> "El Poder Judicial se haya disuelto desde el mes de octubre último por varias causas que la Asamblea no pudo remover por entonces; y siendo su estabilidad y permanencia tan urgente y necesaria a la conservación y defensa de los ciudadanos, el ejecutivo llama vuestra atención para que en vuestros primeros actos le déis toda la que demanda tan importante negocio, y os disnéis acordar una planta sencilla y sistematizada en bien general del Estado" (125).

La ausencia de un organismo independiente y constante en la administración de justicia, pone en peligro los principios democráticos que fundamentaban al naciente Estado Nacional. Para contrarrestar tal deficiencia, se establecieron dos juzgados de letras, uno por el Departamento Oriental, incluyendo a la capital y los pueblos de Curridabat y Aserrí, y otro para el Occidental. La creación de estos dos juzgados se había decretado desde el 16 de enero de 1826; sin embargo, a falta de letrados no se habían podido instalar. Para llenar los respectivos cargos fueron nombrados interinamente los licenciados José Simeón Guerrero y Pedro Zeledón, respectivamente.

A efecto de nombrar a un ciudadano en cada uno de los departamentos se presentaron dos ternas integradas por los licenciados Valentín Gallegos, Laureano Pineda y José Sacasa, y la otra por los licenciados José Simeón Guerrero, José

(124) Archivo Nacional, Congreso, 12751, 26 de julio de 1830.

(125) Resumen de los Mensajes ordinarios del Poder Ejecutivo a la Asamblea 1824-1980. Fuente inédita.

Sacasa y Valentín Gallegos (126). Para hacer la elección se dio consulta a los poderes Ejecutivo, Legislativo y al Presidente de la Corte, para que estos definieran; sin embargo, al no estar convencidos de cuál de los ciudadanos propuestos era el más idóneo, no emitieron ninguna resolución; recomendando someterlo a Corte Plena para su respectiva resolución. Esta situación nos parece un tanto extraña, ya que los documentos de la época constan que la Corte Superior de Justicia, desde finales del año de 1827 ya había dejado de funcionar; de manera que cómo iba ésta a decidir, si ya no existía.

Del Mensaje de Gobierno, rendido a la Asamblea el primero de marzo de 1829 se deduce que los Juzgados de Letras funcionaron durante el año anterior, si bien no lo hicieron de la mejor forma, por lo menos existió un órgano que vino a sustituir en parte a la Corte Superior de Justicia.

De la crítica situación que hemos venido desarrollando con respecto al funcionamiento de la Corte, se concluye que si a este nivel existían problemas para la integración y organización, con sobrada razón en los alcaldes constitucionales. Con los alcaldes pedáneos el problema radicaba principalmente en la falta de preparación y constantes errores tanto por ignorancia como por la mala intención. Consecuentemente, al no existir un órgano superior que vigilara la administración de justicia en estos niveles, muy a menudo se cometían injusticias. Estas exigencias primordiales y vitales en toda sociedad, debieron ser atendidas inmediatamente por el Estado —como gobierno—; ya que a este le correspondía garantizar la seguridad pública, máxime en el período que estudiamos, en el cual el Estado Nacional apenas estaba iniciando su vida independiente.

Como respuesta a ello, se emitió un decreto en que se acordó crear provisionalmente un Tribunal de Agravios que conociera de las faltas o excesos de autoridad por parte de los mencionados alcaldes. Estaría conformado por tres personas, a saber: un letrado nombrado y juramentado por el Ejecutivo, y dos colegas nombrados por el alcalde y la parte perjudicada, cuyo juramento recibirá el abogado (127).

El Lic. Agustín Gutiérrez se refiere al respecto, el 26 de junio de 1830, en ocasión de la renuncia que presentó al desempeño del cargo de Fiscal para el que había sido electo:

> "Por falta de Corte de Justicia, que se disolvió de hecho el mismo año —refiriéndose al año de 1827— se dio un decreto por la Asamblea para establecer el Juzgado de Agravios, en el que sirvió el Gobierno Supremo elegirme para primer magistrado. Ya se deja ver, que un juzgado nuevo y desconocido en el Estado, me ofrecía no solo muchas dificultades por falta de reglamentos, y de todos los auxilios; sino también muchos disgustos porque los pueblos que carecían de recursos para quejarse de los agravios que sufrían de los Alcaldes Constitucionales, ocurrieron a poner sus quejas, ya de palabra, ya por escrito, hasta llegar una o dos ocasiones a tumultarse en mi cara y a perderme también el respeto, que fuese necesario el auxilio del gobierno para contenerlos" (128).

Con esa multitud de problemas y achaques con respecto a la administración de Justicia, se terminó el año de 1828.

Definitivamente, la instauración de la Corte Superior de Justicia, en el año de 1826, fue desde el punto de vista práctico, una simple improvisación; ya que nuestro Estado, apenas empezaba a gobernarse independientemente y en consecuencia no estaba preparado para asumir una organización tan compleja y muy poco ajustada a la realidad nacional.

Reiteradamente, hemos señalado la situación económica, social, cultural e intelectual de la sociedad nacional en aquel entonces, y de ello podemos resumir que estos factores en definitiva obstaculizaron la buena marcha de la institución, que nuestros próceres forjadores de un Estado fundamentado en los principios democráticos, pretendieron formar; quizá que fueron muy optimistas estos ciudadanos para lanzarse a una faena tan ardua, a sabiendas que la nación no contaba con los medios necesarios que lo permitieran. A la verdad; recién instalada la Corte se experimentan las más variadas dificultades; es obvio que lo pretendido era un tanto utópico ya que en nuestro medio no se estaba preparado para administrar la justicia bajo la organización que se dio; ésta de por sí, fue una influencia recibida de las disposiciones fijadas para la organización de la Federación de Estados Centroamericanos.

---

(126) Archivo Nacional, Secc. Gobernación, No. 9299, mayo de 1829.

(127) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 722, 20 de junio de 1828.

(128) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 12751, 26 de junio de 1830.

Conviene para seguir el curso de la evolución histórica de la organización judiciaria en el país, analizar ahora lo que sucedió en este respecto, en el año de 1829.

Iniciando no más ese año, el 19 de enero se emitió un decreto en el cual se llamaba a la elección de los cargos de Presidente, Fiscal y de los otros tres magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo fue hasta el mes de marzo en que se logró reinstalar dicha institución; quedando integrada de la siguiente forma:

Presidente:	Agustín Gutiérrez
Fiscal:	Pedro Zeledón (129)
Ministro:	Atanacio Gutiérrez
Ministro:	Joaquín Iglesias (130)
Ministro:	Francisco Alfaro
Suplente:	Félix Oreamuno (131)
Secretario:	Luz Blanco
Amanuense:	Cayetano Romero
Portero:	Francisco Ramírez.

Como la situación del erario y la inopia de intelectuales no era una cuestión de pocos días, aún en ese año y los venideros, la Corte siguió afrontando los problemas de inestabilidad, desintegración y flaqueos en cuanto a su funcionamiento. Como es lógico, a tal dificultad debía de darse inmediato tratamiento; este reto lo asumieron los otros poderes del Estado, quienes de una forma u otra proponían diversas soluciones.

El 2 de junio de 1829 la Asamblea emitió un proyecto de decreto en el sentido de dar nueva planta a la Corte Superior de Justicia, reduciendo el número de cargos a solamente tres, y quienes los ocupasen debían de ser Magistrados Letrados, con un salario anual de mil pesos —se incrementaba en doscientos ochenta pesos—; ello con el fin de dar estabilidad a dicho tribunal (132). La propuesta no fue sancionada por el Ejecutivo, ya que aún pareciendo sencilla y expedita, ofrecía otra serie de problemas además de los que ya existían, que no resolvían nada para su estabilidad.

Es de suponer que estas medidas multiplicarían las dificultades, ya que se aumentaba a un letrado más y se acrecentaba hasta mil pesos el sueldo de cada uno de los tres, de manera que si los fondos del erario no alcanzaban para pagar dos, con mucho menos razón para los tres y sobre una base superior.

En noviembre de 1829 el Poder Ejecutivo en una exposición ante la Asamblea, señala que la Corte Superior de Justicia en esa fecha se encuentra sin funcionar, debido a la defección o no concurrencia de algunos de sus miembros, debiéndose esta situación a que los reglamentos y medidas establecidas dejan algunos vacíos.

Concluye diciendo que esta problemática se resuelve dándole al Presidente de este cuerpo judicial, mayor grado de autoridad, a fin de que este pueda tomar medidas restrictivas con respecto a los individuos que no cumplan con los deberes y obligaciones, correspondientes al puesto que desempeñan (133).

Al iniciar el año de 1830 se toman una serie de medidas que tratan de poner a salvo la vida de esta institución. Comprendiendo que uno de los factores más influyentes en la desintegración de la Corte, es la condición de Letrados, se dispone modificar alguno de los requisitos y dar nueva planta a la Corte. Esta proyección como veremos enseguida, es muy semejante a la que se propuso en el proyecto de decreto del 2 de junio de 1829.

Por medio del decreto No. 206 del 30 de abril de 1830, se dispuso que en adelante la Corte Superior de Justicia se compondría de tres magistrados electos popularmente; debiendo ser el candidato natural de la República, ciudadano en ejercicio de sus derechos, del estado seglar, mayor de veinticinco años y ser profesor del derecho con el grado de abogado. La denominación de los tres magistrados serán: el primero de Presidente, el segundo de Fiscal y el último de Magistrado.

Esta disposición reforma lo establecido en la constitución de 1825 en cuanto a los requisitos para ser magistrado y en la composición interna de la Corte. Los tres funcionarios además de componer la Corte deberán atender —el presidente o magistrado indistintamente, según el reparto de los negocios— el juzgado de segunda instancia o vista, el de revista o tercera instancia al que no haya conocido en segunda, siendo obligación del Fiscal obrar como tal en los dos casos legales, igualmen-

---

(129) Estuvo ausente por motivos de salud. Archivo Nacional, Secc. Gobernación, No. 9299, 31 de marzo de 1829.

(130) Presentó renuncia pero no le fue aceptada, Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 911, 6 de marzo de 1829.

(131) Renunció, en su lugar se nombró a Anselmo Sáenz, quien también renunció y fue sustituido por Rafael Moya. Archivo Nacional, Secc. Gobernación, No. 9307, 27 de abril de 1829, Congreso No. 910, 22 de junio de 1829.

(132) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 866, del 3 al 11 de junio de 1829.

(133) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 907, del 10 al 17 de junio de 1830.

te suplir las faltas en uno u otro cuando no estuviere impedido. Al que le correspondiera conocer las causas de tercera instancia serán auxiliados por dos colegas abogados o bachilleres en derecho, y si no hubieren, dos hombres de probidad, que en calidad de conjueces conozcan o fallen con él tan solo en el acto de sentencia.

Se procedió de inmediato a nombrar a los individuos que integrarían la Corte, y el 15 de junio de ese año se declaran nombrados los señores: (134).

Presidente: Licdo. Manuel Aguilar (por renuncia de éste, se nombró al Licdo. José Sacasa) (135)
Magistrado: Licdo. Pedro Zeledón (136)
Fiscal: Licdo. Agustín Gutiérrez (137)

Del mensaje del Poder Ejecutivo a la Asamblea, el 1 de marzo de 1832, se infiere que las disposiciones adoptadas, resultaron ser administrativamente funcionales; pues aunque se presentaron renuncias, logró mantenerse instalada la mayor parte del año de 1831.

Al iniciarse el año de 1832 la Corte estaba funcionando, sin embargo se disolvió desde el 7 de febrero que el presidente se ausentó; además de que, desde el 16 de enero, el Licdo. Pedro Zeledón había renunciado por haber sido electo ante el Congreso Federal.

Lógicamente, a falta de un órgano que administrara justicia se inician los intentos por parte de los Poderes del Estado para mejorar el estado defectuoso de la administración de justicia. Se señalan problemas, no sólo de índole administrativo, en lo concerniente a los nombramientos y renuncias, sino en cuanto a la función judicial propiamente dicha.

El 21 de julio de 1832 el Poder Ejecutivo, da un informe a la Asamblea Legislativa, sobre la planta de la Corte Superior de Justicia y males que se tocan en la administración de este ramo. En esta ocasión se nos da una extensa exposición, que aprovechamos de transcribir parte de ella, por cuanto constituye una mejor revelación de la crisis institucional a que hemos hecho referencia:

> "Mucho tiempo ha que el Poder Legislativo emplea sus tareas en la organización del Poder Judicial, y aun no se ha corregido bajo un orden estable y que corresponda al bien e interés de la sociedad que tuvo por mira el legislador. Una experiencia triste y repetida ha enseñado que la inestabilidad o efímera existencia de la Corte Superior de Justicia ha dependido de dos causas esenciales y otras accidentales: las primeras están reconocidas en el corto número de letrados en el Estado, y en la deficiencia del Erario Público, y las segundas en los embarazos que ha fraguado el interés personal y miras privadas á la sombra de las primeras; de consiguiente no podrá lograrse la estabilidad de la Corte Superior de Justicia y que este tribunal corresponda a los fines de su institución, si al decretar su planta no procuran repararse aquellos inconvenientes, conciliándose con nuestras circunstancias y con los principios establecidos por la Ley Fundamental" (138).

La Asamblea Extraordinaria del Estado Libre de Costa Rica, considerando: Que la planta constituida por tres individuos se haya defectuosa por componerse las "Salas" de un solo miembro y no dar a los ciudadanos la garantía deseada en los fallos; 2) que según la constitución el número de magistrados no puede pasar de cinco, y este no es suficiente para formar dos salas, y de por sí, el Estado en la actualidad se halla falto de hombres capaces de desempeñar tan delicadas funciones y de fondos para dotarlos completamente. Tercero: que no se considera necesaria la tercera instancia, después que el fallo en la segunda la hayan emitido tres hombres que los pueblos conceptúan de ciencia y probidad; dispuso por medio del Decreto del 27 de julio de 1832, lo siguiente (139):

> Artículo 1.
> Queda suspendida por ahora la tercera instancia, hasta tanto se remuevan los obstáculos que la impiden en toda especie de juicios.

---

(134) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 982, 15 de junio de 1830.

(135) Supuestamente, este último también renunció, pues en documento No. 1366 del 5 de julio de 1830, se dice que el presidente es el Licdo. Braulio Carrillo.

(136) Se excusa de aceptar el cargo; no le fue aceptada. Congreso, No. 1355, 29 de junio de 1830.

(137) Renuncia al cargo, pero no le fue aceptada. Congreso, No. 12751, 26 de junio de 1830.

(138) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 11147, 21 de julio de 1832.

(139) Oficial. III, 1856, pág. 282-287.

Artículo 2.
La Corte Superior de Justicia, se compondrá de tres magistrados propietarios que forman el Tribunal para todos los negocios en que según las leyes, deban conocerse, con más tres suplentes popularmente electos.

Artículo 3.
Tanto los magistrados propietarios como los suplentes podrán ser letrados, bachilleres, u hombres de probidad que tengan alguna inteligencia en materia forense.

Artículo 5.
El Tribunal se organizará por los mismos Magistrados nombrados de su seno, un Presidente y Fiscal, repitiéndose la elección por semestres pudiendo ser reelectos.

Con lo dispuesto en este decreto se pretende adoptar los requisitos a la situación intelectual y económica de nuestro país en aquella época.

El primero de octubre de 1832 se declara la lista de los Magistrados Propietarios y suplentes que fueron electos para constituir la Corte (140).

Presidente:	Bach. Atanacio Gutiérrez
Fiscal:	Matías Sandoval
Magistrado:	Eusebio Rodríguez
Suplentes:	Joaquín Mora
	Joaquín Carazo
	José Ma. Alfaro
Secretario:	Pedro César (desde el 27 de oct. 1830) (141)
Escribiente:	Ramón Madriz (142)
Portero:	Cayetano Alvarado (143)

Por los documentos hallados (ver anexo No. 4) pareciera que durante los años de 1833 -1835 la Corte estuvo debidamente constituida y funcionando; situación que nos parece sumamente difícil, al tomar en cuenta el alto número de excusas y renuncias de los individuos en los años anteriores. Nos es difícil concebir que en estos años se diera un cambio radical, en este respecto; máxime si analizamos que amén de la escasez de personas idóneas y del erario público, se sumaba el tenso panorama político recrudecido en la administración de José Rafael Gallegos.

Con la declaración de la Ley de la Ambulancia se despertaron de nuevo los ánimos de las cuatro provincias del Estado, principalmente las rivalidades entre Cartago y San José. Tales sucesos y sus consecuencias, sin lugar a dudas enajenaron la atención de los restantes poderes del Estado y de la misma ciudadanía. Consideramos que la aparente regularidad en el funcionamiento de la Corte se dio sobre todo en teoría; sin embargo, debido a que la crisis envolvía a todo el aparato estatal se desatendió a dicho organismo, e incluso los mismos miembros ante la expectativa de la gravedad de los hechos que ponían en peligro la paz del Estado; se conservaron en los cargos.

En decreto No. XIII del 30 de abril de 1833 se le dio nueva planta a la Corte Superior de Justicia para que fuese integrada por cinco miembros propietarios, electos popularmente, ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, de treinta años de edad, de moralidad conocida, del estado seglar y que con una propiedad en el Estado que no baje de mil pesos o fianza de ellos a satisfacción del gobierno. El presidente y Fiscal serán precisamente Letrados, y los otros tres podrán ser bachilleres en Derecho Civil, o personas de probidad con alguna instrucción en materias forenses. Se nombrará tres suplentes con las mismas cualidades que prescribe el artículo anterior: pero la de letrados sólo será precisa en uno de ellos (144).

Llama la atención que en la medida propuesta se vuelve a solicitar una serie de requisitos, que evidentemente no se ajustaban a la realidad nacional. Es cierto que la Corte como había quedado compuesta en el decreto No. LXXI del 27 de julio del año anterior, no se ajustaba a una efectiva función judicial propiamente dicha: sin embargo, para la situación del Estado en aquel momento, era la más apropiada. Señalamos lo anterior por cuanto que el aumento de miembros para constituir la Corte, no solo se dificultaba para lograr mantener llenos los cargos, sino también para disponer de la cantidad de dinero que ello demandaba.

Del Mensaje del Poder Ejecutivo en el año de 1835, se desprende una interesante visión de lo que fue en el año anterior la Administración de Justicia. Considera que:

---

(140) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 1572, 1 de octubre de 1832.
(141) Archivo Nacional, Secc. Gobernación, No. 22841, octubre de 1832.
(142) Idem.
(143) Idem.
(144) Oficial. III, 1856, pág. 24.

"Una sabia administración, un código justo y menos complicado que el que tenemos, abra nuevas brechas a la libertad y mejore de día en día los elementos de una dilatada ilustración, los progresos de las artes y del comercio y proporcionar el mejor despacho judicial para que pueda sentirse próximamente todo el bien a que aspira la sociedad".

Más adelante agrega que:

"...debiera hacerse alguna reforma en el gobierno económico, político de los pueblos, dictar providencias que aseguren la más fácil y expedita administración de justicia... la administración de justicia, sin embargo de que existe el Tribunal Superior de Agravios y los inferiores, no es en el día conforme al interés de los pueblos..." (145).

En atención a la situación expuesta el 27 de marzo de 1835 se emitió el decreto CIV, el cual establece que el número de miembros que componen la Corte Superior de Justicia será en adelante de siete, donde el Presidente y Fiscal serán precisamente letrados y los otros restantes, podrán ser legos, prefiriéndose siempre en su nombramiento a los Letrados. Se renovarán por mitad cada cuatro años.

Es evidente que con esta disposición se complicaba aún más el funcionamiento de la Corte, ya que el número de magistrados se aumentaba a siete.

De ese año, no se tienen muchos datos, solamente se hace mención del nombramiento en el mes de abril de los magistrados Joaquín Iglesias y Ramón Castro. En el mes de mayo la renuncia del cargo de Magistrado suplente del señor Rafael Moya.

Nos explica la situación las palabras del jefe del Ejecutivo:

"La administración de justicia de quien inmediatamente depende la moralidad pública, la seguridad individual y de propiedades, y en una palabra que es la salva guardia de las garantías sociales, es otro ramo que demanda una mirada vuestra —refiriéndose al Legislativo—, en todas las instancias" (146).

Al año siguiente, el Jefe del Estado, Lic. Braulio Carrillo, considerando que la actual planta de la Corte adolecía de una serie de defectos con grave perjuicio para el pueblo, procedió a instalar "un Asesor General" a fin de que sirviera de consejero a los jueces y autoridades subalternas, políticas y de Hacienda y servir la Auditoría General de Guerra. El nombramiento de este Asesor lo haría el Jefe del Estado a propuesta en terna de la Corte Superior de Justicia. Es de nuestro conocimiento que la administración de Carrillo se caracterizó por la constante lucha de dar al Poder Ejecutivo la verdadera fuerza que este necesitaba. Lógicamente, ante la conducta de Carrillo, era quizá este organismo quien necesitaba con mayor urgencia una reorganización; de manera que este no titubeó para dar otra fisonomía a la planta de la Corte. La reforma adoptada tampoco resolvió la situación de la institución; se comprueba con lo expresado por el diputado Manuel Aguilar, en la propuesta dirigida a los demás miembros de la Asamblea, en el sentido de que se tome en consideración el hecho de que la Corte se haya disuelta por ausencia de algunos magistrados; en dicho documento se indica el desglose sufrido por este alto cuerpo en el transcurso de ese año: el magistrado Juan Mora dejó el puesto para ocupar el cargo de diputado en el Congreso Federal, el Fiscal Valentín Gallegos se fue para León de Nicaragua, el magistrado Joaquín Iglesias que está en fuga por complicidad en la revolución en contra del gobierno, el Presidente Simeón Guerrero quien solicitó licencia para ausentarse por dos meses del cargo e ir a Nicaragua; aunque se le negó, partió sin permiso, de manera que al iniciar el mes de octubre, los Magistrados Atanacio Gutiérrez, Luz Blanco y el suplente Cipriano Fernández, eran los únicos que se encontraban disponibles para desempeñar los cargos (147).

En consecuencia, juzgando que la falta de letrados en el Estado, ha hecho ilusorias las diversas formas dadas a la Corte Superior de Justicia, se hace indispensable prescindir de aquel requisito. De allí que por medio del decreto No. CLXXVIII del 22 de diciembre de 1836, se dispuso que:

"Mientras haya falta de letrados en el Estado, queda derogado el artículo 90 y leyes posteriores consecuentes a él, en cuanto exigen las circunstancias de ser letrados el Presidente y Fiscal de la Corte Superior de Justicia".

"Además tendrá en lo sucesivo la forma que le dio la ley del 22 de abril de 1823, en el cual se restablece, generalmente insubsistente la del 23 de marzo de 1835".

---

(145) Resumen de los Mensajes ordinarios del Poder Ejecutivo a la Asamblea 1824-1980. Fuente inédita.

(146) Idem.

(147) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 3817 del 14 de junio al 22 de noviembre de 1836.

Carrillo que, en todo momento, estuvo pendiente por organizar los diferentes ramos de la administración del Estado, dio con el anterior decreto un paso de avanzada; cual es el organizar esta institución desde una base práctica más ajustada a la realidad nacional. Al suprimir aspectos que entorpecía el buen funcionamiento de este organismo, era sin lugar a dudas, una decisión que debieron haber tomado nuestros gobernantes desde mucho tiempo atrás.

En el mes de marzo de 1837, el Ejecutivo informa a la Asamblea que desde hace aproximadamente cuatro meses no está funcionando la Corte Superior de Justicia, de manera que se debe tomar las medidas del caso, ya que esta inacción va en perjuicio del bien e interés general. Propone se adopte o practique el plantel de jurados; modelo ya implantado en dos Estados de la República (148).

No obstante que la documentación sobre Administración de Justicia durante ese año es sumamente escasa, se trasluce que la Corte siguió teniendo problemas de ausentismo, se evidencia en la solicitud que hace el magistrado Luz Blanco ante la Asamblea, en el sentido de que se mande a pagar los sueldos a su favor correspondientes al tiempo que la Corte estuvo disuelta (149).

Ratifica lo concluido, el mensaje del Ejecutivo, en el mes de marzo de 1838, ante la Asamblea:

> "La Administración de Justicia está reglamentada por la ley del 26 de enero de 1826, y por la del 30 de agosto de 1836; más a cada paso se halla entorpecida en todos los juzgados e instancias por falta de asesores que aconsejen a los jueces y que sirvan las magistraturas" (150).

Ante las dificultades insuperables para lograr la buena marcha de la institución que venimos tratando, se dispuso variar el orden y lineamiento establecidos para la elección de los miembros que integrarían la Corte Superior de Justicia; implantando un sistema popular de elección en el cual los pueblos puedan por sí, proceder a la elección de los magistrados de la Corte Superior de Justicia. Conforme a los aspectos señalados se dispuso que la Corte subsistiría bajo la planta que actualmente tiene; de cinco magistrados propietarios que serán electos directamente y en la forma que se eligen los diputados de la Asamblea, uno por cada uno de los partidos: Cartago, San José, Heredia, Alajuela y Santa Cruz, debiendo elegir los de Paraíso y Escazú, cada uno, un magistrado suplente (151).

En el terreno político, el decreto transcrito lejos de significar una declaración fundamental y ejemplo de la incipiente democracia que en aquel momento se buscaba implantar para nuestro Estado Nacional —una igualdad entre todos los ciudadanos en cuanto a su finalidad de elegir miembros de la Corte Superior de Justicia—; significó una consecuencia de las convulsiones políticas que anteriormente hicimos referencia.

Fácilmente se advierte que en este período, el desequilibrio estatal repercutió en las diferentes fases del desarrollo del Estado, es el caso del ferviente regionalismo que aún no había sido posible descartar y conformar una fisonomía propia y necesaria, que diese fortaleza al naciente Estado Nacional. Se colige del mencionado decreto, un alto grado de regionalismo, pues los ciudadanos deseaban que los magistrados amén de ser personas dignas de su confianza, fuesen sus representantes. Con dicha disposición se corre el riesgo de que la elección no sea sustentada en la ciencia y honradez que debe siempre caracterizar a todo administrador de justicia, sino que se enfocan otros aspectos que obedecen a vaivenes y caprichos de la política.

En esta incursión que estamos haciendo por el campo de la historia de la Corte Superior de Justicia para descubrir la génesis, naturaleza y modalidades de dicha institución, es dable ver cómo se va perfilando una serie de normas, reglamentos, etc., que paulatinamente tratan de dar conformación a esta institución.

Aunque durante los años de 1835 a 1842 no se encuentran documentos que analicen específicamente la situación de la administración de Justicia, se desprende del variado número de decretos emitidos durante el período y constantes renuncias por parte de los individuos elegidos para servir los cargos de magistrados de la Corte Superior de Justicia, que los problemas de inestabilidad se siguieron presentando.

Es de nuestro conocimiento que en esos años

---

(148) Resumen de los Mensajes ordinarios del Poder Ejecutivo a la Asamblea 1824-1980. Fuente inédita.

(149) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 3158 del 28 de marzo al 29 de agosto de 1837.

(150) Resumen de los Mensajes ordinarios del Poder Ejecutivo a la Asamblea 1824-1980. Fuente inédita.

(151) Oficial. IV, 1860, pág. 216.

se acentuó aún más la inestabilidad política del Estado, a causa de la toma ilegal del poder por Braulio Carrillo. Como es de suponer este incidente, afectó directamente en la buena marcha de la institución. No obstante, la Corte Superior de Justicia, continuó funcionando pero en forma bastante irregular.

Cabe señalar que tales conceptos emitidos con respecto a la administración de Justicia, durante el período dictatorial de Carrillo, no reduce en sentido alguno la magna labor realizada en pro de la misma; ya que veremos en lo que sigue de la exposición, que en dicha administración se introdujeron los ordenamientos jurídicos: penal, civil y de procedimientos que sirvieron de base por muchos años a la administración de justicia y por ende a la institución.

En la Ley de Bases y Garantías se dispuso que lo relativo a la administración de justicia, le correspondería a una Cámara Judicial, a los Tribunales y Juzgados establecidos por la ley. Dicha Cámara estaría compuesta por un Presidente, dos relatores fiscales y un magistrado por cada departamento. La permanencia de estos sería mientras dure su buen desempeño.

Los individuos de la Cámara Judicial deberían de ser naturales o naturalizados en el Estado, poseer conocimientos en materias forenses, tener las cualidades 5-6-7 y 8 (no haber cometido delito, por el cual se le haya condenado a pena más que puramente pecuniaria, no haber sido ejecutado por deudas, haber servido otros destinos sin tacha, ser afecto a la independencia y soberanía del Estado, y afianzar su responsabilidad con bienes propios en cantidad de mil pesos; pasados diez años se exigiría, el haber ejercido una judicatura cinco años por lo menos, o ser profesor del derecho con título de Doctor o Licenciado. En los relatores, no fueron precisas estas dos últimas condiciones).

Se advierte en este documento constitucional la influencia del Poder Ejecutivo con respecto al Poder Judicial, pues además de establecer los requisitos básicamente apoyados en la conducta de la persona, establecía que la permanencia de los miembros de la Cámara Judicial estarían supeditados al buen desempeño del cargo; calificación que debía de ser realizada por el Jefe Supremo del Estado.

Sin entrar en pormenores que no nos corresponde tratar; señalamos que a consecuencia de la caída del gobierno de Carrillo y llegado al poder, el General Francisco Morazán en junio de 1842, se declaró nulo y de ningún valor la Ley de Bases y Garantías; sin embargo, en lo concerniente al Poder Judicial se dispuso que no siendo posible restablecer dicho poder, en la forma en que se hallaba antes de la emisión del citado decreto del 8 de marzo, por ser incompatible con el Código General del Estado, se mantendrá vigente mientras la Asamblea dispone lo conveniente.

En ese mismo mes se decretó el Reglamento del Poder Judicial, el cual establecía que este poder residiría en adelante en los Tribunales y Juzgados del Estado. La Cámara Judicial estaría compuesta de cuatro Magistrados y un Fiscal, dividiéndose para su atención en dos salas, además le correspondería atender la segunda y tercera instancia.

En vista de que la elección de los individuos para desempeñar los cargos de magistrados se había realizado de acuerdo a lo establecido por el anterior gobierno, y considerando que la práctica ejercida no está supeditada a la soberana elección; se dispuso por medio del decreto No. LXXIX del 6 de agosto de 1842, que la Asamblea debía proceder de inmediato al nombramiento de cuatro magistrados y el Fiscal, de acuerdo a la planta y organización dispuesta por medio del decreto Reglamentario del Gobierno Provisorio del primero de junio de ese año.

De conformidad a lo dispuesto anteriormente, se llevaron a cabo los nombramientos; resultando electos los señores:

Presidente:	Rafael Gallegos (152)
Fiscal:	José María García (153)
Magistrados:	Manuel Mora
	Ramón Gómez (154)
	Juan Rafael Ramos (155)

---

(152) Renuncia por enfermedad, lo sustituye Nicolás Ulloa, quien más adelante también renuncia, y se nombra a Manuel Mora.

(153) Renuncia por falta de requisitos, fue sustituido por Joaquín Bernardo Calvo; quien habiendo renunciado de inmediato fue sustituido por José Anselmo Sancho. (También presentó renuncia, pero fue declarada sin lugar).

(154) Renuncia por falta de requisitos, en su lugar se nombra a Vicente Aguilar; quien renunció y le sustituyó Manuel Zeledón.

(155) Presenta renuncia por estar ocupando el puesto de diputado en la Asamblea Constituyente, lo sustituye José María Alfaro; que a la vez renuncia, pero se declara sin lugar.

Como se ve, no se logró normalizar el funcionamiento de la Corte Superior de Justicia; ello se explica a la sentida inestabilidad política del momento. Se reafirma lo anterior, con lo expuesto por el Ejecutivo, en el Mensaje dirigido en junio de 1843 a la Asamblea:

> "Resta manifestarle a la Asamblea que hace más de un año que el Estado carece de Corte Superior de Justicia; de este poder que refrena las arbitrariedades de los jueces subalternos y corrige sus negligencias, de este poder de quien pende el curso y funcionamiento de litigios, en cuyo éxito está vinculado el bienestar y la suerte de familias enteras. . ." (156).

Es inconcuso que la imposición de estos gobiernos mediante actos militares influyen y causan desequilibrio en el desenvolvimiento del aparato estatal; con mucho más razón en esta institución que desde su establecimiento debió de enfrentarse a un sinnúmero de problemas, los cuales hemos comentado.

En el mes de junio de 1843 se procede al nombramiento de los magistrados, a fin de que se constituya la Cámara Judicial, que había estado disuelta. Efectuada la elección, quedó constituida por los siguientes señores:

Presidente:	Ramón Castro
Fiscal:	Santos Velásquez
Magistrados:	Juan Rafael Ramos
	Juan González
	Ramón Gómez

Reiteradamente hemos señalado que la inestabilidad política y la poca conformación de los gobiernos durante los años posteriores a la Independencia, también fue un factor que influyó en forma directa en la crisis institucional de la Corte Superior de Justicia. Observemos que el gobierno implantado por Morazán se mantuvo únicamente cinco meses ya que fue derrocado y fusilado. Una vez calmado el hervor de las pasiones que desató la insurrección, y pasado el estupor que debió producir en el ánimo de los tranquilos y moderados costarricenses la serie vertiginosa de sucesos extraordinarios y sangrientos de aquellos aciagos días, inició la gente a sentir la necesidad de continuar un gobierno que pusiese coto a la acefalía del momento (157).

Para ocupar la jefatura del Estado costarricense fue escogido a José María Alfaro, el cual convocó a una Asamblea Constituyente, y después de prolongado estudio redactó la Constitución de 1844, denominada Constitución Política del Estado de Costa Rica, ésta se caracteriza por la introducción de ideas sumamente de avanzada. En ella se dispuso que el Supremo Poder del Estado estará siempre dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El ejercicio de cada uno, es absoluto e independiente de los otros. El Judicial, lo atribuye a una Corte Suprema compuesta de siete individuos recusables uno por cada parte sin expresión de una causa notoria o justificación.

En el artículo 66 se estableció el sufragio directo para elegir a los representantes y sufragar por el Jefe, Senadores y Magistrados para la Suprema Corte de Justicia; esta disposición es indiscutiblemente un avance para la época, pero impracticable.

En cuanto a la organización de la Corte Suprema se dispuso que entre los magistrados que resulten electos, la Cámara de Representantes designará por la primera vez cuál debe ser Presidente y cuál Fiscal, habiendo igual designación en los demás períodos entre los antiguos y los nuevamente electos. En adelante se renovarán por mitad cada dos años, debiendo salir la primera vez los que designara la Cámara de Representantes por suerte, y en lo sucesivo los más antiguos.

Las condiciones requeridas para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, siguieron siendo los típicamente establecidos en anteriores documentos; en cuanto a la preparación académica y de carácter económico se solicitaba poseer en el Estado un capital raíz que no bajase de dos mil pesos, o una renta anual de trescientos o ser profesor del derecho con un capital raíz de mil pesos. En forma transitoria se estableció que cuando en el Estado haya por lo menos diez profesores del derecho vecinos y radicados en él, será condición esencial para ser Presidente y Fiscal el título de abogado. Un detalle que se manifiesta en esta Carta Constitucional, es la denominación por primera vez a nuestro máximo tribunal de justicia como "Corte Suprema de Justicia". Denominación que otros documentos posteriores cambian por otros términos, y que no es sino hasta muchos años después que se establece dicha denominación para este tribunal de justicia.

---

(156) **Resumen de los Mensajes ordinarios del Poder Ejecutivo a la Asamblea 1821-1980. Fuente inédita.**

(157) **GONZALEZ VIQUEZ, Cleto. 1973, pág. 95.**

En julio de ese año el Jefe Supremo del Estado, emite la Ley Reglamentaria de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que habiéndosele dado nueva planta, se hacía necesario dar el reglamento que le fuese más conveniente. En él se ratifica lo dispuesto en la Carta Constitucional y se disponen una serie de normas que regulan la organización y funcionamiento de este alto tribunal (158).

Por la investigación realizada, hemos concluido que la elección de los individuos que debían constituir la Corte Suprema de Justicia se efectuó hasta el mes de diciembre, quedando electos los señores (159):

Rafael Ramírez (*)
Luz Blanco
Ramón Castro (*)
Ramón Gómez (*)
Juan Mora (*)
Ramón Quirós (*)

De conformidad al decreto No. 147 constitucional, la Cámara de Representantes declaró Presidente al señor Santos Velásquez y para Fiscal a Joaquín Bernardo Calvo (160).

Teóricamente, a partir de los años de 1844 -1845 la Corte Suprema de Justicia logró lo que años atrás no había alcanzado: la institución como tal va a funcionar permanentemente, pues aunque los problemas de ausentismo y renuncias por parte de los individuos nombrados para el cargo de Magistrados se siguieron presentando, la Corte no dejó de funcionar regularmente; es decir, se llega a la práctica de "Cambio de individuos pero permanencia en el funcionamiento de la institución".

Lo anterior podemos corroborarlo, al observar el cuadro incluido como Anexo No. 4, donde se detalla la situación de la Corte Suprema de Justicia; amén de la ausencia de decretos que trataran de solucionar la falta de funcionamiento de la misma.

Paralelamente a este cambio sustancial en el desenvolvimiento institucional de la Corte, se trasluce una transformación de la política nacional, determinada por la intervención directa de varios militares; algunos de ellos, en los años posteriores jugarán un papel relevante en la política nacional.

En el año de 1845 se llevaron a cabo las primeras elecciones por voto directo, como lo disponía la Constitución de 1844, quedando electo don Francisco María Oreamuno, el cual ejerció el poder solamente un mes; ya que declinó al cargo. En consecuencia, desde julio de ese año, don Juan Rafael Gallegos siendo Senador, fue electo por el Congreso para ejercer el Poder Ejecutivo. El señor Gallegos en este lapso volvió a tener problemas con los grupos enemigos, haciéndole la vida imposible; la situación llegó a tal extremo que el 7 de junio de 1846 los principales militares se reunieron y decidieron presentarle un pliego de observaciones al Jefe de Estado, que concluía con la solicitud de renuncia. El señor Gallegos, sin poner obstáculo, aceptó la propuesta.

Los militares, en el mismo documento mencionaban la figura de José María Alfaro como el ciudadano que serviría de enlace, mientras se llevara a cabo la elección. Practicadas las elecciones, quedó electo el doctor José Castro M.

Mientras esto sucedía, la Constitución de 1844 se mantenía vigente, quedó sin efecto en el año de 1846 con motivo del arrebato del Poder a don José Rafael Gallegos. El 10 de febrero de 1847 se emitió la Constitución, en esta se disponía que el gobierno del Estado es popular, representativo, y se divide en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; el primero lo ejerce un Congreso de Diputados electos por el pueblo, el segundo un Presidente, también de elección popular; y el tercero un Tribunal de Justicia compuesto de magistrados nombrados por el Poder Legislativo en sesión permanente y con las tres cuartas partes de votos de los diputados presentes.

El artículo 120 señala que el Poder Judicial reside en una Corte compuesta de individuos –en razón de uno por cada departamento y además un regente y un Fiscal– y en los Tribunales y Juzgados establecidos por la ley.

En cuanto a los requisitos, se mantiene la posición de exigir solamente aspectos de índole personal; o sea, que lo concerniente a requisitos académicos profesionales se instaba a que se harían efectivos una vez que el Estado tuviera radicados en él, a por lo menos diez profesores del derecho. Nuevamente se rebaja la edad mínima a veinticinco años de edad y por primera vez, se establece la

(158) Archivo Nacional, Secc. Congreso, No. 6305, 19 de noviembre de 1844.

(159) Oficial. IX, 1862, Decreto No. 83, 19 de noviembre de 1844.

(*) Por encontrarse ocupando otros puestos no pudieron ejercer el cargo, de allí que se nombrara para sustituirlos a: Santos Velásquez, Joaquín Bernardo Calvo, Juan González, Eusebio Prieto y Manuel Castro Bonilla.

(160) Oficial. IX, 1862, pág. 4.

prohibición de los magistrados de ser parientes entre sí, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Aunque en la práctica se venía ejerciendo, en esta Carta Constitucional aparece por primera vez que sería a la Asamblea Legislativa a quien le correspondería nombrar a los individuos que debían de componer la Corte Suprema de Justicia.

El 6 de mayo de ese año, mediante decreto No. XV, el Congreso declara la elección de magistrados propietarios y suplentes de la Corte Superior de Justicia; quedando de la siguiente forma (161):

Regente:	Rafael Ramírez
Fiscal:	Ramón Quirós
Magistrados:	Manuel José Carazo
	Félix Sancho
	Pío Alvarado
	Ramón Castro
	Francisco Peralta (renunció y le sustituyó Francisco de Paula Gutiérrez)
Suplentes:	Francisco de Paula Gutiérrez (pasó a ser Magistrado propietario, le sustituye Jesús Vargas) (162)
	Juan Manuel Solera
	Pedro Saborío
	Pío Murillo
	Paulino Ortiz

El Dr. José María Castro no estaba satisfecho por lo dispuesto en la Constitución de 1847, no la encontraba acorde a sus intereses; el 30 de noviembre de 1848 por la vía de simple enmienda, el Congreso ordinario emitió realmente otra carta constitucional que perseguía perfeccionar la prepotencia del Poder Ejecutivo. En cuanto al Poder Judicial, podemos observar que no se dio ningún cambio sustancial en cuanto a la conformación de la Corte Suprema de Justicia. En ella se establecía que el Poder del Estado estaría dividido para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Este último lo ejercía la Corte Suprema de Justicia y los demás Tribunales y Juzgados creados por la ley. A los individuos que formaran la Corte, se les cambió la denominación de Magistrados por la de "Ministros Juez". De nuevo se establece el requisito de los treinta años de edad.

3. FACULTADES CONSTITUCIONALES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA.

Tratándose del ejercicio de las facultades constitucionales de este organismo, es interesante estudiar la jurisdicción y competencia de la Corte Superior de Justicia del Estado Nacional con respecto a las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la República Federal.

En la estructura federativa de un Estado existen dos esferas: una la que corresponde a la federal y otra que corresponde a cada una de las entidades federadas. Sin embargo, para el ordenamiento jurídico de un Estado Federal, debe de determinarse las materias y alcances sobre los cuales las autoridades de la federación y de las entidades federadas pueden legislar y realizar actividades administrativas y jurisdiccionales.

El artículo 136 constitucional señala en forma expresa las atribuciones correspondientes a la Suprema Corte de Justicia; iniciándose con la disposición de que a ésta, le corresponderá conocer en última instancia en aquellos casos emanados de los tratados hechos por la República y controversias entre ciudadanos de diferentes Estados. El artículo 137 agrega que: los casos de contienda en que sea parte toda la República, uno o más Estados, con alguno u otros, con extranjeros o con habitantes de la República; la Corte Suprema de Justicia hará que nombren árbitros para la primera instancia y conocerá de la segunda; y la sentencia que diere será llevada en revista al Senado en caso de no haber conformidad en una u otra de las partes.

Con lo antes expuesto queda determinado el nivel de competencia por parte de la Suprema Corte de Justicia, dentro de la federación. Cabe señalar que entre las disposiciones constitucionales, no se define cuál es la participación de la Federación como parte en juicio o proceso. Esta incertidumbre si bien es cierto, es de gran interés definirla, no es nuestra intención hacerlo en esta exposición, ya que su tratamiento además de no ser fácil de solucionar, se tiene que por su naturaleza corresponde tratarlo en un estudio propiamente jurídico.

Por el contrario, sí, nos interesa dejar constan-

---

(161) Oficial. X, 1863, pág. 88.

(162) Oficial. X, 1863, Decreto No. XVI, 11 de mayo de 1847, pág. 89.

cia en esta exposición de las atribuciones competentes a la Corte Superior de Justicia de los Estados.

En las disposiciones al respecto se señala que cualquier tipo de controversias o cualquier caso que no haya sido señalado dentro de los lineamientos correspondientes a la Suprema Corte de Justicia Federal, corresponderá a la Corte Suprema de Justicia de cada uno de los Estados. En esa esfera de acción, corresponde a dicho Tribunal actuar en última instancia.

Los Estados en cuanto a relación judicial, debían de guardar correspondencia entre sí, ya que los actos legales y jurídicos de un Estado sería reconocido en los demás; también debían entregarse mutuamente los reos que se reclamaren, etc.

Con respecto a la función administrativa, hemos señalado que cada uno de los Estados se ordenaba de la manera que creyere más conveniente; pues, constitucionalmente estaba en capacidad para hacerlo. En el caso particular del Estado costarricense, esta labor de ordenamiento administrativo en la justicia, aunque por lógica debía corresponderle a la misma Corte, en aquel momento no se podía tramitar de dicha forma, ya que las condiciones en que este organismo se instauró y desarrolló en los primeros años de vida institucional, no se le permitió; de manera que fue el Poder Legislativo a quien le correspondió ejercer dicha labor.

Es pertinente mencionar lo que a este respecto disponía la Carta Constitucional, denominada Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica. En términos generales, se disponía que la Corte Superior de Justicia le correspondía: 1) juzgar las causas de los funcionarios del Poder Ejecutivo y del Conservador (los del Poder Legislativo un tribunal especial, y los de la Corte Superior, un Tribunal de tres individuos nombrados por el Consejo de Diputados o Consejeros suplentes); 2) declarar cuándo ha lugar a la formación de causa contra los jueces y tribunales, sus dependientes, por delitos cometidos en el ejercicio de sus deberes e instruirlas; 3) conocer en segunda y tercera instancia cuando a estos recursos haya lugar en las causas juzgadas por los jueces inferiores; 4) conocer de los recursos de nulidad en los mismos casos, y en los que se introduzcan de protección y de fuerza.

Como se evidencia, en lo que respecta a la administración de Justicia, esta carta constitucional se circunscribe a fijar las facultades correspondientes a la Corte Superior de Justicia, no indicando ningún aspecto relacionado a lo dispuesto por la Constitución Federal; supuestamente si durante ese período nosotros seguíamos siendo un Estado federado, lo dispuesto en aquella carta federal, seguía teniendo vigencia. No obstante, es importante señalar que la crisis caracterizadora de la Federación Centroamericana, no hizo excepción con respecto a la administración de Justicia; durante ciertos períodos esta institución no funcionó por múltiples razones producto de las vicisitudes políticas, sociales y económicas de aquella época.

En tal caso, no se tienen documentos, por lo menos en lo que corresponde a nuestro Estado, en que la Suprema Corte Federal hubiese intervenido, conociendo algún asunto.

Además, como se sabe, la participación del Estado de Costa Rica en la Federación, no vino a resolver en absoluto la crítica situación del naciente Estado; concluimos pues, que ni aún en lo correspondiente a la administración de justicia, se recibió algún aporte que solucionara la problemática que hemos venido tratando.

Los lineamientos señalados en la Carta Constitucional de 1825 se mantuvieron relativamente vigentes hasta 1841 con la adopción de la Ley de Bases y Garantías. Digo que relativamente vigente, porque durante ese lapso se dieron una serie de decretos que fueron modificando en parte la estructura, organización y funcionamiento de este alto tribunal; claro que, mucho de ello obedecía a ajustes forzosos producto de la realidad intelectual y económica de aquel entonces.

En términos generales, la Corte Superior de Justicia —pese a la inestabilidad durante este período—; mantuvo bien definida sus funciones, que si bien es cierto al Poder Legislativo intervino muy de cerca en la función administrativa, correspondiéndole a la Corte misma; ello no perjudicó en ningún momento la función judicial propiamente dicha.

4. CARRILLO: BASE DEL PROCESO DE CONSOLIDACION JURIDICO-INSTITUCIONAL.

Pese al desempeño de los arquitectos del Estado Nacional, por instaurar un órgano permanente administrador de justicia, que velara por la conservación y defensa del derecho de los ciudadanos; a causa de la crítica situación económica arrastrada desde la colonia, no permitió que las instituciones y factores sociales y culturales del Estado se desarrollaran con mayor facilidad. El surgimiento

de estos aspectos que por ende coadyuvan a la formación del Estado Nacional se dan paralelamente al desarrollo económico registrado en los años posteriores a la independencia.

Aparte de la situación económica y consecuentes problemas de infraestructura, se presentaron otros de índole político. La inmadurez política de nuestros primeros hombres de gobierno, la escasa autoridad del Poder Ejecutivo, y las ideas localistas de nuestra propoblación, sin una visión clara de lo que representaba la formación de un Estado; contribuyó a que la situación en los primeros años de vida independiente se volviera difícil.

La figura de don Braulio Carrillo se constituyó en un medio heroico, solventando asuntos que anteriormente no se habían atendido y dio las bases en otros, para la consolidación del poder político, económico, social y jurídico.

La administración de Carrillo se caracterizó por su activo empeño en pro del ordenamiento estatal, la toma de decisiones inmediatas a fin de desterrar los vicios de la sociedad de aquel entonces —quizá por la ignorancia—, toma de actividades contrarias a los gobiernos paternalistas y decisiones fuertes incluso en contra de la voluntad de los ciudadanos, pero necesaria para el sistema.

Restaurar el orden, no era tarea fácil de cumplir, sin embargo debía de hacerse, todos debían de estar interesados a imponerlo. Así la dictadura de Carrillo surgió para llenar la necesidad vital en el Estado Nacional.

En lo que respecta a la administración de Justicia debemos de señalar que Carrillo, efectivamente fue quien sentó las bases de la estructuración jurídica e institucional de la Corte Superior de Justicia. Lo demuestran la Ley de Bases y Garantías y más directamente el Código General de 1841; el cual implanta y ordena lo que concierne a las materias civil, penal y de procedimientos. Asimismo, el decreto No. CLXXVIII del 22 de diciembre de 1836, que dispone en el artículo primero que siendo la escasez de letrados la principal razón de la crisis institucional, queda derogado el artículo 90 de la Constitución y leyes posteriores consecuentes a él, en cuanto exijan la circunstancia de ser letrado el Presidente y Fiscal de la Corte Superior de Justicia.

El nuevo orden no se constituye, en forma inmediata, automática, sin desequilibrios y reajustes. Las dificultades económicas y la falta de personal idóneo se siguió presentando; pero el funcionamiento de la Corte como institución propiamente dicha, experimentó un vuelco al iniciarse la década de los 40.

Es inconcuso, que el espíritu organizador que caracterizó a Carrillo, fue el que determinó este proceder; razón que muchas veces se volvió autoritario, pero que en realidad se justificaba, ya que era necesario fortalecer el Poder Ejecutivo y la administración de un gobierno fuerte que unificara y diera los parámetros para lograr consolidar en forma definitiva el poder central del Estado.

CONCLUSIONES

Indudablemente que una de las manifestaciones más excelsas señaladas como más definitorias en la consolidación política del Estado Nacional, es la influencia percibida directa o indirectamente del movimiento llamado Despotismo Ilustrado. Las modernas corrientes del pensamiento esparcidas por los grandes pensadores europeos del siglo XVIII, el modelo de organización y funcionamiento proporcionado a consecuencia de la Revolución Norteamericana y Francesa, son factores de vital importancia en la conformación de los Estados Nacionales Latinoamericanos.

Destacando este magnífico aporte, señalamos que la organización del Poder en nuestro Estado Nacional estuvo desde un principio inspirado en el ordenamiento teórico expuesto por Montesquieu. Nos referimos a la constitución de un 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 una sola persona.

A estos fenómenos y a su indiscutible y bien probada influencia, los precursores y forjadores del ordenamiento y conformación de la independencia política de nuestro Estado Nacional, no sólo no se sustrajeron, sino que lo sintieron como la causa y estímulo de sus ideas y las plasmaron en los documentos, constitucionales de la época. La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, se cons-

tituyó en el primer documento constitucional que estableció la división del Supremo Poder del Estado: en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

La organización del naciente Estado basado en las nuevas doctrinas del Estado Democrático, demandaron de las autoridades una atenta aplicación de lo establecido y una lucha constante a fin de que los tres poderes lograran instaurarse y funcionar con normalidad. La irregularidad se evidencia más abiertamente en el Poder Judicial; ya que la administración de este Poder, se torna más difícil con respecto al Ejecutivo y el Legislativo, debido al grado de idoneidad que debía de reunir el individuo que ocupare el cargo.

La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, estableció que el ejercicio del Poder Judicial le correspondía a la Corte Superior de Justicia, asimismo trazó la fisonomía y lineamientos de este organismo los cuales se mantuvieron relativamente vigentes hasta 1841, con la promulgación de la Ley de Bases y Garantías. No obstante, esta relativa constancia en lo dispuesto, concluimos que esta institución conforme transcurrieron los años, fue modificada en su estructura y funcionamiento, mediante la emisión de decretos. Estas variantes sin lugar a dudas obedecen a ajustes y actualización del sistema, producto de la realidad intelectual, social y económica experimentada en el incipiente Estado Nacional.

No debemos dejar de enfatizar que evidentemente, todas las modificaciones que se presentaron en cuanto a requisitos, composición de este organismo, requisitos de sus integrantes, remuneración y en cuanto a su función judicial propiamente dicha, se presentan a consecuencia de la escasez de fondos en el erario público y de personal idóneo para ocupar los cargos que le constituían.

A pesar de estos y otros factores, tan autorizados y tan influyentes, causantes de la crisis institucional, la Corte Superior de Justicia subsistió y más bien tomó una posición de avanzada y superación, motivada por el sistema que en su origen fue inspiración de la buena fe y de la inexperiencia de los próceres que participaron en los diferentes gobiernos que se sucedieron. Gracias a esa realidad, la institución logró mantenerse y convertirse en un formidable resorte político garantizador de la seguridad y confianza que todo Estado debe de brindar a la sociedad a la cual gobierna.

El sistema democrático adoptado y el tratamiento de los asuntos jurídicos por medio del Poder Judicial, son actos corolarios de una lucha constante de nuestros primeros hombres de gobierno y la realidad intelectual, social y económica; entre la ignorancia que desbordaba en prepotencia, y la educación que produjo una nueva conciencia jurídica.

En nuestro estudio ha quedado ampliamente demostrado que la crisis institucional de la Corte Superior de Justicia en los primeros años de su existencia, se debió a la falta de estructura económica bien definida, escasez en los fondos de las arcas del Estado y en el erario propio de los magistrados, así como la falta de personas capacitadas para desempeñar los cargos que componían a dicha institución.

Hemos señalado con anterioridad que la instauración de la Corte Superior de Justicia, sucede cuando la economía nacional apenas se encontraba en un período de gestación; los Jefes de Estado buscan un producto que se consolide y convierta en un factor fuerte constituyente de la economía nacional; de manera que la conformación de esta institución va a girar en estrecha relación a la evolución registrada por la economía nacional. Factores de índole social, intelectual, cultural y político van a desarrollarse consecuentemente al incremento económico; y todos juntos, a la vez que conforman el incremento general del Estado, propician el desarrollo de la Corte Superior de Justicia, la cual en su condición de administradora de justicia, debe en forma recíproca volcarse y estar preparada para la intervención oportuna, en caso de que producto de las relaciones internas, salten controversias jurídicas y se haga necesaria su actuación.

Huelga decir que, la dictadura de Braulio Carrillo es el instrumento decisivo que actuó en forma directa e indirecta en la consolidación de la Corte Superior de Justicia. Denoto esta diferencia porque variando el ángulo de visión, así es la interpretación. Es directa por cuanto que en su afán por ordenar el aparato estatal, actúa sobre el Poder Judicial con la emisión del Código General de 1841, la Ley de Bases y Garantías y otros decretos de singular importancia. Es indirecta en el sentido de que, amén de consolidar y separar el poder estatal de los otros poderes existentes; sienta las bases para desarrollar una economía nacional y ordenar la Hacienda Pública; la cual además de sacar avante al Estado, elimina un problema influyente en la vida institucional, el de la Corte Superior de Justicia.

Sección II: La Ciencia al servicio de la Justicia.
Coordinador: Carlos Matías González Lizano, M.Q.C., M.Sc.

ASPECTOS MEDICO-LEGALES DE LA VIOLACION*

(Continuación)

Dr. Fernando Garzona Meseguer.
Especialista en Medicinal Legal.
Miembro del Comité del Niño Agredido HNN. Asistente de la Clínica Médico-Forense. Departamento de Medicina Legal, Organismo de Investigación Judicial.

INDICE

Cuadros Estudios Psiquiátricos 88

Comentario para el estudio psiquiátrico 99

Conclusiones 100

CUADROS ESTUDIOS PSIQUIATRICOS

CUADRO No. 1

Estudio estadístico por grupos de edad. Víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico y estudio clínico).

	Víctimas (1) Femeninas	Víctimas (2) Femeninas	Víctimas (1) Masculinas	Víctimas (2) Masculinas	Imputados
SD	4,480	6,35	1,788	3,92	11,376
SPD	4,4229	6,278	1,632	3,629	11,246
Media Aritmética	16,769	13,43	12,0	7,92	29,295
Número	39*	43	6	7	44**
Sumatoria	654	577,5	72	55,5	1289
Sumatoria al cuadrado	11730	9451,25	880	532,25	43327

* Un caso con edad desconocida para una muestra de 40 originalmente.
** Un caso con edad desconocida para una muestra de 45 originalmente.
(1) Estudio psiquiátrico.
(2) Estudio clínico.

CUADRO No. 2

Antecedentes delictivos en porcentajes, víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

CAUSA PENAL	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
VIOLACION			4.5%
ABUSOS DESHONESTOS			2
RIÑA			2
ROBO			13.5
HURTO			13
ESTAFA			2
TRAFICO DE MARIHUANA			2
VAGANCIA			4
DROGADICCION		16.5%	
LESIONES			2
OTRO			9

CUADRO No. 3

Diagnóstico psiquiátrico en porcentajes, víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

Diagnóstico	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
Sano	5%		2%
Pers. Esquizo-paranoide	17.5		35.5
Pers. Neurótica	15	16.5%	6.5
Pers. Inadecuada	7.5		20
Pers. Inmadura	2.5		6.5
Conducta Sociopática	12.5	33.5	46.5
Retardo Mental	62.5	83.5	26.5
Organicidad Cerebral	40	66.5	18
Epilepsia Gran Mal	5	33.5	
N. Depresivo Ansiosa Situac.	15		6.5
Epis. Esquizofrénico Agudo	5		
Esquizofrenia Hebefrénica			2
Esquiz. Crónica Indif.			6.5
Alcoholismo Secundario			29

CUADRO No. 4

Cociente intelectual en porcentajes, víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico)*.

Cociente Intelectual	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
Alto			
Normal	15%	16.6%	24.5%
Normal Bajo	27.5	33.5	53.5
Fronterizo	40	50	9
No anotado	17.5		13.5

***Con base en el examen mental.**

CUADRO No. 5

Retardo psicomotor en la infancia en porcentajes, víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

Retardo Psicomotor	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
SI	25%	33.5%	
NO		33.5	
NO ANOTADO	75		100%

CUADRO No. 6

Antecedentes psiquiátricos personales en porcentajes en víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

Antecedentes psiquiátricos personales	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
SI	25%	33.5%	46.5%
NO	42.5	33.5	53.5
NO ANOTADO	32.5	33.5	0
CON INTERNAMIENTO	10	16.5	62.0
CONTROL PERMANENTE	10	16.5	19.0
PROMEDIO DE INTERNA.	1.75	1	6.15

CUADRO No. 7

Cuadro Comparativo de antecedentes de drogadicción en porcentajes entre víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

Antecedentes de Drogadicción	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
SI		16.6%	6.5%
NO	2.5%		
NO ANOTADO	97.5	83.5	93.0

CUADRO No. 8

Antecedentes psiquiátricos familiares en víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

Antecedentes psiquiátricos familiares	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
SI	7.5		4.5%
NO	7.5		
NO ANOTADO	85.0	100%	95.5

CUADRO No. 9

Cuadro comparativo de antecedentes delictivos en porcentajes entre víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

Antecedentes Delictivos	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
SI		16.5%	42.0%
NO	47.5%	83.5	46.5
NO ANOTADO	52.5		11.0

CUADRO No. 10

Cuadro comparativo de ocupación en porcentajes entre víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico y estudio clínico***).**

OCUPACION	Víctimas Femeninas**	Víctimas Femeninas***	Víctimas Masculinas	Imputados
Ninguna	20%	16%	50%	6.5%
Estudiante	17.5	42	50	
Oficios del Hogar	60	30		
Operaria Industrial	2.5	4		2.5
Agricultor				17.5
Jornalero				17.5
Comerciante				11
Mecánico				6.5
Peón de Const.				4.5
Carpintero				4.5
Misceláneo				4.5
Varios		8		22.5
Desconocida				2

CUADRO No. 11

Tipo de relato suministrado, víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

Tipo de relato	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
CONSISTENTE	37.5%	66.5%	11%
INCONSISTENTE	37.5	33.5	71
NO DA RELATO	25		18

CUADRO No. 12

Estudio electroencefalográfico practicado en porcentajes, víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

E.E.G. Efectuado	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
SI	20%	33.5%	20%
NO	80	66.5	8
NO ANOTADO			72
NORMAL	10	16.5	10
ANORMAL	10	16.5	10

CUADRO No. 13

Cuadro comparativo de Escolaridad en porcentajes entre víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).

ESCOLARIDAD	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
Ninguna	30%	16.5%	15.5%
Primaria	47.5	83.5	69
Secundaria	20		15.5
Universitaria	2.5		

CUADRO No. 14

Cuadro comparativo de porcentajes por edades entre víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico y estudio clínico***).**

EDAD	Víctimas Femeninas**	Víctimas Femeninas***	Víctimas Masculinas	Imputados
0 - 4		6%		
5 - 9	2.5%	24	16.5%	
10 - 14	30	38	83.5	
15 - 19	52.5	22		22%
20 - 24	5	6		24.5
25 - 29	5	2		13.5
30 - 34	2.5			9
35 - 39		2		6.5
40 - 44				15.5
45 - 49				
50				6.5
Ignorada	2.5			2

CUADRO No. 15

Tipo de localidad donde se llevó a cabo el hecho. Relación porcentual entre víctimas femeninas y masculinas de delitos sexuales y los imputados (estudio psiquiátrico).**

LOCALIDAD	Víctimas Femeninas**	Víctimas Masculinas**	Imputados**
URBANA	60%	50%	62%
RURAL	40	50	37.7

CUADRO No. 16

Relación porcentual entre víctimas femeninas y masculinas de delitos sexuales y los imputados en relación con la Causa Penal (estudio psiquiátrico).**

CAUSA	Víctimas Femeninas	Víctimas Masculinas	Imputados
VIOLACION	87.5%	100%	91%
ESTUPRO	7.5		
ABUSOS DESH.	2.5		11
SODOMIA			2
OTRO			15.5

**La Causa Penal era anotada por uno o varios delitos simultáneamente.

CUADRO No. 17

Comparación entre la tipificación del delito cómo se hizo y cómo debería haber sido hecha (40 casos)

	Cómo se hizo	Cómo debió haber sido hecha
VIOLACION	35	27
ESTUPRO	3	11
ABUSOS DESHONESTOS	1	1
OTRO	1	1
TOTAL	40	40

CUADRO No. 18

Comparación de la Hora de los Hechos vrs. Edad, en un grupo de víctimas masculinas y femeninas de delitos sexuales. Estudio clínico de 50 casos.

HORA	0-4	5-9	10-14	15-19	20-24	25-29	30-34	35-39
0 hrs. y min.			1					
1 hrs. y min.								
2 hrs. y min.								
3 hrs. y min.								
4 hrs. y min.								
5 hrs. y min.								
6 hrs. y min.								
7 hrs. y min.								
8 hrs. y min.			2	1				
9 hrs. y min.		1			1			
10 hrs. y min.				1				
11 hrs. y min.			1					
12 hrs. y min.								
13 hrs. y min.			1					
14 hrs. y min.			2	1	1			
15 hrs. y min.	2	2	1			1		1
16 hrs. y min.		2	1	1				
17 hrs. y min.			1					
18 hrs. y min.			2					
19 hrs. y min.		1		1	1			
20 hrs. y min.		1		1				
21 hrs. y min.				1				
22 hrs. y min.			2					
23 hrs. y min.		1		2				
Desc.	1	4	4	3				

CUADRO No. 19

Comparación de la Edad vrs. Escolaridad en 39 víctimas femeninas de delitos sexuales (Estudio Psiquiátrico).

Edad (años)	Analfabetas	Primaria	Secundaria	Universitaria
0 - 4				
5 - 9		1		
10 - 14	3	7	2	
15 - 19	7	8	6	
20 - 24	1	1		
25 - 29		1		1
30 - 34	1			
35 - 39				
40 - 44				
45				

CUADRO No. 20

Comparación de la Edad vrs. Escolaridad en 45 imputados por Delitos Sexuales (Estudio Psiquiátrico).

Edad (años)	Analfabetas	Primaria	Secundaria	Universitaria
0 - 4				
5 - 9				
10 - 14				
15 - 19	1	7	2	
20 - 24	1	9	1	
25 - 29	1	4	1	
30 - 34		2	2	
35 - 39	1	2		
40 - 44	1	5	1	
45 - 49				
50 - 54	1	1		
55		1		

CUADRO No. 21

Comparación de Delito vrs. Diagnóstico Psiquiátrico en víctimas femeninas de violación.

Diagnóstico Psiquiátrico	Violación	Estupro	Ab. Desh.	Otro
Sano	2			
Pers. Esquizo-paranoide	4	1	1	1
Personalidad Neurótica	5	2		
Personalidad Inadecuada	2			
Conducta Sociopática	1	3	1	
Retardo Mental	17	7	1	
Organicidad Cerebral	10	5	1	
Epilepsia Gran Mal	1	1		
Epilepsia Pequeño Mal				
N. Depresivo-Ansiosa Situacional	4	2		
Episodio Esquizofrénico Aguno	2			
Esquizofrenia Simple				
Personalidad Inmadura				

CUADRO No. 22

Comparación de Delito vrs. Diagnóstico Psiquiátrico en víctimas masculinas de violación.

Diagnóstico Psiquiátrico	Violación	Estupro	Ab. Desh.	Otro
Sano				
Personalidad Esquizo-paranoide				
Personalidad Neurótica	1			
Personalidad Inadecuada				
Conducta Sociopática	2			
Retardo Mental	5			
Organicidad Cerebral	4			
Epilepsia Gran Mal	2			
Epilepsia Pequeño Mal				
N. Depresivo-Ansiosa Situacional				
Episodio Esquizofrénico Agudo				
Esquisofrenia Simple				
Personalidad Inmadura				

CUADRO No. 23

Comparación de la Causa vrs. Diagnóstico Psiquiátrico en un grupo de 45 imputados.

Diagnóstico Psiquiátrico	Violación	Estupro	Ab. Desh.	Sodomía	Otro
Sano	1				
Personalidad Esquizo-paranoide	13			1	1
Personalidad Neurótica	3				
Personalidad Inadecuada	8				1
Personalidad Inmadura	2				
Conducta Sociopática	18		1		
Retardo Mental	10		1		
Organicidad Cerebral	6		1		
Epilepsia Gran Mal					
N. Depresivo-Ansiosa Situacional	3				
Episodio Esquizofrénico Agudo					
Esquizofrenia Hebefrénica	1				
Esquizofrenia Crónica Indiferenc.	3				
Esquizofrenia Paranoide	2				
Alcoholismo	12				

CUADRO No. 24

Comparación de la Ocupación vrs. Antecedente Penal en 45 imputados por Delitos Sexuales (Estudio Psiquiátrico).

Ocupación	Violación	Estupro	Ab. Deshonest.	Riña	Robo	Estafa	Hurto	Trafic. Marih.	Vagancia	Lesiones	Otro	Ninguno
Agricultor	1				1		1				1	5
Jornalero			1		1						1	5
Peón Constr.							1					2
Albañil												1
Carpintero	1				1	1			1			
Mecánico					1		1			1		
Comerciante						1	1					3
Estibador												1
Panadero												1
Guardia Civil												1
Limpiavidrios							1					
Operario Industrial											1	
Soldador												1
Misceláneo												2
Sanidad Municipal												1
Pintor de Autos											1	
Oficios Varios							1	1	1			
Desconocido				1	1						1	2

COMENTARIO PARA EL ESTUDIO PSIQUIATRICO

1. A pesar de que el 30 por ciento de las víctimas femeninas estaban entre 10 y 15 años, solamente el 7.5 por ciento de las Causas fueron iniciadas por Estupro.

2. En un 20 por ciento de los casos se anotó más de una Causa Penal entre los casos de Imputados por Delitos Sexuales.

3. Existió una predominancia de la Zona Urbana sobre la Zona Rural en este tipo de Delitos.

4. En cuanto a la Escolaridad existe un predominio de los que alcanzaron la Enseñanza Primaria, ya sea completa o incompleta en todos los grupos examinados, con un porcentaje bastante importante de los que no tuvieron ninguna escolaridad y un porcentaje bajo de individuos que cursaron Enseñanza Secundaria en los grupos de las víctimas femeninas y de los imputados. En general el nivel de escolaridad más alto se encuentra entre los imputados.

5. La ocupación de las víctimas Femeninas es predominantemente "Oficios Domésticos", y en segundo lugar "Ninguna Ocupación", junto con Estudiantes. Entre las Víctimas Masculinas se distribuye igualmente entre "Estudiante" y "Desocupados" (menores de 7 años principalmente).

Los Imputados muestran una marcada incidencia en el Grupo formado por "Agricultores" y "Jornaleros" seguidos de cerca por los "Comerciantes", estos últimos representan un grupo formado por personas que efectúan ventas a domicilio y trueques no exactamente al estilo del comerciante establecido. Entre el grupo de "Oficios Varios" se incluye un Guardia Civil. Los miembros del gremio de la construcción destacan con un 9 por ciento y los desocupados alcanzan un 6.5 por ciento.

6. Los Antecedentes Delictivos parece que no tiene importancia entre el grupo de Víctimas Femeninas, pero entre el grupo de las Víctimas Masculinas se anota un 16.5 por ciento de individuos con antecedentes delictivos comparado con un 42 por ciento de individuos con antecedentes delictivos entre los Imputados.

7. El Antecedente de Drogadicción no fue explorado en profundidad como parece desprenderse del porcentaje tan alto de "No anotado", sin embargo llama la atención que el porcentaje de drogadicción es más alto entre las víctimas masculinas que entre los Imputados.

8. Los Antecedentes Psiquiátricos Familiares tampoco fueron explorados a profundidad, pero destaca que entre las Víctimas Femeninas este antecedente es más frecuente (7.5 por ciento) comparado con un 4.5 por ciento para los Imputados.

9. Los Antecedentes Psiquiátricos Personales son más notorios entre los Imputados que entre las Víctimas Masculinas y las Víctimas Femeninas (en ese orden). Se encontró además una incidencia semejante de internamientos y control psiquiátrico entre las víctimas Femeninas y Masculinas, comparada con una incidencia muy alta de internamientos y control psiquiátrico entre los Imputados. Estos últimos con un promedio de internamientos de 3.5 por ciento veces mayor que el de las víctimas.

10. La incidencia de Retardo Psicomotor en la Infancia es semejante entre las Víctimas Femeninas y Masculinas (25 por ciento y 33.5 por ciento respectivamente) pero el porcentaje de no anotados es también muy alto; lo que podría hacer que estos porcentajes no fueran muy confiables.

11. El Cociente Intelectual (tomado del Examen Mental) en las Víctimas Femeninas y Masculinas es muy semejante, con un predominio del tipo Fronterizo, siguiéndole el Normal Bajo y Normal (en ese orden). Los imputados muestran un marcado nivel "Normal Bajo", seguidos por el "Normal".

12. De los examinados, a los que se les efectuó el Electroencefalograma se les nota que los porcentajes de normalidad y anormalidad de los mismos son muy semejantes. El porcentaje de casos en los que no se efectuó EEG o este no fue anotado es el más alto de todos los grupos.

13. El Diagnóstico Psiquiátrico orienta en el caso de las Víctimas Femeninas a un predominio del Retardo Mental, la Organicidad Cerebral y la Personalidad Esquizoide y Neurótica.

En el caso de las Víctimas Masculinas se aprecia un predominio marcado entre Retardo Mental y Organicidad Cerebral, semejante al de las Víctimas Femeninas.

En el grupo de los Imputados destaca la Conducta Sociopática, seguida en su orden por la Personalidad Esquizo-paranoide y el Alcoholismo Secundario, el Retardo Mental y la Personalidad Inadecuada.

Las Esquizofrenias constituyen un 10.5 por ciento de los Imputados examinados.

Solamente las Víctimas Femeninas presentaron alteraciones psíquicas relacionadas con los hechos, dando un 15 por ciento de Neurosis Depresivo-Ansiosa Situacional y un 5 por ciento para Episodio Esquizofrénico Agudo.

La Epilepsia Gran Mal solamente tiene un porcentaje importante entre las Víctimas Masculinas examinadas.

14. Los Antecedentes Delictivos no aparecen anotados entre las Víctimas Femeninas, entre las Víctimas Masculinas existe un 16.5 por ciento de Drogadicción.

Los imputados muestran una gran variedad de delitos como antecedentes, pero los más notables son los porcentajes por Robo y Hurto. La violación figuró como antecedente solo en el 4.5 por ciento de los casos, casi a la par de Vagancia.

En el cuadro comparativo entre la tipificación del delito como se hizo y como debería haber sido hecha se nota que la tipificación del delito de VIOLACION no fue hecha correctamente en ocho casos que son los que corresponden a la tipificación para estupro en ese cuadro.

En el cuadro comparativo del Delito vrs. Diagnóstico Psiquiátrico en víctimas femeninas de violación encontramos que las atendidas como víctimas de Violación se da una gama mayor de antecedentes de tipo psiquiátrico en lo que respecta a la edad. Para escolaridad en las víctimas de delitos sexuales, en estudio psiquiátrico, notamos que la incidencia es mayor en víctimas que han cursado primaria o analfabetas y que oscilan entre una edad de 5 y 20 años, como ya lo había indicado anteriormente.

En cuanto a la Hora de los Hechos vrs. la Edad en grupos de víctimas de masculinos y femeninas en delitos sexuales en el estudio clínico de 50 casos encontramos que el grupo más numeroso de víctimas se encuentra entre los 10 y los 14 años y la hora en que se cometió el delito se encuentra más frecuentemente entre las 13 horas y las 18 horas.

No aparecen víctimas masculinas en otros delitos que no sean violación.

En cuanto a la Edad vrs. Escolaridad, en los cuarenta y cinco imputados por delitos sexuales en estudio psiquiátrico encontramos que la incidencia más alta se encuentra en los individuos que han cursado enseñanza primaria y tienen edades comprendidas entre 15 y 44 años. En cuanto al cuadro comparativo de la **Ocupación vrs. Antecedentes Penales** en los 45 imputados por delitos sexuales en estudio psiquiátrico encontramos también que es notable una ligera mayor incidencia en los individuos que tienen antecedentes penales por robo-estafa y hurto y ocupaciones tales como agricultor, jornalero, carpintero y mecánico. Definitivamente la causa del diagnóstico psiquiátrico en este grupo de 45 imputados tienen predominio por el delito de VIOLACION siendo los que aparecen trastorno psiquiátrico en abusos deshonestos u otros de los que se incluyen en el cuadro muy pocos.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, y haciendo hincapié en el carácter meramente descriptivo de este estudio, además de complementario, podemos enfocar como puntos básicos:

1. A través de la historia la violación ha sido duramente castigada, incluso, y en forma generalizada, con la pena capital. En Costa Rica ha existido una pequeña evolución a través de noventa y cinco años, siendo los principales logros el haber ampliado la figura y permitir el derecho de perdón judicial a la mujer que provoque su aborto cuando el embarazo ha sido producto de una violación.

2. El bien jurídico tutelado, según la doctrina mayoritaria, es la libertad sexual, existiendo quienes opinan que lo es la libertad individual,

la honestidad, o la salud psíquica y física del menor de 12 años.
En Costa Rica el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, lo que lleva a, proteger a la prostituta.

3. La violación puede cometerse por medio de violencia física real o presunta, a través de acceso carnal que significa penetración del órgano sexual dentro del cuerpo de la víctima.

4. Sujeto activo de la violación, en nuestro medio, lo puede ser únicamente el hombre, ya que debe mediar acceso carnal, lo que significa penetración; sujeto pasivo lo puede ser cualquiera: se requiere que sea ser humano, únicamente.

5. La violación simple, contemplada en el artículo 156 del Código Penal, se compone de tres incisos en el Código. El primero de ellos se refiere a la víctima menor de 12 años, donde se tutela salud física y psíquica del menor; el segundo se refiere a persona privada de razón o incapaz de resistir.
Por privada de razón se entiende privada de la total comprensión de las relaciones y significado de los hechos. Como incapacidad de resistir se comprende todo impedimento: basta que la víctima se halle privada del poder de resistirse al acto.
También comprende el artículo 156 el uso de violencia corporal o intimidación.

6. Se agrava la pena de violación cuando se trata de presencia de calificantes o agravantes. como calificantes tenemos el parentesco o muerte de la ofendida.
Agravantes podemos enumerar, violación de deberes especiales, concurso de dos o más personas, y grave daño en la salud de la víctima.

7. El comportamiento sexual del violador, en el análisis aportado por diversos autores, se escapa al comportamiento sexual normal sin lugar a dudas, utilizándose por parte del violador la violencia física dirigida a los genitales de la víctima en su afán de expresar furia o poder casi exclusivamente.

8. La gravedad de las lesiones inflijidas por el violador en los casos con abundantes lesiones tanto genitales, como paragenitales y extragenitales, nos habla de una personalidad sádica que atenta contra la vida de la víctima, más que de un atentado contra la libertad sexual de esta.

9. a. Se describen tres tipos de violadores:
Uno que lo hace en forma accidental, otro que lo hace solamente con niñas y un tercero que lo constituyen los violadores sádicos u homicidas, además de los no incluidos en los grupos anteriores.

   b. En la descripción de los diferentes tipos de individuos clasificados como violadores hecha por Soothill et al, no se encuentra la del individuo que viola a menores retardadas mentales, o con retardo mental y defectos físicos y el que es muy frecuente encontrar en nuestro medio, según el estudio de casos aportado.
Tampoco se hace alusión al comportamiento de los individuos que violan en grupos, lo que da margen a estudios posteriores.

10. El comportamiento de una víctima de una violación es muy semejante al que tiene la presa de un ave de rapiña, atacándola y ensañándose con ella en mayor o menor grado.

11. El comportamiento adecuado de la presunta víctima es lo que en mayor grado podría prevenir los ataques, por lo que la instrucción de las jóvenes y niñas sobre este tópico podría hacer que también se alteraran los patrones de comportamiento de los violadores y se hiciera más fácil su identificación al tener que exponerse más en su afán de violencia sexual.

12. La ayuda psiquiátrica a la víctima y a la familia de ésta, son de gran utilidad, y debe implementarse de ayuda para evitar males mayores. Generalmente la víctima cae en un total descrédito, lo que la obliga a abandonar su lugar de residencia junto con sus familiares. La confidencialidad de todo el proceso, desde que es recibida en el servicio de Urgencias de un Hospital es de suma importancia, y el trato amable y comprensivo debe ser la tónica en todo momento.

13. Debe instruirse en los trámites policiales para casos de violación, a los menores y a la pobla-

ción en general, con el fin de evitar interferencias en la labor de la Policía Judicial.

14. Existe entrabamiento del sistema de justicia por mala coordinación interinstitucional (O.I.J., P.A.N.I., Ministerio Público, Ministerio de Seguridad Pública, Ministerio de Gobernación).

15. Es de la mayor importancia que la víctima sea llevada lo antes posible a examen físico, lo mismo que debe apartarse todas las prendas de vestir que pudieran tener indicios de semen o fluidos orgánicos de las personas que participaron en los hechos.

16. El examen psiquiátrico médico-legal tanto de la víctima como del agresor son de mucha importancia, y no deben ser omitidos en ningún caso.
    Los datos que aporte este examen no van a poder ser obtenidos ni por el médico examinador, ni por el investigador judicial, y complementarán en gran medida la información que debe recibir el señor Juez.

17. La preservación de las manchas, y obtención de muestras de fluidos corporales tanto de la víctima como del agresor, son prueba insustituible en el proceso que se ha de seguir.
    Debe extremarse las medidas para garantizar la pureza de las muestras, así como las medidas para que éstas sean transportadas adecuadamente.

18. La identificación de los participantes en los hechos por medio de pruebas bioquímicas, el examen directo de las muestras y la determinación de sustancias solubles de grupo sanguíneo son los que nos dan una mayor seguridad diagnóstica. Debe profundizarse en el estudio de otras pruebas, adaptándolas a nuestro medio, así como debe eliminarse el examen con luz ultravioleta por la cantidad de falsos positivos que puede dar. Las muestras para examen por contagio venéro no deben ser omitidas.

19. La incidencia mayor de casos de violencia se da en menores de 20 años y mayores de 5 años, solteras, estudiantes de primaria o de oficios domésticos, siendo el sitio preferido por el agresor la casa de la víctima o un lote vacío; la violación es efectuada en la gran mayoría de los casos por un solo individuo, apareciendo como el familiar agresor más frecuente el padre de la víctima.
    Las víctimas se defienden en la minoría de las oportunidades del ataque, pudiendo en la mayoría de los casos describir al atacante.

20. La denuncia del hecho es efectuada en forma tardía, lo que dificulta la investigación policial.

21. Una gran parte de las víctimas tenían retraso mental, así como un número considerable de los agresores exhibieron una considerada conducta anormal desde el punto de vista psiquiátrico.

22. El estudio estadístico y comparativo solo tiene el valor de una muestra muy especial, tomada de los archivos del Departamento de Medicina Legal, y en un afán meramente exploratorio expone una serie de situaciones, que para poder ser determinadas con exactitud deberán ser revisadas con la ayuda técnica apropiada y un universo apropiado. La muestra corresponde prácticamente a pacientes enviados a examen desde todo el país.

* * *

Sección III: Reseña legislativa extranjera.

LA ACCION MATERIAL CONSTITUTIVA DEL DELITO DE HURTO EN EL NUEVO CODIGO PENAL COLOMBIANO

Jorge Enrique Valencia M. *

I. GENERALIDADES

1. Podría parecer a *"prima facie"* superfluo cualquier estudio tendente a examinar la acción física constitutiva del tipo penal del hurto. Mas si reparamos en la descripción de la forma verbal actual y su contraste con la fórmula primitiva ("apoderar" por "sustraer"), no resulta del todo desacertado intentar unas ligeras anotaciones sobre el punto y conocer el trasfondo de la reforma.

2. Ni precisión ni pulcritud terminológicas se advierte de antiguo en las varias legislaciones que han elaborado la imagen del núcleo rector del modelo legal. Las múltiples formas lingüísticas utilizadas por los códigos para referirse a un mismo tipo de acción, relievan además de escasa uniformidad una pobre técnica penal. Indistintamente —y el acopio puede no ser agotado por nosotros— se habla de "sustraer", "tomar", "adquirir", "quitar", "asir", "arrebatar", "despojar", "llevar", "privar", "apropiar", "apoderar", y otras más, como si tales connotaciones afectas de imperfecciones, tradujeran una misma y exacta noción y no fuesen susceptibles de distinción tanto en el campo lexicográfico como en el estrictamente penal. Aun para el profano, un celoso concepto de pureza le obligará a escamotear, diferenciar y reprobar el parentesco más o menos próximo pero excluyente de los vocablos integrantes de la serie.

3. A oscurecerlo todo viene el gigantesco esfuerzo que a partir de la decadencia del Derecho romano se palpa en las obras de los glosadores, postglosadores y prácticos, quienes sin unidad ni suficiencia y con el solo prestigio de sus nombres, autorizan la traducción, sentido, vigencia y significación del verbo definitorio de la acción, fenómeno curioso que aún pervive, sin posibilidades de conciliación y menos aún de encaje sistemático. Desde el descenso hasta el detalle soso y la interpretación poco afortunada de los textos originales, se ha escrito abundante literatura que constantemente se depura, sin hallar precisión ni en el *"factum"* histórico ni en las fuentes primigenias. Baste decir modernamente —y nada hay de exageración en esto— que algún autor (1) entre el ayer remoto y el presente incierto encontró tantas clasificaciones y subclasificaciones que perfectamente podría escribirse un desproporcionado tratado sobre la materia (2), bien que, creemos, sería de suyo asombroso encontrar hoy en día un solo criterio que estuviese fuera del foco de influencia de aquellas etiquetas doctrinarias.

4. Una primera tesitura imbuida de ese sentido simbolista que caracterizó al Derecho romano y que sólo se recuerda por razones de carácter histórico o si se prefiere académico —*"contrectatio"* o

* *Juez Tercero Superior de Cali. Profesor Universitario del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca.*

(1) Jorge Frías Caballero, *El proceso ejecutivo del delito*. Buenos Aires, 1956, 2a. edición, págs. 307 y ss.

(2) Y con certitud que aún quedaría material para intentar similar hazaña.

mejor *"adtrectare"*— entiende perfeccionado el delito y producido el apoderamiento, en el acto mismo en que el agente toma o coge la cosa mueble ajena. Encarna, si bien se ve, una tutela harto exagerada del derecho de propiedad, tan caro a las instituciones latinas, y una protección desmesurada, por lo absoluta, a la tenencia ajena. El hecho de poner la mano sobre la cosa en manera alguna quebranta la posesión ni tal acción vulnera derechos subjetivos. Tan insegura interpretación, abdicativa de los buenos principios, es unánimemente rechazada por la doctrina actual. Cáusticamente afirmó Juan P. Ramos que de ella se hace mención en los textos "al solo efecto de recordar una de tantas teorías existentes en la materia del apoderamiento" (3). Olvídase, sin embargo, en el juzgamiento y repudio que contemporáneamente se hace del criterio —y esto con algún afán reivindicativo— que la tentativa era inconcebible en el *"antiquus ius romanum"* y que en tales circunstancias sus leyes y acciones se anticipaban a proteger la posesión ajena, bastando sólo un fugaz contacto físico con la cosa para que la acción se entendiera consumada, sin necesidad de llevársela.

5. Según otra teoría que trata de concretar el momento de integración del hurto —*"la amotio"*— éste sólo se verifica cuando la cosa es removida de lugar a lugar siendo el acto material subsiguiente el desapoderamiento, el que hace que la acción esté perfeccionada, sin que importe distinguir —como es de rigor— si el bien salió o no del radio de influencia de su legítimo detentador. Piensa Carrara —principal animador del planteamiento— que consistiendo el hurto en la violación de la posesión, aparece claro que cuando el delincuente se apropia de la cosa que estaba en poder de otro, la violación existe sin más, sin que sea necesario que el apoderamiento se prolongue ni mucho menos que el agente se haga dueño de la cosa. Insiste el maestro en sostener que es absurdo buscar la consumación en la adquisición del dominio por parte del ladrón, porque como nunca adquiere el dominio de la cosa hurtada, todos los delitos de hurto serían siempre tentados y jamás consumados. Por ello —concluye— si se prescinde de este primer momento de la remoción, que presenta la violación de la posesión, no se sabe dónde encontrar una teoría que defina el momento consumativo del hurto (4). No parece fácil, pese a su elevado origen, demostrar la conveniencia y practicidad del criterio pues la usurpación de la posesión en materia penal no puede subordinarse al mero desplazamiento físico o material del bien, olvidando que el delincuente no se apodera del mismo, mientras el legítimo detentador de la cosa prolonga en el tiempo y en el espacio la expectativa de su autoridad y señorío. El ladrón debe hacer algo más que remover la cosa. Por lo demás, como magistralmente anota Soler, Carrara deforma la realidad porque nadie hace consistir el delito de hurto en la adquisición de dominio sobre la cosa, sino solamente en la adquisición de poder y lo que se discute es si ello se logra por el mero hecho de tocar las cosas (5).

6. Se cita también la teoría de la *"illatio rei"*, que al igual que las anteriores aparece desactualizada y sin mayor anclaje científico. Según las tesis, el delito alcanza su perfección cuando el ladrón lleva la cosa a lugar seguro *"eo loco quo destinaverit fur"*, lo que significa que si el agente la deja en paraje incierto o inseguro, o se deshace de la misma, o se la entrega a un tercero, tal acción desnaturaliza la consumación del delito.

7. Otra elaboración, tan exagerada e inconsistente como sus precedentes —*"la locupletatio"*— exigía que el autor alcanzara, efectivamente, con la incautación, un provecho cierto del objeto, como si fuera importante o significativo para el propietario la consideración del devenir teleológico que se propuso obtener el delincuente, al desposeer. La lesión jurídica al patrimonio del agraviado se cumple con el despojo antijurídico, independientemente de la mira finalística. Basta enunciarla —así opina Gómez— para comprender el absurdo que envuelve y como su aceptación importaría dejar impune, en incontables casos, el hecho material de la violación de la posesión que el hurto consiste (6).

---

(3) Citado por Eusebio Gómez, *Tratado de Derecho Penal.* Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, 1941. Tomo IV, pág. 63.

(4) Fracesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal.* Editorial Depalma. Buenos Aires, 1946. Vol. IV, pág. 18.

(5) Cfr. Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino.* Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1951. Tomo IV, pág. 190.

(6) Eusebio Gómez, opus. cit.

8. Acaso, por último, sea la doctrina de la *"ablatio"* la que mejor se acomoda a la estructura dogmática actual y la que mejor penetra en la propia naturaleza del delito. Según tal punto de vista, no basta para la perfección de la acción que el hurtador remueva la cosa del lugar donde se encuentra o se desplace físicamente con ella, si en uno u otro evento no logra colocarla fuera de la esfera de protección o custodia del tenedor, ni logra eliminar todo signo de vestigio o dominio. En palabras de Soler, esta es la teoría más científica ya que no solamente atiende al manejo material de la cosa por el autor, sino a la ofensa completa del bien penalmente protegido, esto es, a que la tenencia o posesión corporal de la cosa sea aniquilada (7).

II. LA ACCION EN LA DOGMATICA LEGAL, NACIONAL Y EXTRANJERA

1. El actual Código Penal colombiano, en su artículo 349, define el hurto diciendo que "el que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno a seis años". Utilizan idéntica fórmula a la del verbo rector patrio los códigos penales del Estado de Veracruz-Llave (8), Italia (9), Argentina (10), Méjico (11) y Perú (12).

2. El Código Penal español, texto refundido en 1973, con las reformas de 26 de noviembre de 1974, 27 de junio de 1975 y 19 de julio de 1976, en su artículo 514 dice que son reos de hurto "los que sin ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño". De estirpe hispánica es la fórmula implementada por el Código Penal de Honduras (art. 512), exhibiendo también tal característica los derogados estatutos punitivos de Guatemala (art. 401) y El Salvador (art. 469). El más que centenario Código Penal boliviano —hoy sin vigencia— cayó también bajo la influencia del español con ligeras alteraciones conceptuales sin que se advierta en su contexto mayor originalidad toda vez que fue una copia al carbón del hispánico de 1822. Así estatuyó que "Comete hurto el que quita o toma para sí o para otro lo ajeno fraudulentamente, sin fuerza ni violencia contra las personas o las cosas" (13). Lastimosamente no tenemos a la mano los códigos de tales países en su versión actual.

---

(7) Cfr. Sebastián Soler, opus, cit., pág. 179.

(8) Art. 173: "Al que se apodere de una cosa total o parcialmente ajena, mueble sin consentimiento de quien pueda disponer de la misma conforme a la ley, con ánimo de dominio, lucro o uso, se sancionará de la manera siguiente:
I. Si el apoderamiento fuere con ánimo de dominio o de lucro y el valor de lo robado no excediere de cincuenta mil pesos, con prisión de un mes a cinco años y multa hasta de cinco mil pesos. Si excediere de cincuenta mil pesos, con prisión de tres a siete años y multa hasta de diez mil pesos.
Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor del cambio de la cosa robada. Si éste no pudiere determinarse o por su naturaleza no fuere posible fijar su valor o cantidad, se aplicará de un mes a cuatro años de prisión y multa hasta de seis mil pesos; y
II. Si el apoderamiento de la cosa se realizó con ánimo de uso, se impondrá prisión de un mes a tres años y multa hasta de cinco mil pesos. Además, el responsable pagará al ofendido como reparación del daño, el doble del alquiler o arrendamiento de la cosa usada".

(9) Art. 624. "El que se apodere de una cosa mueble ajena, sustrayéndosela al que la retiene, con el fin de sacar provecho de ella para sí mismo o para otra, será castigado con reclusión hasta por tres años y con multa de trescientas a cinco mil liras".

(10) Art. 162. "Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena".

(11) Art. 367. "comete el delito de robo el que se apodera de una cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

(12) Art. 237. "Al que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para aprovecharse de ella, sustrayéndola del lugar en que se encuentra, será reprimido con penitenciaria no mayor de seis años o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes".

(13) Art. 621.

3. Hablan de "apropiar" los códigos penales de Puerto Rico (14) y Chile (15). De "sustraer", el nuevo Código penal de Cuba del año 1979 (16) y el brasileño de 1940 (17).

III. INTERPRETACION DOGMATICA DE LA ACCION MATERIAL

1. Con profusión de razonamientos y juicios dos corrientes básicas pretenden explicar de *"iure condendo"* la objetividad material del delito, punto que, dicho sea de paso, aún se discute por los buenos autores: la primera suspicacia por Frías Caballero (18) y difundida, entre otros, por Rafael García Zavalia (19) y el que fuera distinguido Juez de la Cámara Criminal de Buenos Aires, Ernesto J. Ure (20), denominada "teoría de la disponibilidad" o "de la posibilidad física de dispone" sostiene que el delito está consumado cuando en algún instante existe en manos del autor la perspectiva cierta de disponer materialmente del bien, aun por escasa fracción de segundos. El carterista —dice Frías— no perfecciona el hurto quitando la cosa. Mientras forcejea con el dueño o sea perseguido llevándola consigo, el delito no está consumado, pues en momento alguno ha consolidado el poder físico de disponerla, ni se ha destruido totalmente la disponibilidad del sujeto pasivo (21). Desarrollando tales planteamientos expone: ". . .pero mientras el traspaso del poder efectivo (no el mero desplazamiento de la cosa) a las manos del ladrón *está en condiciones reales de serimpedido,* la lesión no es perfecta; estará en trance de consumarse pero no está consumada. El objeto de tutela está, en cambio, totalmente aniquilado, cuando en presencia o no del que tenía la cosa, ese poder de hecho ha pasado al ladrón, lo que ocurre solamente cuando éste ha obtenido el poder de disponer materialmente de ella, aunque sea por breves instantes" (22). La otra tendencia, conocida como la teoría del desapoderamiento, subraya el menoscabo del bien jurídico resguardado por el legislador cuando el autor simplemente priva al tenedor de la custodia de la cosa. Con arreglo a ella la acción ma-

---

(14) Art. 165. "Toda persona que ilegalmente se apropie sin violencia ni intimidación de bienes muebles, pertenecientes a otra persona, será sancionada con pena de reclusión por un término que no excederá de seis meses o multa que no excederá de quinientos dólares, o ambas penas, a discreción del Tribunal".

(15) Art. 432. "El que sin la voluntad de su dueño o con ánimo de lucrarse se apropie cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo: si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto".

(16) Art. 380. 1. "El que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a tres años.
2. La sanción es de privación de libertad de tres a ocho años:
a) Si, como consecuencia del delito, se produce un grave perjuicio.
b) Si el hecho se ejecuta por una o más personas actuando como miembros de un grupo organizado o banda.
c) Si el hecho se comete en vivienda habitada.
3. Si el hecho se realiza con la participación de menores de dieciséis años de edad, la sanción es de privación de libertad de cuatro a doce años.
4. En igual sanción a la prevista en el apartado 2 incurre el que, con ánimo de lucro, sustraiga un vehículo, de motor y se apodere de cualquiera de sus partes componentes o de alguna de sus piezas.
5. Si el objeto del delito son bienes de la propiedad socialista, estatal o cooperativa, o de instituciones sociales o de masas, o de bienes de propiedad personal al cuidado de una entidad económica estatal, la sanción es:
a) De privación de libertad de uno a cuatro años en el caso del apartado 1.
b) De privación de libertad de cuatro a diez años en los casos de los apartados 2 y 4.
c) De privación de libertad de cinco a catorce años en el caso del apartado 3".

(17) Art. 155. "Hurto, sustraer para sí o para otro cosa ajena mueble".

(18) Jorge Frías Caballero, *La acción material constitutiva del delito de hurto.* Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1962.

(19) *El apoderamiento en el delito de hurto.* (La Ley, t. 52, pág. 761).

(20) Fallo publicado en el apéndice de la obra *La acción material constitutiva del delito de hurto,* ya citada, págs. 71 a 81.

(21) Cfr. Frías Caballero, opus, cit., pág. 40.

(22) Frías Caballero, opus, cit., págs. 38 a 39.

terial del hurto está completa por el desapoderamiento del agraviado con intención el delincuente de apoderarse de la cosa ajena. La influencia de Núñez ha sido evidente. Así, dice el maestro que el hurto se consuma tan pronto un acto de apoderamiento del delincuente ha privado a otro de la posesión coporal de la cosa. Esto sucede cuando, según las circunstancias del evento, a causa del acto de apoderamiento, la cosa ya no es portada o conducida por la víctima, o ya no está en la esfera o ámbito de custodia del agraviado o en el de su tenencia simbólica. Logrado esto por el autor —continúa— desde el punto de vista de la ofensa propia del hurto la propiedad ajena ya está lesionada de manera perfecta, porque el bien que la integraba —la tenencia de la cosa— ya no la integra más. La mayor o menor perfección de la tenencia de la cosa por el autor sólo atañe al grado de posibilidad de restitución de la tenencia aniquilada, pero no puede incidir en la lesión patrimonial jurídicamente perfecta (23).

2. En el medio y en complaciente maridaje que jamás se expuso a la crítica científica, se asimilaron las nociones de "apoderamiento" y "sustracción". La técnica jurídico-penal y los buenos principios quedaron relegados a un segundo plano. La lectura de las obras de la casi totalidad de autores colombianos se desentiende del problema dogmático y con singular unanimidad subrayan el pacífico cauce doctrinal acotado (24), con la solitaria excepción de Arenas (25), quien se ciñe escrupulosamente a la literalidad del núcleo rector estampado en el texto.

3. En el examen de la cuestión la jurisprudencia de la Suprema tampoco estuvo afortunada, al menos en una etapa inicial de su pontificado. Así, en Sentencia del 8 de octubre de 1940, dijo: "Apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas que se predican igualmente del hurto y del robo y que, por lo mismo, no marcan la zona de deslinde entre una y otra infracción" (26). El criterio es refrendado por la Corte en casaciones del 8 de octubre de 1946 (27) y del 12 de junio de 1955 (28). Para indignación de algunos juristas, pero con una mejor visión del asunto, la Corte escribió en memorable decisión: "De acuerdo con el concepto general de los comentadores, no basta la simple aprehensión material de la cosa, pero tampoco es necesario que el ladrón la haya trasladado a un lugar seguro o que se haya habido apoderamiento del bien; pero cuando se realizan esos otros actos ya se ha ejecutado antes el de tomarlo para sí con ánimo de hacerlo propio y ha quedado excluido de hecho la posesión del dueño o de quien a nombre de éste la tenía, sin que sea indispensable el lucro efectivo, pues basta el propósito efectivo, pues basta el propósito de tenerlo" (29). Antes o después de la vigencia de este criterio, la Corte expuso la buena doctrina en las casaciones del 28 de marzo de 1949, 20 de febrero de 1951, 12 de junio de 1951 y 21 de mayo de 1956.

4. El delito-tipo de hurto bajo la dogmática vigente, examinado el verbo rector, núcleo del tipo legal, ha sido acuñado sobre la base de considerar preferentemente la conducta ejecutiva del autor que el despojo antijurídico de la cosa, estableciéndose así el límite entre la perfección y la tentativa del acto. De todas maneras, la configuración de la acción típica furtiva se descompone en dos estadios: activo, el uno (poder de disposición), pasivo, el otro (desposesión del objeto). Cuando una y

---

(23) Ricardo C. Núñez, *Derecho Penal Argentino.* Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1967. Parte Especial, tomo V, pág. 181.

(24) Entre otros, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, *Delito contra la Propiedad.* 3a. edición. Editorial Diario Jurídico. Bogotá, 1957, pág. 28: Humberto Barrera Domínguez, *Delitos contra el patrimonio económico.* Editorial Temis. Bogotá, 1963, págs. 57 y 66; Luis Carlos Pérez, *Tratado de Derecho Penal.* Editorial Temis, Bogotá, 1974. Parte Especial. Tomo V, pág. 561: Luis Gutiérrez Jiménez, *Derecho Penal Especial.* Editorial Temis. Bogotá, 1965, páginas 494 y 495; Pedro Pacheco Osorio, *Derecho Penal Especial.* Editorial Temis. Bogotá, 1975. Tomo IV, pág. 81.

(25) Antonio Vicente Arenas, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad.* Imprenta Antares. Bogotá, 1962, página 218.

(26) G. J., t. LXI, pág. 489.

(27) G. J., t. LXXX, pág. 796.

(28) G. J., t. LXIII, pág. 207.

(29) Con buen provecho pueden consultarse, en su orden, en la G. J., t. LXV, pág. 741; t. LXIX, pág. 199 y 754 y t. LXXXII, pág. 653.

otra fase convergen en la plenitud de su densidad antijurídica se integra necesariamente la noción del delito.

5. Para la estructuración de la conducta ejecutiva no basta que el derechohabiente pierda la cosa y el agente la detente por un largo o breve intervalo. Hácese necesario la disponibilidad corporal y efectiva del objeto por parte del hurtador lo que traduce el elemento subjetivo de antijuridicidad. El concepto de "apoderar" implica algo más que la acción física, externa u objetiva de remover o quitar. Lo definitivo en la materia no es el desapoderamiento o la sustracción de la cosa, si el agente carece de la idoneidad, capacidad o posibilidad de disfrutar a su talante, aun por breve tracto y sin solución de continuidad, del bien ilegalmente apropiado. El criterio de disponibilidad (posibilidad real de disponer de la cosa) y no el de desapoderamiento (mero desplazamiento del objeto), define la acción típica. Así, el agente del delito que es descubierto por el damnificado, la autoridad o un tercero, en el momento mismo de evacuar el inmueble donde agotó el latrocinio, ciertamente que ve obstaculizado el decurso del ciclo criminoso y frustrada la perspectiva de disponer del bien ajeno. Igualmente la mucama que se apodera de joyas de su patrona, escondiéndolas en su habitación sin poderlas sacar de tal lugar contra sus propios deseos de hacerlas suyas, carece de la libre disponibilidad de disfrute. De similar manera, el ladrón que es detenido en situación concomitante al hecho o aquél que siendo perseguido por la propia víctima es alcanzado y sometido a la autoridad, tampoco tiene, a pesar del contacto físico con la cosa, capacidad fáctica de disposición. O sea, que a pesar de la flagrancia de estos supuestos y de estar en idéntica línea de ataque patrimonial, el delito no se perfecciona mientras el delincuente no posea la disponibilidad potencial, así sea fugar y transitoria de someter el objeto a su autoridad y control más allá del acoso de trabas o impedimentos que perturben el ejercicio de actos posesorios. Sólo cuando el agente, superado el desplazamiento, goza un poder de hecho o de una facultad de disposición que le permite ejercer un señorío material sobre la cosa, no empece a lo circunstancial o momentánea de la misma, podrá hablarse de un delito consumado y no tentado.

6. El tipo penal no se perfecciona por el acto de sustracción o detentación del objeto, con intención el ladrón de hacerle suyo, ni puede decirse como lo hace el admirado maestro de Córdoba, que en tal evento la propiedad ajena está lesionada de manera perfecta (30). No, el injusto sólo alcanza su plenitud fenoménica y jurídica cuando el autor, a través de la materialización de la acción antijurídica— llámese aprehensión, despojo, desplazamiento, extracción, sustracción, apropiación y apoderamiento— la incorpora a su patrimonio soslayando las cautelas, precauciones y seguridades implementadas por su propietario para prevenir el desposeimiento, con ánimo de asumir la posesión y de quedarse definitivamente con ella. Si subsiguientemente a la apropiación nada ni nadie pone en peligro su prepotencia y albedrío, la acción es perfecta.

A los efectos dichos carece entonces de fuste el acto de quitar, arrebatar, desposeer, remover, coger, separar y otras de contenido análogo, si el autor pese a la lesión patrimonial producida no logra quebrantar del todo la posesión ajena ni consolidar un poder fáctico autónomo, ni desembarazarse de la observación y vigilancia a que es sometido por la víctima, o en últimas no logra situar el bien fuera de la esfera de influencia y resguardo del dueño o propietario. La tenencia de la cosa debe reflejar para el hurtador un real estado de opción y libertad donde sin interferencias ni estorbos pueda privilegiadamente por sí y ante sí ejercer actos de potestad, imperio y dominio como si se tratara del legítimo señor del bien, posibilidad que correlativamente pierde el derechohabiente toda vez que resulta imposible admitir que la cosa se halla bajo el poder coetáneo y excluyente de dos individuos. No parece lúcido sostener pues que el agente ha consumado la acción ejecutiva cuando no logra eludir las barreras de protección montadas sobre la cosa o superar por breve espacio temporal, la esfera de poder de quien detente autonomía sobre la misma. En tales supuestos se produce ciertamente un resultado típico penal —tentativa— y no una lesión efectiva al concreto interés individual o colectivo tutelado por el legislador en el tipo modelo legal. Califícase así el desvalor de la acción y no el resultado objetivo del comportamiento.

Que el agente detente materialmente el bien,

(30) Núñez, opus, cit., pág. 181.

por breve o largo tiempo es cuestión que carece de mayor importancia en la estructura penalística del tipo, si no ha logrado superar la "esfera de custodia" o de "disposición" o de "vigilancia" o de "poder" o de "actividad patrimonial" impuesta por el propietario sobre la cosa para avalar objetivamente el señorío que tiene sobre ellas. A la ley penal lo que le interesa por encima de referencias temporales o condiciones de tiempo es que el autor pueda disponer del objeto comportándose de hecho como dueño de ella, sin nudos ni tropiezos que entraban el ejercicio de su actividad ilícita, aún por tiempo limitado. Del criterio sugerido participa un querido y recordado maestro español cuando insuperablemente escribe: "Quede, eso sí, bien claro que para que el hurto se consume, resulta suficiente que el autor del delito goce, aunque sea por una mínima fracción de tiempo, de la posibilidad de disponer de lo hurtado en la forma enunciada. Si aprovecha o no tal posibilidad es intrascendente el efecto. Que consumar un delito es cosa distinta de agotarle, como ha puesto de relieve la moderna dogmática jurídico-penal" (31).

7. Si debido a la inexistencia del objeto material, el ladrón no alcanza el apoderamiento de la cosa, no empece el agotamiento de actos idóneos e inequívocos enderezados a la ofensa del derecho protegido, la acción sólo es punible en aquellas legislaciones donde tal comportamiento encuadra en una descripción típica (tentativa imposible). No es el caso de nuestro código, si bien siguiendo el consagrado en su artículo 18. No constituye por tanto conducta pensamiento positivista de la peligrosidad, el código de 1936 la típica la del autor que con intención de hurtar, irrumpe en domicilio ajeno en la creencia de encontrar objetos y mercaderías cuando tal lugar está deshabitado de tiempo atrás. Esta imposibilidad de comisión —apunta certeramente Jiménez Huerta— no se da cuando la inconsumación del delito es debida más que a una impracticabilidad de naturaleza estable, a una circunstancia contingente meramente casual o episódica como acontece cuando el ladrón introduce su mano en el bolsillo del traje del sujeto pasivo, considerando erróneamente que en dicho bolsillo llevaba el dinero que portaba en el izquierdo, o cuando la víctima, precavidamente, cambió el dinero de bolsillo al darse cuenta de la sospechosa proximidad del ladrón (32).

8. La noción de apoderar —lo dicen los maestros— es una noción compuesta que como toda acción requiere una objetividad y un aspecto subjetivo. El primero se alcanza cuando el sujeto ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa, sin que interese examinar que efectivamente lo haya hecho. El aspecto subjetivo requiere que haya querido disponer u obtener la disponibilidad que efectivamente adquiere en el apoderamiento, sin entrar a averiguar si alcanzó o no el ámbito de la disponibilidad que se propuso. O lo que es igual: si el autor alcanza con la desposesión el contenido de la voluntad finalista cualquiera que sea el espectro perseguido o *"animus lucrandi"* (notoriamente las finalidades de uso, goce, enajenación o disfrute) resulta inocuo determinar la realidad teleológica de tales propósitos pues que se estaría exigiendo una ultrafinalidad cuya obtención no haría más que agotar una conducta consumada. Subordinar la consumación del delito —escribe Jiménez Huertas— a que el agente tenga la ocasión de usar, gozar o vender la cosa, es pretender condicionar la perfección del delito a una posibilidad futura inmediata innecesaria para su integración (33).

9. Aprovechando la estadía del profesor argentino Raúl Eugenio Zaffaroni en nuestra ciudad (34), inquirimos su opinión acerca de este supuesto: Cuál la situación jurídica-penal del sujeto que tras apoderarse de un reloj es alcanzado por el propio ofendido y en el forcejeo por recuperar la cosa, el primero contrariado por tal acti-

(31) Blasco Fernández de Moreda, *Enciclopedia Jurídica Omeba.* Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1967. Tomo XIV, pág. 654.

(32) Mariano Jiménez Huerta. *Derecho Penal Mejicano.* Editorial Porrúa, S.A. Méjico, 1973. Tomo IV, pág. 80.

(33) Cfr. Mariano Jiménez Huerta, opus, cit., pág. 80.

(34) De paso, nuestros públicos agradecimientos al ilustre jurista, quien con generoso desprendimiento dictó en Cali y Popayán interesantes y muy sustantivas conferencias sobre aspectos del Derecho penal contemporáneo.

tud, la arroja al suelo con la intención de destruirla o inutilizarla. Por escrito nos dejó la siguiente respuesta que sin comentarios —pues nos identificamos con su pensamiento —transcribimos *ad pedem litterae:*

"La disponibilidad objetivamente necesaria para la consumación del hurto es la mera posibilidad (aunque fuera fugaz y pasajera y no aprovechada por el sujeto activo) de disponer de la cosa, pero hay que tener en cuenta que ésta no puede reducirse a la mera posibilidad de que el sujeto destruya la cosa. Cuando el sujeto ha tenido únicamente la posibilidad de destruir la cosa y ninguna otras más (usarla, consumirla, donarla, venderla, etc.) no puede considerarse que el delito se haya consumado, entre otras cosas porque en esas circunstancias por lo general no sólo se ha consumado el apoderamiento sino ni siquiera el desapoderamiento previo (la sustracción). Si un sujeto remueve un objeto frágil y es perseguido a la carrera por el propietario y cuando se percata de que lo van a prender arroja el objeto al piso y así lo destruye o lo daña, no hay un hurto consumado (no sustrajo, desde que la cosa no salió nunca del todo de la esfera de custodia y, por ende, menos puede considerarse que se apoderó). En tal caso hay un concurso real de tentativa de hurto y daño consumado (no hay una unidad de conducta, sino una mera unidad de circunstancias; la unidad de conducta no existe porque no existe el elemento unificante psicológico necesario que es una única resolución criminal, sino dos: la de hurtar, y, al verla frustrada, recién surge una segunda decisión criminal, que es el dolo de daño)".

* * *

Sección IV.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

Andrés ALARCON-SEGOVIA (director), **Estudio jurídico-urbanístico de la legislación de la República de Costa Rica**, Ciudad de México: Estudios y Proyectos S.A., cuatro volúmenes, 153 + 325 + 161 + 203 ff., 1977-1978.

De la creciente presencia del horizonte latinoamericano, en la ciencia jurídica mexicana, testimonia esta prolija investigación aplicada, realizada por un grupo de urbanistas mexicanos en Costa Rica, a comienzos del sexenio mexicano 1976-1982, poco tiempo después de entradas en vigencia las adiciones y modificaciones a la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 27, 73 y 115) y de ser promulgadas las disposiciones de la Ley General de Asentamientos Humanos de 26 de mayo de 1976 y la Ley del Desarrollo Urbano del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos (cfr. la obra colectiva **Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda**, Ciudad de México: Porrúa e Infonavit, 1977, 788 págs., esp. 453-540).

Nuestro continente se encontraba y encuentra, –como consecuencia del fracaso de las estructuras agrarias dependientes, y del crecimiento desorbitado de urbes, carentes de una industrialización suficiente– ante el surgimiento de una conflictiva económica y social para la cual **no han sido preparadas estructuras normativas idóneas debido,** principalmente en lo jurídico-formal, **a la mentalidad individualista y a las técnicas anticuadas todavía dominantes en la casi totalidad de las Facultades de Derecho latinoamericanas.** En efecto, la concepción liberal de la ciencia jurídica **coincide** con la postura abstencionista del Poder Público, **desconoce** la necesidad de principio (y no supletoria) de la acción administrativa en la configuración eficiente (y no simplemente escrita y retórica) de los derechos individuales y sociales, **e ignora** la misión decisiva que tienen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública en el fortalecimiento de las libertades **concretas.** Coincidencia, desconocimiento e ignorancia cuya superación impone **una integración de los valores político-sociales** –de las instituciones y particularmente de la constitución– **en el estudio del Derecho Público** que es –por naturaleza y debe ser, por imperativo científico– un Derecho Político. La construcción lógico-formal de LABAND, cuyo ejecutor testamentario ha sido KELSEN, ha llevado en el segundo tercio del Siglo XX Latinoamericano a convertir a la ciencia jurídica en una especie de geometría normativa, que menosprecia toda consideración e integración, en el Derecho, de valores históricos, sociales y económicos, políticos en definitiva.

La coyuntura latinoamericana en este umbral de crisis generalizada que ilustra el tercer tercio del Siglo XX, añade así, **en lo puramente técnico,** una rarefacción formalista y un empobrecimiento conceptual increíbles del ser del Derecho, **siendo la ciencia pretendidamente pura del Derecho** una deformación completa del orden jurídico existente en la realidad, **una especie de "ciencia jurídica sin derecho"** como la llamara HELLER, que coincide históricamente con una completa incapacidad para resolver los verdaderos problemas que asaltan a la ciencia jurídica en cuanto rama de las ciencias sociales.

En el derecho público de los países exportadores de materias primas, urge la oposición al positivismo jurídico y a sus epígonos de un método de

realismo jurídico, que integre en el fenómeno "Derecho" no sólo la pura norma, sino también sus elementos históricos extranormativos, los elementos económicos, sociales y políticos de lo jurídico. **El "ser del Derecho" supone la integración dialéctica de elementos de Regla y de elementos de Poder,** puestos de manifiesto estos últimos en los factores económicos, sociales y políticos. Por ello, la determinación del dominio de aplicación de una regla jurídica impone investigar, además de sus elementos estructurales y puramente normativos, el interés protegido por ella, y si otros intereses jurídicos protegidos por la Constitución tienen un mayor valor que el protegido por dicha disposición, para luego rematar en una interpretación extensiva o restrictiva.

Es partiendo de estas consideraciones y reservas generales que emprendemos la recensión de este **Estudio,** cuyo normativismo marcado no le impide ciertamente el que se le considere como **una contribución de vanguardia a la reflexión puramente técnico-jurídica sobre nuestra problemática.** Sabíamos de su existencia y difícil alumbramiento por múltiples diálogos con su director; debemos hoy el manejo directo del dactiloscrito inédito, a la gentileza, que mucho agradecemos, de la Biblioteca "Andrés Alarcón-Segovia" de la División de Estudios de Postgrado de la Escuela Nacional de Arquitectura, y del director de ésta, el arquitecto Jesús AGUIRRE-CARDENAS.

I

Licenciado en Derecho por la U.N.A.M. con una tesis sobre **Sociedad, Ciudad, Planeación y Derecho Urbano;** Maestro en Planeación Urbana por la Escuela Nacional de Arquitectura de la U.N.A.M. y postgraduado en Derecho Urbanístico por la Universidad Complutense de Madrid; fundador y titular de la cátedra de Derecho Urbanístico en la misma E.N.A., cuyo Acervo Bibliográfico de postgrado hoy lleva su nombre; catedrático de Legislación Ambiental e investigador del Centro de Estudios del Medio Ambiente (Atzcapotzalco) y profesor de Legislación Urbanística (Xochimilco) en la Universidad Autónoma Metropolitana. Tal fue la vida académica del joven maestro Andrés ALARCON-SEGOVIA (1943-1979), que nos ha sido arrebatado cuando más cabía esperar de sus ya fecundas investigación y docencia, y de su profunda cultura, jurídica y humanística, insólitas para el medio, cuyas limitaciones hasta geográficas empezaba firmemente a rebasar, como este **Estudio** testimonia.

Espíritu generoso, luchador incansable, enriqueció en la bibliografía mexicana el lenguaje interdisciplinario de los Asentamientos Humanos y del Urbanismo con los conceptos de eficacia, de seguridad jurídica y de justicia; su talento y su inquietud lo llevaron a forjar cátedras, crear cursos, dar conferencias y escribir artículos y estudios en los cuales, sin apartarse del rigor académico, buscó la forma de influir en consideraciones de orden económico y social, que le dieran a su esfuerzo la dimensión de saber universal que debe ser patrimonio de la Universidad. En ésta, en particular y enfrentándose a la incomprensión de los "pobres de espíritu", defendió en el claustro de la Metropolitana, **el derecho indiscutible de proponer la creación de campos de estudio e investigación que se apartaban de los moldes tradicionales de enseñanza;** los muros de Aztcapotzalco, sede de uno de los centros pioneros en la investigación jurídica de América Latina, recuerdan que este universitario —de corazón y de espíritu, que vivió y murió en el seno del quehacer universitario— dio base y solidez jurídicas al Centro de Estudios del Medio Ambiente (C.E.M.A.), con sus argumentaciones prolijas y tesoneras, que pugnaron siempre por abrir nuevas brechas en el horizonte del conocimiento.

La dirección de la obra colectiva aquí recensionada se inserta en el impulso creador que iniciara la tesis citada y que continuaron, entre otras, las publicaciones siguientes: *Análisis comprobados de soluciones jurídicas para los usos del suelo,* Ciudad de México: O.E.A., D.D.F. y Colegio de México, memoria, 1973; *Aspectos jurídicos urbanísticos,* Simposio Nacional de problemas urbanos, Estado de México: AURIS, 1973; *Fundamentos constitucionales y principios de derecho urbanístico,* UAM, 1975; *Los problemas del área metropolitana,* IEPES, 1975; *Hacia un derecho urbanístico: el caso de México,* ciudad de México: "Revista

mexicana de comercio exterior", 1976; *Aspectos metodológicos del derecho urbanístico,* ciudad de México: "Revista CIDIV" (INDECO), 1976; *Plan de ordenamiento de la zona, conurbada del Valle de México,* ciudad de México: *"VIVIENDA",* año 2, No. 9, ab. 1977, págs. 36-61. Complementariamente cabría mencionar, como **trabajos** de doctrina aplicada a la praxis nacional, sus estudios con Luis UNIKEL y otros, relativos a los planes directores de desarrollo metropolitano, elaborados para Supervisión Cervantes Asociados, S.A., respecto de **Manzanillo** (1975, 210 pp.), **Tampico/Madero** (1975, 214 pp.), **Salina Cruz** (1975, 215 pp.) y **México** (1975, 215 pp.).

II

En la Reunión Nacional sobre Población y Desarrollo Urbano, el 17 de febrero de 1976, con el entonces candidato J. LOPEZ-PORTILLO y PACHECO en el marco del Instituto de Estudios Políticos y Sociales del P.R.I., ALARCON-SEGOVIA presentó sus *Bases para la planeación urbana: hacia un derecho urbanístico estructural,* en las cuales concluía con las recomendaciones siguientes:

"Es necesario legislar en el orden urbanístico en forma coherente y sistemática. La improvisación en estos aspectos engendra tan sólo disposiciones aisladas, sin un válido contenido normativo, que no son instrumentos idóneos de orden jurídico para la solución de problemas en el país. La propiedad urbana, por otro lado, debe de regularse buscando nuevas formas de tenencia, a fin de propiciar una reforma urbana integral, marco para la cabal gestación práctica de los planes del desarrollo urbano" (p. 136).

Estas conclusiones, necesariamente muy generales y en el marco de una Reunión en la cual las veintiuna ponencias fueron sumamente "vagas", fueron empero acompañadas de precisiones referentes a vivienda y sistema político, a la teoría estructural del derecho urbanístico, al planeamiento global y al derecho de propiedad, que parece oportuno poner aquí de manifiesto, como antecedente inmediato y sintético del importante **Estudio** objeto de la presente recensión.

Para ALARCON, **México es un país cuyas múltiples carencias se reflejan en la estructura urbana** de todas y cada una de sus ciudades y del sistema general de asentamientos del país. Las principales ciudades del país carecen de los servicios suficientes, la necesaria infraestructura y el equipamiento mínimo para dar respuesta a las necesidades de sus habitantes, reflejándose el problema más agudo en **la carencia de vivienda digna, que afecta a la población mayoritaria siempre de escasos recursos.** Por lo demás, graves desequilibrios regionales, tanto a nivel nacional como estatal, han sido provocados desde antaño por la primacía de centros a los que hoy confluyen la desesperada masa de buscadores de trabajo y oportunidades:

"La problemática interurbana está causada así por un desajuste en el equilibrio de los centros e **imbricada de contradicciones políticas, económicas y sociales que pueden,** ante su relevancia, **provocar** ante cualquier observador **el cuestionamiento de validez del sistema"** (p. 137).

La legislación anterior a las enmiendas constitucionales federales de 1976 dio apenas pálidas respuestas ineficaces a la problemática interurbana. Según la Teoría estructural, la plena eficacia del sistema normativo, referido a la problemática urbano-regional, previene que toda norma de planeación rectora del desarrollo deberá estar instrumentada, mediante controles y estímulos, y que todo control y estímulo deberá justificarse en una norma de planeación jerárquicamente superior. Todo ello en el marco administrativo de la eficacia, regulado por disposiciones orgánicas y fiscales, y, en el marco procesal, por aquellas normas que regulen las acciones de defensa individual y las de exigencia frente a toda administración irresponsable.

Recordando que en México se han elaborado infinitos planes, planos reguladores y proyectos urbanísticos, que han carecido de la validez necesaria dentro del universo jurídico imperante, ALARCON apuntaba que **el problema urbanístico está ligado fundamentalmente a la situación económico-social,** por lo que toda regulación jurídica en lo urbano debe de encuadrarse en el marco de un plan de desarrollo económico y social, reglado asimismo por normas jurídicas.

Con rigor de verdadero jurista, y no de simple legista, señalaba que el factor determinante en nuestras sociedades es **la propiedad, de cuyas desmembraciones y posibilidades depende,** considerablemente, **el sano desarrollo urbano:**

"Nada valdría el esfuerzo sistemático y conceptual establecido en leyes sin antes vertir este concepto conforme a las necesidades insoslayables de nuevos moldes, a fin de llenar los huecos que conduzcan a una Reforma Urbana Integral. Si se continúa tropezando, en los loables afanes de vivienda y servicios para una población mayoritaria, con la irrestricta especulación inmobiliaria, todo esfuerzo de desarrollo urbano será inútil en su validez integral. **Hay que considerar que la vivienda es un bien duradero de consumo necesario, y que la propiedad sobre el suelo deberá de regularse a todo nivel, imponiendo modalidades nuevas, políticamente ingeniosas y escindiéndola de las casi brutales leyes de la oferta y la demanda"** (p. 142).

Ahora bien, la experiencia mexicana de ALARCON-SEGOVIA perfila igualmente un antecedente indescuidable de este **Estudio,** en un trabajo institucional que merece párrafo aparte.

III

En efecto, sus *Lineamientos para la formulación de una política nacional de vivienda* (S.A.H. O.P.: Dirección General de Desarrollo Urbano y Vivienda/Subdirección de Vivienda, mayo 1977, 52 ff.), planteaban bases para la formulación de una política de vivienda articulada a los grandes objetivos de una planeación nacional.

Sin detenernos en cada uno de estos **Lineamientos** que merecerían su reproducción íntegra en esta **Revista,** cabe aquí retener algunas consideraciones y posturas concretas, que permiten superar ciertas limitaciones aparentes del **Estudio** costarricense, derivadas de su metodología excesivamente monodisciplinaria.

Los **Lineamientos** coinciden con **La Constitución española de 1978.** (Cfr. la obra homónima, dirigida por Alberto PREDIERI y E. GARCIA DE ENTERRIA, Madrid: Civitas, 1980, 880 pp., esp. La contribución de Miguel SANCHEZ - MORON, *Notas sobre la función administrativa. . .,* 601-659, su pág. 646 ss.).

En efecto, abandonan la postura liberal y reclaman, **de principio,** una intensa acción del Poder Público en materia económica, y, por ende, en el subsector de los cometidos de urbanismo y vivienda. "Si nos limitásemos a concebir las políticas de vivienda como un simple marco de lineamientos y criterios de acción, estaríamos con ello circunscribiéndonos al campo de las buenas intenciones, y así, al de la ineficacia de la planificación idealista. La política, conceptualizada como el camino que asume el Estado para conducir las acciones y conductas sociales en el terreno de la vivienda, implica, en cambio, la necesidad de plantear objetivos viables y precisos, decisión de llevar a cabo las acciones propuestas, indicaciones de cómo hacerlo, integración de un marco instrumental adecuado, articulación del sector al plan general de desarrollo, etc. **Tal concepto de política tiene,** por tanto, **un carácter de acto y no de simple guía o declaración"** (ff. 1-2).

Existen dos teorías para enfocar el fenómeno de vivienda: una tradicional, que entiende el problema como un desequilibrio de la oferta y la demanda, y encara la solución como un mayor número de unidades de producto terminado, realizado a través de la acción directa del Poder Público o del sector privado organizado; una estructuralista, en la cual **el problema no depende de la escasez de unidades de vivienda en el mercado, sino de la situación económica general y del nivel de desarrollo.** Este último enfoque, al que adhiere nuestro autor, hace necesario dar prioridad al ingreso y sus formas de distribución, y lleva a sostener **la insuficiencia de una política habitacional limitada al enfoque de aspectos estrictamente físicos.**

La lucidez lleva a recordar las siguientes cifras sectoriales de participación en la producción de vivienda:

SECTORES	PARTICIPACION EN LA PRODUCCION DE VIVIENDA	
	1950–1970	1970–1976
Público	7.8	18.0
Privado	27.0	16.5
Popular	66.0	66.5

La creciente participación del Poder Público en la producción de vivienda en la década de los setentas (INFONAVIT, FOVIMI, FOVISSSTE, etc.) **no ha aliviado al sector popular,** quien sigue produciendo dos terceras partes de la vivienda del país. **Más bien ha liberado al sector privado,** cuya inversión habitacional se ha retraído para dirigirse especulativamente hacia áreas más rentables.

Si los recursos destinables a vivienda son limitados y en verdad escasos, frente a las grandes necesidades se abren otros aspectos del problema.

Como problema normativo e instrumental, pobladores populares, promotores privados, y hasta el sector público, se ven estorbados por instrumentos jurídicos, administrativos, fiscales y financieros que no tienen relación con la dinámica del problema en su situación actual.

Así, **el código civil** reglamenta la propiedad de la vivienda y del suelo urbano y **señala necesidades de registro y servicios notariales, que incrementan los gastos en forma incongruente con los propósitos sociales de la producción de la vivienda, y dificultan y encarecen la trasmisión de su tenencia. La administración municipal** desconoce la población popular asentada fuera del fundo urbano, y **hostiliza los fraccionamientos irregulares ajenos a los ordenamientos vigentes;** la ineficacia de ventanilla, y la corrupción que todo lo matiza, hacen de cualquier gestión de servicios (alineamiento, número oficial, agua, drenaje, etc.) una confrontación frecuentemente infructuosa. Los gravámenes fiscales a las utilidades excesivas derivadas de plusvalía o especulación inmobiliaria, no están suficientemente generalizados en el país, debiendo orientar su ejercicio al desaliento del latifundismo urbano y al fomento de la acción de los pobladores populares. En lo financiero y crediticio, son de observar las violaciones a las disposiciones del banco central en lo referente a gastos por apertura y otros que, indebidamente, se cargan al usuario por el concesionario bancario, para cuya actitud de lucro no importan los usuarios de crédito de baja condición económica, excluidos del juego de amplias garantías y de rigidez en los planes de financiamiento. **En resumen, el andamiaje de las reglas de derecho vigentes margina a más de dos terceras partes de la población** (ff. 9-10), respecto del concepto ostentoso de "vivienda digna", diseñado por los técnicos consumistas, secretados por nuestras clases medias.

Además de estas problemáticas instrumental y conceptual, **existen problemas de desajuste en el mercado y de distribución del ingreso.** La producción formal actual ha resuelto el problema habitacional del 15 por ciento de la población del país, la mejor remunerada, y pudiera hacerlo para otro 15 o 18 por ciento más: tal es la demanda efectiva de las viviendas producidas, según los requisitos legales de adquirir tierra y según las normas y formas "modernas" de construcción y financiamiento; **este desajuste apunta hacia el deterioro creciente de las condiciones habitacionales de los mexicanos,** pasando el índice de hacinamiento de 4.9 habitantes por vivienda en 1950, a 5.5 en 1960, 5.8 en 1970 y a 6.0 según proyecciones para 1976; este deterioro se combina con las condiciones menguadas de habitabilidad que presentan las viviendas, cuyo índice pasa de un 30 por ciento de viviendas consideradas deficientes en 1935, a un 60 por ciento en 1952 y a un 70 por ciento en 1962. En lo cualitativo, en 1970, del total de viviendas: 41 por ciento tenían piso de tierra, 38 por ciento carecían de agua, 58 por ciento no disponían de drenaje, 41 por ciento carecían de electricidad. Complementariamente, **el problema habitacional refleja los efectos de una creciente desigualdad en la distribución del ingreso y de los beneficios sociales,** debiendo entendérselo en el centro de los conflictos específicos que articula, donde se perjudican las mayorías en beneficio de quienes controlan la producción de vivienda (capital hipotecario y financiero, industria de la construcción, dueños de la tierra) (ff. 11-15).

Por todo ello, se impone una política que tienda a frenar el deterioro e impulsar el mejora-

miento de las condiciones habitacionales, **política de vivienda y desarrollo urbano que debe atravesar la sociedad completa y no limitarse a los sectores medios y de asalariados, que pueden beneficiarse con los programas de "interés social".** A ello contribuirán el financiamiento barato, la elevación de la productividad de la construcción, el control del mercado de materiales y del mercado del suelo: respecto de este último, se apunta que "una regularización o dotación de tierra a bajo precio sin incidir sobre la libre disposición de la propiedad privada, significa en última instancia favorecer a los llamados especuladores urbanos, quienes pueden realizar altas rentas, no sólo en la zona inmediata sino en cualquier otro sector urbano en el que posean tierra urbanizable" (f. 19). El déficit de vivienda no puede explicarse sin considerar el déficit de empleo, el déficit del ingreso o el desequilibrio regional, para lo cual **es necesario reconceptualizar la vivienda como factor de desarrollo económico, pues genera empleo, derrama salarios, activa la planta industrial.** Por lo demás, en auténtico jurista cuya visión sabe romper con las estrecheces del derecho positivo, nuestro autor se pregunta:

"¿Cuál es la irregularidad en materia de poblamiento, el que los sectores de bajos recursos deban acceder a caminos considerados ilegales para darse un techo, o el que las normas e instrumentos en materia urbana y de vivienda no acepten nuestras realidades económicas y sociales más patentes?".

La respuesta es sugestiva:

"Una política de vivienda realista para el país, hace **necesario un cambio de actitud respecto a los conceptos de legalidad y normatividad que definen actualmente a la mayor parte de los asentamientos y viviendas populares como 'irregulares'.** En primer término, es necesario reconocer que las formas de vivienda a las que el pueblo accede son las únicas alternativas ahora a su alcance; calificarlas, sin más, de irregulares es desconocer esa realidad y fomentar la corrupción. Pero también, legitimar, sin más, su existencia conlleva **el riesgo de institucionalizar la miseria y la explotación de los más débiles"** (ff. 24-25).

Su posgrado en la Complutense de Madrid lo vinculó con la Escuela Democrática española de derecho administrativo encabezada por el Maestro Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, con su discípulo Ramón MARTIN-MATEO y con los comentarios a la famosa Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, que se pronunciara expresamente en su Exposición de Motivos en favor de la propiedad pública del suelo, considerándolo como el **"ideal"**, al que se renunciaba solamente por razones financieras; pronunciamiento éste que fuera recogido en la legislación más preocupada por los aspectos de participación y autogobierno en el mundo occidental, la legislación inglesa, cuyo libro blanco **Land** afirmara, en los setentas, que **"un planeamiento positivo,** capaz de controlar el proceso urbano y de decidir cuándo y dónde debe urbanizarse y edificarse, **sólo es posible a partir de la propiedad pública del suelo".** En esta misma línea, de democratización del espacio urbano, se orientan los **Lineamientos** cuando exigen el replantamiento de la estrategia gubernamental en materia de participación popular, la cual "constituye un ejercicio democrático, ha sido mencionada en reiteradas ocasiones, pero su evocación no ha cristalizado en sugerencias concretas sino en simples apuntamientos (. . .). La participación ciudadana deberá ser parte integrante de los procesos de adopción de decisiones (. . .). **Debe reconocerse el derecho de las mayorías a participar en el control de la producción y el uso de su ámbito urbano,** lo que en términos concretos significa que deben tener acceso a la planeación, decisión, ejecución y control de los planes que los afecten" (f. 30).

Las "líneas de acción prioritaria" (ff.39-52) de los **Lineamientos** concluían con tres tipos genéricos de programas (de expansión, de consolidación y de regeneración urbanas), para resolver la vivienda de los sectores con ingresos hasta cuatro veces el salario mínimo, para regularizar la tenencia y para rehabilitar viviendas. Estas prioridades iban precedidas (ff. 35-36) de ricas consideraciones relativas a los usos del suelo y a la tenencia. **La maximización del aprovechamiento de nuestros recursos instalados impide favorecer la tendencia natural de las zonas céntricas a un cambio de uso del suelo, el cual debiera evitarse** pues la desaparición de un uso poco rentable, el de la vivienda popular, significa, no sólo la destrucción de un conjunto habitacional rehabilitable a costo relativamente bajo, sino un doble daño, primero a la economía de muchas familias beneficiarias de su ubicación céntrica, y, segundo, un incremento de fuertes costos para la economía urbana global, al fomentarse la expansión irracional y altamente despilfarradora de nuestras ciudades. **La seguridad en la tendencia de la vivienda es lo importante para el habitante urbano, y debe superarse la falsa identificación** —impuesta por la propaganda de los mercaderes de casas— **de dicha seguridad con la**

propiedad privada de la tierra: Cualquier forma de tenencia que brinde seguridad es buena, incluso si se es arrendatario, en cuyo caso lo que el poblador requiere es la estabilidad espacial y financiera, de que no será sacado al cabo de un año y de que no estará sujeto a incrementos de renta que lo obliguen a ser un buscador perpetuo de vivienda.

Teniendo pues muy presentes las **Bases para la planeación urbana,** de 1976, y estos **Lineamientos** de política de vivienda, de 1977, podemos emprender un balance del presente **Estudio.**

I V

El primer volumen comprende: **la Introducción** (ff. 1-6), donde el director explica los alcances y limitaciones de esta investigación indirecta, fundamentada en cuarenta y cinco disposiciones legislativas y reglamentarias costarricenses, tendente a la formulación de un Anteproyecto de Ley de Desarrollo y Ordenación Urbana, apoyado en un Esquema general de adecuación administrativa en razón de la planeación; **Hipótesis de trabajo, metodología y teoría estructural** (ff. 1-43); y finalmente, el **Resumen-diagnóstico** (ff. 1-100), donde se desglosa analíticamente la legislación costarricense, desde la Constitución hasta los reglamentos, agrupando críticamente las normas de planeación (ff. 11-35), las normas de control (ff. 35-53), las normas de fomento y servicios (ff. 53-68), las normas de administración (ff. 68-83), las normas de tributación (ff. 84-98), y las normas procesales (ff. 98-99).

El segundo volumen comprende la ficha de elementos formales, la ficha de análisis de contenido normativo y la matriz de elementos regulantes y regulados, correspondientes a los primeros veintiséis ordenamientos considerados. Estos son:

A – 1 Constitución Política de la República de Costa Rica;
B – 2 Ley de planificación urbana;
C – 3 Ley de planificación nacional;
D – 4 Ley de construcciones;
E – 5 Reglamento para el control nacional de fraccionamientos y urbanizaciones;
F – 6 Ley de erradicación de tugurios y defensa de sus arrendatarios;
G – 7 Código municipal;
H – 8 Ley sobre división territorial administrativa;
I – 9 Ley general de salud;
J –10 Reglamento de urbanización y fraccionamiento de la Municipalidad del Cantón Central de la Provincia de San José;
K–11 Reglamento de construcciones urbanas para el Cantón Central de San José;
L–12 Reglamento general de cementerio;
M–13 Reglamento de instalación de anuncios;
N–14 Ley de aguas;
O–15 Ley de inquilinato;
P –16 Ley de propiedad horizontal;
Q–17 Ley de conservación del patrimonio histórico, artístico y cultural del país;
R–18 Ley general de caminos públicos;
S–19 Ley que prohíbe a las municipalidades enajenar tierras en las márgenes de los ríos o manantiales;
T –20 Ley de tierras municipales;
U–21 Reglamento general de mercados para el Cantón Central de San José;
V –22 Ley de Tránsito;
W–23 Ley de estacionómetros;
X–24 Ley de expropiaciones por causa de utilidad pública;
Y–25 Ley por la que se autoriza al Poder Ejecutivo a devolver a sus dueños aquellas propiedades expropiadas y no utilizadas por el Estado;
Z –26 Ley de protección y desarrollo industrial;

Para tener una idea de la precisión del análisis, de la paciencia de benedictinos, puestas aquí de manifiesto por ALARCON-SEGOVIA y sus colaboradores, cabe señalar que, **respecto de cada ordenamiento, las fichas y la matriz van seguidas de un prolijo desglose de elementos,** que ejemplificamos seguidamente con la Ley de Planificación Urbana de 15 de noviembre de 1968:

1. **Datos generales,** es decir: Nombre completo del ordenamiento, fecha de promulgación, número

de artículos, número de disposiciones transitorias, números de capítulos, número de títulos (secciones), fuente.

2. **Antecedentes,** es decir, los ordenamientos reformados, adicionados, derogados o abrogados por el propio texto del ordenamiento en estudio.

3. **Estructura normativa,** es decir el enunciado de los diversos títulos o capítulos que componen el ordenamiento en cuestión. En otras palabras, su capitulado.

4. **Características destacadas del ordenamiento.** Así, su definición como ley-marco o ley general; su cumplimiento de ciertos principios fundamentales en la técnica de las reglas de derecho, tales como los de "norma estructurante" (es decir, prevención en su texto de los principios que deberán respectar las entidades territoriales menores, en la expedición de ordenamientos subordinados), o de "correlación normativa" (es decir, que esta regla planificadora subordina las reglas físicas, como estándares y prohibiciones, las reglas de control y fomento, e incluso las reglas tributarias y procesales).

5. **Objeto,** es decir, la materia que se regula.

6. **Naturaleza,** consistente en la enunciación de los principales instrumentos reguladores que contiene el ordenamiento en estudio. Así, **normas de planeación** (planes de ordenación urbana, programas, sistemas de planes, naturaleza jurídica de los planes, publicidad de los planes, contenido de los planes, procedimiento de elaboración de los planes, mención concreta de algunos estándares y prohibiciones importantes, etc.); **normas de control** (licencias, registro, garantías, certificado de ubicación, sanciones suspensivas); **normas de fomento** (fomento fiscal, régimen de expropiación); **normas de administración, de tributación, procesales.** Este punto permite la crítica del valor instrumental del ordenamiento.

7. **Aplicación administrativa,** donde se determina el órgano competente.

8. **Jerarquía normativa** es decir, ley-marco, ley ordinaria, reglamento, circular, etc.

9. **Organicidad normativa,** es decir, otros ordenamientos importantes que, en forma tácita o expresa, tienen relación directa o indirecta con el precepto en análisis.

10. **Ambito espacial y temporal de validez,** es decir, si la regla se limita a alguna parte del territorio nacional o lo abarca por entero; y si ella tiene aplicación indefinida o sólo durante un término preciso.

Los datos de este análisis se vierten en una matriz general, en la que se indica, por medio de la numeración atribuida a cada ordenamiento en la forma arriba referida (vg. B-2, H-8, Z-26), qué Ley rige a qué problemática urbanística, a través de qué instrumento formal. Posteriormente, con base en esta matriz así llenada o completada, se realiza el resumen-diagnóstico, fase final del trabajo, con miras a la elaboración del anteproyecto legislativo.

Cabe apuntar que de los veintiséis ordenamientos, contemplados en el volumen segundo, diecisiete llevan en su ficha las iniciales AAS, correspondientes al director de esta obra colectiva, y los restantes nueve corresponden a iniciales de otros colaboradores.

El tercer volumen comprende igualmente fichas y matrices, correspondientes a los restantes ordenamientos analizados. Estos son:

A–27 Reglamento de normas mínimas para programas de vivienda económica;
B–28 Reglamento sobre señalamiento de obstáculos y restricciones a las construcciones dentro de la zona de protección de los aeródromos;
C–29 Ley por la que se autoriza a las municipalidades para comprar terrenos donde establecer unidades industriales;
D–30 Ley sobre arrendamiento de locales municipales;
E–31 Ley del servicio nacional de electricidad;
F–32 Ley constitutiva del servicio nacional de acueductos y alcantarillado;
G–33 Ley orgánica del Instituto nacional de vivienda y urbanismo;
H–34 Ley de creación del Ministerio de obras públicas y transportes;
I –35 Reglamento del sistema nacional de inversiones públicas;
J –36 Reglamento relativo a las funciones de la Comisión técnica de transportes;
K –37 Ley de organización y funcionamiento del Instituto de fomento y asesoría municipal;

L–38 Ley de integración de juntas directivas de instituciones autónomas;
M–39 Ley orgánica del Ministerio de Salud;
N–40 Ley para la distribución del impuesto territorial;
O–41 Ley sobre la contribución para obras de interés público especial;
P–42 Ley del impuesto sobre los traspasos de bienes inmuebles;
Q–43 Ley del impuesto por el estacionamiento de vehículos en la vía pública;
R–44 Ley del impuesto territorial; y
S–45 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estos diecinueve ordenamientos son igualmente objeto del desglose de elementos, señalado respecto de las reglas analizadas en el volumen segundo, teniendo catorce de ellos las iniciales del director, en su ficha respectiva.

De este modo, la materia prima de la concepción doctrinal y de la elaboración legislativa se contiene íntegramente en los volúmenes segundo y tercero, titulados **Inventario normativo urbanístico de Costa Rica y Análisis de su legislación.**

El cuarto volumen comprende tres partes:

La Parte I) **Esquema general de adecuación administrativa en razón de la planeación** (ff. I-38), donde los autores, inspirándose en la Ley orgánica de la administración pública federal mexicana, del 29 de diciembre de 1976, pero mejorándola, se plantean la articulación de la planeación, tanto económica como urbanística, con los órganos centralizados y descentralizados del Poder Público;

La Parte II) **Anteproyecto de ley de desarrollo y ordenación urbana para la República de Costa Rica** (ff. 1-89), cuyos 157 artículos comprenden cinco títulos, que abarcan los capítulos indicados seguidamente entre paréntesis: El Título I) **Objeto y regímenes urbanísticos;** El Título II) **Del régimen de planeación** (del sistema de planes, del contenido de los planes, de la naturaleza jurídica de los planes y de sus efectos, del procedimiento para elaboración de los planes); El Título III) **Del régimen del suelo;** El Título IV) **Del régimen de modalidades y limitaciones a la propiedad privada** (de las modalidades al uso, modalidades al disfrute, modalidades a la disposición, de las restricciones, intervención del Estado en la edificación y en los desarrollos urbanísticos); y finalmente, El Título V) **Del régimen de actuación** (de la expropiación, la ocupación temporal y las limitaciones al dominio);

La Parte III) cierra la obra con un **Indice cruzado de la legislación urbanística de la República de Costa Rica** (ff. 1-76).

El director de la obra formula, en la **Introducción** al volumen primero, dos señalamientos que parece oportuno destacar. En cuanto a la naturaleza colectiva de esta investigación, la honestidad de ALARCON-SEGOVIA lo lleva a precisar, a pesar de que ya hemos podido comprender más arriba su casi exclusiva autoría, que "en la realización de este trabajo, colaboraron directamente el Lic. Andrés ALARCON-SEGOVIA como director del Estudio, el Lic. Juan José MANDUJANO -ESTRADA como analista codirector, y la Lic. Norma MOIZESZOWICZ de ALARCON como coodinadora general". En cuanto al fondo, que el **Estudio** realizado es eminentemente de carácter jurídico-formal, ya que apenas contiene consideraciones de índole económica y sociológica, a no ser por el texto de la parte metodológica (p. VI).

V

En América Latina, la evolución explosiva de las ciudades en el tercer cuarto del siglo XX no ha sido seguida por una consideración atinada de su problemática, por la enseñanza universitaria y la investigación. Todavía a fines de la década de los sesentas carecíamos de la más mínima literatura al respecto, cuando ya, además de numerosas monografías y contribuciones en la **Revista de administración pública,** L. ALEGRIA editaba desde 1967 la **Revista de derecho urbanístico,** que en estos días publica su número setenta. La aproximación al tema se ha venido realizando por atajos no muy coherentes con el objeto de la materia en estudio, tales como el derecho de la construcción y, fundamentalmente, el derecho municipal (clásicos estudios de BIELSA PRATES DA FONSECA,

SAYAGUES-LASO). El **Estudio** dirigido por ALARCON-SEGOVIA viene a fundar, tanto para los Estados Unidos Mexicanos como para Costa Rica, el derecho urbanístico como disciplina científica, precisando su objeto y la especificidad de su método, conceptos e instrumentos.

Para nuestro **Estudio,** el derecho urbanístico es **el conjunto de normas jurídicas, preponderantemente de derecho público, que regulan las conductas que inciden directa o indirectamente en el proceso del crecimiento, estructura y cambio físico de los asentamientos, a través de la creación, utilización y apropiación del espacio** (I, ff. 11-12). Desde el antiguo Egipto (inscripción de Tel-el Armana) hasta los códigos civiles europeos y latinoamericanos del Siglo XIX —quizá con la excepción aquí omitida del derecho de los antiguos pueblos germánicos— la regulación del espacio se fundamenta en las diferentes formas de detentación del suelo urbano, basadas en el criterio casi irrestricto del derecho de propiedad, que sistematizaran los romanos. Después de la primera Guerra Mundial, y señaladamente en forma concomitante y posterior a la crisis de 1929, la multiplicación de los cometidos del Poder Público que lo convierten en gestor y prestador de servicios, lleva al surgimiento de las **modernas instituciones que tienden, o deben tender, a la substitución de la autonomía de la voluntad en los fenómenos de utilización, producción y apropiación del espacio** (ff. 2-3).

Frente a la crisis urbana, que no es privativa de los países del Tercer Mundo sino que se manifiesta igualmente en las economías dominantes, se produce una profusa actividad reglamentaria que conlleva a las primeras elaboraciones sistemáticas en Europa Occidental. De éstas extrae este **Estudio** la madurez de sus fundamentos y motivaciones comparativos, de esa rica y azarosa experiencia europea recoge el legislador las instituciones que rigen esta nueva rama del derecho; el administrador encuentra, asimismo, instrumentos de aplicación; el juez, criterios de interpretación a la luz de principios renovados; y, finalmente, el teórico y la doctrina podrían hallar criterios diferenciales de actividad para la ciencia jurídica.

Las conductas humanas que son objeto del derecho urbanístico inciden sobre el espacio, creándolo, utilizándolo o apropiándolo. Las conductas creadoras, de condiciones para el asentamiento humano, van desde la delimitación territorial de un futuro centro de población y la construcción de su infraestructura hasta la construcción o demolición de una vivienda privada, mediante actos tanto públicos como privados. **Las conductas de utilización** del espacio, en cuanto bien de consumo duradero, se distinguen de las conductas agrarias, en cuanto el Hombre lo consume sin producir, necesariamente por este acto de consumo, ningún otro bien de importancia económica; estas conductas se manifiestan desde la simple diferenciación entre uso público y privado (**destinos** y **usos**, en la terminología de la Ley federal mexicana de 1976, artículo 37), hasta los preceptos contractuales o reglamentarios relativos al uso y fines de un edificio, de las vías públicas o de las áreas urbanas. **Las conductas de apropiación,** determinantes en la estructura física de las ciudades y tradicionalmente reguladas por los códigos civiles, van desde un decreto de expropiación o de nacionalización hasta la compraventa o permuta de un inmueble.

Estas conductas humanas pueden tener incidencia directa o indirecta sobre el espacio. Incidencia directa tienen aquellas conductas que pueden fraccionar un lote de terreno, construir una casa, decretar una expropiación, establecer un uso o una reserva, adquirir un bien inmueble, conservar un monumento, etc. **Incidencia indirecta** tienen aquellas conductas urbanísticas que condicionan la forma y estructura de los asentamientos, al establecer un conjunto de situaciones específicas que las afectan; así, el derecho administrativo regula las formas administrativas que determinan la acción urbanística, el derecho fiscal regula las formas de tributación y recaudación ejercidas sobre las conductas o en razón de ellas, el derecho procesal genera las condiciones que permiten la exigencia o la defensa respecto de una conducta que concierne a un interés jurídicamente tutelado. Son las conductas relativas a la organización, funcionamiento y controles de las administraciones públicas, que en todos los países estructuran instituciones, atribuyen facultades urbanísticas a las colectividades territoriales, establecen impuestos (prediales, de traslación de dominio, de plusvalía, etc.), crean recursos administrativos o verdaderos juicios contencioso-administrativos, en los cuales se legitima el "derecho a la ciudad" en la contraposición de los intereses público y privado (ff. 1-11).

Partiendo de la severa división del trabajo técnico-jurídico indicada más arriba (división que criticábamos por "empobrecerlo" pero, que, en este caso, es fundamento directo del rigor alcanzado), este trabajo parte de una estricta autolimitación: **Su ámbito material de interés son aquellas reglas**

de derecho que rigen los cometidos del Poder Público en cuanto a acción directa, prestación de servicios y actos de control respecto al agente privado. Siguiendo a la más reciente doctrina española en el pensamiento del ilustre Rector de Bilbao, el profesor Ramón MARTIN-MATEO, se consideran de interés las determinaciones jurídicas tanto positivas como negativas: las positivas de prestación de servicios y acción directa, y las negativas tendentes a la limitación de la conducta de los particulares (f. 13).

De esta forma, el cometido urbanístico del Poder Público presenta **cinco tipos de actos cuyo contenido es relevante** para este **Estudio.** Siguiendo la clásica doctrina francesa, los actos de autoridad y los actos de gestión, aquí llamados actos **de orden** y actos **de servicio.** Pero, además, tenemos los actos **de planificación,** que establecen provisoramente las metas y objetivos a los que la comunidad habrá de dirigirse para la obtención de satisfactores y fines propios. También, los actos **controladores** del Poder Público, que sujetan las conductas de los particulares mediante reglas coercitivas. Finalmente, se plantean como objeto de interés los **actos de carácter indicativo,** consistentes en exenciones, subsidios, estímulos, fomentos, o en prestaciones directas de servicios. En resumen, emergen como originales de esta nueva disciplina, los llamados actos de planeación, de control y de fomento.

Ahora bien, **la acción del Poder Público se complementa** en esta materia **con actos administrativos, financieros** (en sentido amplio) **y procesales.** En primer lugar, la administración dicta actos de autorregulación, por los cuales el Poder Público se fija a sí mismo sus formas de orgnización y funcionamiento; en segundo lugar, se dictan actos de tributación, mediante los cuales se recaudan los recursos en dinero o en especie para el sostenimiento económico-financiero del Poder Público, y para el cumplimiento de sus cometidos sociales; y, finalmente, actos de carácter procesal, a través de los cuales se crean garantías jurídicas para que el ciudadano exija el cumplimiento de las prestaciones administrativas y sociales, o se defienda mediante acciones o excepciones procesales relativas al interés legítimo afectado (I, ff. 13-17).

VI

Párrafo aparte merecen las limitaciones que derivan, para la expansión técnica del derecho urbanístico, del propio sistema jurídico tradicional.

En primer lugar, y partiendo del derecho positivo vigente en Costa Rica —cuyas insuficiencias podemos hoy considerar comunes a la mayoría de los países latinoamericanos—, el derecho civil clásico comporta un régimen de propiedad inmobiliaria, carente de un efectivo control público mediante la imposición de modalidades y limitaciones. En un sistema liberal, que es hoy una antigualla, el régimen de propiedad obedece en forma casi irrestricta a la autonomía de la voluntad, a través de las facultades de usar, disfrutar y disponer de la misma. Por ello, las limitaciones y modalidades legales son muy escasas, reduciéndose a imponer criterios respecto al uso del suelo por vía de la zonificación, o simplemente a determinar estándares urbanísticos a la edificación.

Ahora bien, **respecto a la propiedad privada existe una indefinición peligrosa en los conceptos, ciertamente diferenciables, de modalidad a la propiedad, de limitación de dominio, y de restricciones urbanísticas.** La modalidad, o modo de ser que legislativamente o con fundamento legislativo se impone a la propiedad para adecuarla a las necesidades económicas del momento, no es necesariamente limitativa para el titular del dominio, sino que en ocasiones lo beneficia como es el caso de las modalidades de inembargabilidad y de imprescriptibilidad de los bienes que integran el patrimonio del Poder Público: Así, se distingue entre modalidades al uso, modalidades al disfrute y modalidades a la disposición (IV, artículos 95 a 122, ff. 55-70). En este sentido, es erróneo considerar como sinónimos a los términos de modalidad por una parte, y de limitación por la otra: La modalidad, sin derecho a indemnización, puede ser impuesta por vía administrativa-reglamentaria, mientras que la limitación de dominio resuelta en un reglamento por haber sido prevista en la Ley, no dará lugar a indemnización alguna (ibídem, IV, artículo 154, f. 88). Las restricciones urbanísticas constituyen la aplicación al caso concreto de las modalidades y limitaciones previstas en leyes y re-

glamentos: ellas son llevadas a cabo por vía administrativa, reglamentariamente o por convenio.

En segundo lugar, algunos principios generales del derecho, tales como la relación entre norma general y norma especial, o como la igualdad estricta ante la ley, se ven afectados por los beneficios y cargas, no siempre equivalentes, que derivan de los actos de planeación. Se puede correr el peligro de que la asignación de usos diferenciales al suelo urbano como limitaciones de dominio, sean consideradas como figuras semejantes a la expropiación obligando al Poder Público a indemnizar, lo cual no sólo sería sumamente oneroso sino que imposibilitaría las acciones tendentes al desarrollo urbanístico (I, ff. 25).

En tercer lugar, la multiplicación de los cometidos del Poder Público en función administrativa ha llevado a la forja de **una casi ilimitada "galaxia" de dependencias centralizadas y de entidades paraestatales, sin ninguna sistemática ni organicidad,** lo cual conlleva la "selva legislativa" que padecemos, por lo cual deberán de buscarse los principios que rijan estructuradamente a esta multitud de reglas de derecho, para simplificar su interpretación, ejecución y jurisdicción. Mas aún que la simple codificación, urge reducir el número de leyes, subsumiéndolas unas en otras para evitar los desfavorables efectos del caos normativo, que conduce a la ineficacia administrativa, a la injusticia social y a la inseguridad jurídica.

En cuarto lugar, cabe finalmente aludir al ya clásico **problema de la naturaleza jurídica y rango normativo de los actos de planificación,** precursoramente estudiado por el profesor español José María CHILLON-MEDINA (cfr. sus trabajos "Sobre el valor en derecho de los planes económicos. . .", en **Homenaje a SAYAGUES-LASO,** Madrid: I.E.A.L., 1969 y Montevideo: Amalio M. Fernández, 1976, Tomo V, pp. 383-507; y "Formas, técnicas y estructuras administrativas ante la planificación económica", Madrid: *Revista de administración pública,* 1971, número 64, pp. 107-178). El urbanismo cuenta con una serie de instrumentos de acción: planes, proyectos, programas. **La mayor parte de las leyes costarricenses en vigencia mencionan estos instrumentos, pero sin asignarles naturaleza jurídica definida.** Surge así el problema de su validez y obligatoriedad respecto a gobernantes y gobernados, ya que antes del Anteproyecto de este **Estudio** (Tomo IV), no podía definirse si un plan de urbanismo es un reglamento, un decreto o tan sólo un acto administrativo de eficacia general. Por lo que ya se vio respecto a modalidades de la propiedad y a limitaciones de dominio, debe darse contenido formal a estos instrumentos, incluyéndolos jerárquicamente en el universo de las reglas de derecho (I, f. 27).

VII

Para concluir, y sin perjuicio de algunas reservas menores que este **Estudio** nos merecería y que prolongarían ya en extremo estos comentarios, parece oportuno destacar la sistematización macrosectorial de los cometidos del Poder Público (IV, ff. 3-22), que supera a su modelo de la ley federal mexicana de 1976, y el lúcido análisis de **las dificultades que enfrenta el derecho urbanístico, en su consolidación como disciplina científica.**

Además de las indicadas limitaciones conceptuales del derecho clásico, **existen limitaciones estructurales: políticas, económicas, sociales y de teoría del Estado.** Hay impreparación en los grupos que ejercen la administración pública y carecemos de cuadros técnicos para una problemática difícil y novedosa, lo cual se agrava porque la discontinuidad política, en regímenes democráticos como el de Costa Rica, genera acciones legislativas discontinuas, desestructuradas y contradictorias. El interés político de permanencia en el poder de un determinado partido subordina a este elemento cualquier consideración de carácter social, económico o técnico: Se soslayan así soluciones impostergables, a fin de evitar la confrontación contra factores reales de poder, que pueden inclinar la balanza electoral hacia uno u otro partido.

La situación económica de crisis recurrente que viven los países capitalistas dependientes lleva a la constante expedición de leyes que crean órganos de la más diversa índole, con facultades contradictorias, parciales o repetitivas. Ahora bien, como la economía no se encuentra planificada y

obedece fundamentalmente a intereses de clase, **las leyes** son asimismo asistemáticas, incoherentes, y **se manifiestan, o bien como la expresión formal del interés económico dominante, o bien como un pálido remedio a males económicos y sociales que el Poder Público no puede, o no quiere, encarar.** La dispersión normativa es entonces notable, asfixiada la Legislatura por la elaboración de disposiciones de objeto sumamente específico, que deberían estar contenidas en ordenamientos globales más amplios (I, ff. 19-20).

La elaboración legislativa suele ser más lenta que los avances tecnológicos, o que los procesos de organización y concientización social. Las disposiciones técnicas del urbanismo no parecen diseñadas para un proceso de adaptación a los cambios de la vida social; pero, además, a la dificultad técnica se suma la desorganización social y cierta irresponsabilidad de grupos organizados, que parecen interesados en la creciente obsolescencia de las disposiciones urbanísticas.

Finalmente, la proliferación legislativa derivada de la explosión de los cometidos del Poder Público y de la expansiva "galaxia" de las instituciones administrativas que los asumen, nos lleva a internarnos en esta "selva" con la actitud del resignado viajero que habiendo dedicado su vida a explorarla, sólo ha llegado a conocerla parcialmente (I, ff. 20-22).

* * *

Al comentar la obra de Gregorio VALNER -ONJAS (coordinador), **Reunión nacional sobre el sector asentamientos humanos, urbanismo y vivienda,** Ciudad de México: I.E.P.E.S. del P.R.I., 1976, se apuntaba la excepcional aportación técnica de ALARCON-SEGOVIA (cfr. Ciudad de México: **Vivienda,** No. 5, ag. 1976, pp. 120 ss.). La inesperada desaparición del joven maestro lo sorprende en su plenitud intelectual, en el momento mismo en el cual, cumplida la forja de su honda cultura y de su instrumental técnico, iba a emprender la redacción de una contribución general sobre esta materia. Su obra habría sido coronada, pero tal cual subsiste en sus publicaciones, y, muy particularmente, en este **Estudio,** ella se basta a sí misma.

En efecto, la presencia del profesor mexicano en la bibliografía latinoamericana sustenta un diálogo, que no siempre ha sido fácil, a causa de la falta de un lenguaje común. De él puede decirse que ha cumplido con la ambición capital de nuestra más reciente doctrina (cfr. Tomás-Ramón FERNANDEZ, *Manual de derecho urbanístico,* Madrid: Abella/El consultor, 1980, p. 9): ha contribuido a romper la barrera de incomunicación que viene separando a quienes hacen el urbanismo y quienes lo padecen, y ha acercado todo lo posible a sus múltiples agentes y destinatarios el conocimiento del Derecho, de un derecho que por su complejidad sigue siendo, en muy buena parte todavía, un secreto compartido por muy pocas personas.

L. CORTIÑAS-PELAEZ

* * *

Sección VI.

PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

PRESENTACION

En un afán por mejorar cada día la labor que realizamos, introducimos en la presente publicación de notas jurisprudenciales, algunos aspectos de interés para los lectores, que pretenden reorientar el contenido de nuestro esfuerzo hacia el análisis de los pronunciamientos de interés, y no la simple reiteración de lo que se ha dicho. En ese sentido, además de la ya tradicional sección de relevantes y contradictorios, se agregará como anexo un comentario somero de los votos salvados de algunas resoluciones que estimamos importantes, a fin de conocer diversos criterios sobre un mismo tema, y, en el entendido, de que ello constituye un aporte al avance y modernización de los conceptos, así como en interés de promover opiniones sobre esos temas, que a la luz de los pronunciamientos puedan ser analizadas en nuestra sección. Igualmente, se incluirá en los próximos números los aportes de algunos distinguidos colegas que ordenan la jurisprudencia en temas relevantes.

Al efecto, esperamos contar con la colaboración de todos los interesados en la materia, quienes pueden hacernos llegar sus observaciones, comentarios y sugerencias.

Agradecemos profundamente la colaboración prestada por el Dr. Luis Guillermo Herrera Castro, cuyo aporte se incluye en este número.

Sabemos que la presente publicación todavía acarrea algunos vicios y errores de redacción que se nos han hecho ver, pero lo fundamental es que existe en nosotros conciencia al respecto, y sobre todo un sano y noble propósito de superarlos, y ello será posible en la medida en que podamos establecer un vínculo solidario entre quienes dedicamos nuestro esfuerzo a esta tarea y ustedes que reciben el fruto de ese esfuerzo.

Licda. Cecilia Sánchez Romero
Directora, Digesto de Jurisprudencia

APELACION DE HECHO: ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Dr. Luis Guillermo Herrera Castro

El artículo 877 del Código de Procedimientos Civiles, regula fundamentalmente los requisitos que se deben cumplir para la admisibilidad del llamado recurso de queja o apelación de hecho. En el Proyecto de C.P.C. que pronto se va a discutir en un Congreso Jurídico, se le llama a este mismo recurso, "apelación por inadmisión".

No cabe la menor duda, de que tal medio de impugnación es un verdadero recurso, que podríamos llamar especial, por cuanto solamente puede interponerse cuando se da el supuesto especialmente previsto en la ley procesal: inadmisibilidad de un recurso de apelación ordinariamente aceptable. Como ha dicho Guasp, se trata de un "verdadero recurso de apelación, pues lleva el conocimiento del asunto al superior inmediato jerárquico del que dictó la resolución recurrida; se trata, tan sólo de una especificación funcional que no afecta a la configuración general del recurso, aunque constituya una variante positiva del mismo" (DERECHO PROCESAL CIVIL, T. 2, Madrid, 1968).

Ahora bien, y aceptando sin la menor duda de que se trata de un recurso especial, debemos preguntarnos dos cuestiones fundamentales, y sobre las cuales gira el análisis de la doctrina legal de los fallos que pronto citaremos:

a) Contra cuál resolución procede el recurso de apelación de hecho: contra la resolución de la cual se denegó el recurso ordinario de apelación, o contra la que denegó el recurso.

b) La otra cuestión a preguntarnos, es, si las partes pueden recurrir mediante el recurso ordinario de apelación, en contra de la resolución que ha denegado un recurso ordinario de apelación.

En cuanto al primer aspecto, la jurisprudencia ha sido contradictoria. Algunos fallos han sostenido la tesis de que el recurso de apelación de hecho, solo procede contra la resolución de la cual se apeló y no contra la que denegó el recurso. Por ejemplo del Tribunal Superior Civil número 205 de 1976.

Otras sentencias han sostenido el criterio contrario, es decir, que la apelación de hecho procede únicamente contra la resolución que denegó el recurso ordinario. Puede citarse en este sentido del viejo Tribunal Superior Civil, la No. 664 de 9:15 hrs. del 18 de agosto de 1975.

Sin embargo, ha resultado un tercer criterio, que podríamos decir es ecléptico, en cuanto estima inconveniente que la jurisprudencia establezca que sea una u otra de dichas resoluciones contra la que procede la apelación de hecho. Se estima, que tal situación podría poner al apelante en estado de indefensión. Entre otras cosas, dice textualmente el Tribunal Superior Primero Civil en sentencia de las 8:45 hrs. del 8 de mayo de 1981. (No. 446):

> *"si la legislación no lo ha dicho expresamente, es porque en su espíritu ha estado la idea de que ello es un aspecto secundario, exigirlo es actuar con criterio formalista perjudicial desde cualquier ángulo que se le analice, y en el fondo equivaldría a introducir un requisito más que la ley no está exigiendo".*

Como podemos observar en el fallo anterior, y sobre éste centraré el comentario, la tesis ecléptica lo que hace es confundir más el panorama sobre este recurso.

No es admisible el recurso de queja contra la resolución de la cual se denegó la apelación ordinaria, por cuanto sería alterar el desarrollo normal del proceso, saltándose etapas que ya están precluidas. Tampoco es admisible otro recurso ordinario contra la resolución que denegó uno anterior, porque sería hacer interminable el proceso (en este último sentido véase la sentencia No. 268 del Tribunal Superior Primero Civil de las 9:00 hrs. del 3 de abril de 1981).

La preclusividad, podemos decir, es uno de los principios que inspiran al proceso, especialmente al proceso civil. Dicho concepto quien primeramente lo usó fue Chiovenda, y posteriormente fue incorporado al lenguaje procesal. Significa ésta, la "pérdida o la extinción o la consumación de una facultad procesal, que se sufre por no haber observado el orden formal asignado por la ley para el ejercicio de una facultad determinada, o por haber realizado una actividad manifiestamente incompatible, como el ejercicio de otra facultad, o bien por haber ya cumplido y ejercitado válidamente o no tal facultad" (UGO ROCCO, Teoría General del Proceso

Civil, Editorial Porrúa, México 1959, p. 502). Sobre la necesidad de este principio, para el desarrollo normal y lógico del proceso, pueden consultarse los siguientes autores: MANUEL DE LA PLAZA, Derecho Procesal Civil Español, vol. I, Madrid 1951, ps. 324 y 325; SENTIS MELENDO, El Proceso Civil, Estudio de la Reforma Procesal Argentina, EJEA, 1957, ps. 103 a 105.

Con base en dicho principio, puedo afirmar, seguro en una buena técnica jurídico-procesal, que no es posible presentar una apelación contra la resolución que ha denegado un recurso ordinario de apelación, por estar precluida esa etapa. En otras palabras, ya el recurso fue ejercido en tiempo contra la primera resolución, y en consecuencia la que denegó, cerró el período de impugnaciones ordinarias (apelación y revocatoria). No obstante, la misma ley procesal, y concretamente me refiero al artículo 877 del Código Procesal Civil prevé una única etapa a posteriori de aquella, que es la apelación de hecho, con la finalidad de que el superior en grado verifique si la denegatoria está bien o mal dictada.

Por las anteriores razones, es que la sentencia antes transcrita, sea la No. 446 de 1981, no se ajusta con rigor a una buena técnica jurídica. No se trata de buscar el espíritu de la norma y de evitar formalismos innecesarios. Se trata de aplicar los principios de la teoría general del proceso y del proceso mismo, como realidad jurídicamente considerada. Aun cuando el artículo 877 no diga en forma expresa contra cuál resolución es que se ejerce la apelación de hecho, lo cierto, lo lógico, es, que el recurso procede únicamente contra la resolución que denegó un recurso ordinario, por estar precluido el término de la resolución originalmente impugnada. No cabe otra interpretación lógico jurídica. Prueba indubitable de esta afirmación es que el propio artículo 877 en el inciso 4) exige copia literal de la resolución en que se desestimó el recurso, y además, porque la apelación de hecho solo puede presentarse dentro del término perentorio de tres días, que se cuenta a partir de la última notificación de la resolución que desestimó la apelación ordinaria (artículo 878).

Para concluir, debemos indicar, que en el proyecto del C.P.C. se corrige esta omisión secundaria, al decirse en forma expresa, que la apelación de hecho o "apelación por inadmisión" sólo procede contra las "resoluciones que denieguen ilegalmente un recurso de apelación".

* * *

JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA

José María Pereira Pérez

1) Existen tesis opuestas en relación con los rubros que se deben pagar por concepto de daños y perjuicios por uso de taxi cuando el vehículo que sufrió el percance está en reparación. Una primera tesis sostiene que en vista de que no se probó la existencia de los gastos por uso de taxi no es posible acceder a tal petición. La segunda tesis se basa en una presunción, por lo que sí da por acogida tal partida.

En el primer caso: 1980. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera No. 258 de 17:30 hrs. de 19 de noviembre.

En el segundo criterio: 1974. Tribunal Superior Civil, No. 836 de 13:19 hrs. de 11 de noviembre; 1981. Tribunal Superior Civil, No. 30 de 8:20 hrs. de 9 de enero.

2) Igualmente hay incompatibilidad de criterios sobre el punto de la patria potestad la cual debe continuar a cargo de la guardadora de hecho. La Sala Primera de la Corte al analizar el punto consideró que la protección del núcleo familiar es un principio general que cede ante otras reglas establecidas **en interés de los hijos,** agrega además que

a pesar de que esas normas se refieren sólo al divorcio, a la nulidad de matrimonio y a la separación judicial no hay obstáculo en invocarlo como principio doctrinal, en cuanto dispone que los jueces resolverán sobre patria potestad, guarda, crianza y educación **tomando en cuenta el interés de los hijos.** Criterio opuesto a este es el sentado por la Sala de Casación en el cual los Magistrados sostuvieron que esas normas (relativas a la patria potestad) rigen únicamente para los juicios de divorcio, separación judicial o nulidad de matrimonio, que dada la naturaleza de la patria potestad no pueden ser aplicados por analogía o paridad de razón.

En el primer evento: 1980. Sala Primera de la Corte, No. 72 de 16:30 hrs. de 8 de agosto.

La segunda tesis: 1978. Sala de Casación, No. 103 de 15:30 hrs. de 1 de noviembre.

3) Existen pronunciamientos opuestos en cuanto a la configuración del delito de robo cometido en una casa de habitación. Por una parte el Tribunal Penal de Puntarenas sostiene que si la casa en que se perpetró la sustracción estaba sola, no se configura el delito de robo agravado sino el de robo simple. Un sentido opuesto a la anterior, mantiene que la circunstancia agravante de un robo, tiene como base el peligro de que los moradores de esa vivienda se encuentren en el momento de la ejecución del ilícito, o se presente cuando el mismo se está cometiendo, con lo que podrían correr el riesgo de sufrir un ataque en sus personas.

La primera tesis: 1981. Tribunal Superior Penal, Puntarenas, No. 135 de 16:00 hrs. de 2 de junio.

El segundo criterio: 1979. Tribunal Superior Penal, Limón, No. 21 de 11:20 hrs. de 6 de febrero.

4) Diversas calificaciones le han dado los Tribunales al delito de robo agravado con ocasión de lesiones. En una resolución el Tribunal aduce que en la especie existe una relación de subsunción, como concurso aparente de normas, de manera que las lesiones ocasionadas a los ofendidos quedan subsumidas en el hecho más grave.

Por otro lado, el Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, dice que si bien es cierto que se cometió el delito de robo agravado en concurso ideal con el de lesiones no existen elementos de convicción para considerar al imputado autor de esos delitos.

La tercera tesis expresa que en la especie se da un concurso material.

En el primer sentido: 1980. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, No. 86 de 14:00 hrs. de 15 de abril.

La segunda tesis: 1977. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, No. 204 de 16:45 hrs. de 7 de setiembre.

La tercera tesis: 1980. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, No. 110 de 16:45 hrs. de 15 de mayo.

* * *

COMENTARIOS DE VOTOS SALVADOS

Licda. Cecilia Sánchez Romero

DERECHO CIVIL

Sociedades — De hecho — Incumplimiento del Convenio — Daños y Perjuicios.

En el análisis del caso en discusión el voto de minoría concluye que si no se dio el giro normal en la actividad para la que se creó la empresa de hecho, pues el demandado usó la sociedad en su exclusivo provecho, excluyendo al accionante de toda participación y tutela en la misma, valiéndose de ésta para hacer gestiones de crédito a título personal, indicando a la sociedad como "su negocio", con evidente perjuicio al interés patrimonial del accionante, no dándose entonces enteramente, en la especie, las premisas de una sociedad de hecho en su giro mercantil normal, sino un apoderamiento

de la empresa por parte del accionado y el incumplimiento a un pacto social. En esas condiciones, el aprobar una liquidación pura y simple como la prevista en el artículo 1.198 del Código Civil, estaría brindando una tutela igual a situaciones desiguales, sin atender eventuales daños y perjuicios por incumplimiento de un convenio o pacto social.

1981. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, No. 356 de las 15:50 hrs. del 19 de mayo.

Voto Salvado del Juez Rodríguez Martínez.

DERECHO PENAL

Indulto — Recomendación — Apreciación de las Condiciones del Imputado.

Resulta de interés considerar las apreciaciones del voto salvado que acuerdan recomendar en favor del imputado el indulto total por la pena impuesta, pues ellas hacen referencia a la condición personal del encartado, quien a pesar de ser adicto a la marihuana, presentó un cuadro de franca mejoría según el informe del Sicólogo Clínico del O.I.J. Igualmente se consideró el hecho de que era un joven de apenas 25 años de edad, que fue inducido por las autoridades a cometer el delito de venta de drogas, pues lo fue a través de un operativo montado por los oficiales de investigación; y en aras de concederle una oportunidad de rehabilitación.

1981. Sala Tercera de la Corte. No. 37-F de 16:00 hrs. del 29 de mayo.

Voto Salvado del Magistrado Benavides.

DERECHO PROCESAL CIVIL

Apremio Corporal — Presentación de bienes al Adjudicatario.

En sentido opuesto, el voto de minoría sostiene que sí procede el apremio corporal contra el deudor a fin de que presente al adjudicatario los bienes dados en prenda, puesto que "el apremio corporal contra el deudor pignoraticio procede incluso con ocasión del remate de la cosa, aún cuando se hubiere adjudicado a terceros, o al propio actor ejecutante"; tomándose en cuenta al efecto la literalidad del art. 568 del Código de Comercio en cuanto establece que: "La ocultación de los bienes **o la rebeldía del deudor a ponerlos a disposición del Tribunal cuando éste lo ordene,** dará lugar al apremio. . .".

1981. Tribunal Superior Primero Civil, No. 427 de las 9:25 hrs. del 6 de mayo.

Voto Salvado del Juez Sotela Quijano.

DERECHO PROCESAL CIVIL

Omisión de fijación de la cuantía — Carácter de la nulidad.

Separándose del criterio de mayoría que decretó la nulidad del fallo y del auto de citación de partes para sentencia por haberse omitido por parte del a quo, la fijación de la cuantía del negocio, el voto de minoría analiza la nulidad como "recurso extremo y para fines puramente instrumentales cuando ha habido lesión a reglas de orden público, como la defensa en juicio, pues su misión no es la observancia de las formas, sino asegurar el cumplimiento de los fines que se propuso el legislador"; y en razón de ello, la omisión de fijar de oficio la cuantía, daría lugar a una nulidad absoluta solo cuando entrañe una cuestión de competencia, fuera de este caso, es una irregularidad en las condiciones esenciales para la validez de lo actuado, —nulidad relativa— subsanable por la posterior ratificación de las partes de manera expresa o tácita, aplicando el principio de conservación de los actos jurídicos.

Antecedentes de este criterio: Res. No. 94 de las 9:25 hrs. del 12 de marzo, No. 252 de 15:50 hrs. del 14 de junio de 1972, ambas de la Antigua Sala Segunda Civil; voto salvado de la resolución No. 47 de las 9:10 hrs. del 2 de setiembre de 1980 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Segunda.

1981. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, No. 207 de las 14:50 hrs. del 28 de abril.

Voto Salvado del Juez Superior Arias.

* * *