CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año VIII — No. 29 — Junio, 1984



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

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios.

El Derecho Internacional Privado en relación con los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario internacional 11
Lic. Gonzalo Ortiz Martín.

El principio de inmediación en el proceso penal costarricense. 17
Dr. Francisco Castillo González.

Régimen penal del daño ambiental 29
Dr. Daniel González Alvarez.

Reflexiones sobre la polémica acerca de la transición del feudalismo al capitalismo 37
Dr. Jorge E. Romero Pérez.

Problemas prácticos del título, la posesión y la buena fe en la usucapión 55
Dr. Ricardo Zeledón Zeledón.

Los partidos políticos en Costa Rica 73
Br. Patricia Lorena Hidalgo Somarribas.

Sobre la naturaleza del cumplimiento en las obligaciones civiles 87
Dr. Enrique P. Haba.

La impugnación en el proceso civil (capítulo II) 97
Jorge E. Regidor U., Ramón N. Méndez S., Germán Araya S.,
Mario E. Ulate U., Cristóbal Chavarría M.

El Poder Judicial de Costa Rica. Notas informativas 119
Dr. Víctor Pérez V.

La ingestión de bebidas alcohólicas y sus efectos jurídicos. 137
José M. Pereira Pérez.

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia.

Nuevos métodos para la determinación de trazas de metales en balística forense 143
Lic. Rigoberto Blanco S.

In memoriam (Dr. Emilio Bonet) 147
Dr. Eduardo Vargas Alvarado.

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera.

Informática jurídica y Derecho romano para la unificación del Derecho en Latinoamérica. 149
Dr. Gero Dolezalek.

Sección IV: Reseña Bibliográfica.

Las relaciones jurídicas obligatorias (Dr. Carlos A. Manavella C.) 165
Dr. Víctor Pérez Vargas.

Sección V: Información Normativa. 167
Licda. Marcelina Zeledón Castillo.

Sección VI: Pronunciamientos Especialmente Relevantes.
Contenido de algunos votos salvados en resoluciones de interés 171
Licda. Cecilia Sánchez R.

Sección VII: Jurisprudencia. 173
Digesto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

PRESENTACION

En la sección de "Estudios", al llegar a su número 29, la Revista Judicial, presenta a sus lectores contribuciones en materia de Derecho Internacional Privado, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal, Historia, Derechos Reales, Derecho Electoral y Organización Judicial.

Una vez más nos honra la participación del **licenciado Gonzalo Ortiz Martín,** en esta ocasión con su interesante exposición en el Décimo Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano (que se llevó a cabo en agosto de 1983), **"El Derecho Internacional Privado en relación con los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario Internacional".** El ilustre profesor de varias generaciones define el Derecho Internacional como el sistema jurídico para optar en la concurrencia de legislaciones de distintos Estados, por la que resulte aplicable a casos concretos y menciona diversas escuelas y doctrinas, incluyendo la historia reciente. Pasa luego al tratamiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (de 10 de diciembre de 1948) y se refiere a algunas disposiciones del articulado (en particular a los artículos 16, 17, 23 y 15, relativos al derecho al matrimonio y a la constitución de una familia, propiedad, libertad de trabajo y nacionalidad, respectivamente). Plantea el debate sobre el tema del orden público, con relación al artículo 28 y comenta los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos al desarrollo, a la paz y a un medio ambiente sano. Se refiere posteriormente a la relación entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Humanitario (en particular a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos de 1977). Sostiene que el Derecho Humanitario no analiza ni entra a buscar causas, culpables o inocentes; se reduce a los derechos fundamentales y mínimos de quienes estén afectados por un conflicto. Examina luego una serie de situaciones especiales como la guerrilla (caracterizada por sorpresa, movilidad y clandestinidad), el conflicto armado y el terrorismo. En su conclusión el licenciado Ortiz Martín afirma que "la proclama de los Derechos Humanos comprende a los hombres del universo entero y si estos se amplían para proteger más y más todos los aspectos que comprenden las leyes se estará al final de la lucha en la posibilidad de conseguir la paz por medio del Derecho".

"El Principio de Inmediación en el Proceso Penal Costarricense" es el título del valioso trabajo que nos brinda el **Dr. Francisco Castillo González,** Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica. Comenta el autor que la "Inme-

diación" tiene dos sentidos: "percepción directa" y "prueba más cercana", inmediación formal y material, respectivamente. De la Inmediación en sentido subjetivo o formal destaca dos características: a) la propia percepción de la actuación de los participantes en el proceso y b) la relación del Tribunal con los medios de prueba, "de tal modo que entre el primero y los segundos no intervenga otro Juez, Tribunal o Autoridad". Las consecuencias de estas características son —en opinión del Dr. Castillo González—: a) las pruebas que sirven de base a la sentencia deben ser recibidas en el debate, por el Tribunal que la dicta, lo que conlleva la necesidad de la capacidad física del Juez y la prohibición de que el Juez utilice para dictar la sentencia su conocimiento privado de los hechos,y b) un contacto directo con los medios probatorios y los participantes procesales en especial en los medios personales de prueba (declaración del imputado, declaración testimonial, testimonio de oídas, declaración de perito). Con relación a la inmediación en sentido objetivo o material, entendida como "elección del medio probatorio más cercano para la mayor exactitud del hecho a probar" (lo que no excluye la prueba indiciaria), plantea dos exigencias: a) la obligación del Tribunal de conocer las pruebas "en su original" y b) la prohibición de usar sustitutos probatorios. Estudia luego las consecuencias jurídicas de la violación del Principio de Inmediación (inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa). Distingue, finalmente, la inmediación de otros principios procesales (oralidad, concentración e identidad física de Juzgador, aclarando que este último coincide parcialmente con la inmediación en su aspecto formal). En sus conclusiones reafirma el carácter de exigencia general de la Inmediación formal y material, especificando que la inmediación formal, como relación directa del Tribunal con los medios de prueba, no es requerida por el legislador en las pruebas materiales y asevera que "la Inmediación es fundamentalmente un principio probatorio, que implica una limitación a la actividad cognoscitiva del Juez o Tribunal del mal material probatorio", con conciencia, sin embargo de que "el reclamo contra las violaciones del principio de inmediación no siempre es jurídicamente posible en nuestro sistema jurídico procesal penal, lo cual es producto del carácter defectuoso de nuestro proceso penal en materia de recursos".

El **Dr. Daniel González Alvarez** participa esta vez con **"El Régimen Penal del daño ambiental"**. El Dr. González apunta la existencia de figuras penales genéricas (que sancionan genéricamente cualquier violación a la ley o reglamento correspondiente). Expone el problema de que la contaminación del ambiente se da, normalmente, en actividades permitidas, lícitas, lo que llama a reflexión sobre el tema de la antijuridicidad con base en la doctrina del abuso del derecho (que es más bien exceso para Pugliatti). Con relación a la tutela ambiental en el Código Penal de 1970 dilucida algunas figuras (casos de "agresión" al aire, al suelo y a las aguas) y otras hipótesis de tutela indirecta (casos de dolo eventual o de culpa). Alude seguidamente a la tutela penal ambiental en leyes especiales (Ley de Pesca y Caza Marítima, Ley de Aguas, Ley General de Salud, Ley General de Agua Potable, Ley Forestal, Ley de Sanidad Vegetal, Ley de Conservación de la Fauna Silvestre, Ley de Salud Animal, Ley sobre Pesca en las doscientas millas marítimas y Ley de Cercas y Quemas). Señala algunos problemas de Derecho Penal General en la protección del ambiente, como el hecho de que no se describe la contaminación, aunque se sancione, las dificultades para determinar el "responsable" en las grandes empresas e industrias complejas, aunque exista la posibilidad de sancionar a las empresas mismas (cancelación de patente,suspensión, etc.), problemas de

prueba de la causalidad, el problema de la colectividad de la acción criminal y el problema de la autorización administrativa en relación con la exención de responsabilidad). En materia de sanciones administrativas advierte la riqueza de nuestra legislación en medidas preventivas. Concluye haciendo ver que es necesario demostrar en la práctica una clara voluntad política en defensa de nuestros vitales y agotables recursos, pues "en el fondo, no se requiere de trascendentales reformas legislativas para proteger el ambiente".

Colabora también en este número el **Dr. Jorge Enrique Romero Pérez,** quien recientemente alcanzó la máxima categoría académica concedida por la Universidad de Costa Rica, al recibir su título de Catedrático. Su trabajo **"Reflexiones sobre la polémica acerca de la transición del feudalismo al capitalismo"** hace referencia a la polémica sobre la obra de Maurice Dobb. El autor trata en primer término la acumulación originaria y las subsunciones formal y material del trabajo en el capital (con base en el pensamiento de Carlos Marx), la primera en el contexto precapitalista (en especial con la extracción de más plusvalía con el aumento del tiempo de trabajo) y la segunda como modo de producción específicamente capitalista, en el caso de la producción de plusvalía relativa. Pasa luego propiamente al debate acerca de la transición del feudalismo al capitalismo en Takahashi y Dobb. Más adelante comenta el modo de producción feudal y el Estado absolutista en el pensamiento de Perry Anderson, donde delimita las notas características generales y la estructura del feudalismo y estima que el Estado absolutista en Occidente se ha revelado como "maquinaria política de la nobleza". Finalmente nos lleva a los temas de la acumulación originaria del capital y del capital comercial con la subsunción formal del trabajo en éste.

El **Dr. Ricardo Zeledón Zeledón,** investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Coordinador de la Cátedra de Derechos Reales y Coordinador del Postgrado de Derecho Agrario en la Universidad de Costa Rica, interviene con su encomiable estudio **"Problemas Prácticos del título, la posesión y la buena fe en la usucapión".** De especial interés son sus observaciones sobre lo que debe entenderse por "título", donde enfoca algunos problemas que tal delimitación ha producido, mostrando la evolución jurisprudencial sobre la solución al caso de "títulos repetidos" y sobre la acción publiciana, que corresponde al "ordinario de mejor posesión" (donde se da el problema del mejor título, aunque ninguno tenga título-documento eficaz). Trata también otros problemas como la validez de títulos inscritos en el Registro Público luego de la usucapión. El autor explica los requisitos de la posesión y aclara el significado de la expresión "en calidad de propietario", para afrontar luego el gran tema de la "buena fe", de la que estudia sus diversos supuestos y sus consecuencias en materia de acción reivindicatoria. En la conclusión describe la metamorfosis del instituto desde 1888 y justifica las nuevas tesis, mostrando como "obedecen a un nuevo concepto estructurado por la normativa especial que redimensiona y supera al Código Civil mismo, tratando de adaptar el Ordenamiento Jurídico a nuevas exigencias económicas y sociales".

"Los Partidos Políticos en Costa Rica", es el tema conque colabora la **Br. Patricia Lorena Hidalgo Somarribas,** quien se propone como objeto el tratamiento del origen, la naturaleza y la evolución de los partidos políticos en Costa Rica con

motivo de lo cual realiza algunos comentarios sobre las tesis de los doctores Juan José Sobrado Chaves y Jorge Enrique Romero Pérez, desarrollando el tema de la función representativa de los partidos políticos y el de su fundamento legal. La autora se preocupa por establecer una tipología o clasificación de los partidos. Seguidamente relata la evolución que han tenido en Costa Rica (refiriéndose a Liberación Nacional, Republicano o Unión Nacional y Comunista o Vanguardia Popular). La Br. Hidalgo Somarribas es de la opinión de que "la naturaleza de los partidos políticos consiste en agrupaciones de particulares de índole política, donde la Ley sólo regula aspectos formales y no cuestiones de fondo, como podría ser su ideología". Finaliza asegurando que "la libertad de creación de partidos políticos en Costa Rica es una forma de evitar que en el futuro podamos ser objeto de algún otro tipo de gobierno que no sea democrático".

El **Dr. Enrique P. Haba,** profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica e Investigador honorario de la Alexander von Humbolt-Stiftung colabora con su artículo **"Sobre la naturaleza del cumplimiento de las obligaciones civiles".** Parte del problema de la diversidad de sentidos de los vocablos "hechos", "actos" y "negocios jurídicos". Desde su punto de vista, para hablar de "hecho jurídico" se requieren dos cosas: a) que esté previsto en alguna norma jurídica positiva y b) "que produzca consecuencias de Derecho: es decir, que cree, extinga o modifique derechos o deberes jurídicos" (en expresión suya). En cuanto al acto jurídico afirma que las consecuencias se establecen de acuerdo con la intención de una voluntad humana, mientras que en los "negocios jurídicos" "el efecto jurídico es aquello que fue querido". Comenta seguidamente los conceptos de acto debido y "acto jurídico en sentido estricto", para pasar luego al tema del cumplimiento en las obligaciones de hacer y en las de no hacer; critica la doctrina del cumplimiento como negocio. Finaliza afirmando que "de acuerdo al sistema de Derecho positivo establecido en el Código Civil uruguayo, el principio general es que la naturaleza del cumplimiento se inscribe en la categoría de los simples hechos jurídicos. No obstante, por acuerdo entre partes interesadas, y además en ciertas situaciones excepcionales que en forma especial prevé la ley, hay casos en que la naturaleza del cumplimiento llega a corresponder a la categoría de los actos jurídicos".

Proseguimos con la reproducción de la interesante monografía sobre **"La impugnación en el proceso civil",** de los licenciados Jorge E. Regidor U., Ramón Nonato Méndez S., Germán Araya Sánchez, Mario E. Ulate U. y Cristóbal Chavarría M., cuyo primer capítulo apareció en la edición No. 27 de esta Revista. Hoy presentamos **"La impugnación en nuestro sistema procesal civil",** tema de gran actualidad en razón de la reforma procesal que se gesta en estos momentos en nuestro país. Entre otros temas, los autores tratan: El régimen de apelaciones en nuestro sistema procesal civil, La impugnación en nuestro proceso plenario y Regímenes de impugnación para los procesos de cognición plenaria y de cognición abreviada.

Incluimos también algunas anotaciones de tipo informativo sobre **"El Poder Judicial en Costa Rica",** que intentan mostrar algunas características de nuestro Poder Judicial, sin que se pretenda explicar ni su causalidad histórica eficiente, ni la total estructura y organización. Se tratan aspectos como: la Inspección Judicial, el Recurso de Inconstitucionalidad, la Autonomía Económica, la Ley Reguladora

de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Defensa Pública, los Actuarios Judiciales, el Ministerio Público, el Organismo de Investigación Judicial, el Digesto, el Nuevo Proceso Penal, la Revista Judicial, la Dirección Administrativa, la Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, la Jurisdicción Agraria y el Circuito Judicial de San José, además de algunas proyecciones de la propia Corte hacia el futuro con el Proyecto de Código Procesal Penal, el Proyecto de Ley de Carrera Judicial, el Proyecto de Ley de Creación de las Alcaldías Civiles de Hacienda, el Proyecto de Ley de Creación del Tribunal de Trabajo de Mayor Cuantía y el Anteproyecto de Jurisdicción Constitucional.

Del señor **José María Pereira Pérez,** investigador del Digesto, reproducimos **"La ingestión de bebidas alcohólicas y sus efectos jurídicos"**; el autor muestra los diferentes supuestos en los que tiene relevancia la ingestión de alcohol, en diversas ramas del Derecho: en Derecho de Familia, en materia de Separación Judicial y suspensión de la Patria Potestad; en Derecho Civil, con relación a la formación de la voluntad negocial; en Derecho Laboral, en materia de faltas graves; en Derecho Penal, en materia Tutelar de Menores y en accidentes de tránsito.

En la sección "La Ciencia al Servicio de la Justicia" aparece **"Nuevos métodos para la determinación de trazas de metales en balística forense",** del **licenciado Rigoberto Blanco S.** Esta investigación basada en cuadros estadísticos aborda los temas de la inestabilidad económica, la crisis y el aumento de la delincuencia, haciendo notar el problema de la cantidad de armas de fuego ilegales en poder de los ciudadanos, que nos han convertido en una sociedad armada, lo que ha contribuido a incrementar las acciones con armas de fuego. De ahí la importancia del tema tratado; para la identificación del responsable mediante análisis químicos exige que la prueba cumpla algunos requisitos: sensibilidad, especificidad y reproducibilidad y propone diversos métodos.

También en esta última sección publicamos del **Dr. Eduardo Vargas Alvarado, "In Memoriam"** dedicado al desaparecido doctor Emilio Bonet.

En la sección de "Reseña Legislativa Extranjera", que ha abarcado también en otras ocasiones temas de Derecho Comparado, presentamos del **Dr. Gero Dolezalek, "Informática Jurídica y Derecho Romano para la Unificación del Derecho en Latinoamérica".**

La **licenciada Marcelina Zeledón Castillo** continúa enviándonos su desinteresado y valioso aporte en la sección de "Información Normativa".

En la sección "Pronunciamientos Especialmente Relevantes" la **licenciada Cecilia Sánchez,** Directora del Digesto, nos proporciona algunos **"Comentarios de votos salvados".**

Finalmente, ofrecemos nuestra sección de Jurisprudencia a cargo del Digesto, cuya dedicada y delicada labor cada día adquiere mayor reconocimiento.

Víctor Pérez Vargas

Sección I: Estudios.



EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN RELACION CON LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL

Lic. Gonzalo Ortiz Martín

"En Droit International Privé, l'histoire est tout. Así se expresaba en su curso Max Gutzwiller en la Academia de La Haya". Con esta frase comienza su notable libro el eminente jurista argentino Antonio Boggiano titulado "Del viejo al nuevo Derecho Internacional Privado". Tomo esta cita para guiarnos en la temática que desarrollamos en este curso. El Derecho Internacional Privado, no es aislante estático, carente por su propia estructura de evolucionar y de relacionarse, adaptándose e incorporándose a todos los signos y adelantos creativos del Derecho en su discurrir histórico, lo que no significa que no mantenga sus bases creadoras que son las que informan y motivan su razón de existir: el Derecho Internacional es el sistema jurídico para optar, en la concurrencia de legislaciones de distintos Estados, por la que resulte aplicable a casos concretos. Al derrumbarse las murallas feudales entre las que nació, al calor de las cátedras de Derecho de las universidades europeas, el Derecho Internacional Privado, saltó esta ciencia con gran agilidad hasta las otras naciones, intensificándose y chocando sus leyes lo que trajo una confusión que produjo un espinoso y grave problema que tuvieron los juristas que afrontar y resolver al través de ellos la aplicación correcta de la norma elegible. Así estudiando profundamente el Derecho que regía en cada nación, en todos sus aspectos, principalmente en los que lo diferenciaban se forjaron sistemas, escuelas y doctrinas, que son auténticos veneros de juridicidad; la neo estatutaria; la Francesa; la Holandesa, la Alemana, la Anglo Americana e innúmeras proposiciones para lograr una solución que conjuntara copiosa aceptación. Aunque las exigencias de este trabajo exigen la mayor síntesis posible a mis alcances, no debe olvidarse, siquiera nombrar la doctrina de Savigny, maestro de maestros, de poderosos vuelos jurídicos y que donde tuvo mayor aceptación fue en nuestra América, que tanto empeño y estudio ha puesto en el desarrollo del Derecho Internacional Privado. Este paso histórico tuvo un fuerte impacto cuando el Derecho Internacional comienza a acomodarse al cambio que hasta se movía en campos de idealismo, y urgía por su imperiosa necesidad, a que ocupara un lugar preponderante. En primer término la fundación de la Sociedad de las Naciones en Ginebra, que se acordó en Versalles al finalizar la Primera Guerra Mundial y allí se delineó el horizonte en el que el Derecho Internacional tendría radiaciones internacionales. Recordemos que como institución de Derecho quedó, entre otras, confirmada la Organización Internacional de Trabajo que desde entonces dicta normas específicas que se procura tengan vigencia en todos los Estados miembros, de leyes que regulen los derechos laborales de la humanidad entera. Llegamos a la Segunda Guerra Mundial que trae el advenimiento de las Naciones Unidas, que sin disputa de ninguna clase, es la cuna del nuevo Derecho Internacional. En apretadas líneas condenso este significativo suceso para entrar al desarrollo del tema. El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos que tiene su antecedente en los llamados Derechos del Hombre promulgados por la Revolución Francesa de 1789.

Estos Derechos Humanos, amplían sin reservas un conjunto de principios que enriquecen el concepto y dignidad del hombre en el disfrute de su libertad. Aquí es donde espero hallar el engarce entre el Derecho Internacional Privado y algunos de los nuevos Derechos Humanos que a mi juicio se tenían como inamovibles de los tratados y codificaciones del Derecho Internacional Privado. El asidero de la Proclamación está en la Carta de las Naciones Unidas; parte del Preámbulo, expresa, "Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas resueltos. . . a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derecho de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas". En el artículo I, los apartes 3 y 4 se leen: "Realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural y humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4, servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes".

El primer párrafo de la proclama, reza: "La presente declaración universal de derechos humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción". Otro mandato en el Preámbulo: "Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". En el artículo 2: 1.—Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; 2.—Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía". Hago notar cómo este artículo se refiere al estatuto personal, a la investidura que jurídicamente tiene el hombre desde su concepción, que lo constituye en un ser jurídico que lo está rodeando y protegiendo su existencia garantizando su dignidad en la libertad constituida por los Derechos Humanos. Artículo 6.—"Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Artículo 7.—"Todos sin iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración, y contra toda provocación a tal discriminación". Artículo 8.—"Toda persona tiene derecho a recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

De estos preceptos paso a examinar las relaciones concretas.

Artículo 16.—Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna, por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2.—Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio. 3.—La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". De los incisos 1 y 2, se desprende que lo esencial del matrimonio y su disolución está íntimamente ligado a las legislaciones de los Estados miembros suscritores de la Declaración, que viene a estar en un nivel superior jurídico. Ninguna disposición de los códigos civiles puede entrar en conflicto con estas citadas normas sustantivas. Establecemos igualmente que el matrimonio produce la familia que está sintetizada en el inciso 3 transcrito sobre disposiciones particulares de las distintas normas que contienen los códigos civiles o de familia.

Para encontrar enlaces con el patrimonio familiar examinamos el artículo 17 de la Declaración: "Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2.—Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad". Igualmente, siempre dentro del concepto de la propiedad, dispone el artículo 27, en su inciso 2: "Toda

persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora". Debo comentar, que para el propósito de esta clase y colocándonos dentro del espacio y carácter de la misma, no cabe entrar en mayores y más profundos estudios sobre otras disposiciones que también, se entrelazan entre el Derecho Internacional Privado y la Declaración de los Derechos Humanos. Tenemos, empero, que referirnos en igual brevedad a la seguridad social, las leyes de trabajo y la nacionalidad. Los autores hacen estudios que los llevan a concluir que el Derecho Laboral tiene mucho de Público y mucho de Privado, y esto se traduce en las disposiciones siguientes: Artículo 22: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Artículo 23: "Toda persona tiene derecho al trabajo a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". Varios otros artículos, en la Declaración pormenorizan los beneficios y protecciones, tanto en el litigio como en la sentencia de que goza el trabajador a quien se le dará, en los procesos, la presunción de su mayor razón e interés. Apenas mencionándolo nos referimos a la Nacionalidad, que para ciertos autores no es materia de Derecho Internacional Privado. El artículo 15: "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2.—A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad". Esta prescripción da carácter jurídico a todo lo concerniente al "status jurídico", nacional y político de la persona que queda facultado para ocurrir a los tribunales comunes para que se establezcan y garanticen los principios transcritos. Creo debemos aludir a cuestiones trascendentales en el Derecho Internacional Privado en esta conexión con Derechos Humanos y es la de la vigencia de la Declaración para que pueda tener efectos jurídicos eficaces en las legislaciones de los Estados miembros suscritores.

Es una novedad en Derecho, lo contenido en el artículo 28, que concede una especie de instancia popular: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, se hagan plenamente efectivos". De modo que, los derechos que aquí se otorgan, si no están regulados en algún país, cualquier ser humano tiene derecho a pedir, ante el Mundo, que se establezca el orden internacional que lo haga posible. Aquí podría surgir la dificultad, si así pudiera llamarse, que tanto obstaculiza la aplicación del Derecho Internacional Privado que es el Orden Público, que también menciona la Declaración en los apartes 2 y 3 del artículo 29. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del ORDEN PUBLICO y del bienestar general en una sociedad democrática". 3.—"Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a LOS PROPOSITOS Y PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS".

El orden público es uno de los conceptos que mayores debates ha suscitado entre los publicistas de Derecho Internacional Privado. Es un poderoso valladar que no permite, en fundamento de su alegada soberanía, que el ámbito que cubre sea invadido por una legislación extranjera para aplicarlo dentro de ese territorio. Contra él se estrellan las pretensiones por justas que sean, de aplicarse en territorios amurallados por el orden público. El planteamiento actual, es el de clarificar si el "jus cogens", que nace del artículo 53 de los Tratados de Viena, es superior imperativo al orden público, cuando se refiere a los Derechos Humanos o va contra los propósitos de las Naciones Unidas. Pongamos atención de que el "jus cogens" es una norma imperativa de Derecho Internacional, general; es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de manera que no admite acuerdo de otros Estados en su contra. Adviértase que es la interpretación aceptada la de que aun tratándose de Estados miembros que no son partes en los Tratados de Viena el jus cogens les es aplicable si agravian los derechos humanos.

Pasamos ahora a los Derechos Humanos, sobre ideas muy nuevas que necesariamente debemos tener presentes, pues, el campo se ha agrandado bastante al agregarse otros derechos, como humanos, a más de los consagrados y de los que están, se ha establecido una forma de categorías. El Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de De-

rechos Humanos, Dr. Hernán Montealegre K., escribe: *"Este núcleo de derechos básicos, inderogables, está integrado por derechos como el no ser privado arbitrariamente de la vida, no sufrir atentados contra la integridad física y moral, mantener la libertad de pensamiento, conciencia y religión, no ser sometido a esclavitud o servidumbre, mantener la calidad de persona sujeto a derechos y obligaciones, no ser víctima de una aplicación retroactiva de la ley penal (Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 4)".* De nuestra parte deseamos señalar que estas dos últimas frases son atributos indiscutidos de la personalidad jurídica del ser humano que es sujeto de derechos y obligaciones, sea el fundamento del estatuto personal que origina el Derecho Internacional Privado y el efecto retroactivo de la ley, que aunque se anuda a lo penal, es garantía de la libertad y dignidad del hombre y por ello tienen gran jerarquía jurídica. Reproduzco del citado jurista Montealegre: *"Existe una evolución progresiva en nuestra conciencia colectiva sobre el respeto y el lugar preeminente de la dignidad de la persona humana, la que tiende a convertirse paulatinamente en un sujeto autónomo de derechos internos e internacionales frente a su propio Estado y aún frente a la comunidad internacional de Estados".*

Tenemos que fijar si existe relación de los derechos económicos que con tanto ahinco se trata de regular y de que se consideren como parte integrante de los Derechos Humanos. La Asamblea General de las Naciones Unidas pronunció una Resolución 32/130, en 1977, de suma importancia como resultado de debates sobre un enfoque estructural de los Derechos Humanos, haciendo hincapié en que estos debían interpretarse en contexto de las estructuras de la sociedad, y en que el subdesarrollo, la pobreza, la agresión, el imperialismo, la dominación extranjera, el colonialismo y el neocolonialismo tienen una enorme influencia en el disfrute de los derechos humanos en diversas partes del mundo. Todo esto nos da el sentido de que se consideran cada día con mayor fuerza los afanes del hombre en su progreso hacia la satisfacción de sus necesidades, en su totalidad, sin restringirlos a sus fines de diferentes índoles. En un artículo titulado El Derecho al Desarrollo y los Derechos Humanos, el especialista en esta materia Theo C. van Boven hasta hace muy poco tiempo Director de la División de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, escribe: *"La primera generación fue la de los derechos civiles y políticos; la segunda, la de los derechos económicos sociales y culturales, la tercera el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho a un medio ambiente sano, o el derecho al patrimonio común de la humanidad. Estos derechos han recibido también el nombre de "derechos de solidaridad". El derecho al desarrollo también ha sido relacionado con el establecimiento de un nuevo orden económico internacional".* A continuación concluye este párrafo von Boven así: *"el nuevo orden económico internacional supone que los países ricos, los países industrializados, tengan la voluntad política para compartir su poder económico con los países débiles y estén dispuestos a hacerlo. Tal es, expresado simplemente, uno de los principios básicos del nuevo orden económico internacional".*

Debemos insistir en que el derecho (humano) al desarrollo está fuertemente ligado a todos los factores puramente económicos, lo que significa que habrá muchos roces con los derechos humanos proclamados, lo que no debe indicar que en ninguna forma puedan prevalecer sobre ningún derecho humano. No deben admitirse confusiones en este sentido. Es consecuente, a nuestro entender, sacar la conclusión de que las relaciones del Derecho Internacional Privado con los Derechos Humanos de la Proclama, como aquellos, que vayan desenvolviéndose al camino de la historia, tiene cada vez más intensidad por las proyecciones universales y no locales del Derecho.

Nos ocuparemos ahora de las relaciones entre el Derecho Internacional Privado y los Derechos Humanitarios que jurídicamente provienen de los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos de 1977 y específicamente el Derecho Humanitario o derecho internacional humanitario se aplica cuando surge un conflicto armado por lo que también se le titula el Derecho de los Conflictos Armados. El combate puede estallar de diferentes maneras, internas o internacionales entre bandos fácilmente identificables, o bien, unos contra gentes desarmadas o poblaciones civiles atacadas como objetivos de los agresores y muchas otras formas en que resultan dañados combatientes y personas privadas, en sus patrimonios o su integridad física. El derecho humanitario no analiza ni entra a buscar causas, culpables o inocentes; se reduce a los derechos fundamentales y mínimos de quienes estén afectados por el conflicto. En un principio se indicaba que la protección que debería darse era a las personas heridas, enfermos, náufragos, prisioneros de los combatientes y a la pobla-

ción civil víctima de la lucha. Hoy el concepto va mucho más allá, porque afecta las relaciones entre los combatientes y los resultados penales que de allí puedan resultar que tengan su regulación ya por el derecho interno, civil o militar o por el derecho internacional. Deja el Derecho Humanitario definida su intervención, pero, no se podrán evitar los daños de otro orden que el conflicto armado, quizás más violento que la guerra, produzca sobre el patrimonio privado de gentes que no han tomado ninguna parte, ni activa ni pasiva, en el conflicto. Cuando esas personas acudan a los tribunales comunes en demanda de sus derechos lesionados en asuntos puramente privados, ¿no surgen situaciones regidas por el Derecho Internacional Privado? ¿No estarían reguladas por el Derecho Interno? Advertimos que hacemos una relación sucinta de lo que son los Derechos Humanitarios que necesitan un mayor énfasis en sus distintos aspectos y dejando a salvo el propósito de mostrar como cada vez prepondera más la tendencia de las Naciones Unidas a universalizar el Derecho.

Los conflictos armados en la actualidad ofrecen unas facetas diferentes a las de sus orígenes por los aspectos que ahora están presentes. El principal hecho es de la "guerrilla", que la sintetiza el citado Dr. Montealegre así: *"La guerrilla es una forma antigua de lucha que presenta una clara recrudecencia a partir de la segunda guerra mundial. "Arma de los pobres", por excelencia, se basa en la sorpresa, la movilidad y la clandestinidad".* En nuestros días se ha utilizado la guerrilla en tal forma que genera muchos comentarios dadas sus variaciones, para no confundirla con otras apreciaciones. Principalmente la guerrilla interna, los combatientes son connacionales; grupos, grandes o pequeños, facciones que luchan contra ejércitos gubernamentales que representan el Estado". Son las clásicas revoluciones o guerras civiles que constituían dos partidos definidos. Hoy día aunque cada guerrilla ofrece en su programa ideales a alcanzar, lo realizan por medios violentos acudiendo a maniobras prohibidas, que se juntan, en varios puntos con el terrorismo, que viene a ser otra cosa.

El conflicto armado es una guerra en pequeño de parte de algún grupo que actúa generalmente como invasor por penetrar a su propio país trasponiendo las fronteras, armados debidamente por intereses y medios extraños. Otros son levantamientos que se producen dentro del mismo territorio siempre procurando constituir un ejército con reglas y principios semejantes a los que rigen las guerras. La verdad es que toman ciudades a las que llaman objetivos militares, y las gobiernan tratando de imitar o sustituir el Estado. También hay guerrillas, casi podría decirse sistemas de pelea, de grupos, divididos en ocasiones en facciones de iguales sentimientos o creencias políticas que procuran derrocar sistemas de gobierno que adversan. Es importante, muy importante y no pretendemos intentarlo en esta oportunidad, tratar de establecer que es en realidad una guerrilla para considerarla y reconocerla como tal.

Nos reducimos al de que el Protocolo I de 1977 extiende protección al guerrillero que lucha en un conflicto armado contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o un régimen racista, asimilando, por tanto, este tipo de conflictos a los conflictos internacionales. Es una realidad la guerrilla y su resonancia y actividad en las formas de lucha del mundo de hoy, de nuestro momento histórico, por lo que no puede prescindirse de proteger al ser humano, al menos, con los derechos humanitarios básicos.

Los conflictos armados de la guerrilla se llegan frecuentemente a confundir con el Terrorismo. Ya expusimos como el guerrillero combate bajo las costumbres de la guerra cuyos batallones tienen caracteres militares y por lo tanto actúan bajo una disciplina castrense. El terrorismo es otra cosa. Es violencia, es usar los métodos del criminal común, asaltan bancos y centros financieros matando a los empleados y robando el dinero para avituallarse de armas de las más caras y mortíferas; secuestran personas para exigir por ellas rescates económicos o morales sobre toda la población, para derivar venganzas y aterrorizar y crear la inseguridad y el miedo. Acuden a todos los medios crueles y sórdidos, corriendo el menor riesgo posible para quedar impunes. Por estas razones y por la estructura misma del terrorismo el Derecho Internacional Humanitario en forma expresa prohíbe los actos de terrorismo. Sin embargo, el Estado, en defensa propia afina sus métodos de luchar para erradicar el terrorismo y lograr capturar a sus autores a los que detiene y juzga y los detenidos insistentemente hablan y protestan de sus derechos humanos violados. Estos son hechos y no se les niega el auxilio y protección que se da a todo ser humano a reconocerles sus derechos fundamentales e inderogables.

En este mismo curso, el ilustre profesor español Dr. Fernando Murillo, que especializa en estas

materias, dictará una clase que plenamente satisfará, no lo dudo, todas las inquietudes que en ustedes despertarán estos derechos humanos que están en completo desarrollo ante los acontecimientos que nos están acongojando a todos y que los internacionalistas que a este estudio se dedican se empeñan en dar soluciones urgentes y necesarias.

Como debemos concluir estos apuntes, nos obligamos a algunas consideraciones finales. La actual época histórica del mundo y en lo que nos afana ahora, del Derecho Internacional Privado, contempla un crecimiento constante del hombre por garantizar a cada ser su propia juridicidad, para que pueda alcanzar la felicidad al conseguir vivir en paz y justicia. Sólo el Derecho en un contexto universal puede lograr que la convivencia humana sea gobernada y protegida por iguales conceptos, que por ser basados en la justicia, conducirían a la paz. Vemos cómo se hace cada vez más grande el ámbito donde actúa la ley. Allá en la edad media, cuando en las universidades europeas nació el Derecho Internacional Privado, no había solamente edificaciones feudales, sino también conceptos e ideas, producto del medio oscuro en que se vivía, haciendo que el patrimonio material y espiritual, estuviese en manos del poder central. Hoy el Estado tiende todos los días, y cada vez con más fervor, a poner el desarrollo al alcance de los más numerosos. Se nacionalizan los bancos que son de propiedad privada y se le traspasan al Estado. La propiedad privada urbana y rural se expropia para dejarla al servicio de instituciones para ver edificar casas populares o reformas agrarias. Pareciera que el propósito final es disponer la tierra, desde su concepto feudal para el servicio y disfrute de la parte del Estado llamada población. Concretándonos al lapso histórico desde los estatutarios de la edad media a nuestro actual período observamos y recogemos lo trascendente de los conceptos que informaron el estudio inicial de esta materia, fundada en el concepto de soberanía absoluta arraigada en sus limitaciones geográficas y políticas; desaparecidos los feudos en lo físico y en lo espiritual o intelectual se desenvuelve el asombroso avance en las relaciones de las gentes que se comunican e intensifican sus negocios auxiliados por las poderosas comunicaciones territoriales y astrales que abren los caminos del entendimiento. Aparecen instituciones como las Naciones Unidas con el gran destino de velar por la paz del orbe, garantizándoles a los hombres la libertad con dignidad dentro de un orden económico que les dé la oportunidad de vivir como un ser humano debe hacerlo. Por ello sus esfuerzos se dirigen a unificar o codificar el Derecho para que bajo su mandato se viva la Justicia que engendra la paz. La proclama de los Derechos Humanos comprende a los hombres del universo entero y si estos se amplían para proteger más y más todos los aspectos que comprenden las leyes se estará al final de la lucha en la posibilidad de conseguir la paz por medio del derecho. Naturalmente, la historia del Derecho Internacional Privado nos muestra cómo el respeto al ser jurídico es fundamental en la vida del hombre.

* * *

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

EL PRINCIPIO DE INMEDIACION EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

Dr. Francisco Castillo González
Profesor de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

1. La doctrina moderna (1) toma el término "inmediación en dos sentidos: unas veces exige que el tribunal tome conocimiento directo, por propia percepción sensorial, del material probatorio y de los participantes procesales, especialmente imputado, testigos y peritos; otras veces requiere que el tribunal obtenga su conocimiento, utilizando el medio probatorio más cercano al hecho a probar, entre todos los concurrentes (2).

La primera exigencia designa el **cómo** el tribunal debe acercarse a las pruebas y se conoce con el nombre de "inmediación formal" (por ser criterio de forma) o de "inmediación subjetiva" (por referirse al sujeto cognoscente de la prueba, que es el tribunal); la segunda exigencia es relativa a lo que es **objeto** del conocimiento del tribunal y se le llama inmediación material u objetiva, por referirse al objeto del conocimiento del tribunal (3). La inmediación formal y la inmediación material difieren en sus contenidos y en la función procesal que cada una de ellas desempeña (4).

2. La inmediación, en sentido objetivo o subjetivo, se refiere únicamente a las pruebas y no

(1) La idea de la inmediación es relativamente nueva en el Derecho Procesal Penal. Su origen se encuentra en el movimiento de reforma del siglo XIX, cuyo punto de partida fue la crítica del proceso inquisitorio, el cual dividía formalmente en dos etapas, atribuidas a distintos sujetos, la tarea de la Administración de Justicia. En la primera fase del proceso, el instructor instruía; en la segunda fase el juzgador juzgaba solamente con base en el producto de la instrucción, que eran las actas del expediente (*"quod non est in actis, non est in mundo"*). Para los reformadores del siglo XIX, la inmediación, que implicaba que una sola persona conociera la prueba y juzgara, tenía por finalidad que el tribunal tuviera conocimiento inmediato, por percepción directa y sensorial, de todos los acontecimientos del debate y, en especial de la recepción de la prueba. (Así, entre otros, VON GLEISPACH, pág. 39; GEPPERT, pág. 122; HENKEL, pág. 328; EB. SCHMIDT, I, Rn. 444; SCHÄFER, Einl. zu L—R, Kap. 13, Rn 62). El surgimiento de la idea de la inmediación se vio acelerado por dos acontecimientos históricos: por un lado, el Código de Instrucción Criminal francés de 1808 previó la audiencia oral y pública ante el tribunal de juicio; por otro lado, la reforma de los códigos penales extendió la discrecionalidad del juez a la imposición de la sanción. Esto convirtió en obsoleto el viejo procedimiento inquisitorio, porque tal cambio en el Derecho Penal de fondo implicaba que el juez debía valorar el grado de la culpa y la personalidad del delincuente, para lo cual no bastaban las actas del expediente, sino que se necesitaba que el juez viera y oyera de viva voz al imputado y a los testigos y les planteara preguntas.

(2) En tal sentido, entre otros, EB. SCHMIDT, I, Rn. 444 s.; HENKEL, pág. 342; LÖHR, pág. 17; GEPPERT, págs. 122 ss.; PETERS, pág. 267; VON HIPPEL, pág. 315; BELING, pág. 133; GERLAND, pág. 173.

(3) Así, entre otros, LÖHR, pág. 18.

(4) Así, LÖHR, pág. 20.

a los hechos de la causa (5). Hay acuerdo en la doctrina, a pesar de los diferentes contenidos que los autores dan al término inmediación (6), que las únicas pruebas afectadas por el principio de inmediación son aquellas con las cuales se trata de establecer la acción punible, la culpabilidad o la pena (7), para fundamentar así la pretensión punitiva estatal (8) y que entran en el campo de las llamadas "pruebas estrictas" (9).

I. LA INMEDIACION EN SENTIDO SUBJETIVO O FORMAL

3. Dos características esenciales definen la inmediación en sentido formal o subjetivo: la primera es que el tribunal debe oír y ver, con propios oídos y ojos, a los participantes procesales y, en el ámbito de la prueba, al imputado, a los testigos y a los peritos; la segunda es que "inmediación" designa siempre la relación del tribunal que debe conocer los hechos con los medios de prueba y con los participantes procesales (10), de tal modo que entre el primero y los segundos no intermedie otro juez, tribunal o autoridad. Conforme a esta segunda característica, el principio de inmediación tendría principalmente la función de evitar que el sujeto cognoscente, —esto es, el juez o el tribunal—, sea engañado sobre la autenticidad de la prueba que se hace valer en el proceso (11).

De estas dos características esenciales de la inmediación en sentido formal o subjetivo, surgen consecuencias que, realmente, son exigencias planteadas al Tribunal sobre cómo debe recibir la prueba en la audiencia.

A. Inmediación formal como propia percepción sensorial del tribunal de las pruebas en el debate.

4. Las pruebas que sirven de base a la sentencia deben haber sido recibidas, en el debate, por el tribunal que dicta sentencia (arts. 382, 393, 395, 396, 400 inc. 3, Cód. Proc. Pen.). Base de la sentencia es solamente aquello, —medios o elemen-

---

(5) Inmediación respecto a los hechos de la causa significaría que el juez hubiera presenciado el hecho punible con sus propios sentidos, lo cual, aparte de ser casi imposible, lo excluye como juez de la investigación judicial del caso, porque el juez no puede valorar su propio conocimiento privado de los hechos. Hay incompatibilidad entre la posición de juez y la condición de testigo (art. 29 inc. 1 Cód. Proc. Pen.). Como hemos dicho (CASTILLO GONZALEZ, *"La Prueba Indiciaria"*, Revista Judicial, No. 11, pág. 35), desde este punto de vista, el conocimiento judicial de los hechos siempre es mediato, porque el juez debe obtener su conocimiento de los hechos y su convencimiento por medio de las pruebas materiales y personales.

(6) Las discrepancias doctrinales sobre el contenido del principio de inmediación se explican por dos causas: la primera es que el término "inmediación" nada dice sobre su contenido, porque como concepto es una mera representación formal de relación, cuyo núcleo es lo directo o lo inmediato entre dos cosas. Para poder decir algo sobre lo inmediato es necesario establecer primero cuáles son los acontecimientos que se relacionan de tal modo. (Así, LÖHR, pág. 16). La segunda causa es que algunas definiciones de inmediación procesal, —la cual lleva siempre a la discusión de en qué medida las pruebas obtenidas en las etapas anteriores al debate pueden utilizarse en éste—, se vuelven contra el fin del proceso penal, que es el descubrimiento de la verdad real y contradicen elementales principios de economía procesal, los cuales desaconsejan que se ignoren en toda hipótesis los resultados de la instrucción. (Así, GEPPERT, pág. 2).

(7) Así, LÖHR, pág. 131.

(8) Solamente respecto a la pretensión punitiva estatal, —es decir, no con relación a lo que es objeto de la acción civil resarcitoria—, vale el principio de inmediación.

(9) Así, entre otros, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. § 226, Anm. 2; VON KRIES, pág. 348. La denominación "prueba estricta" ("Strengbeweis"), —que es aquella que se refiere a hechos significativos esenciales para el establecimiento de la culpabilidad, del hecho punible y de la pena, en contraposición a la "prueba libre" ("Freibeweis") que es aquella que no se refiere a lo que es el campo de aplicación de la prueba estricta—, fue hecha por DITZEN (*"Dreierlei Beweis im Strafverfahren"*, Leipzig, 1926, según cita de LÖHR, pág. 131). Son pruebas libres aquellas tendientes, por ejemplo, a tomar medidas o decisiones procesales, como el establecimiento de un juzgamiento anterior, el examen de si una querella fue interpuesta en tiempo o el establecimiento de la capacidad de un testigo para dar juramento. En tales casos, el tribunal no está ligado a las limitaciones legales que imponen los principios de inmediación y oralidad.

(10) En tal sentido, entre otros, GEPPERT, pág. 132; LÖHR, pág. 17; EB. SCHMIDT, I, Rn. 444 s.

(11) Así, entre otros, KRAUSE, pág. 132; SPRANG, pág. 36; ROGGEMANN, pág. 35; J. MEYER, pág. 76.

tos probatorios esenciales—, legalmente incorporados al debate. En sentido estricto debe hablarse del "principio de inmediación del debate" (12).

1. Casos de incapacidad física de percepción.

5. Consecuencia del principio de inmediación formal es la necesidad de capacidad física de percepción de la prueba en el debate por el juez o por los miembros del tribunal. Con este principio no se cumple si el juez es sordo; si uno de los miembros del tribunal lo es, tampoco, según la doctrina (13), porque el principio de inmediación vale para todos y cada uno de los miembros del tribunal, ya que todos y cada uno de los miembros del tribunal tiene los mismos derechos y obligaciones. Si el juez es ciego, solamente hay violación al principio de inmediación si la recepción de la prueba requiere que el juez vea con sus propios ojos algo, como podría ser el caso de que el peritazgo conste de planos, signos o figuras (14). Cuando ésto ocurre en relación con un tribunal formado por un conjuez ciego, solamente hay violación al principio de inmediación, si la incapacidad visual de aquél no puede ser llenada con la capacidad visual de los otros miembros del tribunal, dado que con tal principio se cumple si inmediación existe respecto al tribunal en total, no importando lo que ocurre en relación con uno de los miembros (15).

La hipótesis del juez dormido en la audiencia, —o borracho o drogado—, se equipara a la ausencia física del juez, a condición de que el estado de incapacidad lo haya afectado durante una parte esencial del debate (16). El caso se rige, entonces, por las reglas de la inexistencia (de la sentencia) cuando se trata de un juez individual *("non iudex")* o como nulidad por defecto de constitución del tribunal (art. 145 inc. I, Cód. Proc. Pen.), si el defecto afecta a uno de los miembros de un tribunal colegiado.

2. Prohibición de valorar el conocimiento privado de los hechos.

6. El principio de inmediación formal, como obligación de percibir por los propios sentidos la prueba en la audiencia, prohíbe también que el juez utilice para fundamentar la sentencia su conocimiento privado de los hechos (17). La "decisión autoritaria", que es la sentencia, hace necesaria una investigación de la verdad real por los medios de prueba legalmente establecidos conforme a cánones legales (18). Por eso es que la condición de juez o de miembro del Tribunal es incompatible con la condición de testigo de los hechos que se investigan (art. 29 inc. 1, Cód. Proc. Pen.).

B. Inmediación formal como relación directa del juez con los medios de prueba y con los participantes procesales.

7. De acuerdo con la doctrina dominante (19), la aplicación del principio de inmediación formal, entendido como contacto directo del juez o tribunal con los medios probatorios y los partici-

---

(12) Así, entre otros, HENKEL, págs. 328 s.; KMR, Vorb. § 296, Anm. 2 b); KERN-ROXIN, pág. 57, EB. SCHMIDT, I. Rn. 435; GEPPERT, pág. 147. Algunos autores (por ejemplo, VELEZ MARICONDE, II, pág. 187; CASTILLO BARRANTES, pág. 53) hablan de inmediación respecto a las actividades del juez de instrucción. Nosotros restringimos el concepto de inmediación al juicio y concretamente al debate. Es cierto que se requiere la presencia del juez de instrucción en la mayoría de los actos que realiza en la instrucción. Sin embargo, no se trata realmente de un problema de inmediación de la prueba, sino más bien de existencia o inexistencia de un acto de instrucción, que debe definirse fundamentalmente por el sujeto que lo realiza. Sin la presencia del juez de instrucción cuando la ley la requiere no hay acto de instrucción. Tanto Castillo Barrantes como Vélez Mariconde afirman luego, contradictoriamente con su idea de extender el principio de inmediación a los actos del juez de instrucción, que la inmediación se manifiesta en tres formas, todas referidas al debate, que son la oralidad, la concentración (o continuidad) y la identidad física del juzgador.

(13) Así, entre otros, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. § 338, Anm. 5 d); KERN-ROXIN, pág. 230; GEPPERT, pág. 147; EB. SCHMIDT, I, Rn. 435. El Tribunal Supremo alemán ha dicho, empero, que tal incapacidad por sordera del juez o miembro del tribunal es la regla (BGHSt. 4, 191 (193)). Por consiguiente, puede haber casos de excepción.

(14) Tal ha sido la posición de la jurisprudencia alemana, la cual nos parece correcta. Así, BGHSt. 4, 191 ss.; BGHSt. 11 74 (78) y BGHSt. 18, 51 ss., según cita de GEPPERT, pág. 148, nota 55.

(15) Tal es la posición de la jurisprudencia alemana. Así, BGHSt. 5, 354 (357), según cita de GEPPERT, pág. 148, nota 58.

(16) Tal ha sido la posición de la jurisprudencia alemana. Así, RGSt. 60 (63); BGHSt. 2, 14 ss., según cita de LÖWE-ROSENBERG, Vorb. § 338, Anm. 5 c).

(17) Así, STEIN, págs. 2 ss.

(18) Así, entre otros, KRAUSE, págs. 49 ss.; SPENDEL, JuS 1964, pág. 468; GEPPERT, pág. 151.

(19) Así, entre otros, LÖHR, pág. 40; BELING, pág. 317; VON HIPPEL, pág. 392.

pantes procesales, hace menester distinguir entre medios probatorios personales y medios probatorios materiales, porque la inmediación exige una determinada forma de utilización por el juez o tribunal del concreto medio probatorio de que se trate.

1. La inmediación formal en los medios personales de prueba.

8. Medios personales de prueba son la declaración de imputado, la prueba pericial y la prueba testimonial. La regla general es que el tribunal debe realizar su actividad cognoscitiva mediante percepción directa del medio probatorio personal. Solamente así el tribunal puede apreciar la personalidad del imputado, la pericia del experto o la veracidad del testigo; solamente mediante la presencia de testigos y peritos en la audiencia puede el imputado plantearles o hacer que su representante lo haga, las preguntas necesarias para su defensa (20). Por ello exige la ley la presencia en el debate del imputado (21), de los testigos y, si fueron citados, de los peritos.

a) La declaración del imputado.

9. La regla general es que el imputado debe estar pesente en la audiencia y declarar de viva voz, para que el tribunal tenga percepción directa, por los propios sentidos, de su declaración. Lo prohibido es, salvo excepciones, el conocimiento mediato, mediante lectura, de la declaración de imputado. Este principio general, fruto de una escogencia valorativa del legislador, es una regulación de carácter técnico probatorio (22), que funciona como una limitación, impuesta por la ley (23), al conocimiento de la verdad. La regla general significa la prohibición de utilizar un documento en la medida en que sea posible una prueba personal (24).

10. El artículo 373 del Cód. Proc. Pen., que permite la lectura de declaraciones del imputado en determinadas hipótesis, rendidas anteriormente, a la par o en defecto de la declaración del imputado en el debate, contiene una excepción al principio de inmediación, porque una declaración anterior, leída, sustituye la declaración en el debate, y en tal declaración leída puede apoyarse la sentencia (25). Siendo el artículo 373, Cód. Proc. Pen., una norma de excepción, debe interpretarse restrictivamente (26) y la lectura solamente es posible bajo tres condiciones muy precisas: la primera, que haya una negativa a declarar del imputado o que haya contradicción entre la declaración prestada en el debate y su anterior declaración; la segunda, que la declaración haya sido prestada ante uno de los sujetos taxativamente enumerados; ésto es, ante un juez de instrucción, ante un agente fiscal o ante un alcalde; la tercera, que a la hora de la declaración se hayan observado las normas de la instrucción.

b) La declaración testimonial.

11. De acuerdo con los artículos 95 y 380, Cód. Proc., Pen., el testigo debe declarar, en presencia del tribunal, de viva voz. La regla es la inmediación de la prueba testimonial. En el artículo 384, Cód. Proc. Pen., el legislador establece excepciones al principio de inmediación, excepciones

---

(20) Así, LÖHR, pág. 41.

(21) La presencia del imputado en la audiencia es un requisito para la existencia misma del debate, según se deduce de los artículos 51, 52, 86, 362 y 373 Cód. Proc. Pen. No son excepciones a este principio ni el art. 86 Cód. Proc. Pen., porque este mismo artículo faculta al tribunal para requerir la presencia del imputado en cualquier momento, ni el artículo 362 Ibíd., que le permite alejarse de la audiencia después de declarar, y hacerse representar por su defensor, porque en tal hipótesis queda bajo la custodia del tribunal, el cual puede llamarlo en cualquier momento.

(22) Así, BELING, *"Beweisverbote"*, págs. 4 ss.

(23) Esta limitación legal no es una prohibición probatoria en sentido estricto. Prohibiciones probatorias son principios jurídicos que, o bien prohíben aclarar determinado hecho ("Beweistatsachenverbote"), —tal es el caso en nuestro derecho de la prohibición contenida en el artículo 307 del Código Penal, de probar la verdad o la notoriedad de los hechos o cualidades atribuidas al ofendido en el desacato—, o bien prohíben la utilización de determinado medio probatorio en el caso concreto ("Beweismittelverbote"), como ocurre en nuestro derecho con los papeles privados sustraídos y demás correspondencia sustraída (art. 24 de la Constitución Política, arts. 196, 198 y 201 del Código Penal). Tales prohibiciones probatorias son límites impuestos por la ley misma al conocimiento de la verdad.

(24) En tal sentido, entre otros, KRAUSE, pág. 199; ALSBERG-NÜSSE, págs. 298 ss.; LÖHR, pág. 144.

(25) Así, LÖHR, pág. 149.

(26) Desgraciadamente los tribunales, —algunos de ellos— han interpretado, violando todo principio interpretativo, el artículo 373 Cód. Proc. Pen. ampliativamente, con lo cual han logrado subvertir el orden probatorio establecido por el legislador. Por ejemplo, es muy común que se lea la declaración prestada ante oficiales del Organismo de Investigación Judicial. Estas declaraciones no pueden ser leídas, conforme al mencionado artículo 373 porque, a parte de que no siempre hay seguridad de que sean expresiones de libre voluntad del imputado, no son dadas ante juez de instrucción, alcalde o agente fiscal, ni se observan en ellas, por regla general, las normas de la instrucción.

que se fundamentan en motivos de economía procesal (inc. 1), de necesidad de investigación de la verdad real (inc. 2), en el principio de conservación de la prueba y en la regularidad de los actos estatales (incs. 3 y 4) o en motivos atinentes al derecho público, interno e internacional (inc. 4).

Una aclaración escrita de un testigo, sobre el mismo punto probatorio que versa su declaración, puede leerse en el debate, aunque tal hipótesis no está regida por el artículo 384, Cód. Proc. Pen., que no la contempla. Tal lectura solamente es permitida, sin embargo, en la medida en que la aclaración complete, pero no sustituya la declaración testimonial (27), porque la ley permite la prueba documental mientras no lo prohíba expresamente.

12. El testimonio de oídas *("ex audito alieno")* ocurre cuando alguien repite ante el tribunal, en su condición de testigo, lo que le fue comunicado por un tercero, que percibió directamente el hecho a probar (28). En nuestro derecho procesal penal tal testimonio es permitido, sin que haya violación al principio de inmediación, puesto que testigo es toda persona que conozca de los hechos que se investigan, —por propia percepción o por haberlos oído de un tercero—, cuando su declaración puede ser últil para el descubrimiento de la verdad (29). Si el *"testes de auditu"* es oído personalmente por el tribunal, se cumple con el principio de inmediación, porque para éste es intrascendente sobre qué hecho es oído el testigo. También el testigo de oídas ha percibido hechos; a saber, el relato sobre los hechos del testigo original.

c) La declaración del perito.

13. Razones de economía procesal explican que el legislador permita en el artículo 379, Cód. Proc. Pen., que se lea la parte sustancial del peritaje, la cual entrará al proceso como prueba documental (30). Hay, pues, una excepción al principio de inmediación respecto a la prueba pericial, la cual se explica porque no es la persona del perito, sino el contenido de su dictamen lo que hace el peritaje. El mismo artículo 379, Cód. Proc. Pen., obliga a los peritos citados a responder bajo juramento a las preguntas que se les haga.

2. La inmediación formal en los medios materiales de prueba.

14. Medios materiales de prueba son la inspección judicial y la prueba documental. Ni en una ni en otra requiere el legislador el principio de inmediación.

No hay norma alguna que obligue al tribunal a tener una percepción sensorial y personal de las cosas que fueron objeto de la inspección judicial, lo cual se explica por razones de espacio y de tiempo, —imposibilidad de mover ciertos objetos, pérdida de tiempo por el traslado—, y por el principio de conservación de la prueba (31). No es necesario que el tribunal tenga una impresión personal sobre la cosa, objeto de la inspección, porque lo que importa es el conocimiento preciso y suficiente de las características del objeto, lo cual puede lograrse mediante su fotografía, su descripción escrita, etc. Las actas de inspección realizadas por un juez, alcalde o agente fiscal simplemente se leen. El artículo 385, Cód. Proc. Pen., permite la lectura de las actas de inspección, registro domiciliario, requisa personal y secuestro practicadas por oficiales o auxiliares de la Policía Judicial, practicadas conforme a las normas de la instrucción, salvo que estos oficiales o auxiliares hayan sido citados como testigos, en cuyo caso solamente pueden leerse si el fiscal y las partes lo consienten, o si se dan los supuestos del artículo 384 incs. 2 y 3, Cód. Proc. Pen.

La prueba documental tiene por finalidad el

---

(27) Tal es la posición de la jurisprudencia alemana. La doctrina alemana, por el contrario, niega la posibilidad de lectura en ese caso, partiendo de la idea de que si la ley establece solamente en determinadas hipótesis la permisión de lecturas testimoniales, sería burlar el espíritu y la letra de la ley permitir la lectura en ese caso no contemplado (así, entre otros, EB. SCHMIDT, II, Vorb. § 250, Rn. 4; SCHNEIDEWIN, JR 1951, pág. 483; GÜNDWALD, JZ 1966, pág. 493; PETERS, JZ 1965, pág. 650).

(28) En tal sentido, LÖHR, pág. 55.

(29) Así, entre otros, GARRAUD, II, pág. 2; BOUZAT, pág. 919; MANZINI, II, pág. 183. Desde luego, que hay límites lógicos para la admisión de los testigos de oídas. No es admisible el testimonio de aquellos que conocen los hechos por rumor público o por pública fama, los cuales no pueden dar razón de la fuente cierta de su información. El antiguo derecho francés llamaba a estos testigos, cuyo testimonio no es admisible, *"témoins par oui-dire"* (así, GARRAUD, II, págs. 10 s.).

(30) Así, LÖHR, pág. 139.

(31) Así, LÖHR, pág. 42. No existe en tal prueba el principio de inmediación. En tal sentido, entre otros, EB. SCHMIDT, I, Rn. 446; VON KRIES, pág. 347; BELING, pág. 317; VON HIPPEL, pág. 392.

conocimiento y la valoración del contenido intelectual del escrito (32). Por ello es que el artículo 385, Cód. Proc. Pen., dice solamente que los documentos deben ser leídos; es decir, que el tribunal debe tomar conocimiento mediante lectura del contenido del documento, de modo inmediato. Ninguna norma establece que el tribunal debe ver el original del documento que es valorado. Por ello puede afirmarse que el legislador no exige el principio de inmediación en la prueba documental (33). Lo único que garantiza el legislador es la oralidad; es decir, que el contenido del documento sea conocido mediante lectura por las partes, para que éstas puedan discutirlo (34). La finalidad que persigue el legislador en la prueba documental puede ser llenada no solamente mediante la lectura del original, sino también mediante lectura, establecida previamente su autenticidad, de una fotocopia o de una certificación del documento original (35).

II. LA INMEDIACION EN SENTIDO OBJETIVO O MATERIAL

15. En sentido material u objetivo, inmediación significa que el tribunal debe elegir, para una correcta investigación de los hechos de la causa, aquel medio probatorio de cuyo contenido deriva, por ser más cercano, la mayor exactitud del hecho a probar, entre todos los medios probatorios que tiene a la mano referentes al mismo punto del "thema probandum" (36). Esta regla jurídica proviene del principio de inmediación y del fin último del proceso, que es la verdad material (37); tiene su fundamento en la circunstancia de que cualquier mediatización del contenido de una fuente probatoria causa un debilitamiento del conocimiento judicial de los hechos (38).

La problemática tratada en el principio material de inmediación se refiere a la calidad probatoria de una lista de pruebas que inciden sobre un mismo punto probatorio y nada tiene que ver con la clasificación entre prueba directa e indirecta (indiciaria) (39). El principio de inmediación no prohíbe el empleo de la prueba indiciaria ni otorga preminencia a la prueba directa. Más bien suele ocurrir que pruebas materiales indiciarias sean más concretas que pruebas personales directas o que pruebas personales indiciarias sean más exactas que una prueba material directa (40).

16. Dos exigencias plantea el principio de inmediación en sentido material: la obligación del Tribunal de conocer las pruebas, por así decirlo, en su original y la prohibición que aquél tiene de utilizar sustitutivos probatorios; ésto es, la prohibición de una actividad probatoria realizada a través de pruebas deducidas de otras pruebas. Conforme a la primera obligación, el tribunal debe, por ejemplo, utilizar el original del documento antes

---

(32) Así, entre otros, EB. SCHMIDT, I, Rn. 446; VON KRIES, pág. 347; LÖHR, pág. 42; BELING, pág. 311; VON HIPPEL, pág. 434; KRAUSE, pág. 120; HENKEL, pág. 288.

(33) LÖWE-ROSENBERG, Vorb. § 249, Anm. 4; LÖHR, pág. 43; VON KRIES, pág. 347.

(34) Así, LÖHR, pág. 44.

(35) Así, KMR, Vorb. § 249, Anm. 1 b).

(36) Así, GEPPERT, pág. 165.

(37) Así, entre otros, KMR, Vorb. § 226, Anm. 2 b); HENKEL, pág. 343; KERN-ROXIN, pág. 210; ALSBERG-NÜSSE, pág. 73; KRAUSE, pág. 132; LÖHR, pág. 49; BELING, pág. 33.

(38) Así, LÖHR, pág. 49.

(39) La circunstancia indiciante en la prueba indiciaria deriva siempre de una prueba directa, respecto a la cual vale lo dicho sobre el principio de inmediación. Un ejemplo aclara lo anterior: en un proceso por homicidio existe como prueba una mancha de sangre en la camisa del sospechoso. Esta mancha de sangre es un indicio que, partiendo de otros datos probatorios, —propiedad o posesión en el momento de los hechos, de la camisa, examen de la mancha de sangre y determinación de su correspondiente tipo con la del muerto, etc.—, permite probar a cargo del sospechoso, por deducción lógica, la imputación de autoría en el homicidio. El indicio mismo debe ser probado por otros medios probatorios: por inspección judicial de la camisa, por peritos que examinan la mancha de sangre y la sangre del muerto, por testigos que observaron que el agente tenía puesta la camisa manchada después de los hechos, etc. Respecto a esta lista de medios probatorios, el principio de inmediación en sentido material obliga al tribunal a escoger aquellos más cercanos a la circunstancia indiciante que se trata de probar.

(40) Así, GEPPERT, pág. 165.

que su fotocopia, y solamente en defecto de aquél puede entrar ésta en juego. Es actividad probatoria deducida la que se produce cuando se utiliza, en vez de la declaración del imputado, la declaración de un testigo sobre lo que aquél dijo, o cuando se sustituye la inspección judicial por un peritaje sobre las características del objeto. En todos estos casos se trata de una prueba indiciaria que, a través de un cambio de rol de un determinado medio probatorio, permite al Tribunal probar, utilizando un medio indirecto, lo que no puede probar por el medio probatorio directo correspondiente (41).

17. Entre los problemas que presentan los sustitutivos probatorios, se ha discutido el valor que tienen en el proceso penal medios modernos de gravar la imagen o la voz, como los filmes, los discos o las cintas magnetofónicas. Para resolver el problema, hay que hacer en nuestro derecho las siguientes distinciones:

a) El artículo 24 de la Constitución Política, que protege la libertad de comunicación oral o escrita de los habitantes de la República, establece una prohibición probatoria, al decir que: "La correspondencia que fuere sustraída, de cualquier tipo que sea, no producirá efecto legal". Los artículos 197, 198 y 201 del Código Penal protegen penalmente la garantía constitucional y prohíben la sustracción de comunicaciones escritas y orales, la grabación de éstas y la utilización de ellas. De modo que si el filme, el disco o la cinta magnetofónica fueron obtenidos en las condiciones que describen el artículo 24 de la Constitución, y los artículos 197, 198 y 201 del Código Penal, tales objetos no pueden servir de prueba, primero, por la prohibición probatoria contenida en el primero de los artículos citados; segundo, por lo dispuesto en el Código Penal.

El artículo 221 del Código de Proc. Pen., que autoriza en contradicción con el artículo 24 de la Constitución, al juez para ordenar la intervención de las comunicaciones telefónicas del imputado para conocerlas o para impedirlas, no puede derogar la prohibición probatoria establecida en la Constitución. Tal artículo 221 Cód. Proc. Pen., por otro lado, solamente puede justificar la intervención telefónica de un imputado, —por consiguiente, debe haber juez competente e imputado conforme al artículo 45 Cód. Proc. Pen.—, con la finalidad específica de impedirlas o conocerlas. No está autorizado el juez, para utilizarlas como prueba en contra de éste, pues a ello no lo autoriza el artículo 221, Cód. Proc. Pen., y lo prohíben los artículos 201 del Código Pen. y el artículo 24 de la Constitución. La libertad probatoria en materia penal (art. 198, Cód. Proc. Pen.) tampoco autoriza tal actuación antijurídica, pues conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial los jueces están sometidos a la Constitución y a la ley, las cuales son límites naturales a la libertad probatoria judicial.

b) Si el filme, la cinta magnetofónica o el disco no fueron obtenidos fraudulentamente, en contra de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución o en los artículos 197, 198 y 201 del Código Penal, tales objetos son medios probatorios en el proceso penal. El valor que tienen es el de un simple indicio. En efecto, cuando el filme, el disco o la cinta magnetofónica contengan cargos contra una persona que tiene la posición de imputado, vale respecto a esos objetos la prohibición de lectura de declaración del imputado, fuera de los casos del artículo 373, Cód. Proc. Pen., pues si otros documentos no pueden sustituir la declaración personal del imputado, tampoco puede jurídicamente sustituirla un filme, un disco o una grabación magnetofónica (conclusión *"per argumentum a maiore ad minus"),* sobre todo cuando tales objetos no son fiables en cuanto a la autenticidad (42). Tales objetos tampoco pueden entrar como prueba documental al proceso, porque el documento se caracteriza por la fijación de determinado contenido intelectual por medio de la palabra escrita y por la posibilidad de ser leído. Estas notas características faltan en las cintas magnetofónicas, en los filmes o en los discos, los cuales se caracterizan frente a los documentos por una determinada forma de

(41) Así, LÖHR, pág. 49. Especialmente peligrosa es la práctica que se ha introducido en algunos de nuestros tribunales, con relación en la declaración del imputado. Este no ha rendido declaración alguna. Pero el juez de instrucción o el tribunal recibe como testigos a los oficiales del Organismo de Investigación Judicial que hicieron la investigación, los cuales declaran que el imputado declaró ante ellos y admitió su responsabilidad en la comisión del hecho delictivo. En tal hipótesis se presenta lo que llama PETERS (pág. 254) un cambio fraudulento de rol. Los agentes del OIJ, que son parte del órgano estatal de persecución y que tienen la función de investigar y de aclarar la situación fáctica, toman el papel de un medio probatorio que no les corresponde, para burlar la garantía constitucional del imputado de declarar o de guardar silencio.

(42) Así, LÖHR, págs. 125 s.

fijación de su contenido, que es siempre técnicamente reproducible (43). Conforme al principio de inmediación y conforme a los artículos 384 y 385 del Cód. Proc. Pen., que dan preminencia a las pruebas personales relativas a imputado y testigos, es evidente que tales objetos no pueden utilizarse como sustitutivos de una declaración de imputado o de una declaración testimonial (44).

III. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA VIOLACION DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION

18. La violación al principio de inmediación, en sentido formal o material trae como consecuencia sanciones procesales. Al respecto debe distinguirse entre nulidades absolutas y relativas y entre inexistencias:

a) En el caso del juez unipersonal afectado por incapacidad psíquica de conocer la prueba, —caso de borrachera, de sueño, de drogadicción—, nos encontramos ante la hipótesis del *"non iudex"*, que se rige por las reglas de inexistencia.

b) Nulidad absoluta existe cuando la violación de la inmediación ha tenido por consecuencia violación de reglas relativas a la intervención del imputado, que impliquen, a su vez, violación de normas constitucionales. Tal es el caso de introducir al debate un filme, un disco, una cinta magnetofónica u otra correspondencia sustraída (arts. 24 de la Constitución, 145 inc. 3 y 146 del Cód. Proc. Pen.). Para que esa nulidad absoluta se produzca es necesario que la sentencia se base en esa prueba ilegalmente introducida al debate (art. 400 inc. 3, Cód. Proc. Pen.).

c) Hay nulidad (relativa) por falta de fundamentación o por violación a las reglas de la sana crítica, cuando el tribunal ha basado su sentencia en contra de la regla que lo obliga a escoger el mejor medio probatorio entre los concurrentes para probar determinado hecho o cuando ha fundado la sentencia en el conocimiento privado de los hechos (art. 400 inc. 4, Cód. Proc. Pen.). En tales casos no se requiere reserva de gravamen, pues es la sentencia el acto viciado de nulidad y contra ella el gravamen se ejercita al ejercitar el recurso.

d) En todos los demás casos de violación del principio de inmediación existe nulidad relativa. La sanción a esta nulidad es específica en algunos casos (arts. 384 y 385, Cód. Proc. Pen.) o genérica (art. 145, Cód. Proc. Pen.). De acuerdo con el artículo 400 inc. 3, Cód. Proc. Pen., esta nulidad requiere que la sentencia se apoye en esas pruebas o elementos probatorios ilegalmente introducidos al debate. Esta nulidad se convalida, por ser relativa (45), si no hay reclamo inmediato de la subsanación del defecto, si era posible, o manifestación concreta de recurrir en casación (arts. 148 inc. 3, 149, 372, 454 y 471 inc. 2, Cód. Proc. Pen.).

19. Salvo el caso de inexistencia, la cosa juzgada sana toda nulidad, sea absoluta o relativa. El reclamo contra las violaciones al principio de inmediación solo es posible si la sentencia tiene recurso de casación. En nuestro sistema, de única instancia, graves arbitrariedades probatorias quedan sin sanción, pues no toda sentencia condenatoria o absolutoria es recurrible en casación.

---

(43) En tal sentido, entre otros, KRAUSE, pág. 124, ROGGEMANN, págs. 71 ss.

(44) Así, LÖHR, pág. 124.

(45) En tal sentido, DE LA RUA, pág. 171.

IV. DISTINCION DEL PRINCIPIO DE INMEDIACION DE OTROS PRINCIPIOS PROCESALES

20. Punto importante es la distinción del principio de inmediación de otros principios procesales.

A. La distinción entre inmediación y oralidad.

21. Durante todo el siglo XIX y aún hoy (46) numerosos autores confundieron oralidad e inmediación, lo cual se explica, históricamente, porque en el proceso inquisitorio, en el cual el juez obtenía su conocimiento a través del expediente escrito, el carácter escrito del proceso condicionaba su mediación (47). En la época de redacción de los códigos procesales modernos, muchos tenían la idea de que entre escritura y mediación había la misma relación que entre oralidad e inmediación. De modo que cuando los reformadores hablaban de oralidad del proceso, se referían también al problema de la inmediación (48). La confusión se explica, además, porque el tribunal recibe en audiencia oral la propia percepción, inmediata y personal, de la prueba. Pero esa circunstancia es únicamente una coincidencia exterior, que ocurre en declaraciones dadas personalmente en la audiencia, del modo de operar de ambos principios, los cuales sirven, de modo distinto, al descubrimiento de la verdad material (49).

22. En tanto que la sentencia debe resultar de un debate oral (arts. 359 y 392, Cód. Proc. Pen.) es evidente que los fundamentos de la sentencia deben salir del material probatorio discutido oralmente (50). El principio del Derecho Procesal Penal moderno es inverso al del viejo proceso inquisitorio, —*"quond non est in actis, non est in mundo"*—, porque la decisión debe fundamentarse en lo que fue materia de discusión oral en el debate y no en las actas del expediente. Así, por ejemplo, imputado, testigos y peritos deben declarar oralmente en el debate; los documentos son leídos, discutidos y valorados por el tribunal y por las partes; los resultados de la inspección judicial son también discutidos oralmente en el debate.

El principio de oralidad se relaciona con la forma de realización del juicio y con el modo de proceder los participantes procesales ante el tribunal y establece que solamente deben valorarse en la sentencia el material probatorio discutido oralmente (51). Desde este punto de vista, la oralidad es fundamentalmente una garantía política, que asegura la apertura, la "contrabilidad" y la *"fairness"* de la investigación de la verdad en el proceso. El principio de inmediación se refiere, al contrario, a la relación del tribunal con los medios de prueba y define la forma como éste debe conocerlos; sirve a la investigación de la verdad material, en tanto que garantiza una mejor utilización y una mejor valoración de los medios de prueba. La inmediación es, por consiguiente, un principio probatorio, mientras que la oralidad es un principio político, destinado a preservar la confianza del pueblo en la Administración de la Justicia (52). Por ello afirma Beling (53) que la oralidad y escritura son formas de entendimiento, mientras que mediación e inmediación son etapas del conocimiento.

La distinción entre oralidad e inmediación es clara en los siguientes ejemplos: si se lee una declaración testimonial fuera de los casos en que ello es permitido por el artículo 384, Cód. Proc. Pen.,

---

(46) Así por ejemplo, BIRKMEYER (pág. 510 ss.) entiende la oralidad como un subconcepto de inmediación. Escribe: *La inmediación del proceso, en sentido de inmediata percepción sensorial por el tribunal del material que servirá de base a la decisión, se subdivide en oralidad de la audiencia y en inmediación de la recepción de la prueba"*. En sentido parecido confunden ambos conceptos CASTILLO BARRANTES (págs. 52 s.) y VELEZ MARICONDE (II, págs. 186 ss.) para quienes oralidad es manifestación del principio de inmediación. Confunde también ambos principios GÖSSEL (pág. 168).

(47) Así, LÖHR, pág. 154; GEPPERT, pág. 137; KRAUSE, pág. 130.

(48) Así, GEPPERT, pág. 137; LÖHR, pág. 156.

(49) Así, LÖHR, pág. 140.

(50) Así, entre otros, EB. SCHMIDT, I, Rn. 429; LÖHR-ROSENBERG, Einl. pág. 129; PETERS, pág. 486; BELING, pág. 186; HENKEL, pág. 327; GEPPERT, pág. 139; LÖHR, pág. 156.

(51) Así, KERN-ROXIN, pág. 73; GEPPERT, pág. 138.

(52) Así, GEPPERT, pág. 141.

(53) BENNECKE-BELING, pág. 258.

hay violación al principio de inmediación, pues hay sustitución prohibida de una prueba personal por una prueba documental, pero no hay violación en tal caso, sin embargo, del principio de oralidad. Por el contrario, se cumple con el principio de inmediación si los miembros del tribunal toman conocimiento directo e inmediato de la carta que contiene expresiones injuriosas. Pero para no lesionar el principio de oralidad es necesario que, mediante lectura, sea conocido por los participantes procesales el contenido de la carta, los cuales solamente así pueden hacerlo materia de discusión en el debate.

B) Distinción entre inmediación y concentración.

23. Por principio de concentración se entiende la exigencia de que el debate se realice, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma concentrada (54). Este principio cumple tres fines (55): favorecer al delincuente, al no prolongar la tensión psicológica que le genera el juicio; reforzar la creencia del pueblo en la Administración de la Justicia al posibilitar una decisión rápida (prevención general) y posibilitar una mejor investigación de la verdad, pues siendo el debate oral, cuanto más tarde la sentencia, tanto más se ha borrado la impresión del debate y menos fácil es la exacta valoración de la prueba.

El principio de inmediación es un principio probatorio que, desde el punto de vista formal, tiene validez en el campo de recepción de la prueba (56). Este principio nada tiene que ver con el problema de concentración de la audiencia; más bien inmediación y concentración pueden entrar en contradicción, lo cual ocurre cuando el conocimiento del tribunal, por propia percepción sensorial, de un medio personal de prueba, implique la necesidad de suspender o de interrumpir el debate.

C) Distinción entre inmediación e identidad física del juzgador.

24. El principio de identidad física del juzgador establece que un mismo juez debe serlo durante toda la audiencia. La finalidad de este principio es que la misma persona física, que estuvo durante el debate y que tuvo la percepción directa de los distintos medios de prueba, valore el material probatorio. El principio de identidad física del juzgador es, en consecuencia, un principio probatorio, que coincide parcialmente con el de inmediación entendido en su aspecto formal, porque para que ésta pueda existir, debe haber identidad física del juzgador. Se trata, empero, de principios diferentes.

V. CONCLUSIONES

25. El presente estudio permite sacar las siguientes conclusiones:

1. La inmediación formal como capacidad de percepción del tribunal y como prohibición a éste (a sus miembros) de valorar su conocimiento privado de los hechos, son exigencias de carácter general, para todas las situaciones probatorias.

2. También es exigencia general, válida para todas las situaciones probatorias, la inmediación material, entendida como necesidad de escogencia del mejor medio probatorio entre los concurrentes para probar un mismo punto del *"thema probandum"*.

3. El legislador solamente exige la inmediación formal como relación directa del Tribunal con los medios de prueba y con los participantes procesales en las pruebas personales, porque en éstas es determinante la impresión que se haga el tribunal del concreto medio probatorio.

La exigencia de inmediación formal, definida de la forma anterior, es mucho más fuerte en la declaración de imputado y en la declaración testimonial que en el peritazgo. La prueba pericial puede entrar al debate prácticamente como prueba documental. Esta diferencia de tratamiento se justifica porque lo fundamental del peritazgo no es la persona del perito, sino el contenido del dictamen.

(54) Así, entre otros, BELING, pág. 376; HENKEL, pág. 330; KERN-ROXIN, pág. 74; PETERS, págs. 482 s.; GÖSSEL, pág. 168; CASTILLO BARRANTES, pág. 55.

(55) Así, GEPPERT, pág. 142.

(56) Así, KERN-ROXIN, pág. 142; GEPPERT, pág. 142.

La inmediación formal como relación directa del Tribunal con los medios de prueba no es requerida por el legislador en las pruebas materiales, en las que no son necesarias percepción personal y sensorial por el tribunal.

4. La inmediación es fundamentalmente un principio probatorio, que implica una limitación a la actividad cognoscitiva del juez o tribunal del material probatorio, limitación que tiene su fundamento en que se piensa que determinada manera de ver las pruebas es la más conveniente para la investigación de la verdad. Tales limitaciones solamente tienen sentido en un proceso no inquisitorio, —por lo menos no totalmente—, como es el vigente hoy día en nuestro país. El irrespeto al principio de inmediación que algunos de nuestros tribunales realizan, se explica por el reciente pasado, regido por un código procesal penal de corte inquisitorio. El reclamo contra las violaciones del principio de inmediación no siempre es jurídicamente posible en nuestro sistema jurídico procesal penal, lo cual es producto del carácter defectuoso de nuestro proceso penal en materia de recursos.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALSBERG-NÜSSE, *"Der Beweisantrag im Strafprozess"*, 3. Aufl. Köln, Berlin, 1956.

BELING, *"Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess"*, Breslau, 1903.

BELING, *"Deutsches Reichsstrafprozessrecht"*, Berlin-Leipzig, 1928.

BENNECKE-BELING, *"Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts"*, Breslau, 1900.

BOUZAT, *"Traité de Droit Pénal et de Criminologie"*. Par Pierre Bouzat et Jean Pinatel. Tome II, Procédure Pénal, par Pierre Bouzat, Paris, 1963.

CASTILLO BARRANTES, *"Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal"*, San José, 1977.

CASTILLO GONZALEZ, *"La Prueba Indiciaria"*, Revista Judicial, No. 11.

DE LA RUA, *"El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino"*, Buenos Aires, 1968.

GARRAUD, *"Traité Théorique et Pratique D'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale"*, Tome 2è., Paris, 1909.

GEPPERT, *"Der Grundsatz der Unmittelbarkeit in deutschen Strafverfahren"*, Berlin-New York, 1979.

VON GLEISPACH, *"Deutsches Strafverfahrensrecht. Ein Grundriss"*, Berlin, 1943.

GÖSSEL, *"Strafverfahrensrecht"*, Stuttgart-Berlin -Köln-Mainz, 1977.

GRÜNDWALD, *"Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren"*, JZ 1966, págs. 489 ss.

HENKEL, *"Strafverfahrensrecht"*, 2a. ed., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968.

KERN-ROXIN, *"Strafverfahrensrecht"*, 12. Aufl., München, 1974.

VON HIPPEL, *"Der Deutsche Strafprozess"*, Marburg, 1941.

KMR (MÜLLER-SAX), *"Kommentar zur Strafprozessordnung und zum GVG und OWiG"*, 6. Aufl., Darmstadt, 1966.

KRAUSE, *"Zum Urkundenbeweis im Strafprozess"*, Humburg, 1966.

VON KRIES, *"Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts"*, Freiburg, 1892.

LÖHR, *"Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozessrecht"*, Berlin, 1972.

LÖWE-ROSENBERG, *"Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen" "Grosskommentar"*. 22. Auf. 1971/1973, Berlin.

GERLAND, *"Der Deutsche Strafprozess"*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1972.

MANZINI, *"Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano"*, Torino, 1968.

MEYER, *"Dialektik im Strafprozess"*, Tübingen, 1965.

PETERS, *"Strafprozess" "Ein Lehrbuch"*. 2. Aufl., Karlsrube, 1966.

PETERS, Anm. zum Urteil des BGH vom 16. Februar 1965-1 StR 4/65 (= JZ 1965, S. 649 f.), en JZ 1965, pág. 650.

ROGGEMANN, *Das Tonband im Verfahrensrecht"*, Göttingen, 1962.

EB. SCHMIDT, *"Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz"*, 1./2. Aufl. 1967.

SCHNEIDEWIN, *"Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung"*, en JR 1951, págs. 481 ss.

SCHÄFER, Einleitung zu Löwe-Rosenberg, zit. Auflage.

SPENDEL, *"Wahrheitsfindung im Strafprozess"*, JuS 1964, págs. 465 ss.

SPRANG, *"Die Zulässigkeit des Beweises durch Zeugen vom Hörensagen, insbesondere im Rahmen des § 252 StPO"*, Diss. Göttingen, 1960.

STEIN, *"Das private Wissen des Richters"*, Leipzig, 1893.

VELEZ MARICONDE, *"Derecho Procesal Penal"*, Buenos Aires, 1969 (tomo II).

* * *

REGIMEN PENAL DEL DAÑO AMBIENTAL EN COSTA RICA*

Dr. Daniel González Alvarez

I. GENERALIDADES

Constituye éste, uno de los temas relacionados con la protección del ambiente y la represión de la contaminación, de mayor amplitud. En realidad el aspecto penal es tan amplio como tan amplias son las disposiciones legales referidas al ambiente, ya que todas las leyes sobre esta materia en uno u otro sentido se relacionan con los delitos y las contravenciones. Para comprender esa amplitud podemos señalar figuras penales genéricas, referidas a la tutela ambiental, no definidas específicamente y mediante las cuales se sanciona con una pena penal la simple violación a la ley o al reglamento. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 36 de la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre; 34 de la Ley de Salud Animal; 30 de la Ley de Pesca y Caza Marítimas; 103 de la Ley Forestal; 41 de la Ley de Sanidad Vegetal; 378 de la Ley General de Salud; etc. En todos ellos encontramos tipos o figuras penales que sancionan genéricamente cualquier violación a la ley y/o al reglamento respectivo, de modo que si quisiéramos abordar el aspecto penal en su totalidad, se requeriría analizar todas esas leyes en forma global, lo que no es posible por limitaciones comprensibles, de ahí que me refiera, sobre todo, a aspectos generales de la punición del daño ambiental.

En materia ambiental es importante tener siempre presente que para que exista delito no basta describir una conducta en la ley y proveerla de sanción penal, hacen falta, además, enfrentar otros problemas como los referidos a la antijuridicidad y a la culpabilidad, antes de confirmar la existencia de un delito, luego de comprobar que una acción cuadra o se adecua a lo dispuesto en la figura penal.

Hago esta observación porque, en este campo, pareciera que la tendencia ha sido la de tipificar conductas delictivas en la ley, creyendo que con ello se brinda una adecuada tutela penal olvidándose de otros problemas jurídicos colaterales. Respecto a la antijuridicidad, en materia ambiental, hacen falta normas que alrededor del tipo, eleven el ambiente a la categoría de bien jurídico protegido, y se le califique como tal. Ello ocurre así para algunos valores fundamentales de nuestra sociedad, como la vida, la propiedad privada, la familia, la libertad, la integridad física, etc., elevados a la categoría de bienes jurídicos fundamentales por diferentes disposiciones de ley, incluso constitucionales. El artículo 1 de la Ley General de Salud dispone que *"la salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado"*, lo que se funda, a su

** Texto de la conferencia pronunciada en el seminario "El marco legal del ambiente", setiembre de 1981, Facultad de Derecho UCR.*

vez, en otras disposiciones de rango constitucional, pero no encontramos disposiciones que hagan una referencia de ese género respecto al ambiente. Ello dificulta señalar el aspecto antijurídico de una conducta que contamine al ambiente, pues, por lo general, esta se produce en actividades consideradas lícitas y autorizadas por el Estado, como las emanaciones de gases y otros tipos de sustancias, producidas a consecuencia de la explotación de una industria o el uso de un vehículo, etc., actividades también protegidas en el ordenamiento jurídico.

Sobre la culpabilidad y el reproche, debemos admitir que éticamente no siempre se ha reprochado la contaminación. El hombre ha agredido al ambiente, removiendo cantidades de tierra, cambiando el curso de los ríos, eliminando bosques, construyendo carreteras y ciudades, agotando especies de animales, sin que se contrarie la conciencia colectiva, y sin obtener el reproche que produce un robo, un delito de carácter sexual, o cualquier otra conducta sancionada penalmente en forma tradicional. El problema es que todo ello ha ocurrido no obstante tratarse de aspectos vitales para la supervivencia del hombre.

II. LA TUTELA AMBIENTAL EN EL CODIGO PENAL DE 1970

Modernamente ha comenzado a reprocharse la contaminación del ambiente, en la medida en que el ambiente agredido se transforma en ambiente agresor del hombre, y es por esta circunstancia, también, que a pesar de que nuestro Código Penal no pretendió tutelar el ambiente en forma expresa, como un bien jurídico individual, existen algunas figuras que pueden aplicarse para reprimir la contaminación.

En efecto, cuando hablamos de contaminación ambiental nos referimos a aquellas agresiones al aire, al suelo y a las aguas, que influyan desfavorablemente en el bienestar de las personas y que comprometan su salud, o bien que causen daños a la vegetación, a los animales o a las cosas. Pero, como puede apreciarse, tutelado y protegido es el hombre, su salud y su bienestar, o las cosas y los animales, lo que ayuda a recurrir a ciertos tipos penales en protección del ambiente, aunque ese no haya sido el propósito directo del legislador. Esta afirmación encuentra sus excepciones, pues hay algunas figuras que se refieren en forma directa a la tutela de algunos de los componentes del ambiente y reprimen la contaminación.

En síntesis, si bien el Código Penal no protege el ambiente como un bien jurídico individual, es y puede ser aplicado para reprimir conductas que se enmarcan en la categoría "contaminación ambiental", siempre que esta contaminación provoque peligro o daño al hombre, o a las cosas. Así observamos fundirse la tradicional tutela de la "Salud Pública" (o higiénica), con la tutela ambiental o ecológica. Tal es el caso de los tipos penales previstos en los artículos 259, 260, 263 y 413 del Código Penal.

En defensa del ambiente, de modo indirecto y secundario, pueden invocarse una gran cantidad de figuras del Código Penal. En primer término los delitos de homicidio y lesiones culposas y dolosas, cuando se han realizado por medio de serias agresiones al ambiente. Cuando una lesión o la muerte de una persona se acepta como una consecuencia probable de la actividad que se realiza, por medio de formas contaminantes, pueden aplicarse a título de dolo estas figuras (dolo eventual), como por ejemplo fumigar, con una avioneta, un insecticida o yerbicida que se sabe es altamente tóxico, cerca de una población, sabiendo que puede ocasionar lesiones o muerte a personas, y se es indiferente a que ello se produzca. En las formas culposas, dichos delitos pueden aplicarse cuando se realiza una actividad con menosprecio a ese deber de cuidado que la sociedad le impone a toda persona, de modo que no ocasione daños a los demás, o cuando se falta a la debida diligencia al desarrollar en este caso actividades industriales o laborales peligrosas para la salud y la vida.

También puede citarse los artículos 227 incisos 1, 2 y 3; y el artículo 289 ambos del Código Penal. Ellos tutelan en forma ocasional los recursos naturales del país. El artículo 228 del Código Penal, cuando el daño recae sobre alguno de los componentes del ambiente, reprime una forma de contaminación o destrucción de los recursos naturales y ambientales, al igual que el artículo 244 ibídem, cuando se crea un peligro para los bienes y las personas, por medio de incendio o explosión. En forma más inmediata, los ya citados artículos 259, 260 y 263 reprimen formas de contaminación de los componentes del ambiente, a los cuales pueden

agregarse los delitos previstos en los artículos 268 y 270, los que reprimen actividades que violen medidas sanitarias y disposiciones reglamentarias o de las autoridades, para impedir la propagación de epidemias y plagas vegetales.

Respecto a las indicaciones que pueden formular las autoridades encargadas de proteger al medio ambiente y a los recursos naturales del país, puede citarse el artículo 305 del Código Penal, que sanciona a quien desobedezca la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; sin olvidarse que la mayoría de las leyes específicas, que se relacionan con el medio ambiente, atribuyen facultades a los funcionarios públicos para emitir órdenes en prevención de la contaminación del ambiente, y a la vez la mayoría de ellas establecen una disposición genérica (contravención), que sanciona con pena pecuniaria la infracción a esas leyes, restando posibilidad de aplicar el delito de desobediencia a la autoridad estatuido en el Código Penal. En sentido inverso, el artículo 330 del Código Penal establece una sanción para aquellos funcionarios públicos que ilegalmente omitan, rehusen o retarden algún acto propio de la función, lo que obliga a los funcionarios a cumplir con todas aquellas funciones que les asignan la cantidad de leyes dispersas que se relacionan con el ambiente y los recursos naturales.

Por último pueden elencarse del Código Penal, las contravenciones de los artículos 383 inciso 4 y 384 inciso 6, los que sancionan daños de animales a cultivos y plantíos; el 384 inciso 5, el 409 inciso 4, y el 410 que sancionan infracciones a los reglamentos de caza y pesca; el 409 incisos 1 y 2 que sancionan una forma de contaminación de aguas y la producción de quemas; los artículos 384 incisos 8, y 400, incisos 1 y 2, en cuanto sancionan a quien bote basura y obstruya las vías públicas con escombros y deshechos; el 390 inciso 2 y el 398 inciso 1, que sancionan a quien provoque ruidos; así como los artículos 413 y 401 inciso 5 ibídem.

Como apreciamos, nuestro legislador protege el ambiente y los recursos naturales en el Código Penal, pudiendo invocarse muchas figuras delictivas, aunque ellas brinden una tutela indirecta o secundaria a ese vital bien jurídico.

III. LA TUTELA PENAL AMBIENTAL EN LEYES ESPECIALES

Muchas son las leyes especiales que contienen tipos penales, cuyo interés jurídicamente tutelado está referido en forma más o menos directa al ambiente.

Sin pretender señalarlas en su totalidad, podemos citar la **Ley de Pesca y Caza Marítima** (decreto ley 190 del 28 de setiembre de 1948), que establece una sanción genérica para los infractores a esa ley y a sus reglamentos, en el artículo 30. La **Ley de Aguas** (de agosto de 1942 y sus reformas), cuyo artículo 165 sanciona la tala de árboles efectuada alrededor de una naciente o sobre las riberas de los ríos; así como los artículos 162, 164 y 166 que establecen sanciones por diferentes formas de contaminación de aguas. La **Ley General de Salud**, en sus artículos 378, 380 y 381, establece figuras delictivas que pueden invocarse en defensa del ambiente, en especial el 381 que sanciona la manipulación, fabricación, guarda, distribución, o suministro de sustancias o productos tóxicos, radiactivos, explosivos, corrosivos, irritantes o peligrosos, sin sujetarse a las exigencias legales, reglamentarias o del Ministerio de Salud. Los artículos 14 y 15 de la **Ley General de Agua Potable** (No. 1634 del 18 de setiembre de 1953), sansionan el uso indebido o el desperdicio del agua potable de las cañerías, así como la perturbación del buen funcionamiento del sistema de abastecimiento de agua potable, hechos a los que puede llegarse por medio de la contaminación. La **Ley Forestal** (de noviembre de 1969), en sus artículos 84, 87 y 98 establece una figura penal, que sanciona incluso con prisión, a quien destruya la vegetación en los bordes de los manantiales o cuencas, y en las riberas de los ríos, duplicando la pena ya prevista por el artículo 165 de la Ley de Aguas, problema que se resuelve recurriendo a las formas y modos de abrogación y derogación de la ley penal. El artículo 99 de la Ley Forestal, que sanciona a quien provoque o incite un incendio forestal, atenuando los casos ya previstos por el artículo 244 del Código Penal, pero agravando los supuestos de los artículos 403 y 409 de ese mismo código, y los del artículo 5 de la Ley de Quemas. Los artículos 100, 101 y 103 de la Ley Forestal, configuran también tipos penales que protegen y tutelan el ambiente, sancionando la acción de explotar o invadir parques nacionales, zonas protegidas y otros lugares, lo cual integra una tutela penal para ca-

sos no previstos por los artículos 225 y 227 del Código Penal. La **Ley de Sanidad Vegetal** (de mayo de 1978), en sus artículos 34, 35 y 41, establece figuras delictivas que sancionan conductas que podrían llegar a ser agresivas para el ambiente. La primera de esas disposiciones establece una pena de días multa para aquel que importe o exporte plantas restringidas, o cuando no se provean de la certificación fitosanitaria, así como también se estatuye una sanción para quien obstaculice las labores de funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería, de gran utilidad cuando ellos realizan funciones preventivas, para impedir la contaminación. La segunda de esas disposiciones sanciona una específica forma de contaminación del ambiente por medio del uso de plaguicidas, abonos u otros productos tóxicos. Es de hacer notar que ese artículo 35 dispone que la sanción consistirá en "no menos de 260 días multa", lo que significa, en virtud del principio de legalidad, que la pena tampoco puede ser superior, al no indicarse en forma expresa. El amplísimo artículo 36 de la **Ley de Conservación de la Fauna Silvestre** (de julio de 1961), establece una figura delictiva genérica para cualquier infracción a esa ley o al reglamento, duplicando la punibilidad de una serie de conductas y creando una cantidad de conflictos de normas, que deberán resolverse, caso por caso, según las reglas del concurso aparente de delitos (artículo 23 del Código Penal), o según las reglas sobre abrogación y derogación de la Ley Penal. La **Ley de Salud Animal** (de mayo de 1978), en sus artículos 12, 13, 14 y 34 sancionan conductas que en alguna medida pueden afectar el ambiente, tales como infringir las disposiciones del Ministerio de Agricultura y Ganadería, cuando se haya declarado la existencia de una plaga o enfermedad de combate nacional, o cuando se declare una calamidad nacional o una emergencia nacional, casos duplicados por la sanción prevista en el artículo 268 del Código Penal. La **Ley sobre pesca en las doscientas millas marítimas** (No. 6267 del 29 de agosto de 1978), la cual protege nuestros recursos naturales, al sancionar con prisión a quien pesca en aguas "patrimoniales" costarricenses, sin el respectivo permiso o contraviniendo ese permiso. En fin, podemos citar, recordando que no pretendemos agotar la lista, la contravención que estatuye la **Ley de Cercas y Quemas** (del 26 de octubre de 1909), en su artículo 5, la cual sanciona quemazones producidas dentro de un radio de doscientos metros, partiendo de los manantiales que nazcan en terrenos planos; así como también sanciona a quien realice quemazones sin el correspondiente permiso de la autoridad y/o sin notificar a todos los colindantes o interesados. Con esta disposición se complementan las contravenciones de los artículos 403 incisos 1 y 2, y 409 inciso 1 del Código Penal (violación a reglamentos sobre quemas); el delito de peligro que recoge el artículo 244 del Código Penal (incendio con peligro para bienes o personas); y, el delito de incendio forestal del artículo 99 de la Ley Forestal.

Esta desarticulada pero completa gama de figuras delictivas nos conduce a afirmar que, para proteger el ambiente, más que una reforma legislativa, se requiere de una decidida voluntad política que ponga a disposición de los tribunales a todos aquellos que contaminen el ambiente, y aún así, el problema no queda resuelto, como veremos de seguido.

IV. PROBLEMAS DE DERECHO PENAL GENERAL EN LA PROTECCION DEL AMBIENTE

En materia ambiental, según indicamos, es necesario tener presentes los requisitos que nuestra legislación penal exige para que una determinada conducta sea considerada delictiva, para lo cual no basta la simple tipificación de una conducta en la ley penal. Me limitaré a exponer algunos problemas que deben enfrentarse para configurar realmente una actividad delictiva en materia ambiental.

a) Cuándo existe contaminación ambiental:

Algunos tipos penales sanciona la "contaminación", sin describir qué debemos entender por ella. Tal es el caso del artículo 260 del Código Penal, al reprimir con prisión de uno a cinco años a quien **contaminare** de modo peligroso para la salud, sustancias o cosas destinadas al uso público o de

una colectividad, como podría ser el aire, pese a la discusión que se hace para establecer si el aire es un bien o una cosa en sentido jurídico, en virtud de no estar entre el comercio de los hombres, según la clásica definición romana. Pero, como quiera que sea, podría pensarse no en el aire, sino en un río de uso colectivo; sin embargo el tipo penal del artículo 260, aplicable en el evento de que se contaminare ese río, no define a partir de qué momento puede estarse ante una contaminación, ni cuándo una industria ha superado los límites de una **normal** descarga de partículas o sustancias vertidas en un río o expulsadas al aire. En fin, no se precisa el momento, las condiciones y los límites dentro de los cuales pueda establecerse que una determinada descarga, proveniente de una actividad considerada normal, como la industrial, es agresiva o contaminante, y cuándo es peligrosa para la salud. Cierto, son aspectos que deben resolverse caso por caso, porque el legislador no podía abarcar detalladamente todas las posibilidades, pero también es cierto que se requiere de reglamentos que establezcan, con criterios técnicos y adecuados, los límites de tolerancia en casos concretos, reglamentos que desde luego deben ser de periódica revisión, no solo por el avance de la técnica sino también por el cambio de las situaciones ambientales y ecológicas del país. Para ello habrá que tomar en cuenta la cantidad y la calidad de sustancias y partículas extrañas lanzadas en un determinado período de tiempo y en un determinado lugar. Tengo entendido que ese fue el camino que se siguió para aplicar la contravención prevista por el artículo 413 del Código Penal, al menos respecto al humo emitido por los vehículos automotores.

Ante esos problemas, y para buscarles solución, algunos países han hecho surgir ya un principio jurídico básico: que las actividades económicas (incluidas las industriales), no deben realizarse en daño de los habitantes de un determinado ambiente, ni de la economía predominante de esos habitantes, como lo hace la Constitución Política italiana en su artículo 41, al precisar que si bien la iniciativa económica privada es libre, "ella no puede desenvolverse en contraste con la utilidad social o en modo de ocasionar daño a la seguridad, a la libertad y a la libertad humana".

b) La responsabilidad penal de la empresa por el daño ambiental:

Para el Derecho Penal, la responsabilidad es personalísima no se transmite a terceros. Se es responsable penalmente sólo por hechos propios, aunque confirman la regla algunas excepciones, como la prevista por el artículo 384 de la Ley General de Salud, en cuanto transmite la **responsabilidad penal** a los administradores, gerentes o representantes legales que tuvieren la obligación de acatar, o hacer acatar las leyes, reglamentos y disposiciones en razón de sus cargos; y por no hacerlo se hubiere cometido alguna conducta sancionada con pena; o que, por falta a la debida diligencia o por omisión, hubieren permitido que la infracción se cometa, aunque en este evento no se excepcionaría la regla, sino que se calificaría como una conducta penal omisiva. Otra forma de excepción puede constituirla el caso previsto por el párrafo final del artículo 227 del Código Penal. Pero en términos generales, la regla es que sólo puede sancionarse a una persona, por su propia conducta (activa u omisiva), a diferencia de la responsabilidad civil que sí puede transmitirse a terceros o puede recaer en personas jurídicas (sociedades).

El problema surge, en referencia a la contaminación ambiental, porque generalmente ésta es producto de una actividad industrial, o se realiza en nombre de una persona jurídica. Cuando se trata de una pequeña empresa no hay problema para individualizar al responsable, máxime si el propietario asume en forma personal la dirección técnica, pero en las industrias complejas, en las que existe distribución de funciones y de responsabilidades, la situación se agudiza porque no siempre es fácil establecer quién pudo ser el responsable penal, si esa actividad industrial provocó una contaminación del ambiente.

Es claro que el empleado, encargado o subalterno, no será responsable penalmente cuando la eliminación o la prevención de la conducta contaminante escapa de su disponibilidad, pero, en el plano práctico, encontrar al verdadero responsable implica la realización de complejas indagaciones que pueden afectar la eficacia de la tutela que se quiere brindar con la sanción penal.

En la actualidad se ha pensado en hacer recaer la responsabilidad penal en las personas jurídicas (empresas, sociedades), y lo cierto es que algunas consecuencias accesorias del delito recaen hoy en forma directa sobre ellas, cuando sus personeros realizan alguna actividad delictiva en el ejercicio de sus funciones dentro de la sociedad, como el caso de la cancelación de patentes, la suspensión de la actividad productiva. Pero no se trata de la regla, pues, por lo general, debe individualizarse a la persona o personas físicas que, con su conducta acti-

va u omisiva, hubieren desencadenado el resultado lesivo para el ambiente. Podría pensarse en la incriminación del grupo de accionistas que hubiere rechazado una propuesta para suministrar fondos con el objeto de impedir la contaminación, y el hecho se verifica con relevancia penal.

La jurisprudencia italiana ha considerado que el propietario o los propietarios estarían exentos de responsabilidad penal si: 1) hubieren conferido la responsabilidad de la empresa, con altos poderes organizativos, a personas calificadas y técnicamente idóneas; 2) que la repartición de tareas se desprende en forma explícita de normas estatutarias, y responda a exigencias efectivas y constantes de la empresa; 3) que el patrono o propietario haya impartido las oportunas disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones de ley, salvo que la empresa sea particularmente compleja, en las cuales el propietario puede conceder plena autonomía a los directores calificados, dejando a ellos ese deber; y 4) que el propietario haya suministrado a sus dependientes todos los medios materiales, para que éstos puedan cumplir del mejor modo las tareas asignadas.

c) La prueba de la causalidad en materia ambiental:

Otro problema que también debe resolverse lo constituye la obtención de la prueba concreta de causalidad entre una conducta realizada con una gestión industrial y el resultado previsto en la norma, sobre todo cuando el resultado previsto en el tipo penal consiste en un efectivo daño a la salud, a las cosas o a la vida.

Si preguntamos a un sociólogo sobre el origen de las lesiones que sufren en la piel las personas que viven en los alrededores de una fábrica que expulsa sustancias tóxicas al aire, para responder haría examinar una muestra de personas pertenecientes a ese y otros vecindarios, y luego de comparar resultados y de otros análisis sociales, si concluye que el único factor común entre los que padecen las afecciones de la piel es el habitar cerca de la fábrica, probablemente respondería que las enfermedades en la piel tienen origen en las emisiones de sustancias químicas de la fábrica, pero todo ello no sería suficiente, desde el punto de vista jurídico, para concluir que existe una relación causal entre aquellas emanaciones y el resultado dañoso, o sea las lesiones.

Para resumir, la obtención de la prueba de causalidad, en materia ambiental, se enfrenta a tres dificultades: 1) la contaminación, por lo general, constituye un hecho colectivo, provocado por la acción de muchas personas y actividades, de ahí que resulte difícil señalar a una determinada conducta como causa directa de la contaminación y de su efecto, máxime cuando el ambiente ya estaba contaminado; 2) los resultados dañinos se materializan, por lo general, después de un largo período de tiempo de la fecha en que se produjo la acción, y si esta última no es pemanente, sería difícil individualizarla; y 3) los efectos nocivos de la contaminación se presentan muchas veces en lugares alejados de la fuente de contaminación, incluso traspasan fronteras. A todo ello debemos agregar que, en caso de duda, deberá estarse a lo más favorable al imputado (artículo 393 párrafo tercero del C.P.P.: indubio pro reo).

ch) El problema de la colectividad de la acción criminal:

A contaminar el ambiente, debemos confesarlo, contribuimos casi todos de una manera u otra. Siendo éste un hecho colectivo, debe determinarse, para que surja la posibilidad de sentar alguna responsabilidad penal, que el agente actuó a sabiendas de que su conducta, en colusión con las demás fuentes contaminantes (concausas), debía o podía producir el resultado, o por lo menos debió existir la posibilidad de representarse el resultado, y la verdad es que casi siempre se ignoran las consecuencias de este tipo de acciones.

Por ello resultan de mayor aplicación las hipótesis delictivas que no requieren un concreto daño natural, en otros términos, encuentran mayor eficacia los llamados delitos de peligro que aquellos de daño, en tutela del ambiente; o bien, es preferible recurrir a la sanción preventiva y no esperar a que se ocasione un daño perceptible por los sentidos, pues cuando ocurre, no es posible volver las cosas al estado en que se encontraban originalmente. En tal sentido pueden invocarse una serie de medidas administrativas, algunas de las cuales citaré al finalizar.

d) La autorización administrativa como eximente de responsabilidad penal:

Todavía, a esas dificultades debe sumarse una más. La contaminación, muchas veces, proviene de una actividad calificada no sólo como lícita, sino también sujeta a una autorización administrativa.

Para operar una fábrica es necesario solicitar permisos a la administración pública, de ahí que deba valorarse la relevancia de tales autorizaciones como eximentes de la responsabilidad penal, pues no delinque quien obra en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 25 del Código Penal).

Sobre ello, personalmente considero que la autorización administrativa es de carácter preventivo y no facultativo, es decir, si observamos cuáles son los requisitos y las condiciones que deben reunirse para que se otorgue un permiso de construcción, o de operación de una fábrica, por ejemplo, podemos notar que los funcionarios públicos lo que realizan es una labor de prevención de accidentes, de contaminación, etc., pero en sí no facultan para que se opere en una determinada forma, o para que se expulsen determinadas cantidades de sustancias y partículas nocivas. Consecuentemente, no podría excusarse o justificarse aquella actividad, sólo por haberse autorizado al sujeto, en forma genérica, a realizar la actividad en la cual se produjo el delito; excepto cuando la actividad que se tipifica hubiere sido concretamente autorizadas por la administración. Si la conducta no es autorizada en forma expresa, o bien la autorización administrativa es ilegal, no surge la eximente del artículo 25 del Código Penal.

Estuvo en discusión, hace algunos años, el problema de los beneficios de café. Según el artículo 32 de la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre, que prohíbe arrojar desechos de ingenios, aserraderos, beneficios de café, etc., a los ríos, riachuelos o quebradas, se concedió un plazo hasta 1975 para cambiar los sistemas de purificación de las aguas. Al vencer el plazo máximo que la ley concedía para cambiar los sistemas, el Ministerio de Salud concedió una especie de prórroga, pues se alegaba que no existían sistemas posibles de aplicar para remediar el problema. Sin embargo, podemos cuestionar la legitimidad de esa prórroga que concedió el Ministerio. Hoy día al parecer el problema ya se resolvió y los beneficios utilizan la brosa para abonar los cafetales.

No obstante lo anterior, todavía podría surgir, respecto al elemento psicológico del ilícito, una causa de exclusión de la culpabilidad, prevista en el párrafo final del artículo 34 del Código Penal, si el autor cree y actúa bajo la convicción de que su conducta no es delictiva por estar autorizada expresamente por las autoridades sanitarias, configurando los supuestos de la llamada defensa putativa, que nuestro legislador lo asimila a una forma de error de hecho.

En síntesis, muchos son los problemas a resolver en sede penal para proteger el ambiente, tantos que pareciera que el camino de solución no lo brinda el Derecho Penal, sino las actividades preventivas.

V. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Vista esa gama de situaciones jurídicas que deben enfrentarse en sede penal, resultan de mayor eficacia las sanciones de carácter administrativo para proteger el ambiente, las cuales pueden llegar a producir consecuencias más gravosas que las propias sanciones penales, no obstante que a estas últimas se les reserva una posición de último recurso.

Nuestra legislación es rica en medidas preventivas, a aplicar por parte de la administración. Entre ellas, podemos citar las siguientes: el artículo 12 de la Ley de Pesca y Caza Marítima establece la posibilidad de revocar permisos de pesca y caza marítimas a embarcaciones, cuando violen la ley o el reglamento; lo cual es complementado por el artículo 15 del Reglamento a esa ley, que prevé la posibilidad de suspender temporal o definitivamente los títulos de capitán y piloto (títulos de navegación), así como la prohibición absoluta y definitiva de pescar en aguas territoriales si el autor del hecho es extranjero. Los artículos 355 y siguientes de la Ley General de Salud, en cuanto facultan a los funcionarios públicos para decomisar y destruir artículos y mercaderías; a demoler y desalojar viviendas; a la clausura de establecimientos; a la cancelación de permisos; etc. El artículo 151 de la Ley de Aguas también establece una medida de prevención administrativa, al facultar la expropiación de los terrenos adyacentes a los ríos o a los nacimientos de aguas, si el propietario destruye los árboles y la vegetación en esas zonas. El artículo 14 de la Ley de Salud Animal, que faculta al Ministerio de Agricultura y Ganadería para combatir, a costa del administrado, una plaga o enfermedad de combate particular obliga-

torio y éste no lo quiere hacer. También los artículos 13, 70 y 101 inciso c) de la Ley Forestal disponen sanciones administrativas, en cuanto facultan el decomiso y el remate administrativo de la madera y otros productos forestales, ante alguna infracción; así como prevén la cancelación de permisos de explotación y la pérdida de una serie de incentivos; y la posibilidad de cerrar un aserradero por incumplimiento de las normas. En igual sentido pueden invocarse los artículos 19, 36 y 40 de la Ley de Sanidad Vegetal, que autorizan quemar plantíos para evitar plagas; facultan cerrar temporalmente establecimientos comerciales; etc. Muchos otros ejemplos podrían citar, algunos de ellos son hoy muy efectivos para combatir la contaminación del ambiente y la destrucción de nuestros recursos naturales, sin embargo, es necesario potenciar su uso y demostrar en la práctica una clara voluntad política en defensa de nuestros vitales y agotables recursos, pues en el fondo, no se requiere de trascendentales reformas legislativas para proteger el ambiente.

* * *

REFLEXIONES SOBRE LA POLITICA ACERCA DE LA "TRANSICION DEL FEUDALISMO AL CAPITALISMO"

(ANALISIS JURIDICO-SOCIOLOGICO)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Catedrático
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

INDICE

Presentación 38
A. Acumulación originaria y subsunciones formal y material del trabajo en El Capital (K. Marx). . . 39
B. El debate acerca de la transición del feudalismo al capitalismo en Takahashi y Dobb 45
C. El modo de producción feudal y el Estado absolutista (P. Anderson) 49
D. Conclusión 53
E. Bibliografía 53

PRESENTACION

En este breve artículo trataremos de dar una idea somera de una polémica interesante que ha girado en torno de la obra de Maurice Dobb, publicado originalmente en inglés, en 1946, **Estudios sobre el desarrollo del capitalismo.**

Esta polémica montada para Europa Occidental, tiene repercusión en América Latina en donde se ha discutido acerca de formas feudales de producción o dicho en interrogante: ¿existió feudalismo en América Latina? Y, si ello es así, qué características tuvo su nacimiento, desarrollo y la respectiva fase de transición hacia el modo de producción capitalista. Un poco algunos trabajos de Andre Gunder Frank han apuntado en esta dirección, lo cual motivó toda una discusión cuando los cultivadores de la **teoría de la dependencia** *(Marini, Cardoso, Furtado, etc.) trataron de su explicación al subdesarrollo de este subcontinente.*

Por estos motivos, el debate sobre esta materia no es ocioso ni estéril de cara a América Latina. En este sentido, este trabajo que se edita nace al calor de ese interés, sin ninguna pretensión de originalidad; pero, sí en lo que respecta a mantener la atención sobre este aspecto interesante de la formación social al sur del Río Bravo.

El autor.

Una sociedad no desaparece nunca antes de que sean desarrolladas todas las fuerzas productoras que pueda contener y las relaciones de producción nuevas y superiores no se sustituyen jamás en ella antes de que las condiciones materiales de existencia de esas relaciones hayan sido incubadas en el seno mismo de la vieja sociedad.

Karl Marx

Contribución a la crítica de la economía política (Madrid: A. Corazón, 1970, p. 38).

A. ACUMULACION ORIGINARIA Y SUBSUNCIONES FORMAL Y MATERIAL DEL TRABAJO EN EL CAPITAL (Karl Marx)

SUMARIO

I. Subsunción formal del trabajo en el capital.
II. Subsunción real del trabajo en el capital.
III. Acumulación originaria del capital.
IV. Capital comercial y subsunción formal del trabajo en el capital.

I. SUBSUNCION FORMAL DEL TRABAJO EN EL CAPITAL

Tal y como lo expresa el traductor Pedro Scaron, la palabra **subsunción** puede traducirse por la aceptación de **subordinar** o **incluir** (cf. Karl Marx, libro 1, capítulo VI, inédito, p. XV, Madrid, Siglo XXI, 1973).

De acuerdo con ello, expresa Marx que el proceso de trabajo se convierte en el instrumento del proceso de valorización o del proceso de autovalorización del capital, quiere esto decir de la creación de plusvalía. De este modo, el proceso de trabajo se subsume (se incluye, se subordina) en el capital, así su propio proceso. El capitalista actuando en este proceso asume el rol de dirigente. Este proceso es de explotación de trabajo ajeno. Marx indica que a ese fenómeno se le puede denominar **subsunción formal del trabajo en el capital** (ídem, p. 54).

Desde el ángulo de todo proceso de producción, esa **subsunción** es la **forma general;** mientras que desde la perspectiva del modo de producción capitalista (MPC), se convierte en la modalidad específica (ibídem).

Bien expresa Marx que el trabajo es la levadura que, echada al capital, lo hace entrar en fermentación. Añadiendo que por una parte, la objetividad de que se compone el capital debe ser elaborada, vale decir, consumida por el trabajo; y, por otra parte, la mera subjetividad del trabajo en cuanto forma pura debe ser eliminada y superada, así como objetividad en el material del capital. La relación del capital, conforme a su contenido, con el trabajo, o sea la del trabajo objetivado con el trabajo vivo —en esta relación donde el capital se presenta de manera pasiva ante el trabajo, es su existencia pasiva, en cuanto sustancia particular, la que respecto al trabajo aparece como actividad formativa— únicamente puede ser la relación del trabajo con su objetividad, con su sustancia (Marx, **Elementos** fundamentales para la crítica de la economía política, borrador, 1857—1858, ps. 238 y 239).

De esa forma, el proceso de producción se ha convertido en el proceso del capital mismo, un proceso que se desenvuelve con los factores del proceso laboral en los cuales se ha transformado el dinero del capitalista y que se efectúa, bajo la dirección de éste, con el fin de obtener del dinero más dinero (Marx, cap. VI, inédito, cit., p. 54).

El capitalista fiscaliza que el trabajo alcance el grado normal de calidad e intensidad y prolonga lo más que puede el proceso laboral a efecto o con el fin de que aumente la plusvalía generada por ese proceso laboral. El trabajo posee la facultad de conservar el valor y ello implica la de autoconservación del capital. De todo ello resulta que el trabajo objetivado se presenta como si utilizara el trabajo vivo (ídem p. 55).

Esa subsunción formal citada, explica que procesos laborales ya existentes (trabajo artesanal, trabajo agrícola en el marco de la pequeña economía campesina) se subordinan al capital. Se trata de procesos de trabajo tradicionales (o, precapitalistas) que quedan bajo la dirección del capital (ibídem p. 55).

No se trata del modo de producción capitalista (MPC), con el trabajo a gran escala, sino de una subsunción del trabajo en el capital bajo el contexto del proceso laboral pre capitalista; tal subsunción es **formal.** Se extrae más plusvalía, prolongando el tiempo de trabajo. Esto es específico de la subsunción formal del trabajo en el capital, para economías en un proceso de transición hacia el capitalismo. Ya en el modo de producción capitalista (MPC) los modos de extracción de plusvalía son diversos.

Esa prolongación del tiempo de trabajo, para subsumir el trabajo en el capital, implica la generación de plusvalía absoluta (p.a.).

En esa subsunción **formal** del trabajo en el capital, se tiene como única manera de producir plusvalía, usando la prolongación del tiempo de trabajo y con ello se deriva la elaboración de la citada plusvalía absoluta (p.a.) (cap. VI, inédito, p. 56).

Marx lo afirma adecuadamente cuando señala que (el) capitalista consume la mercancía por él adquirida o comprada en el mercado laboral, es decir, la fuerza del trabajo y hace que el obrero consuma, a través de su propio trabajo, los medios de producción. En esa fase de la transición del feudalismo al capitalismo, el capitalismo tiene que tomar la fuerza de trabajo tal y como la encuentra, pre dada, en el mercado laboral; y, por ende, también su trabajo tal y como se ejecutaba o realizaba en el tiempo o período en el que "aún no había capitalistas". En esa fase, el que compra fuerza de trabajo, consume dicha fuerza y de hecho implica la subsunción **formal** del trabajo en el capital.

Ese proceso por el cual el capitalista consume esa fuerza de trabajo, presenta dos hechos importantes: i) el obrero trabaja bajo el control del capitalista, al cual pertenece el trabajo del obrero; y, el producto del trabajo del obrero es propiedad del capitalista y no del productor directo del trabajo que es el trabajador. (Cf. El capital, T. I, Vol. I, Siglo XXI, México, 1980, p. 224).

Así el **proceso laboral o de trabajo** es el consumo de la mercancía fuerza de trabajo, comprada por el capitalista, y la que requiere añadirle medios de producción para consumirla. El capitalista compra ese proceso, la fuerza de trabajo; y, el producto de ellos, le pertenece.

Ese producto implica un valor de uso, pero su proceso en el mercado se efectúa por el valor de cambio que la mercancía lleva consigo (cf. El capital, T. cit., ps. 225 y 226).

El capitalista controla la producción de valores de uso, de mercancías para obtener plusvalor (ídem, p. 226).

Marx ratifica que el proceso de producción capitalista no genera mercancías, como voluntad del capitalista, sino plusvalor. En este proceso, el obrero no produce para sí, sino para el dueño de

su fuerza de trabajo, el capitalista. Por ello, sólo es productivo el trabajador que produce plusvalor para el capitalista o que sirve para la autovalorización del capital. (El capital, T. I, vol. 2, Siglo XXI, México, 1980, p. 616).

Este autor llega a la conclusión de que la producción del plusvalor absoluto únicamente presupone la subsunción **formal** del trabajo en el capital (ídem, vol. 2, p. 617).

La producción de plusvalor absoluto trae consigo que las condiciones de trabajo, se transformen en capital (las cosas se mutan en capital); y, los que trabajan se mutan en obreros asalariados. Los productos se generan y se intercambian en el mercado como mercancías, es decir, como vendibles. En este proceso de producción, el capital consume fuerza de trabajo **(subsunción formal)** y por ende el trabajo queda sometido al control del capitalista. Aprovechándose de ese control, el capitalista alarga la jornada laboral, para obtener más plusvalor, al tener más plustrabajo.

La clave de este proceso de obtención de plusvalor absoluto radica en:

a) prolongación de la jornada de trabajo, por el capitalista, más allá de los límites de tiempo de trabajo necesario para la subsistencia del propio trabajador; y,
b) la apropiación, por el capitalista, del plustrabajo del obrero, para convertirlo en plusvalor (ibídem, p. 617).

La diferencia del modo de producción esclavista y del feudal, respecto del capitalista (MPC) radica en que en la esclavitud y en el feudalismo, se arranca del plustrabajo (del esclavo o del siervo de la gleba) por medio de la coacción directa (fuerza física) y, en el capitalismo, el medio de coacción es la venta "voluntaria" de la fuerza de trabajo del obrero en el mercado laboral. Se dice "voluntaria", porque el obrero que no venda su fuerza de trabajo, queda al margen de los mecanismos de obtención de salario, que es la fuente o medio para subsistir, ya que sin dinero —salario— carece de poder de compra de los bienes y servicios que necesita para vivir (cf. cap. VI, inédito, cit., p. 56).

Bien indica Marx que el carácter distintivo de la subsunción **formal** del trabajo en capital, se destaca mediante el cotejo o comparación con situaciones en las cuales el capital ya existe desempeñando funciones subordinadas, pero no aún en su **función dominante,** determinante de la **forma** social general, o sea, en su condición de comprador directo de trabajo y apropiador directo del proceso de prosucción (cf. cap. inédito, p. 58). El capital usurario, forma feudal de expresar la renta dineraria, como en la India, adelantó dinero para que los productores directos adquirieran materias primas e instrumentos de trabajo.

Tanto en el **capital usurario,** como en el **capital comercial** no se da la subsunción **formal** del trabajo en el capital, porque los usureros (no importa cuánto se ganan en intereses) y los comerciantes (no importa cuánto se ganan al vender las mercancías), no se inmiscuyen personal y directamente en el proceso de trabajo del trabajador directo, que es el dueño de sus medios de trabajo.

Ambas formas de **renta feudal** (capital usurero y comercial), medran del trabajo del obrero que produce directamente en su propio proceso laboral.

El capital usurario y el capital comercial son formas de renta feudal, precapitalista. No forman parte de las relaciones propias del capitalismo moderno.

Tampoco constituyen formas de subsunción **formal** del trabajo en el capital.

El trabajador es dueño de sus medios de trabajo y controla el proceso laboral, que le pertenece. Aunque le pague honerosos intereses al usurero y le compre, a precios altos, al comerciante sus bienes.

Tanto el usurero como el comerciante derivan ganancias o plusvalor de esas operaciones usurarias y mercantiles, respectivamente. (Cf. cap. inédito, cit., p. 58).

II. SUBSUNCION REAL DEL TRABAJO EN EL CAPITAL

(o, modo de producción capitalista específicamente, MPC)

Cuando se da la producción de plusvalía relativa, se da la subsunción **real** del trabajo en el capital y de este modo, se configura el modo de producción capitalista, como modo de producción dominante en la sociedad.

La producción de plusvalor **relativo,** supone

un modo de producción concreta y específicamente capitalista (MPC), que con sus métodos y condiciones sólo nace y desarrolla de manera espontánea, sobre el fundamento de la subsunción **formal** del trabajo en el capital. En sustitución de esa subsunción formal, opera la subsunción **real** del trabajo en el capital.

En la subsunción **formal,** podría darle la corporación medieval, o los artesanos trabajando para el capitalista, el cual a la postre controlaba el proceso laboral y alargaba la jornada de trabajo. Ya en la subsunción **real,** que parte de la **formal,** la gran industria también usa ese método para producir más plusvalor; pero, no se trata de esa producción, sino de algo más importante: la producción capitalista se convierte en la forma general, dominante en la sociedad, de producir bienes y servicios.

Así, se entiende por qué: **a) el plusvalor relativo es absoluto,** porque trae consigo una prolongación absoluta de la jornada laboral, por encima del tiempo de trabajo necesario para la existencia del obrero mismo; y, **b) el plusvalor absoluto es relativo** pues condiciona un desarrollo de la productividad laboral que permite confirmar el tiempo de trabajo necesario a una parte de la jornada laboral. (El capital, T. I, vol. 2 cit., ps. 618 y 619).

Marx hace la observación de que existe una **base natural del plusvalor,** es decir, que no hay impedimento natural para que un sujeto se quite de encima el trabajo necesario para su propia existencia y lo eche sobre los hombros de otro (se trata de una constatación de un hecho: en la historia siempre han existido personas que viven del trabajo de los demás). (Cf. ídem, p. 620).

Esquema 1

plusvalía	expresión material de	subsunción
absoluta	"	*formal*
relativa	"	*real*

El mismo Marx fija su definición de subsunción **formal** de trabajo en el capital, como la forma que se funda en el plusvalor absoluto, ya que sólo se diferencia **formalmente** de los modos de producción anteriores, sobre cuya base nace, (o, es introducida) directamente (o sea que el productor actúe como empleador de sí mismo, o que el productor directo deba dar plustrabajo a otros).

En esta subsunción **formal,** lo esencial es:

a) La relación puramente monetaria entre el que se apropia el plustrabajo y el que lo suministra, en la medida en que surge la subordinación. El que vende fuerza de trabajo, se subordina al que la compra y cae bajo la dependencia económica del comprador. Son relaciones de compra y venta de fuerza de trabajo. No hay coacción política o externa, fijada de antemano o socialmente prefijada, lo que obliga a esa venta de trabajo y a su correlativa subordinación del vendedor de ella a su respectivo comprador. (Cf. cap. inédito, cit., ps. 60 y 61).

b) Lo que hace que el obrero venda su fuerza de trabajo, es que tanto los medios de su subsistencia (condiciones subjetivas de existencia) como sus condiciones objetivas de trabajo (condiciones objetivas de existencia), los tiene que comprar con dinero, con "salario" (dinero-salario) y los posee el capitalista.

Tanto lo que necesita para vivir, como los medios para producir, los tiene el capitalista, el cual acepta vendérselos al obrero a cambio de la venta de fuerza de trabajo, de la cual deriva el salario-dinero para el obrero.

Los **medios de vida** (alimentos, vestido, casas, etc.) como los **medios de producción,** los tiene monopolizados el capital. Y, el obrero sólo puede adquirirlos mediante el salario-dinero que recibe del capital por la venta de su fuerza de trabajo, que es su único patrimonio.

Ese enfrentamiento, entre el par **trabajo/capital,** implica la subordinación del trabajo al capital, es decir, su subsunción, primero **formal** y después **real.** Dando lugar así, a la relación **trabajo asalariado** y **capital "productivo".**

El capitalista al comprar la fuerza de trabajo, la adquiere y dispone de ella, la controla, la fiscaliza y la orienta. (Cf. cap. inédito, cit., ps. 60 y 61).

La diferencia entre el trabajo **formalmente** subsumido en el capital y el modo procedente de emplear el trabajo, se muestra con mucha claridad conforme aumenta el volumen de capital empleado por el capitalista individual y por lo tanto la cantidad de los obreros que ocupa simultáneamente. Tan sólo una vez alcanzado cierto mínimo de capital, el capitalista deja de ser él mismo un trabajador y comienza a ocuparse solamente de la dirección del proceso laboral y la comercialización de las mercancías producidas.

La **subsunción real** del trabajo en el capital aparece a la escena del sistema económico cuando los capitalistas de cierta magnitud se han apoderado de la producción y que el comerciante se mute en industrial; es decir, el modo de producción capitalista propiamente dicho **(subsunción real** del trabajo en el capital) se da cuando sobre la base de la subsunción formal se constituyen capitalistas industriales más fuertes.

Las relaciones sociales de esclavitud, servidumbre, subordinación, vasallaje fundadas en la coacción física, van desapareciendo para dar lugar a la subordinación **real. Formalmente,** el obrero es libre, ya no es siervo, ni esclavo ni vasallo; pero, **realmente,** lo sigue siendo ya que está subordinado (subsumido) al capital y si no vende su fuerza de trabajo al capitalista, se muere de hambre.

Se trata de una subordinación económica (venta "voluntaria" de su fuerza de trabajo al mercado laboral, para que lo compre el capitalista). (Cf. inédito, cit., ps. 64 y 65).

Si la nota característica general de la subsunción **formal** sigue siendo la directa subordinación del proceso laboral (cualquiera que sea el modo en que éste se ejecute) al capital; en la subsunción **real** del trabajo en el capital, opera específicamente el modo de producción capitalista (MPC). Esta subsunción real genera plusvalía relativa.

En esta subsunción **real** aparecen aspectos revolucionarios dentro del proceso productivo: se desarrollan las fuerzas productivas sociales del trabajo y gracias al trabajo en gran escala, se llega a la aplicación de la ciencia y de la técnica (la maquinaria) a la producción inmediata. (Cf. cap. inédito, p. 73).

Con el modo capitalista de producción, se establece la servidumbre económica del trabajador, el cual está constreñido a vender su **fuerza de trabajo** (forma bajo la cual el capital variable existe dentro del proceso de producción).

III. ACUMULACION ORIGINARIA DEL CAPITAL

El proceso capitalista o modo de producción capitalista (MPC) se establece para producir valor, mercancías para vender en el mercado; y, en forma esencial para producir y reproducir el citado modo de producción.

Tanto la reproducción simple como en la reproducción ampliada, parte de la acumulación originaria. Es decir, del uso de métodos violentos para despojar, al anterior poseedor de medios de producción, de tales medios.

En el proceso de nacimiento y desarrollo del modo de producción capitalista, el dinero se transforma en capital, éste produce plusvalor (intereses, rentas, ganancias) y mediante este plusvalor se genera más capital, dentro de una escala ampliada del capital.

La acumulación originaria es previa a la propiamente acumulación capitalista (cf. El capital, T. I, vol. 3, México, Siglo XXI, 1980, p. 891). Dicha originaria acumulación es el proceso histórico de escisión entre productor y medios de producción; y, originaria, por cuanto constituyen la prehistoria del capital y del modo de producción capitalista (MPC).

Por medio de la violencia (despojando de tierras a los labriegos) los despojadores le quitaron a los desposeídos sus medios de subsistencia y sus medios de producción (cf. ídem, ps. 892 y 893). Mediante esos medios violentos, los trabajadores dejaron de ser los dueños de sus medios de producción y productores directos, para convertirse en siervos económicamente sujetos al mercado de trabajo, en el cual llegaban "libres" para vender su fuerza de trabajo, patrimonio único para subsistir.

De ese modo se dio un divorcio entre los medios de producción y los productores directos (o trabajadores), monopolización (por medio de la propiedad privada) de los medios de producción y la mutación de la fuerza de trabajo en una mercancía sujeta a la ley de la oferta y la demanda en el mercado laboral.

Esa acumulación originaria, en manos de los despojadores de los medios de producción, marca una de las fases importantes de la transición del modo de explotación feudal al modo de explotación capitalista. (Cf. ibídem, ps. 892 y 893).

Como lo expresa Marx la explotación de los bienes eclesiásticos, la enajenación fraudulenta de las tierras fiscales, el robo de la propiedad comunal, la transformación usurpatoria —practicada por el terrorismo más despiadado— de la propiedad feudal y clásica en propiedad privada moderna fueron otros tantos métodos idílicos de la acumulación originaria. Tales métodos sirvieron para:

i) conquistar el campo para la agricultura capitalista, ii) incorporar el suelo al capital y iii) crear para la industria urbana la necesaria oferta de un proletariado enteramente libre, (formalmente libre, económicamente siervo). (Cf. ídem, ps. 917 y 918).

De ahí que la transformación de siervos de la gleba en obreros asalariados, sea en esencia la expropiación de los productores directos de sus medios de producción y de subsistencia. Es decir, la disolución de la propiedad privada fundada en el trabajo **propio,** para dar lugar al régimen de la propiedad privada fundada en el trabajo **ajeno.** (Cf. T. I, vol. 3, cit., p. 951).

Esa expropiación de la tierra, de los medios de subsistencia y de los instrumentos de trabajo a la gran masa del pueblo, por medios violentos (mero despojo, desalojamiento brutal, etc.), constituye la prehistoria del capital; y, comprende una serie de métodos violentos, que integran los métodos de la acumulación originaria de capital. Esa expropiación de los productores directos mediante el vandalismo y la violencia, es la eliminación de la propiedad privada basada o erigida en el trabajo propio (aunque **formalmente siervo** o sujeto a servidumbre) y su sustitución por la propiedad privada capitalista, que se fundamenta en la explotación del trabajo ajeno (aunque **formalmente libre).** (Cf. ídem, 952).

IV. CAPITAL COMERCIAL Y SUBSUNCION FORMAL DEL TRABAJO EN EL CAPITAL

El capital comercial puede limitarse a su reproducción como tal, pero también puede orientar sus ganancias hacia la producción capitalista, para generar plusvalor. En cuanto tal capital comercial puede obtener ganancias alargando la jornada de trabajo de los asalariados, en el proceso de comprar para vender. Si decide convertir el capital comercial en capital productivo, mutará la subsunción formal en una subsunción real, ya que necesitará más capital, más asalariados y nuevas formas de producción de bienes y servicios.

Esa vía la consideró Marx no revolucionaria desde la perspectiva del modo de producción capitalista. Aquella que conceptuó como revolucionaria fue la que hizo que el productor se convirtiese en comerciante y capitalista. Ello sí facilita sustancialmente el tránsito del feudalismo al modo de producción capitalista.

*

B. EL DEBATE ACERCA DE LA TRANSICION DEL FEUDALISMO AL CAPITALISMO EN TAKAHASHI Y DOBB

SUMARIO

I. **Comentario de Takahashi.**
   1. "Feudalismo = servidumbre" (Dobb);
   2. El feudalismo se derrumba por una fuerza exógena o externa (el comercio, el mercado (Sweezy);
   3. Dobb y el nacimiento del capitalismo;
   4. Relaciones entre la formación del capital industrial y la revolución "burguesa".

II. Contestación de Dobb a Takahashi.

III. Resumen.

I. CONTRIBUCION AL DEBATE DE PARTE DE KOHACHICO TAKAHASHI

Los "Estudios sobre el desarrollo del capitalismo" (Londres, 1946) de Maurice Dobb proponen numerosos problemas metodológicos de relieve.

Dobb se ciñe al desarrollo del capitalismo inglés y por ello le da una insuficiente atención a los trabajos de alemanes y franceses sobre dicho campo de análisis.

Ello implica que si se hubiere estudiado esos países (Francia, Alemania) se hubiera tenido un conocimiento global del problema y un estudio más completo sobre las estructuras capitalistas comparadas, lo que hubiera ayudado a contar con leyes del desarrollo histórico. El comentarista afirma que sus criterios los reduce a Europa Occidental.

1. "Feudalismo = servidumbre" (Dobb).

Tanto los estudios de Dobb como la crítica de Sweezy se abren con definiciones conceptuales genéricas del feudalismo y el capitalismo.

Sweezy, por su parte, no da una definición clara y concreta del feudalismo ni sobre sus raíces. Dilucidar este problema significa una comprensión científica del capitalismo como categoría histórica, propuesta a una comprensión racional del feudalismo.

Para Dobb el feudalismo tiene punto central definitorio el "modo de producción" y hace coincidir feudalismo con servidumbre.

feudalismo = servidumbre (Dobb)

Según Dobb el **feudalismo** es:

> "una obligación impuesta al productor, por la fuerza e independientemente de su voluntad, de satisfacer ciertas demandas económicas de un señor, demandas que pueden adoptar la forma de prestación de servicios o de obligación de pagar ciertas cantidades, ya sea en dinero o en especies".

Añadiendo que:

> esa fuerza coercitiva puede ser el poder militar del superior feudal, la costumbre respaldada en algún tipo de procedimiento jurídico o la fuerza de la ley (Maurice Dobb **Estudios sobre el desarrollo del capitalismo,** en adelante **"Estudios,** ps. 53 y 54, Siglo XXI, Buenos Aires, 1974).

El modo de producción será definitorio en esa definición del **feudalismo** y con ello lo hacemos idéntico a la **servidumbre** (ídem, p. 53).

Lo anterior coincide con lo que Marx apuntó en la "Génesis de la renta capitalista del suelo". En esta tesis, la renta nace del trabajo excedente, del trabajo no pagado. Esa servidumbre feudal se contrapone al capitalismo, por cuanto en éste: a) el trabajador ya no es un productor independiente, sino que está separado de sus medios de producción y de la posibilidad de proveer a su propia subsistencia; y, b) su relación con el dueño de los medios de producción, que le emplea, es meramente contractual, por cuanto c) ante la ley se trata de sujetos iguales que contratan, bajo el criterio de la autonomía de la voluntad (Dobb et al, **La transición del feudalismo al capitalismo,** 3a. ed., 1980, p. 95, Grijalbo, Barcelona).

Paul Sweezy niega que la servidumbre sea el carácter específico del feudalismo, llegando incluso a citar un párrafo de Federico Engels, en abono de su tesis. Sin embargo, Sweezy no llega a definir el feudalismo ni tampoco le da carta de ciudadanía a la categoría de servidumbre.

Takahashi afirma que el problema básico en la transición del feudalismo al capitalismo es el cambio que sufre la forma social en la que se enmarca la fuerza de trabajo (cf., **La Transición,** cit., p. 96).

Sweezy al separar la servidumbre del feudalismo, se ve obligado a buscar la esencia del feudalismo en la afirmación que en el feudalismo se da una producción para el uso y en el capitalismo una producción para el mercado. Indicando Sweezy que la producción de mercancías y el feudalismo son conceptos mutuamente excluyentes. Takahashi afirma que esa es una simpleza, pues han existido, en otras épocas históricas cosas vendibles en el mercado y sin embargo no se puede decir, por ello, que fuere ese un sistema capitalista, simplemente por el movimiento mercantil de compraventa.

Sweezy al desdeñar la renta feudal del suelo hace a un lado un aspecto del problema que es esencial. La tesis de Takahashi es que la contradicción entre el feudalismo y el capitalismo, es una contradicción entre el sistema de propiedad feudal de la tierra, al que se agrega la servidumbre; y, el sistema de capital industrial, que viene adjunto al trabajo asalariado **(La Transición,** p. 98).

En el **feudalismo** los productores directos están vinculados a sus medios de producción y por ende la fuerza de trabajo no puede asumir la forma de mercancía. Por medio de la coacción extraeconómica el señor feudal se apropia del trabajo excedente, sin que intervengan las "leyes económicas" para ese fin.

Ya en el **capitalismo,** los productos del trabajo se mutan en mercancías, como la propia fuerza de trabajo del obrero asalariado.

Los productores directos son separados de sus medios de producción y su fuerza de trabajo sometida a la ley del valor y al mercado, como mercancía que es. La servidumbre es económica, sustancial, material, mientras que en el feudalismo la servidumbre es legal, política y formal. En el capitalismo, el obrero es formalmente libre, pero sustancialmente siervo.

Políticamente libre, pero económicamente subordinado. (Ibídem, p. 99).

2. Para Sweezy el feudalismo se derrumba por una fuerza exógena o externa (el comercio).

Según Sweezy, el feudalismo por ser intrínsecamente conservador y opuesto al cambio, no podía generar las fuerzas para su transformación; siendo por ello, necesario que la fuerza externa, el comercio actuara como el elemento que derrumbaría al feudalismo.

Los lujos y las comodidades de la nobleza, impulsan el comercio y las necesidades mercantiles. Así, el intercambio mercantil y la producción para el mercado sustituyó la producción para el uso del feudalismo, cayendo esta forma social de organización.

Ello recuerda la tesis de Werner Sombart en **Lujo y capitalismo** (Madrid, 1951, Revista de Occidente, cap. I). **(La Transición,** p. 103).

Al estar superexplotados los campesinos, por la necesidad de satisfacer los lujos de la nobleza feudal, los siervos de la gleba optan por huir del campo y acercarse a las incipientes ciudades, lo cual favorece el fortalecimiento de la urbe y el debilitamiento del campo, es decir, provoca el colapso del feudalismo y el auge del comercio, o sea, del capitalismo (producción para el comercio). Sweezy llega así a la tesis de que el comercio, fuerza exóge-

na al feudalismo, provocó la caída del feudalismo (ídem, p. 104).

Dobb mismo desmiente la tesis de Sweezy, pues prueba que en Inglaterra en los lugares más comerciales perduró el feudalismo y en aquellos más ruralizados desapareció el feudalismo más rápido (ibídem, p. 105).

Takahashi dice que Sweezy tiene razón cuando considera la "crisis" y la conclusión de la Edad Media como efectos de la acción desintegradora del comercio sobre el sistema de producción para el uso. Pero, incurre en el error cuando exagera el rol del comercio en esa transición (cit., p. 107).

Sweezy se pierde en el análisis de la desintegración del feudalismo, al irse a buscar causas externas (el comercio) y olvidando la importancia de factores endógenos (ídem, p. 109).

3. Dobb y el nacimiento del capitalismo.

Según Maurice Dobb el capitalismo nace del régimen de la pequeña producción, una vez que éste hubo alcanzado su autonomía y desarrollado su diferenciación dentro de su propio seno.

La evolución histórica la presenta Dobb en dos de sus líneas:

a) El modo de pequeña producción se establece en forma gradual respecto de la sociedad feudal; y,
b) Esa producción en pequeña escala, escapa a las restricciones feudales, las cuales se desintegran, forjándose así las relaciones capitalistas. (Ibídem, p. 110).

La observación que hace Takahashi es que esa pequeña producción se da dentro del feudalismo clásico y en su proceso de disolución, pero no puede decirse que sea causa esa pequeña producción de esta disolución. (Idem, p. 111).

El intervalo de 200 años, entre los siglos XIV y XVI, no son estudiados en profundidad por Sweezy ni por Dobb, los cuales obvian su estudio, para no desviarse de sus tesis principales. Dobb originalmente no le prestó atención a esos 200 años, pero luego evade su análisis, nuevamente, al indicar que son de transición. (Idem, p. 118).

Por su lado Sweezy se conforma con decir que esos 200 años, no son ni feudales ni capitalistas, añadiendo que ese lapso puede calificarse como aquel en que prevalece la producción precapitalista de mercancías.

Sweezy cae en una contradicción cuando afirma que esos 200 años no son ni feudales ni capitalistas, sino que en ellos predomina la producción precapitalista de mercancías; y, el mismo niega la posibilidad de que los productores campesinos básicos puedan ser productores independientes (ibídem, p. 120).

4. Relaciones entre la formación del capital industrial y la revolución "burguesa".

Con la revolución inglesa del siglo XVII, que destruyó la reacción feudal (el absolutismo) indica el primer paso en dirección a la subordinación del mercantil al capital industrial.

La famosa tesis de las **"dos vías"**; debe ser analizada como un todo en el debate histórico como en el análisis teórico = * i) el productor se convierte en comerciante y capitalista; ii) el comerciante se hace industrial.

Marx consideró que la vía revolucionaria, para el advenimiento del modo de producción capitalista (MPC) era la primera vía (i). (Cf. **La Transición,** cit., p. 125).

No cabe duda, afirma Takahashi, que la manera en que se formó el capitalismo en cada país concreto estaba estrechamente unida a las estructuras sociales preexistentes, es decir, a la intensidad interna y a la organización de la economía feudal en el mismo (ídem, p. 134).

II. CONTESTACION DE MAURICE DOBB

Dobb sigue este orden, en su respuesta:

a) En su contestación a Takahashi, Maurice Dobb expresa que está de acuerdo, en términos generales, con los comentarios del citado autor. Añadiendo que cuando el comentarista le hace la observación de que no le prestó atención a los trabajos franceses y alemanes, está en lo cierto; y, que si analizó Inglaterra es porque la conoce mejor. Tampoco, indica, Dobb pretendió hacer una historia global del capitalismo, sino que los **Estudios** reflejan una selección parcial de problemas, y por ende no una totalidad. **(La Transición,** p. 173).

b) Takahashi comete el error de tomar literalmente la expresión de Dobb, para los siglos XIV al XVI: "ni feudal ni capitalista", como si se tratara de un punto de llegada de mis trabajos. Al contrario provocó una discusión y lanzó un interrogante sobre este problema. Este aspecto de la cuestión ha inquietado a muchos investigadores, que no han podido llegar a un puerto seguro.

Dobb responde con sus tesis de que:

> "La desintegración del modo feudal de producción ya se encontraba en una fase avanzada antes de que se desarrollara el capitalismo, y que tal desintegración no puede asociarse estrechamente con el crecimiento de un nuevo modo de producción en el seno del antiguo".

No es que afirme Dobb que esos 200 años no eran "ni feudales ni capitalistas". El feudalismo no se desintegra como resultado de un ataque de frente de un "capitalismo" incipiente, bajo la máscara de mercantilismo entremezclado con una "economía monetaria", como se supone, sino:

> "a causa de la revuelta de los pequeños productores contra la explotación feudal".

Agregando que la:

> "parcial independencia de los pequeños productores dio como resultado la aceleración de su propio proceso de desintegración (aunque no constituyera el detonante que lo desencadena) al activar el proceso de diferencia entre ellos".

Puntualizando Dobb que fue:

> "Este proceso (pero sólo después de que hubiera ido madurando un período de transición de feudalismo en decadencia) del que nació el modo de producción capitalista " (MPC).

Dobb señala que el profesor Takahashi y él concuerdan en que esa desintegración del feudalismo se hizo en fases, en etapas, madurando; y no de un golpe. (Ibídem, ps. 139 y 140).

Dobb lo reitera en 1962 cuando dice: un factor fundamental en la decadencia del feudalismo en Europa Occidental, y particularmente en Inglaterra, exponente de la crisis de la economía feudal de los siglos XIV y XV, fue la lucha de los pequeños productores para liberarse de las servidumbres de la explotación feudal. El estrato superior, agrega Dobb, de campesinos acomodados que tenía posibilidades de extender el cultivo a nuevas tierras y mejorarlo era especialmente consciente de estas servidumbres; y, fue por ende la cabeza de las revueltas. Tales tendencias u orientaciones fueron ayudadas y ayudaron a su vez, a la ampliación del comercio y de la producción para el mercado. Sin embargo, en la medida en que la desintegración del antiguo orden continuó, y el modo de producción en pequeña escala se vio libre de servidumbres feudales, y de la explotación feudal, el proceso de diferenciación dentro del citado modo de producción, se aceleró; siendo cabalmente, ese proceso de diferenciación social (con su doble tendencia a formar una clase de campesinos ricos y una clase de campesinos pobres o sin tierra) el que dio lugar al nacimiento de las relaciones burguesas de producción.

Ese proceso llevó años y no se dio totalmente de un golpe o de una sola vez. Puntualizando que:

> "las relaciones capitalistas de producción aparecieron en escena **algún tiempo antes** de la revolución industrial; y, que existió en Inglaterra una primera etapa de capitalismo inmaduro y poco desarrollado durante los siglos anteriores a 1800";

Añadiendo que:

> "esa etapa es precursora y no un sistema o modo de producción diferente" (Dobb, **Estudios,** apéndice, "La transición del feudalismo al capitalismo", ps. 474 a 479).

III. RESUMEN

Dobb termina reconociendo que la lucha de clases fue importante en esa fase de transición, lo cual es una superación de su enfoque inicial, en el que identificó feudalismo con servidumbre.

*

C. EL MODO DE PRODUCCION FEUDAL (MPF) Y EL ESTADO ABSOLUTISTA

(en el pensamiento de Perry Anderson)

SUMARIO

I. El modo de producción feudal (MPF).
   1. Características generales del feudalismo.
   2. Características estructurales del feudalismo.

II. El Estado absolutista en Occidente.
   1. Características del Estado absolutista.

III. Resumen.

I. EL MODO DE PRODUCCION FEUDAL (MPF)

Según Perry Anderson, el **feudalismo** (F) fue:

> "un modo de producción dominado por la tierra y por la economía natural, en el que ni el trabajo ni los productos del trabajo eran mercancías" (1).

Recordemos que para Marx, mercancía es un objeto exterior, una cosa, la cual gracias a sus propiedades satisface necesidades humanas del tipo que sean. No importa en qué lugar nazcan esas necesidades, si en el estómago o en la fantasía; no importa tampoco el destino de esa necesidad, si es para el disfrute o como medio de producción (2).

Por supuesto que la mercancía, con sus connotaciones modernas, será propio del sistema capitalista de producción o modo de producción capitalista (MPC).

1. Las notas características generales del feudalismo son:

a) Modo de producción dominado por la tierra y la economía natural.
b) En ese modo de producción, el trabajo y los productos de la tierra NO son **mercancías.**
c) El campesino —productor inmediato— estaba unido a sus medios de producción —la tierra— por la relación social, llamada: **Servidumbre.**
d) **Servidumbre,** fórmula legal o **glebae adscripti** por lo cual los campesinos estaban adscritos a la tierra.
e) Los campesinos que cultivaban la tierra y la ocupaban no eran sus propietarios.
f) Los propietarios de la tierra eran los señores feudales.

(1) Anderson, Perry. *Transiciones de la antigüedad al feudalismo* (México, Siglo XXI, 1979, p. 147).

(2) Marx, Karl. *El Capital* (México, Siglo XXI, T. I, vol. 1, p. 43, 1980).

g) Los señores feudales extraían el plusproducto del campesino mediante relaciones de compulsión político-legales, que implicaba una coerción extraeconómica.

h) Esta coerción extraeconómica, asumía la forma de prestaciones de trabajo, rentas en especies u obligaciones consuetudinarias del campesinado hacia el señor feudal.

i) El ejercicio o la ejecución de dichas relaciones de servidumbre, se llevaba a cabo en la reserva agrícola señorial (unida directamente al señor feudal) como en las tierras o parcelas cultivadas por el siervo adscrito.

j) El efecto de esa servidumbre se daría dentro de un marco jurídico de explotación económica con autoridad política.

k) El campesino adscrito, estaba bajo la jurisdicción jurídica y política de su señor feudal.

l) Los derechos de propiedad del señor feudal eran delegados, por cuanto, en forma gradual, el señor recibía sus derechos de otro señor más fuerte y en un lugar de la estratificación social más alto, lo cual cristalizaba un efecto *cascada.*

m) el señor feudal de rango más bajo; como contraprestación por las tierras recibidas, tenía el deber de caballería (proveerle armas y hombres, en tiempo de guerra) al señor feudal que le había concedido sus tierras, en calidad de feudo.

n) Por el vasallaje quedaba, también ligado el señor feudal inferior con su superior, en una cadena de vasallazgo que enhebraba la estructura feudal.

ñ) Esa cadena de vasallajes, feudos, caballería y otras obligaciones feudales, entre señores feudales, terminaba en el monarca o el señor feudal más fuerte de la región, el cual —teóricamente— resultaba ser el dueño potencial de toda la tierra de su comarca.

o) Se daba una parcelación del poder político (una "poliarquía", como la llama J.G.F. Hegel), también en *cascada,* en la cual cada señor feudal era un pequeño centro político y administrativo-jurídico (3).

2. Características estructurales del feudalismo.

a) Supervivencia de las tierras comunales de las aldeas y de los alodios de los campesinos, los cuales aunque eran precedentes al feudalismo, como modos de producción preexistentes, no fueron incompatibles con el MPF.

b) La "parcelación de soberanías" generó, en Europa, la ciudad medieval. La nota relevante es que el feudalismo le dio a la anteriormente existente producción mercantil urbana, un marco de desarrollo autónomo en el contexto de una economía natural agraria.

c) En el vértice de la cadena de las jerarquías feudales (relaciones de vasallaje, caballería, etc.) estaba el señor feudal de más rango; empero, esa relación era recíproca, en cuanto a lazos de fidelidad; no se trataba de un soberano que estuviera por encima de sus súbditos. Así el señor feudal de más rango quedaba reducido a sus dominios; para el resto de las tierras y señores feudales implicaba el símbolo de una jerarquía relativa y condicionada por los diferentes y complicados niveles de "subinfeudación" (4) o los estratos de poder y de influencia que, en la cadena, cada señor tenía.

II. EL ESTADO ABSOLUTISTA EN OCCIDENTE

Afirma Anderson que la larga crisis de la economía y la sociedad europea durante los siglos XIV y XV puso de manifiesto las dificultades y los límites del modo de producción feudal (MPF) (5). Así se trata de un error común decir que la abolición de la servidumbre implicó la desaparición de las relaciones feudales en el campo. Mientras el trabajo se mantuvo unido a las condiciones sociales de su existencia, las relaciones de producción rurales siguieron siendo feudales (6).

Por su parte el absolutismo no fue un equilibrio entre nobleza y burguesía, sino un aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal, orientado a mantener a las masas campesinas en su

(3) Anderson, cit. ps. 147 y 148.

(4) Anderson, cit., ps. 150 y 151.

(5) Anderson, Perry. *El Estado absolutista* (México, Siglo XXI, 1980.

(6) Anderson, *El Estado. . .*, cit., p. 11.

posición social tradicional, a pesar y en contra de las mejoras que habían logrado mediante la amplia conmutación de las cargas. O sea, el Estado absolutista nunca fue un árbitro entre la aristocracia y la burguesía, ni tampoco un instrumento de la naciente burguesía contra la aristocracia. Constituyó el "caparazón" político de una nobleza amenazada (7).

En cierto sentido se puede decir que la expresión política postrera del modo de producción feudal (MPF) fue el Estado absolutista. La cima centralizada y militarizada fue este Estado, desapareciendo ese sistema de "soberanías en cadena" que caracterizó el feudalismo clásico. La servidumbre fue una coerción política y jurídica, es decir, extraeconómica; a pesar de desaparecer la servidumbre con el Estado absolutista como forma de extracción del excedente, se mantuvieron las relaciones rurales en el contexto de esa cúspide de poder político y militar que encarnó el Estado absoluto (8).

El Estado absoluto sirvió para reordenar el sistema político de explotación sobre las masas campesinas. En este reordenamiento del sistema político y agrario feudal, la nobleza tomó, de una forma u otra, en cuenta a la naciente burguesía mercantil (9).

En la expresión de Federico Engels: "el orden estatal siguió siendo feudal, mientras la sociedad se hacía cada vez más burguesa" **(Antiduring)** (10).

En las ciudades medievales donde florece el comercio y el capital comercial, el derecho romano juega un papel importante en las transacciones de las mercancías y en la definición de la propiedad privada. Ya en la Europa del Renacimiento, ese derecho romano favoreció a la naciente burguesía comercial y manufacturera. Esto desde el ángulo económico. Desde la perspectiva **política**, dicho derecho romano colaboró en los requerimientos constitucionales de los Estados feudales reorganizados de esos siglos de transición.

El derecho civil favoreció el comercio; y, el derecho coadyuvaba en la consolidación del poder central.

Como bien lo indica Anderson, el absolutismo en cuanto aparato de Estado reorganizado de la dominación nobiliaria fue el arquitecto central de la recepción del derecho romano en Europa (11).

La consecuencia de la modernización jurídica fue el reforzamiento del dominio de la clase feudal tradicional bajo la forma jurídico-estatal del Estado absolutista. Ese dominio de clase centralista, tenía como esencia el constituir una maquinaria bélica, militarizada (12).

La extracción de rentas por el Estado a la nobleza y la burguesía mercantil mediante la venta de cargos en la burocracia estatal, se dio en términos beneficiosos para estos sectores dominantes; pero esencialmente, los pobres sintieron el peso extractor del Estado absolutista. El cambio de rentas en trabajo a rentas en dinero, vino agregado a los impuestos reales para financiar guerras (13).

La expresión económica del Estado absolutista no quedó reducida a la venta de cargos públicos y a los impuestos reales; así, el mercantilismo, jugó el rol de expresar la ideología económica de la clase dominante feudal que se había acoplado al mercado. El mercantilismo, le permitía al Estado absolutista intervenir y consolidar su proceso centralizador (14).

Las **actividades externas** del Estado absolutista fueron el comercio, la guerra y la diplomacia, la cual fue la marca o el sello de nacimiento del Estado renacentista.

El Estado feudal del absolutismo, fue patrimonial, pues este aparato se consideró como patrimo-

(7) Idem, p. 12.

(8) Anderson. *El Estado. . .*, cit., 13 y 14.

(9) Idem, p. 15.

(10) Ibídem, p. 17.

(11) Anderson, *El Estado*, cit., ps. 22 y 23.

(12) Idem, ps. 26 y 27.

(13) Ibídem, p. 29.

(14) Anderson. *El Estado*, p. 31.



nio del soberano; y, en este Estado convivían formaciones sociales híbridas, bajo la hegemonía de una decadente: el feudalismo.

1. Características del Estado absolutista:

* centralizador
* patrimonial
* bélico
* formalmente jurídico-romano
* feudal
* factor de acumulación originaria del capital
* al servicio de la nobleza feudal decadente
* burocratizado
* el mercantilismo, fue su expresión en cuanto a política económica
* la centralización económica, el proteccionismo y la expansión ultramarina engrandecieron el último Estado feudal (o, postrera forma de poder político) y a la vez favorecieron a la naciente burguesía (15)
* la nobleza tenía a las masas campesinas a su disposición para explotarlas, aunque permitiera que la burguesía se enriqueciera y el poder monárquico se fortaleciera.

Anderson, añade que ejército, diplomacia, burocracia estatal y dinastía fue un complejo inflexible feudal que gobernaba la maquinaria del Estado absolutista en favor de la dominación de la nobleza, en esa fase de la transición del feudalismo al capitalismo (16).

Por lo que atañe al concepto de "absolutismo" hay que decir que ningún Estado fue absoluto por completo ni arbitrario. Ni fue un despotismo ilimitado.

La venta de los cargos tenía una función económica, pues le daba rentas al Estado, provenientes de los sectores propietarios; pero, también tenía una función política, pues, convertía la adquisición de cargos burocráticos en una negociación mercantil hereditaria, para el adquirente.

La venta de los cargos permitió ponerlos en subasta, en favor de los adquirentes, los cuales eran seleccionados para evitar que fuesen aristócratas que podían movilizar ejércitos en contra del poder central absoluto y controlaban secciones enteras de la administración real.

Así, la extensión de la guerra y la formación de un ejército estatal fuerte, por encima de los grupos armados de los señores de la nobleza, la extensión y fortalecimiento de los impuestos reales, la burocratización de los cargos públicos y el debilitamiento de las clientelas nobiliarias que quedaban subordinadas al mercado, condujeron a la conformación del Estado absolutista centralizador, que si bien —formalmente— protegía a la nobleza, como reducto político feudal de una clase hegemónica en decadencia, a la vez encubaba la formación de una burguesía naciente, que a la postre heredaría ese Estado centralizador con su burocracia, ejército y mecanismos hacendarios, para dar lugar al modo de producción capitalista (MPC) (17).

III. RESUMEN

El Estado absolutista no fue un árbitro entre la nobleza y la burguesía; al contrario fue la maquinaria política de la nobleza, en su fase última de estructura política y como grupo económicamente hegemónico.

El centralismo político burocratizado y afianzando militarmente, le permitió la explotación de las masas campesinas; aunque, hubiera que admitir el enriquecimiento de la naciente burguesía. Ello se facilitaba mediante el uso discrecional del derecho romano recibido de manos de las escuelas y universidades medievales, tanto en el campo del derecho civil y mercantil, —marco negocial de las mercancías—; como, en el propio del derecho *publicum*, que le daba el instrumental legal para robustecer la autoridad política centralizadora.

---

(15) Anderson. *El Estado*, cit., p. 36.

(16) Idem, p. 37.

(17) Cf. Anderson, *El Estado*, cit., ps. 48 y 49.

D. CONCLUSION

La discusión sobre la transición del feudalismo al capitalismo presenta aspectos todavía no explicitados, que requieren de mucho mayor análisis. En este breve trabajo hemos hecho una simple descripción de parte de una polémica que está vigente, máxime cuando se toma en consideración la problemática focalizada en América Latina.

En este sentido, este trabajo da una visión parcial de la temática, pero que alumbra puntos de algún interés.

Dichosamente, los investigadores trabajan con afán en estos temas y en otros anexos, de tal modo que es de esperar nuevas y sugestivas publicaciones.

E. BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, Perry. **Transiciones de la antigüedad al feudalismo** (México, Siglo XXI, 1979). **El Estado absolutista** (México, Siglo XXI, 1980).

ACUÑA, Víctor Hugo. **Historia económica del tabaco: época colonial** (San José, U.C.R., tesis de grado, 1974). **Notas del curso acerca de la formación del capitalismo.** U.C.R. 1982.

BRENNER, Robert. **Maurice Dobb, a propósito de la transición del feudalismo al capitalismo.** (Buenos Aires, Investigación Económica, No. 146, oct.-dic., 1978). **Los orígenes del desarrollo capitalista: crítica del marxismo neosmithiano.** (s.p.i., s.a.e.). New Left Review, No. 104, 1977.

CARSOSO, Ciro F.S. **El proceso de formación del capitalismo** (San José, cuadernos de CSUCA, 1978).

CASTELLS, Manuel. **Las nuevas fronteras de la metodología sociológica.** (San José, cuadernos del CSUCA, 1978).

DOBB, Maurice. **Estudios sobre el desarrollo del capitalismo** (Buenos Aires, Siglo XXI, 1974).

DOBB, Maurice y GOUBERT, Pierre. **Del feudalismo al capitalismo** (San José, cuadernos de Historia, No. 4, 1980).

HILTON, Rodney. **La transición del feudalismo al capitalismo** (Barcelona, Grijalbo, 1980).

LUZZATTO, Gino. **Períodos y caracteres de la Edad Media** (San José, cuadernos de Historia, No. 9, 1980).

MARX, Karl. **El Capital** (México, Siglo XXI, 1979, ocho tomos). **Cuadernos de París** (México, Era, 1974). **Contribución a la crítica de la economía política** (Madrid, A. Corazón, 1970). **Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grunfrisse)** (Madrid, Siglo XXI, 1972). **El Capital,** capítulo VI, inédito (Madrid, Siglo XXI, 1973).

MOLINA JIMENEZ, Iván. **Independencia y transición al capitalismo dependiente** (Costa Rica) (San José, cuadernos de Historia, No. 41, 1982).

PERROY, Edouard y KOSMINSKI, Evguéni. **La decadencia del feudalismo** (San José, cuadernos de Historia, No. 3, 1980).

SAPORI, Armando. **Ideas para una historia social de la Edad Media** (San José, cuadernos de Historia, No. 19, 1980).

VAN DER WEE. **El empleo de modelos teóricos de las ciencias humanas en la Historia** (San José, cuadernos de Historia, No. 39, 1982).

***

PROBLEMAS PRACTICOS DEL TITULO LA POSESION Y LA BUENA FE EN LA USUCAPION

Dr. Ricardo Zeledón Zeledón

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas; Coordinador de la Cátedra de Derechos Reales; Profesor y Coordinador del Postgrado de Derecho Agrario de la Universidad de Costa Rica.

A Edgar Cervantes Villalta, Maestro y Gran Juez, inspirador con sus sentencias y comentarios de Cátedra a quienes continuamos siendo sus alumnos.

SUMARIO

1. Aparente contradicción normativa, doctrinaria y jurisprudencial en tema del título, la posesión y la buena fe en la usucapión, e importancia de su profundización para encontrar una respuesta homogénea. 2. El título. Problemas de nomenclatura. Como requisito de la usucapión y su innecesariedad en el derecho de posesión. Problemas del título con la acción reivindicatoria, con títulos repetidos y con la acción publiciana o "de mejor derecho de posesión". Innecesariedad del título en la normativa de titulación (civil y agraria). La *actio iudicati* y no la usucapión extraordinaria: nulidad de títulos. Posibilidad de contradicción del título. 3. La posesión *ad usucapionen.* Como titular y no como propietario o como dueño. Atributos. La continuidad y el vicio de la interrupción: la natural y la civil; y la naturaleza del acto interruptor. Posesión pacífica o sin violencia. Posesión pública o no oculta. Duración: usucapión ordinaria y breve. Prueba. 4. La buena (o mala) fe. En sentido objetivo y subjetivo, en el Derecho romano, germano y en la codificación. Análisis de los artículos 286 y 285 del Código Civil y la presunción de buena fe en la posesión. La mala fe adquirida y sobrevenida. Inexistencia de mala fe en la posesión inicialmente violenta o clandestina que luego es pacífica o pública. Confusión de la buena fe con la posesión: en la normativa agraria y en la de titulación. Mala fe y posesión *ad interdictan.* Efectos de la buena (o mala) fe en la acción reivindicatoria y en la accesión. La adquisición a *non domino.* 5. Confluencia del título y la buena fe en la posesión. Claridad y no contradicción en las tesis legislativas y jurisprudenciales sobre el tema.

Abreviaturas:

C.c. (o no se indica) . . . . . .Código Civil
L.I.P. . . . . .Ley de Informaciones posesorias
L.T.C. . . . . .Ley de Tierras y Colonización
L. Tit. Viv. Camp. . . . . .Ley de Titulación para Vivienda Campesina
L.I.D.I. . . . . .Ley de Inscripción de Derechos Indivisos
C.P.C. . . . . .Código de Procedimientos Civiles
Co. Po. . . . . .Constitución Política

1. Uno de los fenómenos más complejos presentes en el estudio del título, la posesión y la buena fe en la usucapión radica en la aparente disconformidad existente entre la normativa del Código Civil, la doctrina —de ayer y de hoy— que lo informa, la legislación especial, y el estilo como la jurisprudencia ha venido resolviendo —ayer y hoy, también— los casos cada vez más complejos que se le presentan.

Pero este fenómeno resulta, y debe entenderse, lógico: los conflictos nacidos de unas relaciones sociales cada vez más complejas generan (o deben generar) la utilización de una tecnología jurídica cada día más moderna, lo que implica la urgencia de utilizar no sólo una doctrina más apegada a los tiempos, realista y coherente, sino, sobre todo, interpretación jurisdiccional innovadora que no se limite a la letra del Código sino que tenga la capacidad de comprender "el sistema" y "la lógica" del "ordenamiento jurídico civil", pues la experiencia —ante la acusada crisis mundial de la codificación, por la decidida influencia de la legislación especial aconseja sobre la imperiosa necesidad de que el intérprete de Derecho Civil tenga un visión amplia de lo que es el "verdadero Derecho Civil" actual, cuyo contenido no se limita al Código.

Por esto es que quienes enseñan Derecho Civil —o al menos quienes quieren tener una visión lo más aproximativa de lo que éste significa hoy día— no puede atarse a un Código, requieren conocer la más moderna doctrina, pero principalmente la jurisprudencia, y dentro de ésta —que no escapa a contradicciones y problemas— la nacida con más apego a la realidad, teniendo presente a la par de la contienda privada los intereses públicos y sociales, a los cuales nuestra sociedad ha dado tanta importancia.

En efecto, en Costa Rica, ya sea con ocasión de la aplicación de la Ley de Informaciones Posesorias, de los fallos referidos a acciones reivindicatorias, interdictos, juicios vinculados a la nulidad de títulos —expedidos o inscritos—, y en fin de todo asunto en que en una u otra forma deba hacerse referencia al título, a la posesión o la buena fe como requisitos para la usucapión (o prescripción positiva, o adquisitiva, como la llama el Código) nos encontramos con aparentes contradicciones, nacidas —como se dice líneas atrás— probablemente por esos desfases entre el Código, el Tratado de los Bienes de don Alberto Brenes Córdoba —pilar fundamental en la materia—, la legislación especial y algunos fallos nuevos.

No se pretende en este breve ensayo hacer una teoría de los elementos de la usucapión, sólo se lanzan unas ideas que tiendan —con base en el Código, la doctrina de ayer y de hoy, y con un pequeño aporte del autor— a resolver en la forma más simple posible algunas dudas sobre las que a menudo se consulta, tomando en cuenta principalmente las orientaciones actuales de la jurisprudencia —impulsada en los últimos años por un interesante grupo de jueces que con gran sencillez pero con gran profundidad— ha permitido se vislumbre una doctrina costarricense *in fieri.*

Fundamentalmente, sin embargo, se busca incursionar en los problemas que atraviesa el Código Civil de haber sido interpretado, aclarado, adicionado, y finalmente modificado por la legislación especial, como modo de adaptarlo al desarrollo económico y a las exigencias de una Sociedad muy distinta a la de 1888. Se busca un criterio de análisis que permita ubicar en su adecuada realidad al Código Civil, es decir no solo analizando sus normas sino también todas aquellas otras dentro de cuyo contexto deben comprenderse los institutos originalmente confiados a la normativa general. Solo utilizando este método se podrán encontrar respuestas homogéneas a los problemas planteados.

2. En cuanto al título nuestra legislación no es uniforme en relación con su nomenclatura. Se dice "título", "título traslativo de dominio", "justo título", se distingue entre "título inscribible" del "no inscribible", algunos son "idóneos" o "hábiles" en contraposición a los "nulos" o "ineficaces"; puede ser que el sujeto "tenga" o "no tenga" título, e incluso hasta se distingue el título "del poseedor" de aquél "del propietario", y dentro de estos también se ubica el "título supletorio" o el "posesorio". No bastando lo anterior la doctrina y la jurisprudencia refieren al título "como documento", "como negocio jurídico" y "como causa" e incluso, a mayor abundamiento, nuestro tratadista patrio hasta refiere al "putativo" o "colorado".

En este mar de conceptos tiene que navegar el intérprete. Con toda esta gama de posibilidades puede jugar el abogado para entorpecer una causa pues difícilmente la aclara. Por esto es explicable que algunos jueces hayan debido pedir para el título *ad usucapionem* o usucapido cualidades propias del inscrito en el Registro Público, y por ende se ha convertido en una exigencia imposible de satisfacer.

No siendo la solución definir todos y cada uno de los términos precitados, pues ésto constituye un falso problema, conviene referirse pura y simple-

mente al "título", determinar su función y requisitos en la usucapión, y sobre esas bases iniciar su estructuración.

En primer lugar debe destacarse que lo importante del título en la usucapión es su ubicación como requisito o condición (art. 853) junto con la buena fe y la posesión. Al punto que quien la alegue está obligado a probarlo (art. 854), salvo que se trate de servidumbres, de muebles o **del derecho de poseer**, pues el hecho de la posesión hace presumir el título mientras no se pruebe lo contrario (art. 854).

Entonces, lo reflejado claramente por estas normas —aún cuando como requisito lo refiere como "traslativo de dominio" y luego para la prueba como "justo" es que tratándose del derecho de posesión el título no es necesario.

Parafraseando incluso el mismo artículo de donde se ha extraído la respetable e indiscutible máxima "entratándose de muebles de posesión vale por título", también debe agregarse otra máxima que diga "entratándose del derecho de posesión la posesión vale por título".

Esta es una conclusión elemental y coincide con el espíritu de la naturaleza jurídica del instituto, pues siendo la usucapión un modo de adquirir los derechos reales (arts. 480 y 484), dentro del sistema del *nudo consenso* seguido por nuestro ordenamiento jurídico, no podría, ni debe, pedirse título a quien adquiere originariamente como producto de una toma de posesión en que no tiene ningún transmitente, y en que su causa de adquisición tiene la tutela del ordenamiento.

Para este caso el título se confunde con la posesión en cuanto el título es la posesión misma. Su carácter de "justo" radica en tener el carácter de ser lícito y para el caso *ad usucapionem*, es decir reunir la posesión los requisitos de ser continua, pública y pacífica, comportándose quien la ostenta como su verdadero titular (art. 856).

Por esto cuando el Código exige "título traslativo de dominio" (art. 853) o cuando la Ley de Informaciones Posesorias hace referencia a su presentación junto con otros documentos necesarios para la tramitación del expediente, se refiere única y exclusivamente al caso en el cual el usucapiente efectivamente no hubiere sido el poseedor originario sino que adquirió del primero, o de otro poseedor, y en ese caso sí es preciso demostrar "documentalmente" (y cuando el negocio fuere superior a ₡ 250: art. 752) pues el fundamento de la usucapión es proteger al poseedor original, en la mayoría de los casos, pero también dar al juez la posibilidad de constatar (sumando) la posesión del transmitente (art. 863).

Cuando en un Tribunal se exije al titulante poseedor originario la presentación del título traslativo de dominio aún cuando manifieste en su gestión el carácter de la adquisición, u obliguen a ese mismo titulante a "simular" una venta con un tercero de su confianza para que haga la gestión a su nombre, no sólo se está violentando el principio de la innecesariedad del título traslativo del poseedor originario, sino que se está creando una práctica viciada —que ningún ordenamiento jurídico del mundo querría generar— de obligar a sus ciudadanos a mentir, a inventar instrumentos, o bien crear argucias para cumplir con exigencias ilógicas; y ésto debe rechazarse con más energía en un país como el nuestro —cuya forma de vida democrática implica fe en el ordenamiento jurídico y el Poder Judicial— pues la norma de conducta ideal es la honestidad y la sinceridad, para dar contenido al principio de seguridad, y donde el instituto de la usucapión se ha adoptado —como en todos los países— para otorgar algunos tipos de derechos reales a quienes posean ciertos bienes durante el tiempo y las condiciones señaladas por la ley.

Por ésto debe bastar con que el titulante señale su "causa" de adquisición por la posesión —no la ocupación, como erróneamente se dice, pues este término es solo para muebles (arts. 485-504)— y lo pruebe a través de testigos quienes deberán declarar sobre el tiempo y los requisitos establecidos en la ley.

En todo caso si se exige "título traslativo de dominio" al titulante significa verificar una interpretación literal y ciega en cuanto no lee el artículo 854 del Código Civil, y muy a la ligera de la Ley de Informaciones Posesorias vigente. En efecto esta ley indica que en la gestión del titulante éste debe indicar "el nombre, apellidos, calidades y domicilio de la persona de quien adquirió su derecho **en su caso**" (artículo 1 L.I.P.) es decir si no es el caso no debe hacerlo, lo que se confirma cuando establece que deberá presentar el documento público cuando quiera aprovechar la posesión ejercida por sus transmitentes (art. 863), de donde se colije como total y absolutamente errónea la tesis de algunos Juzgados de exigir un documento no sólo no pedido por la Ley, sino contrario al mismo espíritu de la normativa de comentario, pues hasta cabría la posibilidad de que un poseedor con adquisición derivada no utilice la posesión de su transmitente y con la suya basta.

Ahora bien, este criterio no es de aplicación

exclusiva en el trámite de información posesoria. Debe utilizarse en cualquier otro caso en que pudiere estar discutiéndose la posesión, la usucapión o la propiedad pues en el sistema del Código todos estos temas son referidos al capítulo en estudio.

Efectivamente en una acción reivindicatoria, por ejemplo, si ésta se plantea contra un poseedor —que aún careciendo de título por ser el único que ha ejercido actos posesorios— con más de 10 años de posesión en forma continua, pública y pacífica, y de buena fe (arts. 853, 854, 856) no sólo la acción debe ser declarada sin lugar, porque ese bien es irreivindicable por el propietario (art. 320), por la sola presencia de la usucapión, sino que lo correcto es que ese poseedor contrademande para que se declare extinguido el derecho de propiedad anterior por su usucapión —no la prescripción negativa de la propiedad, pero sí la prescripción de la acción—, y en consecuencia se proceda a cancelar la inscripción registral del actor y a ordenar al Registro Público una nueva inscripción que sería la del contrademandante, pues por economía procesal parece a todas luces innecesario que luego del juicio deba iniciar el trámite de información posesoria, y eventualmente abrir por esa vía otra posibilidad de discusión en un juicio ordinario por creerse el propietario "tercero de mejor derecho", donde irían a discutir prácticamente el mismo tema.

Esto sucede no sólo con la usucapión agraria —de la que se comentará más adelante— en cuanto se autoriza expresamente a inscribir lo usucapido sobre terreno inscrito en el Registro Público a nombre de un tercero (art. 92 L.T.C.), sino para cualquier otro caso —es decir en cuanto a la usucapión en general— según se desprende de la norma básica de la acción reivindicatoria (art. 320) en cuanto establece su procedencia salvo que otro hubiere usucapido, pues en tal hipótesis al entenderse extinguido el derecho de propiedad —y por tal incapaz de ejercer dicha acción— da cabida a la constitución de un nuevo derecho real, el cual aún no inscrito en el Registro, para que surta efectos contra terceros, ya tiene un efecto inmediato e innegable: surte efectos contra el anterior propietario a quien le falta cualquier tipo de legitimación dada la inexistencia de su derecho y el haberse enervado su título.

Es parecida la solución cuando en una acción reivindicatoria tanto actor como demandado tienen título sobre el mismo bien. Esto realmente no es una acción reivindicatoria, pues siendo ésta una acción otorgada al propietario contra el poseedor ilegítimo, resulta clara la falta de configuración del instituto pues el demandado tendría título y en consecuencia no puede afirmarse una discusión por esa vía pues falta legitimación activa y legitimación pasiva. Se está en presencia de una acción de títulos repetidos. Para este caso la doctrina tradicional que influyó durante un tiempo en nuestra jurisprudencia otorgó el derecho al título más antiguo; sin embargo hoy día, siguiendo un criterio más moderno, y más acorde con principios como que la propiedad y la posesión deben cumplir una función social —ponderando el artículo 50 de la Constitución junto al 45—, Casación se ha apartado de ese criterio para indicar que en un caso de éstos debe convalidarse como título aquél que reúna todos los atributos del dominio: es decir dejar subsistente el del propietario que a su vez es poseedor, y declarando la extinción de la propiedad a quien no tuviere la posesión. Esto es para cualquier caso, no sólo para títulos repetidos viejos, pues la jurisprudencia no ha establecido requisitos adicionales, y si indicara su aplicabilidad sólo a títulos de este tipo podría significar un regreso a la superada tesis de que se le dé algún tipo de prioridad al título más antiguo.

Todavía —aparte del usucapiente sin título o de los títulos repetidos, en acción reivindicatoria— es común el caso en que ninguna de las partes tenga título. Esta acción es denominada en Costa Rica "ordinario de mejor derecho de posesión" pese a que, desde el Derecho Romano, la doctrina la llama acción publiciana, como también se le puede identificar. Sigue la estructura de la acción reivindicatoria: en cuanto debe tener legitimación activa, legitimación pasiva, identidad de la cosa, pretende como efecto principal la restitución, y secundarios los de la misma reivindicatoria, es decir indemnización en daños y perjuicios, deterioros, frutos, etc. En ese tipo de acción, en general, se tutela al poseedor en vías de usucapión, pudiendo incluirse —*a fortiori*— también al usucapiente, por lo que a falta de títulos inscritos de los contendientes, la resolución debe estar determinada por la causa y el modo de la posesión. Podría afirmarse —por lo dicho— que se discute quién es el que tiene "el mejor título" de posesión, mejor causa, aún cuando ninguno tenga el título-documento o pueda resultar ineficaz un título traslativo de dominio. La prueba, en consecuencia, tiende a determinar la forma en que el poseedor anterior tiene mejor derecho, por ser como titular que venía ejerciendo la posesión y correlativamente lo ilícito de la posesión del actual, o bien determinando el me-

jor derecho de posesión por el actual, por la extinción del derecho de posesión del anterior —por el no uso, o por cualquiera de las otras causas de extinción de los derechos reales— y la correlativa suplantación en la titularidad.

Resulta interesante determinar cómo la jurisprudencia oscila según siga un criterio propietario o posesorio del tema. No cabe la menor duda de que sólo el segundo de ellos debe ser atendible pues aún cuando la figura se asimila a la reivindicatoria (art. 322) se trata de un problema donde los presupuestos se vinculan única y exclusivamente con la posesión.

Igual riesgo se correría con el tema de la usucapión agraria, donde, posiblemente con el fin de evitar dudas provenientes del campo civil, se ha profundizado legislativamente dando claras diferencias. El caso típico, por excelencia, es el de la posesión precaria de tierras donde el poseedor, no sólo se encuentra sometido a una tutela especial que enerva las posibilidades de cualquier acción —civil o penal: dentro de ellas la reivindicatoria, los interdictos, o la usurpación, entre otras— hasta tanto siga conociendo y, no se dé por agotada la vía administrativa ante el Instituto de Desarrollo Agrario por carecer el titular de las condiciones para ser declarado como tal (art. 92 L.T.C.), sino que, en tema del título la Ley ha indicado expresamente su innecesariedad (art. 101 L.T.C.) pues presuponiendo el ejercicio en un inmueble inscrito en el Registro a nombre de un tercero no tiene sentido exigir tal título. Posiblemente el legislador quizo reafirmar la regla como medida precautoria frente a una interpretación equivocada del tema, sin embargo, con sólo ver en su auténtico sentido la norma civil (art. 854) tal planteamiento puede reputarse innecesario.

Naturalmente quien pretenda distinguir dos tipos de regímenes: uno civil y otro agrario, en virtud de la exclusión definitiva del título en el segundo caso, no debe analizarlo así pues en materia agraria pura y simplemente se confirma la regla, no se establece una excepción.

Otro tema que curiosamente ha sido interpretado en forma distinta es el de la validez de los títulos inscritos en el Registro Público luego de la usucapión del titular, en relación con terceros de mejor derecho. Una interpretación literal de la norma (art. 861) permitiría obtener alguna de las siguientes conclusiones equivocadas: a) Que una nueva usucapión especial comienza a correr a partir de la inscripción en el Registro Público del título en que se determine la usucapión por parte del órgano facultado por Ley para ello, o, b) Que en Costa Rica se requieren 20 años para usucapir; o, c) Que en todos los casos, fundamentalmente para tutelar a terceros de mejor derecho en relación con usucapientes con vicios en cualquiera de los requisitos señalados por la ley para adquirir ese carácter (art. 853), nuestro codificador previó la figura de la usucapión extraordinaria.

Sin entrar a dar respuesta a este nido de dificultades que se ha tejido, y que sólo colabora a aumentar la inseguridad, y la multiplicación de causas, baste indicar suscintamente algunas ideas que aclaran el panorama. En primer lugar, y pese a la redacción, el numeral de comentario consagra pura y simplemente la *actio iudicati* romana, porque siendo, en general, el trámite de inscripción a través de actos de jurisdicción voluntaria era necesario fijarle un plazo máximo para que terceros —a quienes no se dio intervención en las diligencias, y fueren perjudicados— iniciaran cualquier gestión en salvaguarda de sus derechos, pero ésto no es ningún tipo de usucapión. En segundo lugar las afirmaciones en relación con la presencia de una usucapión extraordinaria tiene como límite no sólo la redacción y espíritu del Código, sino también la negativa absoluta por la doctrina y la unanimidad de la jurisprudencia, pues incluso se ha mantenido la tesis de que hasta las nulidades "absolutas" —como las llama nuestra ley, aún cuando debería distinguir solo entre nulidades y anulidades en vez de nulidades absolutas y relativas— llegan a consolidarse, y carecen de la posibilidad de revisión judicial, si han transcurrido más de diez años. Finalmente, el contenido jurídico es de carácter procesal en cuanto al título y no de fondo en cuanto a la usucapión, de ahí que la existencia del término no puede prejuzgar en cuanto a la precaria validez de la usucapión, sino, solamente, en cuanto a la posibilidad de abrir por esa vía una posible discusión que tienda a revisar el fondo.

Más concretamente los problemas de nulidad de títulos pueden involucrar dos tipos de problemas: unos que pueden provenir de la utilización irregular o violatoria de la Ley de Informaciones Posesorias en perjuicio de terceros de mejor derecho, y otros provenientes del incumplimiento de la usucapión, la cual declarada también perjudique a terceros. Unos y otros se encuentran vinculados cuando la jurisprudencia se ha ocupado de ellos: bien resueltos en la vía incidental en el mismo expediente —dentro de los tres años después de la inscripción (art. 17 L.I.P.)— o bien en la vía ordinaria.

No parece que el tema ofrezca mayores complejidades en cuanto que se hayan violentado las normas procesales que impliquen nulidad, tal es el caso de que el funcionario judicial fuere llevado a inspeccionar otro fundo, no se publicaren los edictos, no se notifique correctamente —o se sustituya dolosamente— a los colindantes para perjudicarles, los testigos no tengan las cualidades para serlo, el plano haya sido confeccionado para ocultar la pertenencia de la finca a un bien público que la Procuraduría Agraria debía proteger, se traten de evadir las consecuencias de un juicio sucesorio, o en fin cualquier nulidad nacida como producto de utilizar la Ley para satisfacer fines ilícitos. En estos casos tanto un tercero perjudicado, como el Estado a través de la Procuraduría, o bien el Instituto de Desarrollo Agrario, pueden actuar, con más facilidad los dos últimos a quienes debe dárseles intervención desde la primera resolución, y lógicamente también cuentan a su favor con el término de la *actio iudicati.*

Mucho más interesante resultan los problemas nacidos de la posible nulidad del título por perjudicar a terceros con la usucapión. Quede claro desde ahora —como se sostuvo antes para casos similares— que se es el propietario anterior quien busca declarar la nulidad del título de una usucapión verificada en un bien inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad —o bien usucapido por él antes del usucapiente actual— una acción así no debe tener éxito pues al haberse extinguido su derecho carece totalmente de legitimación activa para gestionar, y aún cuando tenga a su favor un derecho procesal —como cualquier otro— le faltan elementos de fondo para lograr la invalidez. Distinto totalmente sería el caso del propietario que actúa contra quien no ha usucapido e inscribe el título como si lo hubiera hecho pues en ese caso no solo logra invalidar el título, sino, también, si así lo solicita, logra incluso la interrupción del término de la usucapión y eventualmente hasta la restitución; ello porque es cabalmente a este tipo de tercero a quien tiende a proteger la ley y a favor de quien se establece esa limitación aparejada al título del Registro de la Propiedad. En igual circunstancia estaría el colindante a quien se le tomó ilícitamente una porción de su terreno, el Estado en relación con bienes no susceptibles de usucapión, o en general cualquier otra hipótesis siempre que el oponente reúna las condiciones de tercero de mejor derecho.

Para finalizar en relación con el título, entendido este para todos los casos como causa jurídica, independientemente de si es originario o derivado, documentado o no , lícito o no, o en fin cualquiera sea su modalidad, debe quedar claro que su validez tiene como límite absoluto la prueba en contrario. Es decir tanto la presunción de su existencia como su presentación pueden ser contradichos (art. 854). Esto es importante pues un sujeto puede mostrarse poseyendo como dueño, pero lo hace bajo otra causa: por ejemplo como arrendatario, usufructuario, administrador, etc., en estos casos la demostración de esa circunstancia impiden que el título sea *ad usucapionem.*

3. Por su parte la posesión presenta una serie de interesantes problemas dentro de la estructura de nuestra usucapión. Podría decirse, incluso, que a sus dificultades ampliamente complejas se le suman los de la posesión *ad usucapionem,* los cuales, por esa especial particularidad, resultan poco estudiados.

En efecto, aparte de los elementos —del *corpus* y el *animus*— y de sus vicisitudes propias (arts. 178-186), la posesión para que sea útil a la usucapión debe ser en calidad de propietario y con los caracteres de continua, pública y pacífica (art. 856). En otras palabras debe entenderse viciada, y no apta para usucapir, la posesión ejercida por quien no obstenta la cualidad de titular usucapiente, o bien resulta haber sido interrumpida o suspendida, o ejercerse en forma clandestina o violenta.

Aún cuando se señala expresamente la calidad en que debe ser ejercida la posesión: "como propietario" (at. 856), "como dueño" (art. 6 L.I.P. y 3 L. Tit. Vív. Camp.) debe entenderse que lo es en concepto de titular del derecho ostentado. Se pretende, entonces, no realmente exigir que sea "el propietario", o "el dueño" —en el sentido castizo del término—, sino que se comporte como tal, pues sería un error exigir durante 10 años una calidad aún no alcanzada. Se busca excluir, en consecuencia, a todo aquel poseedor con causa no usucapible como sería, por ejemplo, el arrendatario, el administrador, el depositario, el servidor de la posesión o el mediador posesorio, pero la exclusión no puede llegar hasta el poseedor de otro derecho (servidumbre, usufructo, etc.) también usucapible, pues aún cuando la fórmula "como propietario" o "como dueño" lo excluiría en realidad ésto no debe entenderse así porque nuestro sistema civil otorga la usucapión no sólo para constituir la propiedad, sino para cualquier otro derecho real poseíble (arts. 480 y 484). En este sentido el término como

"titular" permitiría aclarar la situación del sujeto generador de actos de carácter posesorio, pero ejecutados en forma facultativa o de simple tolerancia (art. 279) los cuales no pueden ser conducentes a la constitución o adquisión de la posesión —y menos de la usucapión— por ese sujeto, pues si se cumplen es por liberalidad del verdadero titular y no dequein se muestra como tal. Resulta distinta la hipótesis de quien es coposeedor sin el concurso de los demás, pues en ese caso aún cuando sólo él cumpla con el requisito el beneficio se extiende a los demás (arts. 270 y 864) no contra los demás, ni a su favor con exclusión de los demás.

La cualidad de ejercer la posesión en concepto de titular del derecho que se usucapé se comprende perfectamente en cuanto califica el sujeto apto y desecha al no idóneo. Esta calificación, en línea de máximas, coincide con el título, por lo que la condición puede ser llevada hasta identificar la causa jurídica misma con la posesión.

El administrador de la finca abandonada por su dueño, aún cuando siga poseyendo en las condiciones establecidas por la ley, no usucape pues no ha poseído como titular: su causa no es *ad usucapionem;* aún cuando la fórmula civil es indiscutible, este caso —no del todo hipotético ni apartado de la realidad— debería estudiarse a través de una posible extinción del dominio —campo en el cual en Costa Rica hemos tenido poca imaginación— pues resulta insatisfactorio dejar problemas sin solución. Y por lo dicho este caso resulta ilustrativo para comprender que tampoco podrán usucapir todos los sujetos que con ocasión de una causa jurídica aceptada por el propietario este haya estado dispuesto a desdoblar la posesión entregando la inmediata y manteniéndose en la mediata, pues ahí la titularidad no se configura.

Dicho lo anterior conviene profundizar en los atributos exigidos a la posesión para ser usucapible.

Cuando se exige para la posesión continuidad o ser ininterrumpida se pretende que lo sea durante todo el tiempo necesario para la usucapión, iniciándose en el momento mismo configurativo de la posibilidad actual, real, exclusiva, de ejercer actos posesorios en la cosa (art. 278). El vicio opera sólo cuando durante el plazo se da alguna de las causas de interrupción (arts. 875, 876). No hay vicio, pero no resulta útil la corrida durante el tiempo de la suspensión (art. 880), sólo que en este caso se suma la anterior a la posterior del plazo suspendido, a diferencia de la interrupción donde todo el tiempo corrido anteriormente se inutiliza (art. 878). Siendo la interrupción un vicio la continuidad se presupone (art. 283) y quien alegue la existencia del vicio, deberá probarlo, como única forma de invalidar la ya corrida.

Nuestro ordenamiento civil contempla dos tipos de interrupción: la natural y la civil.

La primera opera cuando durante un año el poseedor es privado de la cosa, o del goce del derecho, salvo que pueda recuperar lo perdido judicialmente (art. 875). En este sentido —con gran semejanza a la extinción del dominio— es necesaria la presencia de un tercero cuya acción sobre la cosa, excluyendo al poseedor, lo convierte en titular del derecho de posesión mientras el otro lo pierde, de donde se desprende que este tipo de interrupción natural conlleva no sólo la pérdida de la corrida para el anterior sino la sustitución del titular, quien lógicamente se convierte en poseedor originario —no derivado— y el tiempo debe comenzar a correr, sin utilizar el ganado por el anterior. Desde luego esta interrupción puede ser combatida, y no tendría ningún efecto negativo al anterior si éste recobra judicialmente su derecho (art. 875). Cuando el poseedor anterior —o el propietario, si fuere el caso logra por cualquier medio desposeer a quien se encuentra en el bien —por ejemplo recurriendo a la autoridad de policía: Guardia Rural o Guardia Civil, a través de una orden judicial interlocutoria como sucede normalmente en las causas por usucapión, etc.— y éste desposeído momentáneamente —a pesar de ello— opta por continuar en la posesión ejercida no puede entenderse la existencia de la interrupción natural, pues no sólo se percibe una decidida voluntariedad de continuar poseyendo —configurando los elementos del *corpus* y el *animus*— sino que, como se indicó, la recuperación debe operar judicialmente, para lo cual se requiere —como se prevé en la interrupción civil, a comentar más adelante— declaración expresa de una sentencia en que se defina el mejor derecho del anterior poseedor, la cual no necesariamente debe provenir de juicio ordinario pero tampoco puede ser producto de una resolución interlocutoria o preventiva, pues ese no parece ser el espíritu de la norma. Tampoco podría entenderse —como a veces sucede— presente la interrupción natural cuando el anterior poseedor utilizando la fuerza desposee al actual: si bien nuestro Código prevé el uso de la fuerza (art. 305) ésta es otorgada —aún cuando parezca tan antijurídica; por dar la posibilidad de hacerse Justicia por su propia mano —solamente al propietario o poseedor, de cualquier clase, para repeler la fuerza utilizada por otro, ésto es prácticamente otorgar una legítima defensa por

lo cual deben confluir sus elementos: la presencia de una agresión ilegítima la cual es necesaria —a través de medios proporcionales— para repeler o impedir el peligro actual, de donde resulta fácil deducir la ilegitimidad del uso de la fuerza con posterioridad —y quizá desproporcional— y por ello no puede dar cabida a la interrupción natural.

Nótese en este tipo de interrupción, sólo como observación última, su proveniencia como acción de despojo de donde la tutela durante un año le es otorgada enteramente al poseedor incorporal —o anterior— orientada dentro de toda la lógica de la protección posesoria, pero ella tiene un límite temporal: un año, si en ese período el despojado no pretende recuperar la materialidad de su derecho lo pierde irremediablemente.

Si en vez de cesar la posesión —como en la interrupción natural ésta es reclamada con éxito judicialmente, o el poseedor reconoce la titularidad de otro, la interrupción se llama civil. No ofrece mayor problema comprender la causa interruptora del reconocimiento tácito o expreso del poseedor a favor del propietario o poseedor con mejor derecho (art. 876, inc. 1o.), ya se haya verificado en forma voluntaria, por confesión judicial, o por cualquier otro medio lícito, solo que el intérprete debe valorar adecuadamente cuando se alegue el reconocimiento "tácito" pues pueden implicar serias consecuencias a un sujeto, en un tema álgido, y en un área gris cuya administración debe ser prudente. Más compleja e interesante es la interrupción por la reclamación judicial, la cual —aún cuando el Código no lo diga expresamente así— conforme a la jurisprudencia forjada desde el Siglo pasado en el tema, debe ser una reclamación judicial exitosa; y ésto es importante destacarlo pues si se aceptara la tesis de que con sólo el emplazamiento judicial, el embargo o el secuestro notificado el poseedor (art. 876 inc. 2o.) se interrumpe civilmente la usucapión sería dejar en manos de litigantes inescrupulosos una efectivísima arma para dejar sin efecto el entero instituto, de ahí que es más lógica la tesis jurisprudencial —aplicable al art. 876 y principalmente al 285 *in fine* en cuanto opera el vicio no con el emplazamiento judicial, ni con el embargo ni el secuestro, sino, sólo, con el acto declarativo de la sentencia, cuyos efectos se retrotraen al momento del emplazamiento judicial. Claro que esta interpretación nace de la misma letra del Código cuando establece las excepciones a la declaratoria de la interrupción (art. 877) pero fue de gran importancia para modificar el criterio —literal, este sí ha de entender la mala fe en la posesión con solo la notificación de la demanda de quien reclame mejor derecho de poseer (art. 285), cuyo comentario se hará más adelante.

La naturaleza del proceso creador del acto interruptor varía para cada situación. El efecto sería ocasionado por la sentencia que obligue al poseedor a cesar en su posesión y éste deba acatarla, es decir si a través de un interdicto de restitución —aún cuando fuere exitoso— no se logra lo ordenado por haberse interpuesto un juicio ordinario entonces será hasta con la causa última, pero ello no obsta para lograrlo a través de un proceso de mejor jerarquía si el demandado no tiene los suficientes cuidados judiciales, pero, en todo caso —según lo dicho— cuando cesa la posesión —al igual de lo indicado para la interrupción natural— se configura la interrupción, salvo, desde luego, si en otra causa ese mismo poseedor demuestra exitosamente la inexistencia de la interrupción.

En una usurpación la interrupción opera con la sentencia condenatoria —aún cuando los efectos se retrotraen, al igual como sucede en las otras sedes, al momento de la denuncia—, por lo que resulta inexacto afirmar su presencia con una prevención del Juzgado de no volver a ingresar al bien, del procesamiento, o de cualquier otro acto judicial distinto de la sentencia, pues, aparte de no estar comprendido en la Ley, también resultaría una interpretación inconstitucional pues en materia penal la inocencia se presume (art. 41 Constitución Política).

Por lo dicho resulta también incompatible la tesis —algunas veces esbozaba en juicios donde puede existir un conflicto de posesión precaria de tierras (arts. 92-107 L.T.C.) cuando se sostiene la causa de interrupción en la posesión ejercida por los precaristas al efectuarse uno de los llamados "desalojos administrativos" —de dudoso linaje jurídico, por no mediar orden judicial, sino pura y simplemente acción represiva de las autoridades sin permitir ninguno de los tipos de defensa garantizados por la Constitución Política— pues entendiéndose que la orden proviene de "autoridad competente" bastaría para generar el hecho interruptor; desde luego la tesis no es compatible primero que nada por no estar contemplado como tal, y entonces resultaría ilegal, por otra parte porque si el legislador ha tutelado al poseedor en precario —protegiendo al productor (art. 50 de la Constitución Política) aún cuando no sea propietario— al punto de excluirlo de la misma mentalidad judicial —donde se dudó pudiera tener protección por la

concepción civilista o penalista de algunas autoridades que les impedía apreciar adecuadamente el problema social discutido— resultaría paradójico aceptar una solución de esta naturaleza. Y sobre el mismo tema de los poseedores en precario, es fácil escuchar argumentos por los cuales se sostiene como no corrido el tiempo durante la intervención del I.D.A. en la solución del conflicto, tesis ésta que algunas veces ha sido seguida hasta por la misma Institución sin percatarse de que eso no tiene ningún fundamento jurídico, antes bien —sin entrar a un análisis de la filosofía inspiradora del Derecho Agrario, sólo estudiando la mentalidad de la posesión civil— debe afirmarse como útil para el poseedor cualquier tiempo corrido en ese *interin* pues no hay causa interruptora, al extremo que si un poseedor pide intervención judicial del I.D.A. para que el propietario agote la vía administrativa antes de continuar cualquier juicio (art. 94 L.T.C.) está ejerciendo un derecho subjetivo, de ahí que no se le puede volcar en contra: en vez de restar ese tiempo a la posesión debe sumarse, pues el mero hecho de la posesión hace presumir el derecho (art. 281), aparte de ser altamente injusto —por la inercia del propietario o por la falta de una adecuada técnica judicial para llevar adelante su causa— perjudicar a su contrario.

A todo lo dicho debe agregarse que siendo la interrupción un vicio complejo no se puede presuponer, antes bien la ley establece presunciones a favor de la continuidad (arts. 283 y 859), por lo que corre con la carga de la prueba quien la alegue, y ocurrir antes de operada la usucapión pues si acaeciera después del plazo —10 años en inmuebles, 3 en muebles, o bien en los períodos más cortos introducidos recientemente por algunas leyes— no tiene la posibilidad de viciarla pues sólo vicia la posesión *ad usucapionem,* no la usucapida.

Para que la posesión *ad usucapionem* pueda operarse requiere —además de ser como titular del derecho y en forma continua, como se ha dicho, y públicamente como se comentará más adelante— en forma pacífica (art. 856). Con este requisito se pretende que durante su ejercicio el titular no debe mantener su poder de hecho en la cosa haciendo uso de la fuerza, sea ésta material o moral. Dada la exigencia de no mantenerla con violencia esto no significa que carezca de ese carácter la adquirida violentamente una vez concluido ese estado pues la posesión obtenida con violencia se transforma en pacífica cuando cesa la causa generadora de la nueva titularidad, de ahí que es útil para usucapir (art. 857), y resulta lógica esta interpretación de nuestro Código —ampliamente seguido por la jurisprudencia— pues el adquirente pasa a ser inmediatamente poseedor aún cuando el despojado mantenga la posesión incorporal, o posesión como derecho. Naturalmente si el poseedor debe defender su posesión mediante la fuerza para impedir a otro el desposeerlo (art. 305) no por ello su posesión debe entenderse violenta pues al tratar de evitar que se la arrebaten está ejerciendo un derecho subjetivo tutelado por el ordenamiento jurídico civil, pero esta tutela —como se dijo— no comprende la acción del despojado violentamente de acudir a las vías de hecho para recuperar su posesión, aún cuando legalmente le corresponda, pues, mientras el otro se oponga, deberá recurrir a la autoridad judicial (art. 317).

Finalmente, se exige también para la posesión un carácter de pública, frente a todos los demás, sin ocultar o esconder los actos ejercidos sobre la cosa para denotar su poder de goce, y por ende calificar ampliamente la posesión. La publicidad —al igual que los demás requisitos— debe existir durante todo el tiempo de la posesión, y con ello se pretende otorgar a quien pudiere reclamar la cosa la posibilidad de ejercer sus derechos, lo que no podría ser determinado si se ejerce ocultamente. Pero esa publicidad no implica solamente que terceros lo sean poseyendo, es importante no ocultar tampoco el carácter con que se posee, pues si quien lo hace se muestra en otra condición (por ejemplo depositario, arrendatario, etc.) debe entenderse su posesión no apta para usucapir, pues debe ostentar públicamente su posesión como titular del derecho. No basta, tampoco, la pura voluntad interna del usucapiente, ella debe volcarse al exterior y ofrecer la posibilidad de ser conocida en el ambiente en el cual el fenómeno jurídico se está operando. La clandestinidad de actos realizados sobre la cosa, aún cuando pudieren perturbar al titular, no implican privación alguna de su derecho pues mientras no abandone ese carácter secreto y se ofrezca a quien se sintiere con mejor derecho la posibilidad de interrumpirla no puede entenderse que corre el término (art. 858), pero pública la posesión aún cuando inicialmente hubiere sido oculta si es totalmente idónea para ser usucapida.

Tanto el problema de la violencia original como el de la clandestinidad inicial han sido confundidos con la mafa fe —y por ende se ha dicho que aún cuando la posesión es útil dentro del contexto de los requisitos no es apta para usucapir— como producto de una contradicción normativa, sin

embargo por pertenecer más al tema de la buena (o mala) fe se comentará más adelante. De todas formas valga adelantar, por no ser discutido en doctrina, que como vicio ni la violencia, ni la clandestinidad, ni la mala fe se transmiten de donde ha de suponerse que todo adquirente lo hace de posesiones no viciadas.

No se deben terminar los comentarios a la posesión *ad usucapionem* sin aludir, aún cuando sea brevemente, al plazo requerido para ello. No es tan importante comentar el cómputo del tiempo como los distintos plazos establecidos para la usucapión. En primer lugar resulta indiscutible en Costa Rica por una parte la existencia de dos plazos establecidos por el Código Civil: 10 años tratándose de inmuebles y 3 para muebles, así como que el codificador se apartó totalmente del criterio de introducir junto a la usucapión ordinaria la extraordinaria para cuando existieren vicios en los elementos de la posesión, por lo cual solo tenemos la ordinaria. En segundo lugar si se encuentran términos más breves o largos esto acontece con la legislación especial para casos específicos, y no altera en lo más mínimo los plazos anteriores. Finalmente los plazos para la consolidación de títulos inscritos en el Registro sin perjuicio de terceros de mejor derecho, caen dentro del tema de la prescripción no de la usucapión.

En efecto, la usucapión ordinaria —única en materia civil en Costa Rica— exige 10 años para adquirir derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 860) y 3 en muebles (art. 862), y se hace referencia a un año para constituir el derecho de posesión (art. 279 y 860). En los dos primeros términos vale tanto la ejercida por sí como la transmitida, de ahí que el adquirente puede completar el tiempo requerido utilizando la de su transmitente (art. 863), pero para ello deberá tener título traslativo de dominio (art. 853, y 1o. L.I.P.). El término de un año para adquirir el derecho de posesión se comprende mejor —porque en forma aislada no tiene lógica— pues ese era el plazo otorgado al poseedor para recurrir a los interdictos en defensa de su posesión, sólo que al entrar en vigencia el actual Código de Procedimientos Civiles de 1936, no se modificó el Civil y ese término se mantiene, aún cuando la idea del codificador fue constituirlo a partir del momento en que el poseedor inmaterial no tuviera oportunidad de recuperar su posesión en la vía interdictal.

Usucapión extraordinaria no existe pero pueden citarse, a manera de ejemplo, dos casos que fueron derogados. El primero de ellos se encontraba en el Código de Comercio donde se estableció un término de 30 años para usucapir naves, derecho éste otorgado a cualquiera con excepción del capitán (art. 533) que estaba inhibido para ello. Otro caso, muy polémico y del cual se hizo abundante uso durante un buen tiempo, fue el derecho otorgado por la Ley de Urbanización Turística de la Zona Marítimo-Terrestre No. 4558 del 22 de abril de 1970, a todos aquellos sujetos que por más de 30 años hubieren poseído lotes o fincas en la zona dicha, para inscribirlos en el Registro Público a través del trámite de Información Posesoria (Transitorio III), pese a que en la totalidad de los casos eran arrendatarios —del entonces I.T.C.O. por el art. 7 de la Ley de Tierras y Colonización— que por esa vía pasaron a ser propietarios.

Un caso reciente de término más breve es el estipulado por la Ley de Titulación para Vivienda Campesina, por la cual se pueden inscribir inmuebles destinados a vivienda, con una superficie no mayor a 2 hectáreas, poseídos a título de dueño, en forma quieta, ininterrumpida y pública durante no menos de 5 años (art. 3 L. Tit. Viv. Camp.). El plazo —aún cuando no es estrictamente de usucapión— ha sido reducido para la inscripción de derechos indivisos. Por ese trámite se faculta al propietario de uno o más derechos indivisos, en una o varias fincas inscritas en el Registro Público, pero que estén debidamente individualizadas de hecho y poseídas por el término no menor de un año en forma quieta, pública, pacífica y como dueño, a solicitar a la autoridad judicial correspondiente su inscripción como finca independiente mediante el otorgamiento de una escritura pública (art. 1o. L.I.D.I.).

Para demostrar el tiempo poseído la ley en general siempre recurre a testigos, y en caso de las fincas con una cabida superior a 30 hectáreas constatando lo dicho por ellos a través de inspección judicial en caso de información posesoria (art. 9 L.I.P.), o dictamen pericial en posesión precaria (art. 99 L.T.C.), o ambos o sólo el primero de ellos en los juicios reivindicatorios, interdictos, o cualquier otro en que medie la posesión. El espíritu de la ley siempre es vincular ambos criterios pues en forma aislada cada uno de ellos podrían surtir efectos inciertos: si se atiende al solo dicho de los testigos puede ser equivocada la impresión técnica en cuanto a la cantidad y calidad de las mejoras introducidas en el bien, aún cuando las fechas referidas al inicio, transmisión y forma de posesión siempre es mejor determinarlas por esta vía, en igual forma no debe atenerse el Juzgador sólo a la

prueba pericial pues por su medio lo que debe constatarse es la cantidad y cualidad de las mejoras, y no el tiempo, pues se puede caer en errores —como sucede ordinariamente en el sentido de apreciar el tiempo de la posesión por la edad de los cultivos encontrados: craso error pues en cosechas de períodos cortos (como por ejemplo el maíz, los frijoles, etc.) por esa vía aunque existan varias cosechas pasadas el período nunca será superior a un año, y entonces se apreciaría equivocadamente el plazo. Por ésto, siendo un concepto jurídico a determinar debe ser el intérprete quien lo defina con base en las distintas pruebas.

Como se nota, por la influencia de la legislación y de una jurisprudencia de avanzada se percibe en la posesión toda una función social inspiradora, que obliga a comprender el instituto dentro de un contexto más amplio en que la letra del Código no refleja realmente el ambiente jurídico en el que se desenvuelve.

4. El otro gran tema dentro de la usucapión, dejado de último porque posiblemente es el más interesante y no menos importante, es el de la buena fe.

En todos los códigos civiles se encuentra el tema en dos grandes y fundamentales argumentos: en la buena (o mala) fe negocial y en la buena (o mala) fe posesoria. Por el tratamiento indistinto que de ambas, en muchas oportunidades hace la doctrina ubicando efectos de la contractual en la posesoria y viceversa, ponderando —conforme a planteamientos filosóficos o ideológicos— la buena o la mala fe en distintos momentos históricos, o bien por los complejos rasgos subjetivos, no solo objetivos, que llevan el tema a los confines de la psicología, es que la buena fe constituye una de aquellas nociones cuya elasticidad permite ser conocida por todos, pero cuya precisión es poco accesible, y por ello en las obras jurídicas más se le intuye que define.

No es, por demás, un tema nuevo ni reciente. En el Derecho romano se le encuentra en sentido objetivo normativo en materia contractual *(Contractus Bonae Fidei)* en cuanto es la norma jurídica de contenido moral con valor integrativo e interpretativo para las relaciones jurídicas —respondiendo a la idea genérica y abstracta de lealtad—, y en sentido subjetivo psicológico en materia de posesión y usucapión *(bonae fidei possessio)*, referida a sujetos determinados, equivalente a la ausencia de malicia o dolo: a la conducta honrada de los sujetos en una determinada relación jurídica; pero, es dudoso que los romanos separaran ambos campos: uno para las relaciones oblìgacionales y el otro para las reales. En el Derecho germano se encuentra la distinción entre buena fe objetiva *(Treu und Glauben)* y la buena fe en sentido subjetivo *(Guter Glauben)*, no presenta en el Derecho Romano, la cual llega hasta tiempos más modernos a través del Derecho Canónico al utilizar el aspecto subjetivo, identificando la mala fe con el pecado y la buena fe con la ausencia de pecado. Por otra parte, desde la promulgación del *Code Napoleón* de 1804, respecto de su interpretación hay distintos criterios según se le analice por la doctrina iusnaturalista, por la Escuela de la Exégesis, por la Pandectística, a través de corrientes con un método sistemático o por tendencias anticonceptualistas, o bien por un positivismo no dogmático. En este complejo conceptual se ha desarrollado el tema, por lo que, de no percatarse el intérprete —por seguir acríticamente un autor o una doctrina, quizá no coincidente con la norma de su país— puede alimentar —como se deduce de la lectura de nuestra jurisprudencia— corriente contradictorias, algunas de ellas de dudoso linaje incompatibles con la realidad y el ser costarricense. Para el desarrollo del tema propuesto —cuya profundización requeriría de una monografía— se limitará lógicamente al campo de la posesión y la usucapión, tratando de analizarla desde un ángulo moderno: iuspositivista pero no dogmático.

En un primer acercamiento pueden indentificarse muchas normas referidas al tema (entre otras los artículos 284, 285, 286, 305, 306, 321, 327, 328, 329, 330, 333, 507, 508, 513, 533, 804, 1065, 1143) pero las reglas fundamentales se encuentran dentro del capítulo mismo del derecho de posesión: son ellas las de los numerales 284, 285 y 286. Dejando de lado el 284, por referirse específicamente al derecho de poseer, el cual requiere de un año de posesión más la buena fe, nuestro ordenamiento jurídico presenta dos posibles reglas, cuya interpretación como hipótesis complementarias o antagónicas, como regla una y excepción la otra, puede conducir a efectos totalmente distintos, según la base de análisis que se tome.

Efectivamente si se toma como regla el artículo 285 y como complemento o excepción el 286 se logra un resultado totalmente distinto al de ubicar como regla el 286 y como complemento o excepción el 285. Si se sigue el orden lógico de la numeración la primera posibilidad parece ser la correcta, sin embargo no necesariamente es así. En todo caso un análisis de ambas posiciones pueden permitir

una toma de posición, pero valga primero analizar las distintas hipótesis.

En cuanto al artículo 285 se encuentra la buena fe en dos casos específicos:

> —"al que en el acto de la toma de posesión **creía** tener el derecho de poseer"; y
> —"si la posesión fuere de buena fe en su principio, no pierde ese carácter por el solo hecho de que el poseedor **dude** posteriormente de la legitimidad de su derecho".

Y la misma norma prevé la presencia de la mala fe en los siguientes tres casos:

> —"Si había **motivo suficiente** para que **dudara** (en el acto de la toma de posesión) corresponderle tal derecho, no se le debe considerar como poseedor de buena fe";
> —"Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la **certidumbre** de que se posee **indebidamente**"; y
> —"Cesa también desde la notificación de la **demanda** en que otro reclame el derecho de poseer".

Por su parte la norma del artículo 286 establece literalmente que:

> —"En caso de duda, se presume de buena fe la posesión".

Entonces el interrogante sería: ¿la presunción de buena fe en la posesión es la regla o la excepción? A la vista de quien pura y simplemente toma a la letra el Código cualquiera de las dos posiciones sería correcta, sin embargo —aún cuando también nuestra jurisprudencia oscila entre ellas— existe en la doctrina casi universal la afirmación de que "la buena fe es un principio de Derecho", y no podría ser de otra forma porque en las relaciones jurídicas, y en el mundo actual, se parte de la buena fe y no de la mala fe, posiblemente es por eso mismo que nuestra jurisprudencia ha sostenido las más de las veces la obligatoriedad de demostrar la mala fe a quien la alegue, no solo por un problema de la carga de prueba, sino, además, porque ha entendido como regla la buena fe del artículo 286 y no las posibilidades principalmente de mala fe posesoria del 285.

Aún cuando en el Derecho Comparado —especialmente en los casos de Francia, España, Italia y Alemania— no se encuentra una fórmula similar a la del numeral 285, de donde se debe concluir que fue creada por nuestro codificador civil sin referencia a otra anterior, sí se ubican ciertos rasgos que denota por una parte la confluencia de elementos opuestos, al tiempo que llama a engaño haber enunciado primero la excepción y después la regla (cuando en verdad debió colocar primero la norma 286 y luego la del 285, o quizá debió haber invertido las normas así: 286, 285 y 284).

Sea como fuere, pero reiterando la tesis de la presunción de buena fe como regla, conviene analizar las hipótesis del 285 y hacer algunas observaciones, como forma de clarificar los dos extremos: la buena y la mala fe.

Respecto de la buena (y mala) fe en la hipótesis de la creencia del titular de tener el derecho de poseer es donde se ha afincado principalmente el criterio diferenciador, que por ser eminentemente subjetivo y pertenecer a la esfera íntima del poseedor resulta imposible su demostración si no es a través de evidencias externas que el intérprete debe tomar en consideración con mucho cuidado, así por ejemplo podría pensarse que pasa de buena fe a mala fe no solo por la duda, sino porque el poseedor luego —o durante— la toma de posesión se percata que su causa está viciada: bien porque está poseyendo una cosa no susceptible de ello, porque está adquiriendo del no titular, porque posee con una causa (vgr. a título de arrendatario) y ostenta otra, o en fin cualquier otro motivo externado por él a través de signos indentificables por terceros, o reconocidos directamente. En todo caso a estas hipótesis no les puede ser aplicada tranquilamente la doctrina nacida de las normas similares de Francia y España, pues si bien en el primero de estos países se establece la buena fe cuando tiene la creencia el adquirente de que su título es idóneo para adquirir el derecho real (art. 2265), o en España porque ignora vicio en su título (art. 433), en nuestro medio podría significar conducir el tema hasta "el título" cuando en realidad es solo un problema subjetivo; pero sí parece más acertado el criterio del Código Civil español cuando para la mala fe exige conocimiento del titular (art. 433) y no la duda como en Costa Rica.

La mala fe adquirida, comentada anteriormente, se contrapone a la sobrevenida. Es importante esta distinción pues si bien se cataloga como de mala fe la duda del poseedor en el acto de la toma de posesión, resulta distinta la solución para cuando éste creyéndose primero con derecho luego dude, pues acá la duda no implica mala fe, sino la continua presencia de buena fe. En la sobrevenida es solo cuando existe la certidumbre del poseedor de que posee indebidamente cuando cesa la buena fe. Es aquí, con la duda en la adquirida o certidumbre

de la sobrevenida donde existe mayor contradicción. En efecto, se contraponen dos corrientes, la del Derecho Romano para la cual basta la buena fe en el momento de iniciar la posesión *("Mala fides superveniens non nocet")* a la del Derecho Canónico, cuyo criterio es que no basta solo al principio *("Mala fides superveniens nocet")* sino que debe ser siempre. Este segundo criterio no fue adoptado en otros países, ni siquiera en Francia donde el *Code Napoleón* se limitó solo a la adquirida (art. 2269).

La última hipótesis del 285 establece la mala fe desde la notificación de demanda en que otro reclame el derecho de poseer. Este es un criterio modificado por la jurisprudencia, con gran tino, desde finales del siglo pasado, en cuanto ha venido interpretando que no basta la interposición o notificación de la demanda sino que se requiere sea una demanda declarada con lugar, retrotrayendo sus efectos al momento de la notificación.

De lo dicho hasta ahora, y con la idea de aclarar la tesis sostenida, se puede indicar que la buena fe posesoria debe presumirse siempre hasta la demostración en contrario por parte de quien la alegue; y luego, que en cuanto a las excepciones son dos subreglas las que deben prevalecer sobre las 5 expuestas —pues de las otras algunas o no tienen fundamento, o derivan de éstas—, es decir que la buena fe se concreta en la creencia del poseedor —aún cuando luego dude— de tener derecho a poseer, y que la mala fe existe a partir de su declaración en virtud de sentencia judicial.

Naturalmente, todavía no se ha dicho qué es mala fe. Pues bien ésta debe colegirse de hechos objetivos demostradores de dolo o culpa grave que reflejen alteración de criterios éticos— pues la buena fe es eso: ética— de honestidad, prudencia, diligencia, correcteza, a los cuales el ordenamiento jurídico tutela. Es cierto que este criterio no se extrae de la letra del Código pero ese es su espíritu. Sobre esta línea se ha inspirado el Código Civil italiano de 1942 (art. 1147) para superar los criterios del Código de 1865 (art. 701) en que se seguían tesis tradicionalistas como las consagradas en el nuestro.

Como sustento de lo dicho —y como forma de resolver, de paso, algunos problemas prácticos— conviene regresar a la buena fe *ad usucapionen.*

Hay dos casos extremos realmente interesantes que vistos desde la óptica de estudio pueden traer luz al tema. Se trata de dos tipos de posesión que, viciadas inicialmente, según se desprende de la misma norma, una vez desaparecido el vicio resultan útiles para la usucapión. Se trata de la posesión adquirida o mantenida con violencia (art. 857) y la adquirida o mantenida oculta (art. 858). En efecto ¿qué mayor certeza —no duda, pues ésta resultaría inocua— de la presencia del vicio en un sujeto cuando éste adquiere o mantiene su posesión en forma violenta clandestina? Desde luego que frente a ésto lo más simple sería afirmar la presencia de mala fe, pero ello significaría aceptar una de dos alternativas: o bien que la posesión es útil para usucapir pero al faltar la buena fe la usucapión no opera, o bien, por otro lado, que siendo el fundamento de la usucapión la adquisición del derecho, con la posesión y el tiempo requerido para ello bastaría. Ninguno de los dos argumentos puede convencer, en línea de principios, no solo porque el ordenamiento jurídico no está para solucionar intermedias sino tampoco dejar problemas sin resolver. Un criterio más lógico podría ser que en la contradicción entre los artículos 857 o el 858 con el 285, se resuelva con la aplicación del numeral 286 concebido cabalmente para estos problemas de contradicción normativa al establecer que "en caso de duda, se presume de buena fe la posesión", sin embargo más parece que el legislador eximió de todo vicio al poseedor pacífico, aún cuando violento en un cierto momento, como al público, aún cuando oculto por un cierto período, pues solo en caso de posesión no viciada el titular podría ejercer sus derechos: en el primero de los casos si desaparece la violencia entonces el poseedor se está ajustando a las consecuencias establecidas por el ordenamiento jurídico, incluso a ser desposeído a través de cualquier defensa otorgada al titular, y en el caso de la posesión pública en cuanto da la posibilidad al titular de percatarse de la afectación de su derecho, y actuar ejerciendo la tutela a que puede recurrir. Por ello, de plano, y conforme a interpretaciones jurisprudenciales referidas a la temática, se puede concluir que el vicio de la posesión no necesariamente afecta, también, el elemento de la buena fe.

Cabe preguntarse si ¿no es que la posesión —al igual como sucede con el título del poseedor originario— es tan amplia que abarca también la buena fe? ¿Será acaso la posesión un común denominador donde pueden resumirse los elementos de la usucapión?

Aún cuando en materia civil una respuesta definitiva al interrogante podría chocar con algunos criterios esbozados por la jurisprudencia, lo que no implica necesariamente rechazar *ad portas* el planteamiento, es interesante la tesis orientada en esta línea de pensamiento a través de la usucapión agra-

ria, principalmente la nacida a través de la posesión precaria de tierras, y los efectos que ha producido luego en la civil.

En efecto, la ley conceptúa al poseedor en precario como aquél que por necesidad realice actos de posesión estables y efectivos, como dueño, en forma pacífica, pública e ininterrumpida, por más de un año, con el propósito de ponerlo en condiciones de producción para su subsistencia o la de su familia, sobre un terreno debidamente inscrito en el Registro Público a nombre de un tercero (art. 92 L.T.C.). Como se nota no se hace referencia en lo más mínimo a la buena fe, y ésto es así en principio porque el legislador ha soslayado esta exigencia para darle mayor importancia al elemento de la necesidad, no solo para otorgar el derecho de posesión —modificando sustancialmente la norma civil (art. 284)— sino, además, abriendo la posibilidad de que esa posesión sea usucapible por el simple transcurso de los 10 años —modificando también la regla de la usucapión (art. 853)— de donde debe concluirse una diferencia importante.

Pero si alguien indicara que se trata de un caso extremo, o bien que tiene poca importancia por ser una excepción a la regla, debe responderse negativamente, pues, contrariamente a lo que se cree, la buena fe ha desaparecido prácticamente, como exigencia, en toda la normativa de la usucapión.

En efecto en la Ley de Informaciones posesorias, creada para dotar a quienes carecieren de título inscrito o inscribible en el Registro Público, exige únicamente al poseedor "demostrar una posesión por más de 10 años con las condiciones que señala el artículo 856 del Código Civil" (art. 1), eliminando absolutamente —en todo el cuerpo de la ley— la referencia a la buena fe. El principio se repite en la reciente Ley de Titulación para Vivienda Campesina cuando establece que "Solamente podrán titularse los inmuebles que hayan sido poseídos a título de dueño en forma quieta, ininterrumpida y pública durante no menos de cinco años (art. 3). E igual sucede con la Ley de inscripción de derechos indivisos cuya exigencia para individualizar derechos indivisos se limita pura y simplemente a que "hayan sido poseídos por el término no menor de un año, en forma quieta, pública, pacífica y como dueño" (art. 1).

De lo anterior se puede concluir fácilmente que la legislación especial vigente para inscribir derechos usucapidos en el Registro Público, ha modificado sustancialmente la normativa general (del Código Civil) en tema de buena fe eliminándola como requisito para usucapir, reduciendo dichos requisitos específicamente a la posesión pública, pacífica y sin interrupción.

Con ésto se reafirma la tesis de la inexistencia de mala fe en la posesión inicialmente oculta o violenta que pierde luego ese carácter.

Además de lo dicho queda claro cómo la posesión civil —no solo la agraria, o quizá por la influencia de la agraria— ha variado sustancialmente en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la buena fe, al punto de reputarse su presencia con solo demostrar en la posesión los requisitos de ser pública, pacífica y sin interrupción.

Naturalmente si ésto acontece con la posesión *ad usucapionen* igual sucederá con la *ad interdictan*. Resulta ampliamente aceptado —ahora, porque hace algunos años ésto no sucedía— el derecho del poseedor inmediato: por ejemplo el arrendatario, el usuario, el usufructuario, etc., a hacer uso de los interdictos para proteger su posesión —no recurriendo, en consecuencia, al propietario en busca de que éste garantizara el libre goce, como sucedía antes— lo cual implica, que dicha tutela ahora tiene un sentido realmente amplio. En primer lugar, siendo así, el mediador posesorio podría gestionar la protección posesoria no solo contra cualquier tercero, sino también, e incluso, contra el mismo propietario en caso de mediar perturbación o despojo contra el arrendatario, usufructuario, depositario, acreedor pignoraticio poseedor del bien, etc., de donde podría entenderse ampliada esta facultad del poseedor contra el propietario, pero para ello —si realmente se trata de gestionar contra quien anteriormente poseyó— debe haber corrido al menos un año de posesión (art. 307) sin que para ello se exija en dicha posesión la cualidad de buena fe, incluyéndose en la hipótesis hasta al poseedor en precario. Pero lo que salta a la vista, muy a pesar de encontrarse en la jurisprudencia algunos fallos negadores de tutela interdictal por observar el juzgador elementos de mala fe, es que en esta sede no debería entrarse a conocer sobre este extremo: el interdicto como acción ha sido concedido para proteger la posesión actual y momentánea, una situación estrictamente de hecho, de ahí que conviene siempre dejar las discusiones sobre la posible mala fe —que no debe ser analizada en esta acción sumarísima— exclusivamente en un juicio plenario, contradictorio, donde las partes puedan alegar y probar con gran amplitud la presencia del vicio.

El problema fundamental radica en que la complejidad de la mala fe puede ser observada

—sobre todo por quienes tienen una visión negativa, mala o pecaminosa del mundo— en cualquier acto, y partiendo de la existencia de la buena fe mientras no se pruebe lo contrario, su declaración debe ser limitada a un ámbito susceptible de profundizar en su análisis. A manera de ejemplo resulta curioso como en materia penal, cualquiera de las hipótesis discutidas para la sede civil —que incluso permiten ampliamente usucapir— pueden verse impregnadas de "dolo" y conducentes a la tipificación del delito de usurpación (art. 225 C.P.) lo que significa realmente una contradicción normativa, quizá más ostensible porque un sujeto desde un punto de vista penal puede ser visto como delincuente, desde un ángulo civil como poseedor *ad usucapionen* y analizado por el Derecho Agrario como un productor o empresario; es por ello, sin duda, el criterio ampliamente despenalizador seguido recientemente por la Ley de Jurisdicción Agraria No. 6734 de 29 de marzo de 1982 al remitir los delitos de daños y usurpación —cuando sean de carácter agrario— de la sede penal a la agraria (art. 2 inc. a), con lo cual se busca interpretar diversamente elementos como la mala fe que en sede penal sería identificable con solo determinar el bien jurídico tutelado. Por fortuna en este tema, sobre todo por los negativos resultados obtenidos, en el país se avanza inteligente y justamente.

Por lo visto parece ser que el tema de la buena (o mala) fe donde cobra mayor importancia es el campo de los efectos: principalmente de la acción reivindicatoria y de la accesión. Determinar la buena o mala fe del poseedor en ambos casos puede tener resultados muy distintos por lo cual resulta aconsejable darle la atención que merece el tema.

El efecto principal de la acción reivindicatoria es la restitución y, en consecuencia es obligación de cualquier tipo de poseedor verificarla una vez vencido en juicio (art. 325) —o su indemnización si ello no fuere posible: por ejemplo si el actor se dirige contra el que dejó de poseer (art. 325 y 832)— debiendo entenderse como poseedor de mala fe al que una vez contestada la demanda se hubiere puesto por su culpa en incapacidad de restituir (art. 333). En cuanto a frutos el de buena fe solo restituirá los percibidos después de la notificación de la demanda (art. 327), pero el de mala fe deberá restituir todos los percibidos así como indemnizar los que con mediana inteligencia y actividad hubiere podido percibir el propietario, para lo cual, en caso de no existir, deberá indemnizarlos al precio del tiempo de la percepción (art. 329). No responde el poseedor de buena fe de los deterioros ocurridos sin culpa (art. 327), siendo, por el contrario, responsable de los ocurridos el poseedor de mala fe, salvo que provenga de la naturaleza, de su vicio o que hubieren ocurrido aún hallándose la cosa en posesión del dueño (art. 329). Con la restitución siempre deberán indemnizarse los daños y perjuicios (arts. 325, 326), solo causados después de la notificación de la demanda por el poseedor de buena fe (art. 327), y todos en caso contrario (art. 324). Aún cuando ha sido, correctamente, modificado por la jurisprudencia —pues resulta un contrasentido con el fundamento de la acción misma— el codificador previó incluso para el poseedor de buena fe el pago del precio que hubiere dado por la cosa (art. 328). Como derecho del poseedor —y no como las obligaciones de los casos anteriores: por lo cual es necesaria la contrademanda del poseedor— el de buena fe debe ser indemnizado en las mejoras necesarias y útiles que introduzca en el bien, así como a retirar las de lujo —siempre que no vayan en detrimento de la cosa—, teniendo el derecho de retención mientras no se le indemnice (art. 328), y el de mala fe también tiene derecho a ello pero no tiene derecho de retención de las útiles ni a retirar o reclamar sobre las de lujo (art. 330), pareciendo exagerada la sanción de impedir el reclamo de las de lujo pues se convertiría en un enriquecimiento ilícito del propietario.

En la accesión ocurrida en inmuebles las hipótesis varían según se verifique ésta en terreno propio o ajeno, y se actúe de buena o mala fe. Si se edifica, siembra, planta, o en general accede cualquier tipo de materiales ajenos en terreno propio el que lo hiciere de buena fe deberá pagar al dueño de ellos su justo precio, o restituirlos de su misma clase y calidad, pero si lo hiciere de mala fe además de la indemnización dicha deberá resarcir los daños y perjuicios (art. 507). Si por el contrario dichos actos se verifican en terreno ajeno con materiales propios, el propietario puede hacer suyo el edificio, plantación o sementera —o exigir se quiten o destruyan, incluso reclamando daños y perjuicios— e indemnizar los materiales y la mano de obra, pero no el mayor valor adquirido por el bien, ésto solo podría acontecer en caso de buena fe de quien edificó, sembró o plantó, quien tendrá derecho a escoger entre el pago de lo dicho o bien a recibir una suma igual al mayor valor adquirido por el inmueble (art. 508), lo que podría implicar incluso una copropiedad (art. 509). Estas hipótesis podrían servir perfectamente —como ya se vislumbra en una incipiente jurisprudencia— para declarar la accesión invertida en caso de construcciones extra-

limitadas, permitiendo la accesión del terreno (inmueble) al edificio (inmueble) dada la principalidad: por mayor importancia y valor, del edificio.

Existen otros casos interesantes de buena y mala fe —como el numeral 1143 en arrendamiento y el 533 en herencia— dentro de los cuales debe comentarse uno de obligada cita: la adquisición a *non dominio*. Aún cuando nuestro ordenamiento jurídico sanciona con nulidad la venta de cosa ajena (art. 1061), ésta, en principio, es permitida para los bienes muebles, pues —con fundamento en la máxima de que tratándose de muebles la posesión vale por título (art. 854)— se entiende como propietario al comprador de buena fe en quien operó la tradición (art. 1065). Desde luego que, aún la norma dicha (art. 1061), también es susceptible de configuración la adquisición a *non dominio* en bienes inmuebles —según ha sido declarado ampliamente por la jurisprudencia— cuando el enajenante aparezca con título debidamente inscrito a su nombre en el Registro Público (arts. 455 y 456). En ambos casos se tutela la buena fe del adquirente, quien a pesar de no adquirir del titular por las reglas informadoras de la publicidad de los derechos reales, está adquiriendo de quien ostenta tal calidad, por lo cual, en caso de operar dicha figura, el titular debe ejercer acción contra el enajenante y no contra el adquirente, convirtiéndose su acción en personal y no en real, pues el ordenamiento debe tutelar la buena fe del adquirente, quedando a salvo, desde luego, las posibilidades ofrecidas por el artículo 456.

5. Parece quedar claro de todo lo comentado en relación con los elementos de la usucapión que éstos, en su conjunto o individualmente, no responden en forma estricta a lo reflejado por la simple lectura del Código Civil; es decir desde 1888 a la fecha hay una diferente inspiración, que obliga a aceptar la presencia de importantes variaciones. Estas son el producto de una verdadera metamorfosis —no una crisis, pero sí una evolución— ocurrida en el instituto en cuanto el ordenamiento jurídico ha asumido y aceptado nuevos valores pero sin modificar el texto mismo del Código.

Siguiendo criterios básicos de hermenéutica jurídica ésto implica que no basta para la comprensión —y mucho menos para estudiar profundamente— tener como fuente única la normativa general, pues no es en ésta, ni en los comentarios doctrinarios inspirados solo en ella, donde se van a encontrar las bases para cualquier análisis científico.

Es, por el contrario, en la legislación especial, y naturalmente en la doctrina y jurisprudencia estructurada en torno suyo, donde se han redimensionado los conceptos del título, la posesión y la buena fe en la usucapión.

En efecto, el título, entendido hoy como causa jurídica, no solo resulta innecesario en el poseedor originario, sino que, en particular, cuando se discute su presencia en la más amplia gama de posibilidades judiciales se recurre a determinar, en último análisis, la forma en que se concreta la posesión de ese título; e igual sucede con la buena fe, su determinación va a estar vinculada no a un estado psicológico sino a una situación objetiva vinculada a la posesión misma, siendo fundamental, para ambos casos, si ésta se ostenta en forma pública, pacífica y sin interrupción. Parece entonces, solo para dar un ejemplo conclusivo, que de los elementos de la usucapión señalados por la normativa general del Código Civil hoy día se les tiende a reconducir, en virtud de la legislación especial, a un único elemento: la posesión, en la cual —como atributos— van a estar sus características esenciales y la buena fe; en otras palabras de los elementos de la usucapión del Código Civil (título más posesión más buena fe) se pasa únicamente a la posesión la cual debe ser pública, pacífica, sin interrupción y de buena fe, siendo el título un medio probatorio de esa posesión: bien sea porque refleja la causa, o bien como instrumento jurídico que consagra la causa.

Se da un salto conceptual considerable. La distinta inspiración entre un momento y otro, y los resultados recogidos por la jurisprudencia, reflejan necesariamente dos tesis diferentes.

Naturalmente la contradicción entre el Código Civil, y su doctrina clásica, en relación con la normativa especial, la nueva doctrina y la jurisprudencia reciente, la puede señalar quien sin tomar en cuenta los grandes cambios ocurridos en el ordenamiento jurídico, y aún aferrado a la lectura llana del Código Civil, señale la preponderancia de la norma general. Pero este juicio no solo va contra todo tipo de evolución y criterios elementales de interpretación, sino, sobre todo, contra una realidad jurídica.

Es así como debe concluirse que existe claridad, y no contradicción, en las tesis legislativas y jurisprudenciales en torno a la nueva forma de interpretar el título, la posesión y la buena fe en la usucapión, pues éstas obedecen a un nuevo concepto estructurado por la normativa especial que redimensiona y supera al Código Civil mismo, tratando de adaptar el ordenamiento jurídico a nue-

vas exigencias económicas y sociales —distintas completamente a las elaboradas en el Siglo de Oro del *laissez faire*— de cuyo fenómeno ha dado su justa interpretación la jurisprudencia reciente.

***

LOS PARTIDOS POLITICOS EN COSTA RICA*

Patricia Lorena Hidalgo Somarribas

INDICE

Pág.

Introducción 74

Capítulo I

1) Reseña histórica 75
Origen de los partidos políticos 75
El caso especial de los partidos políticos en Costa Rica 76
Los partidos políticos en el Estado moderno. 76

Capítulo II

2) Lineamientos generales del partido político 77
Concepto. 77
Distinción entre partidos y protopartidos. 77
Naturaleza jurídica 77
Función representativa (análisis del art. 98 Constitución Política). 80
Fundamento legal (Constitución Política y Código Electoral). 80
Tipología o clasificación de partidos políticos. 81

Capítulo III

3) Evolución de los partidos políticos en Costa Rica 82
Partido Liberación Nacional 82
Origen. 82
Desarrollo 82
Crisis (1956–1958) 82
Partido Republicano o Unión Nacional 83
Origen. 83
Desarrollo 83
Ideología 83
Relación del Partido Republicano con otros movimientos políticos. 83
Partido Comunista o Vanguardia Popular 83
Origen. 83
Desarrollo 83
Características y posibles efectos 83
Ideología 83

Conclusión. 84

Bibliografía 84

* *Tesis de Grado para optar por el título de Bachiller. Prueba de Derecho Constitucional.*

INTRODUCCION

El presente trabajo, fue escogido por la suscrita por varias razones, que a continuación expreso:

— A pesar, de que en nuestro medio, ha sido variado y abundante la bibliografía en obras escritas por costarricenses, crea el inconveniente desde una óptica personal, de que la mayoría de las obras publicadas en relación con el tema a investigar, le dan un enfoque socio-político y escasamente jurídico.

Afirmo esto en razón, de que asuntos netamente jurídicos atinentes al partido político costarricense, como es la naturaleza jurídica del mismo, son muy escasas las posturas que existen, a pesar de ser engorroso e indefinida dicha naturaleza en nuestra legislación.

— El tema de los PARTIDOS POLITICOS EN COSTA RICA, es materia electoral y muy poco vista e investigada por los estudiantes, pese a que es de gran transcendencia en nuestro ámbito político.

— Considero que la investigación que les presento, no es tan exhaustiva como lo hubiera deseado, ya que me encuentro imposibilitada de ahondar en el tema por la premura del plazo señalado, además de que me he quedado con el deseo de investigar otros aspectos que he dejado por fuera, para no caer en otros temas correspondientes a mis compañeros, como lo son el SUFRAGIO, el TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES, a pesar de ser vinculantes, los he tratado de una manera somera.

Los objetivos que persigue el presente trabajo están orientados, a dar una idea ligera, histórica y jurídica sobre el origen, naturaleza y evolución de los partidos políticos en Costa Rica, haciendo énfasis sobre los partidos mejor consolidados y prevalecientes.

La metodología a seguir fue: hacer un índice, que abarcaría subtemas principales e integrativos sobre la estructura de los partidos políticos, basándome primordialmente sobre bibliografía costarricense; ya que debo darle un enfoque sobre nuestro medio.

Fue mi deseo, complementarlo con jurisprudencia y resoluciones interesantes del Tribunal Supremo de Elecciones, además de la legislación vigente sobre la materia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

CAPITULO I
RESEÑA HISTORICA
ORIGEN DE LOS PARTIDOS POLITICOS

Nuestro país ha tenido una estabilidad política en razón del sistema del sufragio, la libertad de acción de los partidos, que cumplen una función de fortalecimiento de la democracia. "La democracia para los costarricenses no es sólo una estructura política de gobierno, es ante todo un sentimiento profundo que ha existido a través de nuestra historia política" (1).

El hecho de que nuestro país se estructure bajo un gobierno democrático se debe a la educación y nociones de libertad en que ha sido formado el ciudadano. Así se expresa: "actuando sobre esta base de un sentimiento democrático natural, la educación pública, gratuita y obligatoria, ha acentuado el sentimiento de libertad en nuestro pueblo" (2).

Según un esquema de Duverger, los partidos se desarrollan dentro del parlamento y fuera de él, constituyendo un origen interno o externo.

Origen Interno:

Existen dos tipos: a) parlamentario: son los que tienen sede en el Poder Legislativo, donde la burguesía se refugiaba y tenía como centro de operaciones de su poder, desde el Estado mismo como aparato de su poder; donde se controlaba el poder público en forma oligárquica.

b) Electoral: en el Siglo XIX se inicia una democracia del sufragio, donde el ciudadano europeo participaba en obstentar el poder del Estado, mediante partidos políticos y donde se seleccionaba el candidato mediante un proceso electoral.

Origen Externo:

Los partidos políticos surgen de los sindicatos, asociaciones mutualistas. . .etc., por ejemplo la Confederación de Trabajadores que da origen al Partido Reformista en 1923 y ensalsaba la figura de Jorge Volio. El partido Unión Católica fundado por Monseñor Thiel en 1890 en Costa Rica, donde los cafetaleros, como grupo económico, financia y controla los grupos políticos electorales bien llamados "pro-partidos"; que vienen a manipular el poder estatal a conveniencia de la oligarquía cafetalera, industrial y comercial, un ejemplo de pro partidos lo fue el partido Republicano, el Unión Nacional, el Demócrata. . . La "cafetoligarquía", con el transcurso del tiempo tuvo que permitir el proceso electoral apropiado. Desde la época de la independencia hasta 1889, los grupos oligárquicos actuaban en función de personas de su propia élite para gobernar. De 1870 a 1940 aparece un Estado Liberal Oligárquico, donde los cafetaleros son una clase dominante, impidiendo en 1880 la formación de una burguesía bananera.

En 1890 se da el PARTIDO LIBERAL PROGRESISTA y cuyo caudillo y candidato fue ASCENSION ESQUIVEL, también se dio el PARTIDO CONSTITUCIONAL DEMOCRATICO encabezado por JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ, de ambos candidatos, quien ganó las elecciones por el apoyo brindado por don Bernardo Soto fue José J. Rodríguez, lo cual es el resultado de una crisis sucedida en el año anterior, donde Bernardo Soto había entregado el poder al Dr. Carlos Durán por espacio de seis meses, mientras que José J. Rodríguez toma posesión de su cargo.

Partido Unión Católica:

Del mencionado partido Unión Católica no compartía simpatías con la oligarquía cafetalera y viceversa, por cuanto que la élite cafetalera quería formar un Estado Nacional fuerte, centralizado y con amplias prerrogativas, de esta forma la iglesia se consolidó y expandió en mayor número y campo. Este partido Católico tuvo el apoyo del papadó y de la iglesia costarricense, luchó contra el libera-

---

(1) Palabras del Lic. RODRIGUEZ, Eugenio, citado por AGUILAR BULGARELLI, O. en su libro *"Democracia y Partidos Políticos en Costa Rica"*. Edit. UNED 1981, pág. 12, San José, C.R.

(2) Ibídem.

lismo, el socialismo, la política anticlerical y laicizante del Estado que dio origen a la reforma constitucional, eliminándose a los sacerdotes de la vida política y su participación en campañas de tal índole.

Partido Reformista:

Se caracteriza por su élite, claudica sus ideales y pacta con la "cafetoligarquía". Es un movimiento personalista porque lo encabeza Jorge Volio, bajo una ideología de la doctrina social de la iglesia, sus colaboradores fueron los izquierdistas del momento, su tesis fue reformista y no revolucionaria, Jorge Volio traiciona la ideología de su partido y a consecuencia de ello sus partidistas se refugian en el partido comunista (3).

El caso especial de los partidos políticos en Costa Rica:

A partir de 1948 e implantada la Carta Magna que nos rige, se asume una medida que consiste en que el Tribunal Supremo de Elecciones, cuyo órgano constitucional tiene como función primordial dirigir el proceso electoral en el sufragio que reside en la ciudadanía para escoger gobernante, este órgano emitía la declaración de elección, lo que antes, estaba en manos del Poder Legislativo, quien recibía y resolvía la apelación de tal declaración. Lo cual era improcedente, ya que se trata de uno de los poderes más politizados, y dio origen a una situación irregular en la elección del 1 de marzo de 1948, la cual se tuvo que anular. Ante dos procesos electorales que se dieron antes de 1948, se daba un alto porcentaje de abstencionismo, en razón de carecer de un candidato o de un partido que verdaderamente representará los intereses políticos del pueblo, además de los hechos bélicos de esa fecha, todo ello provocó un ausentismo en las urnas electorales.

Uno de los hechos más relevantes que ponen de manifiesto una posición especial de los partidos políticos que se dan en nuestro medio son:

1) La obligatoriedad de emitir el voto decretado en 1959, causando un resultado positivo, de tal manera que disminuyó el porcentaje de abstencionismo que se nota en las elecciones de 1958, con el 35,30 por ciento, al 18,71 por ciento y el 18,59 por ciento en las elecciones de 1962 y 1966 respectivamente.

2) A partir de 1949 se reconoce constitucionalmente mediante el art. 98 y sus reformas de 1956 y 1971, "la libre participación política de los costarricenses". En este artículo constitucional se plasmó en un principio que el Estado no podía efectuar ningún rebajo en los salarios de los empleados públicos, con el objeto de cancelar las deudas políticas de los partidos, ocasionadas por las campañas electorales, pero esto fue abolido. Los partidos recibirán una suma de dinero proporcional a los votos emitidos (4).

En relación con la existencia de partidos políticos y su participación electoral en Costa Rica posterior a 1948, no ha existido un partido oficial. Por el contrario, la vida política nacional ha dado lugar a una manifiesta oposición de forma libre y con la aspiración a ganar el poder por medios pacifistas. Como muestra de la grandeza democrática (participación política), se expresó de la siguiente manera un autor extranjero: *"Lejos de existir al margen de la legalidad o en las sombras del temor y de la inseguridad, la oposición en Costa Rica puede jugar un papel de alta significación en los asuntos políticos de la nación"* (5).

Los Partidos en el Estado Moderno:

A partir de 1948 en adelante, se han mantenido varias agrupaciones políticas un poco definidas como el PARTIDO LIBERACION NACIONAL, cuando en 1958 sufrió una crisis y como resultado de ello dio origen al PARTIDO INDEPENDIENTE, REPUBLICANO O CALDERONISTA y el PARTIDO UNION NACIONAL, además del PARTIDO COMUNISTA que ha actuado en nuestro medio político bajo distintos nombres y ha subsistido a pesar de la prohibición que prescribía el párrafo segundo del art. 98 C. Pol.

El Lic. Mario Carvajal Herrera dice al respecto: *"El sistema electoral en Costa Rica, en el pasado período analizado, se da un sistema de tres partidos políticos, siguiendo el criterio de*

---

(3) ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, en su ensayo *"Partidos, Poder y Derecho"*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 37, Edit. U.C.R., San José, C.R., págs. 282 a 295.

(4) AGUILAR BULGARELLI, Oscar, *"Democracia y Partidos Políticos en Costa Rica"*. Edit. UNED, 1981, San José, C.R., págs. 20 a 25.

(5) BUSEY JAMES, L. citado por AGUILAR BULGARELLI, Oscar, *"Democracia y Partidos Políticos en Costa Rica"*. Edit. UNED, 1981, San José, C.R., pág. 25.

DUVERGER y aplicado por TOMASEK el PARTIDO LIBERACION NACIONAL es un partido mayoritario (más del 40 por ciento), el PARTIDO REPUBLICANO o UNIFICACION NACIONAL es un partido mayor (20–40 por ciento) y el PARTIDO UNION NACIONAL ha evolucionado de un partido mediano (9–20 por ciento) a un partido minoritario (0–9 por ciento). EL PARTIDO COMUNISTA no sobrepasa el último porcentaje indicado" (6). De tal manera, que a partir de 1953, lo que se ha suscitado es una división entre "liberalismo" y "antiliberalismo", en 1967 el electorado costarricense actuó de la siguiente manera:

LIBERALISMO 48%
ANTILIBERALISMO. 42%
INDEPENDIENTES. 10%

Lo que nos lleva a suponer que nuestro país cuenta con un sistema bipartidista modificado por una tercera tendencia política, que serían los independientes. A pesar de ello el Partido Liberación Nacional es predominante en el electorado y en menos proporción se dan una serie de grupos políticos que constituyen la oposición o la corriente antiliberacionista; y más aún, estos partidos minoritarios en coalición son capaces de arrebatar el control gubernamental al partido liberación nacional, ya que lo ha logrado en el pasado (7).

Las agrupaciones políticas de transcendencia en Costa Rica tienen en común, que tienen una estructura multiclasista, tanto el partido Liberación Nacional como el partido Republicano, sus partidarios son de toda clase social aunque los intereses que imperan son los de las clases altas y medias.

CAPITULO II
LINEAMIENTOS GENERALES DE UN PARTIDO POLITICO:
CONCEPTO:

Es un grupo organizado de personas, que tienen un programa ideológico y como objetivo es la toma del poder del Estado y su usufructo. En el Medioevo se entendía como partido "a una tropa de personas o soldados, contratados para azotar el campo fuedal de la época".

Contemporáneamente el partido político, es una organización política en donde sus integrantes actúan para obtener el poder que residiría en una determinada persona, grupo o para hacer efectiva una ideología.

Distinción entre partidos y proto-partidos:

Según los siguientes requisitos:

a) organización durable.
b) organización compleja.
c) existencia de una voluntad deliberativa de ejercer directamente el poder.
d) la existencia de una voluntad de buscar apoyo popular, tanto a nivel de militantes como de electores.

Los proto-partidos son organizaciones políticas que no satisfacen total o parcialmente los requisitos mencionados. El partido sí los cumple a cabalidad tales requisitos. A estrictu sensu, según el autor La Palombara, en nuestro medio político se dan proto-partidos y no partidos, donde el Partido Liberación Nacional y Partido Comunista o Vanguardia Popular debido a su organización, durabilidad y complejidad (burocracia funcional) es débil, relativamente se asemejan a los requisitos de lo que es realmente un partido político, el resto de las agrupaciones políticas inscritas y divulgadas ante los adeptos electorales son proto-partidos (8).

Naturaleza jurídica del partido político:

Clásicamente el partido tuvo tendencia a resguardar los intereses de ciertas clases sociales, cuya concepción es promover las luchas de clases en razón de la ubicación de partidos que se oponen a los intereses clasistas representados. Los grupos derechistas encubrían una ideología de interés par-

(6) CARVAJAL HERRERA, Mario, citado por AGUILAR BULGARELLI, Oscar, *"Democracia y Partidos Políticos en Costa Rica"*. Edit. UNED, 1981, San José, C.R., pág. 27.

(7) BAKER CHRISTOPHER, citado por AGUILAR BULGARELLI, Oscar, *"Democracia y Partidos Políticos en Costa Rica"*, Edit. UNED, 1981, San José, C.R., pág. 27.

(8) ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, ensayo *"Partidos, Poder y Derecho"*, Revista de Ciencias Jurídicas No. 37, Edit. U.C.R., San José, C.R., págs. 273—274.

ticular bajo un manto de interés general, sus partidarios son de clase alta. La naturaleza del partido político es representativa o multiclasista (varias clases sociales), que conforman la sociedad y siendo legítimo, de alcance "erga omnes", pero ello es una utopía legal, de hecho los partidos son aparatos de poder en manos de una clase dominante en cada nación.

Peculiaridades que configuran la naturaleza de los partidos políticos:

1) Los miembros y partidarios de un partido luchan por el triunfo electoral de su candidato, con el fin de lograr privilegios, cargos públicos y demás, durante la campaña política.
2) Los partidos tradicionales no cumplen con los programas propuestos, que son el ardid para lograr votos.
3) Los partidos son maquinarias desarticuladas en su ideología y programática, donde se relacionan votantes y candidatos.
4) Los partidos son instrumentos electorales.
5) El conflicto entre partidos y sus fracciones correspondientes son simuladas, ya que son enfrentamientos internos de la clase predominante en relación con asuntos como distribución del ingreso nacional, uso de fondos públicos. . .etc.
6) Los partidos descubren su naturaleza en el período postelectoral que consiste en ser instrumento de ejecución, de enriquecerse a costa de las arcas del Estado, a los miembros del partido triunfante en las elecciones.
7) Los partidos tradicionales (Partido Liberación Nacional y Partido Republicano), su real esencia social es ser asociaciones de poder, no alcanzan los fines propuestos en favor de la clase burócrata.
8) Una de las estrategias de los grupos de poder es fomentar el capital del Estado de tal manera que se consolide el partido como fracción hegemónica relevante en el mercado de bienes y servicios.
9) El financiamiento de la campaña electoral del partido político corre a cuenta del Estado cuando vienen a aumentar la crisis de los partidos ya que incrementan la deuda política.
10) Existe el incentivo, de pensar en la política como una inversión que va a derivar ganancias o utilidades sin preocuparse de proponerse una ideología u organización más honesta (9).

La naturaleza del partido en una sociedad capitalista, es homeostático, que tiende a conseguir un equilibrio querido por la clase dominante en la sociedad para garantizar su situación social. Según MAX WEBER, sostiene que la burguesía es la detentadora del poder político y económico, pero se encubre bajo la organización de partidos y los financian para aparentar ante las clases dominantes y así representar una democracia formal que concuerda con una democracia real, propiciándose de esa manera un aparente juego democrático y una lucha entre partidos. Las opiniones antes esbozadas son desde una óptica sociológica.

Enfoque jurídico:

Partiendo de dos opiniones sostenidas por: a) el administrativista Lic. JUAN JOSE SOBRADO CHAVES y b) el publicista Dr. JORGE ENRIQUE ROMERO P.

a) Parte de la idea, que los partidos no son entes de derecho público, sino organizaciones integradas por particulares con intereses públicos, en razón del "presupuesto de regulación máxima, contenido en el principio de legalidad, donde reside la naturaleza de la ley, por ello resulta inaplicable a los partidos políticos, que como entidades jurídicas, su existencia es anterior a la ley y cuyo principio de legalidad es aplicable al Estado y demás entes públicos y evidentemente que no cabe para los partidos políticos" (10).

El principio de legalidad conocido como principio de habilitación legal contiene dos sentidos a saber: 1) positivo: la actuación del Estado está supeditada a lo que habilite la ley. 2) negativo: en ausencia de ley que autorice la acción del Estado, la actividad de la administración pública se haya proscripta.

En razón del principio esbozado, resulta que no es aplicable a los partidos políticos, ya que por la práxis política, tienden a la toma legal y pacífica del poder del Estado y del gobierno. En cuanto a los partidos revolucionarios, insurgentes, que van

(9) CARBALLO VEGA, citado por ROMERO PEREZ, Jorge E., ensayo *"Partidos, Poder y Derecho"*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 37, Edit. U.C.R., San José, C.R., págs. 356 a 360.

(10) SOBRADO CHAVES, Juan José, citado por ROMERO PEREZ, Jorge E., ensayo *"Partidos, Poder y Derecho"*, Revista de Ciencias Jurídicas No. 37, Edit. U.C.R., San José, C.R., pág. 362.

en oposición al sistema social vigente, su objetivo es la toma del Estado y gobierno para convertirlo en un sistema que abarque las más diversas bases y antagónicas de otros países, por ejemplo partidos o sistema marxista. El jurista Juan José Sobrado enfatiza, que los partidos existen con anterioridad a la ley y aún en ausencia de la misma, los partidos tienen existencia propia ya que deriva de la evolución y libertad del hombre. Este autor considera que los partidos políticos no son entes públicos (persona jurídica sujeta al Derecho Público), ni tampoco son entes estatales, esta noción se haya contemplada y compartida por la tesis tradicional de los políticos y filósofos, surgida de los primeros años de la república estadounidense, por ejemplo: JEFFERSON, HAMILTON, WASHINGTON, etc.
b) El jurista Jorge Enrique Romero P. comparte ciertos aspectos del criterio del anterior autor, lo cual señala así:

1) La organización social deriva de la naturaleza del hombre y es anterior al derecho.

2) El partido es una organización y grupo social y como una creación del hombre, en razón de esto se encuentra fundamentada la afirmación del Lic. Sobrado, cuando dice que los partidos políticos son una organización jurídica social y no un ente público; ya que constituyen un instrumento de carácter expresivo y legal en favor de sus partidarios o asociados.

El hecho de que a los partidos políticos se le ha dado relevancia constitucional, constituye una garantía o defensa ante la Asamblea Legislativa, con el fin de ejercer los derechos fundamentales del ciudadano. Por lo que se considera que los partidos políticos son una modalidad del derecho asociativo (art. 25 C. Pol.), ampliando la esfera de libertad garantizada a todos los habitantes del país (nacionales y extranjeros) y mucho menos se podría sujetar este derecho a "organizarse políticamente" por una dependencia estatal. Dentro de las garantías que goza el ciudadano en su respaldo a la naturaleza del partido político sostenida por el señor SOBRADO, se hayan contempladas en los arts. 90 C. Pol. y define a la ciudadanía así: *"como el conjunto de derechos y deberes políticos que le corresponden al costarricense mayor de 18 años"*, el derecho al sufragio art. 93 C. Pol. "como función cívica y obligatoria", de lo cual se critica que el sufragio no debe ser una obligación sino una facultad únicamente, inherente al hombre y reconocida por nuestra Carta Magna, por ello el ABSTENCIONISMO creció a partir de 1948.

Como una postura más pura del Dr. Jorge E. Romero Pérez, dice al respecto: "el partido político es un ente regulado por el Derecho Público, pero no es un ente público ni privado", confirmado por la jurisprudencia costarricense (11), que afirmó por mayoría, "el partido político constituye un verdadero sujeto auxiliar del Estado, y de ahí, que deba gozar de la ventaja establecida en el art. 192 párrafo 2 del Código de Procedimientos Civiles; por lo que los partidos no son entes estatales y detrás del marco legal del art. 98 C. Pol., implícitamente hace referencia a otros derechos y garantías individuales arts. 25, 20, 22, 26, 27, 28, 29, 48 C. Polít.". De conformidad con la posición del jurista Sobrado el partido político es una organización de interés público, con gestación ciudadana de naturaleza asociativa para ejercer y promover libertades fundamentales del sufragio, de opinión de petición, con lo cual cumplen una función política de interés público, porque concierne a la sociedad y es conveniente para el Estado. Los partidos políticos gozan del principio de libertad y regulación mínima y que gozan de una naturaleza no sujeta al principio de legalidad, por ser no un ente público, "puede hacer todo aquello que no le esté expresamente impuesto o prohibido por la ley" (12).

Tesis de Derecho Público:

El Dr. Romero Pérez considera al partido político como un ente de derecho público no estatal, bajo el régimen que regula esta persona jurídica sobre materia electoral, contemplada en la constitución política, leyes, reglamentos y decretos ejecutivos. De tal manera que todo ciudadano puede elegir o ser electo sino mediante un partido político debidamente inscrito, para que participe en las elecciones, arts. 65, 57, 58, 60, 64, 79 al 96 Código Electoral. Aún así esta tesis no tiene un apoyo sólido, sólo se menciona como una alterna-

---

(11) Sentencia No. 1433 de las 8:15 hrs. del 6 de junio de 1975 del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo.

(12) SOBRADO CHAVES, Juan José, citado por ROMERO PEREZ, Jorge E., ensayo *"Partidos, Poder y Derecho"*, Revista de Ciencias Jurídicas No. 37, Edit. U.C.R., San José, C.R., 1979, pág. 371.

tiva más, ya que la **teoría jurídica del partido político es reciente** (13). A pesar de ello es un poco vago considerar al partido político como un ente de derecho público, sólo porque lo regula el Derecho Público; hay que tomar en cuenta el régimen jurídico que lo regula y su naturaleza, además el interés público, bien común y fines de buen uso del poder político (14).

Función representativa del partido político:

La función primordial del partido político es representar a las minorías o mayorías con sede en el parlamento. Fomenta la "conciencia política", donde se configura al voto como expresión de una opinión política delimitada, circunstancial, parcial y convencional (15). El partido tiene como función organizar la voluntad política de la masa electoral, uniéndose a la técnica de la representación. De tal manera que en los sistemas representativos, los partidos se han convertido en la expresión de la voluntad popular de forma delimitada. Un ejemplo de su actividad consta en el seno del parlamento, donde se establecen. Los partidos políticos en Costa Rica son representantes entre el gobierno y el pueblo, donde los diputados como miembros y postulantes del partido ganador en las elecciones, son intermediarios entre los gobernantes y sus gobernados (16). La función representativa de los partidos deriva del principio de soberanía popular. En los sistemas democráticos son representativos con base en dos técnicas jurídicas: a) la representación política (partidos políticos), b) el sufragio (voto). La representación política puede ser: 1) fraccionada, basada en las teorías de ROUSSEAU, donde la soberanía popular son el total de partidos políticos, junto con la teoría del mandato imperativo, que consiste en que el ciudadano que vota por su candidato, este último queda sujeto a la voluntad del elector; 2) la representación nacional, donde la soberanía no pertenece de forma individual a los ciudadanos sino a la nación o a la sociedad. A esta teoría se le denomina "electorado-función" se da en esta clase de representación, el mandato representativo, donde el conjunto de funcionarios representan a la nación; en cambio el mandatario imperativo entra en el campo del Derecho Público, donde el mandatario acata las instrucciones de los electores. En Costa Rica se sigue la teoría de la soberanía nacional, y por ende el mandato representativo, fundada en los arts. 2, 105, 130, 169, 50, 93 C. Polít. La función representativa del partido político está contemplada en el art. 95 inciso 6 de la C. Polít. El art. 135 del Código Electoral atenta contra la representación política de las minorías, porque al no obtener la mitad del cociente de los votos emitidos no se integra diputados dicho partido. El jurista Rubén Hernández considera que dicha norma electoral es inconstitucional, además de que se les niega financiación de los gastos de la campaña política si no alcanza tal cantidad de votos (17).

Fundamento legal de los partidos políticos:

Los partidos por considerarse agrupaciones políticas, hayan su fundamento en el art. 98 C. Polít., lo cual no prescribe la ideología a seguir por parte de los partidos. Antes de la reforma constitucional del segundo párrafo de dicha norma marcaba ampliamente la ideología de los partidos a seguir. Esta norma constitucional constituye una modalidad de asociación, que se configura en las libertades públicas del ciudadano sin que sea de orden obligatorio, sólo una facultad. En defensa de este derecho se prohíbe someterlo a limitaciones de parte de la ley o de autoridad administrativa, como el limitar el número de partidos o de otra índole. La participación de estos grupos políticos se haya regulada por los arts. 57 a 63, 74 y 79 que tratan sobre organización y funcionamiento, todo ello del Código Electoral. Las libertades afines al derecho de participación política constituyen los medios necesarios para hacer efectiva la libertad de formar partidos políticos en la sociedad moderna (18). Al reformarse el art. 98 C. Pol., suprimiéndo-

---

(13) El subrayado es nuestro.

(14) ROMERO PEREZ, Jorge E., ensayo *"Partidos, Poder y Derecho"*, Revista de Ciencias Jurídicas No. 37, Edit. U.C.R., San José, C.R., 1979, págs. 371—374.

(15) Ibídem, pág. 302.

(16) MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso, *La Asamblea Legislativa*, Edit. C.R., San José, C.R., págs. 126—127, 1977.

(17) HERNANDEZ VALLE, Rubén, *"Las Libertades Públicas en Costa Rica"*. Edit. Juricentro, 1980, San José, C.R., págs. 237 a 247.

(18) Ibídem, págs. 247 a 250.

se el párrafo segundo (19), donde se precisaba claramente qué clase de ideología debería tener todo partido político, cuyos programas no podrían atentar contra la soberanía nacional. Debido a la prohibición que existía en dicha norma, el único partido político que debería de dejar de existir fue el "VANGUARDIA POPULAR o PARTIDO COMUNISTA" (20). En el ámbito internacional se contempla el derecho a la participación política contenido en el art. 21 de la DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS(21), donde se esbozan dos principios democráticos: 1) La soberanía popular, 2) la participación política y los mecanismos adecuados para hacerlos efectivos. Se considera el consentimiento del pueblo como el mecanismo idóneo para un gobierno democrático. Los medios eficaces para hacer realidad la participación política es mediante la libertad de opinión y reunión (arts. 19—20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) (22). Dicha declaración universal, no toma partido por uno u otro sistema, sólo le interesa sentar una tesis básica del derecho a toda persona a que participe en el gobierno de una nación. La única restricción al ejercicio del derecho de participación política del hombre se haya prescripto en los arts. 29—30 de esta declaración (23).

Tipología o clasificación de los partidos políticos:

Según Sigmund Neuman hace la siguiente clasificación:

1) Representación individual, que consiste en que se da en un país de política restringida, la acción de sus miembros se reduce a ejercer los derechos electorales, en forma pasiva, por ejemplo en Costa Rica, son los partidos Liberación Nacional y Unidad, los que tenían dirigentes pasivos, de tal manera que cuando el partido llega al poder, éste desaparece, así lo esbozan algunos miembros de los partidos en mención. Para eliminar así los partidos paralelos al gobierno y que vengan a contradecir la ideología y programación del partido que asume el poder. 2) Partidos de integración social: sus miembros participan más en el partido, con un menor número de miembros hay mayor participación. En Costa Rica los grupos políticos de izquierda comparten esta clase de partido. 3) Partidos de prebendas: es el agloramiento de personas, donde se dan premios, recompensas y prebendas como el usufructo del Poder Público actual o eventual. 4) Partidos de principios: son los que le dan énfasis al aspecto doctrinal, ideológico, a principios de organización burocrática. Existe una incapacidad para originar ideologías en los partidos tradicionales de Costa Rica, esto es parte de la crisis política e insti-

---

(19) Reforma por Ley No. 5698 del 4 de junio de 1975, que dice así: párrafo 2 del art. 98 C. Polít. *"se prohíbe el financiamiento de partidos que por sus programas ideológicos, medios de acción o vinculaciones internacionales, tienden a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica o que atentaren contra la soberanía del país, todo ello a juicio de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la parte de sus miembros y previo informe del Tribunal Supremo de Elecciones".*

(20) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Costa Rica: Estado Social de Derecho*, Revista de Ciencias Jurídicas No. 29, Edit. U.C.R., San José, C.R., 1977, págs. 117—119.

(21) VOLIO JIMENEZ, Fernando, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Edit. Juricentro, San José, C.R., 1979, págs. 148 a 161.

(22) Art. 21. Declaración Universal de Derechos Humanos *"Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Inciso 2: toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. Inc. 3: la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto".* Art. 19 de la misma declaración: *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".* Art. 20: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica".*

(23) Art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos *"Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertadas de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden jurídico público y del bienestar general en una sociedad democrática. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".* Art. 30. Ibídem: *"Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamadas en esta declaración".*

tucional, por la que atraviesa la Nación. Conforme a esta tipología, en Costa Rica, sus grupos políticos se establecen como grupos personalistas que son diferentes a los partidos ideológicos, según lo expresa Sigmund Neuman (24).

CAPITULO III

EVOLUCION DE LOS PARTIDOS POLITICOS EN COSTA RICA

PARTIDO LIBERACION NACIONAL

Origen y desarrollo

Surgió a finales de la década de los treinta, en 1937 se fundó la ASOCIACION CULTURAL DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO, en 1939 se varía el nombre por CONSEJO ESTUDIANTIL UNIVERSITARIO, en 1940 se transforma en el CENTRO PARA EL ESTUDIO DE LOS PROBLEMAS NACIONALES, considerado como el núcleo básico donde surgirá el Partido Liberación Nacional, con el objetivo de constituirse con el tiempo en un partido permanente e ideológico. En 1945 se fusionó el Centro para el estudio de los problemas nacionales en el Partido Acción Demócrata y más tarde en "Social Demócrata" como partido doctrinario, no tradicional ni personalista, dándole una estructura nacional a través de comités en cada distrito y cantón del país. El Partido Liberación Nacional se vino a crear por las inquietudes de sus propulsores JOSE FIGUERES FERRER, FRANCISCO J. ORLICH y DANIEL ODUBER Q. con dos fundamentos: 1) los lineamientos ideológicos del Partido Social Demócrata, 2) el arraigo popular que tenía, donde buscó atraer ciertos sectores obreros, como el movimiento sindical denominado "Confederación de Trabajadores Rerum Novarum", como única organización obrera. Su ideología según el Dr. Araya Pochet se resume así: a) Defensa y fortalecimiento de las libertades democráticas republicanas y el progreso social sobre una economía fuerte y organizada. b) Lucha contra el comunismo que pretendía justificar con el progreso social, la doctrina social y la liquidación de las libertades democráticas. c) Lucha contra la política personalista tradicional caracterizada por gobiernos de pura administración y sin planes económicos. Con un criterio divergente a este autor sostiene el Dr. Romero Pérez, al decir, que el Partido Liberación Nacional tiene una ideología clara y definida, con una "social democracia que justifica la práxis política, es una agrupación reformista y da solución al problema del caudillaje" (26).

Crisis de 1956–58:

En las elecciones de 1958 se separan los dirigentes de este partido en análisis, entre ellos el Lic. Jorge Rossi Chavarría y otros y quienes formaron otra agrupación política denominada "Partido Independiente", provocando la derrota al Partido Liberación Nacional, esto se debe a que cuando José Figueres le dio un carácter personalista, lo cual no era compartido por los otros miembros del partido, se dan tres motivos fundamentales a saber: 1) precipitación en la organización y realización del proceso convencional, 2) un deseo manifiesto por parte de los altos dirigentes por imponer como candidato a las elecciones a don Francisco J. Orlich, 3) la inquietud del Lic. Jorge Rossi y seguidores ante la posibilidad de obtener el triunfo electoral honroso (27).

---

(24) ROMERO PEREZ, Jorge E., ensayo *"Partidos, Poder y Derecho"*, Revista de Ciencias Jurídicas No. 37, Edit. U.C.R., San José, C.R., 1979, pág. 319 a 326.

(25) AGUILAR BULGARELLI, Oscar, *"Democracia y Partidos Políticos en Costa Rica"*, Edit. UNED, San José, C.R., 1981, págs. 29 a 38.

(26) ZELAYA, Chester, *"Costa Rica Contemporánea"*, tomo I, Edit. C.R., 1979, San José, C.R., págs. 92 a 100.

(27) AGUILAR BULGARELLI, Oscar. Op. cit., págs. 43 a 59.

PARTIDO REPUBLICANO O UNION NACIONAL

Origen y Desarrollo:

A partir de 1953 se creó este partido entre el sector liberacionista y antiliberacionista, como partido antiliberacionista. La historia de los partidos políticos en Costa Rica se inicia en 1889, desde la época de la independencia hasta 1889 quienes gobernaban eran las clases sociales económicas, intelectuales o militares y por lo tanto no existían organizaciones políticas. En 1940 este partido propone como candidato al Dr. Calderón Guardia, desde esa fecha el país cuenta con dos caudillos, JOSE FIGUERES FERRER y el DR. CALDERON GUARDIA, este partido se consolidó con un carácter personalista cuyo caudillo fue el Dr. Calderón Guardia.

Ideología:

No se definió su ideología, ya que se confrontaba con el interés político de su líder sin importarle la opinión del resto de los dirigentes del partido, mediante el partido se lograron reformas sociales. Con el afán de derrotar al Partido Liberación Nacional, este partido se asoció a agrupaciones políticas que discrepaban de los lineamientos sociales del republicanismo.

Relación del Partido Republicano con otros movimientos políticos:

El Partido Unión Nacional mantuvo estrecha relación con el Partido Republicano a partir de 1948, con el objeto de derrotar al Partido Liberación Nacional. En 1942 Otilio Ulate crea el Partido Unión Nacional para oponerse a los partidos de Figueres y de Calderón. En 1948 Otilio Ulate gana las elecciones lo cual desembocó en una guerra civil; después de 1948 el Partido Republicano se asoció con el Partido Comunista para enfrentar al Partido Liberacionista en las elecciones de 1953 (28).

PARTIDO COMUNISTA O VANGUARDIA POPULAR

Origen y Desarrollo:

Creado en 1931, con las siguientes etapas: 1) fundación, 2) desarrollo (1931 a 1938), 3) institucionalización (1938 a 1942), 4) oficialismo (1942 a 1948) con el Partido Republicano Nacional, 5) crisis oficialista (1948), 6) clandestinidad y persecución (1948 a 1958), 7)reagrupamiento y reestructuración (1958 a 1966), 8) neopotenciamiento (1966 a 1970), 9) Oficialidad y ligazón con el Partido Liberacionista (1970 al presente), 10) ascenso al poder como meta lograble (1978 en adelante). Estas son las etapas evolutivas de la agrupación política en estudio.

Características y posibles efectos:

a) Manuel Mora Valverde es el máximo expositor y dirigente de la izquierda costarricense, b) es una organización política de carácter personalista en su ideología, c) se origina este partido de otros partidos doctrinarios, permanentes e ideológicos al Partido Unión Católica, Reformista. d) Este Partido se vincula con el Partido Comunista de la Unión Soviética, e) en sus etapas de formación y desarrollo (1931 a 1948) tuvo apoyo obrero, bajo una ideología de la clase obrera, f) protege a la clase trabajadora, actuando como freno y contrapero de los grupos derechistas y opuestos al cambio social (29).

Ideología:

El Partido Comunista tiene una organización sobre "centrismo democrático", porque se eligen libremente sus órganos de dirección (democrático), sin que obtenga el mando del partido un único dirigente, las decisiones del partido son obligatorias para la minoría (centrismo). Existen cinco postulados a seguir): 1) Defensa del régimen democrático costarricense, 2) defensa de las riquezas naturales, 3) desarrollo económico de Costa Rica, 4) solución al problema de la tierra, 5) derechos sociales de los trabajadores (30).

---

(28) Revista de C.R. No. 10, Edit. Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, Imprenta Nacional, 1976, págs. 41 a 60.

(29) ROMERO PEREZ, op. cit., págs. 295 a 298.

(30) AGUILAR BULGARELLI, Oscar, op cit., págs. 87 a 94.

CONCLUSION

Consideramos que a partir de 1948 nacen las garantías constitucionales, en defensa y reconocimiento de la participación política de la ciudadanía costarricense. De tal manera que la formación de partidos políticos no están sujetos a restricciones por parte de la ley o autoridad administrativa, en cuanto a su actividad. Se consolida un partido político con sólo inscribirse ante el Registro Civil y comprometerse a respetar la soberanía nacional. Los partidos políticos son la máxima expresión de nuestra democracia, ya que permiten la alternatividad en el poder.

Desde 1953 a 1962 la acción de los partidos políticos existentes en nuestro medio han sido eminentemente personalista, donde ha sido determinante la influencia de sus caudillos, verbigracia Partido Liberación Nacional y Partido Republicano, excepto el Partido Comunista, que a través de su trayectoria se ha mantenido apegado a sus principios ideológicos, pero a pesar de ello se ha visto influenciado de un carácter personalista de su líder Manuel Mora Valverde. Dentro de los partidos mayoritarios se encuentra el Partido Liberación Nacional y la coalición de varios partidos minoritarios que llegan a formar el Partido Unidad, ya que el Partido Comunista o Vanguardia Popular se le ha ubicado como un partido de minorías.

Algo de gran trascendencia fue la división de partidistas en Liberacionistas y antiliberacionistas sucedida en los años 1940 a 1950, principalmente durante la guerra civil de 1948. Como un aporte personal, soy de la opinión, de que la naturaleza jurídica de los partidos políticos en Costa Rica, consiste en una laguna jurídica, ya que la legislación y la doctrina no la han definido, sólo varios juristas costarricenses han tratado de delucidarla bajo un razonamiento jurídico. Yo soy de la opinión, de que la naturaleza de los partidos políticos consiste en agrupaciones de particulares de índole política, donde la ley sólo regula aspectos formales y no cuestiones de fondo, como podría ser su ideología. No hay intervención estatal si se respeta la soberanía nacional y el orden público. Por tales razones considero que dicha naturaleza coadyuva a fomentar y defender la libertad de participación política y demás libertades afines, como muestra de un gobierno democrático. La libertad de creación de partidos políticos en nuestro medio, es una forma de evitar que en el futuro podamos ser objeto de algún otro tipo de gobierno que no sea democrático y que llegue a implantarse mediante la consolidación de un partido político oficial que llegue a gobernarnos de forma vitalicia.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR BULGARELLI, Oscar, **Democracia y Partidos Políticos en Costa Rica.** Edit. U.N.E.D., San José, Costa Rica, 1981.

Asociación Costarricense Pro Naciones Unidas. **La Declaración Universal de Derechos Humanos (comentarios y texto).** Edit. Juricentro, San José, Costa Rica, 1979, págs. 148 a 161.

HERNANDEZ VALLE, Rubén, **Las Libertades Públicas en Costa Rica.** Edit. Juricentro, 1980, San José, Costa Rica, págs. 237 a 247.

MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso, **La Asamblea Legislativa en Costa Rica.** Edit. Costa Rica, 1977, San José, Costa Rica, págs. 126 a 247.

ZELAYA, Chester, **Costa Rica Contemporánea,** Tomo I. Edit. Costa Rica, 1979, San José, C.R., págs. 92 a 100.

REVISTAS:

Revista de Cultura Juventud y Deportes (Ministerio) No. 10. Edit. Dpto. Publicaciones del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, San José, Costa Rica, págs. 41 a 60. 1976.

Revista de Ciencias Jurídicas No. 29 (Separatas). Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, Ensayo Costa Rica: Estado Social de Derecho, Edit. U.C.R. San José, Costa Rica, págs. 117 a 119. 1977.

LEGISLACION:

Código Electoral, Tribunal Supremo de Elecciones, República de Costa Rica. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1977.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica. 1977.
Declaración Universal de Derechos Humanos. Edit. Juricentro, San José, Costa Rica, arts. 19, 20, 21, 29, 30. 1979.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia No. 1433 de las 8:15 hrs. del 6 de junio de 1975 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, sobre "la naturaleza jurídica de los partidos políticos en Costa Rica".
Resolución No. 7356 del 8 de enero de 1982 del Tribunal Supremo de Elecciones, sobre "el art. 85 inciso f-g del Código Electoral".
Resolución No. 7323 del 17 de noviembre de 1981 del Tribunal Supremo de Elecciones, sobre "los arts. 87—85 del Código Electoral".
Resolución No. 7506 del 16 de agosto de 1982 del Tribunal Supremo de Elecciones, sobre "el art. 85 del Código Electoral".
Circular del 3 de febrero de 1982 del Tribunal Supremo de Elecciones, sobre "el art. 87 del Código Electoral y art. 99 de la C. Polít."
Resolución No. 6277 del 8 de Agosto de 1977 del Tribunal Supremo de Elecciones, sobre "el art. 88 del Código Electoral".

***

SOBRE LA NATURALEZA DEL CUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES CIVILES

Dr. Enrique P. Haba

Prof. de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Investigador honorario de la Alexander von Humbolt-Stiftung.

SUMARIO

I. Introducción 88
II. Conceptos básicos: cumplimiento, hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico, acto debido, acto libre o voluntario, acto jurídico en sentido estricto. 88
III. El cumplimiento en las obligaciones de hacer y en las de no-hacer: (a) el papel de la voluntad 90
IV. Conclusión: (b) bastan meros hechos jurídicos 91
V. Obligaciones de dar: (a) su cumplimiento entendido como negocio jurídico bilateral (crítica) 91
VI. Continuación: (b) su cumplimiento entendido como negocio jurídico unilateral (crítica) 92
VII. Continuación: (c) su cumplimiento entendido como acto jurídico (crítica) 92
VIII. Conclusión: (d) en general, para su cumplimiento basta un hecho jurídico. 94
IX. Conclusiones generales. 94

I. Introducción.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del **cumplimiento** de las obligaciones civiles? Esta es una cuestión posible de ser contestada de distintas maneras. Puede entenderse que de dicha "naturaleza" dan debida cuenta alguno de los tres conceptos fundamentales siguientes: **hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico.**

Ahora bien, ocurre que ninguno de los cuatro términos que hemos involucrado —cumplimiento, hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico— registra sentido unívoco en el campo doctrinario. Hay que empezar por definir, pues, qué puede entenderse bajo esas expresiones. Y cabe pensar que, en ese sentido, lo importante, desde el punto de vista jurídico, no es centrar la discusión en aspectos puramente filológicos, abundar en razones acerca de por qué ha de entenderse que cierta cosa y no otra(s) corresponde al concepto "propio" de esas palabras. Lo que interesa, sobre todo, es fijar de modo inequívoco, aunque sea con cierta arbitrariedad (lo que es inevitable), algún significado bien delimitado para cada uno, respectivamente, de los vocablos en juego. Al fin y al cabo, el uso de las palabras tiene principalmente un alcance instrumental. De manera que, una vez determinado en forma neta el significado (convencional) de cada una de ellas, bastará con manejarlas de modo consecuente con él, para conseguir arribar a lo que aquí importa más: conocer el **sentido jurídico de fondo,** no la mera nominación, del asunto que tenemos planteado. Con tal propósito, es aconsejable que los referidos términos sean tomados de acuerdo a significados que ellos presentan con habitualidad en estudios jurídicos. En una palabra: hay que empezar por ponerse de acuerdo sobre **un** sentido fijo para esos vocablos, pero eligiéndolo de entre aquellos que tienen desde ya bastante recibo en el campo jurídico, ya que nada se gana con incorporar nuevos sentidos a su polisemia (esto no contribuiría sino a aumentar las confusiones); y luego, una vez estipulado ese sentido, se puede aplicar dicho concepto al examen del derecho vigente, para categorizarlo con precisión.

Quiero formular la advertencia de que, en el marco del presente trabajo, el cumplimiento obligacional será estudiado con referencia fundamental a lo establecido en el Código Civil uruguayo. Sin embargo, cabe pensar que las consideraciones que aquí se efectuarán, en general serán aplicables en forma análoga a regímenes jurídicos de otros países también: a aquellos que tengan, como la legislación uruguaya en esta materia, sus disposiciones inspiradas en el **Code Napoléon** (1).

II. Conceptos básicos: cumplimiento, hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico, acto libre o voluntario, acto jurídico en sentido estricto.

Cumplimiento. Este término lo entenderemos así: satisfacer el derecho del acreedor, en virtud de ser oportunamente realizada la prestación que corresponde a la obligación adeudada, por parte de persona legitimada jurídicamente para ello (deudor principal, fiador, tercero interesado, etc.).

Hecho jurídico. Se trata de cualquier acontecimiento del reino de la naturaleza, siempre que ese acontecimiento se halle previsto en alguna norma jurídica positiva, de modo tal que él produzca consecuencias de derecho: es decir, que cree, extinga o modifique derechos o deberes jurídicos. Si dichas condiciones se dan, ese "hecho" puede o no consistir en una conducta de seres humanos, ya sea activa o pasiva. Quiere decir que allí puede intervenir o no la voluntad humana. Pero aun en los casos en que esta intervenga, solo esta-

(1) Para la preparación de este artículo, la principal obra de consulta que he manejado es el libro de José BELTRAN DE HEREDIA: El cumplimiento de las obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; en especial, tuve en cuenta la Parte Primera. Pero el objeto del presente estudio es mucho más modesto que el de esa obra. Aquí se ha de tratar, simplemente, de indicar qué papel le corresponde a la voluntad del agente del cumplimiento obligacional, en Derecho privado, de acuerdo al sistema del Código Civil de la República Oriental del Uruguay o análogos. Por eso es que solo se recogerá, de las pormenorizadas referencias doctrinarias y minuciosos análisis que trae aquel libro, una parte muy reducida: aquello que sea indispensable, como punto de partida, para encarar la limitada esfera propia del punto cuyo examen proponemos. Ese material básico será objeto aquí de un manejo que difiere bastante, en cuanto a la dirección de los razonamientos y también en las conclusiones mismas, de aquello que el lector puede encontrar en el amplio estudio efectuado por Beltrán de Heredia. (Por lo demás, el autor del presente análisis no oculta el escepticismo que, desde el punto de vista del nivel científico, le inspira la "lógica" de buena parte de la dogmática del Derecho continental, de cuyos artificiosos meandros ofrece abundantes testimonios el mencionado libro. Para algunas reflexiones generales a ese propósito, que pueden ser aplicables también a lo que se discute en este artículo, me remito a lo que apunté en otro lado: "Naturaleza jurídica de las acciones posesorias", en Revista de Ciencias Jurídicas No. 34 (enero-abril 1978), p. 185-226, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho)/Colegio de Abogados, San José, 1978; cf. esp. el Excurso metodológico, p. 220 ss.).

mos ante un hecho jurídico propiamente dicho si, para sus consecuencias de derecho, es indiferente que haya una voluntad como autora (incluso si dicho "hecho" tuviera que consistir en un actuar de personas). Así, mero "hecho jurídico" sería, por ejemplo, la verificación de una condición resolutoria consistente en la realización de ciertos fenómenos climatéricos o en el fallecimiento (aunque sea por suicidio, descuido, etc.) de una persona.

Acto jurídico. Es el acontecimiento cuya consecuencia jurídica se encuentra regulada, en mayor o menor medida, de acuerdo a la intención, sea activa o pasiva, de una voluntad humana que coadyuva a la producción de aquel. Por ejemplo, todas las sanciones jurídicas basadas en el principio de la culpabilidad presuponen que corresponde aplicarlas solo si hubo una voluntad (la del culpable) que intervino de cierta manera (punible).

Negocio jurídico. Este requiere una declaración o manifestación de voluntad, la cual estará dirigida de modo congruente hacia la producción de los efectos jurídicos que emanarán de tal declaración. Aquí, a diferencia del rol que la voluntad tiene en el mero acto jurídico, lo decisivo es el acuerdo entre los efectos jurídicamente previsibles y el contenido volitivo que los produce; es decir, que el efecto jurídico debe ser aquello que fue querido por la o las voluntades que lo originan. Por ejemplo, es el caso típico de los efectos contractuales que caben dentro del marco constituido por el principio de la autonomía de la voluntad: las partes, al realizar la conducta de contratar, en virtud de esta misma resultan obligadas a tal o cual cosa, en la medida en que esas partes quisieron, por medio del contrato, obligarse justamente a dicha cosa. En el mero acto jurídico, en cambio, si bien la consecuencia jurídica se ocasiona porque hubo una voluntad que realizó u omitió realizar cierta conducta, no es imprescindible, sin embargo, que tal voluntad esté dirigida en forma específica hacia la consecuencia que el derecho vincula a la existencia efectiva de dicha voluntad; no es necesario que esta haya **querido** esa consecuencia precisamente. Por ejemplo: el culpable que ha sido sancionado, por lo general no se propuso jamás que esa sanción llegase a corresponderle (salvo en casos como el de sanciones contractualmente preestablecidas); por tanto, esa culpabilidad presupone un acto jurídico, por parte del culpable, pero no un negocio jurídico.

Además de los conceptos que hasta aquí hemos señalado, suelen ser manejadas también, a cuenta de tantas más, otras dos nociones para caracterizar la naturaleza del cumplimiento: la categoría de "acto debido" y la de "acto jurídico en sentido estricto". Importa tener esto en cuenta, con el objeto de delinear mejor el alcance de los conceptos ya vistos (sobre todo, con relación al de negocio jurídico).

Acto debido y acto libre. Según Carnelutti, la característica específica del "acto debido" es la falta de libertad del agente. Allí, la voluntad de este se encuentra vinculada jurídicamente por la existencia de una obligación previa; y el acto debido consiste, entonces, en el cumplimiento de dicha obligación. En eso precisamente reside la diferencia frente al "acto voluntario", también llamado "acto libre". En este, por oposición a lo que caracteriza al acto debido, la voluntad tiene eficacia para constituir, regular o extinguir el vínculo jurídico: ella se encuentra en libertad de producir o no, cierto efecto de derecho. Este efecto no puede ser otro, pues, que el deseado por ese agente. De manera que si el agente no quiere dicho efecto, este no cobra alcance jurídico.

De acuerdo a la definición que dimos para el "negocio jurídico", ella permitiría abarcar, en el seno de este, tanto el "acto voluntario" como el "acto debido". Sin embargo, resulta más conveniente, desde el punto de vista de una más clara distinción en la terminología, reservar la denominación de "negocio jurídico" para los "actos libres" solamente. O sea, que la definición del primero debería ahora ser complementada así: esa voluntad jurídicamente eficaz que es propia del **negocio jurídico,** no ha de ser una voluntad que se encuentre desde ya obligada jurídicamente a la producción del efecto de derecho que se originará por medio de aquel. De aquí se desprende, a su vez, que el **acto debido** no podrá consistir sino en una de las dos cosas siguientes: ya sea en un **hecho jurídico,** ya sea en un **acto jurídico.** El acto debido será lo uno o lo otro según, respectivamente, la relevancia jurídica que, para el caso, el derecho le reconozca a la voluntad del agente, con vistas a la determinación de los efectos jurídicos "debidos".

Acto jurídico en sentido estricto. Hay quienes entienden que se trata de una forma del negocio jurídico. Otros afirman que, aunque aquel es diferente al negocio jurídico, por analogía le es aplica-

ble, sin embargo, lo que corresponde a este último. Otros, todavía, entienden que se trata de una categoría independiente. Etcétera. Sea como sea, y más allá del rótulo denominativo que se prefiera, el concepto que del "acto jurídico en sentido estricto" dan unos y otros cabe, en esencia, dentro de una de las dos nociones genéricas que ya vimos: la de acto jurídico simplemente o la de negocio jurídico. No obstante, es admisible que el acto jurídico en sentido estricto llegue a configurar, según como sea definido, una especie (subcategoría) dentro de uno de esos dos géneros (categorías) fundamentales: acto jurídico o negocio jurídico.

Addenda (sobre el concepto de "hecho jurídico"). En estudios de Teoría General del Derecho, la expresión "hecho jurídico" suele emplearse de acuerdo con un sentido meramente **normativo.** Partiendo de la base de que el derecho consiste en sistemas de normas, cada una de estas tendría la siguiente **estructura formal** de base: dado cierto hecho jurídico, corresponde que se siga determinada consecuencia jurídica. Pero lo que la norma hace, no es otra cosa que **prever** simplemente la posibilidad de que aquel hecho ocurra; no afirma que él ya ha ocurrido o que tendrá que ocurrir. De modo que la expresión "hecho jurídico", en tal contexto, no es empleada para mencionar la propia realización **fáctica** del acontecimiento natural previsto (indicado, por ejemplo, en el texto de una ley), sino para señalar pura y exclusivamente la **previsión normativa** de dicho acontecimiento, con independencia de que esa previsión llegue o no a verificarse en la realidad. En una palabra: el "hecho jurídico" constituye, ahí, una **conceptualización** (normativo-jurídica), no un **hecho** propiamente dicho (real). Sin embargo, en el marco del presente trabajo, aquella expresión será utilizada en un sentido distinto. En efecto, "hecho jurídico" pasará a significar aquí, de acuerdo a su acepción más recibida en el campo del derecho de las obligaciones, la actuación **fáctica** misma, siempre que esta presente relevancia jurídica. Se trata, pues, de la realización **efectiva** de una conducta, sea activa o pasiva, siempre que ella se encuentre **categorizada** —contemplada, calificada, encuadrada conceptualmente— por el derecho objetivo. Si llamamos **hj** al "hecho jurídico" en este sentido, el de la teoría de las obligaciones, y **HJ** al "hecho jurídico" en el otro sentido, el de la Teoría General del Derecho, entonces resulta que: **hj** es uno de los tipos de acontecimientos reales que pueden aparecer referidos en un **HJ,** de modo que el primero consiste en una verificación práctica de lo previsto en el segundo. Para que haya **HJ** basta con que se dé cierta previsión normativa. Pero para que estemos frente a un **hj** hace falta, además, que en la realidad tengan lugar ciertos fenómenos materiales (2).

III. El cumplimiento en las obligaciones de hacer y en las de no-hacer: (a) papel de la voluntad.

El cumplimiento de las **obligaciones de hacer** tiene lugar mediante una conducta activa del deudor. Entendiéndolas en sentido estricto, esa conducta puede ser de cualquier tipo menos la de entregar alguna cosa; esto último constituye, en cambio, el tipo de cumplimiento propio de las obligaciones de dar. Las **obligaciones de no-hacer,** por el contrario, se cumplen por una mera abstención del deudor.

De hecho, la voluntad del deudor juega corrientemente algún papel para alcanzar la concreción fáctica de la prestación debida: el hacer o el no-hacer. Pero desde el punto de vista específicamente jurídico —es decir, no si el ángulo de apreciación es de tipo naturalista (sociológico, psicologista, etc.), o axiológico, etc.—, lo que interesa saber no es si en cada caso se da en efecto esa real intervención de la voluntad del deudor, sino si ella es **requerida** por el derecho para que, en el plano jurídico, el cumplimiento se **repute** verificado de modo integral. En este apartado nos preguntaremos qué ocurre, a **este** respecto, con las obligaciones de hacer y las de no-hacer.

Obligaciones de no-hacer. Aquí corresponde plantear una pregunta clave: si el obligado no hace, ¿cabría entender que él no ha cumplido si su abstención se produjo de modo inconsciente? Más aún: supongamos que lo que el sujeto quiso en verdad hacer no es otra cosa, justamente, que aquello que él estaba obligado a **no** hacer; pero imaginemos que, por impedimentos ajenos a su voluntad, en última instancia no consiguió realizar aquel propósito suyo (o sea, el de **hacer**). En tales circunstancias, ¿habría que considerar que el obli-

(2) Sobre el concepto de "hecho jurídico", en la dogmática del derecho privado, cf.: Víctor PEREZ, Los hechos jurídicos, Editorial Juricentro, 1978, San José.

gado incumplió su obligación de no-hacer, aunque en los hechos no hizo, solo porque su abstención no fue voluntaria? Consideremos un ejemplo. La persona *X* está obligada a no realizar determinada actividad comercial durante cierto lapso. No obstante, *X* se halla firmemente resuelto a efectuar dicha actividad, a pesar de todo. Pero supongamos que *X* no puede finalmente actuar de acuerdo a ese propósito suyo, porque sufre un ataque de amnesia o es secuestrado por terceros; sale de su amnesia o es puesto en libertad después que ya venció el término de su obligación de no-hacer. En consecuencia: no hizo, pero esto fue **contra** su voluntad. En tal caso, ¿qué normas de derecho positivo podrían invocarse para entender que *X* **no** cumplió con su obligación? (El planteamiento sería el mismo incluso si a la hipótesis incorporamos que el obligado confiesa la resolución que él tenía de hacer lo que le estaba vedado, y aún si agrega que lamenta no haber podido hacerlo).

Obligaciones de hacer. Aquí caben, en buena medida, reflexiones análogas a las que planteamos en el párrafo anterior. Recurramos, para que quede todavía más claro, a otro ejemplo. El señor *Y* se obliga a reparar o a construir de manera "esmerada", según dice la letra de su contrato, determinada cosa. Debería hacerlo, pues, de un modo adecuado, eficaz, con buen resultado, etc.: todas estas son interpretaciones posibles de la palabra "esmerada". Pero *Y* se decide luego a emplear, con la finalidad de ahorrar tiempo o por cualesquiera otros motivos maliciosos, unos procedimientos de trabajo que, según él lo sabe de antemano, no darán otro resultado que el de alcanzar la mera apariencia de algo bien hecho cuando tenga que entregar esa cosa; a *Y* le consta que, aunque ese objeto lucirá impecable cuando lo entregue (que es cuando cobra el precio por su trabajo), en realidad tendrá más de un vicio oculto. El Sr. *Y* saca sus cuentas de ese modo y, en efecto, realiza su trabajo valiéndose de dichos procedimientos. Ahora bien: supóngase que *Y* se equivocó en su apreciación sobre la eficiencia de los procedimientos de trabajo empleados, de manera tal que (a pesar suyo) el resultado del trabajo es bueno. También cabrían hipótesis más extremas análogamente, como la de alquien que realiza en estado hipnótico o sonámbulo su obligación de hacer. Como vemos, es perfectamente concebible el caso de que una obligación de hacer sea ejecutada con independencia de cuál haya sido la voluntad real, existente o no, de aquel que efectúa los hechos materiales correspondientes a la obligación que tiene. Quiere decir, por tanto, que el cumplimiento jurídico de ese tipo de obligaciones puede tener lugar sin que tenga pertinencia, para juzgar al respecto, el traer a colación el tipo de voluntad del agente.

IV. El cumplimiento en las obligaciones de hacer y en las de no-hacer (conclusión): (b) bastan meros hechos jurídicos.

Tanto para el cumplimiento de las obligaciones de hacer, como para el de las de no-hacer, en sistemas como el del Código Civil uruguayo no se exige otra cosa que la realización material del contenido –positivo o negativo, respectivamente– de la obligación contraída. Desde el punto de vista del derecho positivo son del todo irrelevantes, esos efectos, los fenómenos psicológicos que acompañen o dejen de acompañar, en la mente del agente legitimado para el cumplimiento, la prestación (activa o pasiva) que a este le corresponde obligacionalmente. En definitiva, pues, meros **hechos jurídicos** son los que bastan para alcanzar el cumplimiento en las obligaciones de hacer y en las de no-hacer.

Cuestión más compleja es la de categorizar la naturaleza del cumplimiento en las obligaciones de dar, esto es, en aquellas donde el deudor está obligado a entregar alguna cosa en "pago" de su obligación. Al respecto existe abundante literatura, en la que se presentan opiniones encontradas. A vuelo de pájaro, en los apartados que siguen señalaremos las principales tendencias doctrinales sobre ese punto, para acotarles enseguida nuestras propias observaciones críticas. Hay tres hipótesis principales en cuanto a la naturaleza del cumplimiento en las obligaciones de dar, a saber: que él sea considerado como negocio jurídico bilateral, como negocio jurídico unilateral o como acto jurídico. Examinémoslas por su orden, con referencia a las disposiciones del Código Civil uruguayo.

V. Obligaciones de dar: (a) su cumplimiento entendido como negocio jurídico bilateral (crítica).

Si se encara como negocio jurídico bilateral, el pago no queda cumplido con la simple actuación del deudor cuando este procede a entregar la cosa debida. Se requeriría, además, que esta sea **aceptada** por parte de quien está legitimado (por ejem-

plo, en virtud de convenio) para recibir tal prestación. Si el acreedor se niega —sin razón jurídicamente valedera— a admitir el pago, no por ello quedaría el deudor liberado desde ya de su obligación: sino que haría falta que este ofreciese dicho pago y que, además, realizase el depósito de la cosa debida (oblación y consignación). En este último caso, tal depósito vendría a ser un equivalente de la aceptación material del pago por parte del acreedor. De modo que en todas estas hipótesis se considera que no bastaría, para que haya cumplimiento, una actividad unilateral del deudor.

En contra del punto de vista que acaba de indicarse, y atento a la noción de "negocio jurídico" que fue fijada más atrás (**supra** II), basta con hacer ver la siguiente objeción fundamental: puesto que el cumplimiento es un **acto debido**, por definición él queda fuera del campo que abarcan los negocios jurídicos. De manera que, justamente por tratarse de un acto debido, su cumplimiento no podrá consistir sino en una de estas cosas: ya sea en un **acto jurídico**, ya sea en un **hecho jurídico.**

Por otro lado, además se ha entendido que el negocio jurídico no puede ser llevado a cabo sino por partes que llenen, cada una de ellas, la totalidad de los siguientes requisitos indispensables: capacidad, voluntad, manifestación o declaración de voluntad, causa. Sin embargo, el Derecho positivo uruguayo admite el pago entre incapaces (art. 1456 del Cód. Civ.); por lo menos en tal caso, por tanto, no habría negocio jurídico (siempre que se admita que aquellos requisitos son esenciales para que se configure este).

VI. Obligaciones de dar (continuación): (b) su cumplimiento entendido como negocio jurídico unilateral (crítica).

Desde este segundo punto de vista se considera que, a pesar de hacer falta la recepción del pago para que este constituya cumplimiento, dicha recepción no implicaría empero la configuración de una voluntad negocial por parte del acreedor. Tal recepción sería apenas un simple presupuesto material de hecho, que no tendría un valor distinto al de otros elementos del mundo de la naturaleza (como, por ejemplo, el desplazamiento físico del deudor para ir a pagar), los cuales de hecho son necesarios para llegar a la verificación del cumplimiento.

Ante todo, cabe señalar que a este punto de vista le alcanza la misma objeción fundamental formulada contra el anterior (**supra** V, 2do. párrafo). Y también le es aplicable la otra objeción allí formulada (**supra** IV, 3er. párrafo), aunque esta es siempre menos decisiva que la primera.

Por otro lado, hay quien maneja además otra crítica. Se señala que, en el cumplimiento, el efecto jurídico no sería congruente con el contenido de la voluntad del agente, y que por eso no se puede tratar de un negocio jurídico. Se dice que ese agente no quiere directamente la extinción de la obligación, efecto propio del cumplimiento, sino que lo que aquel desea es actuar el contenido mismo de dicha obligación. Sin embargo, cabe pensar que no es un argumento de mucha fuerza. Porque desde el ángulo de lo psicológico, antes bien sucede que, por lo normal, el deudor quiere más que nada liberarse de su obligación, y es justamente por eso que la cumple (no a la inversa). Y sobre todo, no se ve en qué disposición del Código Civil podría basarse una afirmación en el sentido de que, para el Derecho uruguayo, tenga distinta relevancia que la intención del agente sea la primera de las indicadas o la segunda o (si se quiere) ambas acumuladas.

VII. Obligaciones de dar (continuación): (c) su cumplimiento entendido como acto jurídico (crítica).

Según este tercer punto de vista, bastaría simplemente con que fuese voluntario el **comportamiento** en que consiste la prestación debida. No se requeriría una voluntad "negocial" en el deudor, o sea, una voluntad que apunte específicamente a la extinción del vínculo obligacional. No sería siempre igual el tipo de calificación de la voluntad requerido, la dirección precisa a que ha de apuntar ella; pero, eso sí, tendría que darse la existencia real de tal voluntad, sea en una u otra forma, y que diga alguna relación con la conducta mediante la cual se verifica el cumplimiento.

Hay un argumento importante en favor de la relevancia jurídica que la **clase** de voluntad que esté en juego pueda tener, en cada caso, para que determinada prestación constituya o no un "cumplimiento". En efecto, idéntica conducta puede aportar significados jurídicos muy diferentes; y la diferencia puede depender de probanzas acerca de cuál ha sido la **real** voluntad (**animus solvendi, animus donandi,** etc.) del agente. Por ejemplo: si como prestatario tengo una deuda exigible de $1.000 frente a un amigo, y le entrego $1.000 como regalo, no he cumplido con aquella deuda.

Continuando con el ejemplo dado, caben las siguientes acotaciones. Para que esos $1.000, que le entrego a mi amigo, signifiquen un regalo, es imprescindible que mi amigo los acepte en calidad de "regalo" precisamente. Quiere decir que, en realidad, lo que ahí hay es un **nuevo** convenio entre nosotros dos —un flamante contrato de donación— cuando todavía quedaba pendiente una obligación mía (la de pagar $1.000) resultante de un contrato anterior —el de préstamo— contraído con la misma contraparte. Ambos contratos —el de préstamo y el de donación— son del todo independientes entre sí, y en consecuencia lo son las obligaciones que emergen de ellos, por más que uno y otro hayan sido celebrados entre las mismas partes. Esto es: por la circunstancia de que celebramos ese nuevo contrato, el de donación, convenimos (al menos tácitamente) que los $1.000 que ahora le entrego a mi amigo, en cumplimiento de este nuevo contrato, nada tienen que ver con aquellos otros $1.000 que le adeudo por el préstamo.

Por medio de un nuevo contrato entre los interesados, estos pueden disponer, pues, que él cumplimiento de obligaciones emergentes de uno anterior, celebrado entre las mismas partes, no tenga lugar en tal o cual circunstancia. Sin embargo, esto no autoriza a extraer conclusiones de orden general en cuanto a lo que es **típico** en materia de cumplimiento, es decir, acerca de cómo se verifica este cuando **no** se producen esas interferencias (excepcionales), ya sea las del tipo a que corresponde el ejemplo propuesto o las de otros análogos. Es cierto, por tanto, que en algunos casos, como en el del ejemplo dado, se puede presentar la circunstancia de que la voluntad de las partes tome una relevancia para determinar si cierta prestación constituye o no el cumplimiento de cierta obligación; pero esto ocurre solo por excepción.

Todo ello resulta aún mucho más evidente si, por hipótesis, las consideraciones efectuadas son extendidas al campo de las obligaciones de no-hacer. Por ejemplo: me comprometo a no abandonar Montevideo por el término de un mes; y resulta que, enseguida de haber contraído esa obligación, caigo en un estado de coma que dura cinco semanas. Lo normal es que esto implique que he cumplido. No obstante, nada habría que pudiera impedirme llegar a un acuerdo con mi acreedor, en el sentido de convenir con él, una vez que salí de mi estado de coma, que no he cumplido "cabalmente" con la abstención prometida. Ahora bien, a partir de este ejemplo, ¿tendría sentido inferir, como principio general, que el cumplimiento de las obligaciones de no-hacer debe ser consciente y voluntario?

Volviendo a las obligaciones de dar, retomemos el ejemplo del pago de los $1.000. Supóngase que se los entrego a mi amigo, pero diciéndole, en ese acto, que se los dono. Mi amigo, en el instante de recibir ese dinero en la mano, me contesta, sin embargo, que acepta tal suma como pago del préstamo y no como donación. En ese caso, ¿tendría yo derecho a obtener la devolución de la cantidad entregada, reclamándola por vía judicial, alegando que no se formalizó el contrato de donación (puesto que la otra parte no lo consintió) y que lo que yo quise no fue cumplir mi obligación de devolver lo prestado? Es obvio que ningún juez haría lugar a una acción semejante, basada en un supuesto cuasicontrato de pago indebido. Y al rechazar la demanda, ello no sería por invocación de la compensación legal (arts. 1497 y sigs. del Cód. Civ.), ya que ahí no existió ningún "pago indebido". (Según el art. 1312 inc. 1 del Cód. Civ., el actor sólo "tiene derecho a repetir lo pagado, si prueba que no lo debía"; en nuestro ejemplo, por el contrario, justamente "lo debía"). Tal demanda sería judicialmente desechada, por la simple razón de que la deuda que el actor pretende señalar, carece en absoluto de causa jurídica. A mi voluntad, por sí sola, el Derecho no la dota de relevancia para transformar la conducta de efectuar la prestación objetiva jurídicamente exigible —el dar: la entrega de la cosa (adeudada) a quien está obligacionalmente habilitado para recibirla— en algo que sea distinto al cumplimiento debido. Quiere decir que, para que haya cumplimiento, en principio basta con la verificación de la prestación pura y simple (piense lo que piense el agente de la entrega).

Quedaría aún otro caso por considerar ¿Qué pasa si alguien debe dos prestaciones idénticas frente al mismo acreedor, pero cada una de ellas debidas a distinto título (por ejemplo, una como pago por compraventa, otra como satisfacción de una renta de pago periódico), y el deudor paga sólo una de las dos? ¿No sería aquí relevante el **animus** con que se efectúe el pago, para determinar cuál de ambas obligaciones fue cumplida y cuál no? Una primera precisión, frente a este problema: importa subrayar que, sea cual fuere la respuesta que le corresponda, ella no afecta los términos de las soluciones a que antes se arribó, las que caben frente a las situaciones comunes. Para estas, según vimos, el **animus** con que se efectúa el pago es jurídicamente irrelevante. En el mejor de los casos, acaso podría llegarse a la conclusión de que, ante

el nuevo tipo de ejemplos, pero a riguroso título de **excepción** (art. 1476 del Cód. Civ.), ahí sí llega a importar jurídicamente el contenido de la voluntad del agente, para determinar la imputación del pago. Y cabe agregar una segunda precisión: en esas situaciones excepcionales, dicha imputación unilateral no procede sino cuando entre las partes **no** existe acuerdo para determinar bilateralmente a cuál obligación corresponde el pago. Solo a falta de un tal acuerdo, pues, el Derecho se ve en la necesidad de asignar a una sola de esas voluntades, la del deudor, un papel determinante para decidir dónde hay cumplimiento. En los demás casos, los corrientes, esa voluntad sigue siendo irrelevante.

VIII. Obligaciones de dar (conclusión): (d) en general, para su cumplimiento basta un hecho jurídico.

Importa no perder de vista que solo frente a situaciones muy especiales, por ejemplo, la señalada al final del numeral precedente o la de nuevo contrato (aclaratorio) entre los mismos deudor y acreedor, el Código Civil toma en cuenta la voluntad del sujeto que cumple con su obligación de dar. Resulta obvio que semejantes casos, por ser tan especiales, no sirven para que, sobre su base, sea edificada una teoría **general** del cumplimiento. En consecuencia, también respecto al cumplimiento de las obligaciones de dar, es cierto que, en general (y aunque existen excepciones), aquel se configura como un simple **hecho jurídico.**

IX. Conclusiones generales.

¿Es procedente una teoría **general** con respecto a la "esencia" del cumplimiento de las obligaciones del derecho privado? Si no damos por presupuesto, en forma axiomática, que esta pregunta ha de ser contestada de modo afirmativo, las puertas se abren a la posibilidad de una reflexión crítica. La pregunta implica, en efecto, la posibilidad de cuestionar la pertinencia de teorías **unitarias** a ese respecto; esto es, de aquellas para las cuales dicho cumplimiento tiene que significar, para **todas y cada una** de las situaciones obligacionales, la concreción de casos correspondientes a **uno solo** de los tres tipos de categorías examinados: negocio jurídico, acto jurídico, hecho jurídico. Claro que el asunto puede zanjarse mediante el expediente de una cómoda petición de principio: dar por admitida **a priori** una determinada respuesta, presuponer esta o aquella "naturaleza" del cumplimiento, en vez de interrogar qué disposiciones del derecho positivo la confirman o la ponen en duda. Con tal "método", cualquier respuesta se autolegitima. Pero si se prefiere no tomar el camino de la tautología, resulta más problemático justificar que corresponda una respuesta idéntica para todos los casos de "cumplimiento". Por el hecho de que esta palabra sirva para hacer referencia a una serie de situaciones que en efecto presentan **ciertos** rasgos comunes, de eso no se sigue que **todas** ellas tengan necesariamente que presentar una "naturaleza jurídica" uniforme, incardinarse dentro de **una** sola de las tres grandes categorías indicadas (3).

De lo expuesto en los numerales anteriores surge que, en la mayoría de los casos, el cumplimiento funciona como un **simple hecho jurídico.** Es verdad que la voluntad del agente podría estar presupuesta en la prestación si esta es invocada desde un ángulo psico-sociológico. Pero el derecho no hace depender la calificación jurídica para la conducta verificante del cumplimiento, del hecho de que eventualmente exista aquella voluntad, ni de cuál sea el contenido cualitativo de esta. Lo dicho no quita que en algunos casos especiales, determinados en forma directa por la ley (por ejemplo, la imputación de la paga en la situación prevista por el art. 1476 del Cód. Civ.) o que al menos son legitimados de modo mediato por el derecho objetivo (por ejemplo, en requisitos que las partes establecen por contrato), sea posible que llegue a requerirse un **acto jurídico** para que haya cumplimiento.

Contra la conclusión apuntada, de que el cumplimiento no configura en general más que un hecho jurídico, se ha dicho que si el actuar humano no es el producto de una voluntad consciente, entonces tal actuar quedaría reducido a un simple acontecimiento natural; y se piensa que no es posible admitir tal cosa, ya que ello valdría tanto como afirmar que el orden jurídico desconoce la "eminente dignidad" que la persona humana tiene como sujeto de derecho. Frente a este tipo de reflexiones, de cuño iusnaturalista, por lo menos caben dos observaciones. Helas aquí:

---

(3) A conclusión similar hubimos de llegar, por ejemplo, en cuanto a la "naturaleza jurídica" de las acciones posesorias: cf. el trabajo mencionado al final de la n. 1.

1. En cuanto a las relaciones entre el "actuar humano" y el "simple acontecimiento natural", se trata de una cuestión bastante compleja, que involucra muchos puntos: intríngulis semánticos y también de fondo. Habría que discutir, por ejemplo, si la voluntad humana no constituye, ella también, otro acontecimiento "natural" (si lo es o si no lo es, o si acaso lo es pero con caracteres peculiares, etc.); y después habría que averiguar qué importancia tiene ello, en realidad, para la conformación de tales o cuáles disposiciones del derecho positivo y para las elaboraciones jurídico-doctrinarias a su propósito. Se trata de una cuestión que escapa al ámbito del presente trabajo, concierne a la filosofía del derecho.

2. Alguien podría sostener, con independencia de lo que se refiere al punto anterior, que un simple acontecimiento natural (noción que, por lo demás, habría que empezar por definir con precisión) no puede importarle al derecho. No cabría admitir la posibilidad de que existan aspectos **jurídicamente** relevantes en ese "acontecimiento natural"; vale decir, que este sería por esencia inhábil para ofrecer aspectos que el derecho positivo esté en condiciones de categorizar, para otorgarles unos efectos jurídicos. Pero una negación de tal índole no significa, como es obvio, otra cosa que una petición de principio. Por cuanto, si no se quiere empezar a construir la casa por el techo, lo que correspondería —si dicha negación pretende algo más que fundarse simplemente en sí misma— es empezar por demostrar, en cambio, que esa apreciación se ajusta a lo establecido en el Derecho positivo al cual ella se le imputa. Y ese no es el caso, según hemos visto, en cuanto a los requisitos jurídicos que la ley exige para el cumplimiento.

En definitiva. De acuerdo al sistema de Derecho positivo establecido en el Código Civil uruguayo, el principio general es que la naturaleza del cumplimiento se inscribe en la categoría de los simples **hechos jurídicos.** No obstante, por acuerdo entre partes interesadas, y además en ciertas situaciones excepcionales que en forma especial prevé la ley, hay casos en que la naturaleza del cumplimiento llega a corresponder a la categoría de los **actos jurídicos.**

* * *

SOBRE LA NATURALEZA DEL CUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES CIVILES

Dr. Enrique P. Haba

Prof. de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Investigador honorario de la Alexander von Humbolt-Stiftung.

SUMARIO

I. Introducción 88
II. Conceptos básicos: cumplimiento, hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico, acto debido, acto libre o voluntario, acto jurídico en sentido estricto. 88
III. El cumplimiento en las obligaciones de hacer y en las de no-hacer: (a) el papel de la voluntad 90
IV. Conclusión: (b) bastan meros hechos jurídicos 91
V. Obligaciones de dar: (a) su cumplimiento entendido como negocio jurídico bilateral (crítica) 91
VI. Continuación: (b) su cumplimiento entendido como negocio jurídico unilateral (crítica) 92
VII. Continuación: (c) su cumplimiento entendido como acto jurídico (crítica) 92
VIII. Conclusión: (d) en general, para su cumplimiento basta un hecho jurídico. 94
IX. Conclusiones generales. 94

I. Introducción.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del **cumplimiento** de las obligaciones civiles? Esta es una cuestión posible de ser contestada de distintas maneras. Puede entenderse que de dicha "naturaleza" dan debida cuenta alguno de los tres conceptos fundamentales siguientes: **hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico.**

Ahora bien, ocurre que ninguno de los cuatro términos que hemos involucrado —cumplimiento, hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico— registra sentido unívoco en el campo doctrinario. Hay que empezar por definir, pues, qué puede entenderse bajo esas expresiones. Y cabe pensar que, en ese sentido, lo importante, desde el punto de vista jurídico, no es centrar la discusión en aspectos puramente filológicos, abundar en razones acerca de por qué ha de entenderse que cierta cosa y no otra(s) corresponde al concepto "propio" de esas palabras. Lo que interesa, sobre todo, es fijar de modo inequívoco, aunque sea con cierta arbitrariedad (lo que es inevitable), algún significado bien delimitado para cada uno, respectivamente, de los vocablos en juego. Al fin y al cabo, el uso de las palabras tiene principalmente un alcance instrumental. De manera que, una vez determinado en forma neta el significado (convencional) de cada una de ellas, bastará con manejarlas de modo consecuente con él, para conseguir arribar a lo que aquí importa más: conocer el **sentido jurídico de fondo,** no la mera nominación, del asunto que tenemos planteado. Con tal propósito, es aconsejable que los referidos términos sean tomados de acuerdo a significados que ellos presentan con habitualidad en estudios jurídicos. En una palabra: hay que empezar por ponerse de acuerdo sobre **un** sentido fijo para esos vocablos, pero eligiéndolo de entre aquellos que tienen desde ya bastante recibo en el campo jurídico, ya que nada se gana con incorporar nuevos sentidos a su polisemia (esto no contribuiría sino a aumentar las confusiones); y luego, una vez estipulado ese sentido, se puede aplicar dicho concepto al examen del derecho vigente, para categorizarlo con precisión.

Quiero formular la advertencia de que, en el marco del presente trabajo, el cumplimiento obligacional será estudiado con referencia fundamental a lo establecido en el Código Civil uruguayo. Sin embargo, cabe pensar que las consideraciones que aquí se efectuarán, en general serán aplicables en forma análoga a regímenes jurídicos de otros países también: a aquellos que tengan, como la legislación uruguaya en esta materia, sus disposiciones inspiradas en el **Code Napoléon** (1).

II. Conceptos básicos: cumplimiento, hecho jurídico, acto jurídico, negocio jurídico, acto libre o voluntario, acto jurídico en sentido estricto.

Cumplimiento. Este término lo entenderemos así: satisfacer el derecho del acreedor, en virtud de ser oportunamente realizada la prestación que corresponde a la obligación adeudada, por parte de persona legitimada jurídicamente para ello (deudor principal, fiador, tercero interesado, etc.).

Hecho jurídico. Se trata de cualquier acontecimiento del reino de la naturaleza, siempre que ese acontecimiento se halle previsto en alguna norma jurídica positiva, de modo tal que él produzca consecuencias de derecho: es decir, que cree, extinga o modifique derechos o deberes jurídicos. Si dichas condiciones se dan, ese "hecho" puede o no consistir en una conducta de seres humanos, ya sea activa o pasiva. Quiere decir que allí puede intervenir o no la voluntad humana. Pero aun en los casos en que esta intervenga, solo esta-

(1) Para la preparación de este artículo, la principal obra de consulta que he manejado es el libro de José BELTRAN DE HEREDIA: El cumplimiento de las obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; en especial, tuve en cuenta la Parte Primera. Pero el objeto del presente estudio es mucho más modesto que el de esa obra. Aquí se ha de tratar, simplemente, de indicar qué papel le corresponde a la voluntad del agente del cumplimiento obligacional, en Derecho privado, de acuerdo al sistema del Código Civil de la República Oriental del Uruguay o análogos. Por eso es que solo se recogerá, de las pormenorizadas referencias doctrinarias y minuciosos análisis que trae aquel libro, una parte muy reducida: aquello que sea indispensable, como punto de partida, para encarar la limitada esfera propia del punto cuyo examen proponemos. Ese material básico será objeto aquí de un manejo que difiere bastante, en cuanto a la dirección de los razonamientos y también en las conclusiones mismas, de aquello que el lector puede encontrar en el amplio estudio efectuado por Beltrán de Heredia. (Por lo demás, el autor del presente análisis no oculta el escepticismo que, desde el punto de vista del nivel científico, le inspira la "lógica" de buena parte de la dogmática del Derecho continental, de cuyos artificiosos meandros ofrece abundantes testimonios el mencionado libro. Para algunas reflexiones generales a ese propósito, que pueden ser aplicables también a lo que se discute en este artículo, me remito a lo que apunté en otro lado: "Naturaleza jurídica de las acciones posesorias", en Revista de Ciencias Jurídicas No. 34 (enero-abril 1978), p. 185-226, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho)/Colegio de Abogados, San José, 1978; cf. esp. el Excurso metodológico, p. 220 ss.).

mos ante un hecho jurídico propiamente dicho si, para sus consecuencias de derecho, es indiferente que haya una voluntad como autora (incluso si dicho "hecho" tuviera que consistir en un actuar de personas). Así, mero "hecho jurídico" sería, por ejemplo, la verificación de una condición resolutoria consistente en la realización de ciertos fenómenos climatéricos o en el fallecimiento (aunque sea por suicidio, descuido, etc.) de una persona.

Acto jurídico. Es el acontecimiento cuya consecuencia jurídica se encuentra regulada, en mayor o menor medida, de acuerdo a la intención, sea activa o pasiva, de una voluntad humana que coadyuva a la producción de aquel. Por ejemplo, todas las sanciones jurídicas basadas en el principio de la culpabilidad presuponen que corresponde aplicarlas solo si hubo una voluntad (la del culpable) que intervino de cierta manera (punible).

Negocio jurídico. Este requiere una declaración o manifestación de voluntad, la cual estará dirigida de modo congruente hacia la producción de los efectos jurídicos que emanarán de tal declaración. Aquí, a diferencia del rol que la voluntad tiene en el mero acto jurídico, lo decisivo es el acuerdo entre los efectos jurídicamente previsibles y el contenido volitivo que los produce; es decir, que el efecto jurídico debe ser aquello que fue querido por la o las voluntades que lo originan. Por ejemplo, es el caso típico de los efectos contractuales que caben dentro del marco constituido por el principio de la autonomía de la voluntad: las partes, al realizar la conducta de contratar, en virtud de esta misma resultan obligadas a tal o cual cosa, en la medida en que esas partes quisieron, por medio del contrato, obligarse justamente a dicha cosa. En el mero acto jurídico, en cambio, si bien la consecuencia jurídica se ocasiona porque hubo una voluntad que realizó u omitió realizar cierta conducta, no es imprescindible, sin embargo, que tal voluntad esté dirigida en forma específica hacia la consecuencia que el derecho vincula a la existencia efectiva de dicha voluntad; no es necesario que esta haya **querido** esa consecuencia precisamente. Por ejemplo: el culpable que ha sido sancionado, por lo general no se propuso jamás que esa sanción llegase a corresponderle (salvo en casos como el de sanciones contractualmente preestablecidas); por tanto, esa culpabilidad presupone un acto jurídico, por parte del culpable, pero no un negocio jurídico.

Además de los conceptos que hasta aquí hemos señalado, suelen ser manejadas también, a cuenta de tantas más, otras dos nociones para caracterizar la naturaleza del cumplimiento: la categoría de "acto debido" y la de "acto jurídico en sentido estricto". Importa tener esto en cuenta, con el objeto de delinear mejor el alcance de los conceptos ya vistos (sobre todo, con relación al de negocio jurídico).

Acto debido y acto libre. Según Carnelutti, la característica específica del "acto debido" es la falta de libertad del agente. Allí, la voluntad de este se encuentra vinculada jurídicamente por la existencia de una obligación previa; y el acto debido consiste, entonces, en el cumplimiento de dicha obligación. En eso precisamente reside la diferencia frente al "acto voluntario", también llamado "acto libre". En este, por oposición a lo que caracteriza al acto debido, la voluntad tiene eficacia para constituir, regular o extinguir el vínculo jurídico: ella se encuentra en libertad de producir o no, cierto efecto de derecho. Este efecto no puede ser otro, pues, que el deseado por ese agente. De manera que si el agente no quiere dicho efecto, este no cobra alcance jurídico.

De acuerdo a la definición que dimos para el "negocio jurídico", ella permitiría abarcar, en el seno de este, tanto el "acto voluntario" como el "acto debido". Sin embargo, resulta más conveniente, desde el punto de vista de una más clara distinción en la terminología, reservar la denominación de "negocio jurídico" para los "actos libres" solamente. O sea, que la definición del primero debería ahora ser complementada así: esa voluntad jurídicamente eficaz que es propia del **negocio jurídico,** no ha de ser una voluntad que se encuentre desde ya obligada jurídicamente a la producción del efecto de derecho que se originará por medio de aquel. De aquí se desprende, a su vez, que el **acto debido** no podrá consistir sino en una de las dos cosas siguientes: ya sea en un **hecho jurídico,** ya sea en un **acto jurídico.** El acto debido será lo uno o lo otro según, respectivamente, la relevancia jurídica que, para el caso, el derecho le reconozca a la voluntad del agente, con vistas a la determinación de los efectos jurídicos "debidos".

Acto jurídico en sentido estricto. Hay quienes entienden que se trata de una forma del negocio jurídico. Otros afirman que, aunque aquel es diferente al negocio jurídico, por analogía le es aplica-

ble, sin embargo, lo que corresponde a este último. Otros, todavía, entienden que se trata de una categoría independiente. Etcétera. Sea como sea, y más allá del rótulo denominativo que se prefiera, el concepto que del "acto jurídico en sentido estricto" dan unos y otros cabe, en esencia, dentro de una de las dos nociones genéricas que ya vimos: la de acto jurídico simplemente o la de negocio jurídico. No obstante, es admisible que el acto jurídico en sentido estricto llegue a configurar, según como sea definido, una especie (subcategoría) dentro de uno de esos dos géneros (categorías) fundamentales: acto jurídico o negocio jurídico.

Addenda (sobre el concepto de "hecho jurídico"). En estudios de Teoría General del Derecho, la expresión "hecho jurídico" suele emplearse de acuerdo con un sentido meramente **normativo.** Partiendo de la base de que el derecho consiste en sistemas de normas, cada una de estas tendría la siguiente **estructura formal** de base: dado cierto hecho jurídico, corresponde que se siga determinada consecuencia jurídica. Pero lo que la norma hace, no es otra cosa que **prever** simplemente la posibilidad de que aquel hecho ocurra; no afirma que él ya ha ocurrido o que tendrá que ocurrir. De modo que la expresión "hecho jurídico", en tal contexto, no es empleada para mencionar la propia realización **fáctica** del acontecimiento natural previsto (indicado, por ejemplo, en el texto de una ley), sino para señalar pura y exclusivamente la **previsión normativa** de dicho acontecimiento, con independencia de que esa previsión llegue o no a verificarse en la realidad. En una palabra: el "hecho jurídico" constituye, ahí, una **conceptualización** (normativo-jurídica), no un **hecho** propiamente dicho (real). Sin embargo, en el marco del presente trabajo, aquella expresión será utilizada en un sentido distinto. En efecto, "hecho jurídico" pasará a significar aquí, de acuerdo a su acepción más recibida en el campo del derecho de las obligaciones, la actuación **fáctica** misma, siempre que esta presente relevancia jurídica. Se trata, pues, de la realización **efectiva** de una conducta, sea activa o pasiva, siempre que ella se encuentre **categorizada** —contemplada, calificada, encuadrada conceptualmente— por el derecho objetivo. Si llamamos **hj** al "hecho jurídico" en este sentido, el de la teoría de las obligaciones, y **HJ** al "hecho jurídico" en el otro sentido, el de la Teoría General del Derecho, entonces resulta que: **hj** es uno de los tipos de acontecimientos reales que pueden aparecer referidos en un **HJ,** de modo que el primero consiste en una verificación práctica de lo previsto en el segundo. Para que haya **HJ** basta con que se dé cierta previsión normativa. Pero para que estemos frente a un **hj** hace falta, además, que en la realidad tengan lugar ciertos fenómenos materiales (2).

III. El cumplimiento en las obligaciones de hacer y en las de no-hacer: (a) papel de la voluntad.

El cumplimiento de las **obligaciones de hacer** tiene lugar mediante una conducta activa del deudor. Entendiéndolas en sentido estricto, esa conducta puede ser de cualquier tipo menos la de entregar alguna cosa; esto último constituye, en cambio, el tipo de cumplimiento propio de las obligaciones de dar. Las **obligaciones de no-hacer,** por el contrario, se cumplen por una mera abstención del deudor.

De hecho, la voluntad del deudor juega corrientemente algún papel para alcanzar la concreción fáctica de la prestación debida: el hacer o el no-hacer. Pero desde el punto de vista específicamente jurídico —es decir, no si el ángulo de apreciación es de tipo naturalista (sociológico, psicologista, etc.), o axiológico, etc.—, lo que interesa saber no es si en cada caso se da en efecto esa real intervención de la voluntad del deudor, sino si ella es **requerida** por el derecho para que, en el plano jurídico, el cumplimiento se **repute** verificado de modo integral. En este apartado nos preguntaremos qué ocurre, a **este** respecto, con las obligaciones de hacer y las de no-hacer.

Obligaciones de no-hacer. Aquí corresponde plantear una pregunta clave: si el obligado no hace, ¿cabría entender que él no ha cumplido si su abstención se produjo de modo inconsciente? Más aún: supongamos que lo que el sujeto quiso en verdad hacer no es otra cosa, justamente, que aquello que él estaba obligado a **no** hacer; pero imaginemos que, por impedimentos ajenos a su voluntad, en última instancia no consiguió realizar aquel propósito suyo (o sea, el de **hacer**). En tales circunstancias, ¿habría que considerar que el obli-

(2) Sobre el concepto de "hecho jurídico", en la dogmática del derecho privado, cf.: Víctor PEREZ, Los hechos jurídicos, Editorial Juricentro, 1978, San José.

gado incumplió su obligación de no-hacer, aunque en los hechos no hizo, solo porque su abstención no fue voluntaria? Consideremos un ejemplo. La persona *X* está obligada a no realizar determinada actividad comercial durante cierto lapso. No obstante, *X* se halla firmemente resuelto a efectuar dicha actividad, a pesar de todo. Pero supongamos que *X* no puede finalmente actuar de acuerdo a ese propósito suyo, porque sufre un ataque de amnesia o es secuestrado por terceros; sale de su amnesia o es puesto en libertad después que ya venció el término de su obligación de no-hacer. En consecuencia: no hizo, pero esto fue **contra** su voluntad. En tal caso, ¿qué normas de derecho positivo podrían invocarse para entender que *X* **no** cumplió con su obligación? (El planteamiento sería el mismo incluso si a la hipótesis incorporamos que el obligado confiesa la resolución que él tenía de hacer lo que le estaba vedado, y aún si agrega que lamenta no haber podido hacerlo).

Obligaciones de hacer. Aquí caben, en buena medida, reflexiones análogas a las que planteamos en el párrafo anterior. Recurramos, para que quede todavía más claro, a otro ejemplo. El señor *Y* se obliga a reparar o a construir de manera "esmerada", según dice la letra de su contrato, determinada cosa. Debería hacerlo, pues, de un modo adecuado, eficaz, con buen resultado, etc.: todas estas son interpretaciones posibles de la palabra "esmerada". Pero *Y* se decide luego a emplear, con la finalidad de ahorrar tiempo o por cualesquiera otros motivos maliciosos, unos procedimientos de trabajo que, según él lo sabe de antemano, no darán otro resultado que el de alcanzar la mera apariencia de algo bien hecho cuando tenga que entregar esa cosa; a *Y* le consta que, aunque ese objeto lucirá impecable cuando lo entregue (que es cuando cobra el precio por su trabajo), en realidad tendrá más de un vicio oculto. El Sr. *Y* saca sus cuentas de ese modo y, en efecto, realiza su trabajo valiéndose de dichos procedimientos. Ahora bien: supóngase que *Y* se equivocó en su apreciación sobre la eficiencia de los procedimientos de trabajo empleados, de manera tal que (a pesar suyo) el resultado del trabajo es bueno. También cabrían hipótesis más extremas análogamente, como la de alquien que realiza en estado hipnótico o sonámbulo su obligación de hacer. Como vemos, es perfectamente concebible el caso de que una obligación de hacer sea ejecutada con independencia de cuál haya sido la voluntad real, existente o no, de aquel que efectúa los hechos materiales correspondientes a la obligación que tiene. Quiere decir, por tanto, que el cumplimiento jurídico de ese tipo de obligaciones puede tener lugar sin que tenga pertinencia, para juzgar al respecto, el traer a colación el tipo de voluntad del agente.

IV. El cumplimiento en las obligaciones de hacer y en las de no-hacer (conclusión): (b) bastan meros hechos jurídicos.

Tanto para el cumplimiento de las obligaciones de hacer, como para el de las de no-hacer, en sistemas como el del Código Civil uruguayo no se exige otra cosa que la realización material del contenido –positivo o negativo, respectivamente– de la obligación contraída. Desde el punto de vista del derecho positivo son del todo irrelevantes, esos efectos, los fenómenos psicológicos que acompañen o dejen de acompañar, en la mente del agente legitimado para el cumplimiento, la prestación (activa o pasiva) que a este le corresponde obligacionalmente. En definitiva, pues, meros **hechos jurídicos** son los que bastan para alcanzar el cumplimiento en las obligaciones de hacer y en las de no-hacer.

Cuestión más compleja es la de categorizar la naturaleza del cumplimiento en las obligaciones de dar, esto es, en aquellas donde el deudor está obligado a entregar alguna cosa en "pago" de su obligación. Al respecto existe abundante literatura, en la que se presentan opiniones encontradas. A vuelo de pájaro, en los apartados que siguen señalaremos las principales tendencias doctrinales sobre ese punto, para acotarles enseguida nuestras propias observaciones críticas. Hay tres hipótesis principales en cuanto a la naturaleza del cumplimiento en las obligaciones de dar, a saber: que él sea considerado como negocio jurídico bilateral, como negocio jurídico unilateral o como acto jurídico. Examinémoslas por su orden, con referencia a las disposiciones del Código Civil uruguayo.

V. Obligaciones de dar: (a) su cumplimiento entendido como negocio jurídico bilateral (crítica).

Si se encara como negocio jurídico bilateral, el pago no queda cumplido con la simple actuación del deudor cuando este procede a entregar la cosa debida. Se requeriría, además, que esta sea **aceptada** por parte de quien está legitimado (por ejem-

plo, en virtud de convenio) para recibir tal prestación. Si el acreedor se niega —sin razón jurídicamente valedera— a admitir el pago, no por ello quedaría el deudor liberado desde ya de su obligación: sino que haría falta que este ofreciese dicho pago y que, además, realizase el depósito de la cosa debida (oblación y consignación). En este último caso, tal depósito vendría a ser un equivalente de la aceptación material del pago por parte del acreedor. De modo que en todas estas hipótesis se considera que no bastaría, para que haya cumplimiento, una actividad unilateral del deudor.

En contra del punto de vista que acaba de indicarse, y atento a la noción de "negocio jurídico" que fue fijada más atrás (**supra** II), basta con hacer ver la siguiente objeción fundamental: puesto que el cumplimiento es un **acto debido**, por definición él queda fuera del campo que abarcan los negocios jurídicos. De manera que, justamente por tratarse de un acto debido, su cumplimiento no podrá consistir sino en una de estas cosas: ya sea en un **acto jurídico**, ya sea en un **hecho jurídico.**

Por otro lado, además se ha entendido que el negocio jurídico no puede ser llevado a cabo sino por partes que llenen, cada una de ellas, la totalidad de los siguientes requisitos indispensables: capacidad, voluntad, manifestación o declaración de voluntad, causa. Sin embargo, el Derecho positivo uruguayo admite el pago entre incapaces (art. 1456 del Cód. Civ.); por lo menos en tal caso, por tanto, no habría negocio jurídico (siempre que se admita que aquellos requisitos son esenciales para que se configure este).

VI. Obligaciones de dar (continuación): (b) su cumplimiento entendido como negocio jurídico unilateral (crítica).

Desde este segundo punto de vista se considera que, a pesar de hacer falta la recepción del pago para que este constituya cumplimiento, dicha recepción no implicaría empero la configuración de una voluntad negocial por parte del acreedor. Tal recepción sería apenas un simple presupuesto material de hecho, que no tendría un valor distinto al de otros elementos del mundo de la naturaleza (como, por ejemplo, el desplazamiento físico del deudor para ir a pagar), los cuales de hecho son necesarios para llegar a la verificación del cumplimiento.

Ante todo, cabe señalar que a este punto de vista le alcanza la misma objeción fundamental formulada contra el anterior (**supra** V, 2do. párrafo). Y también le es aplicable la otra objeción allí formulada (**supra** IV, 3er. párrafo), aunque esta es siempre menos decisiva que la primera.

Por otro lado, hay quien maneja además otra crítica. Se señala que, en el cumplimiento, el efecto jurídico no sería congruente con el contenido de la voluntad del agente, y que por eso no se puede tratar de un negocio jurídico. Se dice que ese agente no quiere directamente la extinción de la obligación, efecto propio del cumplimiento, sino que lo que aquel desea es actuar el contenido mismo de dicha obligación. Sin embargo, cabe pensar que no es un argumento de mucha fuerza. Porque desde el ángulo de lo psicológico, antes bien sucede que, por lo normal, el deudor quiere más que nada liberarse de su obligación, y es justamente por eso que la cumple (no a la inversa). Y sobre todo, no se ve en qué disposición del Código Civil podría basarse una afirmación en el sentido de que, para el Derecho uruguayo, tenga distinta relevancia que la intención del agente sea la primera de las indicadas o la segunda o (si se quiere) ambas acumuladas.

VII. Obligaciones de dar (continuación): (c) su cumplimiento entendido como acto jurídico (crítica).

Según este tercer punto de vista, bastaría simplemente con que fuese voluntario el **comportamiento** en que consiste la prestación debida. No se requeriría una voluntad "negocial" en el deudor, o sea, una voluntad que apunte específicamente a la extinción del vínculo obligacional. No sería siempre igual el tipo de calificación de la voluntad requerido, la dirección precisa a que ha de apuntar ella; pero, eso sí, tendría que darse la existencia real de tal voluntad, sea en una u otra forma, y que diga alguna relación con la conducta mediante la cual se verifica el cumplimiento.

Hay un argumento importante en favor de la relevancia jurídica que la **clase** de voluntad que esté en juego pueda tener, en cada caso, para que determinada prestación constituya o no un "cumplimiento". En efecto, idéntica conducta puede aportar significados jurídicos muy diferentes; y la diferencia puede depender de probanzas acerca de cuál ha sido la **real** voluntad (**animus solvendi, animus donandi,** etc.) del agente. Por ejemplo: si como prestatario tengo una deuda exigible de $1.000 frente a un amigo, y le entrego $1.000 como regalo, no he cumplido con aquella deuda.

Continuando con el ejemplo dado, caben las siguientes acotaciones. Para que esos $1.000, que le entrego a mi amigo, signifiquen un regalo, es imprescindible que mi amigo los acepte en calidad de "regalo" precisamente. Quiere decir que, en realidad, lo que ahí hay es un **nuevo** convenio entre nosotros dos —un flamante contrato de donación— cuando todavía quedaba pendiente una obligación mía (la de pagar $1.000) resultante de un contrato anterior —el de préstamo— contraído con la misma contraparte. Ambos contratos —el de préstamo y el de donación— son del todo independientes entre sí, y en consecuencia lo son las obligaciones que emergen de ellos, por más que uno y otro hayan sido celebrados entre las mismas partes. Esto es: por la circunstancia de que celebramos ese nuevo contrato, el de donación, convenimos (al menos tácitamente) que los $1.000 que ahora le entrego a mi amigo, en cumplimiento de este nuevo contrato, nada tienen que ver con aquellos otros $1.000 que le adeudo por el préstamo.

Por medio de un nuevo contrato entre los interesados, estos pueden disponer, pues, que él cumplimiento de obligaciones emergentes de uno anterior, celebrado entre las mismas partes, no tenga lugar en tal o cual circunstancia. Sin embargo, esto no autoriza a extraer conclusiones de orden general en cuanto a lo que es **típico** en materia de cumplimiento, es decir, acerca de cómo se verifica este cuando **no** se producen esas interferencias (excepcionales), ya sea las del tipo a que corresponde el ejemplo propuesto o las de otros análogos. Es cierto, por tanto, que en algunos casos, como en el del ejemplo dado, se puede presentar la circunstancia de que la voluntad de las partes tome una relevancia para determinar si cierta prestación constituye o no el cumplimiento de cierta obligación; pero esto ocurre solo por excepción.

Todo ello resulta aún mucho más evidente si, por hipótesis, las consideraciones efectuadas son extendidas al campo de las obligaciones de no-hacer. Por ejemplo: me comprometo a no abandonar Montevideo por el término de un mes; y resulta que, enseguida de haber contraído esa obligación, caigo en un estado de coma que dura cinco semanas. Lo normal es que esto implique que he cumplido. No obstante, nada habría que pudiera impedirme llegar a un acuerdo con mi acreedor, en el sentido de convenir con él, una vez que salí de mi estado de coma, que no he cumplido "cabalmente" con la abstención prometida. Ahora bien, a partir de este ejemplo, ¿tendría sentido inferir, como principio general, que el cumplimiento de las obligaciones de no-hacer debe ser consciente y voluntario?

Volviendo a las obligaciones de dar, retomemos el ejemplo del pago de los $1.000. Supóngase que se los entrego a mi amigo, pero diciéndole, en ese acto, que se los dono. Mi amigo, en el instante de recibir ese dinero en la mano, me contesta, sin embargo, que acepta tal suma como pago del préstamo y no como donación. En ese caso, ¿tendría yo derecho a obtener la devolución de la cantidad entregada, reclamándola por vía judicial, alegando que no se formalizó el contrato de donación (puesto que la otra parte no lo consintió) y que lo que yo quise no fue cumplir mi obligación de devolver lo prestado? Es obvio que ningún juez haría lugar a una acción semejante, basada en un supuesto cuasicontrato de pago indebido. Y al rechazar la demanda, ello no sería por invocación de la compensación legal (arts. 1497 y sigs. del Cód. Civ.), ya que ahí no existió ningún "pago indebido". (Según el art. 1312 inc. 1 del Cód. Civ., el actor sólo "tiene derecho a repetir lo pagado, si prueba que no lo debía"; en nuestro ejemplo, por el contrario, justamente "lo debía"). Tal demanda sería judicialmente desechada, por la simple razón de que la deuda que el actor pretende señalar, carece en absoluto de causa jurídica. A mi voluntad, por sí sola, el Derecho no la dota de relevancia para transformar la conducta de efectuar la prestación objetiva jurídicamente exigible —el dar: la entrega de la cosa (adeudada) a quien está obligacionalmente habilitado para recibirla— en algo que sea distinto al cumplimiento debido. Quiere decir que, para que haya cumplimiento, en principio basta con la verificación de la prestación pura y simple (piense lo que piense el agente de la entrega).

Quedaría aún otro caso por considerar ¿Qué pasa si alguien debe dos prestaciones idénticas frente al mismo acreedor, pero cada una de ellas debidas a distinto título (por ejemplo, una como pago por compraventa, otra como satisfacción de una renta de pago periódico), y el deudor paga sólo una de las dos? ¿No sería aquí relevante el **animus** con que se efectúe el pago, para determinar cuál de ambas obligaciones fue cumplida y cuál no? Una primera precisión, frente a este problema: importa subrayar que, sea cual fuere la respuesta que le corresponda, ella no afecta los términos de las soluciones a que antes se arribó, las que caben frente a las situaciones comunes. Para estas, según vimos, el **animus** con que se efectúa el pago es jurídicamente irrelevante. En el mejor de los casos, acaso podría llegarse a la conclusión de que, ante

el nuevo tipo de ejemplos, pero a riguroso título de **excepción** (art. 1476 del Cód. Civ.), ahí sí llega a importar jurídicamente el contenido de la voluntad del agente, para determinar la imputación del pago. Y cabe agregar una segunda precisión: en esas situaciones excepcionales, dicha imputación unilateral no procede sino cuando entre las partes **no** existe acuerdo para determinar bilateralmente a cuál obligación corresponde el pago. Solo a falta de un tal acuerdo, pues, el Derecho se ve en la necesidad de asignar a una sola de esas voluntades, la del deudor, un papel determinante para decidir dónde hay cumplimiento. En los demás casos, los corrientes, esa voluntad sigue siendo irrelevante.

VIII. Obligaciones de dar (conclusión): (d) en general, para su cumplimiento basta un hecho jurídico.

Importa no perder de vista que solo frente a situaciones muy especiales, por ejemplo, la señalada al final del numeral precedente o la de nuevo contrato (aclaratorio) entre los mismos deudor y acreedor, el Código Civil toma en cuenta la voluntad del sujeto que cumple con su obligación de dar. Resulta obvio que semejantes casos, por ser tan especiales, no sirven para que, sobre su base, sea edificada una teoría **general** del cumplimiento. En consecuencia, también respecto al cumplimiento de las obligaciones de dar, es cierto que, en general (y aunque existen excepciones), aquel se configura como un simple **hecho jurídico.**

IX. Conclusiones generales.

¿Es procedente una teoría **general** con respecto a la "esencia" del cumplimiento de las obligaciones del derecho privado? Si no damos por presupuesto, en forma axiomática, que esta pregunta ha de ser contestada de modo afirmativo, las puertas se abren a la posibilidad de una reflexión crítica. La pregunta implica, en efecto, la posibilidad de cuestionar la pertinencia de teorías **unitarias** a ese respecto; esto es, de aquellas para las cuales dicho cumplimiento tiene que significar, para **todas y cada una** de las situaciones obligacionales, la concreción de casos correspondientes a **uno solo** de los tres tipos de categorías examinados: negocio jurídico, acto jurídico, hecho jurídico. Claro que el asunto puede zanjarse mediante el expediente de una cómoda petición de principio: dar por admitida **a priori** una determinada respuesta, presuponer esta o aquella "naturaleza" del cumplimiento, en vez de interrogar qué disposiciones del derecho positivo la confirman o la ponen en duda. Con tal "método", cualquier respuesta se autolegitima. Pero si se prefiere no tomar el camino de la tautología, resulta más problemático justificar que corresponda una respuesta idéntica para todos los casos de "cumplimiento". Por el hecho de que esta palabra sirva para hacer referencia a una serie de situaciones que en efecto presentan **ciertos** rasgos comunes, de eso no se sigue que **todas** ellas tengan necesariamente que presentar una "naturaleza jurídica" uniforme, incardinarse dentro de **una** sola de las tres grandes categorías indicadas (3).

De lo expuesto en los numerales anteriores surge que, en la mayoría de los casos, el cumplimiento funciona como un **simple hecho jurídico.** Es verdad que la voluntad del agente podría estar presupuesta en la prestación si esta es invocada desde un ángulo psico-sociológico. Pero el derecho no hace depender la calificación jurídica para la conducta verificante del cumplimiento, del hecho de que eventualmente exista aquella voluntad, ni de cuál sea el contenido cualitativo de esta. Lo dicho no quita que en algunos casos especiales, determinados en forma directa por la ley (por ejemplo, la imputación de la paga en la situación prevista por el art. 1476 del Cód. Civ.) o que al menos son legitimados de modo mediato por el derecho objetivo (por ejemplo, en requisitos que las partes establecen por contrato), sea posible que llegue a requerirse un **acto jurídico** para que haya cumplimiento.

Contra la conclusión apuntada, de que el cumplimiento no configura en general más que un hecho jurídico, se ha dicho que si el actuar humano no es el producto de una voluntad consciente, entonces tal actuar quedaría reducido a un simple acontecimiento natural; y se piensa que no es posible admitir tal cosa, ya que ello valdría tanto como afirmar que el orden jurídico desconoce la "eminente dignidad" que la persona humana tiene como sujeto de derecho. Frente a este tipo de reflexiones, de cuño iusnaturalista, por lo menos caben dos observaciones. Helas aquí:

---

(3) A conclusión similar hubimos de llegar, por ejemplo, en cuanto a la "naturaleza jurídica" de las acciones posesorias: cf. el trabajo mencionado al final de la n. 1.

1. En cuanto a las relaciones entre el "actuar humano" y el "simple acontecimiento natural", se trata de una cuestión bastante compleja, que involucra muchos puntos: intríngulis semánticos y también de fondo. Habría que discutir, por ejemplo, si la voluntad humana no constituye, ella también, otro acontecimiento "natural" (si lo es o si no lo es, o si acaso lo es pero con caracteres peculiares, etc.); y después habría que averiguar qué importancia tiene ello, en realidad, para la conformación de tales o cuáles disposiciones del derecho positivo y para las elaboraciones jurídico-doctrinarias a su propósito. Se trata de una cuestión que escapa al ámbito del presente trabajo, concierne a la filosofía del derecho.

2. Alguien podría sostener, con independencia de lo que se refiere al punto anterior, que un simple acontecimiento natural (noción que, por lo demás, habría que empezar por definir con precisión) no puede importarle al derecho. No cabría admitir la posibilidad de que existan aspectos **jurídicamente** relevantes en ese "acontecimiento natural"; vale decir, que este sería por esencia inhábil para ofrecer aspectos que el derecho positivo esté en condiciones de categorizar, para otorgarles unos efectos jurídicos. Pero una negación de tal índole no significa, como es obvio, otra cosa que una petición de principio. Por cuanto, si no se quiere empezar a construir la casa por el techo, lo que correspondería —si dicha negación pretende algo más que fundarse simplemente en sí misma— es empezar por demostrar, en cambio, que esa apreciación se ajusta a lo establecido en el Derecho positivo al cual ella se le imputa. Y ese no es el caso, según hemos visto, en cuanto a los requisitos jurídicos que la ley exige para el cumplimiento.

En definitiva. De acuerdo al sistema de Derecho positivo establecido en el Código Civil uruguayo, el principio general es que la naturaleza del cumplimiento se inscribe en la categoría de los simples **hechos jurídicos.** No obstante, por acuerdo entre partes interesadas, y además en ciertas situaciones excepcionales que en forma especial prevé la ley, hay casos en que la naturaleza del cumplimiento llega a corresponder a la categoría de los **actos jurídicos.**

* * *

LA IMPUGNACION EN EL PROCESO CIVIL

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

CAPITULO II

LA IMPUGNACION EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL CIVIL

INDICE

Pág.

A. El régimen de "apelaciones" en nuestro sistema procesal civil 98

1. Generalidades 98

2. Características del régimen. 99
   a. Interposición 99
   b. Resoluciones apelables 99
   c. Plazo para apelar 100
   d. Elementos de la apelación 100
      (1) Objeto de la apelación 100
      (2) Legitimación para apelar 102
         (a) Tercerista 102
         (b) Intervención de tercero en la apelación. 102
         (c) La apelación del abogado director 103
   e. Efectos de la apelación 103

3. Formalidades de la apelación 105
   a. Plazo para interponer el recurso. 105
   b. Escritura 105
   c. Papel 106

4. La apelación adhesiva. 106
   a. Concepto. 106
   b. Requisitos 106
      (1) Perjuicio que debe recibir el adherente 106
      (2) No haber recurrido con anterioridad 107
   c. Tipos de apelación a que puede adherirse un interesado, procedimiento y legitimación 107

5. Apelación de hecho. 108

A. El régimen de "apelaciones" en nuestro sistema procesal civil.

1. Generalidades.

La apelación es el medio impugnativo más utilizado en nuestro sistema procesal civil. Con ellas se origina una segunda instancia, la cual, por su uso, se ha convertido en una "fase" normal de todos los procesos. Sin embargo, no es necesario que un proceso deba, para que su sentencia sea válida o para que adquiera la eficacia del caso, sufrir una segunda instancia.

La segunda instancia y la simple revisión de las resoluciones que no resuelven el caso, son una garantía de rango constitucional (79), que en la práctica, en el constante vivir del derecho, se han convertido no solo en el ejercicio de esa garantía (80) de corrección o de revisión de las resoluciones, sino que se usa con el único propósito de atrasar los procesos. A veces los recursos, en especial el de apelación, son usados para que el proceso se atrase y no se dicte la resolución final, o bien para que esta no adquiera firmeza, demorando al sistema en toda su integridad.

De lo dicho anteriormente se desprende la importancia del estudio de la apelación (81). La apelación no requiere de causales para su interposición. Es un recurso ordinario que basta querer interponerlo para realizarlo. Este fenómeno es el que referido a sentencias, Mauro Cappelletti denomina la glorificación de las impugnaciones. Es producto de una "desvalorización del juicio de primer grado" (82), pues las sentencias de primera instancia normalmente no surten eficacia por sí mismas, sino hasta haber sufrido un trámite de impugnación normal: la apelación. A esto se adiciona el hecho de que a veces podría darse un trámite más de impugnación, que podríamos llamar anormal y, que consiste en el recurso de casación. Tanto en la apelación como en los casos menos normales en que cabe la casación, las partes perdidosas recurren con el ánimo de atrasar el proceso y perjudicar al oponente.

El régimen de las apelaciones en Costa Rica depende, como lógicamente ocurre en cualquier sistema escrito (e inclusive oral) del tipo de resoluciones que se impugne. De modo que "las resoluciones que dictan los tribunales son de tres clases: a) las de simple impulso, b) las de dirección —porque implican un juicio valorativo y al mismo tiempo suponen una orientación del proceso— y, por último c) las llamadas resoluciones de decisión, sean las que se traducen en lo que generalmente se llama sentencia. . . Estas tres clases de resoluciones que están señaladas en el Código corresponden a las providencias, a los autos y a las sentencias (ver artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles). Dentro de esta clasificación encontramos una resolución intermedia, el llamado auto con carácter de sentencia, que aunque no aparece en la enumeración que hace el Código de los distintos tipos de resoluciones, sí lo encontramos posteriormente, al hablar de los recursos y en otras partes del Código" (83). Esta clasificación es el sustrato sobre el que se monta el régimen de las impugnaciones.

Ahora, independientemente de si una resolución determinada es apelable o no, del estudio de la apelación podremos concluir que no toda resolución es apelable.

La apelación es un recurso ordinario pues está

---

(79) El artículo 41 de la Constitución vigente establece que la justicia debe ser pronta y cumplida. Para que una resolución sea justa es necesario —o al menos posible— que otro juez pueda revisarla. Esto es posible a través de la impugnación.

(80) El ordenamiento jurídico garantiza que las resoluciones que contengan error o vicio puedan ser subsanadas. Esta garantía que el ordenamiento da a los litigantes significa elementalmente, la búsqueda de la verdad real.

(81) Infra, p. 96-101.

(82) CAPPELLETTI, M., Proceso, ideología y sociedad (Trad. del italiano, EJEA, Buenos Aires, 1974) p. 278. La desvalorización a que alude este autor atiende a que la sentencia (juicio) de primer grado no es revisada en cuanto a los errores de derecho del juez como ocurre en los países socialistas, ni como ocurre en los anglosajones, sino que una revisión de todo es un "juicio de novo, extendido a hechos nuevos, a nuevas excepciones y a pruebas nuevas y que no está limitado. . . solo a errores de derecho en que ha incurrido el juez de primer grado. El resultado es que en primer grado, la causa no está aún ganada ni perdida. El primer grado es solo una larga fase de espera, una especie añosa y con frecuencia extenuante y penosa antecámara para llegar al fin a esa fase de apelación; y esta última es el juicio verdadero, al menos para la parte que económicamente se lo puede permitir", op. cit., p. 278-9. Es necesario aclarar que en nuestro sistema la segunda instancia no siempre es un "juicio de novo". Está limitada como más adelante se verá en este capítulo. A modo de adelanto citamos el artículo 888 del C. Proc. Civ. el cual establece qué hechos (art. 198 C. Proc. Civ.) y pruebas se pueden pedir y aportar en la segunda instancia y, pese a hallarse algo limitada, no escapa a lo que Cappelletti llama "la glorificación de las impugnaciones".

(83) BLANCO QUIROS, M., supra nota 42, p. 99.

prevista como una situación normal del proceso (84) y, no requiere causales establecidas por la ley para su interposición, ni debe sustanciarse desde que se interpone.

Consiste —la apelación— en someter la resolución de un juez inferior a la autoridad de su superior, con el fin de que este segundo juez —ad quem— revise dicha resolución con la intención de revocarla, en vista de que deparó un daño —agravio— a la parte recurrente.

Por ordinario se suelen entender dos diferentes sucesos. En una primera noción es ordinario el recurso que no necesita causales previamente establecidas por la ley para su interposición. La segunda noción entiende como ordinario aquel recurso que se concede de modo normal contra las resoluciones que no han adquirido firmeza (85). Ambas posiciones doctrinales no son coincidentes pero tampoco se oponen y, complementándose ambas maneras de ver el asunto se aceptan y asimilan.

Hemos dicho que una de las razones para tener a la apelación como un recurso ordinario radica en el hecho de que no se necesitan causales para su interposición. Esto no es del todo correcto. Si bien no se necesitan causales previas para su interposición (cosa que no ocurre con la casación —véase artículos 902 y 903 del Código de Procedimientos Civiles—), la sustanciación de éste ante el juez ad quem no es ni más ni menos que la demostración del agravio. El recurso pretende demostrar un vicio que produce un daño. De suerte que si a primera vista pareciera cierto que la apelación no necesita causales previamente establecidas por la ley, sí necesita al menos de una causal producto del descontento por la resolución que es impugnada, esto es que se produzca un agravio. Aunque no es necesario que al interponer el recurso de apelación se haga la expresión de agravios para que la pretensión prospere, es necesario demostrar el agravio ante el superior. Con la demostración se evidencia el perjuicio y el vicio o error de la resolución recurrida (86).

El agravio no es ni más ni menos que "la lesión o perjuicio que recibe una persona en sus derechos o intereses en virtud de una resolución judicial" (87).

2. Características del régimen.

El régimen de las apelaciones en nuestro sistema tiene las siguientes características:

a. Interposición.

La apelación se puede interponer por sí sola o de modo subsidiario. Se interpone de modo directo o por sí sola en las siguientes hipótesis: cuando el litigante decide recurrir mediante apelación una de las siguientes resoluciones: autos, autos con carácter de sentencia y sentencias; cuando la resolución solo tiene apelación, por ejemplo las sentencias de primera instancia. Se interpone de modo subsidiario cuando existiendo la posibilidad de interponer primero el recurso de revocatoria, se hace uso de ambos, lo cual, a tenor del artículo 858 del Código de Procedimientos Civiles actual, es potestativo del recurrente. En caso de hacerse uso de ambos recursos, se resuelve como en lógica corresponde, primero respecto de la revocatoria y posteriormente de la apelación (art. 859 Cód. Proc. Civ.).

Nuestro Código de Procedimientos Civiles muestra intentos loables de lograr celeridad, por ejemplo los artículos 860, 861 y 862, primer párrafo. Si el juez considera que quien pide revocatoria lleva razón, de inmediato procede a dictar la modificación. La revocatoria, por contrario imperio, hace ganar tiempo. El artículo 861 del C. Proc. Civ. permite al juez revocar los autos que hubiere dictado (debe entenderse dentro de tercero día de dictado, no de su notificación). El artículo 862, primer párrafo, del C. Proc. Civ. es una norma sana, ya que sin ella podría darse una serie interminable de recurso sobre recurso.

b. Resoluciones apelables.

En cuanto al tipo de resoluciones apelables la regla no es del todo simple. Al respecto es necesario tener presente por un lado si se trata de una resolución de un proceso ordinario de mayor cuan-

---

(84) ALSINA, H., supra nota 25, Tomo IV, P. 190, se manifiesta en este sentido, mientras que BLANCO QUIROS, supra nota 42, p. 105-106 dice que lo que importa es la existencia o no de causales para que un recurso sea ordinario.

(85) Véase por ejemplo a PALLARES, E., supra nota 70, p. 441 y s.s., así como la nota anterior.

(86) Recuérdese, para mayor claridad, que en el caso de la revocatoria, basta con interponerla y no hay necesidad de dar mayor explicación. El juez puede revocar o no y a él le toca determinar si lo hace, sin más elemento de prueba que la solicitud de revocatoria.

(87) PALLARES, E., supra nota 5, p. 74.

tía (lo que en doctrina y técnica procesal moderna se denomina proceso de conocimiento plenario) o, si por el contrario la resolución se da en un proceso de menor cuantía o de "cognición abreviada". La regla de uno y otro es precisamente inversa pues en línea de principio, todos los autos de los procesos plenarios son impugnables mediante la apelación (véase artículos 865 y siguientes del C. Proc. Civ.) en tanto que de acuerdo con el artículo 380, segundo párrafo del mismo cuerpo de leyes, la norma tiene su excepción en los procesos de menor cuantía (88). Independientemente del hecho de que una resolución se dé en un proceso de mayor o de menor cuantía, son apelables las siguientes resoluciones: autos, autos con carácter de sentencia, sentencia de primera instancia y las resoluciones en los procesos de jurisdicción voluntaria. No tiene apelación ninguna sentencia dictada por las salas civiles ni por los tribunales superiores civiles. Tampoco tienen apelación las resoluciones de la Sala de Casación.

c. Plazo para apelar.

En cuanto al plazo para apelar este varía dependiendo de la resolución de que se trate. Si la resolución recurrida es de mayor o de menor cuantía el plazo varía tratándose de apelaciones de sentencias. Los autos son apelables en el caso de procesos de mayor y de menor cuantía dentro de un término de tres días (artículo 858, párrafo segundo del C. Proc. Civ.) El conteo se inicia después de notificada la última parte a tenor de lo que expresa el artículo 105 del C. Proc. Civ.

Respecto a las sentencias, si la apelación es en un plenario, el plazo es de cinco días según lo establece el artículo 863 del C. Proc. Civ. Si la resolución es de un proceso de cognición abreviada, el plazo es de tres días al tenor del artículo 372 del C. Proc. Civ.

Si es un auto con carácter de sentencia este es recurrible dentro de los cinco días siguientes al día en que quedó notificada a todas las partes. El artículo 863 del C. Proc. Civ. plantea el siguiente problema: el artículo 380 del C. Proc. Civ. dispone que al proceso de menor cuantía se apliquen las normas del de mayor cuantía en lo que aquel guarde silencio y, resulta que respecto de los autos con carácter de sentencia la regulación de menor cuantía guarda silencio. Entonces, ¿cómo deben interpretarse los artículos 380, 372 y 863, frente a los autos con carácter de sentencia (89)? La interpretación debe llevar a lo siguiente: en menor cuantía debe interponerse la apelación de tales resoluciones dentro de los tres días y no dentro de los cinco días. Se aplica el artículo 372 y no el 863, ambos del C. Proc. Civ. La razón para esto es doble: la sentencia en un proceso es la resolución de mayor importancia, así que no parece lógico que un auto con carácter de sentencia tenga un plazo mayor para ser recurrido que la sentencia misma; en realidad el auto con carácter de sentencia es para los efectos del artículo 372 del C. Proc. Civ. una sentencia, pues pone fin al asunto interlocutoriamente o, definitivamente resuelve alguna incidencia. Además, en el inciso segundo del artículo 81 del C. Proc. Civ. se incluyen a tales "autos" y a las sentencias. En realidad estos autos no son corrientes, son "autos sentencia".

d. Elementos de la apelación.

(1) Objeto de la apelación.

El objeto de la apelación está compuesto por todas aquellas resoluciones viciosas que las partes (o los interesados) deciden elevar al superior. El vicio puede consistir en una nulidad (90), en una violación al derecho de fondo o a la ley procesal, sin que ninguno de estos últimos supuestos implique nulidad. Las sentencias de segunda instancia y las resoluciones de la alzada no tienen apelación. La razón de esto obedece a que la apelación implica una alzada y, en nuestro medio no hay más que dos instancias. De haber algún órgano jurisdiccio-

---

(88) De suerte que en mayor cuantía son apelables todas las resoluciones —autos— salvo que la ley establezca lo contrario por ejemplo los artículos 862, párrafo primero y 857 del C. Proc. Civ.

(89) El artículo 372 del C. Proc. Civ. en lo que interesa dice: "Esa sentencia es apelable en ambos efectos. La apelación debe interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación a todas las partes. . .". El artículo 380 dice textualmente: "Las disposiciones establecidas para el juicio ordinario de mayor cuantía serán aplicables al de menor cuantía en los casos en que guarde silencio el presente Título". El artículo 863 dispone: "Las sentencias definitivas de todo negocio, y las demás resoluciones de las que habla el inciso segundo del artículo 81, serán apelables dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de ellas". El artículo 81, inciso segundo dice: "Sentencias, si deciden definitivamente las cuestiones debatidas, o si resuelven sobre excepciones perentorias, o sobre cuestiones incidentales que pongan término al principal objeto de la acción, por hacer imposible su continuación o reiteración; y. . ." Las "demás resoluciones" a que se refiere el artículo 863 transcrito, son los autos con carácter de sentencia.

(90) Recuérdese que en Costa Rica las nulidades de resoluciones se alegan junto con el recurso procedente.

nal que pudiese conocer de las apelaciones que se resuelven en segunda instancia, se desvirtuaría ese principio. La segunda instancia es, en el caso de apelaciones de resoluciones de alcaldes, realizadas por un juez (órgano unipersonal), pero aún en este caso no puede haber una tercera instancia. La segunda instancia puede tramitarse ante una Sala Civil o un Tribunal Superior Civil (órganos pluripersonales), si el recurso es contra el fallo de un juez. Por instancia entendemos la "revisión" de una resolución por un juez (unipersonal o pluripersonal) diferente de aquel que la dictó y, se funda en razones de justicia y de derecho. De ahí que la Casación no sea una instancia, pues la "revisión" en ésta es solo en derecho. También son apelables aquellas resoluciones de procesos de jurisdicción voluntaria que la ley expresamente determina (91). Para este caso hay que tener presente quién es el apelante, pues si lo es el promovente de la jurisdicción voluntaria, los efectos de la apelación son diferentes a los que se producen si quien recurre no es el promovente (arts. 866 y 897 del C. Proc. Civ.).

Para Chiovenda "la segunda instancia puede ser reglamentada de tres maneras: a) equiparando totalmente la primera instancia a la segunda instancia; b) limitando la segunda con la prohibición de recibir pruebas; c) limitando la segunda en la apreciación de los hechos, respecto de cuya apreciación se reputarán firmes las conclusiones a que hubiere llegado el tribunal de primera instancia" (92). En Costa Rica, tratándose de autos, el objeto del recurso de apelación está limitado al examen de lo actuado por el juez a quo y propuestas o no nuevas pruebas, el juez ad quem examina lo actuado por el juez de primera instancia. Para estos casos no hay ningún trámite para que las partes ofrezcan nuevas pruebas, por la sencilla razón de que cuando se apela de un auto, lo que se hace es pedirle al juez superior que examine limitadamente lo que hizo el inferior. No hay necesidad de nuevas probanzas, lo que impide ordenar una prueba. El apelante pone en manos del superior la resolución y este la analiza a la luz de los hechos y pruebas hechas y realizadas por el inferior.

Si lo recurrido es un auto con carácter de sentencia o una sentencia, la situación es diferente. Aunque no se aceptan nuevas pretensiones de fondo (aunque sí las procesales pertinentes), sí se acepta que el apelante proponga nuevas pruebas para esclarecer mejor los hechos que en sentencia se resolvieron. Ahora, la recepción de pruebas en general, se encuentra limitada.

Las nuevas pruebas documentales se limitan a aquellos casos de documentos de fecha posterior, o de cuya existencia jure no conocer el apelante sino hasta que las presentó. Lo mismo de aquellas que no había podido conseguir, siempre que no sea imputable al apelante, o aquellas que sirvan para combatir excepciones de la contraparte o sean prueba complementaria. (Artículos 198 y 888 del C. Proc. Civ.).

Igual ocurre con la prueba testimonial.

De la confesional solo se acepta una única proposición y, debe acompañarse de una vez con el interrogatorio para que el juez la admita o rechace, cosa que no ocurre con la prueba confesional propuesta ante el juez de primera instancia, pues el interrogatorio se califica al momento de recibirse la prueba. En la segunda instancia se propone y se presenta el interrogatorio en el mismo momento. El juez ad quem califica las preguntas y decide si admite o no la prueba. Además, en la primera instancia la solicitud de confesión se puede hacer en cualquier momento antes de la citación de partes para sentencia, mientras que en la segunda instancia solo se puede pedir dentro de los tres días del emplazamiento.

En cuanto a la resolución recurrida, el juez de segunda instancia tiene amplias facultades. Puede confirmar la resolución y dejarla tal y como la dictó el juez a quo. Puede reformarla sin hacer más gravosa la situación del apelante único, es decir en su beneficio.

La actuación del juez ad quem está limitada por lo que el recurrente pide reformar. Si lo apelado de una sentencia es únicamente la condena en costas, solo eso puede reexaminar el superior. Pero dentro de esto, sus facultades solo las limita la reforma en perjuicio.

De acuerdo con la legislación procesal la segunda instancia está limitada. Pero al convertirse esta en una etapa de rigor que las partes hacen sufrir al proceso, los tribunales de alzada se saturan

---

(91) Artículos 718, 783 y 793 del C. Proc. Civ. por ejemplo.

(92) CHIOVENDA, citado por BODENSIEK SARMIENTO, J., Teoría de la apelación en el proceso civil colombiano (Temis, Bogotá, 1974) p. 16.

de casos y de trabajo, lo que dificulta la terminación de los procesos. Los litigantes deben tener presente esto para evitar el atraso irresponsable y falto de moral profesional que su actuación implica.

Los abusos de los litigantes devienen cuando recomiendan a su cliente recurrir para perder tiempo (y para justificar sus honorarios).

(2) Legitimación para apelar.

En línea de principio solo pueden apelar las partes litigantes, pues ellas son las principales perjudicadas con la resolución que en proceso se dicte. Sin embargo la resolución podría afectar a terceros, de ahí que exista la apelación de tercero. Otros sujetos son susceptibles de apelar alguna resolución, como es el caso del tercerista.

(a) Tercerista.

Respecto del tercerista nuestra jurisprudencia ha dicho (93) —con muy buen tino— que éste, aunque no es parte demandada ni actor, sí es parte litigante en el proceso y, es lo que en doctrina se conoce como "tercero interviniente" (94). El tercerista puede apelar de una resolución sin que se le considere tercero para los efectos del recurso, pues si se le considerase tercero, quedaría sujeto a una serie de normas diferentes atinentes a la intervención de tercero en la apelación que es el punto inmediato de desarrollo.

(b) Intervención de tercero en la apelación.

Los terceros pueden apelar de los autos, las sentencias y los autos con carácter de sentencia con todas las limitaciones y normas estudiadas, siempre que se den dos condiciones: a) que la resolución les depare algún perjuicio, b) que la resolución no haya adquirido firmeza. Lo anterior lo dispone el artículo 864, párrafo primero del C. Proc. Civ.

Para prever que el tercero no se convierta en una carga, se permite a las partes —cualquiera de ellas—, al ser notificadas de la apelación del tercero, solicitar que se le ordene afianzar. El juez fija la fianza, que es un gravamen para impedir que se interpongan apelaciones impertinentes, tendientes a obstaculizar el buen funcionamiento del proceso. Si el apelante que no es parte pierde su recurso, debe pagar los daños y perjuicios que ocasionó a los litigantes.

En relación al pago de los daños y perjuicios que ocasione el tercero apelante se presenta lo siguiente: la norma (art. 864 del C. Proc. Civ.) expresa que deben pagarse los daños y perjuicios "causados", lo que significa que el litigante que crea que se le ocasionó algún daño debe demostrarlo. Esta situación parece injusta pues si el tercero apelante no gana su recurso, la simple pérdida de tiempo que su intervención provocó es suficiente daño para que se le exija un resarcimiento. El dinero depositado a título de fianza debe tenerse como indemnización fija para los litigantes, sin necesidad de demostrarse los daños y perjuicios.

Si el tercero apelante es obligado a depositar una determinada suma de dinero y no lo hace, su recurso no se atiende. Esto es lo que expresa el párrafo segundo del art. 864 del C. Proc. Civ. El depósito debe hacerse dentro de los tres días posteriores a la resolución que lo ordena. Nótese que este caso, desde el momento de la interposición del recurso, su audiencia a las otras partes, la posibilidad de que alguna de ellas exija el afianzamiento y el juez lo ordene, ha pasado mucho tiempo y, tal vez en vano, si el tercero recurrente decide no depositar lo que se le ordena. Es necesario sancionar al tercero recurrente cuando habiéndosele ordenado afianzar no lo hace. Actualmente no se le escucha. La sanción debe ser drástica y enérgica —como una multa— pues no solo se burló de las partes y el juez, sino que su gestión implicó un desgaste de fuerzas procesales. Esto repercute en los otros casos que el juez tiene en conocimiento y, el atraso altera no solo a un proceso, sino a todo un sistema organizado de trabajo.

Para el caso del que ha afianzado, el depósito podría convertirse en multa o reparación fija de daños y perjuicios, como una verdadera cláusula penal. Téngase presente que puede haber colusión del tercero con alguna de las partes con el fin de ocultar bienes o ganar tiempo. Esto produciría un daño difícil de demostrar para el litigante que actúa de buena fe. Por otro lado, demostrar los da-

---

(93) Se puede citar la resolución del Tribunal Superior Civil de San José No. 10 de enero de 1975, Digesto de Jurisprudencia de la Corte, la cual expresa que el tercerista no es un tercero en la relación procesal.

(94) Los artículos 492 a 503 del C. Proc. Civ. regulan la tercería en nuestro medio. PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, L., supra nota 48, ps. 74-8, nos habla de las intervenciones de tercero y, dice que son tres: la principal, la adhesiva o coadyuvante y la intervención forzosa. Al respecto se puede consultar a PALLARES, E., supra nota 70, ps. 156-9.

ños y perjuicios es a la postre, dividir esfuerzos, y el litigante lesionado posiblemente preferirá no cobrar los daños y perjuicios para no perder más tiempo. La solución de este asunto puede contemplar la buena fe del tercero apelante, tal como ocurre con el instituto de las costas.

(c) La apelación del abogado director.

Es la apelación que hace el abogado director de uno de los litigantes siempre que afirme que su cliente está ausente o imposibilitado para firmar. Son requisitos para la apelación del abogado director haber autenticado los últimos dos escritos y, que su cliente posteriormente ratifique lo actuado por su abogado. Se trata de un abogado que no es apoderado de su cliente.

Surgen dos dudas: ¿qué pasa cuando hay que apelar del primer auto y el agobado solo ha autenticado un único escrito: el de interposición de la demanda (o su contestación)? ¿Qué pasa si el cliente se imposibilita por más de tres días para ratificar lo actuado por su abogado y, desde qué momento se empiezan a contar estos tres días: desde que se interpone el recurso o desde que el plazo vence?

Respecto de la primera duda la respuesta parece ser, por la necesidad e interpretación posibles, que se tiene por abogado director a aquel que dirige la causa y en caso de duda, a aquel que autenticó los dos últimos escritos. Si no hay duda posible por ser uno solo el abogado interviniente, parece lógico que se tenga por director a éste.

Respecto de la segunda duda la respuesta es doble: si el cliente está ausente por más de tres días se pierde la alzada. Las partes con litigios pendientes deben velar por ellos y tener presente que en cualquier momento puede dictarse una resolución que les ocasione perjuicio. Además, existe el instituto del apoderado especial judicial. Si la imposibilidad es física pueden hacerse dos cosas: a) ratificar la apelación pidiendo a alguien que le firme a ruego del cliente impedido o bien esperar que dentro de los tres días sobrevenga la curación del impedimento y el cliente pueda firmar personalmente el escrito de ratificación. Si la imposibilidad es absoluta (como sería el caso de un estado de "coma" o inconsciencia) rige el principio de derecho de que a lo imposible nadie está obligado. El momento para contar el plazo de tres días se inicia cuando el abogado director interpone el recurso y no desde el vencimiento del plazo para apelar, pues se sujeta la validez de la apelación a la ratificación del cliente, el cual es el verdadero legitimado para apelar.

Es preciso criticar este artículo 864 del Código de Procedimientos Civiles, pues no parece necesario que la parte ratifique la apelación del abogado director cuando, es el litigante y no su abogado, quien debe firmar el escrito de sustanciación ante el superior. Por otro lado, el abogado director, como bien lo dice el término, dirige a su cliente, recomendándole apelar o no según sea oportuno. Además, si una persona busca a un abogado es porque lo considera competente para que atienda su asunto. El abogado es quien prepara el escrito de apelación. Si el abogado director actúa en beneficio y a favor de su cliente, no es necesario que éste lo ratifique cuando actúa a su favor, aunque puede conservar la posibilidad de desistir del recurso.

e. Efectos de la apelación.

"Tradicionalmente los efectos de la apelación han sido el suspensivo y el devolutivo, distinción que fue tomada del derecho canónico. Antiguamente, en Roma, toda apelación tenía efecto suspensivo, únicamente" (95). Por su parte, Alvaro Leal nos dice que *"por regla general —tiene— dos efectos simultáneos y correlativos: suspender el ejercicio de la jurisdicción en el juez del conocimiento y transferirlo (devolverlo) al superior; excepcionalmente la ley suprime el primero en algunos eventos con miras a que la interposición y trámite del recurso no puedan utilizarse ilícitamente por quien lo propone sirviéndose de él como medio dilatorio* (96). En nuestro sistema la apelación tiene dos diferentes efectos. En un solo efecto se devuelve al superior la jurisdicción, pero el juez a quo puede seguir conociendo de la causa (artículo 871 del C. Proc. Civ.), salvo casos de excepción (inc. c, art. 872, C. Proc. Civ.). Nuestra ley también prevé los casos en que el juez a quo no solo le devuelve al superior la jurisdicción, sino que además pierde la suya, de modo que se suspenden

---

(95) CARAVANTES, Citado por BODENSIEK SARMIENTO, J., supra nota 92, p. 28.

(96) LEAL MONTERO, A., Teoría del proceso civil - Las instituciones procesales (2da. ed., Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1966) p. 342.

los efectos de la resolución recurrida. A esto se le conoce en nuestra legislación como "ambos efectos".

Al recurso admitido en un solo efecto se le llama devolutivo porque, devuelve la jurisdicción; al de "ambos efectos" se le conoce como suspensivo.

Por regla general la apelación de autos se admite en un solo efecto (art. 865 C. Proc. Civ.) y, en los casos de sentencias definitivas o autos con carácter de sentencia se admite en ambos efectos. La apelación de autos se admite en un solo efecto para evitar que las partes utilicen este recurso para atrasar el proceso. En este caso, el juez a quo sigue conociendo de lo que aún no ha sido apelado: así por ejemplo, si el demandado apela del auto que le da traslado, pese a ello, debe contestar la demanda. De lo contrario se le vencerá el plazo y eventualmente podrá el actor acusar la rebeldía, teniéndose por contestada la demanda de modo afirmativo. Aún cuando la apelación de autos es admitida en un solo efecto y al juez a quo no se le suspende la jurisdicción, el proceso siempre se atrasa. La ejecución del auto apelado en un efecto, en algunos casos, solo podrá llevarse a cabo previa fianza de resultas, lo que por sí mismo significa un atraso. Sin embargo, es preferible esperar a que el superior confirme la resolución recurrida, pues de lo contrario se corre el riesgo de perder la fianza de resultas. (Inc. i, art. 872 C. de Proc. Civ.).

Tratándose de la apelación admisible en un solo efecto el litigante debe tener presente, todos los mandatos y actos a que lo sujeta el proceso, de lo contrario se le podría vencer algún plazo. Debe contestar la demanda aunque apele del auto que le da traslado, en especial si tiene para alegar, excepciones previas. Otro caso, cuando el juez ordena el afianzamiento de costas al momento de la apertura a pruebas. Muchas veces, los litigantes apelan del afianzamiento para que su contraparte descuide la continuidad del proceso y no deposite hasta tanto el superior resuelva. Así, cuando la contraparte se dispone a depositar (cuando el superior devuelve el asunto al juez a quo) ya pasó el plazo para ofrecer pruebas, quedando sin ellas. Esperar la resolución que defina el monto del afianzamiento, no es motivo para desatender la fianza apelada, debiéndose cumplir tal orden para ser oído y además, deberá ofrecerse la prueba. Si el período del ofrecimiento vence mientras el juez ad quem conoce de la apelación, se habrá perdido tal oportunidad. Lo anterior es un ardid utilizado por los abogados para dejar sin pruebas a la contraparte, pues a menudo se olvida un efecto tan elemental como el anterior señalado.

Cuando la apelación es admitida en ambos efectos, no solo se devuelve la jurisdicción al juez ad quem, sino que el inferior queda inhibido para ejecutar lo fallado y, para seguir conociendo de la causa principal, salvo lo que establece el artículo 870 del Código de Procedimientos Civiles (97).

En Costa Rica se acostumbra llamar a la apelación admitida en un solo efecto, apelación admitida en el efecto devolutivo y, a la admitida en ambos efectos, apelación admitida en el efecto suspensivo. Esto produce una confusión en los litigantes pues en ambos casos la jurisdicción se devuelve (98). Reiteramos por su importancia el concepto anterior: de la diferencia entre un efecto y ambos efectos, depende la necesidad de que se continúen los trámites del proceso principal.

La ley exige de los jueces definir si admiten una apelación en uno o en ambos efectos (art. 868 de C. Proc. Civ.). El omitir esto no es motivo de adición o de aclaración pues, el auto que admite un recurso no es una sentencia y estas (la adición y la aclaración) proceden únicamente respecto de sentencias oscuras u omisas. Quedaría a la parte determinar por sí misma, si la apelación es admisible en uno o en ambos efectos. Esta labor de determinación, inicialmente en manos del juez, se transfiere al litigante. Aunque la actuación del juez podría ser motivo de queja y, en caso de una pérdida irreparable exigirle responsabilidad, las partes, en especial sus abogados, conocen el derecho —no puede alegarse ignorancia de la ley debidamente publicada—, debiendo saber si la resolución recurrida debe admitirse en uno o en ambos efectos. Por ello, la posible responsabilidad del juez desaparece ante tal principio.

---

(97) Art. 870: "Admitida la apelación en ambos efectos, se suspenderá la ejecución de la sentencia o auto recurrido mientras no vuelvan los autos del Tribunal Superior y, quedará también suspensa la jurisdicción del juez para seguir conociendo del negocio principal y de las incidencias a que pueda dar lugar. Sin embargo podrá el juez seguir conociendo: 1) de los incidentes que se tramiten en pieza separada, formada antes de admitirse la apelación, 2) de todo lo que se refiere a la administración, custodia y conservación de los bienes embargados, 3) de lo relativo a la seguridad y depósito de las personas, 4) de lo referente a la sustanciación del recurso. . ., 5) de lo referente a la deserción del recurso. . .".

(98) Esta confusión puede significar la pérdida de un proceso.

Las partes tienen la facultad de pedirle al juez ad quem que, una apelación admitida en un solo efecto sea transformada y admitida en ambos efectos o viceversa. Esto es posible si las partes hacen su solicitud dentro del emplazamiento para sustentar la apelación. El juez ad quem puede, si le parece oportuno, hacer la conversión solicitada (arts. 873 y 874 del C. Proc. Civ.). La razón de la conversión radica en el hecho de que los efectos son diferentes. Quien pide la conversión de un recurso admitido en un solo efecto logra dos cosas: a) que se suspenda la jurisdicción del juez a quo y, b) que los beneficios que haya ganado su contraparte con la resolución recurrida solo puedan ser ejecutados hasta que el superior confirme lo actuado por el juez a quo.

La situación contraria tiende a que una apelación admitida en ambos efectos, con las prerrogativas anteriores, sea convertida a un efecto.

3. Formalidades de la apelación.

La apelación no es un recurso formalista, pero esto no quiere decir que carezca de formalidades, sino que son pocas y ninguna reviste la característica de fórmula sacramental. Comparado con los recursos formalistas, como casación, las exigencias del recurso de apelación son mínimas. Para su admisión se requieren pocas formalidades y el trámite en la segunda instancia es sencillo.

a. Plazo para interponer el recurso.

Para interponer el recurso de apelación es necesario tener presente lo siguiente: si lo que se recurre es un auto —tanto de menor como de mayor cuantía—, la apelación debe interponerse dentro de los tres días posteriores a la notificación del auto que se quiere recurrir. Pasado ese término, el auto adquiere firmeza, lo que lo convierte en inatacable. Es inimpugnable. Si lo que se quiere apelar es una sentencia de primera instancia o, un auto con tal carácter, hay que diferenciar si es de un proceso de mayor o de menor cuantía, pues varía el plazo. En la primera hipótesis es de cinco días mientras que en la segunda es de tres días.

b. Escritura.

La interposición debe hacerse por escrito, llevar la firma del apelante y la de su abogado, debiendo expresarse además que se apela de determinada resolución. Es preciso determinar este hecho, así como el proceso a que se refiere el recurso. Pero ante todo, lo importante es determinar la resolución impugnada. Al respecto ha dicho la jurisprudencia que, "si en un escrito de apelación, el abogado de la parte demandada se dice apoderado de una sociedad que no es parte en el juicio, tal error no tiene mayor trascendencia, pues dicho abogado es apoderado general de la sociedad demandada y en tal carácter se apersonó en juicio, citando en el escrito la hora y fecha de la resolución apelada, identificando el juicio y dando el nombre correcto de las partes" (99). También ha dicho la jurisprudencia: *"resulta intrascendente a los efectos de negar la validez a la apelación el que, por inadvertencia, dijera el recurrente que actuaba como apoderado de la demandada cuando lo hacía por el actor, o que se refiere a una resolución del mes "próximo pasado" cuando era el mismo mes en que se presentaba el escrito, pues esos detalles no son obstáculo de ninguna manera para tenerlo por bien planteado, ya que basta que pueda identificarse correctamente la resolución (recurrida) que ha sido motivo de recurso, que no hay posibilidad de confundirla con otra, para que el juez la tenga por hecha"* (100). Y, esto lo ha reiterado muchas veces (101). Como se ve la apelación no solo no es un recurso formalista, sino que tampoco ciertos errores son suficientes para rechazarla. Si la impugnación fue interpuesta en tiempo, mediante un escrito que identifica la resolución diciendo al menos "apelo", está bien interpuesta.

La sencillez en las formalidades ha sido acogida por los jueces. En una ocasión, a un apelante que no acreditó su personería, se le admitió su

---

(99) Sala Primera Civil, No. 316 de 8.55 hrs. del 5-8-75, Digesto Jurisprudencia de la Corte.

(100) Tribunal Superior Civil, No. 699 de 14:15 hrs. del 26-9-74, Digesto de Jurisprudencia de la Corte.

(101) Por ejemplo, la resolución de la Sala Segunda Civil, No. 337, de 15:20 hrs. del 1 de Nov. 1973, Digesto de Jurisprudencia, que en lo que interesa dice: "si ha sido un mismo abogado quien ha figurado en el juicio como apoderado judicial del actor, al consignar en el escrito de apelación del fallo que lo hacía como "apoderado judicial del demandado", tal error es sencillamente intrascendente para no darle curso a su alzada".

recurso por considerarse que la comprobación de la personería es un presupuesto de eficacia y no de validez del recurso (102). Lógicamente, si es un presupuesto de eficacia, la comprobación de su personería es un requisito de ineludible cumplimiento; de lo contrario el recurso no se tramita mientras no se presente la certificación correspondiente. La autenticación de la firma del recurrente por su abogado o, al menos por un abogado (lo que en práctica forense se llama "u.p.l.p." —autenticación únicamente para la presentación—), es un requisito de validez, pues la ley exige el patrocinio letrado. Todo escrito debe autenticarse por un abogado para que sea válido (103) y surta eficacia (104).

c. Papel.

El papel tiene importancia cuando la apelación es admitida en uno o en ambos efectos y, en relación al papel existente en el expediente.

Si la apelación es admitida en un solo efecto, al interponer el recurso es necesario dejar una plana en limpio o bien, agregar otro folio, so pena de inadmisibilidad del recurso. Esto lo establece el artículo 872, inciso a) del C. Proc. Civ. La ley declara que es necesario agregar un folio en limpio en el supuesto de que la interposición de la apelación no dejase una hoja también en limpio. Sin embargo la Sala Primera Civil rechazó una apelación de hecho porque un apelante no cumplió con ambos requisitos. Se consideró mal interpuesta la apelación de derecho (la que dio origen a la apelación de hecho) pues el apelante no aportó un folio más, sin considerarse si sobraba o no una plana en limpio en el escrito de interposición. El error consistió en afirmar que **siempre** es necesario aportar tal pliego (105).

Si la apelación es admitida en ambos efectos, se remite el expediente al superior y, no es necesario que se aporte papel para resolver lo que corresponda, salvo claro está, que no lo haya, en cuyo caso debe aportarse por lo menos una hoja en limpio, para que se admita o rechase el recurso y, a la vez, para que se prevenga papel.

Al admitir la apelación, el juez debe prevenir papel. Si no lo hace es porque tiene suficiente papel para proveer.

Una vez admitida la apelación, en el mismo auto en que se admite se le da plazo a las partes para que concurran ante el superior a hacer valer sus derechos y, a la vez, se le previene al apelante la presentación de papel. Este plazo es importante para que la parte que no ha apelado pueda adherirse el recurso, que es el tema de análisis inmediato.

4. La apelación adhesiva.

a. Concepto.

La adhesión a la apelación o apelación adhesiva es una institución procesal que permite a la parte que no ha recurrido "apegarse" al recurso que interpone su contraparte.

b. Requisitos.

Las condiciones para que pueda hacerlo son las siguientes:

(1) Perjuicio que debe recibir el adherente.

Quien se adhiere a la apelación debe resultar perjudicado por la resolución recurrida (106). La parte victoriosa en todas sus pretensiones no puede

---

(102) Tribunal Superior Civil, San José, No. 599 de 26 de setiembre de 1974, Digesto de Jurisprudencia de la Corte: "Fue bien admitida la apelación interpuesta, sin que ocurriera ninguna prórroga de términos, si lo ocurrido fue que presentada la misma en tiempo, por el representante legal de la actora, no fue cursada de inmediato por no haberse comprobado aún la personería con que gestionaba el petente, la manifestación precisa de inconformidad escrita y debidamente autenticada y emanada del representante legal, fue hecha dentro del término de ley, siendo la comprobación de la personería solo un requisito simple para darle curso a la gestión ya hecha por quien sí tenía derecho para ello, sin ampliación de términos".

(103) Art. 1050, C. Proc. Civ.

(104) Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 237 de 1977, Digesto de Jurisprudencia de la Corte: "Procede declarar mal admitida la apelación interpuesta por la actora ya que el escrito original enq ue se presentó carecía de firma autenticante y la circunstancia de que la copia de ese escrito sí estuviera autenticada no es motivo suficiente para atender tal recurso, pues en cuanto a copias existen otras reglas, las que permiten que las mismas puedan ir suscritas por la parte y por su director judicial. . .".

(105) Sala Primera Civil, No. 313 de 8:30 hrs. del 9-10-73, Digesto de Jurisprudencia de la Corte: "La ley procesal exige al apelante al presentar su escrito dejar en limpio por lo menos un plan y acompañar una hoja de papel más; (el subrayado es nuestro) el secretario no recibirá el escrito sin esa hoja más de papel, y si lo recibiera por error o se enviara así por correo se declarará la inadmisibilidad del recurso de manera que si el apelante no cumplió con esos requisitos, la apelación de derecho debe rechazarse de plano y en consecuencia la de hecho también". El error consiste en manifestar que hay que aportar un pliego más aparte de que sobre una plana en el escrito de interposición de la apelación, pues lo cierto es que esta hoja debe agregarse únicamente en el supuesto de que no quede una plana en tal escrito.

(106) El art. 887 del C. Proc. Civ. dice textualmente: "el apelado vencido en parte de sus pretensiones puede adherirse a la apelación dentro del término del emplazamiento. . .".

adherirse a la apelación. Sí puede contestar la apelación para que la resolución recurrida no sea alterada, ya que ella le depara una expectativa de derecho (107). Tal defensa no necesita adhesión.

La ratio de esta disposición radica en que si una parte logra sus pretensiones, no tiene por qué recurrir. Adherirse a la apelación implica recurrir (108).

(2) No haber recurrido con anterioridad.

Quien se adhiere no debe haber recurrido con anterioridad y mucho menos, habérsele rechazado su recurso (109). La ley procesal contempla la posibilidad de que las partes interpongan recursos impertinentes con el ánimo de atrasar el proceso. De ahí que se establezcan mecanismos para proteger la celeridad procesal. El juez puede rechazar las interposiciones de recurso que no se ajusten a la ley. Cuando un recurso ha sido rechazado por este motivo, el apelante no puede pretender adherirse a la impugnación de su contraparte. Es una sanción por no sujetarse al proceso y al juez y, consiste en la pérdida o declinación temporal de su derecho a recurrir. Esta situación se da para evitar que por vía de adhesión se burlen las sanciones procesales y cargas impuestas.

c. Tipos de apelación a que puede adherirse un interesado, procedimiento y legitimación.

¿Contra qué tipo de apelaciones puede adherirse un interesado?

¿Cuál es el procedimiento para hacer uso del instituto y, quién se puede adherir a la apelación?

El artículo 887 del C. Proc. Civ. regula el instituto en examen. Es sumamente parco y a la vez deficiente. No se ocupa de todos los extremos y situaciones que podrían darse. No se refiere a cuáles resoluciones apelables puede adherirse la parte que no apeló y que cumple con las condiciones antes apuntadas (las del primer párrafo del art. 887 del C. Proc. Civ.).

Se puede adherir a la apelación aquel que se encuentra en la condición de apelado. Aquel a quien su contraparte (o un tercero interesado) interpuso una apelación. A esta apelación, Prieto Castro y Ferrandiz la llaman "principal" (110).

Quien se adhiere no solo debe ser vencido en parte de sus pretensiones, sino que además debió resultar vencedor en algo. Si perdió todas sus pretensiones entonces debe apelar y, no esperar a que lo haga la contraparte para luego adherirse. La ratio del instituto en examen es permitirle a la parte que no ha perdido todas sus pretensiones, abstenerse de apelar, pero sin perjuicio de hacerlo (111). Esto para el caso de que la contraparte decida impugnar. La posición de nuestro Código es esa pues, como lo dice don Antonio Picado, *"no es posible admitir que quien ha resultado vencido totalmente en el pleito y no ha apelado en tiempo, pueda luego adherirse a la apelación que sobre costas ha interpuesto la parte vencedora. . ."* (112).

La apelación adhesiva procede contra las sentencias y autos (inclusive los autos con carácter de sentencia), que sean apelados por la contraparte o un interesado. Nuestra jurisprudencia sostiene que la adhesión al recurso de apelación solo se da cuando lo impugnado es una sentencia (113) o, un auto

---

(107) En realidad es una expectativa de derecho y no un derecho consolidado pues, al estar recurrida la resolución, los derechos que esta otorga están suspensos. De ser confirmada la resolución en segunda instancia, la expectativa de derecho pasa a ser un derecho. Podría confundir el hecho de que existen resoluciones apelables en un solo efecto y, que en el proceso impugnativo pueden ejecutarse previa fianza de resultas, pero esto no debe llevar a engaño, pues el superior podría no confirmar lo recurrido y con ello perderse la fianza hecha. En cuanto a la naturaleza de la sentencia recurrida puede consultarse a BODENSIEK SARMIENTO, J., supra nota 92, ps. 81-8.

(108) Los tribunales le han dado el alcance que realmente tiene al artículo 887 del C. Proc. Civ. y, lo demuestra la siguiente resolución del Trib. Sup. Civil, San José, No. 826 de 8:30 hrs. del 29-9-75, Digesto de Jurisprudencia de la Corte: "de conformidad con la clara disposición del Código de Procedimientos Civiles, el apelado vencido en parte de sus pretensiones, puede adherirse a la apelación, dentro del término del emplazamiento; en la especie la tercería se declaró sin lugar y se condenó a ambas costas al tercerista, de donde se sigue que el ejecutante no ha sido vencido en parte de sus pretensiones, de suerte que siendo así, su adhesión a la apelación del tercerista no es de recibo". En el mismo sentido: Trib. Sup. Civ., San José, No. 265 de 9:20 hrs. del 12 de abril de 1978.

(109) La segunda parte del párrafo primero del artículo 887 del C. Proc. Civ. expresa: ". . . pero no podrá hacer uso de ese derecho si su recurso ha sido rechazado en primera instancia o declarado desierto".

(110) PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, L., supra nota 48, p. 254.

(111) Idem, p. 255.

(112) PICADO, A., Explicación a las reformas al Código de Procedimientos Civiles (Imprenta Nacional, San José, 1937) P. 382.

(113) Trib. Sup. Civ., No. 687 de 1974, Digesto de Jurisprudencia de la Corte: "el instituto de la adhesión se da exclusivamente en el caso de apelaciones contra sentencias o autos que tengan el carácter de tales y no contra simples autos". En ese mismo sentido, Trib. Sup. Civ., No. 636 y 689, ambas del mismo año que la anterior.

con carácter de sentencia. Sin embargo, el artículo 887 del C. Proc. Civ. no prohíbe expresamente la adhesión a una apelación de un auto. El artículo en cuestión es totalmente genérico, como genérico es el capítulo en que se ubica: "Disposiciones generales sobre la sustanciación de las apelaciones en la segunda instancia, aplicables a toda clase de sentencias y autos". No hay razón para impedirle a la parte adherirse cuando lo apelado no sea una sentencia.

La parquedad del artículo 887 del C. Proc. Civ. es conflictiva. No permite saber a ciencia cierta si el legislador quiso eliminar o dio por un hecho una determinada situación; por ejemplo: el artículo 864 del C. Proc. Civ. faculta a cualquier interesado a apelar cuando una resolución le ocasiona algún tipo de perjuicio (siempre que la resolución no esté firme); entonces, ¿puede un tercero adherirse a la apelación que interpone una parte? Siendo el Código un todo orgánico y, existiendo una norma que faculta a un determinado tercero para apelar de una resolución y, existiendo una norma que permite la adhesión, parece lógico que el tercero pueda adherirse. De lo contrario los únicos legitimados para hacer uso de este instituto serían las partes. El Código no hace una determinación de los legitimados. Al relacionarse los artículos 864 y 887 del C. de Proc. Civ. se deduce una legitimación a favor del tercero.

La jurisprudencia, con buen tino, ha establecido que la apelación adhesiva debe presentarse ante el juez ad quem (114), pues el juez a quo ya no tiene competencia y no existe norma expresa al respecto.

El instituto en estudio se llama "adhesión a la apelación", ¿querrá esto decir que quien se adhiere lo hace únicamente respecto de los puntos que la contraparte objeta o constituyen lo medular de su apelación? La respuesta solo puede ser una: la apelación adhesiva es una apelación independiente de la principal. No está limitada por aquella. Lo que se hace depender del otro litigante es la iniciativa en la apelación, no en el contenido de esta. Evidentemente, lo que perjudica a una parte, no necesariamente perjudica a la otra, ni tampoco necesariamente la beneficia. No debe plantearse límite a la apelación adhesiva. Por otro lado, el desistimiento y la deserción de la apelación principal, no conlleva la declinación de la apelación adhesiva. La una no es accesoria de la otra.

5. Apelación de hecho.

a. Concepto.

Así como para enmendar los errores cometidos por los juzgadores existen los recursos, para el evento de que lo rechazado por error sea precisamente la interposición de una apelación, existe la "apelación de hecho". Tocará al superior decidir si admite el recurso o mantiene lo resuelto por el inferior (la inadmisibilidad del recurso).

La apelación de hecho es un recurso formalista y existe jurisprudencia muy reiterada en ese sentido (115).

Jaime Guasp nos dice que *"cuando un órgano jurisdiccional dicta una resolución que no tanto es injusta en cuanto al fondo, cuanto impide la revisión de la resolución misma, cabe acudir directamente al superior utilizandó lo que el derecho positivo llama no recurso de apelación, sino Recurso de Queja. . ."* (116).

En nuestro medio la apelación de hecho es el modo de impugnar una resolución que denegó una apelación. En otras legislaciones, concretamente en la española, el recurso de queja es el equivalente de la apelación de hecho y, sirve para recurrir las resoluciones que rechazan apelaciones y recursos de casación (117). Esto último no es posible en nuestro medio.

La apelación de hecho consiste en someter al juez ad quem la resolución que deniega un recurso, para que este decida si fue bien rechazado o debe admitirse. Si considera que el juez a quo tuvo razón para no admitir el recurso, así lo declarará y denegará la apelación de hecho. Si por el contrario considera que fue mal denegada la apelación de derecho, entonces admite la apelación de hecho y le ordena al inferior que realice los trámites de citación y emplazamiento que procedan para la alzada. Se ordena la admisión del recurso denegado y que motivó el recurso de hecho.

---

(114) Por ejemplo, Sala Primera Civil, No. 408 de 8:25 hrs. del 3 de dic.-74, Trib. Sup. Civ., San José, No. 810 de 10 hrs. del 1-11-74; Trib. Sup. Civ., No. 227 de 1974, Digesto de jurisprudencia de la Corte.

(115) Trib. Sup. Civil, San José, No. 862 de 1973, Digesto de Jurisprudencia de la Corte: "La apelación de hecho es un recurso eminentemente formalista, de manera que para su consideración por los tribunales precisa que el apelante de hecho llene los requisitos especificados por la ley procesal civil y si no se llenan, debe rechazarse de plano".

(116) GUASP, J., supra nota 25, p. 735.

(117) GUASP, J., op cit., p. 735.

La apelación de hecho pretende que se admita una apelación mal rechazada por un juez a quo. Esa es la única pretensión.

b. Es un recurso formalista.

Es un recurso eminentemente formalista y, en demostración de ello puede afirmarse lo siguiente: a) El artículo 877 del C. Proc. Civ. fija los requisitos para interponer el recurso en examen. El art. 879 del C. Proc. Civ. establece que la inobservancia de uno de esos requisitos ocasiona el rechazo de plano del recurso. b) Tal y como ocurre con el recurso de casación, el recurso de apelación de hecho se interpone ante el juez ad quem. La parte recurre directamente ante el juez ad quem alegando los elementos de prueba y convicción necesarios para que éste pueda determinar la admisibilidad del recurso inicial.

La apelación de hecho es un verdadero recurso. La ley procesal lo prevé para impugnar un tipo específico de resoluciones judiciales. Solo opera ante un determinado supuesto: la denegatoria de admisión de una apelación interpuesta.

c. El nombre del recurso.

En cuanto al nombre, este recurso es conocido por las legislaciones y la doctrina de muy variadas maneras. La nuestra lo llama apelación de hecho (de ahí que para efectos didácticos a la apelación de hecho se contrapone la apelación de derecho). En España se le llama recurso de queja por inadmisión o simplemente recurso de queja (118). Alcalá-Zamora y Castillo, al realizar las "Bases de trabajo para redactar el articulado del Proyecto del Código Procesal Civil Costarricense" (119) propuso que se le llamara subrecurso de queja. El doctor Olman Arguedas, al comentar las "bases" de Alcalá-Zamora, sostiene que la utilización del vocablo "queja" es incorrecta en nuestro medio por cuanto existe un recurso que se conoce como tal. Aquel "que tiene por finalidad la imposición de una medida disciplinaria" (120). Por esa razón propuso llamarlo "subrecurso de apelación". En el Congreso Jurídico Nacional de 1977, la propuesta del Dr. Arguedas fue acogida con la siguiente variante: "apelación por inadmisión" (121).

d. Formalidades de la apelación de hecho.

En la apelación de hecho los formalismos son muy rigurosos con la intención de darle al juez ad quem una idea prima facie del fundamento del recurso. Así se otorga seguridad a las partes litigantes.

(1) Primera formalidad.

El artículo 877 del C. Proc. Civ. establece los requisitos que deben cumplirse para interponer válidamente la apelación de hecho. La primera formalidad consiste en presentar la apelación por escrito, en papel acorde con la cuantía del proceso y cumpliendo los siguientes requisitos.

(a) Requisito primero.

Establecer "los datos generales del negocio que se requieran para su identificación" (inc. 1 del art. 877 del C. Proc. Civ.). Es decir, se deben identificar las partes, la clase de proceso y el juez que conoce de la primera instancia.

(b) Requisito segundo.

Indicar "la fecha del auto de que se apeló y aquella en que quedó notificada la resolución a todas las partes" (inc. 2 del art. 877 del C. Proc. Civ.). Así el juez ad quem, al estudiar el caso en cuestión puede determinar desde qué momento fue apelable la resolución que originó el recurso y, si este fue interpuesto dentro del plazo de ley. Al respecto, la jurisprudencia ha sido muy clara, determinando que "en la apelación de hecho todos los requisitos solemnes deben llenarse a cabalidad para ser admitida, entre ellos las fechas, que deben ser exactas, pues las solemnidades de esos requisitos no es concebible que se den en forma inexacta, ya que la ley hace alusión a las fechas, pero a las exactas" (122).

(c) Requisito tercero.

Fijar "la fecha en que se presentó la apelación

---

(118) Véase al respecto a FAIREN GUILLEN, V., Temas de ordenamiento procesal civil, (Tecnos, Madrid, 1969) I, ps. 604-18; PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, supra nota 48, p. 256.

(119) ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, supra nota 21, p. 29.

(120) ARGUEDAS SALAZAR, O., supra nota 21, p. 50.

(121) ARGUEDAS SALAZAR, O., supra nota 66, p. 136.

(122) Trib. Sup. Civil, San José, No. 691 de 8:15 hrs. del 9-10-73. En ese mismo sentido, Sala Primera Civil, No. 131 del 17 de marzo de 1975, ambas en el Digesto de Jurisprudencia de la Corte.

ante el juez a quo" (inc. 3 del art. 877 del C. Proc. Civ.). Con esto se completa el primer aspecto que debe examinar el juez: si la apelación inicial fue presentada dentro del plazo de ley. Caso contrario, se rechaza la apelación de hecho.

(d) Requisito cuarto.

Aportar "copia literal del auto en que se desestimó" (inc. 4 del art. 877 del C. Proc. Civ.), "el recurrente no tendrá necesidad de presentar, certificada, la copia de que trata el inciso cuarto anterior, pero deberá afirmar que la que incluye su escrito es exacta" (párrafo final del mismo artículo 877). La norma no es clara. No se determina si la copia literal y exacta debe transcribirse en el escrito o sencillamente, acompañar en pliego aparte una que sea literal; eso sí, afirmando en el escrito que es exacta.

Si el artículo en cuestión dice que no es necesario aportar certificación del auto, que basta con una copia literal y que se afirme que es exacta, ¿si se aporta una certificación será preciso que se afirme la exactitud? La certificación implica una afirmación de exactitud y, el párrafo final del artículo 877 del C. Proc. Civ. hace eco de eso pues no condiciona tal aseveración (de exactitud) si lo que se aporta es copia certificada. Tales documentos, mientras "no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirma en ellos haber realizado el mismo o haber pasado en su presencia en el ejercicio de sus funciones" (artículo 735 del Código Civil vigente). En alguna ocasión se ha afirmado que "debe rechazarse de plano la apelación de hecho por informal, si la copia que se presentó del auto que rechazó el recurso de derecho no tiene la afirmación de que es exacta, sino que se limita a decir que es literal" (123), elevando a fórmula sacramental el uso de aquella palabra (exacta) y, sin considerar otra que sugiera idéntico significado, como podría ser, afirmar que es copia "literal".

Este alcance de fórmula sacramental no es uniforme. En otros fallos se sostiene que si lo que se aporta es una certificación, no es necesario afirmar que es exacta y, a la vez se manifiesta que si lo que se hizo fue copiar íntegramente la resolución, entonces sí es preciso afirmar que es exacta (124).

La ley exige una copia literal y una afirmación de exactitud. Entonces, ¿Podrá aportarse una fotocopia y afirmarse en el escrito que es exacta para tener por cumplida la formalidad? La jurisprudencia se ha manifestado contraria (125), impidiendo al apelante de hecho utilizar la fotocopia si no la certifica. Al respecto se aduce el artículo 732 del Código Civil (126). Sin embargo, este artículo lo que fija son las condiciones para que las fotocopias de los documentos originales tengan el carácter de certificación. En ningún momento prohíbe el uso de las fotocopias como simples copias. Por otro lado, lo que la ley exige es únicamente que sea una copia literal y que se afirme que es exacta, así que parece de recibo aceptar lás fotocopias, siempre que se afirme su exactitud.

Nótese, para los efectos del párrafo anterior que si un apelante de hecho, copia, en escrito aparte la resolución que le deniega la alzada y, en el escrito de interposición del recurso de hecho afirma que es exacta, cumple con la formalidad. La ley no exige que la copia se aporte en el mismo escrito en que se interpone la apelación de hecho, aunque el encabezado del artículo 877 del C. Proc. Civ. dice: *"el escrito contendrá"*. El párrafo final de ese mismo artículo permite aportar una certificación —que necesariamente es independiente del escrito de apelación—, así que no parece una exigencia copiar el auto referido en el mismo escrito de interposición. Si es posible que la parte copie literalmente el auto en examen en escrito diferente

---

(123) Trib. Sup. Civil, No. 862 de 9:15 hrs. del 1-12-1973, Digesto de Jurisprudencia de la Corte.

(124) Por ejemplo las siguientes resoluciones del Trib. Sup. Civ. de San José, No. 862 de 9:15 hrs. del 10-12-73; No. 690 del 9-10-73 (en esta se da carácter de certificación a la cédula de notificación). Sin embargo, el Trib. Sup. Civil, San José, en resolución No. 41 de 15:15 hrs. del 14-1-74, dijo que era preciso afirmar que es exacta, aunque se haya aportado certificación. A su vez, la Sala Segunda Civil, No. 114 de 14:05 hrs. del 5-4-74 dijo que si lo que se aporta es una certificación entonces no es necesario afirmar que es exacta. La misma Sala, No. 35, de 15:15 hrs. del 11-1-74 afirmó que si se aporta una cédula de notificación, entonces hay que afirmar que es exacta. El Trib. Sup. Civil, No. 346 de 1974 manifestó que no era necesario decir: "afirmó que es exacta", sino que bastaba con utilizar cualquier palabra que sustituyera a "afirmó". No hay pues uniformidad en cuanto a los criterios expresados y proliferan los fallos contradictorios al respecto. Todas las citas de jurisprudencia fueron tomadas del "Digesto" de la Corte.

(125) Trib. Sup. Civil, San José, No. 273 de 1974 y No. 515 de 1974. Ambas en Digesto de Jurisprudencia de la Corte.

(126) El art. 732 del Código Civil dice textualmente en su párrafo segundo: "Las fotocopias de los documentos originales tendrán el carácter de este artículo, si el funcionario correspondiente, certifica en ellas la razón de que son copias fieles y cancela con el sello de la oficina las especies fiscales de ley".

del de interposición, entonces parece lógico que deba aceptarse copia fotostática de él.

(e) Requisito quinto.

"Al escrito se acompañará necesariamente una hoja del papel sellado correspondiente, sin lo cual no será admisible el recurso" (inc. 5 del artículo 877 del C. Proc. Civ.). En 1933, cuando se reformó este artículo, la Comisión de los Magistrados había omitido esta exigencia, pero la Comisión del Congreso introdujo tal requisito, que don Antonio Picado comenta así: *"el agregado del inciso quinto tiende a evitar la mala práctica de presentar apelaciones de hecho sin papel para proveer con el único ánimo de atrasar el expediente en el momento más oportuno para el litigante y originar trastornos en la tramitación por la sustanciación tardía de la apelación de hecho"* (127). Tal explicación aclara la ratio jurídica de la disposición actual.

(2) Segunda formalidad.

Comprende el plazo para apelar de hecho y la legitimación.

(a) Plazo para apelar de hecho.

El plazo para apelar de hecho lo determinan los artículos 210 y 878 del C. Proc. Civ., del siguiente modo. Si el juez ad quem reside en el mismo lugar del a quo, el plazo para apelar es de tres días. Cuando tienen domicilios distintos rige el artículo 210 del C. Proc. Civ. El artículo se refiere a la facultad que tiene el juez (ad quem para el caso en examen) para fijarle al demandado que "no resida en el lugar del juicio" el término del emplazamiento "hasta en treinta días" (128). Este es un plazo máximo. La norma deja abierta toda una posibilidad de plazos, "hasta en treinta días", cuando el juez no reside en el mismo lugar del a quo.

Resumiendo, la norma en cuestión no determina cuál es el plazo para apelar de hecho cuando el juez a quo no reside en el mismo lugar del ad quem. Tampoco determina lo que es el "mismo lugar", lo cual sí hacía el antiguo artículo, antes de la reforma de 1933. La regla la regía el artículo 222 (129) estableciendo una operación muy certera para determinar el plazo en cuestión: por cada treinta kilómetros de distancia se aumentaba un día el plazo.

Es más conveniente lo que dispone el artículo 869 del C. Proc. Civ. Se refiere al plazo para que el apelante se presente al superior para sustanciar su recurso y, aunque sobre otra materia, parece ser la regulación más idónea para este caso, pues los artículos 869 y 878 del C. Proc. Civ. son normas ubicadas en el mismo capítulo del Título I del Libro IV del Código (130).

(b) Titularidad para apelar de hecho.

En cuanto a la titularidad, la tesis más acertada es del Tribunal Superior Civil de Alajuela, en el sentido de que para apelar de hecho es titular quien puede apelar (de derecho) (131). Ese es el sentir de la norma pues no hay ningún tipo de prohibición. Pueden apelar de hecho (y eventualmente obtener admisión de su recurso) tanto el actor, como el demandado, los terceros intervinientes y los terceros que reciben algún perjuicio con la resolución.

e) Rechazo de plano.

En cuanto al rechazo de plano, se producirá cuando no se cumplan los requisitos del art. 877 del C. Proc. Civ. La apelación de hecho se da contra el auto que deniega una apelación y no contra la resolución recurrida (132). No se puede apelar de hecho contra una resolución que deja sin efecto otra resolución que deniega una revocatoria con

---

(127) PICADO, A., supra nota 112, p. 374.

(128) El artículo 210 del C. Proc. Civ. en lo conducente dice: "Cuando el que haya de ser emplazado no resida en el lugar del juicio, el juez podrá fijar hasta en treinta días el término del emplazamiento. . ."

(129) El artículo 222 del C. de Proc. Civ. antes de la reforma de 1933 decía: "Cuando el que haya de ser emplazado no resida en el lugar del juicio, el juez podrá aumentar el término del emplazamiento, concediéndole para contestar el que estime necesario, atendiendo a las distancias y medios de comunicación. Si el demandado residiere en el país, ese aumento no podrá exceder de un día por cada treinta kilómetros de distancia. . ." COSTA RICA, Código de Procedimientos Civiles, (Lehmann, San José, 1914) p. 51.

(130) El capítulo I del Título I del Libro IV del Cód. de Procedimientos Civiles se llama "Recursos contra las resoluciones de los jueces y alcaldes".

(131) Tribunal Superior Civil, Alajuela, No. 927 de 16:20 hrs. del 27 de junio de 1974, Digesto de Jurisprudencia de la Corte.

(132) Tribunal Superior Civil, San José, Nos. 32 de 1972; 231 y 552 de 1973 y; 664 de 1975, Digesto de Jurisprudencia de la Corte.

apelación subsidiaria, por haberse perdido el interés jurídico (133). Es preciso recalcar que la apelación de hecho sólo sirve para atacar resoluciones que denieguen una apelación y no las que deniegan otro recurso, como ocurre en otras legislaciones (134).

6. La no reforma en perjuicio.

La mayoría de las legislaciones modernas prohíben la reforma en perjuicio por varias razones: a) La existencia de la prohibición es una garantía para las partes litigantes. Se garantiza la posibilidad de recurrir libremente y, mientras la otra parte no apele, lo más que puede ocurrir es que la resolución impugnada quede igual como la dictó el juez a quo. El primer fundamento de la prohibición de la reforma en perjuicio es el principio de justicia. En el supuesto examinado no se puede hacer más gravosa la situación del recurrente. b) Por las mismas razones, el principio "seguridad" informa las razones que la prohibición impone. c) Siendo la apelación una manifestación del principio dispositivo de las partes, quien limita lo que se puede reformar es el mismo recurrente. Del "petitum" de un recurso se origina lo que el juez puede reformar.

Pallares dice que el principio de la no reformatio in pejus consiste en que "si una de las partes impugna una resolución y la otra se conforma con ella, tácita o expresamente, la sentencia que declara improcedente el recurso no puede modificar la resolución impugnada, dañando al recurrente. Este principio se funda en que los recursos los otorga la ley en beneficio de quien los utiliza y no en su perjuicio. . ." (135).

El artículo 867 del C. Proc. Civ. establece el principio en estudio: "La apelación se considera solo en lo desfavorable al recurrente. El superior no podrá, por lo tanto, enmendar o revocar la resolución en la parte que no es objeto del recurso, salvo que la variación en la parte que comprenda el recurso, requiera necesariamente modificar o revocar otros puntos de la resolución apelada". No se puede revisar lo actuado por el juez a quo, si alguna de las partes no lo hace motivo de su recurso.

Cuando para reformar lo pedido es necesario reformar otras cosas, se faculta al juez para hacerlo, de modo que lo enmendado sea coherente con la sentencia en general. Es una facultad del juez para integrar su sentencia. Esto evita ulteriores solicitudes de "aclaración" y "adición" para que la resolución del ad quem sea un todo coherente.

Cuando ambas partes recurren, precisamente con motivos contrapuestos, porque el objeto de su recurso es el beneficio obtenido por la otra parte, el juez ad quem queda en plena libertad para decidir y, solo estará inhibido para modificar los extremos no recurridos.

Prieto-Castro y Ferrandiz afirma que "conforme al principio dispositivo se prohíbe tal reforma en perjuicio del apelante único" (136), lo cual afirma la posición de nuestro código y permite aclarar mejor la prohibición en estudio.

Es importante determinar si esa prohibición es aplicable a todo recurso. Recuérdese lo dicho de la existencia de tal inhibición basado en razones del orden del valor "justicia", del valor "seguridad" y del principio dispositivo. Si se recurre para enmendar o corregir resoluciones viciosas y, el Estado garantiza esa enmienda mediante los recursos, entonces, parece lógico, como derivación de esa garantía, que la "no reforma en perjuicio" sea un principio general de derecho procesal y no únicamente aplicable al recurso de apelación. Es aplicable a toda impugnación. Por otro lado, la casación y la revisión constriñen su objeto a determinados supuestos, que la ley fija con anterioridad, que es lo único que el recurrente puede alegar, de donde se extrae que no existe contradicción al respecto.

La prohibición de la reforma en perjuicio es un principio de derecho procesal civil aplicable a todos los recursos. Aunque no es necesario que así lo establezca la ley procesal, pues está implícito en las causales que para los demás recursos existen, debería estar ubicado en la parte general del Código y, no refiriéndose únicamente a la apelación.

B. La impugnación en nuestro proceso plenario.

El tema tratado en la primera sección sobre

---

(133) Tribunal Superior Civil, San José, No. 655 de 15:15 hrs. del 16-9-74 Digesto de Jurisprudencia de la Corte.

(134) Véase GUASP. J., supra nota 12, p. 735; FAIREN GUILLEN, V., supra nota 118, ps. 605-18, entre otros.

(135) PALLARES, E., supra nota 5, p. 682.

(136) PRIETO CASTRO y FERRANDIZ, supra nota 48, p. 254.

"el régimen de apelaciones en el sistema procesal civil costarricense", ya contempló lo concerniente a lo que del "régimen" de la impugnación en el proceso plenario, podría decirse en esta sección. Lo dicho, por cuanto la impugnación en el proceso plenario no constituye, por sí misma, una especie ajena del resto del ordenamiento jurídico procesal vigente en materia civil. Y, más propiamente, ajena a lo que es el "régimen de apelaciones" atrás desarrollado.

Ciertamente, la impugnación en el proceso plenario no existe por el proceso plenario. Al respecto el Código de Procedimientos Civiles dedica el Título II del Libro II al "Juicio ordinario de mayor cuantía" y, de los capítulos que componen este título, ninguno está dedicado a la impugnación.

La impugnación constituye una especie autónoma y, si en este trabajo se habla de la impugnación en el proceso plenario, es para tratar de dirigir al ámbito de aplicación de la misma, a manera de llamada de atención, a este solo proceso, que es el más representativo en el derecho procesal civil. La aseveración se hace pensando en que es en el proceso plenario, donde convergen los problemas generales afines al derecho procesal. Se ha escogido este proceso para demostrar que el uso de la impugnación repercutirá con un mayor o menor efecto, según sea la política que sobre tal aplicación se siga.

Mucho se objeta del proceso plenario la extensión cronológica que suele alcanzar. Y la dilatación en los trámites obedece en muchos casos a un "distorsionamiento" del uso de la impugnación. Esto ha originado un esfuerzo en muchas legislaciones por introducir reformas capaces de proporcionar celeridad al proceso. De la impugnación propiamente dicha, las corrientes van dirigidas a una limitación de las apelaciones del proceso cuantitativamente hablando y, en un segundo sentido a limitar las impugnaciones, cualitativamente en este caso.

La primera fórmula se explica en razón de la libertad, que asiste a las partes en el proceso plenario, de apelar todas las resoluciones con muy limitadas excepciones —que en muchos casos se refieren a la fijación de los efectos de la apelación—. Cuando esta intervención no responde a un verdadero agravio de la parte apelante, deja de garantizarse el doble interés con que se estatuyeron los recursos: el privado de las partes y el general o público, por una justicia pronta y cumplida con máximo de seguridad y acierto. De sobra es sabido que en muchos casos las impugnaciones de los autos en el proceso plenario y, hasta de la misma sentencia, son efectuadas por las partes con el único afán de atrasar los procedimientos (137). Sí es conveniente conservar en cambio el recurso de apelación para todas las resoluciones que afecten la defensa en juicio (138). El problema comprende a su vez considerar el debate de segunda instancia como algo excepcional. Así por ejemplo, la segunda instancia sólo permite la recepción de pruebas nuevas cuya existencia se desconocía.

Al momento de introducir una serie de cambios en el proceso plenario y en la sustanciación de las impugnaciones, se requerirá para su éxito de un cambio en la mentalidad de jueces y abogados litigantes.

Para esta situación la opción ha sido en muchos casos, restringir el uso de la apelación en términos numéricos. Pero tratándose de limitaciones cualitativas de las impugnaciones, lo que se pretende con ello, es responsabilizar a las partes de su actuación.

La responsabilidad se alcanza por medio de "cargas" sobre el apelante. La inconformidad de la parte, por el perjuicio que la resolución apelada le produce, no basta entonces para interponer el recurso sino que debe ajustarse a una "seriedad" legal.

Además del "distorsionamiento" de la impugnación en el proceso plenario, puede acortarse otro problema que toca en este caso a "la estructura sistemático procesal" de la impugnación. El problema afecta no solo el proceso plenario sino que trasciende los límites del mismo. Y lo más serio de todo es que se afecta con este síntoma la uniformidad de la impugnación como proceso.

En la estructura propuesta para el nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica según las bases del Dr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (139), se habla de una cuarta fase del "juicio" ordinario que

---

(137) Inclusive se permite apelar de muchas resoluciones que no merecen ser impugnadas, como la que da traslado a la demanda, lo que luego se resolverá en sentencia.

(138) Por ejemplo, las resoluciones que nieguen o rechacen prueba.

(139) ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, N., Estructura propuesta al Cód. Proc. Civil costarricense. (Revista de Ciencias Jurídicas, U.C.R. Col. Abogados, Costa Rica, No. 36, set.-dic., 1978) ps. 127-131. Se advierte que en el Congreso Jurídico Nacional de 1979, se desechó tal estructura.

se denomina fase impugnativa (140). En ella han de quedar contemplados todos los artículos que servirán para regular los medios de impugnación.

No es conveniente como lo propone el Dr. Alcalá-Zamora y Castillo que al proceso de impugnación se le incluya en el Código como una "fase" del proceso plenario, negándosele su categoría procesal.

En este sentido fue muy oportuna la intervención del Dr. Olman Arguedas, expuesta en sus "Rápidos comentarios y sugerencias sobre las bases de trabajo para el Código Procesal Civil": *"Aquí es donde la fase impugnativa, como un capítulo IV, no debe aparecer, porque en la realidad la impugnación no constituye una fase del proceso de conocimiento, sino otro proceso denominado proceso de impugnación. Obsérvese que en este último la pretensión que se esgrime, la prueba que se recibe y el fallo mismo, difieren de la pretensión, prueba y fallo que se producen en la fase de conocimiento propiamente dicha. Con el proceso de impugnación, como la misma palabra lo dice, lo que se hace es impugnar la decisión, y la pretensión es la modificación de ella o su conversión en otra distinta a la impugnada"* (141).

La impugnación al igual que el mismo proceso de cognición plenaria tiene sus propios elementos, que son el objeto (las resoluciones judiciales), los sujetos (las partes del proceso), la causa o motivo que conforme a la ley procesal da lugar al recurso (ya se trate de un motivo condicionado, pues la ley lo señala, o que nazca de la mera inconformidad de la parte por el perjuicio que se le ocasiona), la extensión del nuevo examen (la cuestión específica objeto del reexamen) y los efectos (que se refieren específicamente al recurso de apelación).

Entre las propuestas acogidas por el Plenario del Congreso Jurídico Nacional de noviembre de 1977, entre otras del Dr. Olman Arguedas, se incluyó la denominada "medio de impugnación: para que el capítulo IV del Título II del Libro II (142), sea trasladado a un nuevo título con número VI de ese mismo libro, con la denominación de Medios de impugnación" (143).

Como se ve, nominalmente no fue posible atribuirle a la impugnación la categoría de proceso que este trabajo apoya; pero si bien esto no ocurrió, sí se le reconoció autonomía al tema de la impugnación, al ubicársele en un título sexto, que sería conclusivo del Libro II que, con el nombre de Proceso de conocimiento, separa los procesos de cognición (plenario y abreviado) de los "medios de impugnación", aplicables lógicamente también, a aquellos procesos.

De vital importancia fue la propuesta de la Lic. Yolanda Mora A. sobre "El régimen de la apelación: Para que se adopte un sistema más restringido en el régimen de la apelación que tienda a agilizar el proceso que a dilatarlo, a fin de hacer efectivo el principio de justicia pronta y cumplida" (144).

Según lo informó el relator de la Comisión sobre "Necesidad de un nuevo código procesal civil", "Esta ponencia fue presentada originalmente en el sentido de que se adopte el sistema restringido en el régimen de la apelación, sea el austriaco. . . Después de intensa discusión y examen, tanto en la Preparatoria como en la de Trabajo, se llegó a la conclusión de que es necesario restringir nuestro actual sistema de apelación de amplia libertad, por el abuso que se hace del recurso para retrasar el proceso, por un sistema que aminore esos nocivos efectos, sin caer en el otro extremo de la apelación totalmente restringida, que es aún más nocivo" (145).

En Costa Rica, sin embargo, el proceso de cognición abreviada presenta un sistema de apelaciones restringido, que bien puede servir de base para concretizar la propuesta en examen, máxime que como se analiza en la siguiente sección, la línea divisoria es muy tenue entre los procesos de cognición plenaria y de cognición abreviada.

---

(140) Las otras fases son la expositiva, la demostrativa y la conclusiva, que corresponden a la iniciación, desarrollo y decisión del proceso de cognición plenaria.

(141) ARGUEDAS SALAZAR, O., supra nota 21, ps. 45-6.

(142) Se refiere a la ubicación del proceso de impugnación dentro de la estructura que tendría el nuevo código procesal civil según las "bases" de ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, supra nota 139. Como se advirtió, este trabajo ya no se usará.

(143) ARGUEDAS SALAZAR, O., supra nota 66, p. 135.

(144) MORA A., Y., ponencia —aprobada— al Congreso Jurídico Nacional de 1977, (Revista de Ciencias Jurídicas, U. de C.R. Col. Abogados, Costa Rica, No. 36, set-dic., 1978) p. 138.

(145) ROJAS LOPEZ, A., "Presentación a la ponencia de la Lic. Yolanda Mora A.", Revista de Ciencias Jurídicas (U. de C.R. Col. Abogados, Costa Rica, No. 36, set-dic., 1978) ps. 137-8.

C. Regímenes de impugnación para los procesos de cognición plenaria y de cognición abreviada.

En la ley costarricense, los procesos de cognición plenaria difieren de los de cognición abreviada básicamente por la monta de las pretensiones que en ellos se discuten. Lo anterior no impide distinguir en unos y otros, diversas notas esenciales que permiten configurar cada proceso y, por referencia puede decirse que el proceso de cognición abreviada es un auténtico proceso. La necesidad de estatuir diferentes tipos de procesos tiene su razón de ser en la práctica procesal, por razones jurídico procesales o jurídico materiales. De ahí que un autor afirme la existencia de una crisis de los procesos de cognición plenaria, por cuanto, si bien el proceso de cognición plenaria "Constituye, de acuerdo con su fundamento, el modelo de los restantes juicios, comunes o especiales, y sus normas, en las que recoge la ley la inmensa mayoría de los problemas generales del derecho del proceso, sirven de aplicación subsidiaria, en defecto de disposiciones específicas, en otros procesos. Tal índole paradigmática, por así decirlo, del juicio de mayor cuantía no es, desde el punto de vista de la política legislativa, recomendable, pues teniendo este proceso un desarrollo enormemente lento y complicado, su valor como criterio de inspiración, resulta desde luego rechazable. No hay reparo incluso en afirmar que, dentro de las líneas que hoy conserva, el juicio de mayor cuantía es un proceso llamado a desaparecer" (146).

En Costa Rica, al proceso de cognición abreviada se le denomina "juicio ordinario de menor cuantía" (Título III del Libro II del Código de Procedimientos Civiles), en consideración al poco valor de la cosa objeto del proceso en relación al de mayor cuantía, que es el proceso de cognición plenaria. Como se ha venido insistiendo, la palabra juicio, con que se les denomina a estos procesos, no asigna ninguna categoría especial a su estudio y tanto este nombre como la referencia misma con que se les califica (mayor cuantía y menor cuantía) debe abandonarse para mayor precisión procesal. Puede afirmarse sin temor que ambos procesos son en el fondo iguales, pues en uno y otro pueden ventilarse y decidirse cuestiones de derecho de la misma clase y por los mismos tribunales. La última más reciente reforma procesal (147) demuestra que de un plumazo, procesos considerados de mayor cuantía, con todas las particularidades que esto implica, son ahora de cognición abreviada.

El proceso de cognición abreviada pretende obtener la abreviación de los procedimientos que por la menor importancia de la cuantía litigiosa y para no perjudicar los fueros del oponente, hacen necesario un procedimiento especial bien estructurado a pesar de su abreviamiento y sencillez. Con esto se descongestionan los tribunales que conocen procesos de más significativo valor económico y, a las partes se les garantiza que el valor del objeto en litigio, no se consuma con las costas y los gastos del proceso. Las reglas del mal llamado juicio ordinario de menor cuantía se aplican a todos los procesos ordinarios, sumarios o sumarísimos cuya cuantía no exceda de diez mil colones. Los primeros son los procesos de cognición; a los segundos se les aplican estas normas en carácter subsidiario: "Serán aplicables también los demás procedimientos del presente título a los otros asuntos de menor cuantía, cuando no haya disposición especial para el caso ocurrente" (148).

Una de las notas más sobresalientes del proceso de cognición abreviada es su diverso régimen de apelaciones con respecto al proceso de cognición plenaria (149). Para el proceso de cognición abreviada no se conceden más apelaciones que las comprendidas en los artículos 354, 357, 358, 372, 378 y 380 in fine del C. de Proc. Civ. (150). Esta situación respecto de las apelaciones en los "procesos plenarios de menor cuantía" se da en sentido contrario a los procesos "ordinarios, sumarios y sumarísimos" de mayor cuantía, en donde todos los autos que dicten los jueces tienen apelación, salvo

---

(146) GUASP. J., supra nota 12, p. 18.

(147) El inc. 10 del art. 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformado por Ley 6332 del 8-6-79, dio a la Corte Plena la facultad de "regular la distribución de los negocios judiciales. . .y establecer los montos para determinar la competencia en razón de la cuantía. . ." Así, la Corte Plena, en Sesión del 26-7-79 y adicionada por Sesión celebrada el 30-7-79, acordó aumentar de tres mil a diez mil colones el monto de los procesos de menor cuantía.

(148) Art. 381 del C. Proc. Civ.

(149) Otras disposiciones que difieren entre unos y otros procesos tienen que ver entre otras cosas con la tacha de testigos, el trámite de apertura a pruebas, el efecto de la excepción de incompetencia de jurisdicción, la citación de partes para sentencia, la oportunidad para ordenar a las partes el afianzamiento de las costas, etc.

(150) Lo anterior resulta de la relación entre los artículos 380, párrafos 1 y 2 y el 381 del C. de Proc. Civ. que exigen disposición expresa al efecto.

a los que la ley expresamente les deniega el recurso (151).

Otra distinción característica se da con respecto al plazo para apelar la sentencia en el proceso de "menor cuantía" o abreviado, que es de tres días, mientras que en el proceso de cognición plenaria es de cinco días. El artículo 372 del C. Proc. Civ. regula además el único caso en que un proceso civil se puede apelar en el mismo acto de la notificación, tal y como ocurre con los asuntos laborales (152). Basta expresar directamente que se apela la sentencia y el notificador debe consignarlo así en el acta de notificación.

Para el proceso de cognición abreviada que regula el Código de Procedimientos Civiles se da una limitación de las apelaciones del proceso, de lo cual resulta una cuantificación de las mismas. La política seguida para este proceso solo contempla apelaciones contra la declinatoria de jurisdicción (153) que haga el Alcalde de acuerdo al artículo 8 del Código de Procedimientos Civiles y 173 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; contra la resolución que acoja de plano las excepciones dilatorias si fuera evidente su procedencia (154); contra el auto que declara con lugar la excepción de incompetencia (155); contra la sentencia que defina el proceso mismo (156); contra la liquidación de los daños y perjuicios o la tasación de costas a que se refieren los artículos 1000 y 1047 del Código de Procedimientos Civiles (157); contra el auto que ponga fin a cualquier clase de "juicio o perjuicio" de menor cuantía (158).

La norma que señala la enumeración taxativa del régimen de apelaciones para los procesos de cognición abreviada es el artículo 380 del Código de Procedimientos Civiles, en su párrafo segundo. Los jueces civiles pueden conocer procesos de cognición abreviada (159), cuando sobre ellos se ejerce el fuero de atracción que regula el artículo 158 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El juez con competencia para conocer de un asunto, la tiene también para conocer sus incidencias, pero tratándose de un proceso de cognición abreviada puede sobrevenir una reconvención o tercería que deba tramitarse ante un juez —no un alcalde— (por la estimación de su cuantía), en cuyo caso serán de su conocimiento tanto el principal (el proceso abreviado) como sus incidencias, que las tramitará de acuerdo a la cuantía de cada uno.

Las resoluciones apelables que dicte el juez en el proceso de cognición abreviada son conocidas en alzada por la Sala Civil en todos los casos según lo regula el artículo 884 del Código de Procedimientos Civiles: *"En los juicios de menor cuantía de que conocieren los jueces civiles en primera instancia, sólo se dará recurso de apelación para ante la Sala Civil en cuanto al fallo definitivo y demás de que quepa alzada en negocios de menor cuantía"* (160).

En cuanto a los efectos de la apelación, los regímenes son los mismos para los procesos de cognición plenaria como para los de cognición abreviada (161). Estos se refieren a la suspensión o pérdida temporal de la jurisdicción en un caso concreto.

---

(151) Como por ejemplo el auto que abre a pruebas el proceso (artículo 230 in fine del C. de Proc. Civ.); la resolución que admite prueba o que decide incidentes sobre su práctica, inevacuabilidad o nulidad (art. 247 del C. de Proc. Civ.). En ambos casos solo se admite la revocatoria. Otras normas generales que no admiten recurso, aplicables al proceso de cognición plenaria son el auto que prorroga un término (art. 110 del C. de Proc. Civ.), y la resolución que deniega la deserción (art. 853 del Cod. de Proc. Civ.). Esta última sí admite revocatoria.

(152) Inc. B. del art. 494 del Código de Trabajo, Costa Rica.

(153) Art. 354 del C. de Proc. Civ.

(154) Art. 357 del C. de Proc. Civ. Es totalmente inconveniente sin embargo, la posibilidad que ofrece este artículo de que excepciones formales puedan decidirse en sentencia, lo que permite entrar a la etapa probatoria con cuestiones formales pendientes y, no como es la regla en el proceso de cognición plenaria, donde se resuelven interlocutoriamente antes de la etapa probatoria (arts. 357, 216 in fine y 219 del C. de Proc. Civ.).

(155) Art. 358 del C. de Proc. Civ. Tampoco es conveniente como lo regula este artículo, otorgar al juez ad quem la posibilidad de declarar en apelación de la sentencia, con lugar la excepción de incompetencia cuando el a quo la denegó, pues se podría venir abajo todo el proceso anterior. Sería mejor aplicar a este efecto el artículo 221, del proceso de cognición plenaria, que admite en un solo efecto la resolución que rechaza la excepción de incompetencia de jurisdicción.

(156) Art. 372 del Cód. de Proc. Civ.

(157) Art. 378 del Cód. de Proc. Civ.

(158) Art. 380 in fine del Cód. de Proc. Civ.

(159) Reservados por su cuantía a los Alcaldes civiles.

(160) En este caso concreto y por disposición expresa, toca a la Sala Civil y no al Tribunal Superior Civil, conocer en alzada las apelaciones de los procesos de cognición abreviada.

(161) Todas las apelaciones que regulan los artículos 354, 357, 358, 372 y 380 in fine, excepto el 378, todos del Cód. de Proc. Civ. —del proceso de cognición abreviada— son apelables en ambos efectos.

La norma general que regula lo anterior es el artículo 865 del Código de Procedimientos Civiles: *"Salvo lo dispuesto expresamente para casos especiales, solo se admitirá en ambos efectos la apelación que se interponga contra la sentencia definitiva o auto que revista ese mismo carácter en juicio ordinario. La apelación contra los demás autos dictados en este, así como la de las sentencias y autos recaídos en toda clase de juicios o prejuicios, será, y debe entenderse concedida aunque el auto respectivo no lo exprese, en el efecto devolutivo únicamente"* (162).

* * *

(162) Que es un tema ya desarrollado, supra pág. 65 y ss.



EL PODER JUDICIAL DE COSTA RICA*
(NOTAS INFORMATIVAS)

Dr. Víctor Pérez Vargas

CONTENIDO

Pág.

I. PRESENTACION. Objetivos y limitaciones 120

II. LOGROS. 121
1921: La Inspección Judicial 121
1937: El recurso de inconstitucionalidad 122
1957: La autonomía económica. 122
1966: La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 123
1967: La defensa pública 123
1969: Los actuarios judiciales 124
1973: El Ministerio Público. 124
1973: El Organismo de Investigación Judicial 125
1971: El Digesto 126
1973: El nuevo proceso penal 127
1976: La Revista Judicial 128
1977: La Dirección Administrativa 128
1980: La reorganización de la Corte Suprema de Justicia 129
1981: La Escuela Judicial 130
1982: La jurisdicción agraria 131
1982: Infraestructura: El Circuito Judicial de San José. 131

III. PERSPECTIVAS. 132
1983: El proyecto de Código Procesal Civil 132
1983: El proyecto de Ley de Carrera Judicial 132
1983: El proyecto de Ley de Creación de las Alcaldías Civiles de Hacienda. 133
1984: El proyecto de Ley de Creación del Tribunal de Trabajo de Mayor Cuantía 133
1984: El anteproyecto de Jurisdicción Constitucional 134

IV. CONCLUSION 135

BIBLIOGRAFIA. 135

* *Colaboraron en este trabajo, suministrando valiosa información y sugerencias el Dr. Rubén Hernández Valle, el Dr. Mario Houed, las licenciadas Norma Loaiza y Cecilia Sánchez y los señores José María Pereira Pérez y Jorge Sáenz Carbonell. A todos ellos nuestro reconocimiento y agradecimiento.*

I. PRESENTACION.
Objetivos y limitaciones.

Con este trabajo se intenta mostrar las características más destacadas del sistema judicial costarricense hoy, dentro del ámbito de los Ordenamientos de Iberoamérica, más que desarrollar un verdadero panorama histórico de la administración de Justicia en Costa Rica o un estudio de tipo comparativo.

La evolución de las instituciones jurídicas y, en particular, la de la administración judicial, sólo resulta comprensible dentro del marco del desarrollo cultural y axiológico de cada comunidad (1); cada innovación responde a valoraciones sociales circunstanciales y a la acción de seres humanos concretos, juristas y políticos que, encarnando los contenidos del alma popular o visualizando proféticamente nuevas posibilidades, han promovido las transformaciones.

El especial papel del sistema judicial dentro de la historia costarricense, la preferente tutela jurídica que se le ha dado, el respeto que ha llegado a merecer, pueden entenderse a partir de la constatación en el alma costarricense de "un sentimiento de legalidad, modo de sentir y reaccionar con apego y familiaridad frente a la ley, incorporado a la sicología de un pueblo" (2). Muy ilustrativas resultan las palabras del ilustre catedrático español, Dr. Constantino Láscaris, recientemente fallecido: "En el mundo es muy raro encontrar una comunidad humana en la que haya a la vez, libertad y convivencia. Las hay, pero escasean desgraciadamente. Costa Rica es una población cuya vida en común consiste en respetarse mutuamente y esto me gustó" (3). Se ha dicho que "Costa Rica es un país en el que el campesino, en lugar de resolver sus diferencias con el vecino mediante una lesión corporal, resuelve esas diferencias en los Tribunales de Justicia" (4).

Las precedentes aclaraciones permiten la comprensión del especial apoyo que ha recibido la administración de Justicia en el Derecho costarricense.

Las limitaciones de este trabajo son obvias; no es posible, en forma breve, explicar ni la total estructura y organización del Poder Judicial, ni la causalidad eficiente histórica de cada una de las instituciones que caracterizan el sistema judicial costarricense. Tal investigación queda fuera de las pretensiones de este estudio. La ordenación cronológica de algunas de las instituciones, a nuestro juicio mayor relevancia para caracterizar la administración de Justicia en Costa Rica, no tiene otro propósito que el de mostrar la sucesión en que nuestros Magistrados, principalmente, afrontaron y continúan afrontando los nuevos retos de mejoramiento del sistema. El examen analítico de los diversos hechos que iremos mencionando nos muestra un verdadero florecer del Poder Judicial en los últimos años; son muchos los logros que merecen citarse, la mayor parte de ellos recientes; al mismo tiempo, observamos hoy un propósito innovador que se refleja en los diversos proyectos elaborados, cuya vigencia a nivel legislativo se espera para no lejana fecha, como el Proyecto de Código Procesal Civil, el Proyecto de Ley de Carrera

---

(1) La perspectiva (denominada) real objetiva del Derecho insiste en que cada Ordenamiento es un sistema de valores e intereses reales. Sobre el tema es muy amplia la bibliografía, pero v. en particular: POUND, Roscoe, *Philosophy of Law.* The end or purpose of Law. I. To Jurisprudence (Hampstead) p. 369; POUND, R. *Lo spirito della Common Law,* Giuffrè-ed, Milano, 1964, p. 108; POUND, R. *Giustizia-Diritto-Interesse.* Il Mulino, Bologna, 1962, p. 134; BENTHAM *A fragment of Government.* Cit. p. HART, *Contributi all'analisi del diritto,* Giuffrè-ed, Milano, 1969, p. 47, 55, 57; PASSINI, D. *Saggio sul Jhering,* Giuffrè-ed, Milano, 1959 p. 62, 88 y 89; FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica, Voci di Teoria Generale del Diritto,* Giuffrè-ed, Milano, 1970, p. 235; VIEWEG, Theodor, *Topica e Giurisprudenza,* Giuffrè-ed Milano, 1962; JHERING, *La lucha por el Derecho,* TOR, Buenos Aires; HECK, Philipp, *El problema de la creación del Derecho.* Ariel, Barcelona, 1961; DUALDE, *La jurisprudencia de intereses,* Revista Jurídica de Cataluña, marzo-abril, 1945.

(2) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Costa Rica, Estado Social de Derecho,* Revista de Ciencias Jurídicas, No. 29, Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados, San José, mayo-agosto 1976, p. 25.

(3) LASCARIS, Constantino, *El Costarricense,* EDUCA, San José, 1975, p. 9

(4) ARGUEDAS, Olman, *El Derecho Procesal Agrario como instrumento de seguridad jurídica y social en el agro. Su situación en Costa Rica,* Revista Judicial, No. 16, Corte Suprema de Justicia, San José, junio de 1980, p. 27.

Judicial, el Proyecto de Ley de creación de las Alcaldías Civiles de Hacienda, el Proyecto de Ley de Creación del Tribunal de Trabajo de Mayor Cuantía y el Anteproyecto de Jurisdicción Constitucional.

II. LOGROS

(Identificación de etapas o hechos de especial relevancia para la comprensión de la realidad actual del Poder Judicial en Costa Rica).

Decía Salvatore Pugliatti que la historia podrá ayudarnos con seguridad a identificar algunos gérmenes en su momento genético y a seguirlos en las diversas fases de su evolución; de este modo ayudará a la valoración del orden actual; ofrecerá la posibilidad de descubrir algunos nexos actualmente invisibles y, por ello, facilitará algunas distinciones que el grado de evolución y la complejidad del sistema hacen necesarias.

No se pretende aquí, sin embargo, un desarrollo pormenorizado de los acontecimientos de la vida judicial costarricense; tal objetivo colosal está fuera de los fines de este estudio; únicamente se hará referencia a hechos históricos de especial interés (desde nuestra subjetiva perspectiva) para la configuración de una identidad propia, con rasgos particulares, producto de una circunstancia y un tipo humano determinados, del Poder Judicial de Costa Rica.

Mención especial, sin duda, merecerán ciertos logros en materia constitucional y procesal, así como algunos éxitos institucionales como la Inspección Judicial, la Escuela Judicial, el Digesto, el Organismo de Investigación Judicial y la Autonomía Económica, constitucionalmente garantizada; sin embargo, no es cada una de estas particularidades, aisladamente considerada, la que es capaz de proporcionar los criterios que caracterizan al Poder Judicial de Costa Rica, sino el conjunto, lo que podríamos llamar convencionalmente "el sistema judicial costarricense". Todos los logros que mencionaremos son expresión de una valoración social, objetivamente constatable en el ambiente costarricense, de la que resulta un profundo respeto hacia el Poder Judicial y a menudo un orgullo nacional de su existencia y realidad; esta positiva apreciación ha llevado a nuestros constituyentes, legisladores y políticos a dotar a la función jurisdiccional de las máximas garantías y de los recursos humanos y materiales necesarios para el óptimo desempeño de sus cometidos.

Pasamos de inmediato a la descripción de aquellos hechos que, a nuestro juicio, constituyen indicios de importancia para la confirmación de los anteriores presupuestos y, en particular, para mostrar el papel dinámico asumido por la misma Corte Suprema de Justicia en la transformación del sistema judicial costarricense.

1921: La Inspección Judicial.

Uno de los más importantes logros institucionales del Poder Judicial es la consolidación de una oficina de Inspección Judicial seria, honesta, eficiente y digna de todo encomio.

La primera Ley de Inspección Judicial entró en vigencia el 1 de enero de 1921. El primer inspector que se nombró fue el licenciado Blas Prieto Zumbado, a quien sucedió poco después el licenciado Pedro Pérez Zeledón (5).

Actualmente, de conformidad con la Ley número 6761 de 18 de mayo de 1982, la Inspección Judicial es un órgano dependiente de la Corte Suprema de Justicia, cuyo fin es ejercer un control regular y constante sobre todas las dependencias del Poder Judicial y vigilar el cumplimiento de los deberes de los servidores judiciales. Tramita quejas que se presentan contra estos servidores; instruye las informaciones del caso al tener conocimiento de alguna irregularidad y aplica el régimen disciplinario.

Está la Inspección Judicial a cargo de tres inspectores generales, para cuyo nombramiento se exigen los mismos requisitos necesarios para ser

(5) V., SAENZ SOTO, Oscar. *En el 57 aniversario de la Inspección Judicial*, Revista Judicial, No. 7, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo 1978, p. 11.

Magistrado; actúan individualmente en el desempeño de sus funciones, sin ninguna subordinación entre ellos, o como cuerpo colegiado, cuando se trata de ejercer el régimen disciplinario o de ejecutar medidas relativas a la marcha de la oficina.

Los inspectores están en comunicación directa con el Presidente de la Corte. Entre sus funciones destacan: establecer los medios de control adecuados para asegurar una labor eficiente en las oficinas judiciales y visitar y permanecer en esas oficinas con la frecuencia y el tiempo que sean necesarios, a fin de comprobar si las funciones se realizan con la debida prontitud, corrección y eficiencia; cerciorarse si todos los servidores judiciales asisten puntualmente y cumplen con regularidad sus deberes; investigar discretamente las faltas de conducta; oír las quejas que presenten los abogados y los particulares, inquirir su exactitud y tratar de ponerles remedio en forma inmediata; levantar las informaciones necesarias, de oficio o por orden superior o en virtud de queja verbal o escrita, para esclarecer cualquier hecho que afecte la disciplina o la recta y pronta administración de Justicia o la eficiencia de las oficinas administrativas del Poder Judicial o para investigar las irregularidades que descubra la Contaduría Judicial.

1937: El Recurso de Inconstitucionalidad.

En 1937 se promulgó una reforma al Código de Procedimientos Civiles de gran amplitud. Una de las más importantes modificaciones "consistió en establecer el recurso de inconstitucionalidad, de conocimiento de la Corte Plena. Antes de ello, los jueces debían negarse a aplicar una ley cuando la consideraban contraria a la Constitución Política, todo conforme al texto del artículo 8 de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887. . .".

La Constitución Política de 1871 no establecía ese recurso; y en su artículo 17 se limitaba a decir: "Las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueren contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan". (*)

Fue en la Constitución de 1949, por el artículo 10, en que se otorgó a la Corte Suprema de Justicia la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo; de modo que, antes de 1949, el recurso sólo estaba contemplado en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código de Procedimientos Civiles; y eso dio lugar a que en alguna ocasión se considerara que el recurso "era a su vez insconstitucional (6)".

1957: La Autonomía Económica.

En una publicación anterior sobre el tema tuvimos la oportunidad de manifestar que la independencia del Poder Judicial se encuentra garantizada en Costa Rica gracias a la enmienda constitucional de 17 de mayo de 1957, impulsada y defendida con brillo y tenacidad por el licenciado Evelio Ramírez, quien desde los más humildes peldaños de la carrera judicial, ascendió hasta la alta magistratura de la Sala de Casación; con esta reforma se otorga al Poder Judicial verdadera autonomía económica, al garantizársele un porcentaje presupuestario, condición imprescindible para una auténtica e imparcial administración de Justicia.

Cuando surgió la iniciativa, la administración de Justicia se encontraba en Costa Rica ante una insuficiencia de recursos lamentable, evidenciada tanto en las condiciones de los locales y edificios, como en el equipo empleado; a ello se sumaba la carencia de Tribunales y la dificultad de estimular su ocupación con las mejores mentes jurídicas, debido a las bajas remuneraciones.

Las cosas no podían continuar así; era patente que la insuficiencia de recursos materiales y humanos derivaba esencialmente de una estrecha asignación presupuestaria para el Poder Judicial. Tal situación ponía en peligro la misma paz social, pues de la Justicia depende la vigencia misma de la Democracia.

El otrora proyecto del licenciado Ramírez es hoy un logro que llena de admiración a nuestros visitantes. La lucha fue dura y prolongada; la pro-

---

(*) Cabe recordar, sin embargo, que anteriormente, ya en la Constitución Política de 1869 se establecía: *"La Corte Suprema de Justicia puede suspender por mayoría absoluta de votos, por sí, á pedimento de su Fiscal o de cualquier ciudadano la ejecución de las disposiciones legislativas que sean contrarias a la Constitución; debiendo someter al Congreso en su próxima reunión ordinaria sus observaciones para que, tomándolas en su consideración, resuelva definitivamente lo que convenga"*. N. del A.

(6) COTO, Fernando, *En el Sesquicentenario de la Corte Superior de Justicia de Costa Rica*, Revista Judicial No. 4, Corte Suprema de Justicia, San José, junio de 1977, p. 22

puesta enfrentó oposición de parte de quienes observaban el problema únicamente desde un punto de vista contable y financiero. Era necesario un panorama más elevado; se trataba de una escogencia de política constitucional. El tema fue llevado a la opinión pública y de inmediato surgió el apoyo del Colegio de Abogados, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, de su Asociación de Estudiantes, de la Asociación de Empleados Judiciales y de nuestros más ilustres juristas; se trataba de asegurar la independencia funcional y administrativa de los encargados de la alta misión de impartir Justicia. Hoy la reforma constitucional da contenido real al bastión fundamental de nuestro régimen de Derecho.

1966: La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Si bien la jurisdicción contencioso administrativa se formaliza en la Constitución Política de 1949, no es sino hasta 1966, mediante la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley No. 3667 de 12 de marzo de 1966) que se regula adecuadamente la materia.

La Ley "es hija no sólo de la española de 1956, en cuya redacción González Pérez tuvo tanto que ver, sino también del profesor y Magistrado Gonzalo Retana Sandí, distinguido administrativista y principal discípulo de González Pérez en Costa Rica" (7).

No es posible aquí analizar los enormes avances de la Ley; aludiremos únicamente a algunos de sus aspectos; para ello damos la palabra al propio maestro español Jesús González Pérez:

"La mejor ley de jurisdicción contencioso administrativa de América y , quizás, del mundo, garantiza definitivamente a los administrados en Costa Rica la sumisión de Administración Pública al Ordenamiento" (8).

"La Ley de Costa Rica, adelantándose en mucho a otros ordenamientos, ha dado un paso definitivo hacia la unidad de jurisdicción" (9).

La Ley de Costa Rica contiene dos importantes innovaciones respecto a la española: la unificación de los distintos regímenes de silencio —lo que constituye una aspiración de la doctrina española— y la innecesariedad de la denuncia de mora para que se produzca el acto presunto" (10).

"No existe (en la Ley de Costa Rica) una lista de materias excluidas (del ámbito de la jurisdicción) análoga a la del artículo 40 de la Ley española. Todo acto de la Administración Pública, en principio, es susceptible de impugnación. Una vez más la Ley de Costa Rica ha de situarse entre las más avanzadas en la línea de las garantías" (11).

"La Ley de Costa Rica, al extremar las medidas previstas para los supuestos de incumplimiento, se hace acreedor una vez más de todos los elogios" (12).

Junto a los méritos expuestos, el mismo González Pérez apunta algunas observaciones críticas, sobre las que, en aras del constante mejoramiento del sistema, ya se ha abierto el debate en el foro nacional.

1967: La defensa pública.

El artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que fue reformado por la Ley No. 3666 de 10 de enero de 1966 (y que entró en vigencia el 1 de enero de 1967) establece que los defensores públicos son funcionarios dependientes del Poder Judicial, de nombramiento de la Corte Plena que tienen a su cargo la defensa de los menores de edad, sordomudos, enajenados mentales, reos ausentes y personas desvalidas, salvo que éstas se defiendan por sí mismas cuando la Ley lo permite, o que en el caso de menores o inhábiles, sus representantes legales los provean de defensor; o cuando tratándose de reos ausentes hicieren la designación del cónyuge o un ascendiente, descendiente o hermano, que no tengan opuesto interés. Los defensores públicos deben ser mayores de edad, ciudadanos en ejercicio y del estado seglar.

La creación de la Oficina de la defensa públi-

---

(7) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Prólogo*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 24, Tomo II, 1974.

(8) GONZALEZ PEREZ, Jesús. *La Justicia Administrativa en Costa Rica*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 24, Tomo II, 1974, p. 38.

(9) Op. ult. cit., p. 41.

(10) Op. ult. cit., p. 51.

(11) Op. ult. cit., p. 56.

(12) Op. ult. cit., p. 77.

ca ha venido a llenar una necesidad; debe entenderse dentro del movimiento de transformación, del cual son también manifestaciones, como se verá, el nuevo Código de Procedimientos Penales, el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial.

1969: Los actuarios judiciales.

Mediante la Ley No. 4322 de 11 de febrero de 1969 se creó el cargo de "actuario judicial", para los tribunales donde el trabajo lo justifique, a juicio de la Corte Plena. Los actuarios son nombrados por ella como subalternos del Jefe de la Oficina en lo administrativo y disciplinario; gozan, sin embargo, de independencia funcional y tienen responsabilidad propia. Deben reunir todos los requisitos necesarios para ser Juzgador de acuerdo con la categoría que corresponda al Despacho.

Los actuarios judiciales tienen a su cargo la tramitación de los diferentes asuntos de que conoce la oficina; deben, además vigilar las operaciones de caja, expedir y firmar los cheques, revisar los estados mensuales que se envían a la Contaduría Judicial, diligenciar las comisiones que se reciban de otras autoridades y dar cuenta al Jefe de la Oficina de cualquier irregularidad que se produzca en ella.

La creación del cargo de actuario judicial ha venido a resolver un serio problema en muchos tribunales. En estos momentos los Jueces cuentan con una persona que en buena parte coadyuva en sus tareas, con las consecuentes ventajas de celeridad.

Con el propósito de ejemplificar, en concreto, la actuación de estos nuevos funcionarios, tomemos el caso de los actuarios en asuntos civiles y contencioso-administrativos: a ellos corresponde dictar todas las resoluciones interlocutorias o de trámite que deban recaer en los diferentes negocios, antes o después del fallo, inclusive las que denieguen el curso a la demanda o a diligencias de toda índole, o que decidan sobre incidencias, o que le pongan término al juicio por haber cesado la contención entre las partes; además deben ejecutar estas resoluciones y recibir las pruebas que se admitan u ordenen para mejor proveer; les corresponde también dictar las sentencias y expedir las correspondientes ejecutorias en toda clase de asuntos que se hayan tramitado sin oportuna oposición en cuanto al fondo, excepto en juicios ordinarios civiles y en ordinarios contencioso-administrativos; resuelven, por otra parte, sobre las liquidaciones de intereses y tasaciones de costas en ejecución del fallo, salvo cuando la liquidación abarque otros extremos o partidas.

La nueva institución ya ha revelado sus beneficios.

1973: El Ministerio Público.

En Costa Rica, el Ministerio Público, dependiente del Poder Judicial (sus funcionarios son nombrados por la Corte Plena) tiene la función primordial del "ejercicio de la acción penal pública", además de que debe practicar "la información sumaria previa a las citaciones y, en ciertos casos, ejercer la acción civil".

Las funciones procesales del Ministerio Público son múltiples y variadas; nos limitamos a citar algunas con fines ejemplificativos; transcribimos conceptos del Dr. Mario Houed Vega:

"Nuestro Ministerio Público debe requerir la instrucción o practicar la información sumaria previa a la citación directa, cuando tenga conocimiento de un delito por el cual una u otra corresponda. . . Una vez requerida la instrucción el Juez ante quien se presentó el "requerimiento" estimado pertinente el mismo debe proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción y si es necesario practicar diligencias fuera de su circunscripción las deberá encomendar a la autoridad judicial correspondiente. . . Si por el contrario, el Juez rechaza el requerimiento, el Ministerio Público puede apelar. . .La fase de instrucción caracterizada por la busca y preparación de elementos probatorios, da oportunidad al Ministerio Público para que participe en todos los actos de la misma y examine en cualquier momento las actuaciones. . .El Ministerio Público puede recurrir contra los autos de procesamiento y de "falta de mérito". . .también contra la resolución que hace cesar la prisión preventiva, así como asistir a cualquier diligencia probatoria. . .Una vez que el Juez estima que la instrucción ha sido cumplida o ha concluido debe dar audiencia al Agente Fiscal. . . éste tiene que manifestar, al pronunciarse, lo siguiente: si la instrucción está completa, o en caso contrario, qué diligencias considera necesarias para ello y, estimándola completa, si correspondiere sobreseer, ordenar una prórroga extraordinaria o elevar la causa a juicio. Si opta por lo último debe presentar el llamado "requerimiento de elevación a juicio". . .En la segunda etapa "la actividad del Ministerio Público es fundamentalmente oral. . . Una vez que se ha recibido el proceso, el Presidente del Tribunal debe citar, bajo

pena de nulidad al fiscal, a las partes y defensores a fin de que en el plazo común de diez días examinen las actuaciones, los documentos y cosas secuestradas, ofrezcan pruebas e interpongan las recusaciones que estimen pertinentes... En el escrito de proposición de prueba el Ministerio Público y las partes deben presentar la lista de testigos y peritos... después que se verifica la necesaria presencia del Fiscal y de las partes, testigos, peritos e intérpretes que deben intervenir, el Presidente declara abierto el debate, en el que el Fiscal tiene activa participación" (13).

1973: El Organismo de Investigación Judicial.

El 12 de diciembre de 1973 entró en vigencia la Ley No. 5229 por la cual se establece que:

"Como auxiliar de los tribunales penales en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables, funcionará un cuerpo técnico de policía judicial, con el nombre de "Organismo de Investigación Judicial", con jurisdicción en el territorio de la República. Dependerá de la Corte Suprema de Justicia y contará con los expertos y auxiliares en las ciencias del Derecho, medicina legal, criminalística, toxicología, contables y otras, que fueren necesarios. Deberá ser dotado con los equipos, laboratorios y materiales requeridos para el eficiente cumplimiento de sus fines; y será asimismo, cuerpo de consulta de los demás tribunales de la República".

En la exposición de motivos de esta Ley se encuentran los fundamentos que llevaron a su propuesta:

"Los tribunales de justicia, los propios indiciados y ofendidos que ante ellos comparecen, y, en fin, la ciudadanía toda, tienen el derecho a que se les brinde y garantice una investigación de los hechos constitutivos de las infracciones penales positivamente científica, objetiva y con imparcialidad indubitable, efectuada por verdaderos profesionales en la materia, sean éstos científicos, técnicos o simples funcionarios de amplia experiencia y reconocida y aprobada honestidad.

A este derecho de los ciudadanos a exigir ese servicio, corresponde la ineludible obligación del Estado de brindarlo en la mejor forma posible, por todos los medios que estén a su alcance..."

Esta Ley había sido vetada sobre la base de que es al Poder Ejecutivo a quien corresponde el mando supremo de la fuerza pública, por lo que —se dijo— el proyecto era inconstitucional. Los pretendidos motivos de inconstitucionalidad fueron desechados cuando la propia Corte aclaró la diferencia entre policía administrativa y policía judicial.

Poco después, el 7 de mayo de 1974, entró en vigencia la Ley No. 5524, o Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial", con la que empezó a dar sus primeros pasos el llamado "O.I.J.". En la carta de presentación del proyecto elaborado por los señores Magistrados Gonzalo Trejos Trejos, Hugo Porter Murillo y Stanley Vallejo Leitón, con la cooperación de los abogados criminalistas Erich Neurohr Trejos y Eduardo Aguilar Bloise, se recuerdan expresiones del doctor Alfredo Vélez Mariconde: "Le apasionaba a él la idea de que la policía judicial dependiera de la Corte Suprema de Justicia, propósito que todavía no había logrado en su querida Córdoba, no obstante que así lo había recomendado".

En la puesta en marcha del nuevo cuerpo se aprovechó la infraestructura del Organismo Médico Forense, creado por la Ley 3265 de 6 de febrero de 1964.

La organización que se dio al O.I.J. fue la siguiente: una Dirección General es el órgano jerárquico superior, encargado de dirigir y coordinar el trabajo de los tres departamentos que componen el organismo, además de las oficinas técnicas y administrativas que forman parte de él. El Director y el Subdirector, junto con los jefes de Departamentos, integran el Comité Asesor del Organismo; los tres Departamentos son: el de Investigaciones Criminales, que tiene a su cargo, a través de sus diversas secciones y por medio de detectives especialmente adiestrados, buscar y recoger en el lugar del delito las pruebas materiales de éste y hacer las averiguaciones que conduzcan a la aclaración del caso; el Departamento de Medicina Legal, que cuenta con especialistas médicos en las diversas materias, los que llevan a cabo autopsias, reconocimientos y demás exámenes pertinentes; y el Departamento de Laboratorio de Ciencias Forenses, en donde se practican los peritajes y análisis de los indicios y

(13) HOUED, Mario. *Organización y funcionamiento del Ministerio Público en Costa Rica*, **Revista de Ciencias Jurídicas, No. 33. Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados, setiembre-diciembre de 1977, p. 39 y ss.**

huellas descubiertas en el curso de la investigación. Con este sistema se logra que un solo cuerpo trabaje en forma sincronizada y lleve a cabo todo el proceso en que se descompone una moderna investigación criminal.

La exposición de motivos de esta Ley Orgánica afirma que se trata de una cuestión de carácter institucional que obedece a la necesidad de que los jueces tengan un auxiliar técnico, que no dependa en su estabilidad de los cambios de gobierno.

También en la citada exposición de motivos se reafirma la vieja distinción entre policía administrativa y policía judicial (que ya se encontraba en el Código Francés del año IV de la Revolución y en nuestro Código de Procedimientos Penales de 3 de agosto de 1910, aunque no llegó a funcionar); se cita al respecto: "Sobre este particular, resulta sumamente oportuno transcribir la opinión de los tratadistas argentinos Justo Laje Anaya y Luis Alberto Peralta, para quienes: "Dos funciones esencialmente distintas... requieren dos organismos distintos".

Es importante destacar que esta Ley establece que "Los Jefes de Sección de los Departamentos de Medicina Legal y de Laboratorio de Ciencias Forenses se consideran peritos oficiales de los tribunales para practicar los exámenes y reconocimientos que estos les ordenen. Se juramentarán al asumir su cargo. Sus dictámenes se reputarán auténticos; no necesitarán del trámite de la ratificación ni recibirán honorarios por su peritación" (artículo 55).

Cabe anotar que el Dr. Roberto von Bennewitz, Director del Departamento de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, afirmó en una reciente publicación que el Departamento de Medicina Legal "es el más adelantado de Latinoamérica" (14).

En recientes declaraciones por la prensa (15), el señor Magistrado Lic. Stanley Vallejo Leitón, realizó una serie de apreciaciones de gran interés para comprender el sentido mismo del Organismo de Investigación Judicial. Transcribimos algunos aspectos:

"El O.I.J. es el cuerpo de policía más tecnificado de Centroamérica".

"Ningún oficial de investigación carece de preparación científica para combatir el crimen organizado y la delincuencia".

Igualmente ilustrativas resultan las referidas declaraciones para comprender, en concreto, la tarea realizada por cada uno de los Departamentos:

"El Departamento de Investigaciones Criminales, está dividido en las siguientes secciones: Homicidios, delitos contra la propiedad, tránsito, delitos varios, inspecciones oculares y recolección de indicios, capturas y presentaciones e investigaciones contables".

"El Departamento de Medicina Legal está compuesto por la Medicatura Forense, donde se practican las autopsias, la Sección de Patología Forense, donde se efectúan los diversos exámenes médicos y la Sección de Psiquiatría".

"En el Laboratorio de Ciencias Forenses se efectúan exámenes de balística, huellas digitales y muchos otros para la investigación de los delitos".

Como lo expresó el propio Magistrado Vallejo Leitón, con motivo de la celebración del décimo aniversario del Organismo, "en estos años el O.I.J. ha extendido su radio de acción bienhechora a todos los rincones del territorio nacional constituyéndose en garante tanto del ofendido, como del transgresor de la Ley...se ha adentrado en el alma nacional y tiene en ella un bien ganado prestigio, que empieza a trascender los límites patrios" (16).

1971: El Digesto

En un reciente informe, la Directora del Digesto explicó que éste es una oficina judicial, auxiliar de investigación, que informa a los funcionarios judiciales, abogados litigantes, estudiantes y demás interesados, sobre las principales resoluciones dictadas por nuestros más altos tribunales.

Dentro de sus principales funciones están la elaboración de un Digesto de Jurisprudencia de la Sala de Casación, donde el material es clasificado en las llamadas "voces técnicas" y la redacción de compendios de las resoluciones de las Salas y Tribunales para su publicación en la Revista Judicial: se estudia, compendia y clasifica todo el caudal de resoluciones que dictan estos tribunales, con el fin de que los interesados puedan enterarse de cuáles

(14) Von BENNEWITZ, Roberto. *Impresiones de la Medicina Legal Chilena*, **Revista Judicial, No. 21, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre de 1981, p. 105.**

(15) *La República*, **22 de agosto de 1982, p. 11.**

(16) VALLEJO LEITON, *Exposición en el décimo aniversario del Organismo de Investigación Judicial.*

han sido los principales puntos de Derecho que se han comentado en esas sentencias, así como para facilitar un conocimiento lo más actualizado sobre las orientaciones de la jurisprudencia nacional.

Este material se pone a disposición del público, mediante la reproducción de los compendios en la citada revista y también mediante el uso directo de archivos y libros en la oficina.

Son muchos los comentarios favorables que se escuchan sobre la importante tarea que se realiza en esta oficina; gracias a ella contamos hoy con información básica científicamente ordenada. El principio de conveniencia del efecto al hecho encuentra lugar dentro de estas consideraciones —expresamos al respecto, en otra oportunidad—; el Derecho no puede ser concebido como algo acabado. El ordenamiento jurídico (entendido como síntesis omnicomprensiva de valores e intereses jurídicamente relevantes) ha de ir evolucionando conforme evoluciona la sociedad donde tiene vigencia. Es precisamente la jurisprudencia, mediante la interpretación progresiva y la integración (17), la encargada de esta adaptación; de ahí la importancia de su estudio y el valor de la tarea del Digesto. Decía Paresce que "el operador jurídico debe continuamente deshacer el sistema para reconstruirlo sobre la base del último dato legislativo, de la última sentencia de la jurisprudencia, del último emerger de valores". La labor del Digesto facilita esta constante reconstrucción.

1973: El nuevo proceso penal.

Mediante la Ley No. 5377 de 19 de octubre de 1973 se emitió el nuevo Código de Procedimientos Penales, inspirado básicamente en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina, redactado por los doctores Vélez Mariconde y Sebastián Soler en 1940 y reformado en 1971 por la influencia del primero.

El nuevo sistema no es un logro aislado; es parte de la transformación amplia a que nos hemos ya referido. Desde el punto de vista del Dr. Fernando Cruz Castro hay algunos elementos que revelan que en Costa Rica se está gestando una política criminal en el subsistema judicial, caracterizada por procedimientos de control de la actuación de los cuerpos policiales y de investigación por medio de delegados del Ministerio Público, control de reclusos por medio de la Oficina de Estadísticas, judicialización de las faltas y contravenciones, antes en manos de funcionarios del Poder Ejecutivo, a lo que se agregan los esfuerzos de capacitación de funcionarios por medio de becas y por medio de la Escuela Judicial (18).

Los principios del nuevo Código de Procedimientos Penales no son del todo nuevos en nuestro medio; ya en el Código General de 1841, el proceso penal comprendía un sumario y una audiencia de plenario. "En el juicio plenario no se permitía librar despachos a otros jueces para la prueba testimonial, sino que los testigos debían de concurrir personalmente al acto. Era la consagración del principio de inmediación" (19).

El Código de Procedimientos Penales de 1910 para muchos significó un retroceso. "Con frecuencia el Juez sentenciador no había conocido ni al imputado ni a los testigos" (20).

En 1937, gracias a la labor del Lic. don Antonio Picado se introdujeron al Código algunas reformas de importancia, entre ellas la supresión de la llamada "confesión con cargos".

El nuevo Código descansa en la actuación de los siguientes órganos: Alcaldes Penales, Jueces Instructores, Jueces Penales, Tribunales de apelación, Tribunales de juicio, Sala de Casación Penal, el Ministerio Público y la Policía Judicial.

En lo esencial, el nuevo sistema, de acuerdo con el Dr. Enrique Castillo Barrantes se basa en los siguientes principios: (21)

a. El Principio de Oficialidad, que se manifiesta en los principios de estatalidad, oficiosidad (aunque no en cuanto a la intervención del Juez, sino de otros dos órganos, el Organismo de Investigación Judicial y el Ministerio Público), legalidad, indeclinabilidad e improrrogabilidad.

b. El Principio de verdad real o material que se

---

(17) V. en particular COTO, Fernando, *Voto salvado en sentencia No. 126 de 16 y 30 hs. de 13 de diciembre de 1967.* II semestre II tomo, p. 1146.

(18) CRUZ CASTRO, Fernando. *Observaciones y críticas sobre la incipiente política criminal del subsistema judicial,* Revista Judicial No. 26, Corte Suprema de Justicia, setiembre de 1983, p. 39 y ss.

(19) ROMERO, Iver, *Esbozo histórico del proceso penal,* Revista Judicial No. 1, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre, 1976, p. 76.

(20) ODIO, Ulises, cit. en Revista Judicial, No. 1, op. cit., p. 28.

(21) CASTILLO, Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal.* Colegio de Abogados, San José, 1977, p. 43 y ss.

manifiesta en la inmediación, con la oralidad, la concentración y la identidad física del juzgador, la publicidad del debate, el impulso y la investigación judicial autónoma, la libertad de la prueba, la comunidad de la prueba y la sana crítica racional.
c. El Principio de inviolabilidad de la defensa, que se manifiesta en la intervención, contradicción, imputación, intimación y reparación del daño a instancia de parte, además de que la base de la sentencia puede estar constituida sólo por los elementos probatorios introducidos en el debate oral y público.

El nuevo sistema procesal penal no podía ser aplicado de inmediato en todo el territorio nacional; por ello se emitió la Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales (Ley No. 5711 de 27 de junio de 1975) en consideración a que la duplicidad de sistemas procesales obligaba a dictar de competencia.

Nuevas leyes vinieron luego a mejorar el Código, como la número 5712 de 11 de julio de 1975, según la cual en caso de rebeldía se produce la suspensión del juicio; se elimina la publicación de edictos; se establece el carácter facultativo de la prueba de testigos en algunos casos; se suprime la consulta en asuntos de conocimiento de Alcalde, excepto cuando se trate de sentencia condenatoria o que imponga una medida de seguridad; el enjuiciamiento, aunque no esté firme, interrumpe la prescripción, la cual comienza a correr de nuevo "desde que el procedimiento se paralice o abandone" y se fija la posibilidad de la Corte de nombrar actuarios.

Por la Ley No. 5761 de 7 de agosto de 1975 se realiza una reclasificación de los delitos en: "de acción pública", "de acción pública dependiente de instancia privada y de acción privada".

Posteriores leyes vinieron a generalizar el sistema, como la Ley No. 5907 de 29 de abril de 1976, de creación de los Tribunales de Liberia, Limón y Pérez Zeledón y otras oficinas judiciales. En su exposición de motivos se lee: "para la aplicación general del Código de Procedimientos Penales es necesario crear algunos Tribunales Superiores y otras oficinas. . . El Poder Judicial asumió el conocimiento de faltas, contravenciones y pensiones alimenticias en todo el territorio nacional. . .el aumento de trabajo hace indispensable crear nuevas alcaldías en determinados centros de población".

Poco a poco el nuevo sistema ha obtenido aceptación y hoy podemos afirmar que la Justicia Penal es mejor que antes.

1976: La Revista Judicial.

Por iniciativa del Señor Magistrado, Lic. Ulises Odio Santos, hoy Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en setiembre de 1976 nació la Revista Judicial, que ya ha llegado a su edición número 28.

La Revista tiene una periodicidad trimestral y se encuentra dividida en varias secciones:

La sección de "Estudios" ofrece contribuciones monográficas de distinguidos juristas nacionales y extranjeros. Desde su inicio ha tenido contenido diversificado; cada ejemplar ofrece alrededor de ocho estudios sobre ramas diferentes del Derecho.

En la sección "La Ciencia al Servicio de la Justicia" se publican trabajos de medicina legal. La Revista ha contado en todo momento con el apoyo, en esta sección, del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial.

En la sección "Reseña Legislativa Extranjera" se ofrecen comentarios sobre innovaciones legislativas de interés en otros países. En esta sección la Revista ha tenido gran apoyo de parte de reputados juristas extranjeros.

En la sección "Reseña Bibliográfica" se comentan novedades de la Ciencia Jurídica.

La sección "Información Normativa" contiene resúmenes de todos los decretos y de todas las leyes que se emiten cada tres meses en el país.

"Pronunciamientos Especialmente Relevantes" es otra sección en la que se hacen comentarios de ciertos fallos de particular importancia, de ciertos votos salvados y de jurisprudencia contradictoria.

Finalmente, la sección de "Jurisprudencia", la más importante de la Revista Judicial para el litigante y para el Juez, contiene los compendios, que se elaboran en la Oficina de Digesto, de los pronunciamientos de los más altos tribunales.

1977: La Dirección Administrativa.

Mediante la Ley No. 6152 de 18 de noviembre de 1977, reformada por la Ley 6610 de 27 de agosto de 1981, fue creada la Dirección Administrativa del Poder Judicial, como órgano subordinado al Presidente de la Corte Suprema de Justicia; de ella dependen todas las oficinas, secciones y departamentos administrativos del Poder Judicial, salvo la Inspección Judicial, el Organismo de Investigación Judicial, el Ministerio Público y la oficina de Defensores Públicos, que dependen directamente de la Corte.

El Director Administrativo es el encargado —entre otras funciones— de planificar, organizar, dirigir, coordinar y supervisar las funciones admi-

nistrativas de las dependencias correspondientes, vigilar el cumplimiento de los acuerdos de la Corte Plena, referentes a la administración del Poder Judicial, integrar la Comisión de Presupuesto, junto con el Auditor y tres magistrados, autorizar gastos, dictar acuerdos de pago, ejercer el régimen disciplinario sobre los jefes de las dependencias subordinadas a la Dirección, otorgar licencias y permisos y muchas otras tareas que han venido a redistribuir la carga antes asignada a la Corte Plena, con beneficio para las funciones propiamente jurisdiccionales de los señores Magistrados y de la eficiencia de la administración general del Poder Judicial.

1980: Reorganización de la Corte Suprema de Justicia.

El Poder Judicial en Costa Rica se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establece la Ley (artículo 152 de la Constitución Política y 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Le corresponde, además de otras atribuciones que la Constitución señala, "conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso administrativas, así como de las otras que establezca la Ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; también tiene como función resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncia, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario" (artículo 153 de la Constitución Política).

Además de las Salas que componen la Corte Suprema de Justicia, el Poder Judicial tiene Jueces Superiores, Jueces Civiles, Penales, de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de Trabajo, tutelares de Menores y de Instrucción. En los Tribunales Superiores puede haber diversas secciones, cada una de ellas compuesta de tres jueces; además existen los Alcaldes y Agentes Judiciales.

La Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformado por la Ley No. 6434 de 22 de mayo de 1980, denominada Ley de Reorganización de los Tribunales, se compone de tres salas, que se denominan Sala Primera, Sala Segunda y Sala Tercera. Cuando se trata de asuntos que deben conocer todos sus miembros, formando un solo Tribunal, la Corte Suprema toma el nombre de "Corte Plena". Hasta la promulgación de la nueva Ley la estructura de la Corte era obsoleta e impedía la decisión ágil de los asuntos (22).

La Corte Plena es regida por el Presidente de la Corte y está formada por todos los Magistrados que componen las Salas o sus suplentes; el quórum se forma con once Magistrados, salvo ciertos casos especiales. Tiene una sesión ordinaria cada semana y se reúne, además, cada vez que es convocada por el Presidente; en la práctica, a menudo, sesiona regularmente los jueves, además del día lunes. A la Corte Plena corresponde conocer del recurso de inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo cuando se les atribuya el vicio de ser contrarias a la Constitución Política, resolver las competencias que se susciten entre las Salas de la Corte, designar en votación secreta a los Magistrados de las respectivas Salas que deban ocupar el cargo de Presidente de ellas, por un período de cuatro años, nombrar y remover a todos los servidores del orden judicial, así como trasladarlos provisionalmente o definitivamente de una oficina a otra para el mejor servicio público, concederles licencias y vigilar las que se concedan, ejercer la jurisdicción correccional y disciplinaria sobre todas las oficinas y servidores judiciales, responder a consultas de otros Poderes, proponer a los Poderes Legislativo y Ejecutivo todas las reformas que juzgue convenientes para mejorar la administración de Justicia, conocer del recurso de hábeas corpus, conocer, una vez que la Asamblea Legislativa haya declarado que hay lugar a la formación de causa, de las acusaciones y juicios de responsabilidad que por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones se establezcan contra los individuos de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos de la República, regular la distribución de los asuntos judiciales y conocer del veto por razones de inconstitucionalidad, además de enviar, si fuere del caso, el proyecto para su tramitación en la Asamblea Legislativa, en caso de que se rechace la inconstitucional, siendo necesario para declarar la inconstitucionalidad de tales disposiciones los dos tercios de la totalidad de sus miembros, además de otras funciones como regular las vacaciones y las horas de servicio de las oficinas judiciales.

La Sala Primera se compone de siete Magistrados —de conformidad con el texto del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6434

(22) *La reorganización de la Corte.* **La Nación, 22 de julio de 1980.**

de 22 de mayo de 1980)— y conoce de los recursos de casación y revisión que procedan con arreglo a la ley, en la materia contencioso-administrativa y en juicios ordinarios civiles y comerciales, salvo tratándose de asuntos referentes al Código de Familia, al Derecho Sucesorio y a Juicios Universales, del recurso de Casación en diligencias de ocurso proveniente del Registro Público y del Registro de la Propiedad Industrial, del recurso de amparo cuando el acto o la omisión emanaren de cualquiera de los funcionarios mencionados en el artículo 6, párrafo primero de la Ley de Amparo, del cumplimiento de sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros con arreglo a los tratados y leyes vigentes y de los demás casos de exequátur, de las competencias que se susciten entre los Tribunales Superiores Civiles, o entre los Superiores Contencioso-Administrativos, y entre estos y aquellos, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, de las competencias entre jueces civiles que pertenezcan a la jurisdicción de tribunales superiores diferentes, siempre que se trate de juicios ordinarios civiles o comerciales, excepto en asuntos de familia, de derecho sucesorio o juicios universales, de las quejas y demandas de responsabilidad civil que se interpongan contra los Jueces Superiores Civiles o Contencioso-Administrativos, originadas en asuntos que sean de competencia de la Sala, conforme lo expuesto.

La Sala Segunda (de acuerdo con el artículo 63 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) está integrada por cinco Magistrados y conoce de los recursos de casación y revisión que procedan con arreglo a la Ley, en juicios ordinarios de familia o de derecho sucesorio y en juicios universales, o en las ejecuciones de sentencias en que el recurso no sea de conocimiento de la Sala Primera; de la tercera instancia rogada en asuntos de la jurisdicción de trabajo cuando el recurso tenga cabida conforme al Código de la materia; de las cuestiones de competencia que se susciten entre jueces civiles que pertenezcan a la jurisdicción de Tribunales Superiores de diferente territorio, en cualquier clase de asunto, cuando no corresponda resolverlos a la Sala Primera; de los conflictos de competencia que se planteen respecto de autoridades judiciales y administrativas y de las quejas y demandas de responsabilidad civil cuando no fueren de competencia de la Sala Primera, y de las demandas de esa índole que se interpongan contra los Jueces Superiores Penales o de Trabajo.

La Sala Tercera (de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica citada) también está integrada por cinco Magistrados y conoce de los recursos de casación y revisión en materia penal; de los delitos de injurias y calumnias previstos en la Ley de Imprenta; de las competencias que se susciten entre los Tribunales Superiores Penales o entre estos Tribunales y los Jueces o Alcaldes Penales de otro territorio, o entre los jueces de diferente territorio, o entre un Juez penal de una jurisdicción y un Alcalde penal de otra; de las quejas que se interpongan contra los Jueces Superiores Penales y de los demás asuntos de naturaleza penal, que otras leyes atribuyan a la Sala de Casación y de los de la misma naturaleza que no corresponda conocer a la Corte Plena o a otros tribunales penales.

La nueva organización ofrece múltiples ventajas, la principal de ellas, a nuestro juicio, es la especialización de la casación por materias, propuesta defendida brillantemente por el desaparecido ilustre jurista italiano Gian Antonio Micheli a su paso por Costa Rica hace pocos años.

1981: La Escuela Judicial.

De conformidad con un reciente Resumen Informativo de la Escuela Judicial, elaborado por su Director Dr. Mario Houed Vega, ésta es un órgano del Poder Judicial, creado por la Ley No. 6593 de 6 de agosto de 1981 (aunque estuvo funcionando de hecho en años anteriores) que tiene como sus fines legales la formación y capacitación de los servidores del Poder Judicial. Se ha dividido en cuatro áreas o secciones operativas: Investigaciones, Capacitación y adiestramiento de personal subalterno y funcionarios de la administración de Justicia, Capacitación y adiestramiento de personal del Organismo de Investigación Judicial y Sección de Tutorías.

La primera Sección, además de la investigación propiamente dicha, promueve actividades participativas, seminarios, mesas redondas y publica trimestralmente los Boletines de Jurisprudencia de la Sala de Casación.

La Sección de Capacitación y Adiestramiento selecciona los materiales para los cursos y vela por su buena marcha; ha logrado extender su actividad a diversos puntos del país, donde funcionan Centros Regionales de Capacitación de empleados judiciales.

La tercera Sección tiene la responsabilidad de una mejor capacitación de los funcionarios del Organismo de Investigación Judicial, dotándolos de una preparación integral y sistemática.

El programa de Tutorías ha comenzado a fun-

cionar recientemente en los campos civil y penal.

Además de lo expuesto, la Escuela Judicial lleva a cabo, por medio de su Consejo Directivo y de la Comisión de Asuntos Penales una labor constante de evacuación de consultas, por lo que el estudio y el análisis son continuos. El Director de la Escuela Judicial es, además, Presidente de la Comisión de Publicaciones del Poder Judicial, la que actúa directamente en relación con el Presidente de la Corte y se reúne periódicamente con el fin de uniformar y orientar criterios de la edición y publicación de obras del Poder Judicial.

1982: La jurisdicción agraria.

Por Ley número 6734 de 29 de marzo de 1982 se creó la jurisdicción agraria, como función especial del Poder Judicial, a la que corresponde, en forma exclusiva, conocer y resolver definitivamente sobre los conflictos que se susciten con motivo de la aplicación de la legislación agraria y de las disposiciones jurídicas que regulan las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas

Así, por ejemplo corresponde a la jurisdicción agraria lo relativo a juicios reivindicatorios o posesorios, en que sean parte uno o varios trabajadores de la tierra, o grupos de éstos organizados, así como de las causas por usurpación y daños de citación directa, de los interdictos cuando éstos se refieren a predios rústicos y a diligencias de deslinde y amojonamiento, así como de los desahucios relativos a los mismos bienes, a particiones hereditarias, localización de derechos proindivisos y divisiones materiales que se refieran a los bienes adjudicados por el Instituto correspondiente o sean derivados de éstos, a los procesos de expropiación para fines agrarios, a las informaciones posesorias sobre terrenos rústicos, a las acciones relativas a los contratos de aparcería rural, esquilmo, arrendamiento o préstamo gratuito de tierras y otros aspectos relacionados; en general, corresponde a los tribunales agrarios conocer de todo lo relativo a los actos y contratos en que sea parte un empresario agrícola, originados en el ejercicio de las actividades antes dichas.

La Ley delimita el concepto de predio rústico, define los órganos de la justicia agraria y sus competencias y los procedimientos en general.

1982: Infraestructura: El circuito judicial de San José.

En la Prensa Libre del día 25 de marzo de 1957, el licenciado Evelio Ramírez pronosticaba: ". . .al Oeste de la Universidad se construirá el nuevo Palacio de Justicia que será orgullo de los costarricenses, por su suntuosa arquitectura funcional y a la vez un reconocimiento de la Nación para el Poder Judicial, que ha tenido valiosas intervenciones en el mantenimiento de nuestras instituciones republicanas. . ." Y, al día siguiente reafirmaba por el mismo medio: ". . .así como el magisterio costarricense tiene sus propios edificios en donde se imparte la enseñanza, el Poder Judicial tendrá también sus propios locales donde se administrará la Justicia".

La monumental obra se inició finalmente el 21 de octubre de 1961, fecha en que se empezó a construir el primer edificio del circuito judicial de San José y fue concluida el 5 de marzo de 1982, al inaugurarse la Plaza de la Justicia.

Fue la necesidad de reunir en un solo sector de la capital las oficinas judiciales, antes diseminadas, en condiciones físicas lamentables, lo que llevó al Magistrado Ramírez a impulsar la Ley No. 2105 de 21 de enero de 1957, o Ley de Creación del Circuito Judicial de San José, hoy materializado en tres funcionales edificaciones.

En el edificio Este se encuentran alojados algunos Tribunales Superiores, la Corte Suprema de Justicia, la Inspección Judicial, la Contaduría Judicial, la Biblioteca Judicial, la Revista Judicial y la Secretaría de la Corte. También hay una sucursal del Banco de Costa Rica.

En el edificio Oeste se encuentran los Juzgados y Alcaldías, la Oficina del Digesto, el Archivo Judicial, la Oficina de Distribución de Asuntos y otras dependencias.

En el edificio central, o "Plaza de la Justicia", tienen su asiento las siguientes dependencias judiciales: Dirección Administrativa, Tribunal Superior Segundo Civil, Juzgado Tutelar de Menores, Ministerio Público, Defensores Públicos, Auditoría Judicial, Proveeduría Judicial, Dirección de Personal, Escuela Judicial, Imprenta Judicial, Departamento de Servicios Generales, Organismo de Investigación Judicial, con su Dirección General, Secretaría, Recepción de denuncias, Archivo Criminal, Oficina de Radio, Departamentos de Investigaciones Criminales, de Medicina Legal y Laboratorio de Ciencias Forenses y las secciones de Homicidios, Delitos Contra la Propiedad, Delitos Contables, Menores, Estupefacientes, Accidentes de Tránsito, Delitos Varios, Inspecciones, Capturas, Medicatura Forense, Patología, Psiquiatría, Toxicología, Investigaciones Físicas, Investigaciones Físico-Químicas y Museo Criminológico. Cuenta además esta cons-

trucción con auditorio, polígono de tiro, gimnasio, soda, dormitorios para guardas, fosos para examen de vehículos y un amplio aparcadero subterráneo para 116 automóviles, además de que en este edificio tiene la sede el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD).

En las cabeceras de provincia y principales cantones se han construido igualmente modernas instalaciones, de sobria arquitectura, para el alojamiento de las oficinas judiciales.

El sueño del Magistrado Ramírez es hoy una realidad.

III. PERSPECTIVAS

1983: El proyecto de Código Procesal Civil.

Una vez resuelto el problema de la legislación procesal penal, los señores Magistrados integrantes de la Corte Plena dirigieron su atención al campo de los asuntos genéricamente denominados civiles, regidos por el viejo Código vigente de 1887, al que se le introdujeron algunas importantes reformas en 1937; se ha dicho que el Código vigente se caracteriza por su falta de coordinación, así como de un orden lógico en el tratamiento de las materias; además de que se le apuntan innumerables deficiencias que hacen que se dificulte la realización del ideal de Justicia pronta y cumplida.

El proyecto del Código Procesal Civil fue elaborado por una Comisión integrada por los Magistrados Edgar Cervantes Villalta y Miguel Blanco, así como por el Dr. Olman Arguedas, la que ha laborado durante dos años tratando de concretizar en disposiciones legales los principios de celeridad, humanización y economía.

El proyecto contiene múltiples innovaciones: se eliminan algunas apelaciones que, en la práctica, sirven fundamentalmente como medios para retardar la solución de los asuntos; se establece la necesidad de motivar los recursos; se otorga mayor poder al Juez como director del proceso; se exige el ofrecimiento de la prueba con el escrito de demanda; se regula el allanamiento parcial al contestar la demanda; se trasladan al Código los medios de prueba actualmente regulados por el Código Civil; se afirma que la presentación de una demanda ante un Juez extranjero no produce litis pendencia, porque se trata de dos jueces pertenecientes a Estados soberanos; lo relativo a competencia por materia, cuantía y territorio se ha trasladado de la Ley Orgánica del Poder Judicial al proyecto, lo mismo que los institutos que garantizan la imparcialidad de los juzgadores: impedimentos, recusaciones, excusas y responsabilidad civil; se hace una clara distinción entre capacidad procesal y legitimación; con relación a las audiencias, comparecencias y juntas se establece que en ellas se podrá hacer uso de la taquigrafía, la grabación y, aunque no se diga expresamente, se ha considerado que cabe pensar que puede usarse cualquier otro medio mecánico; el sistema de notificaciones se modifica: las partes tendrán que pasar a la oficina judicial a recoger las cédulas de notificación; se mantiene, no obstante, la notificación personal, que se hará cuando se notifique por primera vez al demandado, cuando se llame a una parte a confesar, o cuando se ordene notificar a un tercero o para que entregue una cosa que se dio en depósito. Se mantiene también el deber de hacer un señalamiento para notificación, a efecto de notificar la sentencia, en cuya omisión ésta se notificará en estrados.

Son muchísimas las innovaciones contenidas en el proyecto de Código Procesal Civil elaborado por la Corte Suprema de Justicia por medio de la comisión referida, sobre la base del anteproyecto del Dr. Olman Arguedas; sería imposible enumerarlas dentro de los límites de este trabajo.

Nos limitamos simplemente a dar cuenta de esta importante iniciativa de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que revela una vez más, una intención innovadora y responsable frente a los problemas de la administración de Justicia.

El proyecto ha sido sometido a la consideración del foro nacional y es de esperarse que pronto constituya una realidad. Según algunos la promulgación de este Código sería una de las transformaciones jurídicas más importantes de la actual década.

1983: El proyecto de Ley de Carrera Judicial.

En sesión de la Corte Plena de 11 de julio de 1983 se aprobó el proyecto, hoy enviado a la Asamblea Legislativa, de creación de la carrera

judicial; se tomó ahí como elemento de juicio importante, la continuidad en los cargos de los funcionarios judiciales, la que de hecho, en la práctica, se ha revelado beneficiosa.

Puede leerse en la exposición de motivos de dicho proyecto: "Nuestro sistema democrático... permite que los jueces sean reelegidos una vez vencido el período para el cual fueron nombrados, por disposición expresa del artículo 45 del Estatuto de Servicio Judicial, reelección que siempre se produce, salvo casos excepcionales. En lo referente a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 158 de la Constitución Política establece un período de ocho años, para el que se consideran reelegidos, salvo que los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa disponga lo contrario. En definitiva, en nuestro sistema orgánico hay conciencia de que la permanencia en el cargo es no sólo conveniente, sino necesaria, pues con ello el funcionario se especializa y perfecciona". A pesar de esto, a veces se presentan casos de nombramientos sin la más adecuada preselección; por ello el proyecto contempla claramente la selección según méritos, bajo igualdad de oportunidades, a la par de la estabilidad (diferenciándose los funcionarios de carrera de los de servicio). Dentro de las previsiones para el nombramiento interino de jueces se establece, entre otras cosas, la preferencia de los funcionarios de carrera de grado inferior sobre los funcionarios de servicio de ese mismo grado. Se abre igualmente la posibilidad de que la Escuela Judicial imparta cursos que sean requisitos para los ascensos. También se establecen las modalidades de los concursos.

1983: Proyecto de Ley de Creación de las Alcaldías Civiles de Hacienda.

En la sesión de la Corte Plena de 8 de agosto de 1983, artículo XLVIII, se aprobó un proyecto de ley preparado con la colaboración del licenciado Alejandro Rodríguez Vega, Juez integrante del Tribunal Superior Contencioso Administrativo y del Magistrado Edgar Cervantes Villalta, para la creación de las Alcaldías Civiles de Hacienda y dispuso su envío a la Asamblea Legislativa.

El proyecto se basa en la necesidad surgida debido al incremento que experimenta cada año el volumen de asuntos propios de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sobre todo en lo que concierne a los juicios ejecutivos.

Con este proyecto se persigue una tramitación judicial más pronta y un descongestionamiento de los Juzgados dichos.

Merecen citarse algunos aspectos de interés:

Por un lado, se establece que estas Alcaldías Civiles de Hacienda tendrán competencia (básicamente sobre ejecutivos y desahucios) independientemente del monto del asunto, "cualquiera que sea su cuantía".

Conocerán, de acuerdo al proyecto, de los juicios ejecutivos simples en que se ejerciten acciones a favor o en contra del Estado o de sus Instituciones; así también, de los desahucios que se promuevan por o contra el Estado o sus Instituciones y de los actos prejudiciales o de jurisdicción voluntaria que tengan relación con los juicios mencionados.

El proyecto regula diversos aspectos como los conflictos de competencia entre Alcaldías Civiles de Hacienda y otros tribunales (los que serán resueltos por el Tribunal Superior Contencioso Administrativo), recursos y otros. En cuanto a recursos se hace una distinción según la cuantía: "la segunda instancia será de conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda en los asuntos de menor cuantía y del Tribunal Superior Contencioso Administrativo en los de mayor cuantía".

1983: Proyecto de Ley de Creación del Tribunal de Trabajo de Mayor Cuantía.

Ante un veto que se produjo al proyecto de Ley de Creación de un Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía y con base en un informe del Dr. Olman Arguedas Salazar, la Corte Plena, en sesión No. 94 de 14 de noviembre de 1983, aprobó el "Proyecto de Ley de Creación del Tribunal de Trabajo de Mayor Cuantía".

De este proyecto anotamos algunas innovadoras características: Oralidad, pero sin publicidad, en una instancia, notificaciones por estrados, reservándose la notificación personal o por cédula en la casa para el emplazamiento y por cédula en la oficina señalada para la sentencia.

La oralidad tiene un límite: si la cuantía excede de treinta y cinco mil colones, el proceso será escrito con doble instancia.

Sobre las materias reguladas por el proyecto trascribimos parte del citado informe del Dr. Arguedas:

"El proyecto comprende cuatro capítulos, a saber: Capítulo I, Disposiciones Generales; Capítulo II, Procesos; Capítulo III, Recursos y Capítulo IV, Disposiciones Finales, y como un apéndice, las

disposiciones transitorias. De estos capítulos, el II y el III tiene cada uno dos secciones, respectivamente, así: 1. Procesos a cargo del Organo Colegiado y 2. Procesos a cargo del Organo Unipersonal. Como puede observarse, al usar la palabra Organo y los calificativos de "Colegiado" y "Unipersonal", se uniforma la terminología. 1. Destinada a la segunda instancia como competencia del Tribunal o de uno de sus Jueces y, 2. Recursos contra las resoluciones del Organo unipersonal. Es decir, la materia relativa a los recursos queda regulada en un solo capítulo".

Otra innovación es la del segundo párrafo del artículo 40, en cuya disposición se establece la designación de jueces que tendrán "competencia nacional, con desplazamiento al lugar del problema para resolver los conflictos de carácter económico-social."

1984: El anteproyecto de Jurisdicción Constitucional.

Preocupación conjunta de la Corte Suprema de Justicia, del Ministerio de Justicia y de nuestros más destacados constitucionalistas ha sido la de revisar sistemáticamente la materia de la jurisdicción constitucional, la que se encuentra en estos momentos regulada en forma dispersa, presenta omisiones de importancia y requiere de una actualización, si bien "desde el punto de vista de los actos sujetos a control de constitucionalidad, puede afirmarse que Costa Rica es el país más avanzado del mundo"(23).

Con el objetivo de afrontar este reto, a fines de 1982 se integró una comisión compuesta por el Magistrado Lic. Fernando Coto Albán, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Lic. Carlos José Gutiérrez, entonces Ministro de Justicia y actual Ministro de Relaciones Exteriores, el Dr. Hugo Muñoz, entonces Procurador General de la República y actual Ministro de Justicia, el Dr. Enrique Rojas Franco, entonces Viceministro de Justicia, el Lic. Enrique Pochet Cabezas, actual Viceministro de Justicia, el Lic. Francisco Villa, Subprocurador General de la República, el Lic. Ismael Antonio Vargas Bonilla, actual Procurador General de la República y los juristas Mauro Murillo, José Luis Molina, Jorge Enrique Romero y Rubén Hernández Valle.

La Comisión dio sus frutos y en estos momentos la Corte Plena tiene bajo estudio el informe, plasmado en un anteproyecto de Jurisdicción Constitucional.

El anteproyecto presenta notables avances que, para los fines de este trabajo se resumen en los siguientes términos (24):

Todas las leyes de jurisdicción constitucional se refunden en un solo cuerpo normativo, lo que va en beneficio de la coherencia y sistematización de la regulación propuesta.

Se propone la regulación de conflictos entre órganos fundamentales.

En tema de Hábeas Corpus es innovador el anteproyecto al reconocer la posibilidad de este mecanismo frente a decisiones judiciales, consagrando así principios ya establecidos por la jurisprudencia.

Es en materia de Amparo y en materia de Inconstitucionalidad donde encontramos las principales contribuciones del anteproyecto:

En cuanto al Amparo es interesante anotar que pasa a conocimiento de los Jueces de lo contencioso administrativo, salvedad hecha del que procede contra los altos funcionarios, que continúa siendo de competencia de la Sala Primera; se crea además el amparo contra los particulares con referencia a varios derechos y en particular al regularse el derecho de rectificación o respuesta; se establece el amparo por violación no solamente de normas constitucionales, sino también de derechos subjetivos públicos incorporados en Tratados Internacionales; además de los casos de violación o amenaza de violación de situaciones jurídicas constitucionales, se admite el amparo cuando, habiendo precepto invocado, se ha producido una mala interpretación o aplicación de éste; finalmente, se regula con detalle la suspensión de efectos del acto impugnado y las medidas cautelares.

Con relación al ámbito de la inconstitucionalidad sobresale la procedencia del recurso por violación de principios y por violación de normas constitucionales y del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa relativas a aspectos fundamentales en el proceso de formación de la Ley; asimismo se fija la posibilidad de acumulación de acciones de inconstitucionalidad. Es de interés el hecho de que se centraliza el control constitucional en la Corte Plena (pues, en estos momentos la

---

(23) HERNANDEZ VALLE, Rubén, *Entrevista.* 24 de enero de 1984.

(24) HERNANDEZ VALLE, Rubén. *Entrevista.* 15 de enero de 1984.

jurisdicción contencioso administrativa conoce de la inconstitucionalidad de los actos de las instituciones descentralizadas); se regulan los efectos de la declaración de inconstitucionalidad; otra novedad se encuentra en que, rechazado un punto, es posible que sea conocido de nuevo si transcurren diez años.

El proyecto contiene muchas otras interesantes novedades y, a nuestro juicio, representa un verdadero avance en la materia dentro del contexto del Derecho Comparado.

IV. CONCLUSION

Con lo expuesto no se ha pretendido agotar en modo alguno la investigación sobre el Poder Judicial hoy; simplemente hemos querido dar noticia de aquellos acontecimientos de especial relevancia, la mayor parte ocurridos en los últimos años, que confirman la hipótesis inicial de la preferente tutela jurídica que a todo nivel se ha dado a la administración de Justicia en Costa Rica y muestran claramente el papel innovador y realista de la Corte, motor de la casi totalidad de las transformaciones.

Cabe recordar que el papel innovador de la Corte Suprema de Justicia costarricense no se ha limitado al mejoramiento de su propio sistema, sino que, en muchos casos, ha determinado la existencia de disposiciones jurídicas, cuando por medio de la jurisprudencia se ha adelantado a la Ley. Son muchos los casos en que el legislador ha tomado a la jurisprudencia como fuente material; por ejemplo, en Derecho de Familia muchas normas existían sólo en la jurisprudencia antes de la promulgación del Código de Familia (Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973, que entró en vigencia seis meses después de su publicación); la jurisprudencia había ya establecido que los bienes adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges no son comunes, que no hay cosa juzgada en materia de patria potestad y que es posible el reconocimiento y la investigación de paternidad del hijo por nacer. En todas las demás ramas del Derecho hemos podido observar también el papel precursor de los tribunales (25).

Para concluir recordemos una vez más las palabras del Dr. Enrique Castillo:

"Puede decirse que las grandes transformaciones de los últimos años inducidas casi todas por el propio Poder Judicial, revelan una actitud progresista, favorable al cambio, diligente para responder a las nuevas necesidades de la época y del futuro" (26).

BIBLIOGRAFIA

ARGUEDAS, Olman. *El Derecho Procesal Agrario como instrumento de seguridad jurídica y social en el Agro. Su situación en Costa Rica,* Revista Judicial, No. 16, junio de 1980. Corte Suprema de Justicia, San José.

CASTILLO, Enrique. *El funcionamiento de la administración de la Justicia Penal en Costa Rica,* Revista de Ciencias Jurídicas, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, No. 42, setiembre-diciembre de 1980, San José.

(25) V. GUTIERREZ, Marcos de Jesús, *La jurisprudencia como fuente de Derecho,* Juricentro, San José, 1982, p. 180.

(26) CASTILLO, Enrique. *El funcionamiento de la administración de la Justicia Penal en Costa Rica,* Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados. No. 42, setiembre-diciembre de 1980, San José, p. 199.

CASTILLO, Enrique, *Ensayos sobre la nueva Legislación Procesal Penal,* Colegio de Abogados, San José, 1977.

COTO ALBAN, Fernando, *En el Sesquicentenario de la Corte Superior de Justicia,* Revista Judicial, No. 4, Corte Suprema de Justicia, junio de 1977.

CRUZ CASTRO, Fernando, *Observaciones y críticas sobre la incipiente política criminal del subsistema judicial.* Revista Judicial No. 26, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre de 1983.

GENE SOJO, Juan, *Primer aniversario del nuevo proceso penal.* Revista Judicial No. 1, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre de 1976.

GUIER, Jorge E., *La Corte,* Revista Judicial, No. 2, Corte Suprema de Justicia, San José, diciembre de 1976.

GUTIERREZ, Carlos José, *El desarrollo de un sistema jurídico.* Revista Judicial No. 5, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre de 1977.

GUTIERREZ, Carlos José, *La Cúpula Judicial,* Revista Judicial No. 21, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre de 1981.

GUTIERREZ, Carlos José, *Los Jueces de Costa Rica,* Revista de Ciencias Jurídicas No. 22, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, San José, setiembre de 1973.

HOUED VEGA, Mario. *El Ministerio Público (o Fiscal)* en el proceso penal, Revista de Ciencias Jurídicas No. 32, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, San José, mayo-agosto 1977.

HOUED VEGA, Mario. *Organización y funcionamiento del Ministerio Público en Costa Rica,* Revista de Ciencias Jurídicas No. 33, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, setiembre-diciembre de 1977.

HOUED VEGA, Mario, CRUZ CASTRO, Fernando, *El Ministerio Público en la relación procesal,* Revista de Ciencias Jurídicas No. 39, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, setiembre-diciembre de 1979.

LASCARIS, Constantino. *El costarricense,* Editorial Universitaria Centroamericana, San José, 1975.

ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Costa Rica, Estado Social de Derecho,* Revista de Ciencias Jurídicas No. 29, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, San José, mayo-agosto de 1976.

ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *La tutela administrativa.* Revista de Ciencias Jurídicas, No. 6. Universidad de Costa Rica, noviembre 1965.

RODRIGUEZ VEGA, Eugenio, *Apuntes para una Sociología Costarricense,* Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1979.

ROJAS FRANCO, Enrique. *La Escuela Nacional Judicial,* Revista Judicial No. 8, Corte Suprema de Justicia, San José, junio de 1978.

ROMERO PEREZ, Jorge E. *Consideraciones sobre las reformas al Poder Judicial según la Ley 124 de 1 de julio de 1980.* V Seminario Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, San José, 1980.

SAENZ SOTO, Oscar, *En el 57 aniversario de la creación de la Inspección Judicial,* Revista Judicial No. 7, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo de 1973.

SEGURA, Jorge Rhenán, *Aspectos político-jurídicos de Poder Judicial en Costa Rica,* Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982.

VALLEJO LEITON, Stanley, *Antecedentes y hechos que dieron origen al Organismo de Investigación Judicial,* Exposición en el Colegio de Abogados, 8 de julio de 1974.

VALLEJO LEITON, Stanley, *Exposición con motivo de celebrarse el décimo aniversario de la fundación del Organismo de Investigación Judicial,* San José, 12 de diciembre de 1983.

LA INGESTION DE BEBIDAS ALCOHOLICAS Y SUS EFECTOS JURIDICOS

José Ma. Pereira Pérez.

El desarrollo del presente trabajo tiene por objeto analizar la incidencia jurídica de la ingestión de bebidas alcohólicas. Se analizará caso por caso cada una de las áreas del Derecho, donde esbozo someramente lo que ha dicho la doctrina y la jurisprudencia acerca del alcohol en las personas.

El alcohol en las personas como se verá, no sólo en materia de tránsito juega un papel preponderante como causante de efectos jurídicos, sino que en otras ramas del Derecho; así por ejemplo en el Derecho de Familia como causal de separación judicial (art. 58 inc. 5); como causa de nulidad de matrimonio por mediar un vicio en la voluntad (art. 31 párr. 2); la suspensión de la autoridad parental (art. 146 inc. 1). En el Derecho Laboral como causal de despido (art. 81 inc. L); y por supuesto en el Derecho Penal donde la ingestión de alcohol provoca la configuración de una serie de delitos.

DERECHO DE FAMILIA

El artículo 91 del Código Civil de 1888 en su inciso 5 establecía como causal de separación judicial "la embriaguez habitual o escandalosa de uno de los cónyuges". Al introducirse el nuevo Código de Familia la misma causal aparece estipulada como "trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común" (art. 58 inc. 5).

A simples rasgos se deduce que el uso habitual de bebidas alcohólicas por parte de uno de los cónyuges provoca un desquebrajamiento en el patrón de su conducta, sufriendo como consecuencia una alteración evidente de su personalidad, esas reacciones hacen por consiguiente imposible la vida en común de los cónyuges, alterando así los principios de armonía y respeto hacia el otro compañero y sus hijos.

En ese orden de ideas don Alberto Brenes comenta "que esa causal se tendrá por existente conforme lo determina la ley, cuando se pruebe la frecuencia de la embriaguez o del escándalo de la misma dentro de un período no menor de un año", sigue comentando que "la causal es bien fundada, porque la embriaguez consuetudinaria establece una situación bastante penosa e intolerable para quien tiene que soportar —a más de la humillación y vergüenza de tener unida su suerte a la de un ser degradado por hábito tan pernicioso—, los malos tratos y molestias que de ordinario ocasiona quien se encuentra bajo el influjo de la excitación alcohólica" (1).

(1) BRENES CORDOBA, Alberto, *"Tratado de las Personas"*, Mil Copias S.A., 1974, p. 168.

A lo anterior se puede agregar el pronunciamiento de la Sala Primera Civil que estableció que "si bien existe prueba suficiente y muy calificada en autos, de que en el íntimo y estrecho círculo familiar, la conducta del padre y esposo, aquí demandado, ha sido inconveniente y censurable, ocasionada por su incontrolada afición al licor, procede acoger la demanda de separación judicial" (2).

Dentro de la suspensión de la patria potestad (art. 146 inc. 1) existe la causal referente a la ebriedad habitual, la misma ley estipula que si uno de los cónyuges viola la norma, los Tribunales pueden suspender o modificar la patria potestad, pero no privar al cónyuge culpable en forma absoluta, pues tal derecho se pierde única y exclusivamente con la mayoridad de edad o con la muerte del menor o la muerte de quien ejerce la autoridad (3). Por eso la doctrina ha dicho que la patria potestad es necesariamente temporal, puesto que tiene por objeto la protección de los hijos mientras que por su corta edad necesitan de quien les proporcione los medios de subsistencia, los eduque y los represente (4).

Nuestro Código Civil en su artículo 1008 expresa "El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado", de ahí que la MANIFESTACION puede ser hecha de palabra, por escrito, o por hechos de que necesariamente se deduzca. Al conocerse sobre una nulidad de matrimonio, se dedujo del análisis de la prueba que al momento, antes y posteriormente a la ceremonia matrimonial el actor acusó una ingesta alcohólica de tal magnitud que le impidió dar su consentimiento en pleno goce de sus facultades físicas y mentales —así se aprecia que el doctor quien volvió a ver al paciente cuando reingresó (17 de feb.) al hospital, el matrimonio se celebró (14 de febrero), dictaminó síndrome cerebral orgánico agudo (deterioro de la capacidad en forma transitoria) como producto de la intoxicación alcohólica —de unos cuatro meses de duración—, entonces ese cuadro clínico que confirma el dicho de los testigos sobre ese estado de crisis etílica en que se encontraba el actor; de ahí que si el artículo 31 del Código de Familia en su párrafo segundo advierte "que los contrayentes deben expresar su voluntad de unirse en matrimonio, cumplido lo cual el funcionario declarará que están casados"; y esta expresión de voluntad, en lo que se refiere al actor, está viciada de nulidad por deterioro de la capacidad intelectual en forma transitoria, que le afectaron la memoria, orientación, juicio, inteligencia, etc., se concluye que lo resuelto por el a quo, quien declaró la nulidad del matrimonio del accionante se ajusta al mérito de los autos (5).

DERECHO LABORAL

La presentación al trabajo en estado de ebriedad por parte del empleado, viene a constituir una falta grave a sus obligaciones, provoca la desestabilización que debe reinar en cualquier centro de trabajo. Lógicamente al trabajador se le tuvo que haber sido prevenido por parte del patrono para que no se presente en ese estado antes de ser despedido sin responsabilidad patronal, toda vez que la presencia en tal estado revista un carácter de especial gravedad (6), por lo que supone peligro no solo para sí mismo sino para los demás (7). De ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en el sentido de que las obligaciones y deberes de los trabajadores descansan en principios de buena fe, equidad y fidelidad y si esos princi-

---

(2) Ver res. Sala Primera Civil No. 226 de 9:05 hrs. de 11 de junio y No. 121 de 14:10 hrs. de 13 de abril, ambas de 1976; Sala de Casación No. 133 de 1965, II sem., Tomo II, p. 1059. El Tribunal Superior Segundo Civil Sección Primera en resolución No. 810 de 8:55 hrs. de 7 de octubre de 1983 dijo en el Considerando IV: "En cuanto al fondo del negocio estímase que la causal aplicable lo es el inc. 5 del art. 58 del Código de Familia, al señalarse como motivo para decretar la separación "la enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año u otra enfermedad o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que haga imposible o peligrosa la vida en común" y es que, efectivamente, esto último ha pasado con el demandado que al padecer de trastornos mentales los agrava al ingerir licor, con las consecuencias. . ., que hace imposible o cuando menos peligroso la vida en común y por ello es a todas luces de rigor legal decretar la separación judicial".

(3) Res. Sala Segunda Civil, No. 228 de 15:10 hrs. de 6 de agosto de 1975 y Sala Segunda de la Corte, No. 85 de 15:10 hrs. de 19 de agosto de 1981.

(4) BRENES CORDOBA, Alberto, supra nota 1, p. 215.

(5) 1982. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, No. 821 de 11:10 hrs. de 15 de diciembre. Para efectos de ilustración v. PEREZ, Víctor, *"Voluntad y manifestación en el negocio jurídico"*, Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, No. 5, 1977, p. 97.

(6) 1980. Tribunal Superior de Trabajo, No. 1904 de 17:00 hrs. de 25 de abril.

(7) NESTOR de Buen L., *"Derecho del Trabajo"*, Editorial Porrúa, Tomo II, México, 1977, ps. 93—94.

pios se quebrantan, se produce necesariamente el rompimiento del nexo laboral, consecuentemente sin responsabilidad patronal.

En sustento de lo anterior se puede citar la resolución del Tribunal Superior de Trabajo que interpretó "que cuando se trata de analizar si procede un despido con pago de prestaciones a causa de la embriaguez del trabajador, hay que distinguir si es un hecho aislado que no conlleva otras faltas, o si el estado de ebriedad ha tenido otras implicaciones de trascendencia para la continuidad de la relación laboral; en la primera situación el asunto no podría justificar el despido, a no ser que el empleado haya sido amonestado previamente, pero en la segunda ya no se trata de la simple embriaguez en horas de labor, sino de una indisciplina que configura una falta grave, en cuanto afecta la relación laboral y atenta contra la seguridad de las personas y de las cosas (8). Otro sentido de nuestro Tribunal Superior fue de que "si el despido de que fue objeto el actor (ALCOHOLISMO) aunque se diga que éste es una enfermedad, lo cierto es que tanto la legislación penal como la laboral lo tienen como sancionable y la opinión que sobre el concepto de "ALCOHOLICO" como enfermo se tenga actualmente en ciertas esferas es discutible, por lo que es dable mantener la situación actual mientras una nueva legislación no venga a imponer un diferente criterio sobre el mantenimiento de ciertos vicios ya no como acto volitivo sino como enfermedad" (9).

En contraposición con lo anterior, se discutió por parte de la Sala de Casación por cuanto el trabajador fue separado de su cargo, no porque incurriera en la causal de despido que contempla el Código de Trabajo relativa al hecho de que el empleado se presente al trabajo en estado de ebriedad, sino porque el patrono le otorgó jubilación en razón de enfermedad, debe reconocérsele su derecho al pago de auxilio de cesantía que se concede a quienes se retiran de su empleo en virtud de jubilación, sin que sea óbice para ello el hecho de que la enfermedad por la que se le jubiló fuera alcoholismo crónico, ya que el Organismo Médico Forense había calificado la situación del actor como "enfermedad", además que el Código Penal le da también ese carácter (10).

JURISDICCION TUTELAR DE MENORES:

Dado el carácter especial de la Ley que rige esta materia, y tomando en cuenta que su aplicación no es sancionatoria, sino que es una Ley de Previsión Social y de Readaptación del menor infractor, de ahí que al presentarse las denuncias al Juzgado Tutelar sobre menores en estado de ebriedad, generalmente en estos casos se les aplica la medida tutelar correspondiente de acuerdo con las circunstancias que rodearon el caso. Las denuncias presentadas básicamente se establecían con base en que los menores se presentaban en estado de ebriedad a causar alborotos en lugares públicos.

DERECHO PENAL

Antes de entrar a ver la materia en cuestión, someramente voy a enfocar algunos aspectos relativos a las situaciones de inconciencia, reguladas en el Código Penal, en los artículos 43 en relación con el art. 42.

A este respecto se hace necesario distinguir, en primer lugar, el estado de ebriedad, de las formas duraderas del alcoholismo, que hacen del sujeto un verdadero enfermo. Por otra parte, la embriaguez alcohólica debe distinguirse, según la causa y la forma de producción, en VOLUNTARIA e INVOLUNTARIA.

La ebriedad involuntaria: Es la que se produce por la ingestión de una sustancia cuyo efecto era ignorado, o por una situación patológica desconocida por el sujeto o por la maliciosa acción de un tercero. **La ebriedad voluntaria:** Es, en cambio, aquella en la cual el sujeto llega a ese estado a causa de la deliberada ingestión de bebidas cuya realización del propósito de embriagarse o a la mera ingestión reiterada de bebidas, de las cuales la ebriedad, aunque no directamente querida, resulta de un modo necesario (11).

La doctrina informa "que cuando la embriaguez sea plena y no haya sido buscada de propósito para delinquir, daría lugar a la exención de la responsabilidad criminal si en su virtud el sujeto quedó privado, en relación con la acción concreta,

---

(8) Sala de Casación, No. 136 de 1974 y Tribunal Superior de Trabajo, No. 1904 de 17:00 hrs. de 25 de abril de 1980.

(9) 1974. Tribunal Superior de Trabajo, No. 3314 de 13:10 hrs. de 19 de julio.

(10) 1976. Sala de Casación, No. 78 de 14:20 hrs. de 14 julio.

(11) SOLER, Sebastián, *"Derecho Penal Argentino"*, Tipográfica Editora Argentina, Tomo II, Buenos Aires, 1970, p. 55.

de la capacidad de entender y querer" (12). Lo que da como resultado que como el hecho de que el estado de ebriedad del sujeto ha sido completo, ello implica que su inconciencia se ha separado de la realidad, dando lugar a lo que se llama embriaguez completa, que no es más que la embriaguez patológica que se produce en individuos predispuestos a sufrir intensamente la acción tóxica del alcohol, que los induce a un estado que mucho se asemeja a la embriaguez aguda, pero que difiere de ésta en que se desencadena casi inmediatamente después de ingerir una poca cantidad de alcohol, y en la extraordinaria violencia del sujeto, que lo impulsa a ejecutar actos contra las personas o cosas sin razón alguna o a causa de un simple gesto, una palabra o una mera indicación de otro (13). De ahí que el ilícito cometido por el procesado al momento de cometer el delito sufriera una embriaguez patológica puede ser considerado por los Tribunales como una atenuante (14).

Para una mayor ilustración sobre el tema, a continuación enunciaré lo que han dicho los Tribunales en cada delito donde ha estado presente el alcohol.

1) IMPUTABILIDAD — DISMINUIDA — CONFIGURACION.

En el supuesto de que el imputado le causara las heridas que sufrió el ofendido, como no existe ningún elemento motivante de su conducta, su acción está exenta de dolo o culpa, ya que no hay prueba de que conscientemente realizara esos hechos, y como el reo tiene antecedentes patológicos con problemas de alcoholismo, cuadro de alucinosis alcohólica y una personalidad con moderados rasgos esquizoides, estaríamos en presencia de una causa de inimputabilidad o más propiamente de imputabilidad disminuida, puesto que padeciendo de una lesión orgánica y con perturbación de su conciencia, los hechos por él cometidos no pueden constituir causa de responsabilidad penal sino de aplicación de una medida de seguridad.

1978. Tribunal Superior Penal, Pérez Zeledón, No. 147 de 16:45 hrs. de 4 de agosto.

2) INIMPUTABILIDAD — IMPROCEDENCIA.

Si estando el imputado en estado de ebriedad, quebró el vidrio de una ventana de una unidad sanitaria y sustrajo de la misma una máquina de escribir, en la especie se configuró el delito de robo simple, sin que sea de recibo la alegada inimputabilidad, ya que la eventual perturbación en que pudiere encontrarse el imputado fue adquirida en forma voluntaria.

1978. Tribunal Superior Penal, Alajuela, Sección B, No. 198 de 14:15 hrs. de 13 de setiembre.

***

3) HOMICIDIO — CULPOSO — PORCENTAJE DE ALCOHOL EN LA SANGRE.

Para efectos de la Ley de Tránsito, no resulta relevante el hecho de que uno de los imputados acusara presencia de 40 mg. de alcohol por cada 100 centímetros cúbicos de sangre, pues en los homicidios culposos acaecidos en accidentes de tránsito ese procentaje no se estima como factor de influencia.

1980. Sala Tercera de la Corte, No. 47 de 10:40 hrs. de 7 de noviembre.

4) HOMICIDIO — CULPOSO — EBRIEDAD.

Si se demostró que el reo se encontraba en estado de ebriedad al cometer el hecho investigado —homicidio culposo—, y que si el resultado de la alcoholemia indicó un grado de concentración de 290 mg. de alcohol por cada 100 c.c. de sangre, la misma debió ser descartada como prueba por resultar evidente la equivocación que contiene, y no es de recibo porque no se intentó siquiera demostrar la existencia de esa equivocación, y entre una prueba técnica como lo es la alcoholemia, y la testimonial, lo lógico y correcto era darle preferencia a la primera.

1977. Sala Segunda Penal, No. 50—F de 9:00 hrs. de 6 de setiembre.

***

5) RESISTENCIA — AGRAVADA — FALTA DE CONFIGURACION.

Si no se demostró que el imputado agrediera a la autoridad, sino que ejerció contra ella una fuerza, que puede considerarse normal dentro de las

---

(12) CEREZO MIR, José, *"Problemas Fundamentales del Derecho Penal"*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1982, p. 146.

(13) Sala de Casación, No. 22, I sem., I tomo, p. 366 de 1968 y de 16:15 hrs. del 27 de abril de 1944.

(14) 1960. Sala de Casación, No. 27, I sem., I tomo, p. 497.

condiciones de ebriedad que estaba, debe tenérsele como autor responsable del delito de resistencia simple y no el de resistencia agravada, variando así la calificación legal de los hechos acusados.

1980. Tribunal Superior Penal, Puntarenas, No. 155 de 10:40 hrs. de 18 de setiembre.

6) RESISTENCIA – AGRAVADA – FALTA DE CONFIGURACION.

Si los actos desplegados por el imputado bajo la influencia del alcohol no fueron para impedir u obstaculizar a la autoridad en un acto propio de sus funciones, autoridad que ni siquiera había expedido orden alguna contra el encartado, salvo la advertencia de uno de ellos, en el sentido de que se estuviera quieto cuando aquél escandalizaba un poco y quebró una botella, entonces más que un acto de resistencia por parte del encausado al sacar la cuchilla que no llegó a abrir, fue una reacción impensada de una persona que se encuentra ebria, de ahí que el Tribunal considera que el delito de resistencia agravada que se le atribuye no surgió a la vida jurídica.

1980. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, No. 173 de 16:00 hrs. de 22 de setiembre.

7) RESISTENCIA – CONFIGURACION.

Si estando el imputado tomado de licor, se lio a golpes con otra persona, y cuando el guardia rural ofendido intervino para separarlos, agarrando al acusado, éste se le lanzó encima, por lo que esa autoridad se vio obligada a reducirlo a la impotencia, debe tenérsele como autor responsable del delito de resistencia, ya que con su actitud intentaba impedir mediante la fuerza, un acto propio, de las funciones de ese guardia rural.

1980. Tribunal Superior Penal, Puntarenas, No. 155 de 10:40 hrs. de 18 de setiembre.

***

8) LESIONES – CULPOSAS – CANCELACION DE LICENCIA.

La correcta interpretación del párrafo final del artículo del Código Penal, que tipifica el delito de lesiones culposas, nos dice que esa disposición encierra dos normas autónomas: primero, que le será impuesta la pena de inhabilitación para conducir vehículos al conductor reincidente, y segundo, que esa pena se aplica cuando el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas enervantes.

1981. Sala Tercera de la Corte, No. 35–F de 10:55 hrs. de 22 de mayo.

9) LESIONES – CULPOSAS – CONFIGURACION.

Si el imputado se embriagó, sabiendo que cuando bebe licor pierde la noción de sus actos, y en este estado retó al ofendido a pelear, quien, no obstante que trató de evitar la pelea, resultó lesionado en una oreja, debe tenerse la conducta del imputado como punible por culpa y por ende autor responsable del delito de lesiones culposas.

1978. Tribunal Superior Penal, Pérez Zeledón, No. 196 de 15:30 hrs. de 15 de diciembre.

***

10) VIOLACION – EMBRIAGUEZ VOLUNTARIAMENTE ACEPTADA – TESIS GENERAL.

En tesis general es exacta la afirmación de que la mujer que voluntariamente se deja embriagar acepta, todas las consecuencias de su conducta ligera, no obstante debe advertirse que cada caso presenta sus características propias, capaces de hacer variar el arbitrio judicial, tales como la edad de la ofendida, la conducta que observe, su falta de experiencia y hasta los medios o artificios de que se haya valido el seductor para lograr su intento.

1953. Sala de Casación, No. 62, I sem., II tomo, p. 1302.

11) VIOLACION – TEORIA MEDICO-LEGAL.

En la teoría médico-legal se establece que la violación durante la embriaguez alcohólica es posible en realidad, pero que una mujer que se deja embriagar, acepta, por decirlo así, tácitamente, todas las consecuencias de este acto.

1942. Sala de Casación, de 14:15 hrs. de 17 de junio, I sem., tomo único, p. 523.

12) VIOLACION – EMPLEO DE ALCOHOL.

Los casos más difíciles de violación son aquellos en que se alega el empleo de alcohol, porque el primer efecto de esta sustancia consiste en disminuir la inhibición y el dominio de sí mismo y en ese estado se puede otorgar el consentimiento y llegar a la realización del acto carnal sin mucho apremio por parte del varón.

1942. Sala de Casación de 14:15 hrs. de 17 de junio, I sem., tomo único, p. 523.

TRIBUNAL DE TRANSITO:

El Tribunal de Tránsito ha mantenido reiteradamente la tesis de que después de 30 mg. de alcohol por cada 100 c.c. "la capacidad del conductor de vehículos, no es la normal, está afectada, aumenta el riesgo de índice de accidentes, para citar algunos aspectos, sino que además resulta violatoria esa conducta, a las disposiciones de la ley que rige esta materia" (15).

Se ha demostrado que aún concentraciones de 50 mg. de alcohol por cada 100 c.c. causan dificultad en la capacidad de conducir de muchos individuos. Y a partir de 100 mg. la gran mayoría de las personas se convierten en un verdadero peligro público al conducir bajo tales condiciones. De 150 mg. en adelante, se considera en Costa Rica que una persona está "bajo la influencia del alcohol" y, por lo tanto, incapacitada para conducir un vehículo automotor (16).

* * *

(15) 1982. Tribunal de Tránsito, Sección Primera y Sección Segunda, de 17:00 hrs. de 3 de febrero.

(16) VARGAS ALVARADO, Dr. Eduardo, *"Medicina Legal"*, Tercera Edición, San José, 1983, p. 143.

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia.
Coordinador: Carlos Matías González Lizano, M.Q.C., M.Sc.

NUEVOS METODOS PARA LA DETERMINACION DE TRAZAS DE METALES EN BALISTICA FORENSE

Lic. Rigoberto Blanco S.
Laboratorio de Ciencias Forenses, Organismo de Investigación Judicial, Centro de Electroquímica y Energía Química y Escuela de Química, Universidad de Costa Rica.

M. Sc. Pablo Zúñiga A.
Centro de Electroquímica y Energía Química y Escuela de Química, Universidad de Costa Rica.

En las actuales circunstancias de inestabilidad económica y social, las tensiones desarrolladas por la crisis se manifiestan como un aumento exagerado de la delincuencia (1). La cantidad de armas de fuego ilegales, provenientes muchas de ellas de las acciones bélicas en Centroamérica, o legalmente inscritas, en poder de los ciudadanos, ha aumentado considerablemente. Nos hemos ido convirtiendo en una sociedad armada y temerosa. La consecuencia de todo esto ha sido el incremento de las acciones delictivas con armas de fuego.

En este tipo de delitos, la identificación del sujeto responsable muchas veces implica el hallazgo de residuos de pólvora o fulminante en sus manos o ropas. Este tipo de determinación forense es, en último caso, una determinación química, que debe cumplir (para que tenga validez) con todos los requisitos de un buen análisis químico: sensibilidad, especificidad y reproducibilidad.

Varios métodos se han utilizado para lograr esta identificación: el método clásico del guantelete de parafina y sus modificaciones, se basa en la presencia de nitratos en la pólvora o en sus residuos. Estos se hacen visibles por la reacción química con agentes cromogénicos, dando coloraciones azules y rojizas, que indican de esta manera la presencia de agentes oxidantes o nitrantes. Sin embargo, por su inespecificidad y baja sensibilidad, disminuida aún más por la forma dispersa de aparición de los residuos de pólvora, no se acepta actual y científicamente como prueba de que una persona haya disparado recientemente un arma de fuego. Así, en las pruebas realizadas por el Dr. Echeverrey (2), no se pudo diferenciar con seguridad entre las personas que habían disparado y las que no, ni tampoco pudo definir con certeza con cuál mano se disparó. Concluyó (2) que la prueba "no es específica para pólvora sino para nitratos, nitritos y sustancias nitrogenadas, y no constituye prueba científica (válida) para afirmar que un individuo ha disparado o no un arma de fuego en fecha reciente" (2).

En la actualidad se prefiere dirigir la atención a otros componentes residuales producidos por la pequeña explosión provocada al disparar un arma, para obtener así una prueba definitiva y objetiva del disparo. Así se han considerado los elementos metálicos constituyentes del fulminante: plomo, bario, antimonio y cobre, que parecen ser los más significativos. Estos metales se encuentran, luego del disparo, en pequeñísimas cantidades, del orden de los microgramos o de los nanogramos. Estas cantidades requieren de técnicas analíticas y equipo muy especializado: activación neutrónica, absorción atómica, voltametría de desnudamiento anódico y métodos microquímicos de análisis, como el horno circular de Weisz.

La validez del análisis se basa en la alta sensibi-

lidad y especificidad de estos métodos instrumentales y químicos, y en la bajísima probabilidad de que estos elementos se presenten juntos en las proporciones y cantidades propias de un disparo.

Los métodos de activación neutrónica, que se basan en la producción y detección posterior de isótopos radiactivos de los elementos analizados, requieren del acceso a reactores nucleares u otras fuentes de neutrones lentos y de un sofisticado equipo de detección. Además, tiene la limitación de no ser aplicables a la determinación de plomo.

Los métodos de absorción atómica requieren un equipo de alto costo y el tratamiento de la muestra, que es laborioso y lento, por la necesaria separación de los elementos y su posterior concentración.

La voltametría de desnudamiento anódico consiste en la concentración por deposición electrolítica de los distintos metales reducibles sobre un microelectrodo, y su posterior oxidación y detección.

La existencia de estos métodos implica la adecuación del Laboratorio de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial a los mismos, pero el costo y la accesibilidad del instrumental utilizado implica una escogencia acorde con la actual crisis económica. Es necesario lograr un justo equilibrio entre la validez analítica y un costo razonable del método. Buscando una solución, se ha propuesto la voltametría de desnudamiento anódico como la alternativa más viable.

La metodología de la toma de muestra, en la que se utilizan ácidos inorgánicos y materia absorbente de fácil adquisición, permite un manejo sencillo de los especímenes a analizar. El equipo usado, puede, en principio, ser construido en su parte electrónica por técnicos nacionales; el resto del equipo se obtendría a un bajo costo. Por otra parte, la rapidez en la obtención de resultados, menos de dos horas desde la toma de la muestra, es de importancia en la investigación policíaca. Además, la técnica permite obtener resultados con una altísima sensibilidad y reproducibilidad.

En experimentos realizados por Brihaye y colaboradores (3), utilizando la voltametría de desnudamiento anódico, se pudo discriminar entre individuos que habían disparado o no un arma y también diferenciar con cuál mano se realizó el disparo (cuadro I). Las diferencias en las cantidades encontradas son significativamente diferentes, aumentando los ámbitos de concentración en 5 a 10 veces después de realizar un disparo.

La determinación simultánea de antimonio y plomo, así como la relación de cantidades encontradas al realizar disparos con diferentes municiones (cuadro II), sugiere la posibilidad de desarrollar un método que no sólo sea orientador acerca de las circunstancias de un disparo, sino también indicativo del tipo de munición utilizada. Estos hallazgos fueron informados con anterioridad por Kananur y Van Loon (4), quienes hicieron un estudio muy cuidadoso de las condiciones y validez del método, llegando a las mismas conclusiones que Brihaye y colaboradores. Sin embargo, esta metodología sólo permite la identificación y cuantificación del plomo, antimonio y cobre, por lo que el bario se debe determinar por un método alternativo.

Pruebas preliminares, realizadas en el Centro de Electroquímica y Energía Química (CELEQ), han mostrado la posibilidad de determinar plomo y cadmio en partes por billón (5, 6) utilizando esta metodología. Con base en la experiencia acumulada y como resultado del trabajo conjunto del Laboratorio de Ciencias Forenses y el CELEQ, muy pronto el Organismo de Investigación Judicial (O.I.J.) contará con una nueva metodología, que enriquecirá significativamente la labor técnica policial en Costa Rica, poniéndola en este aspecto a la altura de los más modernos centros de investigación policíaca.

BIBLIOGRAFIA

1. La Nación, viernes 30 de diciembre de 1983, ps. 12 y 13.
2. Echeverrey Gómez, Pedro Thelmo. **"Balística Forense"**, Editorial TEMIS, Bogotá, 1980. p. 98.
3. Brihaye, Cl.; Machiroux, R.; Gillain, G. **"Gunpower residues detection by anodic stripping voltammetry"**, Forensic Science International, **20**, 269–275 (1982).
4. Konanur, N.K.; Van Loon, G.W. **"Determination of Lead And Antimony in Firearm Discharge residues on hands by anodic stripping voltammetry"**. Talanta, **24**, 184–187 (1977).
5. Blanco, R.; González, C.M.; Silva, P. y Bravo, S. **Un método polarográfico para determinar plomo en partes por billón"**. Investigación y Ciencia Química, **7**, 19–21 (1983).
6. Blanco, R.; Bravo, S. **"Determinación de cadmio en partes por billón por voltametría de desnudamiento anódico"** (en prensa).

CUADRO I

AMBITOS DE CANTIDADES DE METAL ENCONTRADAS EN LAS MANOS (µg) (3)

	Plomo	Antimonio	Bario
Manos normales	5 – 95	0,003 – 0,94	0,07 – 0,27
Después de disparar un revólver .38	13 – 326	0,35 – 5,9	0,19 – 1,4

CUADRO II

RESULTADOS COMPARATIVOS (ug)

Referencia	Arma de fuego	Mano izquierda Pb	Mano izquierda Sb	Mano derecha Pb	Mano derecha Sb
Candela et al.	Beretta	0,17 - 1,36	0,03 - 0,14	3,10 - 3,37	2,28 - 2,98
	S and W .375	0,31 - 1,53	0,04 - 0,12	9,26 - 10,12	9,01 - 10,54
Konanur and Van Loon	S and W .375	5,5 - 16	0,016 - 0,043	63 - 115	0,25 - 1,31
Lin et al.	S and W .38	22,11[a]	0,45[a]	27,52[b]	1,88[b]
Brihaye et al.[c]	F.N. Browning	0,23 - 0,45	<0,005	0,40 - 0,72	0,33 - 0,63
	S and W .375	0,39	<0,005	0,42	<0,005

[a] En mano derecha, antes del disparo.

[b] En mano derecha, después del disparo (uno solo).

[c] Después de un solo disparo.

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera.

INFORMATICA JURIDICA Y DERECHO ROMANO PARA LA UNIFICACION DEL DERECHO EN LATINOAMERICA[1]

Gero Dolezalek

SUMARIO

Pág.

1. Problemas de la concepción de un sistema de documentación jurídica para toda Latinoamérica 118

2. Los historiadores del derecho aliados de la informática jurídica en la tarea de unificar el derecho latinoamericano 120

   2.1. La unidad original del grupo profesional de juristas del "mundo del derecho común" 122

   2.2. La conformidad original del derecho en vigor 123

   2.3. La unidad de la terminología jurídica tradicional 125

   2.4. La unidad del método de la interpretación de las leyes y de indagar la solución jurídica de un problema 125

3. Conclusión 125

4. Notas 126

Durante todos los años que he estado trabajando en aplicar la informática en mi campo de estudio, que es la historia del derecho, siempre me he visto forzado a defender el valor de la informática contra los argumentos, más o menos irracionales de mis colegas. Creando índices electrónicos de todo género (2), y predicando las bendiciones de la técnica moderna, me veo siempre confrontado con la adversidad y la antipatía de los historiadores a los que mi trabajo les parece un pacto con el diablo, una profanación de misterios venerables.

Aquí en contraste, para mi gran placer, me veo rodeado de personas racionales, dipuestas a aceptar nuevas técnicas, y se trata pues de defender el valor de la historia del derecho y del derecho romano en especial. En verdad, quiero demostrarles en los siguientes minutos, que la informática jurídica y el derecho romano son aliados estrictos, haciendo camino hacia la unificación del derecho en Latinoamérica. Y vale la pena evaluar un poco esta alianza, la cual a primera vista no se manifiesta.

1. Estamos aquí para un debate sobre la utilidad y el método de la documentación jurídica por las computadoras. Debates de este género se han desarrollado hasta hoy, con base en proyectos de documentación jurídica nacional (3). Es importante la creación de sistemas de documentación nacionales: en Latinoamérica vemos progresos significantes en este campo (4). En Colombia, en la Cámara, los representantes están informados con la ayuda del sistema electrónico CIDOC (5). Brasil cuenta con el proyecto SICON (6). Costa Rica está documentando las decisiones de la Corte Suprema (7), y allí como también en Argentina (8) se están registrando en computadoras las transacciones inmobiliarias. Pero las actividades de este género no son muy diversas de aquéllas que ya hemos visto en otros países. Corresponden a los ANTRID de España, sistemas CREDOC de Bélgica (9), CRIDON de Francia (10), ITALGIURE de Italia (11), JURIS (12) y DATEV (13) de Alemania y LEXIS, LIS y WESTLAW (14) de Norteamérica (15). No tienen nada, pues, de revolucionarias.

Existe, empero, un proyecto nuevo y revolucionario, donde Latinoamérica podría abrir un nuevo camino, creando un ejemplo para otras regiones.

Se necesita crear un sistema uniforme de informática jurídica, entre las naciones, un sistema que abarque todos los estados de Latinoamérica, un sistema capaz de documentar la literatura jurídica de toda la región, anticipando así, al menos en la documentación, la unificación jurídica, dando acceso a cada abogado, a cada uno de los magistrados, no solamente a su literatura jurídica nacional, sino también a las decisiones de las Cortes de los países vecinos y a la legislación integral del continente.

Un sistema concebido de tal suerte, sería una cosa grande e importante. No me espantan las dificultades que se opondrán a la realización del proyecto. Latinoamérica ofrece excelentes condiciones para un proyecto tan audaz. En cuanto concierne a la racionalidad de sus sistemas de derecho, los países latinoamericanos se encuentran entre los primeros del mundo. Esta modernidad del derecho, que está tal vez en contraste con las dificultades de la vida cotidiana en este Continente, tiene una gran tradición. Pensamos en Andrés Bello, en Texeira de Freitas, en Vélez Sarsfield, célebres latinoamericanos que concibieron las codificaciones más modernas de su tiempo, admiradas en todo el mundo.

En el campo del derecho, Latinoamérica se ha demostrado siempre abierta a nuevas ideas, y frecuentemente ha indroducido innovaciones que en otras partes, a causa de fuerzas conservadoras demasiado fuertes y de discusiones sin fin, no, tuvieron éxito. Merece recordarse la resonancia que tuvo el proyecto italo-francés del año 1927 para un derecho unitario de las obligaciones; ni Francia, ni Italia superaron los obstáculos de su legislación, pero los conceptos fueron considerados en el Código Civil de México en 1928; en Perú en 1936; en Venezuela en 1942 y en Chile en 1945 (16).

En el pasado, Latinoamérica ofreció al innovador del derecho posibilidades que en Europa hubiesen sido inconcebibles. Se presenta el ejemplo del presidente costarricense del año 1841, Braulio Carrillo, que siendo al mismo tiempo presidente y casi la única persona en la administración y uno de los pocos juristas de su país, escribió, en las horas de descanso, el Código General del Derecho Civil, Penal y Procesal de su nación (17).

El concepto de un sistema unitario de documentación jurídica para Latinoamérica, sería adoptado para la generación venidera de juristas, que, sucesores de los abogados del siglo pasado, se sientan ciudadanos de un continente y al mismo tiempo de su propio país (18). El concepto sería adoptado a un mismo tiempo, en el cual vemos urgir la unificación del derecho penal (19) y el

proyecto de una ley uniforme de títulos valores (20).

La concepción de un sistema de documentación jurídica para toda Latinoamérica, no es una ilusión. Tiene una base real y puede fácilmente ser una realidad.

El proyecto es ambicioso. Intenta unir bajo un techo común una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales de treinta y un estados independientes (21) donde se usan cinco idiomas diferentes, prescindiendo de los innumerables dialectos indígenas que complican la escena.

Desde Cuba y México, hasta el final de Argentina y Chile, se encuentran dieciocho estados de habla española (22).

Igualmente, tenemos el vasto territorio de la República Federativa do Brasil, de lengua portuguesa.

Después, pero menos extendidos, son los territorios de habla inglesa: Bahamas, Barbados, Belice, Granada, Guayana, Jamaica, Trinidad y Tobago; la asociación de las Indias Occidentales (23) y algunas islas que permanecen todavía bajo el dominio de la Corona Inglesa (24). De habla francesa son Haití y los tres departamentos ultramarinos de Francia: Guayana, Guadalupe y Martinica. En Surinam y en las islas Antillanas (25) se habla el holandés.

No sólo se debería crear un nuevo sistema uniforme, sino también integrar los sistemas existentes nacionales y prever, si es posible, la conexión con el futuro sistema europeo de documentación jurídica (26).

Una tarea tal no ha sido iniciada (27). Se oye el eco del viejo proyecto del Centro "Paz del mundo por la ley" de Ginebra (28) que ahora permanece casi dormido (29). Un proyecto similar, pero de alcance menor, ha sido realizado en la documentación multinacional y políglota de EURATOM (30). Europa también trata de enlazar sus centros nacionales de documentación con una red de intercambio de información (31), pero no funciona todavía.

En los Estados Unidos de Norteamérica, además de sistemas para estados particulares, como "LIS" en Olympia/Washington, el sistema de documentación LEXIS se extiende poco a poco, y abarca en la actualidad ocho estados federales (32).

Pero, aunque LEXIS sea un sistema apto para traspasar los límites de una pluralidad de estados, sin embargo se trata de jurisdicciones relacionadas y del mismo idioma. Por consecuencia no hay comparación con el proyecto latinoamericano.

Para el sistema unitario de documentación jurídica latinoamericano, es de desear que se puedan combinar los mejores elementos de todos los sistemas ya existentes, evitando las inconveniencias de los mismos.

Se presentan dos problemas principales:

a) La necesidad de hallar un sistema de clasificación para la documentación. Se trata de la ordenación de los datos en el cerebro electrónico para que el mayor número de cuestiones sea respondido en un mínimo tiempo; y se trata también del plan del manual que tendrán los usuarios. Se necesita un manual fácil y manejable para las preguntas que se pueden presentar, y cómo hacerlas.

Los sistemas nacionales suplen esta necesidad con la ayuda de la propia codificación y con el orden seguido por las bibliografías y manuales más usados. Un sistema extranacional debe prescindir de las codificaciones particulares y debe crear un orden independiente (33).

b) Además, se necesita un Thesaurus, es decir un vocabulario amplio de terminología jurídica. El vocabulario empleado por los juristas consiste en 50.000 palabras poco más o menos. Este vocabulario encuadra 2.500 palabras de base que son en verdad indispensables y no sustituibles por palabras, aúnque sean más comúnmente usadas. El proyecto italiano ITALGIURE ha seleccionado tales palabras de base, y se podría seguir este ejemplo para otros idiomas (34).

El vocabulario, por consecuencia, consistiría en cinco divisiones de 2.500 palabras de base cada una, para los cinco idiomas (35). Además, la programación debe prever el sistema para cambiar el lenguaje usual y reducirlo al lenguaje restringido de las 2.500 palabras de base en el Thesaurus (36).

No será trabajo fácil estructurar el sistema de clasificación y elaborar el Thesaurus, de suerte que sean suficientemente estructurados y detallados y que al mismo tiempo comprendan todas las ramificaciones de los derechos nacionales, y sin embargo sean simples, comprensibles y manejables, que sin fatiga alguna puedan ser usados por todos los interesados.

ad a) El problema de la clasificación extranacional se pone en la misma forma que para la proyectada Universidad Europea. En su facultad de derecho los profesores enseñarían los derechos

nacionales, pero siguiendo un sistema uniforme e igual para todos (37). Por consecuencia, los manuales de los estudiantes describirían los derechos nacionales en los idiomas respectivos. Pero sería fácil para el estudiante francés o alemán informarse p.e. acerca del derecho italiano u holandés: debería solamente pedir prestado el libro de texto a un colega del país donde hallaría, siguiendo el sistema uniforme, los temas deseados.

Otro sistema internacional ha sido creado para la Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado editado por el Instituto Max-Planck de Hamburg (38). Como puede verse en los volúmenes ya aparecidos, la solución del problema es excelente.

El trabajo de clasificación resulta todavía más difícil por el hecho que no es posible limitarse a las leyes. Es una verdad bien conocida entre los comparatistas que la práctica del derecho puede alejarse de la ley, que existen leyes que no tienen nunca aplicación, y que no es bueno confiarse a una ley de la que no se conoce la interpretación (39). Y además, sabemos que varios países pueden obtener el *mismo* efecto con la ayuda de *diferentes* construcciones y figuras jurídicas.

Para dar un ejemplo, véase el Código Civil del Brasil. En el Brasil no existe el divorcio. Pero sería una conclusión falsa pensar que por eso no se ponen los problemas jurídicos de otros países donde la gente puede divorciarse y volverse a casar, tres, cuatro o cinco veces. En verdad, aunque esté prohibido volver a casarse después de la separación legal, sucede en la mayoría de los casos que "el desquitado" se refugia en los brazos firmes de una "compañera". Los problemas jurídicos que aparecen a continuación y asimismo la solución de estos problemas aplicada por las Cortes de Justicia, no se distinguen en mucho de los efectos producidos por la legislación de los estados divorcistas.

En el derecho tributario, derecho arrendatario, derecho del trabajo, etc. la "compañera" será tratada casi como si fuera una esposa. Cuando sobreviene una separación, los tribunales protegerán a la mujer y a los niños, construyendo una "societas de facto", creando así los mismos efectos que otros estados regulan en su ley de divorcio. Para aquéllos que quieren una posición jurídica más fuerte, existe la costumbre muy común de estipular expresamente un "contrato particular de prestación de servicio y asistencia mutua", enumerando todos los derechos y obligaciones deseados de un matrimonio verdadero. Este contrato se estipula en toda forma legal delante de un abogado y dos testigos. Pero esta costumbre no tiene eco ni en la legislación, ni en los manuales de derecho de familia (40).

ad b) Pueden ver cuan difícil es construir un sistema que comprenda todos los aspectos de la vida jurídica. También en la lengua y en la terminología jurídica, no podemos ignorar los problemas. Un término técnico a primera vista idéntico puede tener un significado diverso en otro idioma. Por otro lado, existen términos no traducibles (41). Se hace necesario crear un lenguaje jurídico internacional, una terminología abstracta, libre de sistemas nacionales, unida a un sistema abstracto, a el "tertium comparationis" tan deseado.

En los últimos años se han visto grandes progresos en el campo de la lingüística jurídica. Aparecieron una serie de diccionarios especiales jurídicos para relacionar los idiomas importantes entre ellos (42). No estamos muy lejos del punto donde podremos crear en una computadora el deseado "Interlexicon" políglota de la terminología jurídica (43). Por consiguiente nuestro Thesaurus en cinco idiomas para la documentación jurídica latinoamericana no está lejos de su realidad.

2. LOS HISTORIADORES DEL DERECHO ALIADOS DE LA INFORMATICA JURIDICA EN LA TAREA DE UNIFICAR EL DERECHO LATINOAMERICANO

Vista la problemática de nuestro proyecto, parece oportuno pasar revista a las otras disciplinas jurídicas para buscar gente interesada y que pueda beneficiarse del proyecto, gente que se ocupa del mismo problema, sea de sistemática jurídica extranacional, sea de terminología. En verdad hay dos aliados: en primer lugar los comparatistas, que buscan un nuevo "ius commune" de todas las gentes (44). Y en segundo lugar los historiadores del derecho (45), que se dedican a investigar el viejo "ius commune"; la vieja cultura jurídica común a todos los países de Europa (46) y Latinoamérica (47).

Hasta fines del siglo dieciocho existía en

Europa una cultura jurídica supranacional, basada en el derecho romano, derecho germánico-medieval y derecho canónico (48), modificada por las ideas del Iluminismo (49). Latinoamérica pertenecía a este mundo homogéneo, y por esta razón todos los derechos de los países latinoamericanos radican en una raíz común.

El siglo diecinueve con su nacionalismo y con la segregación de sistemas jurídicos nacionales ha destruido, en parte, esta unidad (50). Pero los grandes juristas de este siglo han continuado siempre mirando allende de las fronteras nacionales. Han desarrollado una renovada ciencia del derecho romano clásico, libre de las añadiduras de la edad media y del Iluminismo (51). Han descubierto paso a paso una sistemática compleja, fingiendo hallarla en las fuentes del derecho romano (52). La ficción era falsa: el derecho romano clásico ha sido mucho menos sistemático y no demasiado racional. Pero la idea del sistema pasado ha influido en gran manera en las culturas jurídicas estrictamente relacionadas con el derecho romano: la idea del sistema fue recibida en la Europa continental y en Latinoamérica y tuvo resonancia en las codificaciones (53).

El derecho romano constituye por consecuencia un lazo de unidad para los estados latinoamericanos, en doble sentido: en primer lugar porque era la base principal del viejo "ius commune"; en segundo lugar porque era la base fingida de la jurisprudencia sistemática (llamada "pandectística") del siglo diecinueve (54).

Esta fue en breve la historia del derecho romano. Entraré inmediatamente en detalles, pero quiero anteponer antes otra observación que se debe tener en mente.

Dije que los simpatizantes de la informática jurídica, en la tarea de unificar el derecho latinoamericano, son los comparatistas y los historiadores, y entre ellos los del derecho común en especial (55). Pero no se trata de dos círculos apartados de personas. Una gran parte de los comparatistas son también historiadores del derecho y viceversa (56). Esta unión personal entre historia del derecho y derecho comparado tiene tradición. Recuérdense los grandes nombres de Tullio Ascarelli, Edouard Lambert, Gabriel Le Bras, Josef Kohler, Edouard Maurits Meijers, Ernst Rabel, Vittorio Scialoja, etc. (57). Hoy día la situación no ha cambiado, basta levantar la cabeza y ver los congresistas aquí.

La historia del derecho y el derecho comparado tienen mucho en común. Para estudiar a fondo el derecho de un Estado se necesita conocer la historia de este derecho. Se debe saber de dónde proviene y con cuáles otros sistemas de derecho está vinculado (58). Por otra parte, los historiadores del derecho se sirven continuamente de los métodos del derecho comparado (59).

En la investigación del derecho del pasado se ponen los mismos problemas que en la indagación en el derecho moderno. Además, la historia del derecho ofrece un vastísimo tesoro de soluciones a problemas jurídicos, comparables con las soluciones actuales, disminuyendo así eso que hoy día se toma como verdad absoluta (60).

Otro ejemplo de la correlación entre derecho comparado e historia del derecho, nos lo ofrece la Sociedad Max-Planck de Alemania. Esta sociedad mantiene por un lado el Instituto de Derecho Comparado en Hamburgo, conocido por su Enciclopedia internacional de derecho comparado, dirigido por Konrad Zweigert (61). Por otra parte mantiene también un Instituto de historia del derecho europeo, dirigido por Helmut Coing, dedicado al estudio del viejo "ius commune" (62). Este Instituto trabaja ahora para completar su gran manual enciclopédico de las fuentes y de la literatura con una amplia documentación sobre el siglo diecinueve (63).

Veamos ahora con poco detalle la cultura jurídica europea de fines del siglo dieciocho. Radicada en cuatro pilares:

a) Existía un grupo profesional de juristas, formado en las facultades de derecho de las universidades, siguiendo un curso de estudios no muy diferente de un país u otro, basado sobre el derecho natural, romano y canónico, con algo de respeto también para las costumbres y la legislación del respectivo Estado.

b) Hubo una avalancha de máximas del derecho, igualmente aplicables en todos los países, o al menos en la mayor parte.

c) En todos los países, los juristas doctos se sirvieron de la misma terminología latina, tal vez traducida en el idioma nacional. Y aplicaban en todos los lugares los mismos métodos en la discusión y decisión de problemas jurídicos y en la interpretación de leyes y estatutos.

d) Y tuvieron en común la firme convicción de que el derecho estaba abierto a argumentos racionales; que tenía una cierta lógica inherente, y que sería posible ordenarlo en un sistema y codificarlo (64).

2.1. La unidad original del grupo profesional de juristas del "mundo del derecho común".

Veamos estos cuatro pilares más de cerca, y en primer lugar el grupo profesional de juristas (65).

La historia del derecho de la Europa continental desde el siglo doce hasta el fin del Viejo Régimen es en gran parte la historia de la difusión del derecho docto, es decir del derecho romano y canónico, y de la siempre creciente influencia de las personas que lo habían estudiado. El impulso partió de Bolonia, donde al comienzo del siglo XII Irnerio y sus discípulos empezaron a leer y a enseñar los textos redescubiertos del derecho romano. Y poco después, en la misma Bolonia, Graciano concibió una "Concordantia discordantium canonum" del derecho eclesiástico, a base de la cual enseñó el derecho canónico.

De estos impulsos resultaron las escuelas de derecho romano y de derecho canónico que atrajeron cada año más estudiantes. La nueva ciencia se difundió rápidamente en otros centros de enseñanza. Florecieron colegios de derecho en París, Montpellier, Orléans, Oxford y otros lugares. En la primera mitad del siglo XVI se contaban setenta y ocho universidades esparcidas desde Upsala en Suecia hasta Catania en Sicilia y desde Dorpat en Estlandia y Buda en Hungría, México y Lima en Perú (66).

La primera fuerza motriz de este movimiento era la Iglesia, de la cual el derecho romano, modificado por los cánones de concilios, por los escritos de los padres y las decretales de los papas, era la ley vigente. En los últimos siglos de la Edad Media, los que querían seguir una carrera en la Jerarquía católica, debían estudiar derecho romano o derecho canónico mejor que estudiar teología.

Pero también los soberanos de los estados hacían más y más caso de la utilidad de juristas doctos para la administración de sus asuntos. Primero se confiaron en juristas clérigos, luego abrieron una carrera también para juristas laicos, hombres de descendencia burguesa; y poco a poco vemos surgir el grupo profesional de juristas seculares que conocemos ahora.

El plan de estudio cambió poco en la edad media y en el Renacimiento. Sufrió modificaciones significantes sólo en el Iluminismo, a partir de fines del siglo diecisiete. En esta época se añade al estudio de los textos tradicionales del derecho común un curso extra de derecho natural, propagado por Hugo Grocio, y otro curso relacionado a la legislación patria, que se llamaba "Ius modernum". Además se intentó dar a los jóvenes juristas una erudicción más vasta, enseñándoles no solamente las meras doctrinas jurídicas, como era costumbre hacer hasta ahora, estudiaron un poco de historia, de política y también economía. El derecho común desde los días del Iluminismo en adelante, no se enseña más siguiendo el orden de los textos legales, sino según una nueva sistemática. Y se tenía en cuenta también la práctica y el proceso delante de los tribunales.

Aunque los cursos de derecho nacional variaban de un país a otro, por lo que hacían más difícil la migración tradicional de estudiantes y profesores, la escuela jurídica del siglo dieciocho permaneció, en cierta medida, todavía europea. Todos los programas de los colegios del Iluminismo eran similares. Ya se leían los estatutos de Valencia de 1787 o un proyecto napolitano para un plan de estudio de 1791, se hallan siempre las mismas disciplinas. El derecho romano, aunque no sea más disciplina universal, conserva una posición importante en todos los países. El derecho natural, si no es una verdad absoluta, es ciertamente una doctrina común para todos los países del continente (67).

De la educación uniforme de los juristas, que se prolongaba todavía en carreras similares en la vida práctica de los varios países, resultaba un grupo profesional homogéneo y solidario, del cual los abogados latinoamericanos formaban parte, porque, o habían frecuentado un colegio tradicional de derecho, o se habían adaptado al clima allí creado (68). Los abogados latinoamericanos no solamente leyeron y citaron la literatura del "ius commune" (69), sino que participaron activamente en ella, escribiendo tratados y manuales (70).

Generalizando se puede decir que al final del viejo régimen subsistía todavía en cierta medida un república de juristas con formación romano-canónica que comprendió no solamente la Europa continental, sino también sus colonias y sobre todo Latinoamérica, sea de lengua española, portuguesa, francesa u holandesa.

La república de los juristas, como yo la he llamado, se extendía también a Inglaterra. Pero allí gozaba de menos importancia. El derecho común estaba especialmente en vigor en el contiguo reino unido de Escocia. En cambio en Inglaterra regía solamente en parte, en tanto que era aplicado por los tribunales eclesiásticos y militares y los del almirantazgo (71); estos últimos eran importantes porque juzgaban los asuntos del comercio ultramarino. Quien había estudiado el derecho romano-canónico en una universidad, podía siempre ser pro-

curador o juez en uno de estos tribunales. Además, especialmente en los siglos dieciséis y diecisiete, muchos "doctores iuris utriusque" servían al rey en altas funciones (72). Pero la mayor parte del campo del derecho no era cultivado por ellos. Este se hallaba en manos firmes de abogados en "Common law", que no se formaban en la universidad, sino en colegios especiales de entrenamiento: las "Inns of Court". Ellos tenían el monopolio de la abogacía de los tribunales del rey, y los magistrados de éstos eran seleccionados entre ellos. Estos tribunales formaban la "Common Law" inglesa, que por consecuencia ha tenido un desarrollo casi independiente del derecho romano-canónico, aunque la influencia de éste se haya manifestado en muchas instancias.

2.2. La conformidad original del derecho en vigor.

Hemos visto cómo se formaban los juristas en el ambiente del viejo derecho común. Veamos ahora las leyes que aplicaban.

El derecho común era un derecho subsidiario. La jerarquía de las fuentes del derecho quería que se aplicara a un problema jurídico en primer lugar la legislación del respectivo Estado, sea la legislación general vigente en todo el territorio, sea la propia de un cierto lugar o una cierta región.

Cuando hizo falta la legislación estatal se investigaron las costumbres del país o de la región. Cuando no existían costumbres para el problema jurídico en cuestión se recurrió a las costumbres de lugares contiguos; así por ejemplo en el norte de Francia.

El último recurso era siempre el derecho común romano-canónico-natural, que figuraba en el fondo de la jerarquía de las fuentes.

En cierta parte de Europa la ley estatal quiso aplicar el derecho natural antes de recurrir al derecho romano: así por ejemplo en Portugal desde 1769. Pero se trataba en mayor parte de un mero formalismo, porque so pretexto de aplicar el derecho natural se usaban los textos del derecho romano que en larga medida eran considerados como "la razón escrita" (73).

El derecho común tenía, hemos visto, su lugar en el fondo del escenario jurídico, y podía ser derogado por cualquier ley o estatuto, con pocos principios fundamentales exceptuados. Sin embargo, mantenía su importancia en muchas secciones del derecho, que variaban de un país a otro. Hoy día permanece todavía en larga medida en vigor en Sudáfrica (74), en Escocia y en algunos territorios de menor importancia (75).

Quien viajaba, en el siglo dieciocho, por Europa o por América Latina, hallaba una avalancha de derecho igual o parecido en todos los países o en la mayor parte de éstos (76). En parte se aplicaba directamente al Corpus iuris, pero se usaba una ley o codificación nacional que se basaba en éste, repitiendo los preceptos del derecho común con palabras del idioma nacional. En otras instancias todavía se usaban fuentes independientes, por ejemplo espejos germánicos, pero sin embargo estas fuentes dictaron frecuentemente la misma solución para un problema jurídico que contuvo también el derecho común, porque muchos problemas tienen una solución óptima, dictada por la naturaleza de las cosas, y varias culturas pueden descubrir esta solución independientemente.

Para dar un ejemplo de una sección del derecho donde se aplicaba casi exclusivamente el derecho común, cabría mencionar las materias tratadas delante de los asuntos clericales: se trataba sobre todo del derecho matrimonial y testamentario. El derecho canónico matrimonial permanecía en vigor aún en la misma Inglaterra protestante, y todavía tiene vigor en muchos países católicos.

Pasando revista a todos los estados latinoamericanos (77), puede decirse que los países colonizadores han extendido allí no sólo el derecho común, sino además su derecho nacional, adaptado y completado por una legislación especial colonial (78).

En las regiones de habla española (79) aplicábase el así llamado "derecho indiano", es decir la legislación emitida por la corona de España para sus colonias americanas (80). Se trata de una avalancha de legislación. El profesor García Gallo estima que hay más de un millón de ordenanzas individuales, recogidas y ordenadas en varias compilaciones privadas y semiprivadas, y después, en 1680, redactadas en una oficial "Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias", emanada en nombre del rey Carlos II. Una ulterior tentativa de codificación, ordenada por Carlos III en 1776 no tuvo éxito, por la negligencia de la junta encargada. Pero aparecieron varias obras privadas en el siglo diecinueve, que demasiado tarde establecieron un inventario ordenado de la legislación colonial.

Los virreinatos españoles tenían como derecho subsidiario, al menos en teoría, el derecho de Castilla (81). El derecho de Castilla comprendía el fuero juzgo, basado en la legislación visigótica del siglo séptimo, en la redacción y versión castellana ordenada por Fernando III en 1241. Además había

como fuente subsidiaria las Siete Partidas, compiladas hacia 1300 a base de un proyecto de ley de Alfonso el Sabio. Después venían el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, el Ordenamiento de Montalvo de 1484, la "Nueva Recopilación" de 1567 y finalmente la "Novísima Recopilación de las Leyes de España" de 1805.

No muy diversa era la situación en Brasil (82). La legislación colonial estaba menos extendida que la española (83). Aplicábase el derecho portugués (84) codificado en varias instancias en las las "Ordenações Afonsinas" de 1446, "Manuelinas" de 1521 y al fin en las "Ordenações de Filipe II" de 1603, que en parte se aplicaron hasta el Código Civil de 1916.

La influencia del derecho común era muy fuerte en Portugal, así que frecuentemente se aplicaban los comentarios de Bartolo y Accursio, que eran conocidos por los juristas y aplicables, en lugar de la legislación nacional, que era dispersa y difícil de hallar. El gran reformador portugués, el Marqués de Pombal, combatió este modo de proceder y reforzó el derecho patrio. Su célebre "lei de Boa Razão" de 1769 limitaba la aplicación del derecho romano y de las opiniones de los comentadores y tratadistas de los casos donde estaban de acuerdo con el derecho natural y con las leyes de las naciones cristianas iluminadas y cultivadas (85). Pero la práctica cambió poco; ya en 1777 el derecho romano reapareció en el plan de estudios de la Universidad de Coimbra.

Los franceses se establecieron en Haití (86), en la Guayana y en ciertas islas del Caribe que en parte pasaron después al dominio inglés y en otra parte permanecieron bajo el dominio francés hasta hoy. En los territorios franceses estaban en vigor los edictos y las ordenanzas de los reyes de Francia, recogidas y ordenadas en compilaciones privadas que se sucedían en breves intervalos. Además, sobre todo para el procedimiento legal, se aplicaba la Coutume de París de 1510. Para definir la situación jurídica de los esclavos negros, importados en gran masa, el Rey Sol Luis XIV promulgó, en 1685, un "Código negro" en sesenta artículos (87).

Los holandeses poseían lo que hoy en día es la Guayana inglesa, Surinam y además Curaçao, Aruba, Bonaire, y algunas islas antillanas menores (88). Allí estaban en vigor los "Placaten, ordonantiën ende edicten van de Westindische Compagnie", recogidas en 1794 en el volumen décimo de la colección llamada "Groot placaetboeck" (89). Cuando hizo falta esta legislación, se recurrió al derecho de aquellas provincias de los Países Bajos que eran adyacentes al mar (90). Cuando hizo falta eso también, se recurrió a los principios del derecho de otras regiones de Alemania y después al derecho natural y común, que desde Hugo Grocio mantenían una alianza especial en la literatura del así llamado derecho romano-holandés (91).

Gozaban de máxima autoridad las obras magistrales de Hugo Grocio, Arnoldus Vinnius, Gerardus Noodt, Simón van Leeuwen, Johannes Voet, Cornelius van Bynkershoek y otros, todos romanistas de reputación internacional.

Los ingleses se establecieron paso a paso en las islas del Caribe y después también en el continente: en Belice y en la Guayana (92). Su principio era el siguiente: las islas colonizadas por los ingleses vivían bajo la Common Law inglesa. Los territorios conquistados, en contraste, donde ya vivían europeos, mantenían su derecho, modificado por la legislación sucesiva de la corona inglesa (93).

Así las islas del Caribe: Bahamas, Barbados, Jamaica, Saint Kitts, etc. siguen desde siglos el derecho inglés.

Por otra parte, Trinidad y Tobago que eran parte del virreinato español de Nueva Granada y fueron conquistadas solamente en 1797, padecieron una subyugación lenta, promovida por la legislación y por los magistrados ingleses que no sabían aplicar el derecho español y no comprendían el sistema y el método del derecho común que era la base de éste (94). Pasados algunos decenios, el derecho español había desaparecido; su abolición oficial en 1841 para Tobago y 1848 para Trinidad no hizo otra cosa que poner una lápida sepulcral (95).

Un desarrollo similar aconteció con Grenada en 1763 y también con San Vicente (96). En Belice la Common Law fue introducida por una ordenanza real de 1856 (97), (98).

Las islas ya francesas mantenían su lengua y su derecho al lado de la influencia inglesa. En Santa Lucía, la Coutume de París permaneció en vigor hasta 1880, cuando los jueces ingleses, en una especie de golpe de Estado, la abolieron de súbito (99).

El territorio ya holandés de "British Guyana", ocupado en 1803, permaneció bajo el dominio de derecho ramano-holandés hasta 1917, cuando se abolieron los residuos todavía no reemplazados por la legislación inglesa (100).

Hemos visto que la cultura paneuropea del derecho común estaba en vigor en toda Latinoamérica, también en las posesiones inglesas. En la mayor parte de éstas, tiene una tradición directa. Y también los territorios de la Common Law siguen la tradición del derecho común en parte, es decir, en el campo del derecho comercial, marítimo y matrimonial.

2.3. La unidad de la terminología jurídica tradicional.

Es muy fácil ver cuán grande es la herencia del derecho común sobre el campo de la terminología jurídica. Cada día nos servimos de expresiones existentes ya en los manuales del siglo dieciocho, donde las hallamos en parte en latín, en parte traducidas en idiomas nacionales. Gracias al derecho común, un abogado de Argentina puede entenderse no sólo con un colega mexicano, pero también con uno de Haití o de Surinam, a condición de que hablen español o latín.

2.4. La unidad del método de la interpretación de las leyes.

El lazo heredado de unión de los derechos latinoamericanos se extiende también al método de la interpretación de las leyes y al método de indagar una solución para un determinado problema jurídico. Los métodos de hoy día (101) no son los de los juristas del Viejo Régimen (102). Pero gracias al método del Viejo Régimen, uniforme en todos los países, enseñado en las universidades que seguían un plan uniforme de estudios, el desarrollo de los métodos siguió en todos los países la misma dirección aunque un país u otro se retardara un poco (103).

Los abogados del pasado mantenían la unidad de la cultura jurídica europea, usando constantemente el derecho común en calidad de base de referencia, igualmente en sus comentarios al derecho patrio. Y en estos en especial las referencias continuas tenían un valor particular. Si leemos por ejemplo una página del comentario de Charles Dumoulin y la Coutume de París (104), vemos que la importancia de cada artículo y su interpretación son delineadas con la ayuda de citas del derecho romano. Cada frase del texto francés, que —por casualidad o por recepción— concuerda con un principio vigente también en el derecho común, sirve para proclamar la aplicabilidad de toda la sección del derecho común de la cual el principio respectivo es parte. El procedimiento se asemeja a la interpretación extensa que damos a algunas frases de constituciones modernas. Téngase presente que todo el comentario está concebido en latín, para que así pueda ser leído también por juristas alemanes, italianos o españoles, aunque se trate de derecho patrio francés.

De modo similar ha sido tratado el "Espejo de los Sajones" y también muchas otras leyes y estatutos alemanes, italianos, españoles o portugueses, etc. Los abogados doctos comentaban los textos del derecho patrio como si fuesen apéndices al Corpus Iuris Civilis, conectándolos y confrontándolos con los otros textos del derecho romano-canónico y demostrando dónde concordaban y dónde divergían.

El derecho común era un inter-lenguaje, un "tertium comparationis" siempre presente.

3. CONCLUSION

El siglo diecinueve disminuyó la importancia del derecho romano. Los estados nacionales independientes produjeron o adoptaron codificaciones que pretendían ser lógicas y completas, derogando todo lo que precedía. No se necesitaba más que recurrir a las fuentes y a la literatura del derecho común, no se debía mirar más fuera de las fronteras estrictas del propio país. Aún así vemos que la vieja república de los juristas continuaba funcionando, y los romanistas tienen un gran mérito en eso. La "élite" de los abogados permanece internacional y continúa mirando fuera del horizonte del propio estado y de la propia época.

Ahora intentamos volver a la unidad del sistema jurídico, la unidad que perdimos al fin del Viejo Régimen. Se trata de crear un nuevo sistema uniforme, extranacional de documentación jurídica, sin tocar la independencia y autonomía de los derechos de los varios países. El paralelo al "ius commune" es ahora evidente: el sistema de documentación estará al fondo de la escena jurídica, como lo era el viejo derecho común. Será constante punto de referencia para los derechos nacionales, y llega a ser un elemento importante del nuevo ius commune.

El nuevo derecho común debe colgarse de los puntos donde la unidad de la vieja cultura jurídica persiste todavía. Debe reforzar y después cautamente alargar esta base. Y debe mantener primero el máximo posible de la terminología tradicional. Con este fin puede ayudar la ciencia del derecho romano.

Informáticos e historiadores del derecho deben colaborar.

4. NOTAS

(1) Este trabajo forma parte de una investigación, auspiciada por el Consiglio Nazionale delle Ricerche, sobre "Elementos de resistencia, de origen romanístico, del sistema jurídico latinoamericano".
Las notas bibliográficas, en cuanto se refieren a artículos publicados en revistas latinoamericanas, se deben a la ayuda amable del señor Villavicencio, bibliotecario de la biblioteca jurídica de la Universidad de San Marcos de Lima, y de su excelente fichero.

(2) Indice mayor es el *Repertorio de los manuscritos de derecho romano antes de 1600 (Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600)*, 4 volúmenes, 3000 pp., Frankfurt 1972; véanse también mis *Computadora e historia del derecho* (en alemán: *Computer und Rechtsgeschichte)*, en "Ius Commune", Sonderhefte, vol. 7, Frankfurt 1977, pp. 36—116; *Computers and Medieval Manuscripts of Roman Law*, en "Bulletin of Medieval Canon Law", 5, Berkeley 1975, pp. 79—85; *Bibliographie mit Hilfe elektronischer Datenberarveitung*, en "Datenverarbeitung in Steuer, Wirtschaft und Recht", 18, Monaco d. R.

(3) Para información sobre los proyectos nacionales de documentación jurídica véanse sobre todo las comunicaciones en las siguientes revistas especializadas: *International Review for Cybernetics, Informatics, and Law*, trilingüe, publicada en Turin, Italia; *Law and Computer Technology*, editada desde 1958, por el World Peace Through Law Center, Ginebra, Suiza; *Jurimetrics Journal, Quarterly Journal of the American Bar Association Standing Committee on Law and Technology*, Chicago, desde 1959; *Datenverarbeitung im Recht*, desde 1972, Berlín, Alemania; *Datenverarbeitung in Steuer, Wirtschaft und Recht*, Munich de Baviera, Alemania; *Informatica e diritto*, desde 1975, Florencia, Italia. Un cuadro de todo el campo ofrece, con amplias notas bibliográficas, H. Bauer-Bernet, *Rechtsdokumentation zur elektronischen Verarbeitung juristischer Texte im nationalen und internationalen Bereich*, Frankfurt 1973; F. Haft, *Elektronische Datenverarbeitung im Recht*, 1970; un panorama de los varios sistemas con descripciones exactas y notas críticas se halla ya en el informe por orden del ministerio de justicia alemán, publicado en Karlsruhe, 1972: *Das juristische Informationssystem — Analyse, Planung, Vorschläge;* la bibliografía de M.A. Duggan, en contraste, se limita a la literatura de habla inglesa, con pocas excepciones: *Law and the Computer, a KWIC-Bibliography*, New York 1973.

(4) Véase el informe sobre el "Symposium Derecho y Computadora", Río de Janeiro, agosto 1973, durante las XVIII Jornadas de la Asociación Interamericana de Abogados (Inter-American Bar Association), reproducido en "Jurimetrics Review", 14 (1973—74), pp. 229—230. Estuvo presente el Dr. Plínio G. Prado-García, representante del "Pan American Legal Information Center to Automate the Law in the Americas", Washington, 1819 H. Street NW, 20006. Quizá veamos progresos en los proyectos de este instituto.

(5) "Jurimetrics Journal", 14, 1973—74, pp. 229—230.

(6) Serviço de Informação do Congreso. Una descripción del sistema dio, en este mismo congreso de Lima, Yamil Sousa Dutra, Brasilia.

(7) "Jurimetrics Journal", 14, 1973—74, pp. 229—230.

(8) "Jurimetrics Journal", allí.

(9) Sistema bilingüe, procurando citas de literatura perteneciente a la cuestión propuesta.

(10) P. Le Minor, *Etat actuel des travaux d'informatique juridique en France*, en "Datenverarbeitung im Recht", 3, 1974, pp. 186—197.

(11) Véanse los cinco volúmenes de: Corte Suprema di Cassazione. Ufficio del Massimario, *Sistema ITALGIURE di ricerca elettronica della giurisprudenza*, Roma, 1972; para una descripción más corta, M. Schlagböhmer, *Das automatische juristische Informationssystem des Kassationsgerichtshofes in Rom "Italgiure"*, en "Datenverarbeitung im Recht", 4, 1975, pp. 61—87; el banco de datos contiene ahora también la documentación recogida en Florencia, C. Ciampi, *Les projets de recherche automatique des informationes juridiques dans l'Institut pour la documentation juridique du CNR*, en "Linguistica, matematica e calcolatori", Atti del Convegno e della prima scuola internazionale, Pisa 16—VIII — 6—IX 1970, Firenze 1973, pp. 249—268.

(12) Véase el informe, supra, nota 3; J. Fabry, R. Warnstädt, *Das juristiche Informationssystem JURIS*, en "Datenverarbeitung in Steuer, Wirtschaft und Recht", 1976, pp. 138—144; A. Angermann y otros, *Das Bundesinformationssystem*, Meisenheim, Alemania 1974 (= Beiträgue zur Daterverarbeitung und Unternehmesforschung, tomo 26).

(13) J. Conradi, *Der gegenwärtige Stand der DATEV-Steuerrechtsdatenbank*, en "Datenverarbeitung in Steuer, Wirtschaft und Recht", 1976, pp. 195—203.

(14) "Jurimetrics Journal", 13, 1972—73, p. 45.

(15) Para los tres sistemas norteamericanos véanse las relaciones en "Jurimetrics Journal", 16, 1975—76, pp. 142—148; 15, 1974—75, pp. 86—89 y 326; 14, 1973—74, pp. 220—226 y 231—148; 13, 1972—73, pp. 3—8 y 41; A.O. Ginnow, *The Weste Computer Assisted Legal Retrieval System*, en "Law and Computer Technology", 1975, pp.82—86.

(16) M. Rotondi, *Il progetto italo-francese delle obbligazioni.*

(17) V. Guier, *Historia del derecho*, dos partes, Editorial Costa Rica, San José, 1968, p. 1184 ss. Costa Rica tenía, en 1840, una comisión de cuatro abogados, encargados de reformar la legislación. Pero el año siguiente, 1841, vio el agotamiento casi total del tesoro nacional, por los gastos de la construcción de la carretera del país. Así no fue más posible pagar sueldos, y tampoco los de la comisión. Comenzó entonces el presidente mismo, el único abogado que quedaba del Estado, a asumir por sí solo casi todo el peso de la administración nacional, y creó así su codificación.

(18) Resuenan aquí las frases de Hanns-Albert Steger recogidas en el artículo de P. Catalano, en "Index", 4, 1973, p. 5: *"Actualmente surge una generación de ciudadanos del continente; ha habido un cambio rotundo en la situación político-social del área. Esta generación ha superado las diferenciaciones nacionales. . . Los nuevos ciudadanos del continente son, en un nivel más elevado, los sucesores de los abogados del siglo pasado".*

(19) *Código penal tipo para Latinoamérica,* 2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973.

(20) R. Cervantes Ahumada (ed.), *Proyecto de ley uniforme de títulos-valores para América Latina,* Buenos Aires (INTAL), 1967; I. Winizky, *Le projet d'une loi uniforme de titres négociables pour l'Amérique latine,* en "Revue internationale de droit comparé", 23, 1971, pp. 331—341. Para los predecesores de la unificación jurídica en Latinoamérica, véase también el proyecto de F. Cosentini, *Código Civil Panamericano. Título preliminar: Derechos personales, derecho de familia.* Resumen y aplicación del curso de *Derecho civil americano comparado,* dictado en la Universidad de La Habana a petición de ésta, La Habana (Vox populorum), 1929; Ed. Novoa Monreal, *La integración jurídica latino-americana,* en "Revista de Derecho y ciencias sociales", Concepción, Chile, 1966; J. Elola, *En torno a la unificación jurídica en América Latina,* en "Boletín mexicano de derecho comparado", 1960, p. 11 ss.; *Pan American Union. Inter-American agencies for the codification, unification and uniformity of law in the Americas,* 5th edition, Washington (Pan American Union), 1944; P. Herrera Baez, *El Consejo Interamericano de Jurisconsultos: dos reuniones,* Editora del Caribe, Ciudad Trujillo, 1954 (= relación de los congresos en Río de Janeiro, 1950, y Buenos Aires, 1953); *Pan American Union. Handbook for the meeting of the Inter-American Council of Jurists,* publicado periódicamente en Washington, desde 1950, y desde 1960 en la serie de los OAS Official Records, OES/ser. I.

(21) Para las últimas modificaciones de la repartición política del subcontinente véanse las ediciones anuales de A.S. Banks, R.S. Jordan, *Political Handbook of the World,* Mc Graw-Hill Book Company, New York. Hay todavía islas bajo la jurisdicción francesa, inglesa y estadounidense. Teniendo en cuenta eso, contamos aún 34 sistemas jurídicos.

(22) Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República de Santo Domingo, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela.

(23) Antigua, Dominica, Saint Christopher, Nevis +Anguilla, Santa Lucía, Saint Vincent, e islas menores.

(24) Turks Islands, Caicos Islands, Montserrat, Falkland Islands (Malvinas), Cayman Islands (semi-independientes), Virgin Islands (de las cuales la otra mitad pertenece a los Estados Unidos).

(25) Aruba, Bonaire, Curaçao, Saba, Sint Eustatius, Sin Maarten (medida sur). Es evidente que la enumeración comprende solamente las lenguas oficiales, porque en las islas holandesas se habla también español, inglés y papiamento, en Haití se habla creole, en otros países se habla guaraní, náhuatl, ketchua, etcétera.

(26) Para los proyectos de la comunidad europea véanse los trabajos de la perita de la administración europea en Bruselas, H. Bauer-Bernet, *Rechtsdokumentation,* Frankfurt 1973, p. 97; de la misma, *Communication entre systèmes d'informatique documentaire,* en "Datenverarbeitung im Recht", 1975, pp. 88—106; también de la misma, *Documentation automatique et droit communautaire. Présentation du système d'information juridique documentaire des Communautés Européennes,* en el mismo periódico, 1974, pp. 206—229.

(27) Es un proyecto que se asemeja, pero en forma mucho más modesta, a la vieja visión de Leibniz, que quiso crear un sistema mundial del derecho de todos los pueblos, un "teatro legal". Véanse las obras jurídicas de Leibniz, en el tomo IV de la edición por Dutens, Frankfurt 1669, No. 101: *Undecumque deo dante conficiemus aliquando theatrum legale, et in omnibus materiis omnium collectis gentium, locorum, temporum, placita 'parallelos' disponemus. . . id est nihil aliud quam systema legum omnium, prout singulae in corpore iuris verbotenus iacent, et in natura reperiuntur, iusto ordine digestarum.* La idea de un sistema deductivo perfecto es abandonada, entretanto. Pero la demanda de un sistema mundial de derecho privado como mero esquema de disposición y clasificación está todavía viva y se refuerza: H. Coing, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in dere Rechtswinsenschaft,* Klostermann, Frankfurt, 1956, p. 41 (= Frankfurter Universitätsreden, tomo 17).

(28) Centre de la Paix Mondiale par le Droit, 75 rue de Lyon, Ch—1203 Genêve, Suiza. Quiso crear, en pocos años, una documentación mundial de los derechos de todas las naciones, por computadora.

(29) En noveno Congreso internacional de derecho comparado, Teheran, 27.9—4.10.1974, discutió en una sesión especial este problema de unificación de los sistemas nacionales de documentación jurídica. Los ponentes eran W.A. Steiner (Inglaterra) y D.J. Evregenis (Grecia). Véase la relación en "Revue internationale de droit comparé", 27, 1975, p. 665 ss.

(30) J. Bel, *Informatique et droit comparé* (Ponencia de las semanas internacionales de derecho comparado, 1969), en "Revue internationale de droit comparé", 22, 1970, pp. 269—295. Esperamos todavía las actas del Third Symposium on Legal Data Processing in Europe, Oslo, 29—31 julio 1975.

(31) H. Bauer-Bernet, *Communication entre systèmes d'informatique documentaire,* en "Datenverarbeitung im Recht", 1975, pp. 88—106.

(32) Supra, n. 15.

(33) Para el problema del sistema extra-nacional jurídico véase el detallado estudio y la bibliografía en las notas de L.J. Constantinesco, *Rechtsvergleichung,* Carl Heymann, Köln, 1971, vol. II, p. 357 ss., num. 116, traducido también en francés, *Traité de droit comparé,* Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1972.

(34) Véase la relación, *Le service électronique de la cour de cassation italienne,* en "Revue internationale de droit comparé", 25, 1973, pp. 890—891; y allí, tomo 20, 1968, pp. 620—621.

(35) Esta es una vieja idea ya propuesta por Altamira en la Academia Internacional de Derecho Comparado, en 1927, redespertado en 1949, duerme ahora. Véase "Revue internationale de droit comparé", 1, 1949, p. 126.

(36) Las dificultades del vocabulario son discutidas a fondo por Constantinesco, l.c., pp. 360—361 y 164—171; véase también L. Mehl, *Informatique juridique et droit comparé,* en "Revue internationale de droit comparé", 20, 1968, p. 617 ss.

(37) M. Rotondi, *Per la formazione di giuristi europei,* artículo para la Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, 1973, reproducido por Rotondi, *Scritti giuridici,* vol. II, *Studi di diritto comparato e teoria generale,* Cedam, Padova, 1972, pp. 753—769. La idea de un manual unitario de derecho en diversos idiomas se halla ya en las obras de L. Ullmann. Véase también F.F. Stone, *On the teaching of law comparatively,* en "Tulane law review", 22, 1947—1948, p. 158.

(38) No falta describir aquí estos tomos bien conocidos de la *International Encyclopedia of Comparative Law*. Para la disposición de la obra véase K. Zweigert en "Rabels Zeitschrift", 31, 1967, p. 539 s.

(39) K. H. Neumayer, *Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung*, en "Rabels Zeitschrift", 34, 1970, pp. 411—426. En las páginas 418—420 enumera muchos ejemplos donde la práctica de un país se desvía de la ley escrita. Véase también A. Watson, *Legal transplants: an approach to comparative law*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1974, para el problema de leyes trasplantadas de un país a otro, donde a menudo desarrollan una vida del todo diversa.

(40) V. Gessner, J. Samtleben, *Vertragsehen in Brasilien*, en "Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", 36, 1972, pp. 700—712; V. González Montolivo, *Los derechos de la concubina*, Tesis de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1954, 189 pp., con comparación de la situación legal en los diversos países latinoamericanos.

(41) Constantinesco, l.c. (n. 36); W. Probert, *Law, language and communication*, Thomas, Springfield (Illinois), 1972.

(42) Veamos en primer lugar los diccionarios especiales, y para el español sobre todo L.A. Robb, *Dictionary of legal terms, Spanish-English and English-Spanish*, Wiley, New York, 1955; A. Quintano Ripollés, J. Heilpern de Quintano, *Diccionario de derecho comparado* (Alemán-Español), Madrid, 1951; H.J. Becher, *Diccionario jurídico y económico. Español-alemán, alemán-español*, C.H. Beck, München, 1971. Además de los diccionarios bilingües jurídicos que construyen puentes entre las terminologías de los países, mencionamos la bibliografía de las traducciones de leyes por J. Hartmann, *Bibliographie der Übersetzungen von Gesetzestexten*, Deutsch-Englisch-Französisch -Spanisch, Bibliothek des Bundesgerichtshofs, Karlsruhe, 1971; para los manuales y comentarios véase Phanor James Eder, *Law books in Spanish translation, a tentative bibliography*, University of Florida Press, Gainesville, 1966.

(43) H. Bauer-Bernet, *Rechtsdokumentation* (supra, n. 3). La idea es sostenida en la reseña del libro por Kurt Siehr en "Rabels Zeitschrift", 39, 1975, p. 191; J. Bel, *Informatique et droit comparé* (supra, n. 30), p. 270, párrafo 4 y p. 272.

(44) Véanse los manuales de derecho comparado y R.B. Schlesinger, P. Bonassies, *Le fonds commun des systèmes juridiques* ("common core"), en "Revue internationale de droit comparé", 16, 1964, pp. 501-540.

(45) Las asociaciones de historiadores del derecho se enumeran en la lista de R. Feenstra, *Repertorium bibliographicum institutorum et sodalitatum iuris historiae*, iussu societatis c.n. Association internationale d'histoire du droit et des institutions, Brill, Leiden, 1969. Los apellidos y las direcciones de muchos historiadores se encuentran en el *Répertoire des médiévistes*, segunda edición Poitiers 1972.

(46) P. Koschaker, *Europa und das Römische Recht*, 4 ed., München-Berlin, 1966, traducido en varios idiomas, ofrece una buena descripción del panorama de este desarrollo.

(47) Véase ante todo A. García Gallo, *El derecho común ante el nuevo mundo*, en "Revista de Estudios Políticos", 80, Madrid, 1955, p. 133 ss.

(48) Para apuntes bibliográficos véanse los volúmenes del gran manual de historia del derecho: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, editado por Helmut Coing, München, editorial C.H. Beck, 1973 ss.; además: *Introduction bibliographique à l'histoire du droit et à l'éthnologie juridique*, ed. por John Gilissen y otros, Les éditions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1963 ss.; Charles Phineas Sherman, *Roman law in the modern world*, 3 ed., New York, 1937, vol. I; H. Coing, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*, en "Ius Commune", 1, 1967, pp. 1—33; el mismo, *The Roman law as Ius Commune on the continent*, en "The Law Quarterly Review", 89, 1973, pp. 505—517; el mismo, *The original unity of European legal science*, en "Law and science", 11, 1975, pp. 76—93; H. Thieme, *Unidad y pluralidad en la historia del derecho europeo*, en "Revista de derecho privado", 69, Madrid, 1965, p. 689; E. Holthöfer, *Funktionsweisen gemeinrechtlicher Kommunikation*, en "Studien zur europäischen Rechtsgeschichte", ed. por Walter Wilhelm, Frankfurt, 1972, pp. 131—150.

(49) H. Thieme, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, 1954; el mismo, *Naturrecht und römisches Recht*, en "La formazione storica del diritto moderno in Europa", Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, vol. I, Firenze 1977, pp. 95—111.

(50) En Europa, la historia del derecho del siglo diecinueve ha sido demasiado descuidada, como lamenta todavía Bruno Paradisi en sus palabras introductorias al congreso de Florencia, 1972 (véase n. 49): "la storia del diritto moderno. . . era rimasta in una posizione subordinata di fronte alla grande storiografia del diritto romano e del diritto intermedio. Questa subordinazione ci è stata frequentemente rimproverata e noh ha certo giovato al prestigio della storia del diritto nelle recenti vicende che hanno tormentato le universita europee" (publicado también en B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 519—530): *Storia del diritto moderno e palingenesia della scienza giuridica*, p. 521). En Latinoamérica, en contraste, el siglo diecinueve ha hallado siempre gran interés. Véanse ahora W. Whilhelm, *Quellen und Literatur der europäischen Privatrechtsgeschichte im 19. Jahrhundert-ein Arbeitsplan*, en "Ius Commune", 4, 1972, pp. 240—301; H. Coing, W. Wilhelm, ed., "Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechsts im 19. Jahrhundert", tomo 1, Frankfurt, 1974.

(51) W. Wilhelm, *Die Wissenschaft vom heutigen römischen Recht*, en Wissenschaft und Kodifikation. . ." (n. 50), pp. 297—322; A. Fernández Barreiro, *Los estudios de derecho romano en Francia después del Código de Napoleón*, Roma y Madrid, 1970.

(52) H. Coing, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, Frankfurt, 1956 (= Fankfurter Universitätsreden, cuaderno 17). En contraste a Coing, p. 36, se necesita mencionar que ya en la baja edad media nacieron primeros ensayos parciales de sistematizaciones en el campo del derecho, antes del Renacimiento jurídico.

(53) Un viejo cuadro de las relaciones entre el derecho romano y las codificaciones sistemáticas del siglo diecinueve tenemos en la obra de Antonio Florentino Mercado, *Libro de los Códigos, o Prenociones sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana*, México (V.G. Torres), 1857.

(54) H.A. Steger, *Die Bedeutung des römischen Rechts für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert*, en "Index", 4, 1973, pp. 22—34.

(55) E. Genzmer, *Zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 41, 1954—1955, pp. 326 ss.; W.W. Buckland, D.D. McNair, *Roman law and comparative law*, 2, ed. por F.H. Lawson, 1953; Koschembar-Lysowsky, *Le rôle du droit romain pour le droit comparé*, en "Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert", Paris, 1938, vol. I, p. 259.

(56) Es significativo el programa del IX congreso internacional de derecho comparado, Teherán, 1974, reservando una sección entera para 'Histoire du droit': "Revue internationale de droit comparé", 27, 1975, p. 665 ss.

(57) Véanse las bibliografías de las obras de estos comparatistas, p. ej. en la "Festschrift für Ernst Rabel", 2 tomos, Tübingen, 1954, vol. I, pp. 685—704; A. Kohler, *Josef-Kohler-Bibliographie*, Berlin-Grunewald, 1931, con 2482 obras; las obras históricas se citan pp. 7—39.

(58) E. Genzmer, *Zum Verhältnis von Rechstgeschichte und Rechsvergleichung*, en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 41, 1954—1955; p. 326; Edouard Lambert, *Edudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Première série. *Le régime successoral*. Introduction. *La fonction du droit civil comparé*. Tome I: . . .*la jurisprudence et la théorie romano-canonique de la coûtume, les rapports du droit romain et du droit comparé*, Paris, 1903; R.C. Renard, *La contribution du droit canonique au droit comparé*, en "Recueil E. Lambert" (precitado, n. 55), vol. I, p. 108; H. Coing, *Rechtsvergleichung und Rechtsanschauung*, en Mario Rotondi, "Inchieste di diritto comparato", 2, 1973, pp. 79—85, el mismo, *Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung*, en "Rabels Zeitschrift", 32, 1968, pp. 1—23.

(59) Para los métodos comparatísticos véanse las nuevas introducciones de M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, 1971; M. Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, 1974.

(60) Este es un argumento muy común de apología de la historia del derecho, común también en América Latina: L. Mizon Morales, *Perspectiva actual de la historia del derecho*, en "Revista de Ciencias Jurídicas", Valparaiso, 1971, pp. 127—139; C. Gerke, *La historia del derecho como fundamento de progreso jurídico*, en "Revista de estudios jurídicos, políticos y sociales", Sucre-Bolivia, n. 1, 1940, pp. 7 y 15; n. 2, 1941, pp. 27, 79, 97, 99; n. 3, 1942, p. 105; n. 4, 1943, pp. 25, 65.

(61) *International encyclopedia of comparative law*, Tübingen (editorial J.C.B. Mohr), 1971 ss.; cf. A. Tunc, *Une oeuvre comparative sans précédent: l'encyclopédie internationale de droit comparé*, en "Revue internationale de droit comparé", 26, 1974, pp. 297—303.

(62) Para el programa del instituto véase H. Coing, *Die europäische Privatrechstsgeschichte der neueren Zeit als insheitliches Forschungsgebiert*, en "Ius Commune", 1, 1967, pp. 1—33.

(63) *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, C.H. Beck, München, 1973 ss.

(64) H. Coing, *Systemgedanke* (anteriormente citado n. 52).

(65) H. Coing, en *Handbuch* (n. 63); H. Coing, *L'insegnamento del diritto nell'Europa dell'Ancien Régime*, en "Studi Senesi", 3 serie, 19, 1970, pp. 179—192; H. Coing, *Las facultades de derecho en el siglo de la Ilustración*, en "Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid", 15, 1975, pp. 473—491; H. Coing, *Das juristische Volersungsprogramn der Universität Padua im 17. und 18. Jahrhundert*, en "Studi in onore di Edoardo Volterra", vol. 4, 1969, pp. 179—195.

(66) Véase la lista hecha por H. Coing en el *Handbuch*. . . (n. 63).

(67) H. Coing, *L'insegnamento*. . . (n. 65), p. 181 ss.

(68) Para la formación de los abogados en América Latina véanse por ejemplo Javier González Echenique, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino del Chile*. Tesis doctoral de la Universidad Católica de Chile, 1953. Santiago de Chile, 1954 (Estudios de historia del derecho chileno, vol. 2); Elisa Luque Alcaide, *La educación en Nueva España en el siglo XVIII*, Sevilla, 1970 (Publicaciones de la Escuela de estudios hispanoamericanos, vol. 192); Luis Antonio *Eguiguren*, Diccionario histórico cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus colegios, *vol.* Eguiguren, *Diccionario histórico cronológico de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos y sus colegios*, vol. I—III, Lima (Imp. Torres Aguirre), 1940—1951, particularmente vol. I, pp. 697—723 y vol. II, pp. 287—291; Pedro José Rada y Gamio, *Apuntes sobre el estudio del derecho en el Perú*, Arequipa (Imp. de "La Bolsa"), 1894; L.A. Eguiguren, *El derecho del Perú virreinal; crisis del derecho y justicia*. . . Empresa Gráfica T. Scheuch, Lima, 1964 (Prólogo: el derecho en la cátedra virreinal; los textos de estudio de 1817—1821); Gustavo Pons Muzzo, *Historia de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, en "Revista de derecho y ciencias políticas", órgano de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 9, 1945, pp. 114—188; Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de la Facultad de derecho*, Universidad Nacional de San Marcos, Lima, 1968.

(69) J.M. Mariluz Urquijo, *La biblioteca de un oidor de la Real Audiencia de Buenos Aires*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 10, Buenos Aires, 1955, pp. 808—814; V.O. Cutulo, *Ensayos sobre libros antiguos de derecho (siglo XVII)*, en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", 20, Santa Fe, 1958, p. 107 ss.; Macera, *Bibliotecas peruanas del siglo XVIII*, en "Boletín bibliográfico de la Biblioteca Central de la Universidad de San Marcos", 33, Lima, 1962, nn. 3—4, pp. 124—137; G. Lohmann Villena, *Los ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700—1821). Esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente*, Escuela de estudios hispano-americanos, Sevilla, 1974, p. LXXIII ss.

(70) J. Malagon-Barcelo, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*. Instituto bibliográfico Mexicano, México, 1959; A.P. Whitaker, *La historia intelectual de Hispanoamérica en el siglo XVIII*, en "Revista de Historia de América", 40, México, 1955, p. 573 ss.; D.A. Pareja Marmarillo, *Los jurisconsultos de la colonia*. Tesis doctoral Lima, publicada en "Revista de la Facultad de derecho y ciencias políticas", Lima, 2, 1938, pp. 699—825; 3, 1939, pp. 409—423; 4, 1940, pp. 131—159; 5, 1941, pp. 192—220, 518—536; 6, 1942, pp. 363—405, 694—723, donde el autor enumera los jurisconsultos y sus obras; no interesa el artículo de L. Jaime Cisneros, *Sobre literatura virreinal peruana*, en "Anuario de Estudios Americanos", 12, Sevilla, 1955, pp. 219—252. Este artículo concierne sólo a la poesía.

(71) H. Coing, *Das Schrifttum der englischen Civilians und die kontinentale Rechtsliteratur in der Zeit zwischen 1550 und 1800*, en "Ius Commune", 5, 1975, pp. 2—55; C. Donahue, *Roman Canon Law in the Medieval English*

Church, en "Michigan Law Review", 72, 1974, p. 647, 658—670; P. Stein, *Continental Influences on English Legal Thought, 1600—1900*, en "La formazione storica del diritto moderno in Europa", Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, vol. 3, Firenze, 1977, pp. 1105—1125; C. Phineas Sherman, *Roman Law in the Modern World*, 3 ed., New York 1937, vol. I—III; W. Wirt Howe, *Studies in the civil law and its relations to the jurisprudence of England and America, with reference to the law of our insular possessions*, 2 ed., Boston 1905; P. Levack, *The Civil Lawyers in England 1603—1641: A political study*, Oxford 1973.

(72) Levack (n. 71); Coing (n. 71).

(73) Esta actitud cómoda de la vida jurídica de todos los días no corresponde a los preceptos de los protagonistas del derecho natural. Insistían siempre en la independencia y en la supremacía de este derecho: H. Thieme, *Naturrecht und römisches Recht*, en "La formazione storica del diritto" (n. 71), vol. I, pp. 95—110.

(74) H. R. Hahlo, E. Kahn, *The South African Legal System and its Background*, Capetown/Wynberg/Johannesburg (Juta), 1968. Véase en particular pt. II, pp. 329—596; *A brief history of the Roman-Dutch law.*

(75) P. ej. Andorra, Ceylon, San Marino, Mauritius.

(76) F. W. Rauchhaupt, *Correlaciones en el desarrollo de los derechos de Europa y de América; estudio de comparación genética de derechos* (Imprenta de la Universidad), Buenos Aires, 1928.

(77) Indicaciones bibliográficas para la historia del derecho latinoamericano en general se hallan en la obra de F. Rauchhaupt (n.76) y en Héctor Lafaille, *Fuentes del derecho civil en América Latina*, Buenos Aires 1959; Ph. J. Eder, *Comparative survey of anglo-american and latin-american law*, New York 1950; H.P. de Vries, *Cases and materials on the law of the Americas. An outline of Latin American law and society*, (Columbia University), New York 1972.

(78) Para la influencia del derecho colonial español sobre otros derechos véase V. Gay y Forner, *Leyes del Imperio español, las leyes de Indias y su influjo en la legislación colonial extranjera*, (Tall. tipogr. "Cuesta"), Valladolid, 1924; M.B. Hooker, *Legal pluralism: an introduction to colonial and neo-colonial laws*, (Clarendon Press), Oxford, 1975.

(79) No hace falta enumerar en este lugar la multitud de obras nacionales de historia del derecho de los paíse de habla española. Indicaciones se hallan en las siguientes obras más generales: P. de Vries, *Cases* (n. 77); el mismo y J. Rodríguez-Novás, *The law of the Americas; an introduction to the legal systems of the American republics*, (Oceana Publications) Dobbs Ferry, N.Y. 1965; *Cahiers de législation et de bibliographie juridique de l'Amérique latine*, n. 1—28, Paris, Institut de droit comparé de l'Université de Paris et Société de Législation comparée, 1947—1960; J.T. Vance, *The background of Hispanic-American law; legal sources and juridical literatur of Spain*, (Central Book Co.), New York, 1943; L.A. Copete, *El por qué de un mundo; evaluación jurídica de la obra de España en América*, Bogotá (tesis doctoral de la Universidad Javeriana), 1965; V. Tau Anzoátegui, *La moderna historiografía jurídica española e Hispanoamérica*, en "Lecciones y Ensayos" 42, Buenos Aires 1970, p. 101 ss.; J. Malagon Barcelo, *La influencia del derecho español e Hispanoamérica*, en "Anuario de estudios americanos", 24, Sevilla 1967, p. 18 ss.; J. Maluquer y Salvador, *El derecho hispano-americano en la bibliografía española. . .* (impr. de la Revista de la legislación), Madrid 1887.

(80) Para el derecho indiano véase el resumen por Antonio Pérez-Martín en el tomo II. 2 del "Handbuch. . ." (n. 63), pp. 242—247 y sobre todo las obras de A. García Gallo, *La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América española*, Conferencia en el XIV International Congress of the Historical Sciencies, San Francisco 1975; *Estudios de Historia del Derecho indiano*, Madrid, 1972; *Tercer Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Actas y Estudios. Madrid 1973; J. M. Ots Capdequí, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Madrid 1968; R. Gibert, *Las Leyes de Indias*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", vol. XV, Barcelona, 1977.

(81) Las bases bibliográficas de la historia del derecho castellano se hallan fácilmente en el artículo de A. Pérez-Martín en el "Handbuch. . ." (n. 63), vol. II, 2, pp. 228—241, y en los manuales allí alegados. También es muy clara la descripción p. e. en B. Cevallos Arizaga. *Historia del derecho civil ecuatoriano*, vol. I, (Talleres Gráficos Nacionales), Quito 1963, pp. 155—190.

(82) H, Valladão, *História do direito, especialmente do direito brasileiro*, vol. I—II, (Livraria Freitas Bastos), Río de Janeiro 1972; L. Delgado, *Quadro histórico do direito brasileiro.* (Universidade Federal de Pernambuco), Recife, 1974 (curso, sin notas); M. Duarte Segurado, *O direito no Brasil*, (Editôra da Universidade), São Paulo, 1973 (sin notas); W. Martins Ferreira, *História do direito brasileiro*, Río de Janeiro, 1951; M. Oliveira Lima, *The evolution of Brazil compared with that Spanish and Anglo—Saxon America*, 1974.

(83) Véase el sumario por J.M. Scholz en el "Handbuch. . ." (n. 63), vol. II, 2, pp. 284—285; A. Lopes da Costa Almeida, *Repertorio remissivo da legislação da Marinha e do Ultramar comprehendida nos annos de 1317 até 1856*, Lisboa 1856; João José da Silva, *Repertorio alphabetico e chronologico ou Indice remissivo da legislação ultramarina, desde a epoca das Descobertas até 1882 inclusive*, Macau 1886, E.M. Lahmeyer Lobo, *Administracão colonial luso-espanhola nas Americas*, Río de Janeiro 1952.

(84) Véase el resumen de Scholz mencionado (n. 83), pp. 282—309 y las obras allí alegadas.

(85) Para el análisis de esta ley véase sobre todo A.M. Hespanha, *Apontamentos de história do direito portugués*, Coimbra 1970—1971, pp. 238—259 y la bibliografía copiosa en Scholz (n. 84), p. 304.

(86) J.J. Thalès, *Histoire du droit haïtien*, vol. I (único), Port-au-Prince 1940; J. Houdaille, *Les français et les afrancesados en Amérique centrale 1700—1810*, en "Revista de Historia de América", 43/44, México, 1957, pp. 305—330; G. Debien, *Les affranchissements aux Antilles français au XVIII siècle*, en "Anuario de estudios americanos", 24, Sevilla, 1967, pp. 1177—1203.

(87) *Le Code noir, ou Recueil des Règlemens rendus depuis Janvier 1685, jusqu'en Septembre 1741, concernant le Gouvernement, l'Administration de la justice, la police, la discipline et le commerce des Nègres dans les colonies françaises, et les Conseils et Compagnies établies à ce sujet*, Paris 1742.

(88) *Een éeuw surinaamse codificatie. Gedenkbock (1869 - 1 mei-1969)*, Paramaribo (Surinaamse Juristen-Verenigin) 1969; *Hondred jaar codificatie in de nederlandse Antillen*, Arnhem 1969.

(89) Véase también la edición moderna: *Plakaten, ordonnantiën, andere wetten, uitgevaardigd in Suriname 1667—1816* (West Indisch Plakaatboek, deel 1—2). Amsterdam, (Emmering) 1973 (= Werken der Vereeniging tot uitgaaf der bronnen van het out-vaderlandsche recht, derde reeks, n. 24/1).

(90) Véase el resumen de esta legislación por Hansjörg Pohlmann en el "Handbuch" (n. 63), pp. 468—488.

(91) Descripción clara en H.R. Hahlo, E. Kahn, *A brief history of the Roman-Dutch law* (n. 74); R.W. Lee, *An introduction to the Roman Dutch law*, 5 ed. Oxford 1953.

(92) Para Belice véase la introducción a *The laws of British Honduras in force on the 15th day of September 1958*, revised edition, vol. I, (Waterlow and sons) London 1960. Para la Guayana véanse M. Shahabuddeen, *The legal system of Guyana*. Georgetown 1973, excelente también para las islas del Caribe; A.J. Pound, *The magisterial law of British Guyana*, (The Royal Gazette Establishment), Demerara, 1877; R. Farley, *The economic circumstances of the British annexation of British Guyana*, en "Revista de Historia de América", 39, México 1955, pp. 59 ss.; para Trinidad tenemos Charles Reis, *A history of the constitution or government of Trinidad from the earliest times to the present day*, vol. I, 2 ed., Trinidad, sin fecha (1930); para la parte ya danesa, ahora estadounidense, de las islas Vírgenes véase Manuel Gutiérrez de Arce, *La colonización danesa en las islas Vírgenes* (Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos, n. 11), Sevilla 1945.

(93) Ch. Reis, *A history*. . . (n. 92) p. 54, M. Shahabuddeen (n. 92), pp. 188—208.

(94) Acerca de la petulancia y altanería de los magistrados ingleses, basada en su ignorancia e incultura, véase M. Shahabuddeen (n. 92), pp. 191—208; B.P. Levack, *The civil lawyers in England* (n. 71); R.H. Graveson, *De l'influence de la common law sur les systèmes de droit civil existant dans le Commonwealth britannique*, en "Revue internationale de droit comparé", 1953, p. 658 ss.

(95) M. Shahabuddeen (n. 92) p. 190; Ch. Reis (n. 92) p. 127.

(96) Ch. Reis (n. 92) p. 128).

(97) *The laws of British Honduras* (n. 92), p. 306.

(98) Este desarrollo halla paralelos en la historia del derecho de Texas y de Florida. En Louisiana, en contraste, el derecho de la Europa continental se defiende vehemente: Terou Doi, *An introduction to the history of Louisiana civil law*. . . (School of law, Waseda University), Waseda, 1960.

(99) M. Shahabuddeen (n. 92), p. 189.

(100) M. Shahabuddeen (n. 92), p. 208.

(101) P. Zonderland, *Methode van hert privaatrech*, (Agon Elsevier) Amsterdam, 1974; O. Weinberg, *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*, (Schweitzer) Berlin, 1974; I. Tammelo, H. Schreiner, *Grundzüge und Grundverfahren der Rechtslogik*, (Verlag Dokumentation) Pullach bei München, vol. I, 1974; J. Horowitz, *Law and logic; a critical account of legal argument*, (Springer) New York, 1972; J. Esser y otros, *Methoden der Rechtswissenschaft*, (R. Oldenbourg) München, 1972; F. Müller, *Juristische Methodik*, (Dunker und Humblot) Berlin, 1971; R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodernlehre*, (Beck) München, 1971; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2 ed. Berlin y New York (Springer) 1969; C. Renard, *Sources du droit et méthodologie juridique*, (Les preses universitaires de Liège) Liège, 1969; J. Edelmann, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz. Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, (Gehlen) Bad Homburg y Berlin y Zürich, 1967.

(102) Véase p.e. A. Mazzacane, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, (Giuffrè) Milano, 1971; H. Coing, R. *Zouches "Iuris et indicii fecialis explicatio" und seine Quellen*, en "Revista Portuguesa de Historia", 14, 1975, pp. 317—346; H. Stupp, *Mos geometricus oder Prudentia als Denkform der Jurisprudenz; eine Untersuchung anhand der methodologischen Lehren des Christian Wolff und des Thomas von Aquin*, Köln 1970; para la metodología del siglo diecinueve véanse p.e. H. Thieme, *L'idée de l'évolution dans la science juridique du XIX et XX siècle*, en "Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag" herausgegeben von Peter Noll und Günter Stratenwerth, (Stämfli) Bern, 1969; H. Coing, *Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhundert*, en "Rabels Zeitschrift", 37, 1973, pp. 202—209; el mismo, *Trois formes historiques d'interprétation du droit: Glossateurs, pandectistes, école d'exégèse*, en "Revue historique de droit", 4, 48, 1970, pp. 531—543; A. Janssen, *O. von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtwissenschaft*, (Musterschmidt) Göttingen y Frankfurt y Zürich, 1974 (= Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte, vol. 8), J. M. Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*, 2 ed. Madrid 1976.

(103) V.J. Ugarte del Pino, *Las líneas de tendencia en la evolución jurídica de los pueblos*, en "Revista del foro" 49, Lima 1962, pp. 26 ss. y en "Revista de estudios políticos", pp. 129—130, Madrid, 1963, pp. 245 ss.

(104) Carolus Molinaeus, *Prima (et secunda) pars commentariorum in consuetudines Parisienses*, Parisiis 1539 (y 1558). Véanse también las otras 17 ediciones enumeradas por E. Holthöfer, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal*, en "Handbuch. . ." (n. 63), vol. II. 1, pp. 103—499 (pp. 289—290); F.J. Olivier-Martin, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législation modernes*, (Sirey) Paris, 1925.

* * *

Sección IV

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

MANAVELLA, Carlos A. **Las relaciones jurídicas obligatorias.** Collegium Academicum. Universidad Autónoma de Centroamérica. San José, 1983.

El distinguido jurista argentino Carlos A. Manavella C., cuya presencia en Costa Rica ya ha dado valiosos frutos ha elaborado un valioso trabajo monográfico que —en expresión del autor— constituye "un esfuerzo de síntesis de lo que podríamos denominar la "teoría general de las obligaciones"; a nuestro juicio, el estudio logra algo más que una síntesis, pues proporciona una útil sistematización, adecuada para la docencia, de esta amplia materia.

El trabajo está dividido en dos partes: en la primera se estudia la relación jurídica obligatoria dentro del marco de la teoría de las relaciones jurídicas; la segunda parte entra al análisis de sus elementos.

La materia tratada, además de ser de gran amplitud es objeto de enfoques muy diversos, lo cual hace difícil su tratamiento; sin embargo, magistralmente el Dr. Manavella analiza todos estos diversos enfoques y expone sus puntos de vista.

Si bien no compartimos en todos sus aspectos el enfoque (por ejemplo, los llamados elementos de la relación obligatoria tratados encuentran a nuestro juicio su cabal aplicación dentro de la teoría del negocio jurídico, más que en la teoría general de las obligaciones, como ocurre claramente con los elementos accidentales; o bien con relación a la significación de elemento capacidad, que en materia extracontractual ha sido fijada jurisprudencialmente en los quince años, por ejemplo) debemos reconocer el gran mérito de la obra al ofrecer, desde una perspectiva particular, en enfoque coherente y aplicable a nuestro Derecho.

Otro acierto del trabajo reseñado se encuentra en su método de desarrollo; el asumir como punto de partida el concepto de relación jurídica sienta sólidamente las mejores bases para la elaboración de los aspectos particulares de la materia. Pasa seguidamente al concepto de Obligación, estudiando su génesis y desarrollo en el Derecho Romano para llegar al Derecho Moderno y analizar luego sus elementos esenciales y accidentales; especial mención merece el acertado tratamiento de estos últimos.

La obra del Dr. Manavella representa un valioso aporte al estudio del Derecho Civil en Costa Rica, en un campo donde, desde don Alberto Brenes Córdoba carecemos de estudios sistemáticos. Estamos seguros de que por muchos años constituirá material obligado para la enseñanza del Derecho en Costa Rica.

Víctor Pérez V.

Sección VI

PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

CONTENIDO DE ALGUNOS VOTOS SALVADOS EN RESOLUCIONES DE INTERES

Licda. Cecilia Sánchez R.

DERECHO CIVIL

Daños y perjuicios — Causados por hijos menores del demandado — Responsabilidad subjetiva.

El voto de minoría se inclina por revocar la sentencia apelada y acoger la excepción de falta de legitimatio ad causam pasiva opuesta por el accionado, con fundamento en el hecho de que la causa de pedir que la actora esgrime en toda la relación de hechos que formula en su demanda, consiste en un contrato de arrendamiento que dice haber celebrado con el demandado, y deriva de esa negociación la mayoría de los extremos que reclama, y no de cuestiones de naturaleza extracontractual. Sin embargo, con vista del contrato de arrendamiento a que alude la accionante, se aprecia que el mismo fue suscrito por ella arrendante y por una empresa, debidamente inscrita en el Registro Público como arrendataria, y el accionado no figura con la representación legal de esa sociedad, de manera que la premisa mayor —existencia del contrato de arrendamiento entre actora y demandado— es falsa, lo que hace procedente por esa simple vía la excepción de falta de personería ad causam pasiva, puesto que el titular de la obligación que se reclama es un tercero con relación al aquí accionado. Pero aún en la hipótesis de que en la vía jurisdiccional se modificara la causa de pedir, estimando que podría existir una culpa imputable al demandado, no de naturaleza convencional, sino extracontractual, la misma estaría sujeta al principio de solidaridad con relación al arrendatario, quien también debió ser demandado. El voto contiene además una importante referencia al instituto de la litis consorcio.

1981. Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Segunda. No. 589 de las 9:00 hrs. del 30 de octubre.

Voto salvado del Juez Superior Lic. Alfonso Rodríguez Martínez.

DERECHO PENAL

Libramiento de cheque sin fondos — Estafa mediante cheque — Distinción.

El voto del Magistrado Benavides, se inclina por acoger la tesis de que si la empresa ofendida recibió el cheque relacionado con la causa el día 6 de agosto, pero consintió en que se le pusiera al documento fecha 7 de noviembre del mismo año, y además su personero legal tenía pleno conocimiento de que el girador no tenía fondos suficientes y de que el cheque incluía en su monto los intereses calculados al uno por ciento mensual durante tres meses, no nació a la vida jurídica el ilícito acusado, puesto que el cheque dejó de ser una orden incondicional de pago y quedó convertido en un título de garantía.

1981. Sala Tercera de la Corte, No. 98—F de las 10:20 hrs. del 4 de diciembre.

Voto salvado del Magistrado Rafael Benavides R.

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Expediente administrativo — Término para completarlo.

El fundamento del voto minoritario que se in-

clina por acoger el recurso, se sustenta en el hecho de que la Administración al enviar el expediente administrativo al juzgado, omitió piezas fundamentales que pusieron a la reclamante en una difícil situación, pues prácticamente tuvo que contestar sin expediente. En efecto, se dice que se levantaron informaciones de "cuando fue despedida" la actora, pero no se enviaron; lo que contiene el expediente enviado es un decreto en que se rechaza el reclamo presentado, otro que deniega el recurso de reposición y una carta de la señora Ministra reiterando la decisión de separarla del cargo debido a la diferencia de criterios que mantienen, y una copia de una resolución en que se declara sin lugar el reclamo presentado y no se da por agotada la vía administrativa, por no haberse ejercitado en tiempo y forma los recursos que la ley exige. Cabe entonces preguntarse si existe en realidad algún informe sobre los motivos que tuvo la Administración para despedir a la actora, y esa documentación es esencial para contestar la acción.

Si no existiere ese informe y solo se trata de un error, es indispensable para ella saberlo con absoluta certeza. En la situación de autos se puso a la actora en la necesidad de contestar prácticamente sin expediente, irrespetando sus derechos e intereses. "Obsérvese que al sostener lo contrario, o sea que en todo caso, el administrado está obligado a pedir que se "complete" el expediente, ya éste no contará con treinta días para contestar sino menos, porque en el supuesto de que el actor descubra el error y que se trata de un aparente expediente, el plazo no comienza a correr de nuevo, sino que por tratarse de una suspensión la demanda debe ser contestada dentro de los veinte días restantes. Lo racional es interpretar que el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es aplicable a expedientes que en lo fundamental permiten saber sobre la justificación del actuar de la Administración, aunque falten documentos importantes o muy importantes para contestar la demanda, pero que su falta no ponga al actor en situación de contestar como si no hubiera expediente, porque en este caso se dejan de aplicar como lógica consecuencia los números 3 y 4 del artículo 40 de la citada ley. De manera que como el presente juicio versa sobre la nulidad de despido de la actora y no se enviaron las informaciones levantadas que justifican o pretenden justificar el despido, pese a que se hace referencia a ellas en los documentos enviados, el juzgado no podía conceder el plazo a que se refiere el artículo 46, no pudiendo en consecuencia decretarse la caducidad de la acción.

1981. Sala Primera de la Corte, No. 133 de las 15:00 hrs. del 30 de octubre.

Voto salvado del Magistrado Francisco Chacón B.

DERECHO PROCESAL CIVIL

Apelación — Poder especial judicial — Revocado por otro — Inadmisibilidad.

El criterio que inspira el voto salvado es el de no causar perjuicio a la parte que es ajena al error, cometido por el despacho, al admitir como "aclaración" suya, lo que en realidad era el otorgamiento de un nuevo poder, siéndole admitidas a este apoderado todas las gestiones posteriores que realizó, de manera que sería demasiado grave negar la alzada que se pide, de ahí que el voto minoritario se inclina por declarar bien admitida la apelación.

1981. Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Segunda, No. 690 de las 15:15 hrs. del 10 de diciembre.

Voto salvado del Juez Superior Juan Luis Arias.

* * *