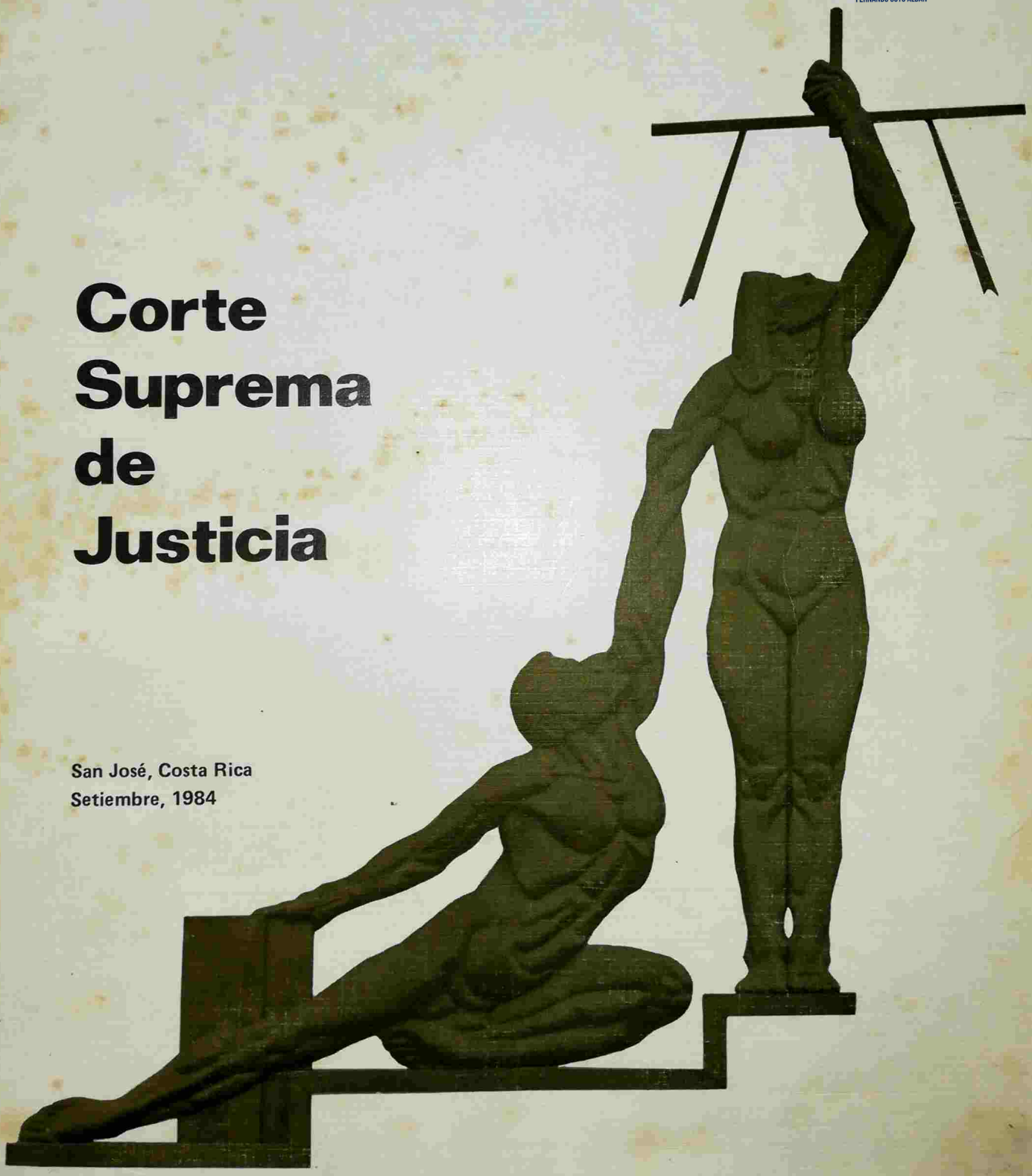
AÑO IX

Nº 30

REVISTA JUDICIAL

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Setiembre, 1984

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REVISTA JUDICIAL

Año IX — No. 30 — Setiembre, 1984

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

312 pág.

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

NUEVAS ORIENTACIONES EN MATERIA DE ADOPCION

PROYECTO DE LEY

Dr. Manuel Amador Hernández
Juez Segundo de Familia

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. LA ACTUAL DISCIPLINA JURIDICA DE LA ADOPCION Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA

La adopción constituye la materia más deficientemente regulada en el Código de Familia. La falta de técnica, la incoherencia y la imprevisión —por lo demás presentes en gran parte del código— campean a lo largo de los escasos veintisiete artículos que disciplinan esta importante institución jurídica. Normas que conciben la adopción como un efecto de la autonomía privada, se mezclan con otras que la conciben como un efecto del poder estatal; un criterio del Derecho Romano que atribuye relevancia determinante al "consentimiento", coexiste con un criterio moderno antitético: el del "interés del menor"; disposiciones que estaban previstas cuando una parte importante del trámite era de la incumbencia de los particulares interesados en ella, subsisten con otras que pretenden atribuir a los tribunales la total tramitación; las normas que disciplinan la adopción de los mayores de edad, son las mismas que disciplinan la adopción de los menores e incapaces; descoordinación en el procedimiento; errónea y deficiente estructuración de la materia. Y, como resultado de todo ello, un conjunto de artículos cuyo sentido, concierto y función, nadie acaba de comprender.

Se impone, pues, la modificación del capítulo VI del título II del Código de Familia, con miras a la solución de las deficiencias apuntadas y a una más completa y acabada sistematización de la institución referida.

II. EL PROYECTO QUE PRESENTAMOS, SU FINALIDAD Y LIMITACIONES

La reforma que ahora presentamos pretende llenar las finalidades indicadas atrás. El proyecto es el resultado de la experiencia, de una más depurada técnica legislativa y del análisis reposado. Ciertamente, no es lo mejor que pudiera concebirse en esta materia, pero está ajustado a nuestra realidad y a nuestras posibilidades. Lo ideal hubiera sido crear y disciplinar, a la vez, otras instituciones tales como la "declaración de adoptabilidad", el "depósito preadoptivo" o "periodo de prueba preadoptivo" y el "seguimiento post adoptivo". Sin embargo, el país no cuenta con los recursos suficientes para ello y de ahí que resultaría utópico hacerlo. Por lo demás, el proyecto ideal implicaría, necesaria-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente, extender la acción reformadora al Código de la Infancia, a la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y a una cantidad de artículos del Código de Familia. Y, como se comprenderá, un trabajo de tal envergadura —aunque pretendamos realizarlo algún día— atrasaría demasiado la pronta tramitación del proyecto que ahora presentamos.

III. EL CONTENIDO DEL PROYECTO

El proyecto sistematiza más adecuadamente la materia, dividiendo el Capítulo VI del Título II en cuatro secciones: la primera de ellas dedicada a disposiciones generales; la segunda a la adopción de menores e incapaces; la tercera a la adopción de mayores de edad, y la cuarta a las diversas formas de extinción de la adopción y a sus efectos.

A. La primera sección.

En la primera sección se recogen la mayoría de las normas generales que actualmente existen, y se introducen modificaciones e innovaciones que la experiencia ha demostrado que son necesarias a fin de prever una serie de situaciones que no están reguladas actualmente.

Esas modificaciones e innovaciones son las siguientes:

1a.—Se acoge la denominación que en la práctica se ha venido produciendo y que distingue entre adopción conjunta e individual (art. 101).

2a.—Tratándose de la adopción plena, se establece que si el adoptado tiene hijos, los mismos efectos jurídicos se producirán respecto a ellos (art. 104, primer párrafo).

3a.—Se establece la posibilidad de que el adoptado en forma simple, conserve el apellido del progenitor de sexo distinto al del adoptante, con miras a proteger valores afectivos dignos de tutela (inciso 4 del art. 105). Si el adoptado tiene hijos, se regula lo que puede suceder con el apellido de éstos (art. 105, "in fine").

4a.—En casos especiales, se eximen al adoptante de rendir garantía de administración de los bienes del adoptado (art. 106).

5a.—Se establece que el mayor inhábil para ser adoptado deberá estar declarado en estado de interdicción, y que el adoptante podrá ser curador, de conformidad con el título sobre curatela (art. 107).

6a.—Se establece en veinte años la edad máxima para ser adoptado en forma plena. La adopción plena tiene por finalidad proveer de familia a quienes carecen de ella. Esta finalidad, por propia definición, debe ser llenada en edades tempranas del adoptado. De ahí, que no se justifique la adopción plena de mayores de edad. Sin embargo, se permite que se realice hasta los veinte años, con miras a dar al joven un tiempo prudencial, luego de que llegó a su mayoría, para que medite sobre la conveniencia de la misma (art. 108).

7a.—Se prohíbe que una misma persona pueda ser adoptada dos o más veces, salvo tratándose de menores e incapaces, respecto a los cuales la regla debe ceder cuando se trate de su propio beneficio (art. 109).

8a.—Se permite que uno de los cónyuges pueda adoptar los hijos del otro, sin perjuicio de la situación jurídica que une a éste con aquéllos (art. 110). Lo anterior, con miras a proteger la unidad de la familia.

9a.—Se expresa el momento en que serán exigibles los requisitos de edad establecidos (art. 112).

10a.—Se excluye que un cónyuge pueda adoptar al otro. Se excluye, asimismo, que el padre pueda adoptar a su hijo biológico, pues, en este caso, para establecer jurídicamente la filiación, existen mecanismos apropiados. Solo en la hipótesis de que no sea posible establecer dicha filiación por los mecanismos normales, podrá procederse a la adopción (art. 115), y

11a.—Se establece que la Procuraduría General de la República será parte en toda diligencia de adopción (art. 116), con la finalidad evidente de que ésta pueda vigilar de cerca la corrección de los trámites, que pueda cerciorarse de la verdadera intención de las partes y que, con vista de ello, apruebe o combata las diligencias.

B. La segunda sección.

En la segunda sección se reproducen algunas de las disposiciones que actualmente existen. Sin embargo, la mayor parte de su contenido es enteramente nuevo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Entre las innovaciones más importantes, están las siguientes:

1a.—La eliminación del "consentimiento" como factor determinante en la adopción. En el proyecto, lo único que se exige es que quienes ejercen la patria potestad, la tutela o la curatela, sobre el "adoptando", ratifiquen la solicitud de adopción (art. 127). La autorización y aprobación de la misma y, fundamentalmente, la determinación de quiénes serán los adoptantes, corresponderá al juez, tomando en consideración el supremo interés del menor o incapaz. Las personas que ejerzan la patria potestad o la curatela, ya no serán más, en esta materia, los árbitros absolutos de los destinos de sus representados.

Dos razones fundamentales imponen esta nueva orientación: La primera, que el "adoptando" no es simplemente un objeto del cual el padre, el tutor o el curador, puede disponer irrestrictamente, como sucedía en el Derecho Romano, donde, inclusive, se llegó al extremo de considerar, con ciertos atenuantes en las épocas vecinas al final del Imperio, que el "pater familias" tenía el derecho de vida y muerte —ius vitae et necis— sobre las personas sometidas a sus "potestas", y, la segunda, que no siempre el interés del representante coincide con el del representado. En nuestro país se realizan gran cantidad de adopciones que en el fondo —dígase lo que se diga—, no son más que ventas disimuladas en las que el interés del "adoptando" pasa a un segundo plano porque sobre él está el interés pecuniario del representante —la madre soltera generalmente— que quiere obtener el precio prometido y el interés, también pecuniario, de quienes participan de una u otra forma —como contactos, como profesionales, etc.— en la adopción, devengando jugosos honorarios, muchas veces pagados en moneda extranjera.

2a.—La posibilidad de que presentada una solicitud de menores o incapaces, nuevas solicitudes de otras personas sean acumuladas (art. 128, 1er. párrafo) y, en tal caso, la exigencia de que la decisión del juez deberá responder a un criterio técnico de selección, en el cual el interés del "adoptando" prevalecerá sobre cualquier otro factor (art. 118, primer párrafo). Se establecen, además, una serie de principios que deben orientar al juez, —sin atarlo a soluciones preconcebidas y autorizándolo, por el contrario, a descubrir otros principios— para el supuesto en que el interés del "adoptando" no incline la decisión a favor de ninguno de los solicitantes (art. 118, 1 y 2 párrafos).

3a.—La limitación de que nadie podrá adoptar a más de dos menores o incapaces, salvo que se trate de hermanos consanguíneos o de crianza que se justifique mantener unidos (art. 119, párrafo 1). Si la adopción tiene entre sus finalidades la de proveer de hijos a quienes carezcan de ellos, dos hijos adoptivos son más que suficientes, a parte de que, ese número, tiende a constituir, hoy día, la cantidad normal de hijos por pareja. Por lo demás, dicha limitación abre la posibilidad de que otras personas resulten beneficiadas con nuevas adopciones y de que se eviten, también, posibles abusos. Finalmente, tratándose de incapaces, se justifica limitar el número de ellos que puedan ser adoptados por una misma persona o pareja, dadas las atenciones que requieren.

Para controlar este impedimento, se encarga al Registro Civil llevar un registro de adoptantes de menores e incapaces (art. 119, párrafo 2).

4a.—La disminución a cuarenta y cinco años, como edad máxima para adoptar menores o incapaces, excepción hecha de casos especiales (art. 120, inciso 6to.). Si los menores se adoptan para educarlos en el seno de la familia adoptiva, sustituyéndose de esta forma lo que la naturaleza y los factores sociales no han dado, y si los incapaces se adoptan para cuidar de ellos, debe exigirse que quienes solicitan la adopción se encuentren en la edad apropiada para asumir esa ingente labor. Además, se exigen nuevos requisitos a los adoptantes, tales como idoneidad psicológica y social (art. 121) y, tratándose de parejas, un número mínimo de años de convivencia estable y permanente (art. 122).

5a.—Se establecen criterios expresos para definir la competencia de los jueces encargados de conocer de las solicitudes de adopción (art. 124), y acabar con cierta incertidumbre que el tema ha generado hasta el momento, pese a la existencia de normas en la Ley Orgánica del Poder Judicial que solucionan dicho problema, y

6a.—Se disciplina por primera vez en forma coherente en nuestro país, los trámites de las diligencias de adopción de menores e incapaces (art. 125 y ss.). Se trata de un trámite ideado absolutamente conforme a nuestras necesidades, que no es importado, y que siendo sencillo y expedito, requiere, sin embargo, rigor y exactitud, tratando con ésto de armonizar la celeridad necesaria en esta clase de asuntos, con la garantía de que las cosas se hagan rectamente y de que se eviten los abusos que hasta el momento ha propiciado la fal-

ta de un cuerpo legal armónico y previsor que contemple dicho trámite.

Se exige que el escrito de solicitud cumpla con algunos requisitos, entre los cuales destaca el de que deberán indicarse los nombres y direcciones de algunos de los parientes del "adoptante" (art. 125, inciso 2), para notificar por lo menos a dos de ellos (art. 128, párrafo 2), con el ulterior fin de verificar la identidad del "adoptando" y de que se proteja tanto el derecho indiscutible que a él le asiste de crecer, ser educado y ser atendido, en el ámbito de su propia familia, como el que tienen sus parientes de ejercer estas funciones, siempre que no se lesione el interés de aquél. Estos derechos se encuentran implícitamente consagrados, en los principios que recoge el artículo 118 del proyecto.

Se establecen normas claras con relación a las pruebas (art. 126), encomendándole al juez, con relación a la testimonial y a la pericial, la tarea de interrogar a los testigos y a los peritos, sin perjuicio de atender las sugerencias de los interesados (párrafo final del indicado artículo).

Evacuadas todas las pruebas pertinentes, se dictará sentencia autorizando o desestimando la adopción (art. 134), y una vez firme la que la autorice, el adoptante deberá cumplir personalmente y manifestar "apud acta", la aceptación de los derechos y obligaciones que de la adopción se derivarán (art. 135). Para ello contará con un término de dos meses. Si no compareciere se dejará sin efecto la sentencia y podrá dictarse otra en su sustitución, a favor de cualquiera de los demás solicitantes (art. 136).

Otorgada la aceptación, el juez dictará una nueva resolución, que no tendrá ninguna formalidad y que no gozará más que del recurso de revocatoria, aprobando en definitiva la adopción (art. 137).

Como una novedad no solo en nuestro país sino también respecto a otros países, se dispone que la última resolución indicada producirá cosa juzgada y que, para tal efecto, se considerará integrada con la que autorizó la adopción. Esto constituye una novedad, decíamos, porque se tratará de la única resolución que produciendo cosa juzgada o "juzgamiento" —este vocablo pareciera ser más exacto—, carece, sin embargo, no solo del recurso extraordinario de casación, sino, también, del ordinario de apelación. Y consideramos que tal innovación se justifica porque, en primer lugar, dicha resolución es consecuencia de una sentencia que ya cobró firmeza, que decidió los puntos en discusión y a la cual se entenderá integrada, y, en segundo lugar, porque así se evita abrir debates sobre aspectos ya decididos, impidiéndose, con ello, que se puedan crear nuevas situaciones de incerteza en perjuicio de los menores e incapaces adoptados y de quienes resulten distinguidos con la adopción. Esto no enerva, empero, la posibilidad de que se formule una nueva solicitud de adopción (art. 109).

Finalmente, se establece, en esta segunda sección, que las resoluciones que se dicten en las diligencias no tendrán más recurso que el de revocatoria, excepción hecha de las que acojan o desestimen la incompetencia del juez, de las que denieguen recibir la ratificación, el asentimiento o la aceptación en el extranjero, y de las que desestimen o autoricen la adopción, las cuales también gozarán del recurso de apelación. Se dispone, además, que tales recursos deberán ser interpuestos dentro de tercero día (art. 139), y que no se exigirán copias de los documentos que se presenten, bastando las de los escritos dirigidos al juez (art. 140). En lo que no esté previsto, se entiende que es aplicable el Código de Procedimientos Civiles, el cual rige los trámites en materia de familia.

C. La tercera sección.

En esta sección, al igual que en la segunda, la mayoría de las disposiciones son totalmente nuevas.

Entre las más importantes innovaciones, pueden citarse las siguientes:

1a.—A diferencia de lo que acontece con la adopción de menores e incapaces, aquí es el "adoptando" el árbitro de su propio interés. No obstante, se establece que esta clase de adopción tiene como finalidad la de reconocer y proteger, jurídicamente, relaciones afectivas de tipo paterno-filial existentes efectivamente en la realidad entre el adoptante y el "adoptando" (art. 141), lo cual trae, como consecuencia, que se limiten ciertos abusos que en la práctica se han dado.

2a.—Conforme a lo manifestado al principio del parágrafo anterior, en este tipo de adopción el "consentimiento" adquiere la relevancia que la tradición heredada de los romanos le ha asignado (art. 150), y

3a.—Se disciplina en forma coherente un trámite específico que tiene cuenta de la naturaleza de los valores en juego (arts. 143 y ss.); naturaleza ésta que es diversa, en gran medida, a la de los valores que están en juego tratándose de la adop-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción de menores e incapaces. Se fijan, además, criterios de competencia (art. 142).

También aquí, como en la adopción de menores e incapaces, se trata de un trámite sencillo pero exigente, que armoniza la celeridad con la garantía de que las cosas se hagan rectamente. Con este fin, se establecen requisitos especiales en cuanto al contenido del escrito de solicitud (art. 143), y a la prueba (art. 144). Además, se ordena notificarle las diligencias a dos parientes del "adoptando" (art. 145, párrafo 2).

Finalmente, se dispone la aplicación, a este tipo de adopciones, de algunas de las disposiciones relativas al trámite de la adopción de menores e incapaces, indudablemente pertinentes (arts. 144, 147, 149 y 151).

CH. La cuarta sección.

También esta sección contiene una gran cantidad de nuevas disposiciones.

Entre las más importantes se pueden citar las siguientes:

1a.—Se establece por primera vez un régimen especial sobre la nulidad de la adopción (arts. 152 a 155 y 161 y 162), siguiendo la corriente imperante en el Derecho de Familia que consiste en establecer regímenes de nulidad específicos, derogatorios del régimen general de nulidades del Derecho Civil propiamente dicho, el cual, como se sabe, obedece a valores muy distintos a los que prevalecen en la legislación familiar.

Con relación al tema se establecen cuáles serán los únicos motivos posibles de nulidad (art. 152); quiénes serán los legitimados "ad procesum" en la "querela nullitatis" (art. 153); los plazos de caducidad —no de prescripción (que no es posible en materia de familia habida cuenta de los valores de que trata)— (art. 155); una circunstancia especial donde el plazo de caducidad, para el adoptado, exclusivamente, se amplía (art. 161) y los efectos de la declaración de nulidad entre los cuales se cuentan la desaparición "ex tunc" del estado de filiación adoptiva, y el resarcimiento de los posibles daños (art. 162).

2a.—Se establece que la adopción, cualquiera que esta sea, se extingue por la aprobación de una nueva adopción, pero, únicamente, en los casos en que esta última es permitida (art. 156).

3a.—Se prevén y disciplinan algunos detalles de la extinción de la adopción simple de menores e incapaces, por el acuerdo entre el adoptante y el adoptado, una vez que éste llegue a su mayoría de edad o recobre su capacidad (art. 157, párrafo 1). Se exigen ciertas solemnidades en el acuerdo (art. 158); se establece que cobrará efectos "ex nunc", y se excluye una posible responsabilidad civil con motivo de esta rescisión bilateral (art. 163).

4a.—Se adecua la terminología y se denomina "rescisión unilateral" (art. 157, párrafo 2), a la institución que actualmente se llama "impugnación" de la adopción simple. Se disciplinan algunos de sus detalles, tales como el plazo dentro del cual podrá ejercerse (art. Loc. Cit), ciertas formalidades que deberán rodear la manifestación de voluntad (art. 158), y sus efectos, entre los cuales se cuentan la desaparición "ex nunc" del estado de filiación adoptiva, y una indemnización equitativa al adoptante, salvo que la rescisión haya sido motivada por un hecho grave de su parte (art. 164).

5a.—De la relación de las normas citadas, se infiere que no es permitida la rescisión bilateral ni la unilateral de la adopción simple de mayores de edad, porque de otra forma, se permitirían los abusos. Quien toma la decisión de adoptar a un mayor de edad y quien decide consentir en ello, no deben estar autorizados para que, en el momento en que la situación no les convenga, puedan dejar sin efecto la adopción. Ya se ha dicho, que este tipo de institución debe responder a la necesidad de que sean protegidas, jurídicamente, relaciones de carácter paterno filial existentes efectivamente en la realidad. Y siendo así, no se justificaría permitir que la adopción cese por el acuerdo de las partes o por la decisión de una de ellas.

6a.—Se disciplina en forma más adecuada la revocatoria —judicial— de la adopción simple. Además de los motivos que actualmente la originan, se incluye el de "cualquier falta grave" (art. 159, inciso 5). Se da la posibilidad de que la revocación sea demandada tanto por el adoptante como por el adoptado (art. cit.), a diferencia de lo que sucede hoy día en que solo se le atribuye esta facultad al primero de ellos. Se establece que deberá demandarse en la vía ordinaria, que estará sometida a un periodo de caducidad de tres años y que la acción podrá ser ejercida por el curador o por los herederos del ofendido (art. 160). El plazo de caducidad en este último caso, es, sin embargo, menor (art. cit.). Se dispone, además, que la revocatoria regirá a partir del momento en que sucedieron los hechos que la motiven, según declaración expresa de la sentencia que la acoja, y que esta forma de extinción no dará lugar a indemnización alguna, sin perjuicio de la que pueda derivarse del hecho

mismo que la motive. Sin embargo, se permite, que esa indemnización sea demandada dentro del proceso en el que se pide la revocatoria, dada la relación entre uno y otro aspecto. Empero, no se permite esa acumulación de pretensiones cuando el hecho que motive la revocatoria esté comprendido en la previsión del inciso 1 del art. 159 del proyecto (art. 165), y

7a.—Se establece también, mejorando la terminología, que la adopción plena no podrá terminar por rescisión bilateral o unilateral, ni por revocatoria judicial. Sin embargo, se establece que aunque ya hubieren expirado los términos de caducidad establecidos en el art. 154, la persona que haya sido adoptada siendo menor de edad o incapaz, podrá demandar la nulidad de la adopción plena por los motivos de violencia o fraude graves, dentro de los dos años siguientes al día en que cumpla su mayoría de edad o en que recobre adquiere su capacidad. Se establece, también, en forma coherente con la eficacia de la cosa juzgada que produce la aprobación de la adopción, que la demanda de nulidad deberá establecerse ante la Sala de Casación en materia familiar, y que deberá seguir los trámites del recurso de revisión (arts. 161 y 157).

TEXTO DEL PROYECTO:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

Decreta:

Artículo 1.—Modifícase el capítulo VI del Título II del Código de Familia, para que en lo sucesivo se lea así:

CAPITULO VI
FILIACION ADOPTIVA

Sección primera
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 100.—La adopción puede ser plena o simple.

Artículo 101.—La adopción puede ser conjunta o individual, según que sea otorgada a favor de los cónyuges que actúen de consuno o a favor de una única persona.

Artículo 102.—La adopción conjunta podrá ser plena o simple. La individual solo podrá ser simple, salvo en los casos establecidos por el inciso 2 del artículo 110.

Artículo 103.—La adopción, cualquiera que sea, produce entre el adoptante y el adoptado los mismos vínculos jurídicos que ligan a padres e hijos.

Artículo 104.—Con la adopción plena el adoptado pasa a formar parte, para todo efecto, de la familia del adoptante, de igual forma como si fuera hijo consanguíneo de éste. Asimismo, se desvincula en forma total de su propia familia, respecto a la cual no le corresponderán derechos ni obligaciones. Si el adoptado tuviere hijos, los mismos efectos se producirán respecto a ellos.

La adopción simple, por su parte, no crea ningún vínculo jurídico entre el adoptado y la familia del adoptante, ni entre éste y la de aquél. En tal caso, el adoptado conserva todos los derechos y obligaciones que lo vinculan a sus parientes. No obstante, tratándose de menores de edad, la patria potestad pasa al adoptante.

Todo lo anterior no modifica, sin embargo, lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

Artículo 105.—Con relación al nombre del adoptado se aplicarán las siguientes reglas:

1.—Se podrá aprobar el cambio del nombre de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

pila del adoptado, cualquiera que sea la forma de la adopción.

2.—Tratándose de la adopción conjunta, el adoptado usará como primer apellido el primero del adoptante, y como segundo, el primero de la adoptante.

3.—Tratándose de las adopciones individuales a que se refiere el artículo 110, el adoptado usará los primeros apellidos de los cónyuges, de la misma forma en que los usaría si fuera hijo consanguíneo de ambos.

4.—Tratándose de las demás adopciones individuales, el adoptado usará los apellidos del adoptante, salvo que se justifique que conserve el del progenitor de sexo distinto al de aquél, en cuyo caso usará el primer apellido del adoptante y el primero de dicho progenitor, de la misma forma en que corresponde para los hijos consanguíneos de padres legalmente determinados.

Si el adoptado tuviere hijos, los que sean menores de edad adquirirán automáticamente el nuevo apellido de aquél, sustituyendo el anterior; los que sean mayores deberán autorizar el cambio. Si así lo hicieren, y éstos a su vez tuvieren hijos, se procederá de acuerdo con el mismo criterio.

El cambio de apellido, sin embargo, no crea ningún vínculo jurídico entre el adoptante y los descendientes del adoptado.

Artículo 106.—Si el adoptado tuviere bienes y fuere menor de edad, el adoptante quedará sujeto a lo dispuesto sobre administración en las normas que disciplinan la tutela. Sin embargo, tratándose de las adopciones contempladas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 110, el juez podrá relevarlo de esa sujeción, atendiendo a las circunstancias del caso.

Artículo 107.—El mayor inhábil para ser adoptado deberá estar declarado en estado de interdicción.

Aprobada la adopción, el adoptante tendrá derecho a ser su curador, con sujeción a lo dispuesto en el título sobre curatela.

Artículo 108.—Cualquier persona puede ser adoptada en forma simple.

Unicamente pueden ser adoptados en forma plena, los menores de catorce años y los mayores de esa edad pero menores de veinte, que hubieren vivido con los adoptantes desde antes de cumplir la primera edad indicada.

Artículo 109.—Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, solo podrá admitirse que una persona sea adoptada nuevamente, si se trata de un menor o incapaz, o de un mayor que hubiere sido adoptado siendo menor o incapaz.

Artículo 110.—Los hijos consanguíneos o adoptivos de uno de los cónyuges pueden ser adoptados por el otro cónyuge, sin perjuicio de la situación jurídica que une a los primeros con el segundo. Para tal efecto se observarán las siguientes reglas:

1.—Tanto los hijos consanguíneos como los adoptivos, cualquiera que haya sido la forma de su adopción, podrán ser adoptados de manera simple.

2.—Solo los hijos consanguíneos y los adoptivos en forma plena, podrán ser adoptados de manera plena, si concurren los requisitos establecidos para esta clase de adopción.

3.—Los hijos adoptivos en forma simple solo podrán ser adoptados de manera simple.

En este último caso, sin embargo, los cónyuges podrán gestionar conjuntamente la adopción plena si concurren los requisitos exigidos para ella.

Igualmente, los cónyuges podrán gestionar la adopción plena del hijo que ambos hubieren adoptado de manera simple, si concurren dichos requisitos.

Artículo 111.—Puede adoptar toda persona mayor de veinticinco años que se encuentre en el libre ejercicio de sus derechos y que tenga la capacidad para comprender la naturaleza y trascendencia del acto. En caso de adopción conjunta, bastará con que uno de los adoptantes haya alcanzado esa edad.

El adoptante debe ser por lo menos quince años mayor que el adoptado. En caso de adopción conjunta, la diferencia se establecerá con el adoptante de menor edad.

Artículo 112.—Los requisitos de edad indicados en los artículos anteriores, así como los establecidos en otros artículos de este capítulo, serán exigibles al momento de presentarse ante el juez la solicitud de adopción.

Artículo 113.—No puede adoptar un cónyuge al otro, ni los padres a sus hijos consanguíneos aunque la relación filial no conste legalmente. En esta última hipótesis, si padres e hijos tienen interés en que la situación jurídica se conforme a la situación real, deberán hacer uso de los mecanismos legales para tal efecto. Solo en el caso de que esto no fuere posible, porque así lo hubieren declarado los tribunales, se podrá proceder a la adopción.

Artículo 114.—El marido o la esposa no pueden adoptar sin el asentimiento del cónyuge. No

será necesario ese asentimiento si existiere separación judicial entre ellos. En el caso de separación de hecho, queda al criterio del juez prescindir o no de dicho requisito, según las probanzas que se le presenten.

Artículo 115.—La adopción se inscribirá en la Sección de Nacimientos del Registro Civil. Con tal objeto se elaborará un nuevo asiento en el partido de la provincia donde se tramitaron las diligencias. La inscripción anterior del adoptado será cancelada y al margen de ambos asientos se dejará la anotación que permita relacionarlos.

El Registro Civil solamente podrá revelar o certificar esa relación a solicitud de la autoridad judicial, del Patronato Nacional de la Infancia o de la Procuraduría General de la República. Y solo, por orden judicial, podrá certificar expresamente que la filiación es adoptiva.

Los notarios públicos no podrán extender documentos con los datos aludidos.

Artículo 116.—En toda diligencia de adopción se tendrá como parte a la Procuraduría General de la República.

Sección segunda

DE LA ADOPCION DE MENORES E INCAPACES

Artículo 117.—La adopción de menores o incapaces deberá responder, necesariamente, al interés de los mismos. La valoración le corresponderá al juez, quien no se limitará a controlar únicamente la legalidad del acto, sino, también, su oportunidad y conveniencia para el adoptando.

Artículo 118.—Cuando dos o más personas pretendan adoptar a un menor o incapaz, excluyéndose las unas de las otras, el juez deberá decidir con base en criterios técnicos de selección, en los cuales el interés del adoptando prevalecerá sobre cualquier otro factor.

Si no fuere posible decidir con base en el interés del adoptando porque a éste le resultare indiferente ser adoptado por unas u otras personas, el juez se orientará con base en los siguientes principios: Los parientes del adoptando serán preferidos a los particulares; los parientes más cercanos serán preferidos a los más lejanos; los matrimonios serán preferidos a las personas solteras; los residentes en el país serán preferidos a los residentes en el extranjero, y los adoptantes más jóvenes serán preferidos a los de mayor edad.

Los anteriores principios serán armonizados por el juez de acuerdo con su mejor criterio. A su vez, podrá el juez tomar en consideración otros principios que le recomienden el sentido común y la sana crítica.

Artículo 119.—Nadie podrá adoptar a más de dos personas menores o incapaces, salvo que se trate de hermanos consanguíneos o de crianza entre los cuales existan vínculos afectivos que justifiquen mantenerlos unidos.

Con el objeto de controlar dicho impedimento, el Registro Civil llevará un registro de los adoptantes de menores o incapaces en el que se consignarán, únicamente, los datos personales del adoptante y del adoptado, la autoridad judicial que aprobó la adopción y el número del expediente en que dio esa aprobación.

Solo a solicitud del propio interesado en adoptar, del Patronato Nacional de la Infancia, de la Procuraduría General de la República o de la autoridad judicial, el Registro podrá certificar si dicho interesado se encuentra o no inscrito en el registro de adoptantes. Los notarios no podrán expedir documentos con dichos datos.

Artículo 120.—No podrán adoptar menores de edad o incapaces:

1.—Quienes hubieren sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

2.—Quienes hubieren consentido en la adopción de sus propios hijos, salvo en los casos del artículo 110.

3.—Quienes no hayan observado buena conducta o gocen de mala reputación.

4.—Quienes carezcan de recursos económicos suficientes para hacer frente al mantenimiento del adoptando.

5.—El tutor o el curador a la persona sujeta a su tutela o curatela. Si dichas funciones hubieren cesado, el impedimento persistirá mientras las

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cuentas de la administración no sean aprobadas en definitiva por la autoridad judicial competente, y

6.—La persona mayor de cuarenta y cinco años, salvo que el menor o incapaz haya vivido con ella antes de cumplir esa edad, o que se trate del abuelo, del hermano consanguíneo o del tío del adoptando. En estas situaciones, podrá solicitarse la adopción conjunta aunque el cónyuge de quien ha vivido con el adoptando o el del pariente de éste, no se encuentre en las mismas condiciones de excepción indicadas.

Tratándose de la adopción conjunta de personas que no se encuentren en dichas condiciones, bastará con que al menos una de ellas no haya alcanzado la edad referida.

No obstante lo establecido en los incisos 1, 2 y 3, podrá aprobarse la adopción cuando existan elementos de convicción suficientes que demuestren un cambio de actitud en el solicitante y un cambio de las circunstancias que pudieron haber motivado los hechos aludidos en esos incisos.

Artículo 121.—Quien desee adoptar menores de edad o mayores incapaces, deberá someterse a estudios que establezcan su idoneidad psicológica y social para ese fin.

Artículo 122.—Para la adopción conjunta o las individuales referidas en el artículo 110, relativas a menores e incapaces, se requiere que los cónyuges tengan como mínimo cinco años de casados y que no haya existido entre ellos separación judicial o de hecho, por lo menos durante los últimos cinco y tres años, respectivamente. Estos requisitos serán exigibles al promoverse la adopción.

Artículo 123.—No podrán acumularse solicitudes de adopción de distintas personas menores o incapaces que no se encuentren en las condiciones indicadas en el primer párrafo del artículo 119.

Artículo 124.—La solicitud de adopción deberá presentarse ante el juez del lugar donde resida el menor o incapaz. Si la solicitud se refiere a dos o más personas que se hallen en las condiciones indicadas en el primer párrafo del artículo 119, será competente el juez del lugar donde resida la de menor edad. En defecto de lo anterior, será competente el juez del lugar donde resida cualquiera de ellas. La incompetencia deberá declararse de oficio.

Artículo 125.—La solicitud de adopción deberán formularla personalmente el adoptante y las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la curatela del adoptando. Si éste careciere de dichos representantes, la solicitud podrá ser formulada también, por los personeros correspondientes del Patronato Nacional de la Infancia y de la Procuraduría General de la República, según el caso.

El escrito de la solicitud deberá expresar con toda claridad, orden y exactitud, lo siguiente:

1.—Los nombres y apellidos, nacionalidad y otras calidades, números de cédulas o documentos de identificación y direcciones exactas por calles y avenidas o por otros medios, del adoptante, del adoptando y de los representantes de éste.

2.—Los nombres y apellidos, la nacionalidad y si fuere posible las calidades y direcciones exactas de los parientes consanguíneos mayores de quince años del adoptando, hasta el segundo grado en las líneas directa y colateral. En defecto de estos, deberán indicarse los de tercer grado.

3.—Pormenorizadamente los hechos que interesan para la adopción, incluidos tanto los que releven los impedimentos y configuren los requisitos establecidos en este capítulo, así como los que se refieran a los motivos personales y circunstanciales que muevan a los solicitantes a pedir la adopción y que en su criterio la justifiquen.

4.—La prueba que presenten o que ofrezcan de cada uno de los hechos invocados, y

5.—El lugar donde cada uno de los solicitantes atenderá sus notificaciones.

Solo en caso de menores expósitos o en otros muy calificados, a juicio del juez, se prescindirá del requisito señalado en el inciso 2.

Artículo 126.—Con relación a la prueba se observarán las siguientes reglas:

1.—Respecto a las fechas de nacimiento, parentescos, celebraciones de matrimonio, separaciones judiciales, defunciones e inscripciones de adoptantes, deberá presentarse certificación literal de los asientos respectivos del Registro Civil. Si dichos datos constaren en registros extranjeros, solo se admitirán certificaciones literales expedidas por funcionarios de esos registros, que hayan cumplido con los trámites de autenticación de firmas.

De los documentos elaborados en otros idiomas, deberá presentarse traducción oficial.

2.—Respecto a la propiedad de bienes registrables del adoptando, deberá presentarse certificación literal de los asientos de los respectivos registros. Si el adoptado no tuviere esa clase de bienes en el país, deberá presentarse certificación de ese hecho. Si tuviere bienes de ese tipo en el extranjero, se aplicarán, en lo que fueren pertinentes, las disposiciones del inciso anterior.

3.—Respecto a la idoneidad psicológica y social para adoptar, con la solicitud podrá presen-

tarse el resultado escrito de estudios elaborados inclusive privadamente. Sin embargo, si tales estudios no se presentan o si el juez lo considera oportuno, podrá ordenar que los mismos se realicen por los técnicos del Organismo de Investigación Judicial o, en su defecto, por los del Patronato Nacional de la Infancia o por los que él designe.

4.—Respecto a los demás hechos invocados podrá ofrecerse cualquier tipo de prueba, con tal de que si es documental se presente con la solicitud o previamente a darle trámite a las diligencias.

Con relación a las pruebas testimonial y pericial, no será necesario que se presenten interrogatorios, pues corresponderá al juez la labor de interrogarlos, sin perjuicio de atender las sugerencias de los interesados.

Artículo 127.—Si la solicitud estuviere en forma y se hubiere aportado o traído al expediente toda la prueba documental, se citará, con señalamiento de hora y fecha, a quienes ejercen la patria potestad, la tutela o la curatela del adoptando, a efecto de que ratifiquen su conformidad con la adopción. La resolución será notificada a la Procuraduría General de la República y si existieren menores al Patronato Nacional de la Infancia, a efecto de que sus representantes puedan comparecer a la diligencia.

Tal ratificación será expresada verbalmente ante el juez que conoce de las diligencias o ante el juez costarricense que se comisione con ese fin. No se ordenará que la ratificación sea otorgada fuera del país, salvo que la persona que deba otorgarla resida en el extranjero o cuando existan motivos poderosos que en el criterio del juez así lo justifiquen.

Con la salvedad que se deriva del artículo 110, en la comparecencia se advertirá a los padres y a los tutores, que con la resolución firme que apruebe la adopción cesarán sus atributos sobre el adoptando. También se les advertirá a dichas personas y a los curadores, que en el supuesto de que se acumulen nuevas solicitudes a la ya presentada, podría suceder que con fundamento en el artículo 118, la adopción sea otorgada a los nuevos solicitantes. Si dichas personas insistieren en que desean que la adopción sea otorgada a favor de los solicitantes originales, se les advertirá que ellas no tienen ningún poder de decisión en ese sentido y que lo que piden es solo posible en la medida en que se ajuste a lo preceptuado por el artículo referido.

Artículo 128.—Si formuladas las anteriores advertencias las personas citadas se negaren a ratificar la solicitud, las diligencias se darán por terminadas y se ordenará archivar el expediente. Si por el contrario, dichas personas ratificaren la solicitud, o si no existiere necesidad de ordenar la citación del artículo anterior porque el adoptando no estuviere sujeto a patria potestad, tutela o curatela, el juez dará curso a las diligencias confiriendo un plazo de quince días a los interesados para que formulen oposiciones o acumulen nuevas solicitudes de adopción. Con este fin, ordenará publicar un edicto en el Boletín Judicial.

En la misma resolución dispondrá tener como partes al Patronato Nacional de la Infancia, si la adopción se refiere a menores, y a la Procuraduría General de la República. A la vez, ordenará notificar a dos parientes por lo menos del adoptando, que escogerá según las circunstancias. Solo en casos muy calificados, el juez podrá limitar dicha notificación a un solo pariente u omitirla del todo.

El emplazamiento empezará a correr a partir del día siguiente al de la última notificación o al de la publicación del edicto, si ésta fuere posterior a las notificaciones directas.

También, en la misma resolución, el juez podrá disponer a cargo de un tercero, la custodia provisional del adoptando, si así hubiere sido solicitado.

Artículo 129.—Las nuevas solicitudes de adopción que se acumulen deberán cumplir con lo establecido en los artículos 125 y 126, salvo en cuanto a los requisitos que ya estuvieren cumplidos.

Las oposiciones deberán indicar pormenorizadamente los hechos que no recomienden la adopción. En lo demás, será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior.

Artículo 130.—Transcurrido el emplazamiento, el juez dará audiencia por tres días a los solicitantes acerca de las oposiciones y de las solicitudes de adopción acumuladas. Tal resolución se notificará únicamente a los interesados que hubieren señalado lugar para atender notificaciones.

Artículo 131.—Transcurrido el término de la audiencia a que se refiere el artículo anterior o el del artículo 128, si no se hubieren formulado oposiciones ni acumulado nuevas solicitudes de adopción, el juez ordenará recibir a la mayor brevedad posible las probanzas ofrecidas que estime pertinentes, y todas aquellas que en su criterio contribuyen a esclarecer cuál es el interés del adoptando.

Si no existieren oposiciones ni solicitudes de adopción acumuladas, las pruebas podrán evacuar-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se en cualquier momento, una vez firme la resolución que las ordena, salvo que los personeros del Patronato Nacional de la Infancia o de la Procuraduría General de la República haya manifestado, previamente a que se dictara la resolución referida, su interés en presenciar la evacuación de dichas pruebas.

Artículo 132.—En la misma resolución que ordena recibir las pruebas se citará, con señalamiento de hora y fecha, a los cónyuges de los solicitantes que de conformidad con el artículo 114 deban dar su asentimiento. Este deberá darse personalmente y no por medio de apoderado, con observancia de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 127.

Si el cónyuge manifestare su oposición, el juez dará por terminadas las diligencias y ordenará archivarlas, salvo que existan otras solicitudes con relación a las cuales las diligencias puedan proseguir. En tal evento, solamente dispondrá tener por retirada la solicitud frustrada.

Si el cónyuge no compareciere, el juez podrá seguir adelante con las diligencias y ordenar nuevos señalamientos para recibir el asentimiento. Pero si llegado el momento de dictar la resolución de fondo tal asentimiento no se hubiere producido, el juez desestimará la solicitud.

Si desde antes de dictarse la resolución que ordena la evacuación de las pruebas, se hubiere solicitado prescindir del asentimiento del cónyuge con base en lo dispuesto en la parte final del artículo 114, el juez no ordenará ninguna comparecencia y reservará su decisión sobre el punto para la resolución de fondo.

Artículo 133.—Si no se hubieren formulado oposiciones ni nuevas solicitudes de adopción, el juez podrá otorgar al adoptante la custodia preadoptiva del adoptando, la cual le conferirá el derecho de tener a este último bajo su cuidado. Tal custodia no le confiere, sin embargo, la posibilidad de sacar al adoptando del país.

Artículo 134.—Evacuadas todas las pruebas o habiendo el juez ordenado prescindir de las que falten, procederá a dictar la resolución de fondo desestimando o autorizando la adopción. Esta resolución no requerirá todas las formalidades de una sentencia, pudiendo limitarse a un capítulo de hechos probados, a otro de consideraciones de fondo y a la parte dispositiva.

Artículo 135.—Firme la sentencia que autorice la adopción, el adoptante autorizado deberá expresar, personalmente y no por medio de apoderado, la aceptación de los derechos y obligaciones que de la misma se deriven.

Tal aceptación será expresada verbalmente ante el juez que conoce de las diligencias o ante el juez costarricense que se comisione para ese efecto. No se ordenará que la aceptación sea otorgada fuera del país, salvo que el adoptando resida con el adoptante en el extranjero o cuando existan motivos poderosos que en el criterio del juez así lo justifiquen.

Artículo 136.—Si el adoptante autorizado no compareciere dentro del plazo de dos meses a manifestar su aceptación, sin alegar justa causa que se lo hubiere impedido, el juez, de oficio o a solicitud de parte, dejará sin efecto la sentencia que autorizó la adopción, dará por finalizadas las diligencias y ordenará el archivo del expediente.

Sin embargo, si existieren otras solicitudes acumuladas, el juez podrá dictar una nueva sentencia a favor de cualquiera de los otros solicitantes, sustituyendo con ella la que deja sin efecto.

Firme esta nueva sentencia, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 137.—Cumplido el trámite del artículo 135, el juez dictará una nueva resolución que no requerirá ninguna formalidad y que dispondrá lo siguiente:

1.—La aprobación de la adopción, el carácter de la misma y el nombre y las calidades del adoptante y del adoptando.

2.—La aprobación del cambio del nombre de pila del adoptando y el nombre y los apellidos que llevará en el futuro, y

3.—La orden al Registro Civil de que proceda a las inscripciones previstas en este capítulo.

Esta resolución produce cosa juzgada. Para tal efecto, se estimará integrada con la que autorizó la adopción.

Artículo 138.—Firme la resolución referida en el artículo anterior, el juez expedirá, sin necesidad de compulsa ni de nueva resolución, las ejecutorias que se le soliciten, las cuales contendrán literalmente las resoluciones que autorizaron y aprobaron la adopción.

Artículo 139.—Las resoluciones que se dicten en las diligencias de adopción no tendrán más recurso que el de revocatoria, salvo las siguientes que también gozarán del de apelación:

1.—Las que acojan o desestimen la incompetencia del juez.

2.—Las que deniegan recibir la ratificación, el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

asentimiento o la aceptación, en el extranjero, y

3.—Las que desestimen o autoricen las solicitudes de adopción.

No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo 137, la resolución que apruebe la adopción no gozará de más recurso que el de revocatoria.

Tanto los recursos de revocatoria como el de apelación, deberán ser interpuestos dentro de tercero día, luego de la última notificación.

Artículo 140.—En las diligencias de adopción no será necesario aportar copias de los documentos que se presenten; bastará con que se aporten las de los escritos dirigidos al juez, en número igual al de los interesados en las diligencias.

Sección tercera

DE LA ADOPCION DE MAYORES DE EDAD

Artículo 141.—Tratándose de la adopción de mayores de edad que tengan el libre ejercicio de sus derechos y la capacidad para comprender la naturaleza y trascendencia de la misma, el juez se limitará a controlar su legalidad, pues corresponde al adoptando valorar su propio interés en ella. Sin embargo, el juez deberá tomar en cuenta que esta clase de adopción tiene como finalidad la de reconocer y proteger, jurídicamente, relaciones afectivas de tipo paterno filial existentes efectivamente en la realidad, entre el adoptante y el adoptando.

Artículo 142.—La solicitud de adopción deberá presentarse ante el juez del lugar donde resida cualquiera de los interesados. La incompetencia deberá declararse de oficio.

Artículo 143.—La solicitud deberán formularla personalmente el adoptante y el adoptando.

El escrito deberá contener los siguientes requisitos:

1.—Los nombres y apellidos, nacionalidad y otras calidades, número de cédulas o documentos de identificación y direcciones exactas de los solicitantes.

2.—El nombre y la dirección exacta de dos de los parientes consanguíneos más cercanos al adoptando, excluidos sus descendientes.

3.—Pormenorizadamente los hechos que interesan para la adopción, incluidos tanto los que configuran los requisitos exigidos en este capítulo, así como los que se refieran a los motivos personales y circunstanciales que muevan a los solicitantes a pedir la adopción y que en su criterio la justifiquen.

4.—La prueba que presenten o que ofrezcan de cada uno de los hechos invocados, y

5.—El lugar donde cada uno de los solicitantes atenderá sus notificaciones.

Solo en casos muy calificados, a juicio del juez, podrá prescindirse del requisito establecido en el inciso 2.

Artículo 144.—Con relación a la prueba se observarán las disposiciones de los incisos 1 y 4 y el párrafo final del artículo 126.

Artículo 145.—Presentada la solicitud el juez citará con señalamiento de hora y fecha al cónyuge del solicitante que de conformidad con el artículo 114 deba dar su asentimiento. La resolución se notificará a la Procuraduría General de la República.

El asentimiento se otorgará personalmente y no por medio de apoderado, para lo cual se observará lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 127.

Si el cónyuge manifestare su oposición, el juez dará por terminadas las diligencias y ordenará archivarlas. Si no compareciere, se suspenderá el trámite hasta tanto no se otorgue dicho asentimiento.

Si se hubiere solicitado prescindir de tal requisito con base en lo dispuesto en la parte final del artículo 114, el juez no ordenará ninguna comparecencia y reservará su decisión sobre el punto para la resolución de fondo.

Artículo 146.—Si la solicitud estuviere en forma, se hubiere aportado o traído al expediente toda la prueba documental, se hubiere cumplido con el asentimiento ordenado en el artículo anterior, se hubiere solicitado prescindir del mismo o si no tuviere que ordenarse ninguno, el juez dará curso a las diligencias confiriendo un plazo de quince

días a los interesados para que formulen oposiciones. Con este fin, ordenará publicar un edicto en el Boletín Judicial.

En la misma resolución ordenará tener como parte a la Procuraduría General de la República. A la vez, ordenará notificar a los dos parientes a que se refiere el inciso 2 del artículo 143. En casos muy calificados, sin embargo, el juez podrá disponer limitar dicha notificación a uno solo de los parientes o no disponerla del todo.

El emplazamiento empezará a correr a partir del día siguiente al de la última notificación o al de la publicación del edicto, si ésta fuere posterior a las notificaciones directas.

Artículo 147.—Las oposiciones deberán indicar pormenorizadamente, los hechos que no recomienden la adopción, de acuerdo con la finalidad que ésta debe perseguir. Se observarán, asimismo, las disposiciones de los incisos 1, 4 y 5 del artículo 143, y 1 y 4 párrafo final del artículo 126.

Transcurrido el emplazamiento, el juez dará audiencia por tres días a los solicitantes acerca de las oposiciones. Tal resolución se notificará, únicamente, a los interesados que hubieren señalado lugar para atender notificaciones.

Artículo 148.—Transcurrido el término de la audiencia a que se refiere el artículo anterior o si no se hubieren formulado oposiciones el emplazamiento del artículo 146, el juez ordenará recibir las probanzas ofrecidas que sean pertinentes.

Si no existieren oposiciones, las pruebas podrán evacuarse en cualquier momento, una vez firme la resolución que las ordena, salvo que el representante de la Procuraduría General de la República haya manifestado, previamente a que se dictara la resolución referida, su interés en presenciar la evacuación de dichas pruebas.

Artículo 149.—Evacuadas todas las pruebas o habiéndose solicitado prescindir de las que falten, el juez procederá de conformidad con lo preceptuado en el artículo 134.

A la resolución de fondo le serán aplicables las disposiciones de dicha norma.

Artículo 150.—Firme la sentencia que autorice la adopción, el juez citará, con señalamiento de hora y fecha, al adoptante y al adoptando a fin de que personalmente y no por medio de apoderado otorguen su consentimiento.

Tal consentimiento será expresado verbalmente ante el juez que conoce de las diligencias o ante el juez costarricense que se comisione con ese fin. No se ordenará que sea otorgado fuera del país, salvo que alguno de los interesados o ambos, residan en el extranjero o que existan motivos poderosos que en el criterio del juez así lo justifiquen.

Si los interesados no concurrieren dentro del plazo de dos meses a otorgar su consentimiento, sin alegar justa causa que se los hubiere impedido, el juez, de oficio o a solicitud de parte, dejará sin efecto la sentencia que autorizó la adopción, dará por finalizadas las diligencias y ordenará archivar el expediente.

Artículo 151.—Son aplicables a las adopciones de mayores de edad, las disposiciones de los artículos 137, 138, 139 y 140.

Sección cuarta

DE LAS DIVERSAS FORMAS DE EXTINCION DE LA ADOPCION Y DE SUS EFECTOS

Artículo 152.—Es nula la adopción que se obtenga mediante violencia o fraude graves.

Artículo 153.—Podrán demandar la nulidad la Procuraduría General de la República, el Patronato Nacional de la Infancia, si se tratare de menores, y quienes hayan sido víctimas de la violencia o el fraude.

Artículo 154.—La nulidad deberá ser demandada dentro de los seis meses siguientes a partir del momento en que cesó la violencia o se descubrió el fraude, pero nunca, después de transcurridos tres años desde la firmeza de la resolución que aprobó la adopción, salvo que se tratare de la de mayores de edad, incapaces o no, en cuyo caso el plazo indicado se prorrogará a cinco años.

Artículo 155.—La demanda de nulidad se pre-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sentará ante la Sala de Casación en materia familiar, y se substanciará conforme a las normas que disciplinan el trámite del recurso de revisión.

Artículo 156.—La adopción se extingue por la aprobación de una nueva adopción, en los casos en que esta última sea permitida a tenor de lo dispuesto por el artículo 109.

Artículo 157.—La adopción simple de personas que fueron adoptadas siendo menores o incapaces, podrá terminar por el acuerdo entre el adoptante y el adoptado que se encuentren en el libre ejercicio de sus derechos y que tengan la capacidad de comprender la naturaleza y trascendencia del acto. Dicho acuerdo deberá otorgarse dentro del plazo de los dos años siguientes al día en que el adoptado alcanzó su mayoría de edad o recuperó o adquirió su capacidad. También, podrá terminar este tipo de adopción por la rescisión unilateral que el adoptado haga dentro del plazo indicado.

Tanto en el caso de la rescisión bilateral como en el de la unilateral, si cuando el menor llegó a su mayoría de edad era inhábil, el plazo se contará a partir del momento en que adquiera o recobre su capacidad.

Si transcurriendo el plazo para la rescisión el adoptado perdiere su capacidad, dicho plazo se suspenderá sin perjuicio del tiempo que ya hubiere corrido, de manera que si el adoptado recobra nuevamente dicha capacidad, solo tendrá el plazo que le restaba cuando la perdió.

Artículo 158.—Tanto la rescisión bilateral como la unilateral deben manifestarse en escritura pública. El notario que las reciba deberá cerciorarse en la forma que lo estime conveniente, de que los interesados se encuentran en las condiciones indicadas en el primer párrafo del artículo anterior.

Artículo 159.—La adopción simple podrá ser revocada a solicitud del adoptante o del adoptado, según el caso, en cualquiera de las situaciones siguientes:

1.—Cuando uno de ellos haya sido condenado por la comisión de un delito en perjuicio del otro o de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.

2.—Cuando uno de ellos hubiere atentado contra el honor del otro o de sus parientes ya indicados.

3.—Cuando uno de ellos le hubiere ocasionado maliciosamente al otro una pérdida estimable de sus bienes.

4.—Cuando uno de ellos hubiere abandonado al otro, encontrándose éste necesitado de asistencia, y

5.—Por cualquier otra forma grave de conducta de uno de ellos en perjuicio del otro.

Artículo 160.—La revocatoria de la adopción deberá ser demandada en la vía ordinaria dentro del término de tres años a partir de la fecha en que ocurrieron los hechos que la justifiquen, o a partir del momento en que el ofendido se encuentre en condiciones de ejercerla.

Si el ofendido no hubiere estado en condiciones de ejercerla y a consecuencia de esos hechos se produjere su incapacidad, la acción podrá ser ejercida por su curador. En este caso, el término de tres años empezará a correr a partir del momento en que el ofendido perdió sus facultades.

Si el ofendido no hubiere estado en condiciones de ejercerla y a consecuencia de aquellos hechos se produjere su muerte, la acción se transmitirá a su cónyuge, a sus ascendientes y descendientes y a sus herederos en general. Sin embargo, el plazo para que éstos presenten la demanda será de un año a partir de la muerte de aquél.

Artículo 161.—La adopción plena no puede terminar por rescisión bilateral o unilateral, ni por revocatoria judicial. Sin embargo, si se tratare de la de menores o incapaces que hubiere sido obtenida por el adoptante en virtud de violencia o fraude graves y en la que los términos establecidos en el artículo 154 estuvieren vencidos, podrá demandarse su nulidad por el adoptado dentro de los dos años siguientes a aquel en que llegó a su mayoría de edad o adquirió o recuperó su capacidad.

Si cuando el menor llegó a su mayoría de edad era inhábil o si transcurrido el plazo para la impugnación el adoptado perdiere su capacidad, se aplicarán las disposiciones de los párrafos segundo y tercero del artículo 157.

La impugnación deberá tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 155.

Artículo 162.—La sentencia que declare la nulidad de una adopción, restablecerá a las partes al estado en que se encontraban previamente a la iniciación de las diligencias anuladas, e impondrá al vencido el pago de los daños causados, si así se hubiere solicitado.

La determinación específica de esos daños, su liquidación y su cobro, se gestionarán por la vía de ejecución de sentencia, ante el juez que conoció de la adopción.

Artículo 163.—La extinción de la adopción

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

simple por el acuerdo de los interesados, rige a partir de la fecha del acuerdo. Esta forma de extinción no dará lugar a indemnización alguna.

Artículo 164.—La rescisión unilateral de la adopción simple regirá a partir de la fecha de la impugnación, y dará lugar a una indemnización de equidad a favor del adoptante, salvo que se demuestre que dicha impugnación fue debida a un hecho grave de su parte.

Artículo 165.—La revocatoria de la adopción simple rige a partir de la fecha en que sucedieron los hechos que la motiven, según declaración expresa que en ese sentido deberá hacer la sentencia que la acoja.

Esta forma de extinción no dará lugar a indemnización alguna, sin perjuicio de la que pueda derivarse del hecho mismo que la motive. Dicha indemnización podrá demandarse en el proceso en el que se solicita la revocatoria de la adopción, salvo en los casos del inciso 1 del artículo 159, respecto a los cuales el interesado deberá recurrir a la vía correspondiente.

Artículo 2.—Córrese la numeración de los posteriores artículos del Código de Familia, de tal manera que el 127 actual corresponderá al 166, y así sucesivamente.

Artículo 3.—Esta ley rige a partir de su publicación.

Transitorio: las diligencias de adopción presentadas a la fecha en que entre en vigencia esta ley, seguirán tramitándose conforme a la legislación que se modifica.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

APUNTES EN TEMA DE TITULOS ACCIONARIOS

Prof. Dr. Gastón Certad M.

SUMARIO

Pág.

1. El concepto unitario de título-valor en el Código Civil italiano de 1942 y en la doctrina italiana de ese período histórico. Nuestro actual Código de Comercio. 28

2. El susodicho concepto unitario de título-valor y los títulos accionarios; características anómalas de estos últimos 28

3. El repetido concepto unitario de título-valor está caracterizado por los principios de autonomía, literalidad y abstracción. Enfasis sobre este último. La situación en nuestro Código de Comercio. 29

4. Los títulos accionarios rechazan sujetarse al principio de la abstracción cartular 31

5. Los dos caminos recorridos por la doctrina contemporánea para restablecer la coherencia del sistema. Disputas doctrinales sobre si la acción pertenece o no al género título-valor. Las teorías que se fundan en argumentos de derecho positivo 32

6. El problema del concepto de título-valor frente al título accionario 34

7. La tesis de Antonio Pavone La Rosa. Conclusiones. 36

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. El desarrollo de la teoría de los títulos-valores ha seguido el camino de una lenta pero segura dirección hacia la unificación. Partiendo de los títulos cambiarios, la doctrina ha ido construyendo un concepto general de título-valor, de validez tendencialmente universal; un concepto capaz de ser aplicado, no sólo a todas y cada una de las figuras típicas y tradicionalmente comprendidas dentro de la categoría sino además, al menos virtualmente, a cualquier otro documento innominado o nuevo producto de la práctica y tráfico mercantiles que esté dotado de determinados requisitos mínimos. En Italia, con el "Codice Civile" de 1942, lo que había constituido hasta entonces una mera construcción doctrinal, se convierte en una precisa realidad positiva. El sistema legislativo italiano sobre dicha materia se centra hoy en dos aspectos fundamentales: en primer lugar, comprende una disciplina general del título-valor como tal, es decir, un derecho común de los títulos-valores; en segundo lugar, dejó sancionado el principio según el cual las personas están en libertad de emitir documentos destinados a circular con las formas y los efectos de la circulación cartular, aun fuera del ámbito de las figuras nominadas de los títulos-valores —reguladas en Italia mediante ley especial, el R.D. No. 1669, de 5 de diciembre de 1933—, principio admitido pacíficamente por toda la doctrina posterior a la indicada codificación (1) y principio que se desprende del artículo 2004 del Código de repetida cita (2).

En lo tocante a nuestro Código, también propugna por un concepto unitario de título-valor. Por vez primera en nuestro país se legisla un estatuto general de los títulos-valores en el Título I del Libro III, incluyéndose, en el artículo 667, un concepto de título-valor claramente inspirado en el artículo 449 del Código de Comercio de Honduras de 1950 y en el art. 5 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de México de 1932 y que sigue los lineamientos generales de la definición que nos dio Cesare Vivante en su Tratado de Derecho Comercial (3). Al carecer nuestra legislación mercantil de un artículo como el citado 2004 del Código Civil italiano del '42, no parece que podamos aplicar, con la amplitud con que puede hacerse en la Península, el principio de libertad irrestricta para la emisión de títulos o documentos con las formas y efectos de la circulación cartular de naturaleza atípica.

Debemos reconocer que el proceso que hoy nos ha llevado a la unificación del concepto de título-valor, no se ha producido sin encontrar oposiciones y suscitar serios contrastes de carácter doctrinario (4). En términos generales, es riguroso principio de lógica elemental el de que no puede extenderse el terreno de aplicación de cualquier noción, confiriéndole alcances más amplios y comprensivos, sin que al mismo tiempo y proporcionalmente se empobrezca su contenido; se trata, ni más ni menos, de la ley lógica —bien conocida por los juristas— de la inversa proporcionalidad existente entre la reducción y la extensión de un concepto. Que el proceso de generalización se pague con una mayor abstracción, es verdad de perogrullo; pero también es verdad que la generalización constituye, y siempre ha constituido, una de las vías maestras de la ciencia.

El logro de un concepto unitario de título-valor en el ámbito del derecho positivo supone la promulgación de un "corpus" de normas aplicables a todos los títulos-valores, y la adopción para ello de una disciplina homogénea, al menos en sus lineamientos fundamentales, para toda una serie (abierta) de documentos, notablemente distintos entre sí.

2. Por una gran cantidad de razones, que pensamos exponer someramente en estas líneas, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que de todas las categorías de títulos-valores conocidas y clasificadas por la doctrina, la de los títulos accionarios luce como la más anómala; aquella en la que se presentan las más numerosas y serias dificultades y problemas, tanto de llevar a un respetable sector doctrinario a negar su condición de títulos-valores.

Pacíficamente, se afirma el carácter unilateral de la relación jurídica incorporada en un título-valor. Se trata de una relación obligatoria en donde el suscriptor o emitente (5) asume la función pasiva, la de deudor, y el tenedor del título, la activa, la de acreedor. En el título accionario es harto difícil encontrar este esquema, porque es dudoso (o más bien, y según las conclusiones de la doctrina más reciente, y además hoy mayoritaria, debe excluirse absolutamente) *que la posición jurídica incorporada sea un crédito* (6) y algunos hasta ponen en duda que sea un derecho (7).

Pero no es esta circunstancia lo que más interesa, sino el hecho de que el tenedor del título accionario tenga, o pueda tener, no sólo una *posición activa* frente al suscriptor o emisor, sino además, y contemporáneamente, una *posición*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

pasiva: la deuda relativa al aporte correspondiente a la participación incorporada. Y es que esta afirmación nos deja bastante perplejos, pues el título-valor normalmente utilizado para incorporar una deuda, se desnaturaliza hasta cambiarse, en un cierto sentido, en lo diametralmente opuesto a sí mismo. Y en verdad, no podemos sino dudar que un instrumento creado y modelado para servir a la circulación de posiciones activas pueda ser usado útilmente para llenar las necesidades y a los fines, muy distintos, de la circulación de posiciones pasivas. Una vez llegados a este punto surgen dos preguntas: ¿qué sentido tiene incorporar una obligación, u otra relación jurídica, en un documento consignado al deudor, o al sujeto pasivo de esa relación?, ¿cómo puede convivir el dogma, hoy pacífico, según el cual la relación cartular está constituida por la declaración unilateral del suscriptor-emitente, con la situación que se verifica en el "titolo di debito o di debito-credito" (8), en donde el declarante constituye unilateralmente, no ya una propia deuda y un correlativo crédito ajeno, sino un crédito para sí y una deuda para otros?

Pero no terminan aquí nuestras congojas; otro importantísimo aspecto de las acciones de sociedad se erige también en excepción a la regla: nos referimos a su índole exquisitamente causal, frente a la abstracción, cualidad que muchos teorizan como uno de los principios generales más sobresalientes del instituto cartular (9).

3. La inclusión de la abstracción entre los elementos que caracterizan al título-valor, operada hoy por la mayoría de la doctrina, requiere sin embargo alguna justificación frente a la *distinción,* que esa misma doctrina aún hace, entre títulos abstractos y títulos causales (10); porque si todavía es posible hacer esta distinción dentro de la categoría genérica a que nos estamos refiriendo, *no nos parece legítimo hacer de la abstracción un principio propio de la categoría misma,* por la obvia razón de que semejante principio debería aplicársele a todas las figuras comprendidas en la categoría y no sólo a algunas de ellas. Para evitar caer en esta contrariedad, es necesario remover al menos una de las dos afirmaciones: o todos los títulos-valores son abstractos (y así la abstracción sería principio general de los mismos, no existiendo entonces títulos causales) o hay algunos títulos-valores abstractos y otros causales (y así la abstracción no sería principio general de los mismos).

Pero lo cierto es que el término abstracción tiene múltiples significados, y hasta que no se le aclare y se le haga explícito, no podemos llegar a ninguna conclusión (11).

En lo que nos interesa, es indispensable distinguir netamente al menos dos acepciones que el principio de abstracción puede asumir; y para comprender esta distinción, es necesario que nos movamos en un terreno universalmente conocido y admitido como es el de la contraposición entre las relaciones cartulares y las relaciones subyacentes (o fundamentales).

Es también generalmente aceptado que entre ambas relaciones subsiste una conexión: ellas persiguen, en principio y al menos desde un punto de vista económico o sustancial, producir el mismo resultado; hay entonces un nexo, un ligamen, una relación de concurrencia entre ambas. Así la relación cartular se confronta con una extra-cartular, persiguiendo la primera, en principio y en tesis general, no tanto producir nuevas atribuciones patrimoniales, sino más bien reforzar aquellas ya producidas por la segunda.

Esta unión de la relación cartular con la subyacente puede estar denunciada o no en el título mismo; y esa denuncia, cuando se dé, puede tener distinto valor y significado (12).

Puede suceder entonces *que el título no contenga ninguna referencia a la relación subyacente o que, conteniéndola, la ley la considere irrelevante.* Aquí la separación entre las dos relaciones es neta. Así, ignorándose a qué tipo de relación el título se refiere, desaparece la posibilidad de aplicarle a la relación cartular la disciplina legal de la subyacente. Hablamos aquí de abstracción pura y simple.

Del mismo modo, puede ser que el título se refiera explícita o implícitamente a la relación subyacente, que puede así ejercer una influencia sobre la relación que se deriva del título. Tal influencia puede asumir distintos matices y es susceptible de graduaciones cuantitativas.

Se presenta ante todo la posibilidad de que el llamado a la causa permita simplemente la sujeción de la relación cartular a la misma disciplina dictada por la ley para la clase de relación subyacente a que el título alude. Estamos aquí ante la llamada *causalidad simple.* En esta comunidad de disciplina legal podemos ver ya una cierta atenuación de la independencia y separación entre las dos relaciones de comentario.

Más difícil resulta exponer la segunda acepción que puede asumir el principio de abstracción

(y, correlativamente, la causalidad) de un título-valor.

Hemos dicho líneas atrás que la relación cartular está destinada, generalmente y al menos en el plano económico, a confirmar y reformar atribuciones patrimoniales que ya se han producido a nivel subyacente. En la fisiología del instituto esto conlleva a que la existencia, consistencia, modalidades y vicisitudes de la relación cartular coincidan con las de otra relación. Sin embargo, puede ocurrir que el hecho o hechos que operan a nivel cartular desplieguen su potencial eficacia en modos o términos no coincidentes con las análogas posturas de la relación subyacente. Para regular esta eventualidad, el Derecho se encuentra frente a una alternativa. En primer lugar *es posible reconocer plena independencia y autonomía al aspecto cartular y entonces los hechos relevantes en dicho ámbito producirán los efectos de que son potencialmente capaces independientemente de que correspondan o no a los que se han producido a nivel subyacente;* mientras, viceversa, en el ámbito cartular se producirán efectos sólo en virtud de la realización de ciertos hechos referidos a este ámbito y de conformidad a los mismos. La segunda alternativa es diametralmente opuesta: la potencial eficacia de los hechos cartulares genera efectos sólo si estos son correspondientes con los de la relación subyacente y así, la relación cartular únicamente puede ser modificada o extinguida por hechos que pertenecen a la relación subyacente. En la primera hipótesis hablamos de *abstracción en sentido estricto* (13); en la segunda hipótesis hablamos de *causalidad en sentido estricto* (14).

Hecha esta distinción, regresamos a la hipótesis de la que habíamos partido: si la abstracción es o no nota característica y constante del concepto unitario de título-valor. Y parece que ahora la respuesta es simple; la abstracción de que gozan todos los títulos-valores, según los principios sentados por la doctrina mayoritaria italiana posterior al "Codice Civile" del '42, es la que nosotros aquí hemos llamado "en sentido estricto". Como corolario de semejante conclusión tenemos que la dicotomía títulos abstractos-títulos causales puede entonces conservarse dentro del género título-valor, si entendemos abstracción y causalidad en el sentido que aquí hemos llamado "simple". En pocas palabras: *todos los títulos-valores, según la mejor doctrina, gozan de la propiedad de la abstracción strictu sensu; el título-valor causal puede* ser tal sólo si presenta la causalidad simple (15).

A idénticas conclusiones habremos de llegar frente a la letra del Código Civil italiano de 1942. Y no queremos dejar pasar la oportunidad para criticar sus disposiciones en el sentido de que la adherencia a la estricta nomenclatura del "Codice" le ha quitado a la doctrina libertad y elasticidad en el uso del concepto de título-valor, precisamente cuando el esfuerzo del legislador italiano en delinear un perfil unitario de la figura se orientaba fatalmente en el sentido de generalizar las características medias y las que se presentaban más frecuentemente o eran propias de las especies más importantes, dejando en consecuencia fuera de la categoría a aquellas especies no correspondientes en forma perfecta al perfil medio adoptado. Por esto, no pocas y muy vivaces reacciones opuso parte respetable de la doctrina italiana a lo que tildaban como una arbitraria e inoportuna reducción de una realidad multiforme y articulada.

En lo tocante a nuestro Código de Comercio, antes de entrar de lleno en este tema, es necesario hacer algunas consideraciones previas. Es de todos conocido que su Libro III se inspira en el Libro III, Título I del Código de Comercio hondureño de 1950, que es a su vez copia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito Mexicana de 1932, la primera ley en legislar una parte general de los títulos-valores en el mundo. Y basta un depurado análisis del articulado contenido en los Capítulos I, II, III y IV del referido Libro (y, consecuentemente, de sus homónimos hondureño y mexicano) para darnos cuenta, teniendo presentes las características propias de las distintas *especies de títulos-valores* (cambiarios, representativos de mercaderías y de participación), que *lo que el legislador patrio (y el hondureño y el mexicano también) consideró estatuto general de los títulos-valores, no es ni más ni menos que una normativa general de aquella específica sub-clase que la doctrina llama títulos cambiarios* (16): desde el concepto mismo contenido en el artículo 667 (449 hondureño y 5 mexicano), pasando por el rígido formalismo enunciado en los números 669 y 670 (450 y 451 hondureños y 14 y 15 mexicanos), a la abstracción a que aluden los artículos 669 y 683 (450 último párrafo y 473 y 474 hondureños y 1 y 14 último párrafo mexicanos) y, en general, la gran mayoría de las normas contenidas en esos cuatro primeros capítulos, están referidos a aquellos *títulos-valores que incorporan estrictamente un derecho de crédito,* que en mucho difieren a los títulos representativos de mercaderías (como la guía de porte) y de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los títulos de participación o en serie (como las obligaciones emitidas por sociedades anónimas) (17).

Sostengo entonces, con vehemencia, que *la intención de nuestro legislador del '64 de dotarnos de una parte general de los títulos-valores no pasó de ser eso, una mera intención.* Basta observar la normativa para caer en cuenta que el legislador lo que hizo fue una mecánica extensión de reglas y principios cambiarios elevándolos a características del género y no, como decía hacerlo, una ponderada consideración de la compatibilidad y congruencia de estos con las exigencias que los títulos valores distintos a los cambiarios deberían satisfacer (18).

Pero regresemos al tema que nos ocupaba: la abstracción y nuestro Código de Comercio. No sin afirmar que el término abstracción brilla por su ausencia en su articulado general y especial, conviene pasar al examen de dos normas de elemental importancia para un primer intento de solucionar el problema que nos hemos propuesto. El artículo 669, después de resaltar el carácter estrictamente formal de los títulos-valores —que es más bien característica propia de los títulos cambiarios— concluye que "la omisión de tales menciones y requisitos no afecta la validez del negocio jurídico que le dio origen al documento o al acto", principio que se repite para la letra de cambio (art. 728), para el pagaré (art. 801) y para el cheque (art. 804). La otra disposición interesante —y más aún que la anterior— es el artículo 683 (19). *Estas dos normas, en nuestro criterio, elevan la abstracción a principio rector del instituto cartular;* y de su simple lectura dimana que ellas aluden a la abstracción que hemos llamado en sentido estricto.

Hasta aquí parece que la solución de la doctrina —en cuanto al principio de abstracción obviamente— del "Codice" italiano y del nuestro son iguales. Pero no lo son: Y esto porque la abstracción es principio general en nuestro Código no de los títulos-valores, cuya parte general ya vimos no regula, sino de los títulos cambiarios; y he aquí que se nos abre, a quienes pretendemos ser calificados como estudiosos del Derecho Mercantil, un panorama totalmente nuevo y rico de experiencias: el de reformular —o deberíamos decir más bien formular— una teoría general del título-valor en nuestro país.

Pretendemos decir con estas ideas que *urge a nuestro país que se estructure por completo, si no a nivel legislativo, sí jurisprudencial y doctrinal, una teoría general del título-valor.* Y con sinceridad debemos reconocer que, en este campo, la labor cumplida por nuestros Tribunales de Justicia no ha sido todo lo buena que hubiéramos deseado y que el país demanda, limitándose, la gran mayoría de sus fallos, a conceptualizar —y muchas veces con profundos errores y contradicciones— los tan trillados principios cartulares de la incorporación, literalidad, autonomía, legitimación, abstracción y formalismo (20), sin preguntarse, ni por pienso siquiera y haciendo eco de las enseñanzas de uno que otro autor mexicano, si realmente esos que se pregonan principios cardinales de los títulos-valores lo son verdaderamente y en qué medida. Si para algo han de servir estos apuntes, que sea tan sólo para despertar la curiosidad de nuestros Jueces en materia tan trascendente para el desarrollo económico del país. Tan solo con esto, quedaría plenamente satisfecho.

4. Ahora bien; la doctrina analizada en el punto anterior, después de haber afirmado en vía general que todos los títulos-valores son, según la disciplina del Código Civil italiano del '42, literales (21) y que la *literalidad,* correctamente entendida, implica abstracción (22), y después de haber logrado demostrar la efectiva aplicación del principio último citado a todos los tipos de títulos, colocada frente al problema de las acciones de sociedad, se ha quedado perpleja.

El reconocimiento de la abstracción como principio que también rige a la acción, le ha parecido a algunos que lesiona los principios fundamentales del derecho societario, exigiendo un sacrificio de los mismos capaz de "asustar al más pintado". Si la posición incorporada en el título accionario debiera comportarse como abstracta, derivaríanse en algunos casos consecuencias como, por ejemplo, la subsistencia de un número de participaciones sociales superior al número de acciones en que está dividido el capital social o de participaciones a las que no corresponda ningún aporte (23). La regla en virtud de la cual no puede haber participación social sin aporte es elemento esencial de un sistema predispuesto por el legislador para no ser derogado por la voluntad de las partes y, sobre todo, para tutelar a los acreedores sociales. Particularmente en las llamadas sociedades de capital, esa regla se introduce en toda una compleja y articulada disciplina concebida para garantizar la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

formación de un patrimonio social autónomo, la correspondencia inicial que su valor debe tener con el capital indicado en el pacto constitutivo y, consecuentemente, inscrito en el Registro Mercantil y la permanencia durante toda la vida de la sociedad de tal correspondencia —aunque si queremos ser sinceros debemos reconocer que de esto último no parece preocuparse mucho nuestro legislador—. Todas estas normas están dirigidas a brindarle, a quien haya entrado o esté por entrar en relaciones jurídicas con la sociedad, la suficiente confianza en la existencia de un patrimonio social neto —sobre el que pueda eventualmente satisfacer su acreencia— de un monto cuando menos igual al inscrito en el Registro Mercantil como capital social. Y todas estas normas sirven además de contrapeso al beneficio de la irresponsabilidad de los socios por las obligaciones sociales —característica más saliente de las llamadas sociedades de capital—, en el sentido de que a los socios se les permite gozar del privilegio de la irresponsabilidad siempre que se sometan a toda una gama de medidas de orden cautelar dirigidas a hacer efectiva, como compensación y cuando menos dentro de los límites del capital social, la responsabilidad de la sociedad.

Ahora bien, la entera mecánica de los títulos-valores gira en torno al voluntario sacrificio del suscriptor o emitente de un determinado interés suyo (el de la oponibilidad de algunas excepciones), sacrificio que resulta balanceado por la posibilidad de conseguir, por su medio, ventajas desde otro punto de vista (como serían una mayor facilidad para recurrir al crédito o bien la obtención de créditos a mejores condiciones). Si es perfectamente atendible que para aprovecharse de tales ventajas el suscriptor o emitente deba sacrificar un interés propio, no es admisible, ni siquiera concebible, que él sacrifique directamente intereses ajenos, o lo que es peor aún, intereses generales, que es precisamente lo que sucedería allí donde el dominio de los hasta hoy principios generales cartulares sobre los títulos accionarios se extendiera hasta legitimar las consecuencias que venimos comentando.

Frente a todas estas reflexiones la doctrina contemporánea no sólo deduce el carácter inderogable de los principios societarios aquí expuestos sino, y lo que es más importante aún, la inaplicabilidad de algunas de las llamadas características universales del estatuto general cartular a los títulos accionarios.

5. Han sido precisamente estas consideraciones las que han influenciado profundamente la actitud de la doctrina frente a las acciones de sociedad. Y esta actitud ha colocado a estos títulos en una situación harto peculiar y en ciertos aspectos, única en el campo de los títulos-valores (24).

Para reintegrar el equilibrio del sistema la escogencia no podía ser sino en dos direcciones. Una vez demostrado que la noción de título-valor se había desarrollado partiendo de un núcleo central —el modelo cambiario— y expandido hacia la periferia al través de un creciente proceso de abstracción, consistente en ir dejando poco a poco diseminadas en el camino las características de naturaleza sólo contingente, ya frente a las acciones de sociedad no otra cosa podía decidirse que proseguir o interrumpir semejante proceso. En pocas palabras: *una vez constatado que las características de los títulos accionarios divergen de aquellas indicadas por la doctrina en la noción general de título-valor, no se podía sino detenerse ante semejante resultado (resignándose a negarle a las acciones el calificativo de títulos-valores) o bien seguir adelante un paso más en el camino hasta ahora recorrido (reconociéndole a las acciones la naturaleza de títulos-valores y, consecuentemente, replanteándose y reexaminando las —nuevas— características del género).* En este segundo supuesto, se imponía la necesidad de construir una noción de título-valor aún más general que la existente, extendiéndola en medida tal de comprender a los títulos accionarios; se trataba de llegar a un concepto de título-valor reducido a su más mínima expresión y, así, con la máxima amplitud.

Ambos caminos han sido recorridos por la doctrina y mientras al principio prevaleció la primera actitud, hoy se tiende a superarla para adherirse a la segunda. Apenas comenzaron a observarse las anomalías del título accionario respecto a los restantes títulos-valores, la primera reacción de una respetable parte de la doctrina fue la de considerar que la inclusión del primero entre los segundos había sido el fruto de un lamentable error o, cuando menos, de una consideración hecha a la ligera, lo no suficientemente atenta de las características del instituto. Algunos autores se propusieron entonces restablecer la verdad reconociendo que, no presentando las características propias del género título-valor las acciones debían ser excluidas de esta categoría (25).

Uno de los argumentos que han utilizado con vehemencia quienes pretenden negar la condición

de título-valor a la acción es el relativo a las acciones nominativas no liberadas (art. 124 de nuestro Código de Comercio) que, según estos autores, no son títulos-valores. Se basan para ello en el artículo 2356 del Código Civil italiano, norma casi idéntica a nuestro número 125, y porque el adquirente puede a su vez traspasarle a otros la acción, afirman la identidad de las posiciones de los distintos sujetos. Pero esta conclusión olvida que el primer titular de la acción está obligado por haber suscrito el contrato social y no por el simple hecho de ser titular de la acción; olvida además otras disposiciones de la ley que nos parecen decisivas (y permítasenos trasladar la discusión a nuestra legislación mercantil): el artículo 140 en relación con los números 687, 688 y 689 del Código Mercantil, de los cuales se desprende que la acción nominativa se trasmite por cesión (26), la que no tiene eficacia frente al emisor ni frente a terceros si no se inscribe en el registro de accionistas de la compañía y consta en el título mismo. De esta manera se le confiere al cesionario poseedor del título la *facultad* de obtener la inscripción del traspaso en el registro del emitente; él puede entonces, en cualquier momento, pedir tal registro pero, y esto parece lo más importante, puede también no ejercitar tal facultad, en cuyo caso resultaría titular de la acción mas no podría, frente a la sociedad, hacer valer sus derechos que le derivan de su condición de socio, pues el traspaso resulta oponible a la sociedad y frente a terceros únicamente mediante la inscripción en el registro de accionistas. Así, los efectos de la cesión se limitan a las relaciones entre cedente, cesionario y los sucesivos adquirentes del título.

Ahora bien; la sociedad puede exigir el pago de la parte insoluta de los títulos sólo a quien aparece como accionista en su libro de registro: antes de la inscripción la enajenación es ineficaz frente a la sociedad y frente a terceros (arts. 140, 687, 688 y 689 ejúsdem), la que no puede exigir, a quien para ella no es socio, el pago en cuestión (art. 125); así, para que el adquirente quede obligado a pagar es necesario un acto suyo previo de voluntad (solicitar la inscripción del traspaso en el libro de registro). Recurren así los extremos necesarios para calificar la posición del cesionario como la de un "oneratus" (27), porque la deuda surge como consecuencia de un acto suyo de voluntad.

La teoría tradicional y dominante sostiene la pertenencia de los documentos accionarios al género título-valor con base principalmente en toda una serie de argumentos de derecho positivo (28). Iguales argumentos pueden utilizarse en nuestro país, y en esta inteligencia pasamos de seguido a indicar algunas normas de nuestro Código de Comercio que, a nuestro juicio, indican tal pertenencia implícita o explícitamente: 120 párrafo 1, 124, 125, 132, 142 y 508. También tenemos el 134 en relación con el 670; 137 y 140 en relación con los artículos 687, 688 y 689; el párrafo 3 del artículo 138 en relación con el 687; el 680 en relación con el 685 y, también el penúltimo párrafo del 713. Del conjunto normativo citado, dos normas reconocen expresamente que la acción es un título valor: 685 y 713 penúltimo párrafo (29). Pero, a fuer de sinceros, hemos de reconocer también la existencia en nuestro Código de artículos que, implícita o explícitamente, afirman lo contrario, verbigracia, los artículos 121, 131, 436 inciso c), 533 inciso i) y, en general, los contenidos en el capítulo único del Título IV del Libro I. En tesis de principio, la mayor entidad del primer conjunto normativo citado frente a la escualidez del segundo nos brinda más que un indicio en pro de la solución positiva de la problemática que estamos afrontando; pero también podría haber razón para dudar acerca de la validez de semejante conclusión, habida cuenta del abierto contraste que existe entre las normas de ambos grupos.

Pero la razón fundamental que impide atribuir valor absoluto a argumentos basados en la presencia o ausencia de implícitas o explícitas normas de calificación positiva o negativa es otra; ella está relacionada íntimamente al modo en que en nuestro actual sistema positivo ha organizado las relaciones entre la parte general de los títulos-valores, de una parte, y las figuras a que aquella se aplica, por la otra. De todo esto desciende que el problema de la aplicación de la parte general de los títulos-valores a los títulos accionarios no está correctamente resuelto si se le entiende como problema de la identificación de la norma que lo proclama como tal entre aquellos tipos sometidos al estatuto de comentario: *sí hemos demostrado, en el acápite tercero de estas notas, que nuestra llamada parte general de los títulos-valores, es con más propiedad y rigor científico, una parte general de cierta especie de los mismos, dotada de principios aplicables a los títulos regulados luego en la parte especial, (arts. 727 a 850),* entonces, de nada serviría una norma que, como nuestros artículos 685 y 713 penúltimo párrafo, atribuya ex profeso la condición de título-valor a la acción de socie-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dad, pues no siendo este título un título cambiario —como ha quedado harto demostrado en esta sede— no podríamos aplicarle dicha normativa general.

Pero observamos un hecho de suyo interesante: mientras la doctrina mayoritaria considera que las acciones son títulos-valores porque así las califica el mismo legislador, quienes rechazan semejante postura llegan a esa conclusión, no tanto criticando y simplemente rechazando el argumento positivo sobre el que se funda —por ejemplo, negando y demostrando que las normas citadas efectúen semejante afirmación—, sino haciendo un tipo nuevo y distinto de consideraciones: las acciones no están sometidas a la disciplina general dictada para los títulos-valores porque así lo dispone el mismo legislador; ergo, las acciones no son títulos-valores (basados, por ejemplo, en los ya citados argumentos de derecho positivo que nuestro mismo Código de Comercio suministra).

El examen conjunto de ambas tesis nos da la impresión que no se encuentran a un mismo nivel y por ello no existe unidad en el discurso, revelándonos cómo en el problema propuesto —aparentemente unitario— estén centrados en realidad dos problemas distintos.

6. Para comprender la divergencia doctrinaria comentada debemos de aclarar que la expresión "título-valor" puede asumir dos valores distintos, conceptualmente diversos, de donde el problema de si la acción de sociedad es o no un título-valor puede ser resuelto, en uno u otro sentido, según la acepción que demos al género. Así, en el concepto de título-valor, tal y como sucede en muchos otros conceptos jurídicos, se encuentran dos aspectos distintos que nos conviene no confundir. Por una parte el concepto puede utilizarse para designar una categoría específica de documentos mercantiles individualizados porque en ellos convergen aquellas características que se considera constituyan al presupuesto necesario para la aplicación de la disciplina cartular; por la otra, se puede partir de esta última y distinguir con el término "título-valor" a aquellos documentos que estén precisamente sometidos a las normas que se considera constituyan la disciplina cartular misma (30). Así, dos son las cuestiones que debemos abocarnos a resolver: a) si la acción de sociedad pertenece a aquella categoría específica de documentos mercantiles a los cuales se le aplica la disciplina cartular por presentar connotados generales elevados a la condición de presupuestos para la aplicación de la disciplina misma; y b) si dicho documento forma parte de la disciplina contenida en los artículos 667 a 726 de nuestro Código de Comercio, esto es, si está sometido al llamado estatuto general de los títulos-valores.

Obvio resulta que la precedencia corresponde a la primera cuestión que, una vez resuelta, nos llevaría casi en forma automática y sin ulteriores investigaciones, a resolver la segunda. Y que su respuesta deba ser positiva no creemos que pueda ser sometido a duda. *Como quiera que se identifique la "fattispecie" general del título-valor, no vemos cómo los títulos accionarios puedan ser excluidos.* Esto vale tanto para quienes centran su atención en la simple destinación del documento a la circulación, cuanto para quienes exigen que tal destinación esté calificada por una voluntad de incorporación; tanto para quienes consideran la destinación a la circulación como una característica imprimida al documento por la valoración individual del suscriptor o emitente, como para quienes se refieran más bien a la valoración o tipicidad social. En pro de la destinación a la circulación de los títulos accionarios y de la incorporación en ellos de la cuota de participación social testimonian, de manera clara, terminante y sin equívocos, tanto la tradición histórica como los estudios de derecho comparado (31), tanto la consideración social cuanto la intención de los suscriptores o emitentes.

Ahora bien; *si la acción de sociedad pertenece a aquella categoría específica de documentos mercantiles individualizados porque en ellos convergen las características que constituyen el presupuesto "sine qua non" para que se les aplique la disciplina cartular, entonces las acciones de sociedad forman parte de la disciplina contenida en los artículos 667 a 726 de nuestro Código de Comercio, es decir, se encuentran sometidas a la llamada disciplina general de los títulos-valores.* Un estudio minucioso de los títulos accionarios debe partir de la presunción o hipótesis de trabajo de que todas las normas que regulan esa "fattispecie" se aplican también a los mencionados documentos; y tal presunción la debemos mantener hasta que no logremos demostrar que aquellas normas, o algunas de ellas, no pueden aplicársele, prueba que consistirá, obviamente, en argumentos de derecho positivo (los cuales deberán ser tan fuertes de poder excluir la "fattispecie" de su sujeción al derecho cartular o bien, y es esta la última alternativa que nos queda,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

obligarnos a concluir que la hasta ahora considerada disciplina general de los títulos-valores en nuestra legislación mal se adapta a ser aplicada a determinadas figuras específicas y, entonces, que no se trata de un estatuto general de esos títulos sino sólo de alguno o algunos de ellos) o bien en argumentos de tipo lógico-material.

Como recordábamos líneas atrás, la opinión que niega la pertenencia de las acciones al dominio del derecho cartular se centra esencialmente en un solo argumento: la (pretendida) inaplicabilidad a estos documentos de algunas normas del estatuto general. Pero lo que nosotros pretendemos promover aquí es una inquietud en el sentido de que en la medida en que algunas de las normas que integran ese estatuto general resulten aplicables a los títulos accionarios —afirmación esta que implícitamente reconoce y admite la posición doctrinaria de comentario—, en esa misma medida ellos son títulos-valores, pertenecen a la disciplina regulada por los artículos 667 a 726 de nuestro Código de Comercio y están sometidos al estatuto general de los títulos-valores. Y así, sólo una investigación cuidadosa y detallada de los títulos accionarios, en función y en relación con los demás títulos-valores, puede llevarnos a concluir si todas las indicadas normas les son aplicables o si sólo lo son algunas de ellas y cuáles, o si, por el contrario, la hipótesis de la que hemos partido se nos revela como falsa y, en consecuencia, la acción no es un título-valor, no pertenece a la disciplina cobijada por los repetidos artículos y no está sometida al estatuto general de los títulos-valores.

Hasta aquí hemos discurrido de una alternativa simple contraponiendo dos hipótesis extremas: o los documentos accionarios forman parte de la "fattispecie" de los títulos-valores, y por lo tanto están sometidos a la disciplina general de los mismos, o no forman parte de la una ni están sometidos a la otra.

Pero lo cierto es que, tal y como lo hemos avanzado tímidamente algunas líneas atrás, la investigación bien puede llevarnos hasta una *tercera posibilidad: de las normas que en nuestro Código de Comercio conforman el llamado estatuto general de los títulos-valores, algunas resultan efectivamente aplicables a las acciones y otras no, lo que nos obligaría* a concluir que las normas inaplicables no son de rango general o que la normativa no es una disciplina general de los títulos-valores sino de una subclase o subespecie de ellos. Esta tercera posibilidad es más que una mera y abstracta virtualidad lógica y más también que un excesivo amor al agotamiento del tema: como veremos en el acápite siguiente, la doctrina contemporánea está mayormente orientada a reconocer al tenedor del título accionario la tutela cartular bajo el aspecto real y a negársele bajo el aspecto obligatorio.

Nos encontramos frente a una institución que comprende una pluralidad de tipos y a la que le corresponde una disciplina articulada a su vez en infinidad de reglas distintas e independientes. Un examen más atento podría perfectamente revelarnos que a uno de esos tipos no se le puede o no se le debe aplicar todas las reglas, sino solo algunas. Este vendría a ocasionar una intolerable fractura en el carácter unitario del sistema entre el plano fáctico y el jurídico. Para restablecer la armonía o debemos intervenir en la extensión de la "fattispecie", reduciéndola y manteniendo igual la de la disciplina o, viceversa, debemos mantener la "fattispecie", reduciendo correspondientemente la extensión de la disciplina. En el primer supuesto resultaría disminuido el número de las hipótesis a las que la disciplina se aplica; en el segundo, manteniéndose invariable el número de las hipótesis cobijadas por la disciplina, aplicaremos a algunas de ellas sólo una parte de ésta.

El teorema al que se adhieren quienes excluyen a los títulos accionarios de la categoría de los títulos-valores es el siguiente:

a) Las normas que regulan la "fattispecie" del estatuto cartular parecen comprender a los títulos accionarios;
b) Sin embargo, estos documentos no están sometidos a las mismas reglas a que están sometidos todos los demás documentos que conforman la "fattispecie";
c) Entonces debemos asumir que las normas que definen la misma "fattispecie" deben ser interpretadas restrictivamente, en modo de excluir del género a los títulos representativos de participación social.

Semejante teorema cartular se apoya en un postulado y genera un corolario. El postulado es que la disciplina cartular general y su "fattispecie" son considerados como un único bloque: o una figura entra en esta "fattispecie" y entonces se le imponen todas las reglas relativas al género, o no entra y entonces no puede sometérsele a ninguna de esas reglas. Así, si hemos probado que una de las normas no puede aplicársele a la figura, esta no

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

forma parte de la "fattispecie" y, por eso, no podemos aplicarle las restantes reglas.

El corolario es que si interpretamos las normas que delimitan la "fattispecie" del título-valor restrictivamente para excluir a la acción, desaparece no sólo la necesidad de aplicarle ciertos principios del derecho cartular que repugnan la naturaleza de este título, sino además la posibilidad de aplicarle los demás principios.

Pero la verdad es que el teorema de comentario nos parece falso, pues parte de un postulado erróneo: nada nos obliga a tratar el estatuto cartular como un todo absolutamente indivisible, de donde es perfectamente lícito pensar que la armonía puede ser restablecida introduciendo distinciones sea a nivel de "fattispecie" que a nivel de disciplina, a fin de fragmentar una y otra. Así, más allá de la noción aparentemente unitaria de título-valor, sería posible encontrar al menos dos categorías de títulos: una de amplia extensión sometida únicamente a una parte del estatuto general; otra, dentro de la primera y de menor extensión, a la que aplicaríamos todas las normas que integran la disciplina general contemplada por el Código.

A favor de semejante posición militan dos argumentos de gran peso. En primer lugar esta interpretación responde mejor al canon hermenéutico de la conservación: en verdad, sometiendo los títulos anómalos a aquella parte de la disciplina cartular compatible con su naturaleza, se mantiene un cierto valor al hecho primario de su inclusión en la "fattispecie" general del título-valor. En segundo lugar, el estatuto general de los títulos-valores no es, ni puede ser, un conjunto normativo al que deben ceñirse forzosamente los distintos tipos de títulos, ni les impone una uniformidad rígida sin excepciones. Al contrario, como parte general que es o pretende ser, debe retrotraerse cada vez que, para un determinado título, el legislador dicte, explícita o implícitamente, una disciplina especial, limitándose su función a suplir la ausencia de ésta; sea que su función es, ni más ni menos, que la de toda normativa general: integrar la normativa especial para evitar y colmar las lagunas que pudiera presentar.

7. *Sólo más recientemente se ha tratado de restablecer la relación género-especie elaborando el primero.* Algunos autores han observado que en el actual estatuto general cartular confluyen dos distintas necesidades, que no están unidas entre sí indisolublemente en el ámbito lógico, nacidas históricamente, en forma independiente (32), y sólo en tiempos relativamente recientes, unidas para formar, precisamente, el concepto de título-valor (33). Las dos exigencias están coordinadas funcionalmente, en cuanto ambas tienden a tutelar al acreedor cartular. Pero éste es protegido de peligros y mediante instrumentos diferentes. Desde un primer punto de vista, el adquirente de un título-valor está protegido de la falta de poder de disposición en el enajenante mediante la aplicación de la regla "la posesión vale por título". Gracias a la incorporación del derecho en el documento es posible someter la circulación del derecho mismo al régimen de circulación de los bienes muebles. Así, el adquirente de buena fe a "non domino" del crédito es tutelado como poseedor del documento que, precisamente, simboliza o incorpora el derecho. Esta clase de protección incide sobre todo al momento de la circulación, porque está destinada a dirimir conflictos entre varios sujetos en relación con la titularidad del derecho cartular y no a regular relaciones con el deudor. Bajo este aspecto, el acreedor cartular está protegido por el fenómeno de la llamada "simplificación de la 'fattispecie' genética de la deuda", es decir, la unión de la responsabilidad del deudor a un hecho simplificado en sus requisitos formales y sustanciales respecto a aquel o aquellos hechos en los que la obligación cartular podría encontrar su fuente, según las reglas del derecho común. *Así los principios de la autonomía, literalidad y abstracción, que la doctrina eleva al rango de pilastres fundamentales sobre los que se apoya el instituto del título-valor, no serían entonces sino simples aspectos* del fenómeno indicado de simplificación de la "fattispecie" cartular. Este fenómeno, en la teoría que examinamos, resumiría en sí todo el mecanismo de tutela del acreedor cartular bajo el ámbito obligatorio, mientras que la regla "la posesión vale por título" expresaría, por el contrario, la tutela acordada al poseedor del documento bajo el aspecto real.

En las elaboraciones de la doctrina tradicional del concepto de título-valor, el ámbito obligatorio ha absorbido la mayor parte de la atención, siendo colocado como primordial y relegando a un segundo plano, o más bien a la penumbra, el aspecto circulatorio-real. Para la tesis que estamos comentando, una vez exaltada la independencia conceptual de esos dos momentos, su posición e importancia merecen, en un cierto sentido, ser

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

invertidas. Y es que un atento examen de las figuras tradicionalmente incluidas dentro de los títulos-valores nos muestra verdaderamente que, mientras la necesidad de tutelar el momento circulatorio se nos presenta como ineludible y encuentra universal reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico —y el nuestro no constituye excepción a la regla—, una importancia menor, más circunscrita, tiene el momento obligatorio. Así, existen de un lado documentos en los cuales la necesidad de protección contra vicios o el contenido no aparente de la relación documentada se advierte demasiado débilmente (y estos documentos son, precisamente, las acciones de sociedad), surgiendo como imprescindible la necesidad de tutela contra las pretensiones de los precedentes tenedores; y, del otro, documentos en los que la necesidad de tutelar al deudor —tal vez porque está unida a la necesidad de tutelar a terceros acreedores o a intereses generales— prevalece sobre la de tutelar al tenedor del título (y también aquí debemos citar a las acciones de sociedad).

Estas observaciones nos llevan a considerar que la característica verdaderamente universal del concepto de título-valor es, precisamente, la regla que gobierna la circulación del derecho ligándola a la circulación del documento cosa mueble. En esta regla, tradicionalmente resumida en el dogma de la "incorporación", es donde vamos a encontrar la nota característica y discriminatoria del instituto, aplicable como tal a todas las especies que en él se comprenden (34).

La tutela del poseedor del título relativa al aspecto obligatorio es, entonces, propia y exclusiva de una particular categoría de títulos-valores; *así, los hasta hoy considerados principios rectores de los títulos-valores de la autonomía, literalidad y abstracción, no extienden su imperio sobre todos esos documentos, sino sólo sobre los que pertenecen a aquella especial categoría que son los títulos abstractos* (35). Al delinear entonces el concepto general de título-valor debemos tomar en cuenta, según esta tesis, únicamente el aspecto real, porque sólo él resulta común a todas las figuras comprendidas en el concepto (36).

En conclusión: El problema de los títulos participativos y, en especial de los títulos accionarios, no es hoy tanto el de su colocación o no en la casilla conceptual del título-valor —lo que, como se desprende de estas reflexiones, parece ser un punto pacíficamente admitido por la gran mayoría de la doctrina mercantilista— sino más bien *el de la exacta determinación del ámbito de competencia respectiva de las dos disciplinas que concurren a regularlos:* la cartular y la societaria. Cuál de las dos tesis expuestas —la positivista o la de Pavone La Rosa— debemos acoger en nuestro país para fundamentar la naturaleza de título-valor que la acción de sociedad presenta, no interesa determinarlo a los efectos de estas notas, (todo esto aparte de la obvia circunstancia de que ambas posiciones son complementarias y no excluyentes). Lo interesante y trascendente es hacerle comprender al paciente lector que un estudio exegético del Código, en lo tocante al llamado estatuto general de los títulos-valores (arts. 667-726) y a la normativa especial que regula las acciones en las sociedades anónimas (arts. 120-139), no puede hacerse esperar más en nuestro país, a fin de dilucidar, de una vez por todas, cuáles normas de la disciplina general cartular podemos aplicarle a las acciones e integrar así su regulación específica, desdichadamente colmada de serias lagunas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CITAS BIBLIOGRAFICAS

(1) ASCARELLI Tullio, *"Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del Titolo V Libro IV del nostro Codice"*, en Saggi di Diritto Commerciale, Giuffrè, Milano, 1955, págs. 567 y sgs., allí en página 570, nota 3, en donde encontramos numerosos e importantes artículos de este autor, precedentemente publicados en distintas revistas especializadas; FERRI Giuseppe, *"I titoli di credito"*, U.T.E.T., Torino, 1958, págs. 110 y sgs.; LA LUMIA Isidoro, *"Corso di Diritto Commerciale"*, Giuffrè, Milano, 1950, págs. 261 y sgs.; MARTORANO, Federico, *"I titoli di credito"*, Jovene, Napoli, 1970, págs. 62 y sgs.; PAVONE LA ROSA Antonio, *"Studi sulla polizza di carico"*, Giuffrè, Milano, 1958, págs. 295 y 296 en nota; PELLIZZI, Giovanni, *"Principi di diritto cartolare"*, Bologna, 1967, págs. 67 y 68; ídem, *"Studi sui titoli di credito"*, Cedam, Padova, 1960, págs. 27 y sgs.

(2) "Artículo 2004 (Limitación de la libertad de emisión). El título de crédito que contenga la obligación de pagar una suma de dinero puede ser emitido al portador sólo en los casos establecidos por la ley".

(3) CERTAD M. Gastón, *"De los títulos-valores y de los títulos cambiarios en general"*, en Revista de Ciencias Jurídicas No. 30, pág. 50 y en Revista Judicial No. 5, pág. 85, ver comentarios en nota 6.

(4) El autor que más insistió sobre la inoportunidad de un concepto y de una disciplina unitaria del título-valor fue ASCARELLI, op. cit., pág. 582 y en casi todos sus escritos cambiarios.

(5) Según que se adopte la teoría de la creación, como hace nuestro Código en los incisos b) y c) del artículo 678, o la teoría de la emisión, como inexplicablemente hace el Código en los incisos a) y c) del artículo 717. Y digo inexplicablemente porque no veo qué fundamento lógico ni jurídico existe para establecer dos teorías tan distintas, la de la creación para los títulos nominativos y a la orden, la de la emisión para los títulos al portador.

(6) Tesis recientemente sostenida por ROSSI, Guido, *"Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa"*, Giuffrè, Milano, 1967, págs. 102 y 103, pero duramente criticada por autores de la talla de Biondi, Carnelutti, Pasteris, Santini y Rivolta, este último en su insigne obra *"La partecipazione sociale"*, Giuffrè, Milano, 1964, págs. 77 y sigs., considerando que la tesis de comentario no puede ser acogida en el terreno técnico.
Según ASCARELLI (*"Corso di Diritto Commerciale. Titoli di Credito"*, Cedam, Padova, 1966, págs. 102 y sigts.), la incorporación de una posición subjetiva distinta a la de crédito no constituye por sí misma una dificultad; la doctrina no debe tomar al pie de la letra la expresión "titolo di credito" (nombre con que el legislador italiano designa al título-valor), pues ella comprende, amén de los títulos de crédito strictu sensu, otras categorías de títulos, como los representativos de mercaderías y los que incorporan, precisamente, participaciones sociales.

(7) El concepto de participación social es de índole muy particular. Nos referimos, más bien, a la complejidad del contenido de este concepto, utilizado para designar no una entidad, un único objeto, sino más bien una pluralidad de objetos. Muchas y muy variadas son las situaciones subjetivas en cabeza del socio, todas dotadas de autonomía e independencia recíprocas, no sólo en el plano conceptual sino también en el jurídico, siendo, frecuentemente, distinta una de la otra y pudiendo suceder que titulares de ellas sean sujetos también distintos. Y prueba de esto la constituye el hecho de que la mayoría de ellas ha sido estudiada en forma autónoma por la doctrina a través de valiosísimas monografías, es decir, prescindiendo de sus nexos recíprocos y de sus ligámenes con la participación en general: así ha sucedido con el derecho a la percepción de utilidades, al de la cuota de liquidación, con los de opción, exclusión, de retiro, información, voto y con otros derechos o poderes menores de tipo administrativo, con la obligación de conferir, con la responsabilidad por las obligaciones sociales y tantas otras más. Frente a este panorama de inmediato surge la siguiente pregunta ¿existe a la par de las interrogantes que cada una de estas situaciones jurídicas plantea, un ulterior problema de la naturaleza jurídica de la participación, es decir, de la entidad unitaria que resulta de la síntesis de todos los derechos, poderes y deberes aquí enunciados? Porque la mayoría de la doctrina parece guiada por la convicción de que desde que existe un término como el de participación social, en esa misma medida debe existir también una entidad autónoma que corresponda a dicho término; y es que la reducción a una unidad es para la doctrina un objetivo irrenunciable. Y dentro de ese orden de ideas ha proliferado un mar de teorías: desde las que la consideran un derecho patrimonial real o personal o sui géneris, hasta la que la considera un derecho subjetivo, el derecho, precisamente, a la cualidad de socio, no sin olvidarnos de aquellas que ni siquiera lo consideran un derecho y que nos hablan de una posición contractual, de un status, de una titularidad de la relación social fundamental, etc. (para un comentario general de estas posiciones véase COTTINO, Gastone, *"La società per azioni"*, U.T.E.T., Torino, 1972, pág. 56, nota 1 y para una profundización sobre las mismas sugerimos la obra de Giancarlo RIVOLTA, cit.), teorías todas que se exponen, dejando de lado las críticas específicas que a cada una de ellas pudieren dirigirse, a una objeción común: la de que ejercen una escogencia del todo arbitraria entre las distintas situaciones jurídicas en cabeza del socio, para encontrar en una sola de ellas, considerada, con razón o sin ella, la más importante, el contenido del concepto de la participación social. El contenido de tal manera atribuido a la noción de comentario niega radicalmente, a nuestro modesto entender, su función esencial, su misma razón de ser, la de servir para designar en su integridad aquella situación jurídica compleja en la que un sujeto llega a encontrarse gracias a la conclusión de un contrato de sociedad; figura compuesta de situaciones jurídicas tan numerosas y distintas entre sí que precisamente impiden su reducción a una unidad.
Basta una mirada atenta para darnos cuenta cómo el cúmulo de figuras sobre las cuales se pretende hacer la síntesis no es fijo ni determinado; su composición cambia según el momento, porque las situaciones del socio nacen, se desarrollan y se extinguen en distintos momentos de la vida de la sociedad, algunas directa e inmediatamente con la constitución, otras posteriormente y con el concurso de hechos ulteriores; algunas se dan siempre y necesariamente, otras representan meras eventualidades.
No crea el lector que estas humildes consideraciones persiguen negar la legitimidad y la utilidad del estudio de la participación social; somos conscientes que gracias a él muchos temas sociales, antes sumidos en la más absoluta tiniebla, hoy nos resultan muy claros; sirven estas palabras sólo para dejar patente nuestra inquietud en el sentido de que, para nosotros, asumir conceptos y teorías elaborados con vista en la investigación de cuestiones específicas, aunque estas graviten en la órbita de la noción general que se persigue aclarar, significaría caer precisamente en la equivocación conceptual harto lamentable de la verdadera existencia de una misma entidad, unitaria y homogénea, detrás de cada uno de los miles de problemas relativos a la figura central. Por todas estas razones hemos considerado

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

más oportuno dedicarnos al estudio de los títulos de participación y en especial de los accionarios libres de toda preconsabida concepción acerca de la naturaleza jurídica de la situación incorporada, y poder así examinar lo más objetivamente posible y a medida de que vayan surgiendo, los concretos aspectos del problema que sean de específica importancia a los fines de la misma.

(8) Según la terminología propuesta para estos títulos por CARNELUTTI, Francesco, *"Teoría della circolazione"*, Padova, 1933, págs. 142 y stgs.

(9) TENA Felipe de J., *"Derecho Mercantil Mexicano"*, Ed. Porrúa S.A., México, 1978, pág. 337 y entre muchos otros autores véase los citados por mí, op. cit., en Revista de Ciencias Jurídicas pág. 53 y en Revista Judicial, pág. 87.

(10) La distinción la hacen casi todos los mercantilistas en sus monografías sobre el tema, tratados, cursos y manuales de Derecho Mercantil; muy bien la encontramos en ASQUINI, Alberto, *"Corso di Diritto Commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiale e titoli bancari di pagamento"*, Cedam, Padova, 1966, págs. 98 y stgs.

(11) Podría ser posible, con vista en nuestra legislación mercantil por ejemplo, llegar a la conclusión de que todos los títulos-valores gozan de la característica de la abstracción entendida de una cierta manera y que, por el contrario, sólo algunos títulos gozan de esa característica entendida de manera distinta.

(12) Y en verdad no existe coincidencia entre la distinción de los títulos abstractos y causales y la de los títulos discretos o indiscretos, entendiéndose por estos últimos aquellos que por su estructura no deben denunciar la causa y, ello no obstante, lo hacen.

(13) Terminología que usamos para diferenciarla de la "simple" abstracción, que sería la de la primera acepción del principio de las dos que estamos examinando.

(14) Para distinguirla de la "simple" causalidad a la que nos referimos a propósito de la primera acepción del principio.

(15) Conclusión que, a fuer de sinceros, no constituye ninguna novedad; ya ASQUINI (op. cit., pág. 91) habla de distintos grados de abstracción.

(16) Y la razón la hallamos en la historia: la teoría de los títulos-valores arrancó con los títulos cambiarios.

(17) No es objetivo de estos apuntes realizar una exégesis de este articulado que pretenda resaltar una a una estas diferencias, pero como aislados ejemplos de normas verdaderamente generales, y sólo refiriéndonos al primer capítulo de los susodichos Título y Libro de nuestro Código, nos atrevemos a señalar sólo tres artículos: 668, 672 primera frase y 674 (que dicho sea de paso habla de "título de crédito", nomenclatura extraña a nuestro medio y propia de mexicanos e italianos).

(18) El lugar de valor paradigmático asumido por el modelo cambiario en la construcción —doctrinal primero, legislativa después— del concepto unitario de título-valor es tan común que no permite eximirme de efectuar tediosas citas doctrinales al respecto.

(19) Norma también citada a los efectos por OREAMUNO Rodrigo, *"Teoría general de los títulos-valores"*. Tesis de grado, U. de C.R., 1964, págs. 119 y sigts.

(20) En apoyo de lo aquí expuesto, valgan las siguientes sentencias: Casación No. 102 de las 15 hrs. del 8/9/1976; Sala Segunda Civil No. 758 de las 8:15 hrs. del 22/8/1966; Tribunal Superior Civil y de lo Contencioso Administrativo No. 547 de las 8:10 hrs. del 31/7/1970; No. 567 de las 14:20 hrs. del 7/8/1970; y No. 787 de las 15 hrs. del 27/10/1970; Tribunal Superior Civil de Alajuela No. 2146 de las 14:42 hrs. del 31/12/1974 y No. 415 de las 8 hrs. del 2/5/1977; Tribunal Superior Civil No. 597 de las 14 hrs. del 11/9/1973; No. 799 de las 15:45 hrs. del 16/11/73; No. 525 de las 16:15 hrs. del 31/7/1974; No. 887 de las 8:55 hrs. del 22/11/1974; No. 614 de las 10 hrs. del 5/8/1975; No. 332 de las 9:15 hrs. del 10/5/1976; No. 463 de las 9:20 hrs. del 11/6/1976; No. 549 de las 8:45 hrs. del 7/7/1976; No. 351 de las 9:15 hrs. del 27/5/1977; No. 55 de las 8:40 hrs. del 17/1/1978; No. 472 de las 9:50 hrs. del 7/6/1978; No. 117 de las 9:10 hrs. del 26/1/1979 y No. 410 de las 10:50 hrs. del 13/6/1979.

(21) Afirmación que también parece válida respecto a nuestro ordenamiento jurídico (arts. 667, 672, 676 y 678 incisos e) y g). Someramente sobre este principio ver CERTAD, op. cit., Rev. de Cienc. Jur., págs. 52 y 53 y en Rev. Jud., pág. 87 y sentencias de la nota anterior.

(22) Tesis totalmente opuesta a la sostenida por VIVANTE Cesare *"Trattato di Diritto Commerciale"*, III, Milano, 1929, pág. 126, nota 3) para quien entre ambos dogmas subsistía una recíproca independencia conceptual, de donde afirmaba, que, mientras la literalidad debía considerarse como característica esencial y constante de los títulos-valores, sólo algunos de estos gozaban de la ulterior propiedad de la abstracción; esto es, Vivante reputaba la naturaleza literal del título compatible tanto con su carácter abstracto como con su carácter causal.
También la doctrina mayoritaria alemana, con autores como HUECK, LOCHER, SICHEL, O. VON GIERKE y muchos otros, parece orientada a distinguir entre literalidad y abstracción, asumiendo que las dos características pueden recurrir, en línea de principio, independientemente la una de la otra.
La tendencia apuntada en el texto regresa a la tesis *prevaleciente* en Italia antes de Vivante, según la cual literalidad implica abstracción, si bien no se confunde con ella. Sostienen hoy semejante posición, entre otros, ARENA Andrea, *"La polizza di carico e gli altri titoli rappresentativi del trasporto"*, I, Giuffrè, Milano, 1951, págs. 21 y sigts.; DE MAJO A., *"Fede di deposito e nota di pegno"*, Giuffrè, Milano, 1957, págs. 36 y sigts., FERRI, op. cit., págs. 102 y sigts.; FIORENTINO Adriano, *"Dei titoli di credito"*, en Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1962, págs. 44 y sigts.; PAVONE LA ROSA, *"Studi sulla. . ."*, cit., págs. 255 y sigts. y 323 y sigts.; PELLIZZI, *"Principi di. . ."*, cit. págs. 28 y sigts., 52 y sigts. y 152 y sigts.; ídem, *"Studi sui. . ."*, cit., págs. 321 y sigts.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

(23) Cercana a estas hipótesis, y en alguna medida interferente con ellas está la de la posibilidad de exigir el aporte al tercero adquirente de una acción que erróneamente resulte liberada o de pretender el cumplimiento de obligaciones sociales en medida superior a la que resulta del título.

(24) Ya Alessandro SCIALOJA hablaba de "títulos de crédito de una especie toda particular"; ASQUINI de "título sui géneris"; PELLIZZI de "título de crédito renqueante", etc. Con Asquini hablan de título sui géneris DE FERRA, PANZARINI, Scalone y los alemanes BOEMLIE, FORRER y NÄGELE.

(25) La tesis es decididamente minoritaria: DE GREGORIO Alfredo, *"Corso di Diritto Commerciale. Imprenditori e società"*, Milano-Roma-Napoli Cittá del Castello, 1967, págs. 253 y 254; FERRARA Jr. Francesco, *"Gli imprenditori e le società"*, Giuffrè, Milano, 1971, págs. 374 y sigts.; GRAZIANI Alessandro, *"Diritto delle società"*, Morano, Napoli 1963; pág. 241; GRECO Paolo, *"Lezioni di Diritto Commerciale"*, Torino, 1944, pág. 154; LIBONATI Bernardino, *"I titoli di credito nominativi"*, Giuffrè, Milano, 1965, págs. 33 y sigts.; SALANDRA Vittorio, *"Manuale di Diritto Commerciale"*, I, Bologna, 1949, págs. 279 y 280; VISENTINI Bruno, *"Azioni di società"* en Enciclopedia del Diritto, IV, Giuffrè, Milano, 1959, págs. 967 y sigts., ahí en pág. 993. Este último autor citado, luego de haber exaltado las características anómalas de los títulos accionarios, concluye diciendo que la posibilidad de comprenderlos en la categoría de los títulos-valores depende de la configuración y extensión que a estos se les quiera dar. GRAZIANI por su parte (*"Manuale di Diritto Commerciale"*, Morano, Napoli, 1968, pág. 93) se muestra dudoso pero ligeramente inclinado (ahí mismo en págs. 264 y 268) a admitir la tesis del título-valor; igual me sucedió a mí en el artículo *"Algunos conceptos básicos en materia de sociedades comerciales"*, (en Revista Judicial No. 13, págs. 71 y sigts., ahí en pág. 77). No se pronuncia claramente ni en uno ni en otro sentido GARRIGUEZ Joaquín, *"Curso de Derecho Mercantil"*, I. Ed. Porrúa S.A., México, 1977, pág. 461. En nuestro país, FOURNIER Fernando (*"Convenios sobre el voto"* en Revista de Ciencias Jurídicas No. 7 págs. 127 y sigts., ahí en pág. 145) parece acariciar la tesis minoritaria que aquí comentamos.

(26) Lamentable error de nuestro Código que sinceramente ignoramos de dónde viene, ya que en todas las leyes cambiarias y Códigos de Comercio que conocemos, incluidos el Código de Comercio hondureño de 1950 (art. 481 párrafo 4) y la Ley mexicana (art. 26) sus fuentes inspiradoras, se establece el endoso, conjuntamente con la inscripción del mismo en el registro del emisor, como forma de traspaso de los títulos nominativos.

(27) Según la terminología usada por ASCARELLI, *"Titolaritá e costituzione del Diritto cartolare"*, in Rivista di Diritto Commerciale, 1932, I, págs. 509 y sigts.

(28) Además de los autores mencionados en las notas 1, 6, 10, 22 y 36 de este trabajo, propugnan esta tesis, entre otros, BROSETA PONT Manuel, *"Manual de Derecho Mercantil"*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 305; BRUNETTI Antonio, *"Tratado del derecho de las sociedades"*, II, Ed. U.T.E.H.A., Buenos Aires, 1960, págs. 107 y sigts.; COTTINO, Gastone, op. cit., págs. 69 y sigts.; FRE Giancarlo, *"La società per azioni"*, Commentario al Codice Civile a cura de Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1956, págs. 149 y sigts.; GALGANO Francesco, *Le società per azioni. Le altré società di capitali. Le Cooperative"*, Zanichelli S.p.A., Bologna, 1947, págs. 45-47; GASPERONI Nicola, *"Las acciones de las sociedades mercantiles"*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, págs. 74 y sigts.; MESSINEO Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial"*, VI, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, págs. 245 y sigts.; MOSSA Lorenzo, *"Trattato del nuevo Diritto Commerciale. La società per azioni"*, Cedam, Padova, 1957, pág. 273; PETTITI Domenico, *"I titoli obbligazionari delle società per azioni"*, Giuffrè, Milano, 1964, págs. 59-70; SOLA DE CANIZARES Felipe, *"Tratado de Derecho Comercial comparado"*, II, Montaner y Simón S.A., Barcelona, 1963, pág. 101; VASELLI Mario, *"Documenti di legittimazione e titoli impropri"*, Giuffrè, Milano, 1958, págs. 225 y sigts., quien también considera como títulos-valores a los certificados provisionales; VON GIERKE Julius, *"Derecho Comercial y de la navegación"*, I, T.E.A., S.A., Buenos Aires, 1957, págs. 400 y 401.
En América Latina: BAUCHE GARCIADIEGO Mario, *"La empresa"*, Ed. Porrúa S.A., México, 1977, pág. 493; HALPERIN Isaac, *"Manual de sociedades anónimas"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1971, págs. 114 y sigts.; LARA VELADO Roberto, *"Introducción al estudio del Derecho Mercantil"*, Ed. Universitaria de El Salvador, 1969, págs. 62 y sigts.; MALAGARRIGA Carlos C., *"Tratado elemental de Derecho Comercial"*, I, Ed. T.E.A. S.A., Buenos Aires, 1963, pág. 445; MONTILLA MOLINA Roberto L., *"Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos fundamentales. Sociedades"*, Ed. Porrúa S.A., México, 1970, págs. 349 y 350; PUENTE y F. Arturo y Calvo M. Octavio, *"Derecho Mercantil"*, Ed. Banca y Comercio S.A., México, 1970, págs. 86 y 171; RODRIGUEZ R. Joaquín, *"Curso de Derecho Mercantil"*, I, Ed. Porrúa S.A., México, 1966, págs. 83-85; ídem, *"Documentación mercantil"*, Ed. Jus, México, 1946, págs. 212 y sigts.; ídem, *"Tratado de sociedades mercantiles"*, I, Ed. Porrúa S.A., México, 1971, págs. 272 y sigts.; SATANOWSKY Marcos, *"Tratado de Derecho Comercial"*, II, Ed. T.E.A. S.A., Buenos Aires, 1957, págs. 181 y sigts.; TENA Felipe de J., op. cit., pág. 563; WINISKY Ignacio *"Accionistas, acción. Lineamientos generales"*, en Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado Nos. 3 y 4, Tegucigalpa, 1964, págs. 138 y sgts.
En nuestro país: BARUCH S. Bernardo, *"Requisitos de constitución y emisión de acciones"*, en Revista de Ciencias Jurídicas No. 28, pág. 253; FALLAS C. Humberto, *"La sociedad anónima multinacional"*, Tesis de grado, U. de C.R., mayo de 1969, págs. 25 y 26; GONZALEZ FALLAS Jorge, *"Curso de legislación mercantil"*, Ed. UNED, San José, 1980, págs. 45 y 84; GONZALEZ V. Claudio, *"La sociedad anónima en Centroamérica"*, Tesis de Grado, U. de C.R., 1965, págs, 233, 235 y 241-258; KOZOLCHYK Boris y TORREALBA Octavio, *"Curso de Derecho Mercantil"*, II, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1971, págs. 54 y sigts.; LARA T. Alonso, *"Los títulos-valores en las sociedades anónimas"*, Tesis de grado, U. de C.R., 1964, págs. 24 y sigts.; MORELLI C. Francisco, *"Las acciones comunes u ordinarias"*, en Revista de Ciencias Jurídicas No. 9, págs.73 y sigts.; STEINVORTH S. Hubert, *"Capital social en sociedades de capital"*, Tesis de grado, U. de C.R., 1978, pág. 63, quien considera a la acción como un título-valor de participación, forma y causal (págs. 65 y 66, nota 37).

(29) MORELLI (op. cit., pág. 79) cita expresamente para fundamentar la tesis de que la acción es título-valor en nuestro país, los artículos 685, 120, 132, 140 y 142 de nuestro Código de Comercio; GONZALEZ (op. cit., pág.241) cita únicamente el artículo 120; mientras que LARA T. (op. cit., págs. 27-29 y 66) cita los números 120, 131, 713, 139 a 147, 686, 137, 138 y 438 inciso c).

(30) Es mérito de la doctrina contemporánea el haber distinguido rigurosamente estos dos aspectos del problema de la definición genérica de título-valor; sólo respondiendo contemporánea pero autónomamente a estas dos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

preguntas podemos obtener un concepto total de título-valor. El punto ha sido propuesto y desarrollado insistente y exhaustivamente por ASCARELLI en casi todos sus escritos cambiarios; siguen estos lineamientos CHIOMENTI Filippo, *"La dichiarazione cartolare"*, Giuffrè, Milano, 1971, págs. 5 y sigts.; FERRI, op. cit., págs. 7 y sigts.; MARTORANO, op. cit., págs. 58 y sigts.; PAVONE LA ROSA, *"Studi sulla. . ."* cit., págs. 312 y sigts.; PELLIZZI, *"Studi sui . . ."*, cit, págs. 3 y sigts.; SCOGNAMIGLIO Renato, *"Contributo alla teoría del negozio giuridico"*, Jovene, Napoli, 1950, págs. 79 y sigts.

(31) La historia de los institutos cartulares y, en particular, la de los títulos accionarios, indica, sostenida por los intereses convergentes de acreedores y deudores, un continuo y progresivo fortalecimiento de las necesidades de tutelar el tráfico mercantil, con una evolución que ve documentos, en origen sólo probatorios, asumir funciones de legitimación cada vez más amplias, hasta llegar ya a lo último a incorporar el respectivo derecho. Negar hoy que los títulos accionarios incorporen la participación social equivaldría a negar un momento esencial de la historia del capitalismo moderno, ligado al desarrollo de las grandes sociedades anónimas y a la organización del mercado de los títulos representativos de las respectivas participaciones sociales. PETTITI (op. cit., pág. 69) ha dicho que la potencial cuotación en bolsa no tendría sentido respecto a documentos distintos a los títulos-valores en sentido técnico.

(32) La tutela real del poseedor del título proviene históricamente de los títulos al portador, mientras que la tutela obligatoria proviene del *cepo* cambiario.

(33) LIBONATI, op. cit., págs. 28 y sigts.; PAVONE LA ROSA, *"Studi sulla. . ."*, cit., págs. 298 y sigts.

(34) La importancia de la circulación como principio rector de los títulos valores ha sido recientemente advertida por una sentencia de nuestro Tribunal Superior Civil (No. 410 de las 10:50 hrs. del 13 de junio de 1979) en los siguientes términos: "El elemento esencial que caracteriza a los títulos-valores es la emisión, entendiendo por ello no la creación cartular del documento sino su circulación, pues hasta tanto el documento no se trasmita no surgen los principios de autonomía, literalidad y legitimidad, ya que el tercero lo recibe como promesa de pago y, en lo que a él se refiere, carecen de trascendencia tanto el negocio subyacente que lo originó, como los motivos que dieron base a la instrumentación del título, sea la convención ejecutiva. . . Si el título-valor no circula, carece de la naturaleza jurídica que lo caracteriza, y opera, cuando más, como un simple título ejecutivo al que procede oponerle todas las defensas personales que existan entre quienes concibieron el negocio causal y acordaron crear el título. . .". En sentido similar las sentencias de la Sala Segunda Civil de las 8:15 hrs. del 22 de agosto de 1966; del Tribunal Superior Contencioso Administrativo de las 15 hrs. del 24 de mayo de 1967; y del Tribunal Superior Civil de las 14 hrs. del 5 de diciembre de 1972 y No. 614 de las 10 hrs. del 5 de agosto de 1975.

(35) Lo mismo podríamos decir del "formalismo", elevado a principio rector de los títulos-valores por nuestro Código de Comercio (arts. 669 y 670).

(36) La tesis según la cual el núcleo central del concepto de título-valor está en el principio "la posesión vale por título", mientras que las reglas que confieren la tutela del poseedor en el ámbito obligatorio son propias únicamente de una especial categoría de los títulos-valores, la de los títulos abstractos, es sostenida en Italia principalmente, por PAVONE LA ROSA, op. cit., págs. 298 y sigts. A este autor se adhieren DE FERRA Giampaolo, *"La circolazione delle partecipazioni azionarie"*, Giuffrè, Milano, 1964, págs. 44 y sigts.; GALGANO, *"Mancata esecuzione del 'transfert' ed esercizio dei diritti sociali nel trasferimento per girata delle azioni nominative"*, en Studi in onore di Alberto Asquini, III, Cedam, Padova, 1965, págs. 607 y sigts.; GUGLIELMUCCI, *"L'ipoteca cambiaria como garanzia extra-cartolare"*, Giuffrè, Milano, 1966, pág. 6, nota 4; PELLIZI, *"Principi di. . ."*, cit., págs. 38 y 39; ídem, *"Studi sui. . ."*, cit., págs. 321 y sigts.; SANTINI Gerardo, *"Cessione di contrato unilaterale e bilaterale eseguita ex uno latere"*, en Studi in memoria di Tullio Ascarelli, IV, Giuffrè, Milano, 1969, págs. 1967 y 1968, nota 28.

BIBLIOGRAFIA

ARENA Andrea

"Introduzione allo studio del diritto commerciale e titoli di credito", Giuffrè, Milano, 1956.

"La polizza di carico e gli altri titoli rappresentativi del trasporto", I, Giuffrè, Milano, 1951.

ASCARELLI Tullio

"Corso di Diritto Commerciale. Titoli di credito", Cedam, Padova, 1966.

"Saggi di Diritto Commerciale", Giuffrè, Milano, 1955.

"Titolarità e costituzione del Diritto cartolare", en Rivista di Diritto Commerciale, I. 1932, págs. 509 y sigts.

ASQUINI Alberto

"Corso di Diritto Commerciale. Titoli di credito e in particolare cambiali e titoli cambiari di pagamento", Cedam, Padova, 1966.

BARUCH S. Bernardo

"Requisitos de constitución y emisión de acciones" en Revista de Ciencias Jurídicas No. 28, pág. 253.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BAUCHE GARCIADIEGO Mario
"La empresa", Ed. Porrúa S.A., México, 1977.

BROSETA PONT Manuel
"Manual de Derecho Mercantil", Ed. Tecnos Madrid, 1977.

BRUNETTI Antonio
"Tratado del derecho de las sociedades", Ed. UTEHA, Buenos Aires, 1960, Tomo II.

CARNELUTTI Francesco
"Teoria della circolazione", Padova, 1933.

CERTAD M. Gastón
"Algunos conceptos básicos en materia de sociedades comerciales", en Revista Judicial No. 13, págs. 71 y sigts.
"De los títulos-valores y de los títulos cambiarios en general" en Revista de Ciencias Jurídicas No. 30, págs. 45 y sigts. y en Revista Judicial No. 5, págs. 83 y sigts.

COTTINO Gastone
"La società per azioni", U.T.E.T., Torino, 1972.

CHIOMENTI Filippo
"La dichiarazione cartolare", Giuffrè, Milano, 1971.

DE FERRA Giampaolo
"La circolazione delle partecipazioni azionarie", Giuffrè, Milano, 1964.

DE GREGORIO Alfredo
"Corso di Diritto Commerciale. Imprenditori a società", Milano, Roma-Napoli, Cittá del Castello, 1967.

DE MAJO A.
"Fede di deposito o nota di pegno", Giuffrè, Milano, 1957.

DE SEMO Giorgio
"Trattato di Diritto cambiario", Cedam, Padova, 1963.

FALLAS C. Humberto
"La sociedad anónima multinacional", Tesis de grado, U. de C.R., mayo de 1969.

FERRARA Jr. Francesco
"Gli imprenditori e le società", Giuffrè, Milano, 1971.

FERRI Giuseppe
"I titoli di credito", U.T.E.T., Torino, 1958.

FIORENTINO Adriano
"Dei titoli di credito" en Commentario al Codice Civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1962.

FOURNIER A. Fernando
"Convenios sobre el voto" en Revista de Ciencias Jurídicas No. 7, págs. 127 y sgs.

FRE Giancarlo
"Società per azioni" en Commentario al Codice Civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1956.

GALGANO Francesco
"Le società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative", Zanichelli S.p.A., Bologna, 1974.
"Mancata esecuzione del 'transfert' ed esercizio dei diritti sociali nel trasferimento per girate delle azioni nominative", en Studi in onore di Alberto Asquini, III, Cedam, Padova, 1965.

GARRIGUEZ Joaquín
"Curso de Derecho Mercantil", I, Ed. Porrúa, S.A., México, 1977.

GASPERONI Nicola
"Las acciones de las sociedades mercantiles", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

GONZALEZ F. Jorge
"Curso de Legislación Mercantil", Ed. UNED, San José, 1980.

GONZALEZ V. Claudio
"La sociedad anónima en Centroamérica", Tesis de grado, U. de C.R., 1965.

GRAZIANI Alessandro
"Diritto delle società", Morano, Napoli, 1963.
"Manuale di Diritto Commerciale", Morano, Napoli, 1968.

GRECO Paolo
"Lezioni di Diritto Commerciale", Torino, 1944.

GUGLIELMUCCI
"L'ipoteca cambiaria como garanzia extra-cartolare", Giuffrè, Milano, 1966.

HALPERIN Isaac
"Manual de sociedades anónimas", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1971.

KOZOLCHYK Boris-TORREALBA Octavio
"Curso de Derecho Mercantil", II, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1971.

LA LUMIA Isidoro
"Corso di Diritto Commerciale", Giuffrè, Milano, 1950.

LARA THOMAS Alonso José
"Los títulos-valores en las sociedades anónimas", Tesis de grado, U. de C.R., 1964.

LARA VELADO Roberto
"Introducción al estudio del Derecho Mercantil", Editorial Universitaria de El Salvador, 1969.

LIBONATI Bernardino
"I titoli di credito nominativi, Giuffrè, Milano, 1965.

MALAGARRIGA Carlos C.
"Tratado elemental de Derecho Comercial", Ed. T.E.A. S.A., Buenos Aires, 1963.

MANTILLA MOLINA Roberto L.
"Derecho Mercantil. Introducción y conceptos fundamentales. Sociedades", Ed. Porrúa S.A., México, 1979.

MARTORANO Federico
"I titoli di credito", Jovene, Napoli, 1970.

MESSINEO Francesco
"I titoli di credito", Cedam, Padova, 1964.

MESSINEO Francesco
"Tratado de Derecho Civil y Comercial", E.J.E.A., Buenos Aires, 1971.

MORELLI C. Francisco
"Las acciones comunes u ordinarias", Revista de Ciencias Jurídicas No. 9, págs. 73 y sigts.

MOSSA Lorenzo
"Trattato del nuevo Diritto Commerciale. La società per azioni", Cedam, Padova, 1957.

OREAMUNO B. Rodrigo
"Teoría general de los títulos-valores", Tesis de grado, U. de C.R., 1964.

PAVONE LA ROSA Antonio
"Cambiale (Diritto sostanziale)" en Enciclopedia del Diritto, V. Giuffrè, Milano, 1959, págs. 839 y sigts.
"Studi sulla polizza di carico", Giuffrè, Milano, 1958.

PELLIZI Giovanni
"Principi di Diritto cartolare", Bologna, 1967.
"Studi sui titoli di credito", Cedam, Padova, 1960.

PETTITI Domenico
"I titoli obbligazionari delle societá per azioni", Giuffrè, Milano, 1964.

PUENTE y F. ARTURO-CALVO M. Octavio
"Derecho Mercantil", Ed. Banca y Comercio, S.A., México, 1971.

RIVOLTA Giancarlo M.
"La partecipazione sociale", Giuffrè, Milano, 1964.

RODRIGUEZ R. Joaquín
"Curso de Derecho Mercantil", Ed. Porrúa S.A., México, 1966.
"Documentación mercantil", Ed. Jus. México, 1946.
"Tratado de sociedades mercantiles", Ed. Porrúa S.A., México, 1971.

ROSSI Guido
"Persona giuridica, propietà e rischio d'impresa", Giuffrè, Milano, 1967.

SALANDRA Vittorio
"Manuale di Diritto Commerciale", I. Bologna, 1949.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

SANTINI Gerardo
"Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguita ex uno latere", en Studi in memoria di Tullio Ascarelli, IV, Giuffrè, Milano, 1969.

SATANOWSKY Marcos
"Tratado de Derecho Comercial", Ed. T.E.A. S.A., Buenos Aires, 1957.

SCOGNAMIGLIO Renato
"Contributo alla teoria del negozio giuridico", Jovene, Napoli, 1950.

SOLA DE CAÑIZARES Felipe
"Tratado de Derecho Comercial comparado", Montaner y Simón S.A., Barcelona, 1963.

STEINVORTH S. Hubert
"Capital social en sociedades de capital", Tesis de grado, U. de C.R., 1978.

TENA Felipe de J.
"Derecho Mercantil Mexicano", Ed. Porrúa S.A., 1978.

VASELLI Mario
"Documenti di legittimazione e titoli impropri", Giuffrè, Milano, 1958.

VISENTINI Bruno
"Azioni di società", en Enciclopedia del Diritto, IV, Giuffrè, Milano, 1959.

VIVANTE Cesare
"Trattato di Diritto Commerciale", Milano, 1929.

VON GIERKE Julius
"Derecho Comercial y de la navegación", T.E.A. S.A., Buenos Aires, 1957.

WINISKY Ignacio
"Accionistas, acción. Lineamientos generales" en Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado,
Nos. 3 y 4, Tegucigalpa, 1964.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL DEBIDO PROCESO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COSTARRICENSE*

Dr. Luis Guillermo Herrera Castro

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Mi interés al abordar este interesante tema, es tratar de sistematizar los principios constitucionales y legales que integran lo que podríamos llamar la garantía del debido proceso costarricense. Me interesa examinar la doctrina legal de nuestros tribunales para encontrar los principios generales que ella integra en esa garantía (1).

Siempre que se hable del proceso, nos introducimos en la parte más compleja, pero más atractiva del Derecho Procesal, por cuanto es el proceso el objeto fundamental del conocimiento de esa rama del Derecho. Este forma parte de la famosa tríada "proceso, jurisdicción y acción", que son la base del estudio de todo el Derecho Procesal.

Quiero advertir que al analizar el presente tema, tendré que hacer algunas referencias al estado actual de nuestro país en su contexto político, social y económico porque en la medida que el Estado de Derecho se deteriore, el proceso pierde su importancia por el debilitamiento de sus garantías fundamentales, con grave perjuicio para la sociedad, para el individuo, su libertad, su dignidad y sus bienes.

También quiero hacer la aclaración, de que al hablar del debido proceso, no hago referencia concretamente al proceso penal, donde tradicionalmente se le ha ubicado, sino, que es mi intención delimitar el contenido general del debido proceso independientemente de la rama del Derecho de que se trate. Trato de sistematizar el debido proceso, como una garantía general de aplicación no solo a los procesos judiciales, sino a los administrativos, y en todos aquellos donde se enjuicie la vida, la dignidad, la libertad y los bienes de los ciudadanos. Claro está, esta delimitación general no implica la anulación de ciertos principios particulares de cada proceso, que no haré referencia por cuestiones de espacio y de tiempo.

II. EL PROCESO

En nuestro ordenamiento jurídico no encontramos una disposición legal que defina la naturaleza, el contenido y los fines del proceso. Encontramos en cada legislación particular (Código Procesal Civil, Código de Trabajo, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley General de la Administración Pública, Código Tributario, Código de Procedimientos Penales) la normativa de los actos del proceso, lo cual se hace desde su nacimiento, desarrollo, conclusión (normal o anormal), fines, recursos. Tal regulación legal es la definición particular

---

* *Conferencia en el Auditorio de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2 de noviembre de 1983.*

(1) Quiero aclarar, que no haré referencias de tipo histórico sobre el origen del debido proceso. El autor argentino Ricardo Levene hijo expone en forma breve y clara el origen en el libro publicado por el ILANUD y la Corte Suprema de Justicia en 1981, donde se recogieron una serie de conferencias impartidas por el autor en nuestro país (páginas 22 a 26).

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de cada proceso. Así, se habla del proceso laboral, del proceso civil, del proceso penal, etc.

En realidad la tarea de definir el proceso como una institución general del Derecho, es tarea sumamente difícil, que ha provocado diversas opiniones en la doctrina, en especial, cuando se ha intentado definir su naturaleza. Han surgido entre otras, la teoría contractualista, la teoría del cuasicontrato, teoría del acuerdo, teoría de la situación jurídica, y teoría de la relación jurídica (2), entre las principales. Me limitaré, a profundizar los principios esenciales del proceso, que forman parte del llamado debido proceso, como una garantía de aquél.

El proceso, ya lo observamos desde una u otra teoría, siempre se nos presentará como un instrumento jurídico procesal que refleja la situación económica y política de una sociedad, cuya constitución, desarrollo y fines, se realizan a través de una serie de actos procesales unidos lógica y jurídicamente, para la obtención de la aplicación de la ley positiva y de la justicia en un caso o situación concretas. Esta concepción del proceso incluye aspectos o elementos de otras *concepciones* hechas por diversos autores, pero, la misma responde a la necesidad de conocerlo en su realidad externa, es decir como el instrumento jurídico más importante para dirimir las contiendas o litigios a través de los tribunales debidamente constituidos en un determinado momento histórico.

El proceso en todas sus etapas, tanto en su nacimiento, durante su desarrollo, o en sus etapas conclusivas, se presenta dentro de un estricto orden lógico jurídico, que no puede ser alterado ni por las partes, ni por el juez, salvo en procesos civiles, cuando la propia ley lo autorice, en cuanto a la vigencia del principio de la disponibilidad de las partes. Este principio es limitado, y cada día pierde importancia en cuanto el proceso tiende a socializarse más y a convertirse en verdadero instrumento de justicia.

Dentro de ese orden, que es la propia ordenación o vida estructural del proceso, es que las leyes otorgan ciertos derechos o garantías, unas veces formando parte de los presupuestos del proceso o de los requisitos de la procedibilidad, otras veces como actos esenciales dentro del proceso. Estas garantías procesales protegen a la persona, su libertad, su dignidad y sus bienes (3); en fin se trata de identificar la garantía del debido proceso como la garantía del respeto a los derechos fundamentales del hombre y de la sociedad.

III. CONTENIDO DEL DEBIDO PROCESO

Nuestra jurisprudencia prácticamente no ha estructurado en forma sistemática una tesis sobre el debido proceso, solamente en una sentencia dictada por el Lic. Alejandro Rodríguez, Juez Segundo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda y confirmada por el Tribunal Superior y posteriormente por la Sala de Casación, se analiza en forma seria y detallada el contenido del debido proceso y su aplicación general a los procesos judiciales y administrativos (4). Podría afirmar que más bien la jurisprudencia ha sido bastante conservadora, impidiendo una verdadera evolución de nuestro derecho. Ello ha ocurrido básicamente en la resolución

---

(2) Sobre la teoría del proceso puede consultarse PEDRO ARAGONESES, *"Proceso y Derecho Procesal"*, Ed. Aguilar, ps. 156 sgtes.; JAIME GUASP, *"Derecho Procesal Civil"* Instituto de Estudios Políticos de Madrid, 1968, T. I. ps. 18 sgtes.; MANUEL DE LA PLAZA, *"Derecho Procesal Civil Español"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, ps. 12 sgtes.; NICETO ALCALA ZAMORA, *"Estudios de Teoría General e Historia del proceso"* (1945-1972), Instituto de Investigaciones Jurídicas 1974, T. I., ps. 382 sgtes.; PALLARES Edo., *"Derecho Procesal Civil"*, Editorial Porrúa, México 1968, ps. 64 sgtes.; HUGO ALSINA, *"Derecho Procesal"*, Ediar S.A. 1963, t. I. ps. 413 y sgtes.; UGO ROCCO, *"Teoría General del Proceso Civil"*, Editorial Porrúa, S.A. 1959, ps. 81 y sgtes.; MANZINI, *"Derecho Procesal Penal"*, EJEA, Buenos Aires, 1951, t. I. ps. 115 sgtes.; EUGENIO FLORIAN, *"Elementos de Derecho Procesal Penal"*, Bosch, Barcelona, Trad. Prieto Castro, ps. 13 sgtes.; GIUSEPPE BETTIOL, *"Instituciones de Derecho Penal y Procesal"*, Barcelona 1977, ps. 199 sgtes.; CAPPELETTI, *"Proceso, Ideologías, Sociedad"*, EJEA, Bs. As. 1974.

(3) Al hablar de bienes, no lo hago con una concepción tradicional de la propiedad privada, sino, del respeto a los bienes esenciales para la existencia de la persona y de la familia, así, como de la propiedad vista con una finalidad social.

(4) Por la importancia de estos fallos, sea, del Juzgado de las 15:30 hrs. del 16 de mayo de 1977, del Tribunal Superior Contencioso Administrativo de las 10 hrs. del 25 de enero de 1978 y de la Sala de Casación No. 110 del 17 de noviembre de 1978. En la sentencia del Lic. Rodríguez se dice entre otras cosas, lo que a continuación transcribo por su enorme importancia: "Sobre tal extremo apunta el referido autor: "Linares ha señalado que el debido proceso legal es el conjunto no solo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiere a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto objetivo del debido proceso), sino también para que sea un cierto orden, una cierta seguridad, una cierta justicia en cuanto no lesione ciertas dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado liberal (aspecto sustantivo del debido proceso) y añade: 'no basta que una ley sea

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de los recursos de amparo y de hábeas corpus, sobre todo, cuando ya comienza a utilizarse el criterio de la "seguridad nacional" (5).

Efectivamente como se analiza en la sentencia del Juzgado Segundo Contencioso Administrativo, la garantía del debido proceso es de vigencia general a todos los procesos. Así, en el proceso penal la garantía existe para la protección de la libertad y de la dignidad del imputado; en el proceso laboral para equilibrar en el proceso al trabajador despedido con el patrono que tiene en sus manos el poder económico; en el proceso civil para lograr la igualdad procesal; en el contencioso, para permitir al ciudadano medios que le permitan impugnar los actos de la administración pública, que en la mayoría de las veces actúa al margen de nuestras leyes, haciendo uso del abuso del poder y de la arbitrariedad. La actuación fuera de la ley se da mucho en el caso del régimen disciplinario, donde el funcionario es despedido en muchos casos por razones extrajurídicas, especialmente de orden político, generándose una situación de inseguridad para el trabajador, al negársele el acceso a los documentos y al expediente en general.

Esas violaciones, ese desequilibrio socio-económico y a veces político entre las partes, son las que se deben pretender eliminar mediante la garantía del debido proceso. No se trata solo de elaborar fórmulas abstractas, sino procedimientos reales, concretos, operativos, que permitan al ciudadano, al más desventajoso, poder ejercer acciones y gestiones en defensa de su persona, de su libertad, y de sus bienes.

Desde el punto de vista jurídico-formal, el contenido esencial o primario lo encontramos en la Constitución y en los convenios internacionales. En las leyes procesales (especialmente los Códigos) se desarrollan esas garantías o derechos fundamentales, que en muchos casos su regulación es implícita, pero con plena vigencia.

La elevación a rango constitucional de derechos protectores en el proceso, tiene la importancia en un Estado de Derecho de que no permite su exclusión fácilmente, aun cuando en la práctica a veces se les deja sin vigencia real, bien por interpretaciones "contra legem", bien por abuso de autoridad de los funcionarios de la Administración Pública, con grave daño de los derechos e intereses de los ciudadanos.

A veces ocurre, que al regularse en el texto constitucional una garantía, la misma hace referencia expresa a un único proceso, como por ejemplo el proceso penal. Tal es el caso del principio de la defensa a que se refiere el artículo 39 de la Constitución Política. En casos como éste, debemos entender que se trata de un principio general aplicable a cualquier proceso, judicial o administrativo. La naturaleza que de un proceso hacia la ley (civil, penal, laboral, etc.) no es motivo suficiente para excluir la aplicación de la garantía legal del debido proceso, pues en el proceso siempre estarán incorporados como derechos esenciales, esas garantías procesales que son las que permiten a las partes defender adecuadamente sus intereses en conflicto, ya se trate de litigios entre particular y Administración Pública, entre particulares o entre particular frente al Estado y particulares, como ocurre en los procesos penales cuando se ha ejercido la acción civil resarcitoria.

La falta de regulación expresa o implícita en la Constitución Política, no es suficiente para legitimar la anulación de la garantía del debido proceso, pues en nuestro ordenamiento jurídico esos vacíos se llenan imperativamente mediante los métodos legales de interpretación y de integración, conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica del

---

dictada por las formas procesales constitucionales y dentro de la competencia o arbitrio del órgano legislativo para que sea válida, sino que es necesario que se respete ciertos juicios de valor a los que liga íntimamente el orden, la seguridad, la paz y la justicia del país, de los que resulta un campo de libertad del individuo y oponible al mismo Estado'. Todo lo expuesto pone en evidencia que el debido proceso legal, como garantía, tiene en mira fundamentalmente el proceso penal y tiende a proteger al individuo en su libertad, ante la posibilidad de que se le imponga indebidamente una pena. Sin embargo, esa garantía no puede ni debe ser restringida a ese ámbito, sino que ella es aplicable a todo tipo de procedimientos, y por supuesto al procedimiento administrativo. . . Si en el proceso penal, la situación del imputado debe ser garantizada a fin de que no sufra menoscabo su derecho a la vida, la libertad y la inocencia, no es menos cierto que en el proceso administrativo en el cual los particulares deben enfrentarse a la administración pública y a todo el aparato y poder que ésta posee, también es necesario que el administrado goce de garantías que le permitan gestionar, en defensa de sus derechos o intereses, en forma activa y con el necesario respaldo jurídico".

(5) Véase la resolución de Corte Suprema de Justicia de las 10 hrs. del 10 de marzo de 1980.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Poder Judicial. Incluso, se afirma con razón, que en casos de interrupción del orden constitucional, el debido proceso debe seguir teniendo vigencia (6).

Enseguida, intentaré enumerar los derechos que estimo integran el contenido esencial del debido proceso legal costarricense, no sin antes tener presente aquella advertencia que hice al inicio de este trabajo, de que, los derechos particulares de cada proceso no serán examinados a excepción de los del proceso penal.

A. Derecho a la defensa:

Esta garantía se refiere al derecho que tienen las partes (ciudadanos en juicio) a ser representadas o asistidas por un profesional en derecho, y por otro a la oportunidad para que puedan ejercer adecuadamente su defensa, es decir a la participación oportuna de todo acto, decisión, acuerdo, prueba, etc., para que pueda oponerse a la misma; en cuanto a la forma y fondo. Forma parte de esta oportunidad la *"audiencia previa"*, como garantía general, pero ésta, por su importancia y configuración como instituto procesal, la analizaré por separado.

a. Defensa y postulación:

Interesa aquí examinar el derecho a la defensa o asistencia técnica del ciudadano, es decir al derecho a que un profesional en derecho la asista a lo largo del proceso. En el proceso penal el imputado tiene derecho a la defensa gratuita; es decir costeado por el Estado, cuando no pudiere designar uno privado (arts. 80 sigtes. C.p.p.) (7). Este derecho se consagra en el artículo 8 incisos d) y e) del Pacto de San José, que se refiere no solamente al proceso penal, sino cuando se refiere a la "determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra carácter". Tal derecho se dice, es irrenunciable.

En cuanto al derecho a la defensa en el proceso penal, podemos afirmar que se trata de un derecho público, razón por la cual, no es potestativo para el imputado el defenderse personalmente o por medio de un defensor privado o público, la única potestad es en cuanto a la escogencia de defensor particular o privado, pero no en cuanto a la defensa personal, a menos que el imputado sea un profesional en derecho. La autorización siempre tendrá que otorgarla el juez (8).

En los otros procesos (civil, laboral, contencioso), se habla de postulación, es decir, el derecho de las partes y la obligación de éstos a comparecer ante los tribunales a través de un letrado. Así ocurre en el caso de las partes civiles en el proceso penal (arts. 57 y 87 del C.p.p.) (9).

Otras situaciones son las de la representación

---

(6) ZAFFARONI, Eduardo Raúl, Pronunciamiento de 6 de octubre de 1983 en respuesta a un fiscal que invoca una ley para la amnistía de los responsables por las desapariciones de ciudadanos argentinos, en donde declara, la inexistencia de dicha ley. Entre otras cosas dice: *"La falta de contenido jurídico del acto numerado 22924, lo que informa su carácter de ley inexistente, no se desprende del mero hecho de que desconozca los más importantes tratados internacionales suscriptos por la Nación, sino de que en este caso viola simultáneamente la esencia misma del fenómeno jurídico del Derecho"*.

(7) Sobre este punto puede consultarse RICARDO LEVENE, *Códigos Procesales Penales argentinos*, Editora Platense, 1974, t. II, ps. 398 sgtes.; MANUEL DE LA PLAZA , ob. cit. vol. I, ps. 287-289; JAIME GUASP, ob. cit. t. I, ps. 188 sgtes.; UGO ROCCO, ob. cit. ps. 387 sgtes.; PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, Imprenta Saez, Madrid, 1952, t. I, ps. 436 sgtes.

(8) En cuanto a este aspecto, Prieto Castro, dice: *"En esencia, pues, la defensa cumple un fin de derecho público en tres direcciones: auxilio a las partes, garantía del principio de igualdad y colaboración con el Tribunal para realizar el orden público"* (ob. cit. p. 439). Este carácter público ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia, al estimarse que su ausencia genera la nulidad absoluta (Sentencia de la Sala Primera Penal de las 17 hrs. del 5 de octubre de 1977; No. 335 del Tribunal Superior de Alajuela, de 14:45 hrs. del 14 de agosto de 1975. La obligatoriedad del cargo de defensor público ha sido reconocida en sentencia 1041 del Tribunal Superior de Limón de las 14 hrs. del 14 de noviembre de 1977.

(9) El derecho a la defensa se consagra en el art. 39 de la Constitución Política y 8 del Pacto de San José. Si bien en la primera norma se hace referencia únicamente al proceso penal, se ha entendido, que el principio es aplicable a todos los procesos, es decir, debe interpretarse en forma amplia (sent. 35-F de la Sala Segunda Penal de 13 hrs. del 24 de diciembre de 1975. Luego, el artículo 8 del Pacto de San José, suscrito por nuestro Gobierno y aprobado por la Asamblea Legislativa, reconoce ese derecho en todos los procesos. Por ello he defendido que el Estado tiene la obligación de crear una legislación que permita hacer efectivo ese derecho, por lo menos para los sectores más pobres de nuestra sociedad. Motivado en esas razones la Asociación Costarricense de Juristas presentó una ponencia en el Congreso Jurídico Nacional celebrado en este año (1983), sobre el Tribunal de Menor Cuantía en materia civil, entre cuyas principales características están la de la defensa obligatoria, amén de otras como la oralidad, la oficiosidad. Desgraciadamente fue rechazada en forma indebida, pese a la aceptación que la misma tuvo. Evidente es que en ciertos procesos como el contencioso, las personas de pocos recursos no tienen acceso a la justicia, no solo por el elevado costo del proceso, sino por el alto valor de los honorarios, razón por la cual las demandas que-

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

legal, para aquellas personas que por su edad, capacidad mental o legal (quebrados), en donde deben ser representados por quien legalmente ostente esa representación. Así por ejemplo los casos de los artículos 56 del C.p.p., y en especial el artículo 127 del Código de Familia que garantiza el derecho de la asistencia legal para quienes carezcan de recursos, o bien los personeros de las personas jurídicas (art. 20 del Código Civil).

La mayoría de los tratadistas estiman que en todos aquellos casos en que la representación legal o defensa o postulación son obligatorias, se constituyen en verdaderos requisitos de la validez y eficacia del proceso; de tal forma que su ausencia genera la nulidad absoluta del mismo y en algunos casos, hasta su inexistencia (10).

Es evidente que en donde resalta el mayor grado de indefensión, es en el proceso penal, cuando al imputado se le niega la posibilidad de una defensa técnica, porque ello repercute directamente en la libertad de las personas, a veces con efectos irreparables.

b. La defensa material:

Por defensa material se debe entender al derecho que tiene cada parte, especialmente el imputado, a ejercer una impugnación en sentido amplio contra las demandas, acusaciones, pruebas, recursos, excepciones, y cualquier alegación en sentido amplio, que afirme el verdadero contradictorio del proceso (11).

Forma parte de la defensa material, el derecho del imputado a abstenerse a declarar, o bien si lo hace, a que lo haga sin juramento (arts. 277 a 279 C.p.p.), a que se le informe de todo lo actuado en el proceso, a participar en las diversas diligencias (pruebas, inspecciones oculares), a impugnar los dictámenes, etc. etc.

B. Jurisdicción y competencia. El juez natural:

Se trata de dos de los presupuestos más importantes del proceso, y para su válida y eficaz constitución. La jurisdicción es en realidad un poder constitucional en virtud del cual el Poder Judicial a través de sus tribunales de justicia, conoce y resuelve en toda su dimensión todas las contiendas o conflictos de intereses que se le sometan voluntariamente (asuntos civiles o penales de acción privada), o bien obligatoriamente cuando se trata de delitos de acción pública y cualesquiera otros a los cuales la ley les asigne ese carácter.

La competencia en cambio, viene a ser la distribución que la ley hace de los diversos objetos de conocimiento de los tribunales en consideración a diversas razones o criterios: la materia (civil, penal, laboral, etc.), a la cuantía, a la gravedad de la pena, al territorio, a la jerarquía.

Para que un proceso pueda ser conocido legalmente por un tribunal, este debe tener jurisdicción y competencia, y su ausencia o defectuosidad no son subsanables bajo ninguna circunstancia; salvo en casos en que, por falta de competencia se puedan conservar procedimientos compatibles (art. 173 L.O.P.J.).

No es el momento oportuno para extenderme en un análisis detallado de la jurisdicción y la competencia. Me interesa tan solo resaltar que la jurisdicción se deriva directamente de nuestra Constitución Política, y junto con la función ejecutiva y la legislativa, constituyen las tres grandes funciones en que se ha dividido nuestro sistema político a cargo de tres poderes independientes el uno del otro (arts. 9, 35 y 152 y sgtes. Constitución Política). La regulación particular de la jurisdicción y de la competencia se deja a las leyes, y así, la principal normativa la encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en algunas disposiciones particulares de cada Código o bien en leyes especiales.

En cuanto a la jurisdicción y competencia, forman parte del debido proceso, en cuanto se garantiza que cualquier litigio solamente podrá ser resuelto por los tribunales instituidos por la ley. Es de especial importancia este tema en materia penal, en cuanto a que quedan prohibidos los tribu-

---

dan reducidas a un privilegiado sector empresarial. Así, el ciudadano es fácilmente objeto de la arbitrariedad de los funcionarios públicos, sin posibilidades de impugnación real, quedando en el papel la garantía constitucional del artículo 49. Tal situación se presenta en los procesos laborales, donde el pretendido equilibrio entre patrono y trabajador no se da, a menos, cuando el trabajador tiene acceso a alguna defensa legal de parte de muy pocas organizaciones sociales.

(10) Puede consultarse sobre ausencia de presupuestos formales *"Jurisprudencia civil de la Sala de Casación"*, 1950, 1975, Dr. Víctor Pérez y otros; e igualmente mi tesis doctoral sobre *"Presupuestos y excepciones procesales"*, Estudio de Derecho Comparado, Madrid, 1976 ps. 253 sgtes.

(11) Sobre defensa material véase Prieto Castro, ob. cit., t. V, ps. 121, 122; MANZINI, ob. cit., t. II, ps. 571, 572; LEVENE, ob. cit., t. II, ps. 398 sgtes.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

nales especiales y por ello, el ciudadano sujeto a un proceso, solo podrá estarlo con respecto al juez ordinario o natural. Por ello, la violación a estos principios, generan en algunos casos la inexistencia del llamado proceso o bien a su nulidad absoluta. Levene refiriéndose a esta garantía ha dicho, que en estos casos se impone la máxima sanción a "toda clase de violación de las normas que se refieren al órgano judicial, o a su competencia y a su actividad, así como sancionamos la violación de las normas que se refieren a la defensa" (12).

C) La cosa juzgada y la irretroactividad de la ley:

Ambos institutos se consagran como derechos individuales. El artículo 34 de la Constitución Política se refiere a la irretroactividad de la ley (13) así como el 9 del Pacto de San José (14); la cosa juzgada se regula en el artículo 42 párrafo 2 de la Constitución Política y 8 inciso 4 del Pacto de San José (15).

La Cosa juzgada tiene una doble acepción: la formal y la material. La Cosa juzgada formal hay que entenderla como la cualidad que adquiere una resolución declarada por ley no impugnable o bien cuando teniendo recursos, la parte no los ejercita, adquiriendo consecuentemente esa autoridad que impide su modificación. Se trata de sentencias firmes.

En cambio la cosa juzgada material debe entenderse como la imposibilidad de revisar el objeto procesal discutido en un proceso, mediante la incoacción de un nuevo proceso. Hay que tener claro que ciertos procesos no adquieren esta autoridad, como en los ejecutivos, desahucios y otros especiales, que sí pueden ser revisados en juicio ordinario. Podríamos afirmar que tal cualidad solo se adquiere en los procesos ordinarios, ya se trate de penales, civiles, laborales, o bien en procedimientos especiales cuando la ley expresamente le otorgue esa cualidad.

La importancia de la cosa juzgada en nuestro tema, resalta especialmente en el proceso penal, en donde no es posible juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho (art. 42 Constitución Política y 1 del C.p.p.), lo que se conoce en la doctrina como "non bis in idem". En otras palabras, si una persona fue juzgada por un determinado hecho histórico, posteriormente no se le podrá someter a nuevo proceso penal, aun cuando se "modifique la calificación o se afirmen nuevas circunstancias" (art. 1 C.p.p.).

En cuanto a la irretroactividad de la ley, debemos tener presente su contenido fundamental, es decir, que las normas solamente pueden tener efectos hacia el futuro, o sea "ex nunc". En torno a este principio se ha presentado una doble concepción. Por un lado, algunos aceptan que la misma solamente es aplicable a las leyes emanadas de la Asamblea Legislativa, tesis que ha sido erróneamente sostenida por nuestra jurisprudencia (16), mientras que otra, admite la posibilidad de hacer prevalecer este principio en todo tipo de actos o normas emanados de la Administración Pública, como por ejemplo el Dr. Rubén Hernández en nuestro país (17), García Enterría en España (18), Georges Vedel en Francia (19). Esta última tesis es la que realmente se adecua al contenido del debido proceso, en cuanto a que se garantiza la irretroactividad de los actos en general de la Administración Pública.

---

(12) LEVENE, Ricardo (hijo), ob. cit., p. 31 "*El debido. . .*".

(13) Sobre este principio véase Rubén Hernández, "*Las libertades públicas en Costa Rica*", juricentro 1980 ps. 177 sgtes.

(14) El artículo 9 del Pacto de San José dice: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

(15) El párrafo segundo del artículo 42 de nuestra Constitución Política dispone: "Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión".
El artículo 8 inciso 4, dicha convención de San José, establece la garantía así: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

(16) Juzgado Segundo Penal de San José, 13 hrs. del 12 de diciembre de 1957. Puede consultarse además la obra de Carlos Manuel Arguedas "*Constitución Política de la República de Costa Rica*", Editorial C.R. 1981, ps. 83 sgtes.; RUBEN HERNANDEZ, ob.cit. ps. 177 sgtes.

(17) HERNANDEZ, Rubén, ob. cit. p. 178.

(18) GARCIA ENTERRIA, *Curso de Derecho Administrativo*, 1980, t. I, p. 490.

(19) VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Editorial Aguilar, 1980 p. 159.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En materia penal el principio tiene una aplicación estricta, además de que está íntimamente ligado el principio de legalidad. En cuanto a la aplicación de las normas definidoras de las conductas delictivas. El artículo 1 del Código Penal establece el principio en el sentido de que nadie puede ser sometido a una pena o medida de seguridad que la ley no haya establecido previamente. Solamente cuando siendo la ley posterior, ésta resulte más benigna. En cuanto al procedimiento rige una regla semejante, es decir, el procedimiento que se aplique es el regulado en la ley vigente al momento de la comisión del hecho, salvo que promulgándose una ley posterior regule procedimientos más beneficiosos para el procesado. En este sentido merecen destacarse los artículos 63 y 65 de la ley 5711 de 27 de junio de 1975 "Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales" en virtud de los cuales se adecuó la aplicación del nuevo Código, que evidentemente era más favorable que el de 1910.

Podría afirmar como corolario de lo anterior, que la irretroactividad de la ley es una regla general con vigencia para todos los procesos y procedimientos, tanto judiciales como administrativos, y que, solamente podrá aplicarse una ley o un acto con efecto retroactivo, cuando los mismos se den con el objeto de beneficiar al imputado o a las otras partes que intervienen en procesos como el civil, el laboral, el contencioso. Lo anterior es una regla insoslayable de nuestro ordenamiento jurídico, y forma parte del contenido fundamental del debido proceso legal costarricense.

En la medida en que se afecten derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, o se afecten derechos fundamentales como la vida, la libertad, la dignidad, no es posible admitir la retroactividad de ningún acto del Estado, mientras este esté sujeto en todo su funcionamiento a la ley como lo establece nuestra Constitución Política y en forma detallada los artículos 11 y sgtes. de la Ley General de Administración Pública (principio de legalidad).

D. La audiencia previa o derecho a ser oído en juicio:

El principio general se regula en los artículos 39 de nuestra Constitución Política y 8 inciso 1 del Pacto de San José. En la primera disposición constitucional se hace referencia únicamente al proceso penal, pero, se trata de una regla general que se aplica a todo tipo de procesos judiciales o administrativos (20).

La audiencia previa constituye uno de los principios generales del proceso, íntimamente ligado al principio de la defensa. Con la audiencia previa se trata de dar una adecuada oportunidad al ciudadano para el ejercicio de su defensa, tanto técnica como material. Por ello, esa oportunidad esencial, se relaciona con el contradictorio, es decir, la posibilidad de que el objeto de conocimiento de un proceso y de otras pretensiones menores (por ejemplo las incidentales), y de cualquier actuación que incida en el resultado, sean conocidas efectivamente por las partes y discutidas ampliamente (audiatur et altera pars), de tal forma que en esa contradicción de intereses, se puedan ofrecer pruebas, hacer alegaciones e impugnaciones de todo tipo, y así, poderse llegar a un fallo que realmente recoja la verdad real mediante una aplicación correcta de la ley y de la justicia. El contradictorio es principio esencial de todo proceso ordinario (penal o civil) o bien de cualquier procedimiento especial donde exista la contención de intereses (21).

Propiamente sobre la *audiencia previa,* se ha dicho en la sentencia No. 110 de 1978 de la Sala de Casación, que es una "de las más importantes dentro de cualquier régimen jurídico, ya que implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del poder público que tiendan a privarlo de sus derechos y sus más preciados intereses". Este derecho ha sido eregido en una formalidad de carácter esencial, "porque sin ellas la función jurisdiccional no se desempeñaría debida y exhaustivamente. En sentido inverso si se

---

(20) Así se reconoce en sentencias ya citadas, Casación No. 35 de 1975 y de la Sala Segunda Penal y No. 110 de 1978 de la Sala de Casación.

(21) Sobre este principio puede consultarse, MANUEL A. DOMINGUEZ DE ANDRADE, *"Nocoes Elementares de processo civil"*, Coimbra Editora, 1963, ps. 352 y 353. En el mismo sentido de la esencialidad del principio, CARNELUTTI, *"Cuestiones sobre el proceso penal"* EJEA, Bs. Aires, 1961, ps. 72, 73; JAIME GUASP, ob. cit., t. I. p. 236; PEDRO ARANGONESES, ob. cit. p. 434; UGO ROCCO, ob. cit. p. 229 sgtes.; quien llama a este "derecho de contradecir". Igualmente en la sentencia ya citada de lo que fue nuestra Sala de Casación, No. 110 de las 10 hrs. del 17 de noviembre de 1978, se reconoce este principio con una vigencia general.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

considerara que no se ha consignado como esencial una de tales oportunidades, se estaría violando esa garantía constitucional al auspiciar una privación del derecho sin establecer para el perjudicado la garantía de la defensa, para poder ser oído y convencido en juicio. La privación de defensa tomada en sentido lato, establecida en los juicios civiles y penales, puede hacerse extensiva por analogía y por las razones dadas a los juicios administrativos" (22).

La audiencia previa, es decir la oportunidad adecuada de la defensa (técnica y material), repercute en otras garantías específicas a cada proceso, que no analizo por no ser el momento. Ellas quedan incluidas dentro del principio general de defensa, como por ejemplo el derecho a revisar expedientes y documentos relativos al litigio, el acceso a las diversas actuaciones con una adecuada participación. Por ello en ciertos procesos como el penal en su fase esencial como es el debate (plenario), y el proceso laboral de menor cuantía, la publicidad se erige en elemento esencial, al permitirle no solo a las partes, sino a los ciudadanos en general a fiscalizar la actuación judicial.

El acceso a los expedientes y documentación, resulta de difícil aceptación por los burócratas del Estado. Sin embargo, lo mismo ocurre en procesos judiciales, donde los jueces de instrucción han abusado por presiones del O.I.J. y de la prensa al decretar el secreto del sumario y la incomunicación del imputado; atribuciones que significan una abierta violación a todos los principios esenciales de la defensa. Así, en el caso del secreto sumarial, aun cuando la norma no lo indica en forma expresa, las autoridades judiciales han entendido que se extiende a los defensores o mandatarios de las partes, cuando en realidad, el secreto es extensivo a quienes no son parte directa en el proceso, como por ejemplo abogados no defensores y estudiantes de derecho. Estas medidas son verdaderas limitaciones a la defensa, pese a que tienen su origen legal o constitucional, en cuanto permiten que las autoridades policiales generen elementos probatorios sin la participación del defensor, recurriéndose a diversos métodos de presión en contra del inculpado.

En relación con los procesos administrativos, debemos tener en cuenta que con la promulgación de la Ley General de la Administración Pública, se vino a dar un marco legal a este proceso, estableciéndose entre otras garantías, el derecho a la audiencia previa (arts. 217 y 218). Esta no puede dejar de cumplirse, salvo en casos de urgencia debidamente comprobada (art. 219 inc. d), cuando la omisión tenga por objeto evitar daños graves a las personas o daños de imposible reparación de las cosas. Salvo estos supuestos la omisión injustificada de la audiencia previa, genera un estado absoluto de indefensión y en consecuencia la nulidad de todo lo actuado (art. 219 inc. 2). Otros textos de la Administración Pública contienen expresamente este trámite esencial, como por ejemplo el Estatuto Orgánico de la Universidad Nacional (art. 164); Código Municipal (154 inc. a); 161 en materia de expropiación); Estatuto del Servicio Civil (art. 43 inc. b); Código de Normas y Procedimientos Tributarios (83, y 135 a 137).

La audiencia previa es un instituto fundamental en el proceso en general y constituye en nuestro Estado de Derecho garantía fundamental de la defensa, razón por la cual la misma es insustituible e irrenunciable (23).

Esta garantía tiene una vigencia permanente en el proceso, por cuanto puede presentarse al comienzo de un proceso o bien durante su desarrollo en diversas incidencias o actuaciones que se van presentando. Podría afirmar que la garantía se aplica en toda situación procesal donde surjan elementos probatorios o cuestiones incidentales que puedan afectar la decisión definitiva del proceso o bien puedan impedir que ésta se dicte. Por ello en muchos casos la propia ley en forma

---

(22) En relación con el proceso administrativo, hay que tener en cuenta, que la promulgación de la Ley General de la Administración Pública, vino a dar el marco legal adecuado, estableciéndose en otras cosas, esa oportunidad de previa defensa (arts. 217 y 218). Solamente en casos de urgencia comprobada se puede prescindir de tal audiencia (art. 219 inc. 1).

(23) Debemos tener presente la diferencia que existe entre el proceso civil y el penal, por cuanto aquél se rige por algunos principios totalmente inaceptables en el segundo, como por ejemplo la disponibilidad. En cambio en el proceso penal el ejercicio de la acción penal pública no puede interrumpirse, suspenderse ni hacerse cesar salvo disposición legal en contrario. En el proceso civil cabe la posibilidad de la subsanación, de la transacción, del desistimiento, de la negociación por árbitros, de la caducidad. Realmente el único criterio para determinar los alcances de la omisión de un trámite como el emplazamiento, es el de la INDEFENSION, puesto que si la parte beneficiada con el mismo se da por enterada y se allana a la demanda, no existe razón para anular el proceso. Sobre este tema puede consultarse mi libro *Las nulidades en el proceso civil costarricense*.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

expresa obliga a ese trámite, como por ejemplo los dictámenes del Organismo de Investigación Judicial (art. 34 Ley Org. O.I.J.); los peritajes y las inspecciones oculares en materia civil (arts. 298 y 301 del C.p.p.).

E. Presunción de inocencia (24):

En nuestra Constitución Política no encontramos en forma expresa el principio, pero sí contenido implícitamente en dos artículos (36 y 37). El Pacto de San José sí lo regula en forma clara en su artículo 8 inciso 2, así como el mismo es desarrollado ampliamente por el Código de Procedimientos Penales. Es un principio cuya vigencia está limitada al proceso penal, pero sin negar la posibilidad de extender el mismo al resto de los procesos, en el sentido de que nadie puede ser tenido como responsable mientras una sentencia no lo declare.

En el ámbito penal, el principio se desarrolla en los artículos 276 a 279 (C.p.p.), principio que podría desglosar en la siguiente forma:

a) Derecho a abstenerse de declarar, de lo cual debe ser previamente informado el imputado;

b) La declaración del imputado debe ser rendida sin juramento para eximirlo de responsabilidad penal por hechos inexactos o falsos;

c) Derecho a declarar libremente, es decir, bajo ningún tipo de amenazas por prohibirlo no sólo el artículo 276 del C.p.p. sino el artículo 40 de la Constitución Política;

d) Derecho a la intimidación. Consiste en la información que previamente debe darse al imputado antes de su declaración sobre los hechos y pruebas existentes en su contra;

e) Derecho del imputado a declarar o ampliar su declaración en cualquier estado del proceso, lo cual debe entenderse que persiste hasta antes del momento en que concluye el debate (art. 282 C.p.p.).

Este principio que analizamos no significa que es el único en el proceso penal, sino que es uno de los específicos de mayor importancia, y por ello el análisis breve de él (25).

---

(24) Sobre este principio y las teorías que se ocupan de él, puede consultarse Ricardo Levene, *Códigos Procesales. . .*, ob. cit. ps. 7 sgtes., T. I.; *"El debido proceso penal y otros temas"*, publicación ILANUD, 1981, p. 28. En esta obra el autor argentino critica el Código Procesal de Córdoba y el nuestro por incluir este principio una etapa muy avanzada del proceso, ya que estima que el principio debe permanecer vigente a lo largo del mismo, de tal forma que las restricciones al imputado, a su libertad, sean llevadas al mínimo (ps. 29, 30). En esta difícil tarea se debe conciliar el interés de la sociedad con el interés individual del imputado. Por ello, en los últimos procesos penales realizados por hechos terroristas, he abogado como defensor en uno de tales juicios (tentativa de secuestro en perjuicio de Gamboa Palomo), para que se obligue a los agentes policiales del O.I.J., a que cumplan con todas las formalidades que se exige en la instrucción, tal y como los obliga el artículo 164 inc. 7 del C.p.p. en cuanto a la recepción de declaraciones al imputado. No es que pretenda limitar las atribuciones de este organismo, sino de exigirles que en lo que se refiere a su actuación, lo hagan por el sendero de la legalidad, por el respeto que toda persona se merece. Desgraciadamente algunos jueces por temor, o por cualquier otro motivo, han tolerado tales actuaciones, lo que, hace, que nuestro proceso penal se vaya desacreditando.

(25) Los principios que vengo analizando son los que en mi concepto constituyen el contenido esencial del debido proceso, a excepción de la presunción de inocencia que es específico del proceso penal. No obstante en el proceso penal existen algunas instituciones que merecen destacarse, por cuanto en su regulación formal o aplicación práctica, tienden a convertirse en abiertas violaciones a la garantía del debido proceso. Me refiero básicamente a la excarcelación, la incomunicación, la prueba legal y la prórroga extraordinaria.
a) Excarcelación: El otorgamiento de este beneficio queda supeditado al rendimiento de una garantía de tipo económico, lo que altera el funcionamiento normal del debido proceso. Además, cuando la fianza es superior a tres mil colones, queda supeditada a fianza real y cuando es superior a cinco mil colones a anotaciones en el Registro Público. Sabemos por la experiencia judicial, que la mayoría de los imputados son de escasos recursos y por ello muchos no pueden rendir ese tipo de fianzas, a diferencia del imputado de cuello blanco, que no sólo puede rendir la fianza con facilidad, sino que tiene los medios económicos y políticos, para evadir la acción de la justicia. Realmente sino se crean mecanismos legales que permitan al juez fijar la fianza de acuerdo con las posibilidades económicas, para permitir la libertad provisional, se estaría generando un grave desajuste del proceso, con grave violación del debido proceso.
b) Incomunicación: En nuestro país se estaba haciendo costumbre de parte de los agentes policiales del O.I.J., incomunicar al imputado por dos días hábiles, más diez con autorización judicial. Se estaba incomunicando en total doce días, con abierta violación del artículo 44 de nuestra Constitución Política y del artículo 197 del C.p.p. En un proceso en que participé como defensor de un eminente pintor nacional, este estuvo incomunicado doce días. Presenté recurso de hábeas corpus, alegando ante la Corte, que ésta podía suspender la misma y limitarla al término legal de diez días. Alegué, que si con este recurso se protegía la libertad personal, lógicamente procedía en una situación como la planteada, por cuanto significa un estado de mayor agravación, en cuanto se daba detención e incomunicación. Desgraciadamente con un criterio sumamente conservador de la Corte se resolvió el 26 de marzo de 1981, que el recurso era improcedente y que debía gestionarlo por otra vía. Yo me pregunté: ¿Por cuál vía, si se trata de la libertad de las personas? En realidad lo único positivo de la infructuosa gestión mía, fue una circular emi-

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

F. Recursos. La doble instancia:

Podríamos afirmar que el derecho a recurrir, en especial contra sentencias condenatorias, se encuentra en la libertad general a la petición (artículo 27 Constitución Política y 6, 8 inciso 4 del Pacto de San José). El derecho a recurrir en una segunda instancia, es una solicitud o demanda de revisión por el superior en grado, bajo los supuestos y los requisitos que las propias leyes establecen (26).

Considero que su supresión, hace que el Código de Procedimientos Penales sea contrario al ordenamiento constitucional, aun cuando hace algunos años llegué a sostener lo contrario. En buena hora una rectificación, en aras de la legalidad del proceso, especialmente del proceso penal. Claro está, al introducirse un nuevo sistema, basado en la publicidad y en la oralidad, la segunda instancia crea ciertos problemas prácticos, como el de la inmediación de la prueba, pero, que eventualmente son superables mediante una precisa revisión de nuestras leyes procesales penales.

En los demás procesos, el otorgamiento de recursos para impugnar resoluciones interlocutorias y sentencias o autos con ese carácter, debe hacerse sobre la base de la igualdad de las partes y de una adecuada oportunidad para su ejercicio. La tendencia moderna en estos procesos es más bien a su limitación, por lo que las reformas que se proponen en el nuevo proyecto del Código de Procedimientos Civiles en cuanto a su limitación por ausencia de fundamentación, es de mi completo agrado.

G. La justicia pronta y cumplida:

Es un principio general a todo proceso, el que el mismo debe tramitarse con celeridad. Así resulta de los artículos 41 de la Constitución Política y 8 del Pacto de San José.

La celeridad procesal tiene enorme importancia en dos procesos: en el penal y en el laboral. En el primero por estar de por medio la libertad del imputado (véase al respecto la nota 23, p. 19); mientras que en el proceso laboral está de por medio el derecho al trabajo, a la subsistencia de la familia. Sabemos que desgraciadamente los procesos siguen siendo lentos, aun cuando en materia

---

tida por la Corte Plena No. 40 de 28 de abril de 1981 publicada en el Boletín Judicial No. 95 de 20 de mayo de ese año, en donde se limitó la incomunicación a los diez días en total.
Estimo que el trámite de la incomunicación es una abierta violación al proceso penal, y que la disposición legal que la autoriza está en abierta contradicción con los artículos 36, 37 y 40 de la misma Constitución Política. En especial, creo resulta lesionado el último artículo, en cuanto que la incomunicación es un medio de coacción para la obtención de pruebas mediante la presión sicológica del imputado, y en algunos, precisamente por el mismo estado de secreto en que se produce, a veces hasta con presión física. Se agrava con el hecho de que los jueces se han excedido en el otorgamiento de este trámite casi sin ningún control de su parte. Sabemos además que la Corte, preocupada por algunos hechos, ha creado una Agencia Fiscal de Turno y otras medidas similares, para evitar el abuso de autoridad de parte de algunos agentes del O.I.J.
Creo, que de todo lo anterior resulta que es conveniente que se promueva una reforma al Código Procesal Penal para reducir el término de diez días a lo máximo tres, por cuanto el vigente resulta sumamente extenso y el mismo por sí, es una grave violación al debido proceso en su totalidad y una negación a la libertad personal.
c) **La prueba legal:** Para que el proceso realmente cumpla sus fines, se debe autorizar los medios de prueba que no violen los derechos fundamentales del ciudadano, así como de procedimientos adecuados para su ofrecimiento, admisión y recepción. En nuestro C.p.p. los medios de prueba están enumerados en el Título III del Libro II (arts. 201 y sgtes.). El problema que se presenta es en cuanto a si es posible admitir otros medios de prueba diferentes a los admitidos por nuestro Código, o bien a si la norma del artículo 198 es aplicable fuera de la instrucción, es decir en la etapa de elevación a juicio. Creemos que en principio pueden hacerse llegar todo tipo de pruebas siempre que las mismas no vayan en contra de los derechos fundamentales del individuo, por cuanto su valoración quedará supeditada a la apreciación que de las mismas hagan los jueces conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, cuando los jueces actúan con mucha amplitud en la recepción de pruebas, se debe dar acceso inmediato a las mismas, y en particular, cuando se origina durante el período de incomunicación o de secreto del sumario.
d) **La prórroga extraordinaria:** Algunos autores como Levene en su obra citada, sobre el debido Proceso (ps. 36, 37) critican este instituto procesal por considerarlo como un resabio del viejo sobreseimiento provisional, que el Código de Procedimientos Penales de 1910 contenía. Yo comparto esta opinión, en especial cuando los plazos son largos, como en la legislación argentina, en cuanto generan gran inseguridad para el procesado. En nuestro país el problema no es realmente el plazo, aun cuando creo que con seis meses es más que suficiente y no un año como ocurre en instrucción formal, sino en que, vencida la prórroga ordinaria que prevé el artículo 199 del C.p.p. y pasado aún más tiempo después de los seis meses, los jueces de instrucción dictan faltas de mérito o tardíamente una prórroga extraordinaria, alargándose la duración de la instrucción en forma ilegal y violándose principios como el de la justicia pronta y cumplida y el de la presunción de inocencia. Es mi criterio, y lo he venido sosteniendo hace muchos años, que cuando la prórroga extraordinaria se decreta fuera del plazo real de duración de la instrucción (me refiero a los plazos máximos del art. 199), la prórroga extraordinaria debe contarse retroactivamente, pues de lo contrario, se estarían perpetuando los procesos con violación no solo del debido proceso sino de los artículos 199 y 325 del C.p.p.; situación que crea una gran inseguridad en la administración de la justicia.

(26) El Dr. Francisco Castillo siempre ha sostenido esta tesis, y ello se puede observar en su artículo *"El efecto extensivo de las impugnaciones penales"*, Revista Judicial No. 10, p. 33.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

penal el nuevo sistema vino a acelerarlo en mayor medida al que regía cuando estaba vigente el C.p.p. de 1910 (27). Creemos que aun cuando dentro del contexto latinoamericano las estadísticas nos favorezcan, debemos hacer un esfuerzo mayor por acelerar los procesos penales, creando por lo menos mecanismos adecuados y razonables de libertad provisional, por cuanto, todo atraso en la administración de justicia en un juicio penal significa una violación inexcusable de la garantía del debido proceso.

En otros procesos como el civil y el contencioso, también debemos exigir esa celeridad, por cuanto generalmente están de por medio bienes materiales que pueden tener una gran repercusión en las personas, o como ocurre en los juicios de familia, donde los intereses son socialmente esenciales.

IV. DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD (28)

Vivimos en un estado de derecho, es decir, donde la ley es el marco o límite de la actividad del Estado y sus instituciones. La característica más importante de ese Estado, es que éste queda sometido a ese principio, de tal forma, que su actuación puede ser objeto de control en las más diversas formas: la más importante es el control judicial a través del contencioso administrativo (art. 49 Constitución Política).

El principio de legalidad debería tener una vigencia total en nuestro ordenamiento, en cuanto es principio fundamental de ese Estado de Derecho. Este principio tiene diversas connotaciones según se aplique en el derecho sustantivo: por ejemplo en el Derecho Penal, o bien cuando se aplica al Derecho Procesal, o como cuando se aplica al Derecho del Trabajo. En el Derecho Penal este principio se traduce en la fórmula "nulla poena sine lege" (29), y que en nuestra Constitución Política se regula en el artículo 39 en la siguiente regla: "a nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior". El principio se encuentra nuevamente normado en el artículo 1 del Código Penal y 9 del Pacto de San José.

En el Derecho Administrativo, tal y como lo expresé antes, el principio se le concibe como un marco o límite a la actividad de la Administración Pública, es decir, la necesidad de que el Estado y sus instituciones actúen dentro del marco estricto de la ley. Este principio se recoge en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley General de la Administración Pública, y se erige como una garantía para los ciudadanos.

En lo que se refiere al Derecho Procesal, el principio también tiene su vigencia. Recordemos que el mismo ha sido incorporado en el artículo 5 del Proyecto de Reforma al Código de Procedimientos Civiles. En lo que se refiere al procedimiento administrativo, se establecen normas concretas como son los artículos 214 a 216 de la Ley General de Administración Pública. En el proceso penal, rige lo dispuesto en el artículo 1 del

---

(27) Sobre la celeridad en los diversos sistemas latinoamericanos, puede consultarse la obra de Elías Carranza, Luis Paulino Mora, Mario Houed y Eugenio Rául Zaffaroni *"El preso político sin condena en América Latina y el Caribe"*. Edición del ILANUD, 1983.

(28) Sobre el principio de legalidad en el Derecho Administrativo puede consultarse RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid 1976, ps. 116 sgtes.; GEORGES VEDEL, *Derecho Administrativo*, Aguilar, 1980, ps. 24 sigtes.; En el Derecho Penal, la obra de GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Bosch Barcelona, ps. 95 sgtes.; PRIETO CASTRO, ob.cit., T. V., ps. 82 sgtes.; MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EJEA, Bs. Aires 1951, RICARDO LEVENE (hijo), *El debido proceso. . .* ob. cit., p. 19. En el derecho Procesal Civil podemos citar a HUGO ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar Bs. Aires, 1963, T. I., ps. 252; JAIME GUASP, ob. cit., T. I.,ps. 44 sgtes.; UGO ROCCO, ob. cit., ps. 151 sgtes. En el proyecto de corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (Editorial Tecnos 1972, T. I.), se incluye en forma expresa el principio de legalidad en el artículo 1: "Principio de legalidad. Principio de audiencia bilateral. I. El que haya de comparecer en juicio, tanto en asuntos de la jurisdicción contenciosa como de la voluntaria debería verificarlo ante el Tribunal que sea competente y en la forma ordenada por esta ley. II. Nadie será condenado sin ser oído y vencido en el juicio correspondiente". En el proyecto de Código Procesal costarricense de 1983, Edición del Colegio de Abogados, se incorpora el principio en el artículo 5: "OBSERVANCIA DE LAS NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de derecho público, y en consecuencia, de obligado acatamiento tanto por el juez, como por las partes y eventuales terceros. Se exceptúan de estas reglas las normas que aunque procesales, son de carácter facultativo, por referirse a intereses privados de las partes. Cualquier acto procesal que contradiga lo dicho en este artículo será inexistente" (p. 39).

(29) Sobre este principio en el Derecho Penal, véase GUISEPPE BETTIOL, ob. cit., p. 95 sgtes. PRIERO CASTRO, ob. cit., t. V., ps. 82 sgtes.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

C.p.p. que dice: "Nadie podrá ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código. . .".

El fundamento primario de este principio lo encontramos en el artículo 39 de la Constitución Política, que si bien es cierto hace referencia a la condena penal, hay que entenderlo en forma amplia, es decir con una vigencia a todos los procesos (30). Este ha sido el criterio sostenido por la sentencia de Casación No. 110 de 1978, comentada anteriormente.

En relación con el debido proceso, que es el tema de nuestro estudio, el principio debemos desglosarlo así:

a) Todos los actos esenciales del proceso referidos a derechos constitutivos del debido proceso, quedan reservados a la ley;
b) Para que alguien sea condenado en juicio, se requiere que este sea previo, es decir regulado en ley anterior (31);
c) Las normas procesales a que hago referencia son de obligado acatamiento para el juez y demás sujetos que participan en un proceso; su incumplimiento causa un vicio causante de nulidad absoluta y en algunos casos hasta la inexistencia del proceso.

Es claro, que entre debido proceso y principio de legalidad existe una correlación indisoluble, lo que hace, que la garantía del debido proceso dependa esencialmente de ese Estado de Derecho, y en especial de la vigencia efectiva de dicho principio, en cuanto que la legalidad tenga aplicación real, los derechos del ciudadano en el proceso serán eficaces.

V. INCUMPLIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO. SANCIONES

A través de la exposición he dejado claro, que el contenido del debido proceso como garantía legal en nuestro país, es de un contenido esencial, en cuanto involucra derechos fundamentales, de regulación constitucional o convencional. Muchos de esos derechos o garantías operan como verdaderos requisitos del proceso, como es el caso de la jurisdicción y competencias legales, la representación obligatoria (legal o técnica). Otros si bien no son requisitos necesarios para el nacimiento del proceso, sí son esenciales para su existencia posterior como ocurre con el emplazamiento en el proceso civil o la declaración del imputado con las formalidades esenciales. En los procesos administrativos, la audiencia previa es un verdadero presupuesto de su existencia.

Es evidente que esos requisitos no pueden estar ausentes, ni ser defectuosos. Dependiendo de la omisión total de uno o varios de esos requisitos o del grado de su defectuosidad, así será el grado de su validez.

Podría decir, que de ese incumplimiento, se pueden derivar cuatro tipos de responsabilidades: de carácter civil, penal, disciplinaria y procesal (nulidad o inexistencia). Cada responsabilidad se puede generar individualmente o bien varias de ellas o todas a la vez. No obstante, solo haré referencia a la nulidad, por ser el tema de mi interés.

La ausencia completa de algún requisito en cuanto es derecho o garantía esencial de una de las partes, genera la nulidad absoluta de todo lo actuado y resuelto a partir del momento de la violación. Esta nulidad por su propia naturaleza es insubsanable (32).

Cuando alguna de tales garantías se ha originado defectuosamente, habrá que valorar la misma de acuerdo con los principios de la teoría general de las nulidades. Por ejemplo si se trata de un proceso penal, el defecto produce nulidad si la misma está expresamente establecida en una norma del

---

(30) En este mismo sentido puede consultarse HUGO ALSINA, quien al comentar el artículo 29 de la Constitución uruguaya dice: "Aun cuando el texto emplea la palabra pena, debe entenderse que se refiere a una condena, es decir, a una imposición establecida por sentencia y que por lo tanto se refiere a la condena en lo criminal tanto como en lo civil. El precepto, efectivamente comprende dos situaciones: el juicio previo y la ley anterior; y si bien el proceso civil no puede ser un requisito de la condena de la existencia de una ley anterior desde que el juez puede, en el silencio de la misma aplicar los principios generales del Derecho, indudablemente no puede haber sentencia sin juicio previo" (T. I. p. 252).

(31) No vamos a analizar algunas reglas relativas a la aplicación de las leyes procesales en el tiempo, por no ser el momento oportuno, aun cuando podemos afirmar que, cuando es por ley posterior, si el proceso o fase procesal nueva es más ventajosa, debe aplicarse.

(32) Sobre los presupuestos puede consultarse mi libro, *Los presupuestos y las excepciones procesales*, ob. cit. ps. 210 sgtes.; y en cuanto a la anulación por ausencia o defectuosidad de los presupuestos, mi libro *Las nulidades en el proceso civil costarricense*, tesis original de licenciatura ps. 258 sgtes.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

C.p.p. o bien cuando se trata de una nulidad genérica (art. 145 C.p.p.) cuando el mismo viola alguna disposición constitucional (art. 146 párr. 2 C.p.p.). En otros procesos como el civil, el laboral o el contencioso, hay que recurrir a los criterios del C.p.c., especialmente las reglas de los párrafos 6 y 8 del artículo 385, donde se utilizan dos criterios o parámetros: indefensión o afectación de la marcha normal del proceso (33). La nulidad puede ser decretada de oficio o bien a petición de parte, para lo cual se puede hacer la impugnación mediante el incidente de nulidad, el recurso de apelación, las excepciones dilatorias o el recurso de casación.

Podría afirmar como una tesis general, que siempre que se violen las garantías del debido proceso, estamos en presencia de un vicio causante de nulidad absoluta, y en algunos casos hasta de inexistencia jurídica. Cuando el vicio es nulidad absoluta, no cabe posibilidad de subsanación alguna a menos que la propia ley autorice la subsanación, lo cual es posible en la medida en que, la subsanación no afecte el contenido esencia de la garantía con rango constitucional, en cuyo caso la inconstitucionalidad de la norma no debe ser aplicada por el juez. Efectivamente, es mi criterio, que cuando estamos en presencia de situaciones que afectan la libertad de las personas y una norma contraviene el texto de la constitución o de un convenio internacional, deben prevalecer éstas y no aquella que es de rango inferior, sin que se deba esperar la declaratoria de la inconstitucionalidad de parte de la Corte Plena, cuando la misma no ha sido solicitada por alguna de las partes (34).

VI. VIGENCIA REAL DE LA GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO

Ha quedado demostrado a lo largo de este estudio, que en nuestro ordenamiento jurídico existe desde el punto de vista jurídico-formal la garantía del debido proceso, la cual he intentado sistematizar desde el punto de vista constitucional, del Pacto de San José, de las leyes procesales y de la jurisprudencia nacional.

No obstante ese contenido formal de la garantía, debo hacerme la pregunta, sí realmente opera a plenitud en nuestra sociedad; ¿cuáles son los obstáculos que surgen en el camino para que el debido proceso transite normalmente? ¿Por qué si la Constitución y los convenios garantizan determinados derechos procesales, a veces no se cumplen a cabalidad?

La respuesta a tales interrogantes tiene que ver un poco con el problema de la eficacia de las normas, con el problema de la estructura socioeconómica y política, con el problema de los grupos dominantes, con las luchas de las clases sociales, con el problema de la ideología dominante. El proceso y las normas que lo regulan, no son entes abstractos, sino realidades jurídico-sociales. Por ello el proceso como instrumento jurídico que interpreta las formas de la justicia en un momento determinado de la historia. En la medida en que por el proceso se logren objetivos importantes desde el punto de vista legal y de la justicia, en esa medida el mismo responde a la realidad en el cual está inmerso.

Sabemos que el proceso y las normas que delimitan sus derechos y obligaciones son obra de seres humanos, y que por ello es posible el error. No pretendo alcanzar una justicia divina o absoluta. Sin embargo, ante la realidad, preocupa la arbitrariedad de los funcionarios públicos y el irrespeto absoluto a las normas que regulan su actividad con lesión directa para administrados o funcionarios del ente. Es evidente, que tal estado de cosas o la pasión de algunos jueces por influencia ideológica es producto de un estado de cosas, producto del deterioro de nuestra economía; cuya crisis afecta directamente el estado de derecho. Creemos que la crisis que vive el país, va cercando cada día más el espacio democrático, y con ello una limitación a las libertades púbicas. En fin, que en una coyuntura como la que vive el país, el proceso como instrumento jurídico de justicia y de garantía de los derechos fundamentales, va perdiendo su papel ante la omnipotencia de las autoridades públicas, así como por interpretaciones judiciales que coadyuvan a cerrar el espacio demo-

---

(33) Véase mi tesis sobre *Las nulidades*, ps. 258 sgtes.

(34) Es evidente que si un juez al momento de dictar sentencia se encuentra con que una norma ordinaria es contraria a la Constitución Política, debe necesariamente aplicar ésta y no aquella. Sobre este apasionante tema y la influencia ejercida por el "judicial review o legislation" en otros sistemas, puede consultarse, MAURO CAPELLETTI, "Proceso, Ideología, Sociedad, EJEA, Bs. Aires, 1974, p. 453 sgtes.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

crático del proceso, con una limitación asfixiante del debido proceso.

Preocupa también que mientras se eleva a rango constitucional la garantía formal de igualdad de las personas no se logren adecuados mecanismos procesales para equilibrar los desajustes sociales y económicos de las partes. Es evidente que la mayor parte de los ciudadanos sujetos a procesos penales provienen de los sectores sociales más bajos de nuestra sociedad, mientras que el delincuente de cuello blanco sigue disfrutando de privilegios y tratamientos especiales de parte de las autoridades.

Ese desequilibrio se presenta no solo en el proceso penal, sino en el proceso laboral, donde el trabajador sufre el ataque grosero del patrono, y no encuentra la posibilidad de una defensa adecuada, salvo cuando algunas organizaciones sindicales se la brindan. La legislación laboral en Costa Rica se ha hecho obsoleta, no por ser normas viejas, extemporáneas, sino porque algunos tribunales laborales han contribuido en parte a impedir un avance auténtico del Derecho del Trabajo; que no se resuelve con un nuevo Código de Trabajo, mientras en algunos jueces siga dominando el peso de las ideologías y de las pasiones.

En el proceso contencioso, la realidad es paralizante. El administrado, a pesar de que cuenta con cómodos instrumentos jurídicos de lucha, se ve impedido de impugnar los actos del Estado y de sus instituciones, debido al alto costo de los juicios y la duración de los mismos. Prácticamente esa justicia ha quedado relegada a un sector privilegiado que cuenta con los medios de obtener jugosas ganancias frente a la Administración Pública. No es posible lograr reformas adecuadas que permitan a los ciudadanos con una asistencia social adecuada, enfrentarse al Estado, por lo que sus derechos siguen siendo objeto de violaciones constantes.

En el proceso civil el fenómeno es más gris. El costo del juicio, los honorarios de abogado, el afianzamiento de costas, y otros elementos hacen que realmente la justicia civil quede fuera del alcance de un amplio sector de costarricenses de escasos recursos. Por ello la Asociación de Juristas en el reciente Congreso Jurídico donde se examinó el nuevo proyecto de Código Procesal Civil, propuso una ponencia para que se crearan los tribunales de menor cuantía en materia civil, en donde los principios básicos son: gratuidad, defensa pública, oralidad, impulso procesal de oficio. Se pretendía dar acceso a esos sectores marginados, para que sus litigios de poca monta fueran resueltos rápidamente en única instancia y por tribunales colegiados. Desgraciadamente pese a la aceptación, fue hábilmente rechazada.

Podría afirmar, que aún en nuestro país sigue vigente el Estado de Derecho; el sistema jurídico comienza a perder camino con grave peligro para las libertades públicas. La crisis económica ha afectado gravemente el desarrollo del proceso, especialmente penal, ante el incumplimiento de normas procesales fundamentales relativas a derechos esenciales del ciudadano. Puedo afirmar que el debido proceso como garantía también está en crisis, por lo que es un deber de nosotros los abogados, de los jueces y de los estudiantes de Derecho, luchar valientemente contra las corrientes que luchan por cerrar completamente ese espacio democrático, y ofrecer alternativas viables en el campo del Derecho.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

METODOS DE REEDUCACION JUVENIL

Dr. Daniel Gadea N.

INDICE

	Pág.
Introducción	60
I. Definición de reeducación	61
A. Importancia del concepto	61
B. Antinomia en la solución	62
C. Reeducación y política criminal	62
II. La institución dentro de la reeducación	63
A. Importancia	63
B. Consecuencias sobre las estructuras de intervención	64
Conclusión	64
Bibliografía	65

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCION

La reeducación de menores inadaptados no es un problema reciente, pues basta con volver los ojos hacia el pasado para darnos cuenta, que en todos los tiempos y en cada lugar, el mundo adulto ha estado confrontado con jóvenes que por una razón u otra (social o psicológica) rechazan los valores morales y sociológicos, así como las estructuras oficiales de sus medios de vida.

Cada generación adulta ha buscado ante tal rechazo, medios diversos para permitir la readaptación o regeneración de los jóvenes.

Las primeras instituciones de reeducación juvenil se dieron en Italia (1). Un establecimiento correccional fue creado en Florencia, en 1667 y luego en el año 1703, el papa Clemente IX hizo construir una prisión correccional para jóvenes detenidos en la ciudad de Roma (2).

En Francia, el Código Penal de 1791 toma una posición oficial en cuanto a la reeducación de jóvenes delincuentes que hubieren actuado sin discernimiento. En dicho país, los establecimientos para jóvenes se dan más tarde y en 1829 surge en Francia la famosa "Colonia Agrícola de Mettray" (3) con ayuda sobre todo de la iniciativa privada.

En 1832 surge una "Casa Central de Educación" denominada "La Petite Roquette" y a partir de 1840 las colonias agrícolas "Domaines" y "Saint Hilaire".

En la historia de la reeducación ha habido tres concepciones que han dominado la materia:

Una primera concepción:

Que considera al joven delincuente como un ser descarriado, el cual debía ser enmendado, a partir de una acción correctiva apropiada. Esta concepción va a dominar en las instituciones públicas y privadas del siglo XIX.

En esta primera posición se habla de una noción moral de discernimiento separando a los menores en dos categorías: a) aquellos que han actuado con discernimiento, es decir, con pleno conocimiento de causa. Estos jóvenes se decía que ya no eran recuperables por lo que se les debían aplicar medidas penales; b) aquellos que habían actuado sin discernimiento; o sea, sin darse cuenta plenamente que su comportamiento era malo. Estos jóvenes no se consideraban perdidos, pues podían ser todavía recuperados, siempre y cuando se les sometiera a un tratamiento adecuado.

El tratamiento consistía en una acción de corrección y tenía como objeto principal la destrucción de las malas inclinaciones, llevando intrínseca la noción de expiación.

La acción reeducativa tenía dos matices esenciales, pues por un lado se aplicaba una disciplina estricta y por otro se pretendía una completa regeneración.

Los menores eran sometidos a una vida ruda, en donde imperaban estrictas obligaciones de trabajo, pues se consideraba que el delincuente era un ocioso y un perezoso.

Había además un sistema de sanciones muy severas, pues toda una concepción de la punición decía que el castigo debía ser inmediato y visible; se trataba en estos casos de régimen de presión celular, bajo el régimen especial de pan y agua.

Todos estos locales de corrección son instalados en el campo y a partir de 1850 pasan a ser colonias agrícolas (4). En esta época todavía se notaba la influencia de Rousseau y se consideraba que la ciudad era un lugar de corrupción. Por ello había que tener a los jóvenes en contacto con la naturaleza para que llevaran la vida del campesino.

Esta concepción encuentra su formulación doctrinal en el sistema progresivo pues la enmienda del joven delincuente es concebida en diversas etapas. Cada fase se caracteriza por las ventajas ofrecidas, pues hay más libertad y más derechos, hasta acercarse progresivamente a la vida normal. A la inversa, el incumplimiento o indisciplina traen

---

(1) Michard Henri. *La délinquance des jeunes en France.* La documentation Française. París. 1978, pág. 93.

(2) Ibid.

(3) Ibid.

(4) Ibid. pag. 94.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

como consecuencia la recaída en el sistema, lo cual implica menor libertad y el retorno a condiciones de vida más severas.

Una segunda concepción:

Consideraba al joven como un "sub-educado social", el cual debía ser resocializado por medio de una acción de reacondicionamiento. En otras palabras se considera al joven como falto de educación, lo cual ha sido provocado por los diversos factores en situación. Por tal motivo el joven debe ser sustraído de la mala influencia del medio y se le debe aplicar una reeducación consistente en un reacondicionamiento dentro de un "medio protegido", en donde se le organiza de una vida normal.

Este modelo se refiere a dos concepciones: por un lado las denominadas repúblicas de jóvenes y por otro lado los establecimientos preparatorios a la vida profesional.

Previamente las "repúblicas de jóvenes" corresponden a la implantación de un sistema democrático dentro de la institución reeducativa. Con esto se da la posibilidad de que sean los mismos jóvenes los que tomen determinadas decisiones y que apliquen también sanciones. Ejemplos de lo anterior, los tenemos en Estados Unidos con "Junior Republic" y la "Boys Town". En Rusia funcionan similarmente las famosas "Colonia Yorki" y en Italia la "Repubblica dei Raggazzi" de Don Rivolta (5).

En segundo lugar hemos hablado de establecimientos que enseñan una profesión, los cuales tienen un gran auge en Francia con los llamados internados profesionales de educación vigilada. En este supuesto, se trata de normalizar al joven, dotándolo de una profesión que lo enseña a ganarse la vida en forma honesta.

La tercera concepción:

Considera al joven delincuente como un ser con una personalidad mal estructurada. Esto hace referencia necesariamente a problemas producidos durante la infancia, por lo cual el concurso de la psicología para resolver los problemas presentados será un aporte valioso. Hay que hacer énfasis que de acuerdo a este modelo, cada joven presenta un problema diverso, por lo que debe haber una solución diversa en cada caso, es decir, que la acción debe ser necesariamente individualizada.

Este modelo se presta para la observación de los jóvenes y ha influido en la expansión de los centros abiertos que son dominantes hoy en día.

El mundo civilizado se preocupa hoy en día como en el pasado por multiplicar y reforzar los instrumentos de educación preventiva de los jóvenes, con el objeto de evitar la desviación. Por ello es necesario que toda sociedad tenga un concepto muy claro de lo que es la reeducación (Punto I) y luego establecer la relación que puede tener una institución en la tarea reeducativa (Punto II).

I. DEFINICION DE LA REEDUCACION

A. Importancia del concepto.

Por reeducación se entiende el conjunto de medidas destinadas a modificar la conducta de los jóvenes inadaptados sociales para que éstos puedan integrarse luego normalmente a la sociedad (6). La modificación de dicha conducta supone una intervención suficientemente intensa con el objeto de que tenga efectos duraderos en el joven.

También se habla de reeducación como aquella acción dirigida para evitar que los jóvenes cometan más infracciones (7).

Con ello lo que se pretende es de proporcionarle al joven armas para luchar contra los eventuales factores de perturbación. El joven debe tener un seguimiento continuo y debe ser orientado y reorientado en función de los progresos de su readaptación (8).

El objeto de la reeducación es el hecho de

---

(5) Ibid. pag. 96.

(6) Gadea Daniel *"Les méthodes reéducatives et leur application au Costa Rica"*. Memoire. Université de Bordeaux I. septiembre 1979, pág. 8.

(7) Michard H. op. cit., pag. 97.

(8) Lang Jean Louis. *L'enfance inadapteé*. Presses Universitaires de France. Paris. 1962, pag. 118.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

proporcionar un conjunto de conocimientos al joven para que éste pueda adaptarse a las exigencias del medio y a las formas de comportamiento que la sociedad espera de él.

Por otro lado va a ser muy importante que dentro de la acción reeducativa, toda idea de intimidación debe quedar excluída (9). Todas las medidas educativas deben ser presentadas al joven como una ayuda hacia el futuro y no como una reparación del acto pasado.

La reeducación para poder tener éxito como medio de solución hacia la desviación juvenil debe tomar en cuenta una acción planificada que necesita de la puesta en marcha de una verdadera metodología.

Dicha metodología supone necesariamente varios aspectos:

- Se deben definir las partes que intervienen en la desviación del joven.
- Se debe tratar de confrontar las fuezas en conflicto.
- Se debe determinar quién va a intervenir en la ayuda del joven desviado.
- Se deben analizar los medios con que se cuenta para llevar a cabo la acción educativa y tratar de ponerlos en marcha de la manera más eficiente.

B. Antinomia en la solución.

Cierta parte de la doctrina considera que la acción reeducativa del joven desviado supone una situación antinómica, pues hay una exigencia reeducativa de una parte, pero también se presenta la exigencia de protección de la sociedad por otra parte (10). A ese respecto consideramos que no hay ningún tipo de antinomia, pues entre la reeducación del joven y la protección de la sociedad se presentan dos situaciones complementarias como bien lo enuncia el movimiento de Defensa Social.

Por otro lado se ha criticado el hecho de que para qué sirve reeducar al joven en una sociedad cuyas condiciones son criminógenas (11).

Ante tal perspectiva surge la interrogante de si es posible proteger eficazmente la sociedad únicamente por medio de una reeducación o resocialización individual. Para ello, habría que responder que se debe ejercer necesariamente una acción doble que incluya por un lado al individuo mismo y por otro lado, a la sociedad en forma integral.

Para el movimiento de Defensa Social, esta dualidad se manifiesta en la terminología adoptada por la ONU: prevención del crimen y tratamiento del delincuente.

C. Reeducación y política criminal.

La reeducación y la política criminal están estrechamente ligados cuando hablamos de problemas con la desviación juvenil, es tarea de todos implantar una política criminal coherente y eficaz tendiente a la reducción de la desviación. Muchas veces no se trata de gastar millones en meras medidas o equipos costosos, sino que el problema de la política criminal es un problema de base. Cada sociedad debe hacer un análisis profundo de su realidad social y económica, para determinar por qué y por cuáles motivos se está dando la desviación juvenil. En tal sentido el Estado debe cumplir una función social para determinar las causas que pudieran estar causando los problemas a la juventud, de tal forma que éstos se sienten empujados, consciente e inconscientemente, hacia el delito.

La política criminal en materia juvenil debe también estar orientada a realizar una acción hacia la sociedad considerada ésta en forma global y teniendo a la familia, como núcleo o como punto principal de partida.

Dentro de esta política criminal va a ser muy importante la coordinación que se establezca entre los diversos servicios que tienen algo relacionado a la materia juvenil.

"La coordinación de los diferentes servicios permite confrontar las misiones particulares de cada uno con la realidad de las necesidades, favorece una claridad entre los respectivos roles y las

---

(9) Publications du Centre d'Etudes de Défense Sociale. *"Les enfants et adolecents socialement inadaptés"*. Cujas Paris. 1958, pag. 71.

(10) Michard H. op. cit., pag. 98.

(11) Hartman Georges, citado por Gadea Daniel. Op. cit., pág. 9.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

acciones realizadas, además de que se contribuye a la creación o reestructuración de ciertos equipos o instrumentos" (12).

Los servicios que trabajan con menores deben realizar una acción orientadora hacia la juventud dentro del desarrollo normal de sus programas. Pero además, dichos servicios deben fomentar mediante personas individuales o colectivas, una solución puntual o de conjunto a los problemas juveniles.

La política criminal en materia juvenil debe procurar un desarrollo integral de cada familia, favoreciendo la implantación de lazos sociales óptimos y creando las estructuras materiales apropiadas para prevenir la desviación juvenil.

Toda esta acción está encaminada a incrementar una política criminal participativa, en el sentido de que haya una participación efectiva de las personas hacia su propio cambio y hacia la transformación del marco de su vida cotidiana.

II. LA INSTITUCION DENTRO DE LA REEDUCACION

A. Importancia.

Dentro de lo que se conoce como inadaptación juvenil, va a ser muy importante el tratamiento que se le dé al menor dentro de un marco institucional.

La institución debe ser un lugar compuesto por un grupo interdisciplinario integrado por psicólogos, educadores, trabajadores sociales, etc.

Lo esencial de la acción de la institución consiste en ocuparse de la desviación del joven, tratando de modificar sus relaciones, enseñándole otras nuevas y ofreciéndole la posibilidad de nuevas experiencias enriquecedoras para su personalidad.

La institución deberá sobre todo dar al joven una seguridad y confianza en el futuro. Pero dicha confianza sólo podrá nacer si el joven vive y experimenta dicha confianza.

"La confianza sólo puede surgir en la medida en la que la situación actual en la que el joven vive, comporte aspectos totalmente diversos a los de su experiencia pasada" (13).

En efecto el joven delincuente debe vivir, como bien se expone en doctrina, una discontinuidad real con su propio pasado (14).

La institución por otro lado debe fomentar la seguridad en el joven, con el objeto de que el desviado pueda desdramatizar y desculpabilizar sus pasajes al acto, del modo tal que el mismo joven encuentre la respuesta con esta afirmación: *"yo soy el que cometió el acto".*

Además de ello, una institución de reeducación deberá por todos los medios, tratar de favorecer las relaciones o los intercambios entre las generaciones. A partir de los intercambios entre el adulto y el joven se crea una especie de tradición (15).

Esta tradición trae como consecuencia que el joven aprende a valorar y a mejor comprender el mundo de los adultos, para que luego no se presenten dificultades de adaptabilidad.

La institución de reeducación debe ser un lugar de transmisión de valores. El índice de éxito de la reeducación se manifesta en efecto por medio de la interiorización de los valores del medio. Dichos valores serán reconocidos y adoptados como tales por los jóvenes en la medida en que ellos hayan experimentado los elementos vitales. De tal manera, frente a cualquier valor, el joven que realiza esta experiencia logrará diversos conocimientos:

1. aprenderá a dominar su organismo;
2. a dominar un sector de la realidad;
3. a controlar los instrumentos de la vida;
4. a operar un cambio en el medio exterior de manera a producir algo original proveniente de su esfuerzo personal.

---

(12) Project technique. Service d'action socio-educative. *L'action sociale dans la collectivité.* O.R.E.A.G. Bordeaux, 1978, pág. 14 h.

(13) Gadea Daniel. Op. cit., pag. 24.

(14) Guindon Jeannine. *"Les étapes de la rééducation".* Edition Fleurus. París 1971, pág. 64.

(15) Ibid, pág. 54.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

La experiencia de un valor será significativa en el tanto en que se puedan obtener ciertos efectos: una verdadera satisfacción en la actividad y un reconocimiento de parte de los demás.

Mediante la experimentación de un valor, crece la estima personal y la imagen de uno mismo se corrige, gracias a los efectos producidos con dicha experiencia.

Una institución será reeducativa en la medida en que ella propague un espíritu viviente, integrando los valores y las virtudes que despliega cada joven.

B. Consecuencias sobre las estructuras de intervención.

Una vez que la comunidad detecta una desviación con consecuencias para el ordenamiento jurídico penal, una serie de órganos represivos intervienen para determinar y señalar al joven su reprobación social. Se da entonces una intervención del Estado desde el doble aspecto judicial y policial. Muchas veces inclusive en lugares alejados de nuestro país los jóvenes desviados son enfrentados al mismo cuerpo represivo que se ocupa de los asuntos de los adultos.

De esta manera el joven desviado va a conocer una serie de rupturas, caracterizadas por el hecho de estarle haciendo frente a las diversas instancias represivas con que cuenta la reacción social.

Lógicamente las actitudes de los diversos organismos de intervención son diferentes y hasta contradictorias. Esta diversidad provoca un choque en el joven que en nada favorece el desarrollo de la intervención reeducativa.

Entonces todas estas estructuras diversas de intervención provocan un efecto negativo en el joven desviado y el problema se agrava más, cuando dicha intervención no es especializada. Por ello, no se debe permitir jamás, que los órganos encargados de enfrentar la delincuencia de los adultos, sean los mismos que traten de inadaptación juvenil.

Sobre todo es muy importante evitar cualquier tipo de medida que venga a afectar la personalidad del joven, procurando no ejercer ningún tipo de efecto estigmatizante sobre los inadaptados.

CONCLUSION

Como los jóvenes inadaptados sociales pueden ser susceptibles de enmienda y reeducables por los adultos, conviene más a la comunidad aplicarles medidas de reeducación y asistencia, que de castigarlos.

El contenido de los programas de reeducación juvenil debe estar determinado por la época. Por ello cualquier medida de reeducación que sea tomada debe apegarse a las exigencias de cada realidad social. Pero es muy importante además que la medida sea conforme a las condiciones de desarrollo del joven.

Pero si hay una labor muy amplia de reeducación con respecto al menor, no se debe olvidar que la sociedad, que en gran medida contribuye a la desviación, debe ser también reeducada. Tal vez uno de los pasos más importantes a dar en cuanto a la reeducación es permitir el desarrollo masivo de una acción comunitaria y realizar el tratamiento institucional de manera residual, lo cual sería un tema que merecería un análisis más profundo en otra investigación.

Por ello la reeducación juvenil debe ser vista con una actitud seria y vigilante, pues en la medida en que se ayude a los jóvenes desviados, se está impidiendo la delincuencia del mañana.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

BIBLIOGRAFIA

GADEA Daniel

"Les méthodes rééducatives et leur application au Costa Rica" Memoire. Université de Bordeaux I. Septiembre, 1979.

GUINDON Jeanine

"Les étapes de la rééducation" Editions Fleurus Paris, 1971.

LANG JEAN Louis

"L'Enfance Inadapteé" Presses Universitaires de France. Paris,1962.

MICHARD Henri

"La delinquance des jeunes en France" La documentation Française Paris 1978.

Projet technique. Service d'action socio-éducative. *L'action sociale dans la collectivité.* O.R.E.A.G. Bordeaux 1978.

Publications du Centre d'Etudes de Défense Sociale. *"Les enfants et les adolecents socialement inadpateés.* Cujas. Paris, 1958.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN COSTA RICA*

Dr. Bernardo Baruch

INDICE

Pág.

Introducción 68

1. Aspectos histórico-antropológicos y políticos 69

2. La religión durante la colonia. 71
   a) La estructura económica. 71
   b) Desarrollo y evolución de la Iglesia 72

3. La religión, después de la independencia 72
   a) Participación clerical en la formación del Estado 72
   b) La evolución y fortalecimiento de la Iglesia 73

4. Las corrientes liberales 73
   a) Primeros movimientos antirreligiosos: La masonería. 73
   b) Liberalismo y laicismo 74

5. La libertad religiosa en el Derecho Positivo. 74
   a) Constitucional 74
   b) Legal. 75
   c) Jurisprudencia 76

6. Conclusión. 76

Anexo No. 1. Cuadro ilustrativo de la participación de sacerdotes en el Congreso y Senado, años número y cálculo porcentual 77

Anexo No. 2. Gráfico porcentual de sacerdotes diputados 79

Anexo No. 3. Gráfico de participación de sacerdotes en el Poder Legislativo 80

Anexo No. 4. Gráfico del total nacional de diputados 81

Anexo No. 5. Estudio comparativo sobre cambios conceptuales en materia de religión en el desarrollo constitucional de Costa Rica 82

Anexo No. 6. Decreto-Ley No. 5466 de 16 de diciembre de 1973 84

Bibliografía 85

Bibliografía consultada. 85

* *Trabajo de Curso de Doctorado, en la Universidad Autónoma de Madrid Departamento de Derecho Administrativo bajo el nombre original de "El derecho a la Libertad Religiosa en España" que con la venia de las autoridades universitarias se autorizó efectuarlo, bajo el título de "La Libertad Religiosa en Costa Rica".*

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

"El alma universal que todo lo vivifica, no es sino sentimiento de libertad y justicia".

(Olliveira Martins)*

INTRODUCCION

No es objetivo del presente bosquejo, analizar las bondades o de filosofar sobre la libertad religiosa, lo que es difícil evitar, —es el derecho como un hecho— lo que debemos analizar, y en lugar de hacerlo como está proyectado, el tema: "El derecho de la libertad religiosa en España", con la venia de la titular de este curso, lo haremos sobre la libertad religiosa de nuestro país: Costa Rica.

Siendo Costa Rica país hispano, no es necesario indicar, que igual que toda Hispanoamérica, ha recibido de la Madre Patria España, —aunque en un grado peculiar, por la peculiaridad de su formación desde los primeros momentos de la colonización— todo el bagaje y formación religiosa generalizada por las políticas coloniales de España para las Indias, y en este aspecto podrá resultar interesante lo que trataremos de enfocar, como expresión de una hija de España, e igual que ésta, la religión católica, apostólica romana, ha marchado e influido en todo el desarrollo cultural, social y jurídico hasta nuestros días. Por ello será necesario enfocar los hechos y situaciones antropológicas, históricas y políticas, que condujeron al status actual.

Sin embargo, hay sustanciales variantes en el desarrollo evolutivo causales y casuales que diferencian a Costa Rica de los senderos generalizados del ligamen con España en el aspecto de las corrientes liberales, que al mismo tiempo influyeron en el aspecto de la libertad religiosa. Estos bien pueden deducirse con el simple análisis evolutivo de las constituciones, que parte de la Primera Ley Fundamental llamada Pacto Social Fundamental Interino o "Pacto de la Concordia" de 1821 que fundamentó que "la religión de la Provincia *es y será siempre* la Católica, Apostólica, Romana, como *única verdadera,* con exclusión de cualquier otra", (art. 3 del Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica de 1821), hasta la Constitución de 1949, que mantuvo el cambio operado mediante Decreto Ejecutivo del 26 de abril de 1882 que considera: "La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, *sin impedir* el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres" (art. 76 de la Constitución Política. El subrayado es nuestro) que en el fondo significa una libertad, con ciertos rasgos discriminatorios sutiles de inevitable influencia histórica.

La libertad religiosa que emana de la misma religiosidad, si tomamos en cuenta que las Sagradas Escrituras —la Biblia— excelso documento que es para las tres religiones que en esa fundamentan sus pivotes vertebrales, sea la Judía, Cristiana y Mahometana, que reconocen en la Biblia la fuente de revelación divina directa, o mediante designados o profetas. Las enseñanzas de los mandamientos bíblicos, fueron revelados al hombre, si bien como mandatos divinos, estos deben ser aceptados y ejecutados por el hombre (en sentido genérico) mediante *su aceptación y decisión de su libre albedrío* —del hombre— (Deuteronomio 30:19).

Así tomando esa premisa de libertad de "escoger" ordenada como mandato bíblico, es incomprensible la intolerancia religiosa. Sin embargo, ésta ha infligido heridas gravísimas causadas por las guerras e imposiciones, masacres, torturas y hogueras que en nombre de la "única, verdadera" se ha cometido en todas las guerras religiosas, y bajo la Santa Inquisición —y de lo que nuestro mundo aún no está totalmente exento—, (Ulster en Irlanda y todo movimiento de Guerras Santas Mahometanas, son una muestra). No podemos ver a la luz y de la perspectiva de nuestro tiempo y espacio, en la posición de observadores, sin observar que la imposición religiosa nunca ha existido en sentido doctrinario teológico —porque es contra el sentimiento propiamente religioso—, sino que las imposiciones fueron político-despóticas, que los hombres que, en determinados momentos históricos abusan de sus posiciones, se tornan tiranos

* BENITO, José de, *"La Libertad en la Encrucijada"*, Ed. Rev. de Occidente, Madrid 1964 citando a Martins (pág. 107).

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

y usan a los pueblos para sus fines de poder, se apoderan asimismo del ideal religioso como pueden adueñarse del ideal y sentimiento social ya tan ampliamente analizado en la antigua Grecia (1).

El hombre, la humanidad, tuvo sin embargo necesidad de transitar por el ancho camino de la historia, durante muchos siglos para entender mediante la evolución o ajuste del razonamiento ético-filosófico de los ius-naturalistas para entrelazar las prédicas morales religiosas con el viejo precepto del Derecho Romano, de Ulpiano, de: "vivir honestamente, no dañar a los otros, y dar a cada uno lo suyo". Y "lo suyo" no puede entenderse —pese al auge de la nueva moral maquiavélica, en su nueva modalidad o tipo de religiosidad, "la religión" del ateísmo materialista, un credo ciegamente dogmatizado— sino como "lo suyo" en primer lugar es la libertad, la libertad de "escoger" su credo, en el ejercicio del libre albedrío, y que éste sea respetado por la sociedad como un bien inviolable, cuyo "dueño" al ser lesionado su derecho, obtenga indemnización en el aspecto administrativo, siendo el Estado el obligado a la tutela de ese bien y, o derecho, y por lo tanto deudor del lesionado, como muy bien cita a Hariou, Gabino Fraga cuando dice: "que el Derecho Administrativo es creador de situaciones jurídicas, es decir de situaciones estables que constituyen bienes que se agregan a los bienes de la vida civil" (2). Asimismo, José Canasí compara la libertad con la propiedad, en busca de una indemnización equitativa ante las limitaciones de libertad y propiedad (3).

Siendo el tema tan amplio y tan problemático, y con el fin de no excedernos, hemos de acortar ciertos tópicos de interés, y en otros extendernos, conforme lo permitan las circunstancias, tratando de enfocar los rasgos más sobresalientes, aunque no las más importantes, que sean de interés para esta monografía.

1. ASPECTOS HISTORICO-ANTROPOLOGICOS POLITICOS

Costa Rica, las antiguas tierras de Veragua, como la llamaba el descubridor Cristóbal Colón, que luego con el establecimiento de la Capitanía General en Guatemala, recibió por primera vez en 1539 el nombre de Provincia de Costa Rica en la organización y relación jurídica administrativa de España con las Indias, es ahora República de Costa Rica.

La población indígena de Costa Rica en el tiempo de la conquista española contaba con unas veintisiete mil personas, que en lenguaje actual podríamos llamarlos "cosmopolitas" ya que reunían culturas influenciadas por el Norte y por el Sur, desde los Aztecas, hasta de los Incas, distribuidos en diferentes zonas, que el arqueólogo costarricense Prof. Jorge A. Lines distribuye en tres grandes grupos, Chorotegas, Bruncas y Huetares. Pero para el interés de esta exposición nos puede más llamar la atención, su primitiva concepción de libertades, pues los indígenas de Veragua, profesaban diferentes religiones. Todos los indios de Costa Rica creían en un ser supremo, como causa primera de todas las cosas (4) que así, y por las necesidades de comunicación, habían aprendido muy profundamente el concepto de tolerancia e independencia (5), que si bien en una dimensión reducida, por lo reducido de la población originaria, imprimieron estos conceptos en el ser costarricense que se fundieron bajo el soplete del "herrero" de la historia, y que hoy reflejan en el pensamiento costarricense.

Los pobladores españoles que primero llega-

(1) PLATON, *"La República o el Estado"* Espasa-Calpe Argentina, libro V.

(2) FRAGA, Gabino, *"Derecho Administrativo"*, Ed. Porrúa S.A. México, 1968 (pág. 304).

(3) CANASI, José, *"El justiprecio en la Expropiación Pública"*, Roque DEPALMA Editor, Buenos Aires, 1952 (pag. 1).

(4) FERNANDEZ GUARDIA Ricardo, *"Cartilla Histórica de Costa Rica"*, 44a. Edic., Antonio Lehmann, San José, C.R., 1970.

(5) CORDERO, José A., *"El ser de la nacionalidad costarricense"*, Ed. Tridente, Madrid (pág. 35).

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ron a Costa Rica, fueron muy escasos que en 1717, después de 145 años de vivir aisladamente, formaban una comunidad de 2330 personas que se autogobernaban democráticamente (6). En junio 1563 los españoles fundan los primeros poblados de colonos, e igual que en todas las comarcas conquistadas, detrás del "hombre de espada" viene el "fraile con la cruz" y aunque muy distinto de otras comarcas colonizadas, por la formación de los colonos de origen como citaremos, la religión católica se tornó oficial, bajo la jurisdicción del Santo Oficio de la Inquisición, no con la fuerza que tomó en otras latitudes, ya que en Costa Rica sólo existió un "agente" del Santo Oficio y ningún Tribunal de la Inquisición (7), siempre se oficializó la religión Católica Apostólica Romana, como única y verdadera, que ejerció su fuerza hasta la abolición de la Inquisición, y la desaparición del Tribunal del Santo Oficio, por la Constitución de Cádiz de 1812, —aunque luego fue reanudada en 1814 en Perú, donde "juzgó" hasta 1816—, los movimientos liberales comenzaron a surgir en esa fecha, en gran parte junto con las Juntas Patrióticas que fueron los iniciadores del movimiento de liberación e independencia políticas.

En lo que se deduce de todos los historiadores costarricenses, es que en la Provincia, con extensión al tiempo posterior del Estado y la República de Costa Rica, nunca existió, lo que Diez Macho llama "Odium Theologicum" (8), sea que no penetró en el ser costarricense el odio religioso, y el ínfimamente existente, lo que fue muy atenuado.

Muchos son los historiadores que atribuyen el sentido y convicción en las libertades del pueblo costarricense, a su origen judío-sefardita, español, que basados en hechos históricos y confirmados en escritos de Salvador de Mandriaga (9) sostienen que la población originaria, como afirma Gonzalo Chacón Trejos; que los más importantes colonizadores de Costa Rica que llegaron en 1561 con Juan de Cavallón y en 1563 con Juan Vásquez de Coronado, fueron de ese origen, los que:

> *"...iban acompañados de tres galeones de la Armada de su Majestad y de otros navíos. En sus naves, el Gobernador Artieda embarcó 250 hombres, 50 mujeres, 23 niños y 13 niñas. Con estos pobladores y algunos más, que fueron llegando después, se formó el núcleo. Esos pioneros eran en su mayoría descendientes de judíos convertidos al catolicismo, eran conversos y como tales conversos vivieron en España acosados por el odio, el desprecio, la infamia, perseguidos y vigilados con saña despiadada"* (10).

lo que confirma el autorizado historiador costarricense ya antes citado, que:

> *"Nosotros, los verdaderos costarricenses, tenemos todos alguna o mucha sangre judía en las venas"* (11).

Lo anterior como un enfoque al origen de la libertad existente en Costa Rica es distinta en Hispanoamérica:

> *"¿Por qué y cómo se formó esta democracia avanzada, equilibrada, probada, esta isla de libertad y justicia social, queremos decir Costa Rica, en un continente con veintiuna repúblicas, donde la libertad es solamente una palabra y la injusticia social un hecho evidente?"* (12).

Sin embargo las características libertarias de los indígenas y primeros pobladores colonizadores, Costa Rica se encontró en la órbita formal de España hasta su independencia en 1821, con un fuerte arraigo en la religión católica, que fue igualmente "única y verdadera" que tuvo gran influencia en el desarrollo político-jurídico y social de la

---

(6) CHACON TREJOS, Gonzalo, *"Costa Rica es distinta en Hispanoamérica"*, Imp. Trejos Hnos., San José, C.R. 1969.

(7) BARUCH, Bernardo, *"La Nacionalidad Judía-Costarricense"*, Tesis Facultad de Derecho, Univ. Costa Rica, 1972 (pág. 340).

(8) DIEZ MACHO, Alejandro *"La Biblia y la Cultura Occidental"*, Rev. *"El Olivo"* Judío-Dic. 79 Ed. Centro Estudios Judío-Cristianos, Madrid, 1979, (pág. 61).

(9) MANDRIAGA, Salvador de *"Cristóbal Colón"* de Salvador Mandriaga historiador español en libro editado en 1940.

(10) CHACON TREJOS, Gonzalo, op. cit.

(11) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo Insigne Historiador costarricense, citado por Chacón Trejos, su conversación con Fernández Guardia.

(12) CHACON TREJOS, Gonzalo, op. cit.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Provincia y del Estado. La Iglesia fue predominante, en el desarrollo social, educativo y político, que al formarse los gobiernos, en principio fue gobernada prácticamente por clérigos. Así vemos que, al llegar las noticias de la independencia, y formarse el primer gobierno costarricense, el primer presidente —aunque interino— fue un sacerdote, el vicario don Pedro José Alvarado, quien con otros cuatro sacerdotes, Juan de los Santos Madriz, Nicolás Carrillo, Nero Fonseca y Manuel Alvarado formaron la Junta de Gobierno Interino (28 de noviembre 1821) en compañía de otras cuatro personalidades seglares, que luego entregaron el gobierno a la Primera Junta Superior Gubernativa, formada el 13 de enero de 1822 (13).

Hay una copiosa bibliografía de la influencia de la Iglesia en la formación del Estado y continua participación hasta nuestros días, que no tienen mayor interés para este trabajo, sin embargo es importante por cuanto la misma Iglesia, al tiempo que procuró mantener la religión dominante, contribuyó a las corrientes filosóficas-liberales y logró conservar su status de preferencia hasta nuestros días.

La Iglesia costarricense, al fundarse el Estado independiente mantuvo la extensión de la política pontificia del nexum con el Estado, lo que vemos del manifiesto del Padre Carrillo, prelado representativo, documento emitido el 17 de diciembre de 1821, que dice:

> *"Los sacerdotes, Ministros del Señor, deben como antorchas que alumbran el Templo del Altísimo, guiarse y encaminar a los demás por los senderos de la paz, de la concordia y de la verdadera caridad, que son unas propensiones conforme a los hijos de la luz"* (14).

lo que da la idea del interés de la Iglesia en los asuntos del Estado, que influyó inexorablemente en el desarrollo de la libertad religiosa, según el momento y el pensamiento de sus representantes, y sólo extenderemos esta parte antropológico-histórica-política que cerramos con la independencia, haremos solamente una referencia a la participación de representantes de la Iglesia en el poder político, mediante un anexo que refleja esta participación aunque traspasa la época referida, refleja claramente esta participación, que iba disminuyendo conforme se "laicizó" el Estado. (Ver anexos) (15).

2. LA RELIGION DURANTE LA COLONIA

a) La estructura económica:

Costa Rica, una de las siete provincias que formaron el Reino de Guatemala, muy alejada de la Capitanía General y la Audiencia, instaurada en 1570 en la ciudad de Guatemala. La Provincia fue muy olvidada por los jerarcas que representaban al gobierno, pues era una provincia pobre, y los gobernadores no tenían medios para impulsar el desarrollo, ya que no hubo en Costa Rica grandes haciendas ni considerables encomiendas de indios, y los colonos tuvieron que trabajar ellos mismos, al extremo que cuenta la historia que los gobernadores en persona realizaban las labores agrícolas de sus predios para poder mantenerse y a sus familias, imponiéndose a las situaciones críticas enfrentándose, ante todo como una función creadora, que libera al hombre, en la forma como expone Eugenio Frutos:

---

(13) BLANCO SEGURA, Ricardo, *"Historia Eclesiástica de Costa Rica"*, del descubrimiento a la creación de la Diócesis Ed. Costa Rica, San José, 1967 (pág. 273).

(14) RODRIGUEZ ZAMORA, José Miguel: Aspectos ideológicos y estructurales de la relación entre la Iglesia Católica de Costa Rica Nira y el Sistema Político Nacional. Tesis Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Ciencias Políticas, San José, 1976.

(15) Anexo No. 1 Cuadro ilustrativo de la participación de sacerdotes en el Congreso y Senado, años, número y cálculo porcentual. Contiene 5 ps.
Anexo No. 2 Gráfico Porcentual de Sacerdotes Diputados.
Anexo No. 3 Gráfico de Participación de Sacerdotes en el Poder Legislativo.
Anexo No. 4 Gráfico del total Nacional de diputados.
Anexos tomados de *"Aspectos ideológicos. . ."* citado.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Porque el hombre "funciona", de modo que resuelve sus situaciones, no de manera instintiva, sino **creando** *respuestas libremente"* (16).

Así fue, como se liberaba y creó conciencia de la libertad el hombre costarricense.

b) Desarrollo y evolución de la Iglesia:

En general la Iglesia tuvo muchas dificultades en tomar fuerza en Costa Rica, por el carácter del colono tan independiente e individualista, y por la misma lejanía del centro político, la organización religiosa y la predicación del Evangelio fueron muy lentos, como indica la historia:

"El Padre Estrada Rávago fue el primer sacerdote que predicó el Evangelio en Costa Rica. Después llegaron algunos frailes, la mayor parte franciscanos, que fundaron conventos y emprendieron la catequización de los indios. Los encomenderos españoles estaban obligados a enseñar la doctrina cristiana a sus encomendados, pero rara vez cumplían con este deber" (17).

Los clérigos eran las personas con instrucción y los únicos con capacidad de educar, o medio educar, dentro del oscurantismo que existía, y se fue creando una división de opiniones entre gobernadores y los oficiales clericales.

Así vemos, cuando en el año 1608 llegó a Costa Rica, a Cartago, —la capital de entonces— por primera vez el Obispo de Nicaragua y Costa Rica, don Pedro de Villarreal, tuvo un fuerte choque con el Gobernador don Juan Ocón y Trujillo, a quien el Obispo acusó y le hicieron un Juicio de Residencia, saliendo el fallo a favor del Gobernador (18).

En 1822, llegó a Costa Rica, procedente tambien de Nicaragua el Obispo don Esteban Lorenz de Tristán, y mediante su intervención se creó un Oratorio Público en La Lajuela. Formó en Cartago una escuela de gramática y un hospital.

En 1821 el presbítero don Florencio del Castillo, quien fuera fundador de la Universidad de León, Nicaragua (19), llegó a las Cortes de Cádiz como Diputado de Costa Rica. Con su talento y gran corazón centroamericano, desarrolló una excelente labor que fue reconocida en las Cortes. Gracias a su empeño se fundó también en Costa Rica la Casa de Enseñanza de Santo Tomás donde la mayoría que impartían instrucciones fueron sacerdotes. Esta Casa de Enseñanza fue convertida luego en "Universidad de Santo Tomás" que fue también declarada Pontificia por el Papa Pío XI por decreto firmado en Roma el 26 de julio de 1853 (20).

La Universidad de Santo Tomás que por las vicisitudes históricas fue luego clausurada, pero esta fue el núcleo del intelecto costarricense de su época, y germen de lo que fuera inicio de la actual Universidad de Costa Rica.

3. LA RELIGION, DESPUES DE LA INDEPENDENCIA

a) Participación clerical en la formación del Estado:

Ya hemos indicado brevemente sobre la influencia y participación de la Iglesia en la fundación del Estado costarricense al devenir la independencia, y su constante participación que afirmara el poder eclesiástico en general. En realidad, los hombres religiosos que ejercían cargos eclesiásticos, no intervinieron en los asuntos estatales y políticos como representantes de la Iglesia, lo hacían como ciudadanos costarricenses patriotas, preocupados por los destinos de la patria de su suelo natal, y porque fueron los hombres instruidos de la época. Claro está, que sus convicciones

---

(16) FRUTOS, Eugenio *"La indefinición del Hombre en su Función Espiritual"*. Revista de Filosofía, Univ. de Costa Rica Jul. Dic. 1957 No. 2 pág. 1125. El autor es Catedrático de Filosofía Univ. de Zaragoza. España.

(17) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. Op. cit., (pág. 45).

(18) BLANCO SEGURA, Ricardo *"Historia Eclesiástica de Costa Rica"* Op. cit. (pág. 232).

(19) Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia de Centro América "Florencio del Castillo 1778-1834".

(20) MURILLO GUTIERREZ, Jesús, Op. cit., (pág. 26).

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

religiosas los hacían actuar como tales, aunque ellos lo hacían en el ejercicio de su potestad personal de ciudadanos, defendía y reforzaron así la posición de la Iglesia y la religiosidad (ver anexos indicados que reflejan y afirman esta participación).

b) La evolución y fortalecimiento de la Iglesia.

Conforme se afirmaba el Estado y la nacionalidad costarricense, y con el progreso de los pueblos, progresó también la Iglesia, y así en 1852, nuestro gobierno suscribió con la Santa Sede el único Concordato que registra la historia de Costa Rica, que como país eminentemente católico comprendía el respeto que merece la Iglesia, en razón de pertenecer a ella casi toda la población de costarricenses, que era el sentir del pueblo otorgar los privilegios que contenía el Concordato. Es de notar también que este hecho muestra una época, cuando se consideraba la Iglesia como una Institución, cuyos dogmas fueron acatados sin discusión alguna.

El Concordato, un Contrato-Ley entre la República de Costa Rica y la Santa Sede, recibió los trámites legales y fue ratificado por el Congreso Constitucional de la República. El Presidente Juan Rafael Mora Porras, (Presidente 1849–1853 y 1853–1859) emitió un Decreto Presidencial que convirtió el Concordato en Ley obligatoria para los costarricenses, extensivo a todos los habitantes del territorio costarricense.

Al amparo del Concordato, las instituciones de la Iglesia, afirmaban sus posiciones e instituían entes morales representativos con personería jurídica conforme a las leyes, aunque el personero legal de la Iglesia tiene inscrito su poder, sin que exista legalmente el ente.

Las temporalidades de la Iglesia, se constituyen al amparo de un acto soberano del Estado, asimismo la creación de las Diócesis, que en muchos casos actúan como empresas, entes jurídicos que realizan negocios jurídicos.

El Concordato fue denunciado por Costa Rica en 1884 por decreto número cuarenta y cinco de ese año, quedando derogadas todas las disposiciones para todos los efectos. Sin embargo, nunca se comunicó oficialmente a la Santa Sede, para quien tiene vigencia absoluta hasta el día de hoy, y de hecho muchos de los privilegios concedidos, se mantienen (21).

4. LAS CORRIENTES LIBERALES

a) Primeros movimientos antirreligiosos: La Masonería

Como quedó explicado a través de la historia, durante la Colonia, y después de la independencia, la religión católica predominó en forma absoluta, pero con el auge económico, que llevó a muchos jóvenes a formarse en el Viejo Mundo, estos, a su regreso traían consigo, el germen de las nuevas corrientes, resultado de la ilustración, los Enciclopedistas y su efecto sobre las dudas en la fe, lo que comenzó a preocupar seriamente a las autoridades eclesiásticas de toda la región. Durante tres siglos, la fe católica no era discutida, se aceptaba simplemente, y ajenos totalmente y sin ningún contacto referente al protestantismo, a excepción de algunos visitantes apóstatas, como el ex dominico Tomás Gage que anduvo por algunas comarcas en el siglo XVII (22).

En los comienzos del siglo XIX los síntomas cambiaron. Se sentía y se notaban movimientos anticatólicos, lo que comenzó a preocupar de tal manera, que en enero de 1824 la Junta Gubernativa envió una nota a Monseñor García Jérez manifestándole:

> *"...que siendo el principal deber de la Junta sostener la religión Católica, Apostólica Romana, se hace indispensable que haya en la Provincia un subdelegado que juzgue a algunos impíos, que extraviados de la senda verdadera tratan de sembrar errores por medio de doctrinas falsas"* (23).

---

(21) BRENES ALVAREZ, Pedro *"La Condición Jurídica de la Iglesia Católica en Costa Rica"* Tesis, Fac. de Derecho, San José, 1976, (pág. 113).

(22) BLANCO SEGURA, Ricardo *"Historia Eclesiástica de Costa Rica"* Imp. Nacional San José, C.R. 1960, (pág. 262).

(23) ARCHIVOS NACIONALES No. 828, Sección Histórica Independencia, citado por Supra, revisado.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Lo anterior, nos prueba el comienzo de las corrientes liberales, pero también, confirman el poder de la Iglesia, lo que hemos apuntado anteriormente.

Como afirmamos ya, en Costa Rica, no sesionó ningún Tribunal de la Inquisición, sólo existían "agentes" o subdelegados que tramitaban las denuncias de herejías para enviar las causas ante Tribunales de León de Nicaragua, Guatemala, México o La Habana. En una de estas denuncias del año 1826 en la acusación planteada por don José María Volio y el Presbítero Cecilio Umaña, ante el agente del Tribunal de la Fe, contra los hermanos José Manuel y Martín Manferrer, en la cual se habla por primera vez de la masonería y los masones, asegurando que la masonería costarricense estaba ya plenamente fundada y establecida (24).

b) Liberalismo y laicismo:

Con el ingreso al país de gran cantidad de jóvenes intelectuales se incrementaron las tertulias liberales, mientras el Estado seguía siendo Católico, Apostólico, Romano, lo que bien reflejan los textos constitucionales (25), pero el verdadero liberalismo comenzó con el primer presidente de la República al declararse Costa Rica como nación soberana e independiente de cualquier otro Estado (30 de agosto de 1848) y asumió la presidencia el doctor don José María Castro Madriz, rompiendo el último lazo que unía a Costa Rica con la fracasada Federación Centroamericana. Fue el Dr. Castro Madriz, el impulsor del "laicismo", en el sentido que para él tenía la libertad, creando un lema de "libertad con educación" quien decía que:

> *"todo el mal que se encuentra sobre la tierra hay que buscarlo en la ignorancia".* Agregando que: *"la libertad sin educación es casi ilusoria"* (26).

Pero el mayor desplante de la fuerza liberal, se dio en julio de 1884 cuando el Congreso decretó el destierro del Obispo de Costa Rica Bernardo Augusto Thiel, de origen alemán, y a toda la orden de Jesuitas (Compañía de Jesús) que creó un conato de insurrección en el pueblo de San Rafael de Cartago, y definitivamente reforzó la corriente liberal, que luego fue creciendo durante todo el resto del siglo XIX, afirmándose más fuertemente en las Administraciones de Cleto González y Ricardo Jiménez (entre 1906 a 1934).

5. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL DERECHO POSITIVO

a) Constitucional:

No podemos afirmar con un vocablo "ancho" que la Carta Magna costarricense otorga la libertad religiosa en el sentido amplio, absoluto, igualitario, porque la constitución identifica al Estado como católico, conforme a su artículo 76 que dice:

> *"Art. 76. La Religión, Católica, Apostólica, Romana, es la* **del Estado,** *el cual contribuye a su mantenimiento,* **sin impedir el libre ejercicio** *en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres".*

Hay que afirmar, sin embargo, solemnemente, que la Constitución, conforme al artículo citado, otorga, la libertad religiosa de otros cultos con toda plenitud. El problema, —o podría ser— en caso de una interpretación concreta de "culto" que no está claro, si se refiere a "ritos" no católicos, apostólicos, romanos, ya que esta es la religión del Estado, o se debe interpretar "culto" referente a otras religiones, o sea el "rito" o culto de otras religiones, lo que es correcto, y este es el espíritu, pero no siempre se puede identificar "culto" con "religión". Porque se puede dar la absoluta libertad religiosa, sin la libertad absoluta del culto en sentido de "ritos".

El problema del precepto constitucional, que

---

(24) BLANCO SEGURA, R. Op. cit. citando a Documentos Históricos de la Masonería Centroamericana (Antigua y Aceptada) Años 1824—1933 Imp. Española, San José, C.R. 1937, (págs. 11 a 17).

(25) BARUCH, Bernardo. Ver APENDICE V, que es estracto de trab. citado *"Un estudio comparativo sobre cambios conceptuales en materia de religión en el desarrollo constitucional de Costa Rica".*

(26) BARAHONA JIMENEZ, Luis: *"El Pensamiento Político en Costa Rica".* Ed. EFA San José, C.R. sin fecha (pág. 4).

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ordena contribuir a los gastos de la religión del Estado, la católica, o sea a su mantenimiento, puede crear otros problemas jurídicos, de origen constitucional, de la propia Carta Magna con relación a los artículos 33 y 40 con el 76 citado, de la Constitución.

El artículo 33 dice:

"Artículo 33. Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse **discriminación alguna** *contraria a la dignidad humana".*

Y el artículo 40 expresa:

"Artículo 40. Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o **intereses morales.**
Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

Si tomamos el conjunto de estas disposiciones o mandatos constitucionales, se puede encontrar cierta contradicción en lo referente a la religiosidad del Estado "el cual contribuye a mantener", a esa religión exclusivamente. Si el Estado se nutre de los ingresos de todos los habitantes, quienes deben recibir el trato de "iguales ante la ley" teniendo el Estado obligación constitucional de "procurar el mayor bienestar a TODOS los habitantes del país" (art. 50 Constitución Política), podría en realidad resultar un daño en los intereses MORALES (artículo 40 Constitución Política) o una discriminación (artículo 33 Constitución Política) el hecho de sufragar con dinero público, de todos los ciudadanos, los gastos de solamente una confesión religiosa, discriminando a las demás.

Hay otras disposiciones —mandatos constitucionales— que abarcan el tutelaje de la libertad religiosa con otras libertades. La Libertad de opinión y manifestarlo (artículo 28) la libertad de enseñanza (artículo 79) Libertad de Asociación (artículo 50) La libertad genérica del hombre (artículo 20) Libertad de Cátedra (artículo 87), de reunión (artículo 26) la individual (artículos 37 y 48). Todos relacionados con el libre ejercicio religioso.

b) Legal:

Existen una serie de leyes, cuyo contenido más que, como protectoras de la libertad religiosa absoluta, general, universal, son de índole proteccionista, o de prerrogativas hacia la Iglesia Católica, —del Estado— que con el auge de las ideas liberales que pretendían "laicizar" o "arreligiosar" al Estado, las fuerzas y agrupaciones clericales, lograron estas prerrogativas como una defensa para las instituciones religiosas católicas lo que en realidad era el contrapeso, político-ideológico de la época y desde este punto de vista es una concesión de libertad. Así encontramos muchas prerrogativas, resultado del Concordato, que como ya se dijo pese a ser derogada, se continúan otorgando sus beneficios en el espíritu y consideración de un Contrato-Ley conforme al artículo 7 de la Constitución Política que dice:

". . .Los tratados públicos, los convenios internacionales y los CONCORDATOS, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes" (artículo 7 Constitución Política).

Existen otras leyes y decretos en ese sentido, sin referirnos a la creación de Diócesis, de la Patrona Nacional, de la Patrona de la Guardia Civil, etc. que son propiamente eclesiásticas. Hay leyes que crean entes religiosos o para-religiosos privados de derecho público, y conceden exoneraciones de tasas e impuestos, verbigracia, el Decreto Ejecutivo No. 16 del 7 de mayo de 1970 otorga a las Temporalidades de la Iglesia poderes para operaciones con bienes.

El artículo 1 de la Ley 21 del 25 de noviembre de 1942, exonera a la Iglesia de contribuciones y tasas municipales. Decreto Ejecutivo No. 11 del 17 de marzo de 1973, exonera impuestos y tasas sobre propiedades de la Iglesia. Franquicias de importación de materiales de construcción y equipo de Templos (artículo 1 Ley 19 del 27—6—1887) franquicia para importación de vinos para consagrar (Decreto Ejecutivo No. 10 del 19—8—1936).

Todos, con miras a facilitar el ejercicio del culto católico primordialmente.

El Código Penal vigente contiene una disposición, que sanciona la discriminación por motivos de religión —dentro del contexto de los delitos contra los derechos humanos— (artículo 371, Código Penal) (28).

---

(28) CODIGO PENAL *"Código Penal de Costa Rica"* editado por Colegio de Abogados, San José, C.R., 1972.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La mayoría de las comunidades religiosas no católicas, se constituyen como entes jurídicos bajo el amparo de la Ley de Asociaciones, bajo cuya tutela existen comunidades de varias religiones, grupos y sectas religiosas de toda la gama variante posible.

La Ley No. 5466 decretada por la Asamblea Legislativa del 17 de diciembre de 1973 que trata de exoneraciones de impuestos, tasas, y franquicias aduaneras, ya que está exenta de discriminaciones, ya que, no se refiere a ninguna religión determinada, sino a "las organizaciones religiosas reconocidas por el Estado", son los sujetos titulares de las prerrogativas de esta ley (30). (Ver anexo VI).

c) Jurisprudencia:

La jurisdicción Contenciosa Administrativa es de relativa novedad en Costa Rica, que rige desde 1966, pues la Ley No. 3667 dictada por la Asamblea Legislativa, es la Ley Reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sancionada el 12 de marzo de 1966, (31) y es posible que no exista jurisprudencia importante en materia de libertad religiosa de interés para este trabajo.

El bibliotecario de la Corte Suprema de Justicia (Sr. Castillo), no pudo suministrarnos ninguna jurisprudencia en ese sentido, excepto una referente a la libertad religiosa en relación con la libertad de educación. Se trata de un recurso de amparo de Clifford Steele contra el Director del Colegio de Limón, por haber expulsado a sus dos hijos del colegio, aduciendo que rehusaron rendir tributo a la bandera nacional. Alegó el querellante, que no lo hacía por no permitírselo sus creencias. No hubo expresión de criterios, por declarar sin lugar el recurso, por motivo de fallas en el procedimiento (32).

CONCLUSION

Esta monografía, cuyo fin, —además del cumplimiento de un trabajo didáctico—, tiene por objeto de hacer un bosquejo esquemático de lo que es la libertad religiosa en Costa Rica. Por ser "libertad" un término abstracto, metafísico, ideal o "relativamente" relativo hemos de condensar los términos de la conclusión, imponiéndonos límites, ya que es un tema absorbente.

Lo que hemos querido enfocar, —y de lo dicho se puede deducir— es que tanto el concepto de "libertad" como "religión", si bien su ejercicio individual se concreta en una persona, el hombre, en un momento dado, estos términos, no pertenecen a un hombre, un grupo o una generación, sino son producto de la evolución histórica del hombre en su constante e incansable búsqueda de la verdad, ante los tremendos misterios de la propia vida y su relación con Dios, Ser Supremo, ideal o naturaleza, que según las circunstancias, tiempo histórico, espacio geográfico y socio-ideológico donde se encuentra ubicado. En éste, queda incrustado el hombre, cualquier hombre pensante.

Podemos resumir, que dentro de este contexto, el tiempo y el espacio geográfico, que evolucionó en estas tierras costarricenses, han elaborado una concepción de absoluta libertad, y principalmente de tolerancia.

Así podemos afirmar que en Costa Rica, "de hecho y de derecho" existe libertad religiosa, que es tutelada y respetada por el Estado y la sociedad, y que estas concepciones, al mismo tiempo fundamentan su sistema político en eso que muchos llaman "Credo Democrático", fundamentado en el "Sistema de Derecho", o "Régimen de Derecho", con una gran dosis del ejercicio del derecho consuetudinario.

---

(30) Colección de Leyes y Decretos Edición de la Corte Suprema de Justicia, Imp. Nacional. Anexo 6, fotocopia de la ley.

(31) Revista del Colegio de Abogados: Julio 1966 contiene *"La Justificación de la Ley"* y *"Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa"*. Imp. Lehmann, San José, C.R.

(32) Boletín Judicial. *Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*, No. 243 Sent. No. 143 del 29—10—1960. Imp. Nacional, San José, C.R.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANEXO 1

CUADRO ILUSTRATIVO DE LA PARTICIPACION DE SACERDOTES EN EL CONGRESO Y SENADO, AÑOS, NUMERO Y CALCULO PORCENTUAL

No. Congreso	Fecha	Prop.	Sup.	Senadores	Total	Participación congreso, No. Sac.	% Sacerdotes
1	1821	14	14	—	28	9	32.14
2	1822	24	—	—	24	4	16.66
3	1823	80	—	—	80	14	17.50
4	1823—1824	12	4	—	16	5	31.25
5	1825—1826	11	4	7	22	6	27.27
6	1826—1827	13	4	7	24	10	41.66
7	1827—1828	14	4	6	24	11	45.83
8	1828—1829	16	4	7	27	9	33.33
9	1829—1830	12	4	7	23	4	17.39
10	1830—1831	14	3	7	24	6	25.00
11	1831—1832	15	3	7	25	11	44.00
12	1832—1833	13	3	6	22	10	45.45
13	1833—1834	13	4	6	23	8	34.78
14	1834—1835	13	5	7	27	9	33.33
15	1835—1836	12	4	7	25	8	32.00
16	1836—1837	13	6	8	27	5	18.51
17	1837—1838	13	4	9	26	5	19.23
18	1838—1838	16	4	6	26	6	23.07
19	1838—1838	20	—	—	20	6	30.00
20	1842—1842	14	—	—	15	4	26.66
21	1843—1844	17	1	—	18	2	11.11
22	1844—1845	12	7	6	25	5	20.00
23	1845—1846	12	8	8	28	3	10.71
24	1846—1846	12	1	7	20	1	5.00
25	1846—1847	19	1	—	20	1	5.00
26	1847—1848	10	9	—	19	5	26.31
27	1848—1849	12	8	—	20	3	15.00
28	1849—1852	12	14	—	26	2	7.69
29	1852—1855	13	12	—	25	1	4.00
30	1855—1858	17	16	—	33	1	3.03
31	1858—1859	14	7	—	21	0	00
32	1859—1859	25	24	—	49	2	4.08
33	1860—1862	17	8	—	12	37	00
34	1862—1863	13	5	14	32	1	3.12
35	1863—1864	20	11	16	47	1	2.12
36	1864—1866	17	5	13	35	0	00
37	1866—1868	18	10	14	42	1	2.38
38	1868—1868	10	2	12	24	0	00
39	1869—1869	24	13	—	37	1	2.70
40	1869—1870	25	13	16	54	3	5.55
41	1870—1870	33	12	—	45	0	00
42	1871—1871	22	9	—	31	3	9.67
43	1872—1874	20	15	—	35	3	8.57
44	1874—1876	21	8	—	29	3	10.34

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

No. Congreso	Fecha	Prop.	Sup.	Senadores	Total	Participación congreso, No. Sac.	% Sacerdotes
45	1876–1876	21	7	–	29	4	13.72
46	1880–1880	21	10	–	31	0	00
47	1882–1884	22	9	–	31	2	6.45
48	1884–1886	25	12	–	37	2	5.40
49	1886–1888	24	15	–	39	1	2.56
50	1888–1890	25	19	–	44	0	00
51	1890–1892	24	18	–	42	1	2.38
52	1892–1892	29	14	–	43	2	4.65
53	1894–1896	32	14	–	46	4	8.69
54	1896–1898	30	12	–	42	2	4.76
55	1898–1900	31	10	–	41	2	4.87
56	1900–1902	32	14	–	46	2	4.34
57	1902–1904	34	15	–	49	0	00
58	1904–1906	30	12	–	42	1	2.38
59	1906–1908	39	17	–	56	1	1.78
60	1908–1910	41	19	–	60	0	00
61	1910–1912	40	17	–	57	1	1.75
62	1912–1914	41	17	–	58	1	1.72
63	1914–1916	42	20	–	62	1	00
64	1916–1917	39	20	–	59	1	00
65	1917–1917	43	21	–	64	0	00
66	1917–1919	28	20	–	14	62	00
67	1919–1919	29	12	26	67	0	00
68	1920–1922	42	18	–	60	4	6.66
69	1922–1924	43	18	–	61	1	1.63
70	1924–1926	43	18	–	61	2	3.27
71	1926–1928	44	17	–	61	2	3.27
72	1928–1930	44	17	–	61	4	6.55
73	1930–1932	43	18	–	61	5	8.19
74	1932–1934	42	18	–	60	2	3.33
75	1934–1936	44	16	–	60	1	1.66
76	1936–1938	44	15	–	59	1	1.69
77	1938–1940	43	17	–	60	1	1.66
78	1940–1942	45	18	–	69	1	1.58
79	1942–1944	45	18	–	63	0	00
80	1944–1946	45	18	–	63	0	00
81	1946–1948	46	18	–	64	0	00
82	1949–1949	44	15	–	59	0	00
83	1949–1953	45	18	–	63	0	00
84	1953–1958	45	13	–	58	0	00
85	1958–1962	49	12	–	61	0	00
86	1966–1966	58	–	–	58	0	00
87	1966–1970	57	–	–	57	0	00

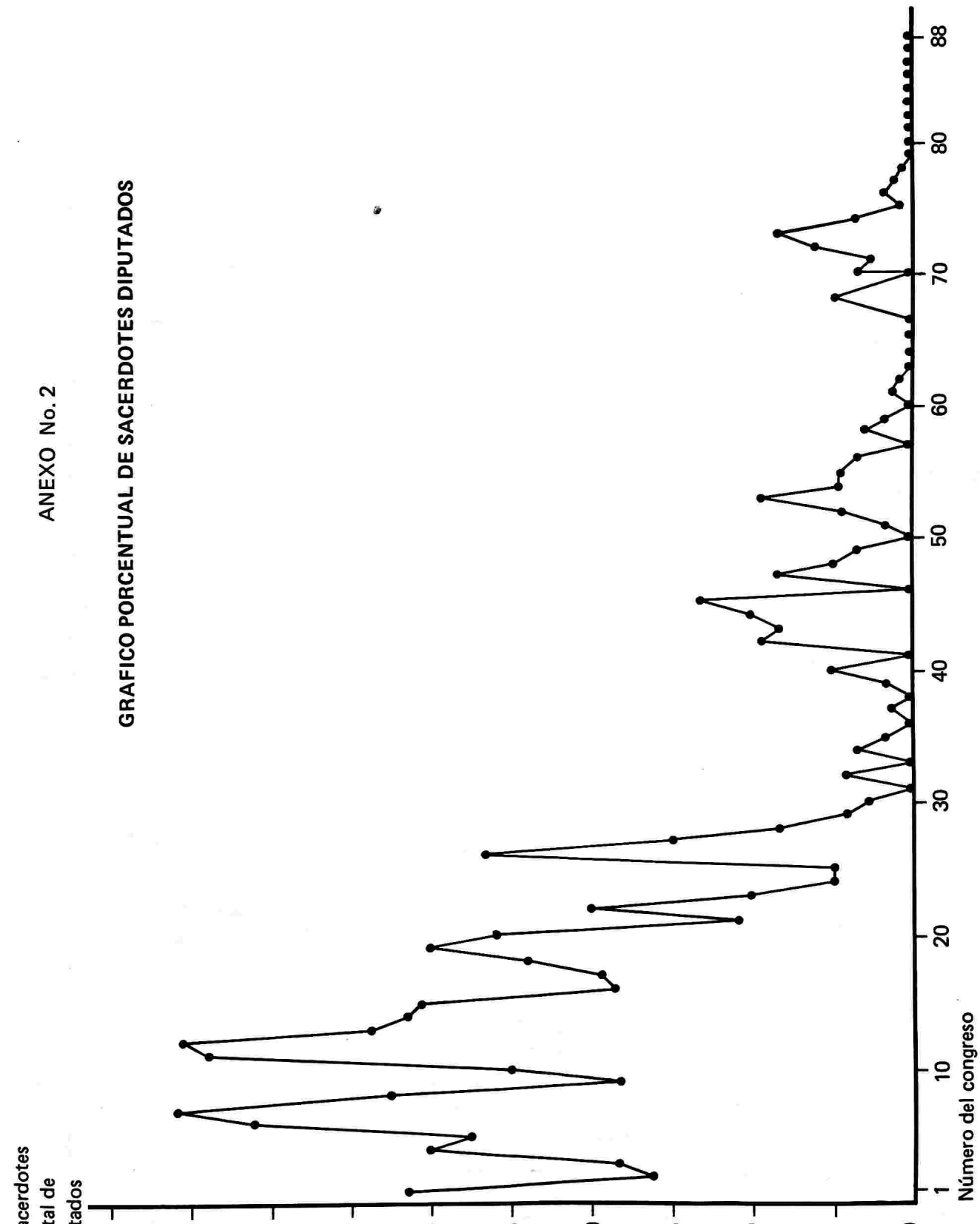
Fuente:
Obregón Loría, Rafael **El Poder Legislativo en Costa Rica.**
Asamblea Legislativa, San José: 1966.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ANEXO No. 2

GRAFICO PORCENTUAL DE SACERDOTES DIPUTADOS

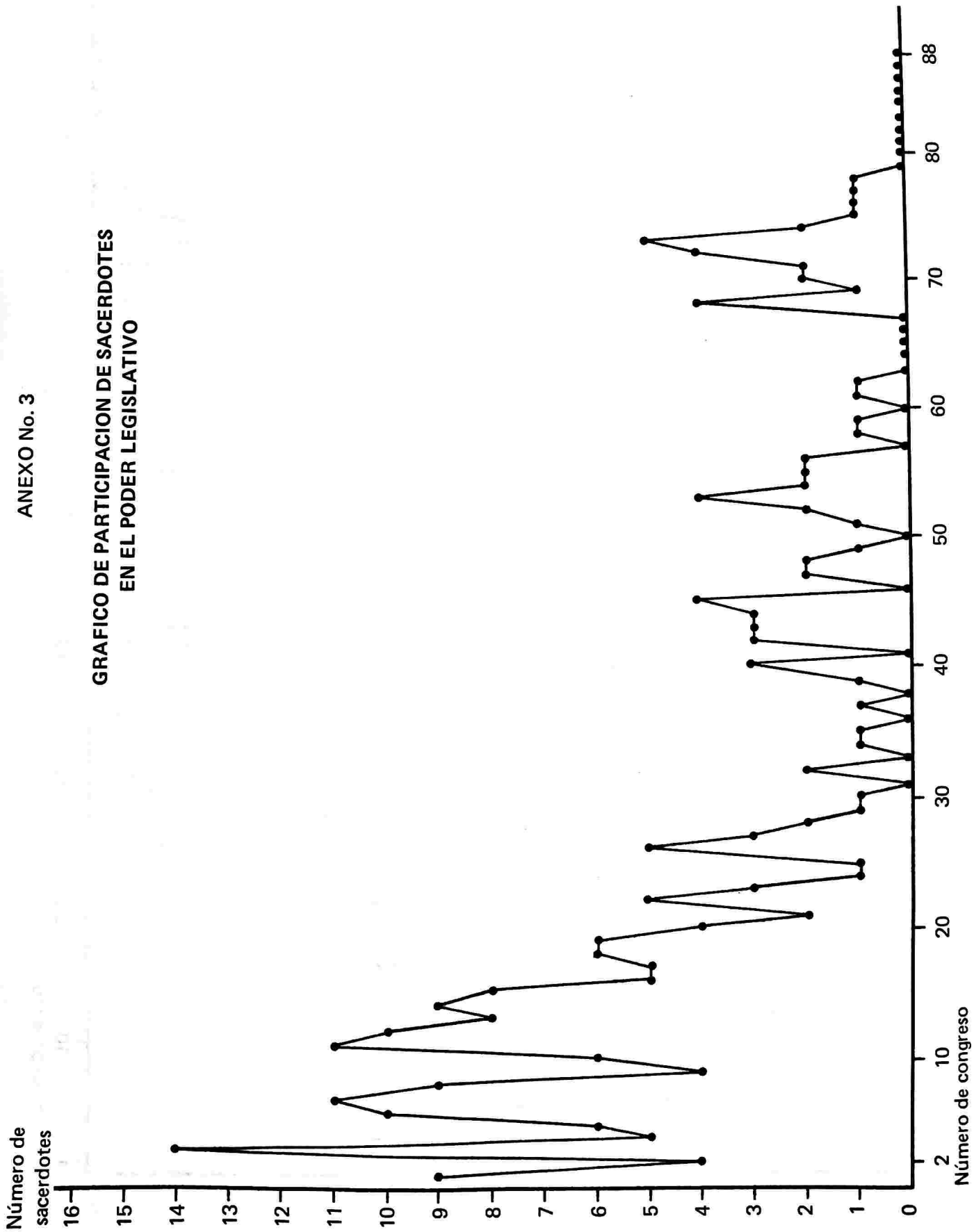


Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ANEXO No. 3

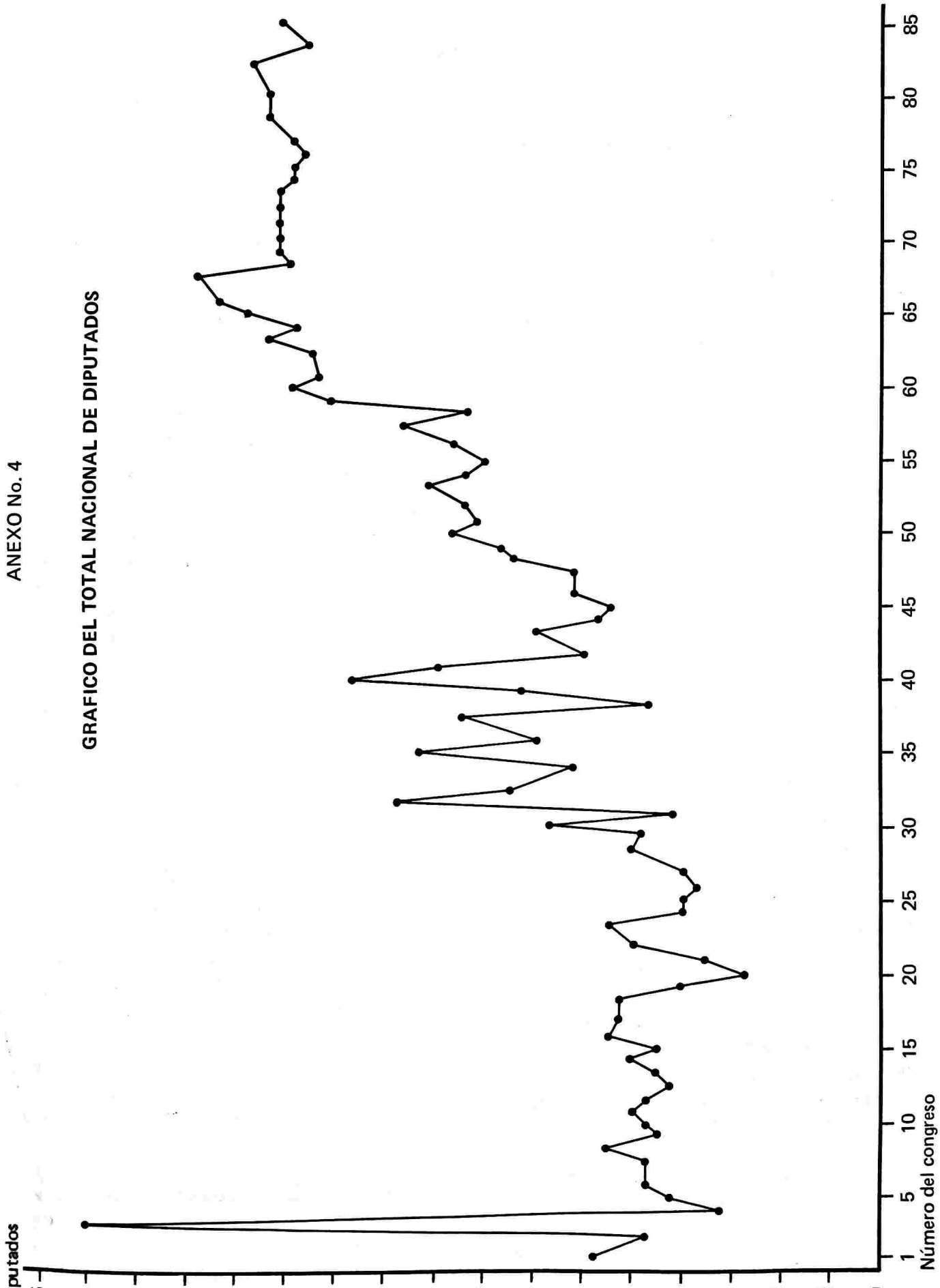
GRAFICO DE PARTICIPACION DE SACERDOTES EN EL PODER LEGISLATIVO



Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ANEXO No. 4

GRAFICO DEL TOTAL NACIONAL DE DIPUTADOS



Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANEXO No. 5

ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE CAMBIOS CONCEPTUALES EN MATERIA DE RELIGION EN EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

No es necesario ningún análisis sobre lo que hoy conocemos como libertad religiosa, desconocida durante la colonia.

Detrás del conquistador, iba el fraile con la cruz en la mano, como representante de la justificación colonizadora, cumpliendo con el Evangelio de "id y predicad", misión que asumieron los Reyes Católicos y que continuó durante todo el tiempo de la colonia.

Pero detrás del fraile devoto y sinceramente convencido de su misión, estaba la sombra de la Inquisición, los Agentes del Santo Oficio, que denunciaban y castigaban toda herejía, todo lo no aceptado por la ortodoxia del catolicismo radical, cuya interpretación era la "única y verdadera" religión con exclusión de cualquier otra, incluyendo en "otra", todas otras ramas del cristianismo.

Así las cosas, tres siglos que pusieron con el peso de los años sobre muchas generaciones una concepción exclusiva del hombre y Dios, formaron una visión religiosa que predominó. Al llegar la independencia, y conforme pasaban los tiempos que dejaron muy atrás al Santo Oficio, iba evolucionando el concepto religioso desde "única y verdadera" del Pacto de la Concordia de 1821, para decir dos años más tarde en el Primer Estatuto del 17 de marzo de 1823 "exclusivamente"; ya no se le agrega "verdadera", la Constitución Federal de 1824 limita la exclusión de otras religiones al ejercicio público únicamente.

Ya la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de 1825 solamente habla de "proteger" a la religión católica con "leyes sabias y justas" o sea que si bien la religión Católica Apostólica Romana es del Estado, igual como en la de la República (Federal) en la cual hay una autorización tácita, —no explícita—, para el ejercicio privado de otras religiones.

La reforma a la Constitución Federal de Centroamérica del 13 de febrero de 1835 ya esboza la libertad expresa en materia de religión; "Los habitantes de la República pueden adorar a Dios según su conciencia" y da protección estatal a la libertad de culto. Esta es la disposición más liberal de todas las Constituciones, pues elimina la religión del Estado, a quien encomienda solamente "el cuidado" de la actual religión de los pueblos, y mantendrán *todo culto* en armonía con las leyes".

Don Braulio Carrillo en la Ley de Bases y Garantías omite pronunciarse sobre religión.

La Constitución del Estado Libre de Costa Rica del 9 de abril de 1844 retorna con un poco más de coherencia a la religión, arraigada y respetada por los costarricenses, y obliga al Estado a "sostener y proteger" a la religión Católica Apostólica Romana que profesan los mismos.

Las demás Constituciones, hasta la vigente, mantienen un sentido similar con la diferencia del cambio sustancial que se produjo con la Constitución Política bajo Jesús Jiménez, del 15 de abril de 1869 la que después de indicar que "no contribuirá con sus rentas a los gastos de otros cultos", agrega —ya ahora expresamente— "cuyo ejercicio, sin embargo, tolera", cuyo sentido de fondo es la tolerancia tradicional que siente el pueblo costarricense y que mantienen todas las Constituciones posteriores hasta la fecha.

Para mayor análisis transcribimos el articulado referente a la religión, de las Constituciones y Reformas, pudiendo palpar el cambio conceptual porque ha atravesado el pensamiento costarricense en materia de libertad de culto, expresado por la voz de sus Constituyentes y plasmado en las Constituciones.

Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de la Concordia — 1821:

"Artículo 3. La religión de la Provincia es y será siempre la Católica, Apostólica, Romana, como única verdadera, con exclusión de cualquier otra".

Primer Estatuto Político: 17 de marzo de 1823:

"Artículo 7. La Religión de la Provincia es y será siempre exclusivamente la católica, apostólica, romana".

Segundo Estatuto Político: 16 de mayo de 1823:

"Artículo 7. Igual que la anterior.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Constitución Federal de Centro América: 22 de noviembre de 1824:

"Artículo 11. Su religión es la católica, apostólica, romana con exclusión del ejercicio público de cualquier otra".

Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica. 25 de enero de 1825:

"Artículo 25. La religión del Estado es la misma que la de la República, la Católica, Apostólica, Romana, la cual será protegida con leyes sabias y justas".

Constitución Federal de Centro América con reformas decretadas el 13 de febrero de 1835:

"Artículo 11. Los habitantes de la República pueden adorar a Dios según su conciencia. El Gobernador General les protege en la libertad del culto religioso. Mas los Estados cuidarán de la actual religión de sus pueblos, y mantendrán todo culto en armonía con las leyes".

"Artículo 12. La República es un asilo sagrado para todo extranjero, y la patria de todo el que quiera residir en su territorio".

Ley de Bases y Garantías (Braulio Carrillo) 8 de marzo de 1841:

Ninguno de los siete artículos enunciativos hace referencia a la religión.

Constitución Política del Estado de Costa Rica. 9 de abril de 1844:

"Artículo 54. El Estado Libre de Costa Rica sostiene y protege la religión Católica, Apostólica, Romana que profesan los costarricenses".

Constitución Política. 10 de febrero de 1847:

"Artículo 37. El Estado profesa la religión Católica, Apostólica, Romana, única verdadera, la protege con leyes sabias y justas y no permite el ejercicio público de alguna otra".

"Artículo 38. La Potestad Eclesiástica en los asuntos que no sean de conciencia, obrará siempre en consonancia con la civil, y la ley determinará el modo y forma de verificarlo".

Constitución Política "Reformada". 30 de noviembre de 1848:

"Artículo 15. La Religión Católica, Apostólica, Romana es la de la República, el Gobierno la protege, y no contribuirá con sus rentas a los gastos de otro culto".

Constitución Política del 27 de diciembre de 1859: igual a la anterior.

Constitución Política 15 de abril de 1869 (Jesús Jiménez, Presidente):

"Artículo 5. (Hubo cambio sustancial de tolerancia, influencias del liberalismo). La Religión Católica, Apostólica, Romana es la de la República, el Gobierno la protege y no contribuirá con sus rentas a los gastos de otros cultos, cuyo ejercicio, sin embargo, tolera".

Constitución Política 7 de diciembre de 1871. (Constituyente-Representantes del Pueblo de Costa Rica —igual a la anterior— bajo Tomás Guardia. Artículo 51 y en la reformada bajo artículo 66.

Decreto Ejecutivo del 26 de abril de 1882 (Tomás Guardia):

"Artículo 51. La Religión Católica Apostólica Romana es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento sin impedir el libre ejercicio en la República de ningún otro culto que no se oponga a la moral universal ni a las buenas costumbres".

Constituyente de 8 de junio de 1917 Tinoco: Igual a la de 1882. Artículo 8.

Asamblea Nacional Constituyente del 8 de junio de 1917 (Tinoco):

Igual que el Decreto Ejecutivo de 1882 bajo art. 8 agregando: "La declaración a que se refiere este artículo no afecta la legislación existente, ni coarta en forma alguna la libertad de acción de los Poderes Públicos respecto de cualesquiera intereses nacionales".

La Ley de Nulidades del 21 de agosto de 1920:

Anuló la Constitución Política de 1917, retornando a la de 1871.

Constitución Política del 7 de noviembre de 1949 (vigente):

Igual al Decreto Ejecutivo del 26 de abril de 1882 de Tomás Guardia, es la que nos rige ahora (381).

---

(381) Tomado de "*Las Constituciones de Costa Rica*", de Hernán Peralta, ob. cit., supra.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANEXO No. 6

DECRETO-LEY No. 5466 DE 16 DE DICIEMBRE DE 1973

No. 5466

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

Decreta:

Artículo 1. Autorízase a las organizaciones religiosas reconocidas por el Estado, a importar libre de derechos de aduana, los materiales didácticos e implementos para labor social o religiosa, que serán concedidas por el Ministerio de Hacienda, previa recomendación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Artículo 2. Las propiedades que pertenezcan a las iglesias y organizaciones religiosas, que se dediquen al culto o servicio social, estarán exentas del pago del impuesto territorial.

Artículo 3. Deróguese cualquier disposición legal que se oponga a la presente ley.

Artículo 4. El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley, dentro de los noventa días siguientes a la vigencia de la misma.

Artículo 5. Rige a partir de su publicación.

Comuníquese al Poder Ejecutivo

Asamblea Legislativa. San José, a los cinco días del mes de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

Luis Alberto Monge Alvarez
Presidente

Angel Edmundo Solano Calderón,
Primer Secretario

Romilio Durán Picado,
Primer Prosecretario

Casa Presidencial. San José, a los diecisiete días del mes de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

Ejecútese y Publíquese
José Figueres

El Ministro de Hacienda
Claudio Alpízar Vargas

"La Gaceta" No. 20 de 30 de enero.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

BIBLIOGRAFIA

ASAMBLEA LEGISLATIVA,
"Código Penal de Costa Rica" editado por Código de Abogados, San José Costa Rica, 1972.

BENITO, José de,
"La libertad en la encrucijada" Ed. Rev. de Occidente, Madrid, 1964.

BARAHONA JIMENEZ, Luis,
"El Pensamiento Político en Costa Rica" Ed. EFA San José, C.R. sin fecha.

BARUCH, Bernardo,
"La Nacionalidad Judía-Costarricense" Tesis Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1972.

BLANCO SEGURA, Ricardo,
"Historia Eclesiástica de Costa Rica" del descubrimiento a la creación de la Diócesis, Ed. Costa Rica, San José, 1967.

BOLETIN JUDICIAL,
"Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica" Imp. Nacional, San José, C.R.

BRENES ALVAREZ, Pedro,
"La Condición Jurídica de la Iglesia Católica en Costa Rica". Tesis, Fac. de Derecho, San José, 1976.

CANASI, José,
"El justiprecio en la expropiación pública" Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1952.

COMISION NACIONAL DEL SESQUICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DE CENTRO AMERICA,
"Florencio del Castillo,1778–1834".

CORDERO, José A.,
"El ser de la nacionalidad costarricense". Ed. Tridente, Madrid (pág. 35).

CHACON TREJOS, Gonzalo,
"Costa Rica es distinta en Hispanoamérica". Imp. Trejos Hnos. San José, C. R., 1969.

DIEZ MACHO, Alejandro,
"La Biblia y la cultura occidental". Rev. *"El Olivo"* Judío, Dic. 79. Centro de Estudios Judío-Cristianos, Madrid, 1979.

FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo,
"Cartilla Histórica de Costa Rica" 44a. Edic. Antonio Lehmann, San José, C.R., 1970

FRAGA, Gabino,
"Derecho Administrativo". Ed. Porrúa S.A. México, 1968.

FRUTOS, Eugenio,
"La indefinición del hombre en su función espiritual". Revista de filosofía, Univ. de Costa Rica, Jul-Dic. 1957.

MANDRIAGA, Salvador de,
"Cristóbal Colón" editado en 1940.

PLATON,
"La República o El Estado" Espasa Calpe Argentina. Libro V.

RODRIGUEZ ZAMORA, José Miguel,
"Aspectos ideológicos y estructurales de la relación entre la Iglesia Católica de Costa Rica Nira y el Sistema Político Nacional". Tesis Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de Ciencias Políticas, San José, 1976.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BALMES, Jaime,
"Obras Completas" Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1949.

BARRACLOUGH, Geoffrey,
"La Historia desde el mundo actual". Revista de Occidente, Madrid 1959.

DIMONT, Maxi,
"The Indestructible Jews". New American Library, New York, 1973.

KOROEDOV, Vladimir,
"La Religión y la Iglesia en la URSS". Ed. de la Agencia de Prensa Novotorn, Moscú, 1979.

PEREZ Vilariño, J.,
"Inquisición y Constitución en España". Ed. Zero S.A. Madrid, 1973.

RUNCIMAN, Steven,
"Historia de las Cruzadas". Revista de Occidente, Madrid, 1957.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA CIDH Y LAS RESERVAS A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Dr. Alejandro Montiel Argüello

El 24 de setiembre de 1982 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la fecha en que un Estado que ha ratificado o adherido con reservas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos viene a ser parte de dicha Convención; y tal opinión es en el sentido de que esa fecha es la del depósito del instrumento de ratificación o adhesión.

El razonamiento de la Corte es que el Artículo 74.2 de la citada Convención da efecto a las ratificaciones o adhesiones en la fecha del depósito del instrumento, sin hacer distinción de si contienen o no reservas. Agrega la Corte que el artículo 75 dispone que la Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, y que ésta permite hacer reservas que no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado, salvo que estén prohibidas, lo que no ocurre en la citada Convención Interamericana. Sobre el primer argumento la Corte insiste muy poco, de seguro por estimar correctamente que tiene muy poco valor; y sobre el segundo punto nada tenemos que observar por el momento.

Continúa la Corte diciendo que las disposiciones de la Convención de Viena (arts. 20.1 y 20.4) que requiere la aceptación de las reservas salvo el caso de que éstas hayan sido expresamente autorizadas, contemplan los tradicionales tratados multilaterales que tienen por objeto un intercambio recíproco de derechos y obligaciones para el beneficio mutuo de los Estados Partes, mientras que los tratados modernos sobre Derechos Humanos, y, en particular la Convención Interamericana, tienen por efecto y fin la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes, y que al aprobarse esos tratados los Estados asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

La consecuencia que la Corte saca del razonamiento anterior es que sería irrazonable concluir que la referencia del Artículo 75 a la Convención de Viena obliga a aplicar el régimen de la aceptación de las reservas, sino que es sólo una autorización expresa a permitir a los Estados cualesquiera reservas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado; y que por lo tanto, cabe aplicar la disposición de la Convención de Viena (Art. 20.1) que especifica que esas reservas expresamente autorizadas no requieren aceptación de otro Estado. En esa forma llega a la conclusión arriba indicada de que para un Estado reservante la Convención Americana entra en vigor en la fecha en que deposite su instrumento de ratificación o adhesión, y no cuando sea aceptada su reserva por otro Estado.

En nuestro criterio la opinión de la Corte se aparta por completo de lo dispuesto en la Convención Americana, pues la referencia a la Convención de Viena es sumamente clara al ordenar que las reservas sólo pueden hacerse conforme a esa segunda Convención, y esa segunda Convención establece la necesidad de que las reservas sean aceptadas, salvo las expresamente autorizadas. Una disposición tan clara no puede interpretarse como

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un permiso expreso de hacer cualesquiera reservas sino que sujeta toda reserva al régimen que fue convenido en Viena.

Es cierto que el régimen de aceptación de las reservas no es el más apropiado para los tratados del tipo de la Convención Americana, pero la solución hubiera sido, al redactarse la Convención, en establecer un régimen especial, con sólo decir que podía hacerse cualquier reserva. En el proyecto de Convención preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se disponía expresamente que las reservas no necesitaban la aceptación de los demás Estados Partes; mas ésto fue objetado por algunos Estados, entre ellos la Argentina, que dijo: *"No parece conveniente innovar en esta difícil materia, cuando una conferencia de ámbito mundial ha elaborado un régimen distinto y, además, más ajustado a la práctica y jurisprudencia internacionales".* En el curso de los debates esta disposición fue substituida, por moción de los Estados Unidos, por la referencia a la Convención de Viena contenida en el actual Artículo 75. La Corte cita en su opinión consultiva esos antecedentes, pero de ellos deduce "que el propósito primordial de la referencia a la Convención de Viena en el Artículo 75, fue el de permitir a los Estados adherirse a la Convención con un sistema de reservas muy liberal". La cuestión es merecedora de un profundo estudio de las actas de la Conferencia en que se aprobó la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que no hemos tenido a nuestra disposición; mas a primera vista parece evidente que la eliminación de la disposición del proyecto que no requería la aceptación de las reservas y la substitución por una referencia a la Convención de Viena que sí las requiere, salvo cuando sean expresamente autorizadas, imponen una conclusión muy diferente a la aceptada por la Corte.

En resumen, parece ser que la intención de la Corte fue la de facilitar la entrada de los Estados a ser Partes en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando para ello tuvo que forzar la interpretación de las disposiciones de esa misma Convención.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

NOTAS RELATIVAS A LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO COSTARRICENSE

Lic. Rodolfo E. Piza Rocafort

INDICE

		Pág.
1.1	Prefacio al cuadro comparativo	90
2.1	En busca de un fructífero estímulo entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno para el desarrollo de los derechos del hombre	90
2.2		91
2.3		91
2.4		93
2.5		93
2.6	(el Estado de Derecho)	95
3.1	¿Para qué revisar la legislación interna en relación con los derechos humanos?	96
3.2		97
4.1	¿Por qué la legislación interna costarricense?	97
4.2		98
4.3		98
5.1	¿Por qué la Convención Americana sobre derechos humanos?	99
5.2		99
6.1	¿Quiénes pueden violar los derechos humanos?	100
6.2	(¿a quiénes debe imputarse la violación de los derechos humanos en el Derecho Internacional?	101
6.3		101
6.4	(¿cuándo se dice que los derechos humanos se pueden violar en el orden normativo?)	101
6.5	(los derechos humanos y las sanciones a sus violaciones)	101
6.6		102
6.7	(la violación de los derechos humanos por los funcionarios públicos)	103
6.8	(¿son punibles las violaciones a los derechos humanos cometidas por los funcionarios?)	103
6.9		103
6.10	(las sanciones a las violaciones de los derechos humanos y las causas justificantes y eximentes de responsabilidad penal en razón de los sujetos (particulares o funcionarios)	104
6.11	(los derechos humanos y las reparaciones e indemnizaciones a sus violaciones)	105
7.1	Nota final	106

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCION

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA LEGISLACION COSTARRICENSE Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1.1. En un interesante estudio titulado "La protección internacional y la desprotección interna de los derechos humanos", Hernán Montealegre y Jorge Mera (1) señalan acertadamente que "no es posible lograr el objetivo de establecer condiciones jurídicas internas que permitan y favorezcan la vigencia de los derechos humanos, si previamente no se cuenta con un diagnóstico acertado y completo sobre la naturaleza y características de los regímenes jurídicos nacionales en América desde el punto de vista de su reconocimiento o desconocimiento de los derechos humanos. Sólo este diagnóstico podrá orientar acerca de las reformas a que haya que someter a los regímenes jurídicos para lograr que los derechos humanos lleguen a ser pieza central de ellos" (2). Es evidente que este diagnóstico no puede realizarse en forma científica sin tener como base, un inventario previo sobre la legislación nacional relevante a los derechos humanos.

Producto de esa necesidad, de una experiencia adquirida a través de algunos años de labor para la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica y de mi humilde afición al tema de los derechos humanos, así como del apoyo e interés del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y de la institución referida; nace la idea y desarrollo insuficiente y superficial del presente: *"Cuadro comparativo entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la legislación interna costarricense"*, no con el objeto de abarcar ni de agotar el tema, sino con el fin de que otras luces e intelectos lo utilicen para encontrar mayores similitudes y reparar las discrepancias, así como despertar y provocar mejores inquietudes y desarrollos que los míos.

El presente inventario pretende solamente servir de fundamento relevante al estudio y análisis de la situación normativa de los derechos humanos en Costa Rica, en relación con los principales instrumentos internacionales de protección de los mismos, en especial con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966).

Todo ésto a la vista de lograr, no solo una coherencia aceptable entre los derechos, sistemas y mecanismos de protección internacionales de los derechos humanos y los derechos, sistemas y mecanismos de protección interna; sino de sentar algunas mínimas bases jurídico-normativas para una más amplia, completa y efectiva vigencia de los derechos humanos en Costa Rica, de todos y cada uno de los costarricenses, en todos y cada uno de los rincones de la patria, que sirva para gloria de nuestro nombre y para ejemplo de la historia y de otras naciones de América.

2.1. En busca de un fructífero estímulo recíproco entre el derecho internacional y el derecho interno para el desarrollo de los derechos del hombre.

Si es cierto, como a mí me parece que es, que *cada época del devenir humano tiene su propio signo o marca que la distingue de edades pasadas y futuras; la nuestra, si algún tema la ha de definir y distinguir, ese deberá ser el de la protección internacional de los derechos humanos, su apología o desconocimiento, su vigencia o su violación* (3). En esta perspectiva, quizá no sea muy pretensioso afirmar, que *la más grande y elevada tarea del jurista de nuestro tiempo, es y debe ser la búsqueda constante de un fructífero estímulo recíproco entre el derecho internacional y el derecho interno para el desarrollo de los derechos*

---

(1) MONTEALEGRE, H. y MERA J. *La protección internacional y la desprotección interna de los derechos humanos.* Documento inédito 1981. Para las citas del mismo uso fotocopia del original facilitada por el autor con su correspondiente numeración.

(2) Ibídem, pág. 4.

(3) PIZA ESCALANTE, R. *The international protection of human rights.* En la Revista Production No. 3, del año 1981, editada en San José, Costa Rica, pág. 27, donde se plantea una tesis similar.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

humanos, no tanto como finalidad teórico-filosófica, como por las posibles consecuencias y efectos prácticos para la vida humana.

Lo anterior por cuanto, es opinión del autor, que *los derechos del ser humano, además de ser humanos, de ser derechos, universales, originarios y fundamentales* (4), *son constitucionales e internacionales.* Lo de constitucionales se deja ver en la primera etapa histórico-positiva de los derechos humanos y en la común aceptación, por lo menos en un plano teórico, de los mismos por los Estados y Naciones civilizados. Lo de internacionales porque, por un lado, el problema de los derechos del hombre, sin dejar de configurar una cuestión inicialmente enmarcada en el derecho constitucional de cada Estado —o sea, en el derecho interno— se exhibe hoy, a la vez y simultáneamente, como una cuestión que interesa a la comunidad internacional organizada y a la jurisdicción internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los otros pactos, convenios o declaraciones supraestatales del Derecho Internacional de los derechos humanos, vienen a afirmar y ratificar que *al derecho internacional le interesa e importa la cuestión de los derechos del hombre, las garantías y recursos que cada Estado pone o no al alcance del ciudadano para lograr resolverla; el modo de cómo cada Estado la resuelve internamente; de si internamente se resuelve, y la defensa auxiliar que ese mismo derecho internacional debe deparar a los derechos que el constitucionalismo insertó en el orden interno de los Estados* (5).

2.2. Según la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. . ." (artículo 7). Esto también es evidente y claro en la Ley General de Administración Pública costarricense, que en su artículo 6 señala: "La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden: a) La Constitución Política; b) Los tratados internacionales y las normas de la comunidad centroamericana; c) Las leyes y los demás actos con valor de ley; d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes de los otros supremos poderes en la materia de su competencia. . .". Por lo tanto, en Costa Rica los tratados y convenios internacionales, no sólo forman parte del ordenamiento jurídico pudiéndose aplicar por sí solos (self-executing) (6); sino que también, tienen y deben tener rango y fuerza superior a las leyes (7).

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1949 (en adelante DUDH), en su párrafo 3 del preámbulo considera "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho. . ."; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) establece que la protección internacional de estos derechos es "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos" (preámbulo, párrafo 3); y en este mismo sentido los Pactos de las Naciones Unidas de 1966, y otros instrumentos internacionales.

2.3. Ya de por sí lo anterior, sería motivo suficiente para justificar el cuadro comparativo que nos ocupa. ¡Pero hay mucho más! Actualmente, *una gran parte de la doctrina internacional se ha*

---

(4) PIZA ROCAFORT, Rodolfo E. y MONTERROSA, Hernán, *Mecanismos del Estado de Derecho para la protección interna e internacional de los derechos humanos.* Tesis de licenciatura para la Facultad de Derecho de la U.C.R., San José, Costa Rica, 1982. Inédita.

(5) Ver en este sentido, BIDART Campos. *Los derechos del hombre,* Editorial Ediar S.A., 1973, Buenos Aires. Sobre todo, el capítulo relativo a la internacionalización de los derechos del hombre.

(6) Esto a diferencia de lo que han interpretado los Estados Unidos de Norteamérica, para los que los tratados internacionales —entre ellos los de derechos humanos como la "CADH"— no se aplican directamente, no son 'self executing' "En la generalidad de los países latinoamericanos —sin embargo, ha dicho Vargas Carreño— la CADH una vez que ha sido ratificada —al igual que los otros tratados internacionales—, pasa a formar parte integrante del orden jurídico nacional". Ver notas 7 y 8.

(7) En este mismo sentido ver: FACIO, Gonzalo. *Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en el sistema jurídico costarricense,* ver PIZA E., Rodolfo. *El régimen de tratados internacionales en el derecho de C. R.* en la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica No. 10, año 1967, San José, Costa Rica. Este último demostró, que incluso ésto, antes de la existencia de las normas citadas, tenía fundamento en otros artículos constitucionales y en la jurisprudencia costarricense.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ocupado ampliamente de la vigencia o no del derecho internacional en el derecho interno, es decir, de si los tratados y convenios internacionales aprobados por un Estado forman parte del ordenamiento jurídico del mismo, y de su rango dentro del derecho del Estado; pero poco se ha escrito e investigado acerca de si el derecho interno es parte o no del derecho internacional, de si podría o no alegarse normas de derecho interno ante el derecho internacional. No, no se confunda el actor, conozco bien que dentro del derecho internacional público común, no es posible válidamente alegar normas de derecho interno frente al derecho internacional(8); pero debemos recordar, que ante el derecho internacional de los tratados, ésto es posible si tiene fundamento en el tratado en controversia o en otro tratado de igual o superior rango a éste (9). Mas todo ésto, tiene poca importancia frente y para *el derecho internacional de los derechos humanos, pues para éste,* por lo menos es mi punto de vista, *los derechos humanos, por ser internacionales son protectores y prohumanos, en el sentido de que tienen por objeto y fin proteger al hombre contra los abusos del Estado y que deben interpretarse a favor del ser humano frente a la ausencia u oscuridad de la norma, en forma similar a como funciona el principio pro operario en el derecho laboral (10); y que debe interpretarse restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad y derechos del ser humano, en forma similar a como funciona el principio pro reo o pro acusado en el derecho procesal penal* (11). Además, *los derechos humanos como universales e internacionales son también mínimos y expansivos. Mínimos, por cuanto se les incorporan otros derechos humanos, reconocidos por la Constitución o legislación interna del Estado de que se trate. Expansivos en que conforme los derechos se van descubriendo y reconociendo se van ensanchando irreversiblemente y llenando de contenidos nuevos incorporando, respecto de un Estado, cualquier norma más favorable al ser humano* (12), *en forma similar a como ocurre en el derecho laboral,* para el que independientemente del rango de la norma, debe aplicarse la más favorable al trabajador, sin importar que ésta sea jerárquicamente de rango y fuerza inferior (reglamento interno de trabajo de una fábrica frente al Código de Trabajo). Un ejemplo, supongamos que un tratado o convenio internacional dice: "Los espectáculos públicos pueden ser sometidos a la censura previa", y una ley del país que es signatario del tratado dice: "Prohíbese todo tipo de censura, incluyendo la de los espectáculos públicos", y digamos más, según la constitución de ese país, los tratados tienen fuerza superior a las leyes; pues bien, ¿qué pasaría si en ese Estado se constituye un organismo de censura, que prohíbe

---

(8) Ver en este sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y VARGAS CARREÑO, E. *Introducción al derecho internacional.* Volumen I. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1979. *Prólogo y referencias al derecho costarricense* de Gonzalo J. Facio.

(9) Esto no requiere ni siquiera demostración.

(10) Sobre el principio "pro operario" en el Derecho Laboral, puede verse el artículo 17 del Código de Trabajo costarricense, citado en la página 226 del cuadro comparativo. CABANELLAS, Guillermo, en su libro: *"Contratos de Trabajo"* ha delimitado y explicado con claridad el término, que en general aparece bien desarrollado en toda obra completa de derecho laboral. El principio es internacionalmente reconocido por la gran cantidad de legislaciones nacionales y por la OIT.
Sobre el principio prohumano, véase el artículo 29 de la CADH.

(11) Ver en la perspectiva del derecho internacional, por ejemplo, el artículo 29 de la CADH y el 5 del Pacto de la ONU; en la perspectiva del derecho interno procesal penal, véase el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales costarricense. Nuestra jurisprudencia constitucional, sin embargo, ha tenido otra concepción respecto de los derechos y garantías constitucionales, según la cual, los derechos y libertades están sujetos al orden jurídico, la ley. Sobre todo ésto, véase la página 226 del cuadro comparativo.
Incluso, en Costa Rica, esto ha llegado a ser tal, que en el caso del artículo 45 de nuestra Constitución, que señala entre otras cosas, que las leyes expropiatorias deben ser votadas por dos terceras partes de los diputados de la Asamblea Legislativa, nuestra Corte ha dicho: "Existe la presunción de que las leyes que imponen a la propiedad limitaciones de interés social, son aprobadas por la mayoría especial que requieren y que exige la Constitución Política —dos tercios de la totalidad de sus miembros— aunque no se hiciere constar expresamente". 1973. Corte Plena, Ses. Ext. 33 de 3 de agosto. Nótese que el derecho de propiedad es un derecho consagrado por la CADH (artículo 21) y la Constitución costarricense (artículo 45), y que se está en ese caso interpretando restrictivamente. Debe hacerse constar, que el número de votos casi nunca se especifica.

(12) En un sentido similar HERMAN Heller en su *"Teoría del Estado"* señalaba: que el Estado, si bien para su nacimiento dependía de ciertas condiciones históricas, sociales, naturales, etc.; y que por lo tanto era una realidad contingente; una vez consolidado aparece desligado e independiente de esas condiciones y pasa a convertirse en una estructura y realidad esencial. Es decir, al igual que el Estado, los derechos humanos se van ensanchando e incorporando nuevas realidades y derechos.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

espectáculos públicos? La respuesta debemos concretarla a un determinado mecanismo de protección sea interno o internacional, debemos tomar en cuenta que el convenio es un convenio internacional relativo a los derechos humanos, con organismos jurisdiccionales capaces de juzgar la situación de los derechos humanos en ese determinado país, y según el tratado de marras, la libertad de expresión e información no puede estar sujeta a previa censura, por lo que la norma supracitada es la excepción a la regla. Dentro del sistema jurídico de protección interna ese organismo de censura deviene ilegal, por violación de la ley no del tratado; dentro del sistema jurídico de protección internacional, ese organismo deviene contrario a los derechos humanos, no por violación directa del tratado, ya que éste expresamente lo permite, sino por violación de la ley que prohíbe toda censura previa, ya que esa ley se integra al sistema internacional de los derechos humanos, y se interpreta, de conformidad con el principio antes expuesto, superior incluso a la del tratado, por ser más favorable al ser humano.

2.4. Todo lo dicho hasta ahora, no dudo que no sea controversial, pero ya en otra ocasión he podido defenderlo con cita de normas y doctrina, por lo pronto me interesa señalar la importancia práctica fundamental que para mí tiene lo anterior: significa, por un lado, que *el derecho internacional de los derechos humanos, viene a quebrar el principio de derecho internacional general clásico, según el cual todos los tratados se interpretan restrictivamente en cuanto limitan la soberanía de los Estados; se dice entonces, según este principio, que los Estados limitan su soberanía solo en la medida en que quieran limitarla; pero para el derecho internacional de los derechos humanos, el principio que ya empieza a regir es radicalmente diferente: los tratados se deben interpretar restrictivamente en cuanto limitan los derechos del ser humano;* y ésto no es una mera elucubración filosófica, sino una realidad positivizada a través de los artículos 29 de la CADH y 5 del Pacto.

Significa también, que *el derecho interno de los Estados,* por ejemplo el de Costa Rica, *en el tanto que otorgue derechos al hombre, en ese tanto no solo forma parte del ordenamiento jurídico de ese Estado, sino también del derecho internacional de los derechos humanos aplicable al mismo;* es decir, una norma de la Constitución costarricense o de su legislación que otorga un derecho, se incorpora el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a ese país, como criterio de interpretación, por lo tanto se puede alegar su violación, como una violación del derecho internacional. . . (13). Así, *esa permeabilidad entre el derecho internacional y el derecho interno implica que los derechos reconocidos internamente son internacionales, y que los derechos reconocidos internacionalmente son también parte del derecho interno; entiéndase lo anterior, referido a un país concreto.* Todavía más, actualmente, por lo menos en América y Europa, todos los derechos reconocidos al hombre, son a la vez y simultáneamente internos e internacionales; por lo que en el futuro no parecerá lógico, sino solo para fines metodológicos, hablar de derechos humanos internos y de derechos humanos internacionales; aunque siempre será correcto, hablar de que existen mecanismos internos e internacionales de protección de los derechos humanos que son diferentes (14).

2.5. Veamos por ejemplo, el caso del artículo 25 de la Convención Americana en relación con la legislación costarricense.

La CADH (Ley No. 4534 de 23 de mayo de 1970 en Costa Rica) establece en su artículo 25, que "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fun-

---

(13) Por ejemplo, según la Convención Americana CADH, la detención o encarcelamiento arbitrarios son prohibidos (artículo 7.3), pues bien la definición de "arbitrarios" se encuentra en la legislación costarricense, en cuanto referida la Convención a Costa Rica, cuando afirma en su Constitución, que para que la detención de una persona pueda exceder 24 horas, se requiere de orden judicial; ésto implica, entre otras cosas, que detener a una persona sin orden judicial por más de 24 horas, se quiere ponerlo antes del cumplimiento de ese plazo, a la orden del juez, y si esto se incumple, no solo se constituye en una violación constitucional tipificada penalmente, sino también una violación de la Convención. Esto se podría decir de casi todos los derechos consagrados en la Convención.

(14) Sobre todos estos aspectos, concepciones y teorías del autor, así como sus fundamentos doctrinarios y normativos, véase mi tesis de grado, citada en la nota 4.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

damentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención. . .", que a su vez viene a reafirmar, desarrollar y completar, para el continente americano, lo establecido por el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dice: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Lo reafirma porque recoje los mismos principios con mayores alcances; lo desarrolla porque: 1) lo convierte en una norma jurídica y obligatoria para los Estados Partes de la Convención, dejando de ser una mera declaración ideal, 2) obliga a los Estados a desarrollar y garantizar las posibilidades y el cumplimiento del recurso judicial; lo completa porque: 1) además de obligar a que el recurso sea efectivo, obliga a que sea rápido y sencillo, 2) porque además de amparar al hombre contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la ley de sus estados, lo ampara también, contra los actos que violen sus derechos reconocidos por la propia Convención.

Pues bien, ésta convención con fuerza superior a la ley en Costa Rica (artículo 7 de la Constitución Política) otorga un derecho al ser humano que no puede serle arrebatado por la legislación ordinaria de los estados, —y según mi tesis, ni por la propia Constitución—. Más bien se obliga a los Estados Partes en la misma convención a "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. . ." (artículo 1 de la convención); "a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (artículo 2 de la convención) y a desarrollar "las posibilidades del recurso judicial, —así como— a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso" (artículo 25 inc. 2a, 2b, y 2c).

Pues bien, *esta norma de derecho internacional, en virtud de ser parte de un tratado, y de carácter interno, en virtud de la vigencia de los tratados internacionales como parte del ordenamiento jurídico costarricense; viene a ser completada, por la legislación interna costarricense, pasando ésta, a formar parte del ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos relativo a nuestro país.*

En Costa Rica este derecho se desarrolla a través:

1) Del recurso de Hábeas Corpus tutelado por los párrafos primero y segundo del artículo 48 de la Constitución Política, y regulado, por la Ley de Hábeas Corpus No. 35 de 24 de noviembre de 1932. A este recurso tiene derecho toda persona que se considere ilegítimamente privada de su libertad; y protege también la libertad de tránsito del ciudadano.

2) Del recurso de Amparo tutelado por el párrafo tercero del artículo 48 de la Constitución que dice: ". . .Para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además —del Hábeas Corpus— el recurso de Amparo. . ."; y es regulado por Ley de Amparo No. 1161 de 2 de junio de 1950. Este recurso es extensivo a todos los derechos, individuales y sociales, que establece la Constitución; procede contra "cualquier autoridad, funcionario o empleado (artículo 4 de la Ley), se puede dar: "contra toda disposición, acto o resolución, acción u omisión que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de esos derechos" (artículo 2 Ley de Amparo) y cuando no quepa utilizar la vía contenciosa administrativa.

3) Del recurso de inconstitucionalidad, tutelado por el artículo 10 de la Constitución, y aspira a garantizar la constitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo y de las disposiciones y decretos del Poder Ejecutivo. Se interpone y tramita como excepción u oposición por vía incidental, dentro de otro juicio principal de cualquier materia o naturaleza. No es sin embargo, un medio o recurso procesal específico sino más bien un remedio procesal indirecto de protección de las garantías constitucionales, desarrollado en el Código de Procedimientos Civiles.

4) En cuanto a los derechos reconocidos por la ley, el recurso fundamental es el juicio contencioso administrativo, que garantiza el artículo 49 de la Constitución así: "Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como una atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

Por su parte, es la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que viene a regular todo lo relativo a esta materia.

Para el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a Costa Rica, y de conformidad con el artículo 25 citado, en el tanto el ordenamiento jurídico costarricense no provea esos recursos de que habla la CADH, sea porque no existan o porque no amparen y protejan a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención; o, en el tanto en que existiendo esos recursos, éstos no sean ante los tribunales o jueces competentes, sino ante tribunales ad hoc; o, cumpliendo estos requisitos, si esos recursos son lentos, artificiosos e inefectivos, aunque sean ante tribunales competentes, no se podrá garantizar en forma plena y satisfactoria el derecho internacional de los derechos humanos, y se estará violando tanto el derecho interno como el derecho internacional.

La existencia y vigencia de esos recursos, la exige tanto el ordenamiento jurídico costarricense, a través de la Constitución y los tratados aprobados por Costa Rica al amparo de aquella; como el ordenamiento jurídico internacional a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.6. Por otro lado, debo recalcar y destacar, como ya lo he hecho en otra ocasión (15), que *para que se dé un verdadero y fructífero estímulo recíproco entre el derecho internacional y el derecho interno para el desarrollo de los derechos humanos, es necesario e indispensable un orden jurídico-político que al interno de un Estado garantice el imperio del derecho y el respeto y subordinación de las instituciones, y entre ellas en primer lugar el Estado, al ordenamiento jurídico como un todo, tanto el interno como el internacional; evidentemente, ese orden o sistema jurídico es el* **estado de derecho** *que no es otra cosa que el desarrollo y expresión jurídica de un sistema político concreto: la Democracia representativa.*

Karel Vasak ha señalado certeramente, que la primera condición para que los derechos humanos devengan en una realidad jurídica, es la existencia de un estado de derecho que para él implica dos cosas: autodeterminación y supremacía de la ley. Las otras dos condiciones para Vasak indispensables son: un cuadro jurídico preciso y garantía eficaces (16).

Pero, ¿qué es el Estado de Derecho? ¿Cuáles son sus características y elementos definitorios?

El Estado de Derecho es para mí, el Estado sometido al decreto es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por el ordenamiento jurídico, por eso digo, con Legaz Lecambra, que... "no todo Estado es Estado de Derecho". Es cierto que todo Estado crea y utiliza un derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico, pero sólo el Estado que se subordina a la ley en sentido amplio, con el fin de proteger la esfera intocable de los derechos de la persona humana, se puede llamar propiamente Estado de Derecho.

Solo un Estado de Derecho es capaz de garantizar la efectividad y existencia de mecanismos de protección, tanto internos como internacionales, de los derechos humanos, ya que si un Estado no está dispuesto, como no lo están las monarquías absolutas ni las dictaduras, —sean éstas de la raza, de la clase, del proletariado o cualesquiera otras— *a someterse a su propio ordenamiento jurídico, mucho menos lo estará a someterse el ordenamiento jurídico internacional.*

El Estado de Derecho es y debe ser la única forma jurídica de la democracia, puesto que de todas las formas y sistemas de gobierno sólo la democracia y el Estado de Derecho garantizan la vigencia y efectividad de los derechos humanos y la perpetua voluntad de mando del pueblo.

El Estado de Derecho surge —como exigencia racional y conquista histórica— para la protección y realización de los derechos humanos fundamentales, a lo largo de un proceso de paulatino desenvolvimiento. Durante el mismo, es posible distinguir tanto sus caracteres distintivos permanentes como sus tres principales formas de desarrollo.

---

(15) **Ibídem.**

(16) **VASAK, Karel.** ***Introducción general a la obra colectiva, de la UNESCO,*** **en la obra general "*** ***Les dimensions internationales des droits de l'homme*** **" UNESCO, París, 1980, pág. 3. (en francés).**

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

En lo que toca a *las características permanentes del Estado de Derecho,* podemos enumerarlas de la siguiente forma:

1) División y control mutuo de los poderes del Estado.
2) Imperio y supremacía de la Constitución y de la ley sobre la organización y actuación del Estado.
3) Control de constitucionalidad sobre la ley y legalidad sobre la función administrativa del Estado.
4) Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios por los entuertos que cometen.
5) Existencia de la democracia como forma de gobierno.
6) Existencia de garantías efectivas de respeto y operación de los derechos fundamenles de las personas.

Por lo que respecta a las tres *formas principales de desarrollo del Estado de Derecho,* tenemos:

1) *Estado liberal de derecho:* basado en la supremacía del individuo, su libertad y su propiedad. El Estado es un gendarme que sólo interviene en la vida social para garantizar el respeto a las normas jurídicas y procura no entrometerse en aspectos económicos, sociales, etc., dejando la iniciativa a los individuos y empresa privada. Fines del pasado siglo e inicios del presente.
2) *Estado social de derecho:* fundamentado en el desplazamiento del foco de atención del individuo a la sociedad, por la crítica a ciertos aspectos del individualismo. El Estado empieza a intervenir con su poder en la vida social con miras al logro de la igualdad y la justicia, así como el fomento de recursos nacionales no cubiertos por la iniciativa privada; también conocido como Estado de bienestar.
3) *Estado democrático de derecho o Estado comunitario de derecho:* asentado en la armonización de los objetivos de los estudios precedentes: libertad y dignidad individuales con justicia social, desarrollo y prosperidad. Intervención del Estado con amplia promoción, económica social, interna y externa, de los derechos humanos.

Etapas que representan mayor o menor acento social, según que las estructuras económicas sociales estén en manos privadas, sociales o estatales, pero que no por ello dejan de respetar y aceptar las instituciones de la democracia y del Estado de Derecho.

De este repaso veloz y apresurado del Estado de Derecho debemos destacar a nuestros fines, que *la existencia y garantía de los derechos son elementos fundamentales y definitorios del mismo y de la democracia como forma y sistema político y de vida social.* De otro lado, *la forma democrática de gobierno y el Estado de Derecho son no sólo una garantía indispensable a su vigencia, sino un derecho humano concreto.* En forma más específica, *los mecanismos de protección de los derechos humanos son elemento definitorio básico del Estado de Derecho; y éste un requisito y una forma de realizar y fomentar el derecho internacional de los derechos humanos.*

Por lo tanto, *la inexistencia del Estado de Derecho cierra toda posibilidad de realización de los derechos humanos, y constituye de por sí una violación concreta de los mismos.* Además, *el derecho internacional de los derechos humanos, sus mecanismos y técnicas de protección, son una forma de fomentar, allí donde no existe, y de mantener, allí donde existe, el Estado de Derecho y la democracia.*

Todo ello implica, entre otras cosas, ya en un plano específico, que *la inexistencia, ineficacia e insuficiente legislación interna de derechos humanos constituye una violación del derecho internacional de los derechos humanos.*

3.1. ¿Para qué revisar la legislación interna en relación con los derechos humanos?

¿Para qué revisar la legislación interna en relación con los derechos humanos si las violaciones se dan en la realidad y no en el sistema normativo? Se preguntan algunos pensando que existe una radical distancia entre el deber ser y el ser, entre el derecho y los hechos, o que el derecho es una mera superestructura de las realidades económico-sociales. Nada más alejado de la realidad, *si bien es cierto que una gran parte de las violaciones a los derechos humanos ocurre, no en el nivel normativo sino en el fáctico, y que el derecho como tal no comete violaciones sino los hombres, lo es también, que ese derecho puede utilizarse como medio de ejecución de esas violaciones o por lo menos de impunidad de las mismas.* "Con demasiada ligereza, afirma Hernán Montealegre, se asume que

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el derecho, tanto interno como internacional, opera en favor de los derechos humanos, y que si estos son violados se debe a causas exclusivamente extrajurídicas, las que, por tanto, correspondería exhibir sólo a las ciencias humanas y sociales. No se repara en una cuestión capital y que es el derecho interno vigente hoy día está impregnado de principios, normas y estructuras jurídicas que pugnan con los valores que inspiran a los derechos humanos" (17). Aquella concepción ha sido, en mi concepto, la concepción que hemos tenido los costarricenses, creer que los derechos humanos no los pueden violar los hombres fundados en las leyes, sino sólo contra las leyes. Esto se deja ver tanto en la frase popular que dice: "las leyes se estiran y se encojen según convenga", como en el artículo 19 de la Ley General de Administración Pública que viene a ratificar una reiterada jurisprudencia de los tribunales costarricenses, según la cual: "El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley. . .", interpretación que podría utilizarse para, a través de una ley, violar todos los derechos constitucionales del costarricense. Por suerte, esta perspectiva no ha sido tomada por nuestros tribunales en un cien por ciento, de lo contrario sería inaplicable y nugatorio el recurso de inconstitucionalidad que garantiza el artículo 10 de la Constitución Política.

3.2. "El compromiso con los derechos humanos por parte de un Estado, en el nivel normativo, debe reflejarse en forma consecuente en *toda* la legislación. No basta que se suscriban convenios y declaraciones internacionales que los reconozcan y protejan. No basta que los derechos de la persona se proclamen en las Constituciones de los Estados ni que estas contemplen normas destinadas a establecer el Estado de Derecho. Ni siquiera es suficiente que se consagren normas internas genéricas que establezcan la primacía de la ley internacional sobre la nacional en caso de conflicto en materia de derechos humanos. Todas estas previsiones pueden resultar a la postre, inútiles si la legislación nacional no contempla mecanismos internos efectivos de protección de esos derechos y si, en general, no los incorpora sustantivamente en sus diversos aspectos" (18).

Desde una perspectiva jurídica correcta, el ordenamiento normativo puede por sí violar derechos del hombre, por ejemplo, cuando desconoce ciertos derechos como tales o por no existir recursos (entiéndase en un plano legislativo) *que garanticen al hombre frente a las violaciones de sus derechos* (ver artículo 25 de la convención); *o puede permitir las violaciones, que es un tipo de violación indirecta cuando no se prevén reparaciones e indemnizaciones a ellas, o cuando no existen normas sancionadoras de esas violaciones; e incluso, cuando existen causas justificantes de las trasgresiones de determinados entes o personas contra los derechos del ser humano, sea dejándolos impunes o imponiéndoles sanciones irrisorias.*

En particular, como afirma el autor citado, "hay que someter a los distintos órdenes jurídicos a una pregunta fundamental: ¿cómo reaccionan internamente ante las violaciones a los derechos humanos?. . .—en este caso constitucionales— ¿Qué hace el ordenamiento jurídico cuando se atenta contra esos derechos básicos garantizados en la Constitución; cómo los proteje? La determinación de la protección real que un régimen jurídico dé a esos derechos y, en particular, la reacción precisa que prevea para el evento de su violación, definirá cuál es el grado efectivo en que los valora. Más aún, si ocurre que la protección en definitiva no es tal. . ." (19).

4.1. ¿Por qué la legislación interna costarricense?

¿Por qué la legislación interna costarricense comparada con los instrumentos internacionales de derechos humanos?, se preguntan algunos, si en Costa Rica, estos no se violan por lo menos en un nivel normativo; o, si de todas maneras, independientemente de cualquier legislación, el sistema económico-político implica de por sí una violación que fundamenta otras más específicas.

Por una especie de orgullo, justificado en una larga y fructífera trayectoria democrática, así como en la inevitable comparación con otras naciones, algunos costarricenses nos hemos venido acostumbrando a considerar que nuestra patria es el paraíso de los derechos del hombre; o que

---

(17) **MONTEALEGRE, Hernán, op. cit., pág. 2.**

(18) **Ibídem, pág. 19.**

(19) **Ibídem, pág. 16.**

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

existen tantos derechos, que por lo que hay que preocuparse es por los deberes ante la sociedad y el Estado. *Otros, apresurados críticos de las sociedades humanas, buscando situaciones imposibles de realizar en la presente etapa histórica y socio-económica, o de una adición exagerada de derechos que llaman humanos, sostienen que en Costa Rica todo es violación, desde el sistema político-económico* (que llaman unos "capitalista" o "neoliberal") *hasta las llamadas libertades formales o "civiles y políticas"* (llamadas peyorativamente "libertades burguesas") *pero que son tan indispensables, interdependientes y su respeto: el único camino aceptable para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.*

Ninguna de estas dos posiciones es a mi entender la correcta: *afirmar que en materia de derechos del hombre, Costa Rica y su sistema son violadores en general de los derechos humanos es una difamación a su nombre y a su sistema; pero afirmar también que es perfecta es una falacia.* Nuestra patria cumple con los presupuestos fundamentales normativos para el desarrollo de los derechos humanos: es una democracia y un Estado de Derecho con defectos, pero con una profunda fe en la libertad y una vocación de perfeccionamiento lento pero constante.

4.2. Como afirmó el primer presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "No es el hecho de que en Costa Rica no se violen, o se violen menos, los derechos humanos; como juez, ésto solo lo podré afirmar en cada caso, según resulte del mérito de los autos, y a través de una sentencia. Pero sí sé que el pueblo de Costa Rica, que aquí manda en verdad, tiene dadas abundantes pruebas de su vocación profunda para la paz, la justicia, el derecho, la libertad y dignidad del hombre, que al fin de cuentas todo eso son los derechos humanos. Aquí, por eso, del primer mandatario al último de los servidores públicos, saben, porque si no lo saben se lo hacen saber, que solo son humildes servidores de los ciudadanos; aquí, por eso, la democracia representativa, que en el sistema interamericano está vinculada formalmente a los derechos humanos, es ejercicio pleno y disciplina diaria, que el pueblo impone y los gobernantes se obligan a respetar; aquí, por eso, la orden del más humilde de los jueces paraliza la soberbia del más poderoso de los gobernantes, aquí, por eso, el parlamento sabe que, de sus funciones, la menos importante es la de legislar, y las más son las de servir de caja de resonancia de la opinión pública, y sobre todo, de fiscal, incluso agresivo, de la administración; aquí, por eso, el Poder Judicial es, en el juego de sus potestades constitucionales, el verdadero primer poder de la República; y goza aún de la plena independencia económica, que le permite no tener que suplicarle a nadie; aquí, por eso, el Tribunal Supremo de Elecciones es, de hecho y de derecho, un auténtico poder electoral, cuarto de los poderes del Estado, también dotado de una gran independencia funcional y económica, que seis meses antes de cada elección recibe la visita del presidente de la República para entregarle el mando de la fuerza pública; esa fuerza que además, es tan sólo de policía y de orden y de seguridad, porque en Costa Rica el ejército está proscrito por expresa disposición constitucional, y porque el pueblo de Costa Rica no está dispuesto a permitir jamás, ni aún en casos de peligro nacional, que se constituya, sea abiertamente, sea encubriéndose bajo la apariencia de la Guardia Civil" (20).

4.3. Ahora bien, estos requisitos con ser todos en gran medida ciertos e indispensables a la vigencia de los derechos humanos, no puede hacernos olvidar ni las deficiencias de orden fáctico (imposibles por su naturaleza de destacar en un estudio, sino es con referencia al análisis de casos concretos ante los tribunales nacionales o internacionales v.g. los casos presentados a la Corte o Comisión Interamericana de Derechos Humanos) *ni las de orden normativo.*

Un cuadro como el presente es especialmente relevante al análisis sistemático de esas deficiencias de orden normativo en referencia a los instrumentos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Adelante, señalo algunas posibles discrepancias que a mi real ver y entender he podido encontrar entre ambos sistemas normativos. En todo caso, las discrepancias entre ambos sistemas y las deficiencias de nuestro ordenamiento en materia de derechos humanos requiere

(20) PIZA ESCALANTE, R. E. *Discurso inaugural de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, como primer presidente de la misma, San José, Costa Rica en 1979. Tomado del original.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

estudios amplios, científicos y profundos que evidentemente sobrepasan y rebasan mis limitadas capacidades e incluso, las de mejores luces.

Por otro lado, la lectura del cuadro revela interesantes y positivos desarrollos constitucionales y legislativos costarricenses de los principios generales y de cada uno de los derechos humanos que puede y debe servir a los estudiosos del derecho comparado, y de juristas dispuestos e interesados en la vigencia constitucional y legislativa de los derechos humanos en sus naciones.

Por todo ello, un inventario como el presente con los análisis y estudios que de él deriven puede y debe servir para que nuestros gobiernos y parlamentos tomen nota, a la hora de aprobar convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, de la importancia de todas y cada una de sus normas, haciendo énfasis más en hacer realidad sus implicaciones y consecuencias jurídicas, que en el "pull" internacional que les pueda producir.

5.1. ¿Por qué la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Comparar la legislación costarricense con los instrumentos normativos internacionales sobre derechos humanos a la vista de un fructífero estímulo recíproco entre ambos, requiere tomar como base de estudio, *un instrumento aplicable a nuestra nación que además esté aceptado ampliamente en la comunidad internacional.* No hace falta siquiera demostrar que los principales documentos generales normativos internacionales en materia de derechos humanos son:

1) La "Declaración Universal de los Derechos Humanos", aprobada sin ningún voto en contra por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 de alcance y rango universal, geográfica y culturalmente, pero con mayor valor filosófico que jurídico, en tanto que carece de mecanismos de promoción, protección y jurisdicción de los derechos por ella reconocidos.

2) Los pactos internacionales de las Naciones Unidas de 1966, que constan de dos convenios generales y un protocolo facultativo; ellos son el "Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales" que se desarrolla más en un orden fáctico que normativo y que en general, por tratarse de derechos que se desenvuelven fundamentalmente en acciones positivas de los estados y por ser de desarrollo progresivo, carecen de instrumentos internacionales jurídicos de protección. El "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" si bien consta de un protocolo facultativo y se trata de derechos frente a la actividad del Estado y que por lo tanto su desarrollo se da en que o se respetan o se violan, y no en que se cumplen o se incumplen como sucede con muchos de los anteriores; lo cierto es que las Naciones Unidas no cuenta con mecanismos jurídicos y jurisdiccionales de protección de esos derechos, ni siquiera con un alto comisionado.

3) En el ámbito americano:

a) La "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" de 1948, que significa en el sistema interamericano, lo mismo jurídicamente hablando que la Declaración Universal.

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos que desarrolla en forma amplia y clara los llamados derechos de libertad, es decir aquellos que limitan la acción del Estado y que las Naciones Unidas llaman civiles y políticos, en forma similar al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, pero que deja su naturaleza declarativa y viene a desenvolverse en un instrumento jurídico de promoción y protección de los derechos por ella reconocidos, con órganos competentes y jurisdiccionales para conocer de las posibles trasgresiones a los derechos humanos en el ámbito de su competencia (Estados Partes de América que reconozcan la jurisdicción de esos órganos). Para Europa rige la Convención Europea de Derechos Humanos.

5.2. La Convención Americana, según su considerando primero, tiene como propósito "consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". En su parte primera establece la obligación de los Estados de respetar sin discriminación los derechos y libertades en ella reconocidos y *el deber de los mismos de adoptar las disposiciones de derecho interno* que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos, para pasar luego a definir los derechos y libertades protegidos, contrayéndose principalmente a los civiles y políticos, pues en lo que a económicos, sociales y culturales se

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

refiere, los estados sólo se comprometieron a "adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional para lograr progresivamente la plena efectividad de esos derechos. . . en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" (artículo 26).

Pero además y esto quizá sea lo más importante, la Convención establece los medios jurídicos de protección, organizando bajo sus principios a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los que declara, órganos competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención" (artículo 33). La organización, funciones competencia y procedimiento de la Comisión las desarrollan los artículos 34 al 51 de la Convención, siendo a nuestros fines, importante destacar el artículo 43 que establece que el Estado Parte (Costa Rica lo es) está en la obligación de "proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta le solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención" (artículo 43 de la Convención).

Siendo, como es, la protección de los derechos humanos, ésta debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un Tribunal competente y tratándose de derechos internacionalmente reconocidos la protección jurídica para ser eficaz debe emanar de un órgano internacional; por lo que es mi concepto, que relativo a Costa Rica, la protección jurisdiccional internacional de los derechos humanos no comienza jurídicamente sino hasta la entrada en vigencia de la Convención Americana con la creación y puesta en funcionamiento de la Corte Interamericana cuya competencia, organización, funcionamiento y procedimiento señala en sus artículos 52 a 69. (Parte II, capítulo VIII). La Corte tiene una función consultiva y jurisdiccional (obligatoria para Costa Rica) y se define como "una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (artículo primero del Estatuto de la Corte).

Todo ello, sumado al hecho de haber Costa Rica aprobado en todas y cada una de sus partes la Convención (Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970) y haber reconocido la competencia, en toda su amplitud, a la Comisión para recibir y examinar las materias relativas a los derechos humanos, así como la competencia obligatoria de pleno derecho y sin convención especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (D. No. 7060—RE, de 26 de mayo de 1977), justifica sobradamente, todo estudio o cuadro comparativo entre la legislación nacional costarricense y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En todo caso, en el cuadro se hace referencia y se compara con la Convención, no sólo a la legislación nacional, sino también la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por su vigencia universal y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, aprobado por Costa Rica (Ley No. 4229 del 8 de noviembre de 1968). Quede para otra ocasión hacer un estudio o inventario de la legislación nacional con el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, tarea que consideramos indispensable, por el provecho que de ella pueda derivarse.

6.1. ¿Quiénes pueden violar los derechos humanos?

Todos aquellos entes o personas capaces de perjudicar los derechos de cualquier ser humano. ¿Quiénes violan los derechos humanos? Los que cometen actos contrarios o que disminuyen concientemente las potencialidades, derechos y libertades de cualquier persona humana. Esos actos pueden ser normativos —caso de una ley que le niega la personalidad jurídica a un hombre por ser de color moreno para hablar de un caso burdo—; *o fácticos* —caso de un policía que tortura a un hombre sin fundamento normativo—. *En el caso de entes o personas jurídicas* —el Estado o una empresa— *las violaciones se cometen a través de sus representantes o funcionarios, pero las consecuencias de su violación deben imputarse tanto a ellos —penal y civilmente— como a los entes que representan reparaciones pecuniarias consecuentes.*

Con lo anterior, he dicho mucho y he dicho nada. La pregunta correcta debe hacerse en relación con el ordenamiento jurídico a que nos estemos refiriendo; y su respuesta, debe a ello concretarse, siempre tomando en cuenta los principios de lógica jurídica y civilización arriba expuestos. Y *esos derechos humanos con sus derechos, obligaciones y consecuencias deben aplicarse a todos sin más excepciones que las derivadas de la propia definición de cada derecho.*

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

6.2. Por ahora me interesa responder a la pregunta: ¿quiénes violan los derechos humanos en el orden internacional? o mejor aún: *¿a quiénes debe imputarse la violación de los derechos humanos en el derecho internacional?* Considero que, abstracción hecha del derecho internacional penal y de los delitos contra la humanidad derivados de los juicios de Nuremberg, *a los únicos que puede y debe imputarse las violaciones de derechos humanos ante la comunidad internacional, es a los Estados, a través de sus representantes internacionalmente reconocidos* —los gobiernos, los beligerantes—. Esto hace que *frente al derecho internacional, a los particulares no deba imputárseles las violaciones de los derechos humanos; ni que el Estado pueda aducir que comete violaciones contra los particulares* —v.g. un grupo terrorista— *en razón de que estos también lo hacen, y que si se va a juzgar su conducta internacionalmente debe juzgarse también a los terroristas, y con ello justificarse en un empate.* Nada más erróneo, *el Estado puede y debe juzgar al interno del mismo, las violaciones que cometan sus ciudadanos particulares* (los terroristas del ejemplo) (funcionarios) *e incluso, oficiales; y el derecho internacional las actuaciones imputables a los Estados relativas a los derechos humanos.*

El Estado como ya lo dejé entrever, es y debe ser responsable ante el derecho internacional de los derechos humanos en los siguientes casos:

1) *Actos imputables directamente al Estado por actuaciones de sus autoridades públicas.*
2) *Actos imputables indirectamente, por no reparar o no prevenir las violaciones.* Es decir, *por hacer lo que no debe hacer, o por no hacer lo que debe hacer. El Estado puede realizar esto (violar los derechos humanos) por un* **acto** *directo o indirecto* **subjetivo concreto** *(actuaciones de hecho sin fundamento en una norma);* **normativo** *caso de una ley discriminatoria o de una ley que prevea expropiación sin indemnización; y* **jurisdiccional** *(denegación o retardo de justicia).*

6.3. Esto nos lleva de la mano para afirmar que *el Estado actúa o no a través de hombres y que estos hombres son los llamados* **funcionarios públicos** *o autoridades públicas, actuando como tales, esto es, como agentes del Estado y en su representación;* por tanto, *la actuación de esos hombres que se colocan bajo esa circunstancia, no sólo debemos entenderla como imputable directamente al Estado, sino como la actuación misma del Estado.* Por eso, *el problema específico fundamental de la violación de los derechos humanos se presenta ante el derecho internacional de los derechos humanos y en menor grado ante el orden jurídico interno, en el caso en que el atropello es perpetrado por funcionarios públicos.*

6.4. Ahora bien, *¿cuándo se dice que los derechos humanos se pueden violar en el orden normativo?* Creo que esto es lo que más nos interesa de esta introducción. La respuesta ya la he dado, un ordenamiento jurídico puede por sí violar los derechos humanos cuando:

1) Su Estado no está organizado como una democracia representativa y como un Estado de Derecho con una real y operante división de poderes.
2) No reconoce ciertos derechos como tales; es decir, como jurídicamente exigibles por el ser humano.
3) No existen recursos que garanticen jurídicamente al hombre frente a las violaciones a sus derechos.
4) No existen normas sancionadoras de esas violaciones (en especial sanciones penales) .
5) No se prevén reparaciones e indemnizaciones a las violaciones.
6) Existen causas justificantes de las transgresiones de determinados entes o personas contra esos derechos más allá de las estrictamente indispensables, sea dejándolos impunes o imponiéndoles sanciones inisorias.

Los tres primeros tipos de violación, ya he tenido ocasión de analizarlos detenidamene en mi tesis de graduación y en algunos esbozos de las páginas anteriores, por lo pronto me interesa comentar someramente los tres últimos, en relación con el ordenamiento jurídico costarricense.

6.5. Los derechos humanos y las sanciones a sus violaciones.

Es evidente que dentro de un sistema normativo, no tiene sentido alguno —excepto quizá moral o filosófico— proclamar determinados derechos como humanos sea constitucional, legalmente, si es posible jurídicamente, ser desconocidos con impunidad o cuya lesión o violación no estuviera sancionada adecuadamente. En un marco extrajurídi-

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

co es posible que un asesino, por sagacidad viole un derecho humano y burlando la ley, escape a la sanción correspondiente. Lo que no sería coherente es que el ordenamiento no prevea sanción o no se coloque como tal, en disposición de perseguir las trasgresiones a su propio sistema jurídico.

Hablar de sanciones, en el sentido aquí utilizado, es hablar de sanciones penales por cuanto por un lado, las otras sanciones como las civiles, con ser importantes, dependen y se relacionan con las reparaciones e indemnizaciones que más adelante comentaré; y por ser las de mayor trascendencia. "El derecho penal —ha dicho acertadamente Hernán Montealegre— tiene por objeto prestar el amparo más eficaz de que es capaz el orden jurídico —a través de la amenaza y de la imposición efectiva del castigo, en su caso—, a los bienes jurídicos vitales de una sociedad determinada, cuya violación resulta insoportable" (21).

Dentro de este orden de ideas, es importante preguntarse, si el ordenamiento jurídico prevé las sanciones adecuadas a las *transgresiones efectuadas por los particulares* a los derechos humanos reconocidos (interna e internacionalmente), y en segunda instancia, si procesalmente es posible o no imponer esas sanciones.

6.6. En punto a lo primero un cadro como el presente, permite examinar la situación punitiva de cada uno de los derechos en el sistema legal costarricense:

a) De ¿si están o no las violaciones tipificadas como delitos o contravenciones?
b) de ¿si están o no penadas?
c) de ¿si existe correlación y coherencia entre el bien jurídico tutelado y la pena (grado y extensión de la misma)?
d) y de ¿si existen o no causas justificantes de las transgresiones?

Lo primero que debe revisarse, es si el Código Penal costarricense tipifica o no como delitos las lesiones a los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. El Código Penal en su artículo 7 señala que *". . .se penará conforme a la ley costarricense* quienes cometan actos de piratería, genocidio. . . tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños. . . y a *quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos previstos en los tratados suscritos por Costa Rica,* o en este Código" (página 1 del cuadro) y el artículo 372 ibídem: *"Se impondrá prisión de diez a quince años a* quienes dirigieren. . . o infrinjan disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos" (ibídem). Uno de esos tratados es la C.A.D.H., por lo tanto, normativamente, según mi real ver y entender, en Costa Rica la violación de cada uno de los derechos reconocidos por la Convención en el caso de no estar tipificados expresamente, estarían penados en forma general por los artículos citados, sin embargo no se puede constatar la situación en el funcionamiento del sistema por cuanto la aplicación del artículo 372 sólo se ha producido, en la jurisprudencia, respecto del tráfico de drogas y no de otras infracciones previstas en los tratados (según estudio de la jurisprudencia hecho por el autor).

En cuanto a la aplicación directa de la Convención (superior a las leyes en Costa Rica) no puede constatar jurisprudencia relativa a ella; es más, la mayoría de la jurisprudencia (más de un 95 por ciento) relacionada con tratados internacionales se refiere exclusivamente al Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial.

En cuanto a la tipicidad específica de las transgresiones a cada uno de los derechos de la Convención no tenemos una situación uniforme: no todas las violaciones están tipificadas como delitos (v.g. no existe pena tipificada para quien impida la libre emisión del pensamiento, o el derecho a asociarse (artículo 16.1), o a quien censure previamente sin tener derecho a ello (artículo 13.2); aunque la mayoría sí prevean una sanción concreta.

Me parece importante que se tipifique penalmente las violaciones a los derechos garantizados en la Constitución que en forma general no se ha hecho. Por su parte, la respuesta a la pregunta de ¿si existe o no correlación y coherencia entre el bien jurídico tutelado (cada uno de los derechos) y pena, esto es, del grado y extensión de la misma? debemos encontrarla en los estudios de los penalistas; sin embargo adelante realizo algunos comentarios. El punto a si existen o no causas justificantes de las transgresiones lo analizo respecto a las violaciones perpetradas por los agentes del Estado

---

(21) MONTEALEGRE, Hernán, *op. cit.*, pág. 20.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en cuanto tales relacionándolo con el de si procesalmente es posible imponer las sanciones pertinentes.

6.7. La violación de los derechos humanos por los funcionarios públicos y sus sanciones.

He señalado someramente, que es al Estado a quien debe imputarse las violaciones a los derechos humanos frente a la comunidad internacional y esto ocurre cuando hace lo que no debe hacer o cuando no hace lo que debe hacer; y he dicho también, que el Estado actúa a través de funcionarios públicos y que actuando como tales, sus actuaciones u omisiones son imputables al Estado.

Es en esta perspectiva, que el análisis de la situación punitiva de las violaciones cometidas por las autoridades públicas deviene fundamental. El problema básico de la violación de los derechos humanos se presenta en el caso en que el atropello es perpetrado por funcionarios públicos que obran como tales, como agentes del Estado, y las posibles consecuencias de su actuación (sanciones y reparaciones o indemnizaciones); así como los posibles mecanismos o portillos que provea el ordenamiento relativos a la imposición de la pena o a la impunidad sobreviviente de ciertos portillos o insuficiencias del sistema.

6.8. ¿Son punibles las violaciones a los derechos humanos cometidas por los funcionarios?, y en tal evento, ¿lo son conjunta o separadamente de las perpetradas por los particulares? Las violaciones a los derechos humanos por los funcionarios públicos son en general y al igual que en todas las naciones civilizadas tipificadas como antijurídicas y punibles. El problema radica en si existe o no un estatuto especial (que si fuera más rígido no importaría tanto) para las violaciones de los agentes del Estado, diferente del de los particulares, esto es, si el sistema legal sustrae o no a las violaciones delictuales de los derechos humanos de la sanción de las normas generales (aplicables a los particulares) a los funcionarios públicos en razón de su investidura. En Chile v.g. ese estatuto especial a que nos referimos sí existe y en general, además de sustraer a las autoridades de los delitos y penas aplicables a los particulares; les otorga, en virtud de su calidad de agente del Estado, una atenuante de responsabilidad criminal en las violaciones a los derechos humanos, además de procrear una discriminación en la protección penal (según el agente activo) entre el funcionario y particular, así como sanciones atenuadas para los agentes del Estado respecto a los particulares, cuando no exenciones totales de responsabilidad criminal en razón de violaciones derivadas del cumplimiento, por parte de las autoridades, de órdenes superiores en acatamiento de un mal llamado deber de obediencia (22).

6.9. En Costa Rica, es el artículo 16 del Código Penal, relacionado con la Constitución Política, el que determina la aplicación a las personas de la ley penal con sus excepciones. Señala: "La aplicación de la ley penal es obligatoria a todos los habitantes, con excepción de:. . .

1) Diplomáticos y. . .
2) Los funcionarios públicos que conforme a la Constitución Política gocen de inmunidad". Los únicos que concretamente se encuentran en este caso son los diputados, quienes no son responsables por las opiniones que emitan en el ejerccio de sus funciones (artículo 110 Constitución Política). En los demás casos la inmunidad de los mismos diputados, de los otros miembros de los supremos poderes (Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Elecciones, el presidente de la República, sus vicepresidentes y sus ministros, diplomáticos, contralor y subcontralor); está subordinada a que se admita o no por parte de la Asamblea la respectiva acusación (23).

Entonces, excepto los casos apuntados en nuestra legislación:

1) La calidad de funcionario no aparece como eximente de responsabilidad penal sino más bien, en gran cantidad de casos, como agravante (24).

---

(22) Ver sobre el caso chileno, el estudio citado del Dr. Hernán Montealegre.

(23) Esta situación o inmunidad, ha sido fuertemente criticada por Hernán Montealegre, como un portillo, que viene a significar no solo que los derechos humanos de las minorías institucionalmente supeditados a los intereses de las mayorías, sino también, la posibilidad institucional del encubrimiento de las violaciones gubernamentales a los derechos humanos. Su crítica es valedera en una gran proporción al sistema jurídico costarricense. Ibídem, págs. 40 a 44.

(24) Por ejemplo los artículos 203 y 304 del Código Penal. El 5.2 es importante.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) El sujeto activo de la mayoría de los delitos puede ser tanto el particular como el funcionario (25).
3) El hecho de que exista un capítulo especial y de que existan artículos cuyo sujeto activo sólo puede ser el funcionario (como el abuso de autoridad —329— o la detención ilegal —190—) no implica que el funcionario no pueda cometer los delitos previstos en forma general para cualquier sujeto activo (26).
4) Sólo en cierto sentido —estirando mucho las interpretaciones— se puede encontrar una discriminación en la protección penal entre el funcionario o particular como sujetos activos de delitos (27).
5) Las sanciones o son iguales o agravadas para los funcionarios públicos actuando como tales (28).
6) Las exenciones de responsabilidad penal para los funcionarios en virtud de órdenes superiores y del deber de obediencia son diferentes y deben interpretarse, según mi criterio, relacionadas con las normas relativas de la Ley General de Administración Pública, que examino dentro del punto siguiente.

6.10 Las sanciones a las violaciones de los derechos humanos y las causas justificantes y eximentes de responsabilidad penal en razón de los sujetos (particulares o funcionarios).

En relación con los sujetos —funcionarios o particulares en este caso— no me interesa referirme a las causas de justificación que nuestro Código Penal tipifica en sus artículos 26 a 29 (Consentimiento del derechohabiente, estado de necesidad, legítima defensa, exceso en la defensa), sino sólo al artículo 25 que señala como causa de justificación de la acción penal y por consecuencia como eximente de responsabilidad, de delito y de sanción el cumplimiento de la ley: "No delinque quien obrare en cumplimiento de un *deber legal* o en el ejercicio legítimo de un derecho" y del artículo 36 relativo a la *"obediencia debida"* no como causa de justificación sino de inculpabilidad, que comentaré detenidamente, en cuanto significan exención de responsabilidad penal o en todo caso de sanción (pena).

En cuanto al artículo 25 (exención de antijuridicidad de delito, y con ello de sanción, cuando se actúa en cumplimiento de un deber legal) debo señalarlo como peligroso, en el tanto que pueda servir para interpretar extensivamente ese "cumplimiento de un deber legal" por cuanto representaría un portillo muy grande, a través del cual transitarían funcionarios y agentes del Estado para poder violar impunemente los derechos humanos. Me explico, si en el "deber legal" se incluye, por ejemplo, las órdenes superiores, sin límites claros y específicos, o el cumplimiento de fines públicos entendidos como fines del Estado o de la administración; entonces podríamos colocarnos en una situación tal, que el funcionario inferior que comete directamente la agresión contra los derechos humanos de alguien (tortura por ejemplo) se escudaría en que actuaba en cumplimiento de un "deber legal" (en el caso, la orden superior del comandante) y por lo tanto no cometería delito,

---

(25) Esto es claro en el artículo 4 del Código Penal costarricense, que señala que la ley penal costarricense se aplicará a quien cometa un hecho punible en el territorio de la República, salvo los tratados y reglas internacionales. Ver nota siguiente.

(26) En este sentido incluso existe jurisprudencia, donde el acusado, que era un funcionario público, que cometió lesiones contra un particular, quizo y basó su defensa en que su delito no era el de lesiones (más fuertemente penado) sino el de abuso de autoridad (menormente penado). Nuestra jurisprudencia dijo bien, que: "Si el acusado, que tenía el cargo de Delegado Distrital, luego de propinarle una golpiza a los ofendidos con su vara policial. . . disparó con su arma de reglamento, lesionando gravemente a uno de ellos. . . procede tenerlo como autor responsable de dos delitos de abuso de autoridad, y del delito de lesiones graves en concurso material". 1979. Trib. Sup. Seg. Penal, Sec. Prim., No. 125 de las 17:30 hrs. del 28 de junio.

(27) Esta interpretación se desprende, según Hernán Montealegre, de que la privación de la libertad arbitraria o ilegítimamente, se pena diferentemente si se trata de un funcionario (el sujeto activo del delito) que según su decir, es penado por la pena señalada en la detención ilegal; que si se trata de un particular en cuyo caso se habla de secuestro. La discriminación estribaría en el hecho de que el segundo delito es más fuerte y drásticamente penado. En Costa Rica ocurriría lo mismo a no ser que se interprete, que el funcionario puede cometer ambos delitos cuando se encuentre en las situaciones tipificadas en ellos. Pero aún así, la crítica cabe, por cuanto se aplicaría el principio de que la ley especial desplaza a la general.

(28) Esto es claro en el Código Penal, según notas 26, 27 y 28; no así en lo expuesto en la nota 29.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

(en la interpretación hipotética a que me vengo refiriendo) a su vez, la acción penal se enderezaría contra el superior (v.g. un comandante de la fuerza pública) quien a su vez se escudaría en el cumplimiento de un "deber legal" (orden superior del ministro) por último el ministro no tendría que excusar su actuación si cuenta con mayoría en la Asamblea (por ser del mismo partido etc.) que no le levantaría su inmunidad, y en el caso hipotético de que lo hiciera, diría que estaba cumpliendo el fin público (v.g. manteniendo la Seguridad Nacional) —recuérdese que parto de que hay confusión entre el fin público y el fin del gobierno o Estado—. Todo lo cual, no daría otro resultado que el dejar impune la violación concreta de los derechos humanos (en el ejemplo, la tortura). Estas mismas consecuencias se darían para el caso específico de la "obediencia debida" con la salvedad de que en el caso del artículo 36 del Código Penal costarricense, señala y delimita expresamente cuándo nos encontramos, y cuándo no, en presencia de ésta; y de que en vez de ser una causa de justificación (de ausencia de delito) como la del "deber legal", se desenvuelve como causa de inculpabilidad (hay delito pero no culpa) pero que significan ambos, exención de la pena para los sujetos activos (que cometen delitos).

Claro está, que el anterior, no es sino un caso hipotético, ya que en nuestro país:

1) Esa interpretación extensiva a que me referí no se ha dado (29).
2) La obediencia debida está expresamente delimitada y que debe entenderse relacionada con la Ley General de Administración Pública vigente (30).
3) De conformidad con esta ley, se corrigió la confusión entre el fin de la administración y el fin público (31).

Sin embargo, debo llamar la atención, que casos e interpretaciones como la anterior no son sacados de fantasías jurídicas ni novelísticas, sino que ocurren cotidianamente en otros sistemas y países, con base en normas parecidas (32).

Los derechos humanos y las reparaciones e indemnizaciones a sus violaciones

6.11. Por último, debo recalcar que poco o nada pueden hacer los mecanismos de protección de los derechos humanos, tanto internos como internacionales, si no se prevén reparaciones e indemnizaciones a sus violaciones; ésto es, si dentro del ordenamiento a que nos refiramos no existen fórmulas adecuadas y jurídicas, para indemnizar a las víctimas de las trasgresiones a los derechos humanos por parte de sus violadores y de los responsables directos o indirectos (a quienes jurídicamente les es imputable las acciones violatorias).

Esto lo ha esbozado el artículo 68.2 de la C.A.D.H. "La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Materia esta última que regula la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En Costa Rica la Constitución Política en su artículo 41 señala: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. . ." y como he venido diciendo que el problema fundamental de la protección de los derechos humanos reside en las violaciones imputables al Estado, es de primor-

---

(29) No conozco ningún caso relativo, ni jurisprudencia, donde haya aparecido tal interpretación.

(30) Según la LGAP, el servidor o funcionario deberá desobedecer las órdenes o instrucciones del superior cuando "la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del servidor; y . . .cuando el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito" (artículo 108). Debe tomarse en cuenta, que la violación de los derechos humanos son delitos, por lo menos una gran mayoría. El punto 2 del artículo 108 señala además: "La obediencia en una cualquiera de estas circunstancias producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativo como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda caber". Lógicamente, para lograrse cerrar el portillo que pudiera representar como una inculpabilidad, que dejara impune la violación de los derechos humanos por parte de los funcionarios, el artículo 36 del Código Penal, debe ser interpretado a la luz de la Ley General de Administración Pública, sobre todo de su artículo 108 citado.

(31) En este sentido la LGAP señala: "El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública —Estado— cuando pueda estar en conflicto" (artículo 113.2). Con ello se vino a clarificar aquella intencionada confusión que usaba el Estado tanto con fines positivos como negativos, entre el fin de la Administración y el Público.

(32) Sobre todo ésto, debe verse el estudio de Hernán Montealegre citado, no sólo por su claridad, sino por su originalidad en las interpretaciones y escogimiento de los temas relevantes.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dial interés, repasar someramente el desarrollo que a este punto le da la Ley General de Administración Pública (LGAP).

La LGAP regula la materia en sus artículos 190 y siguientes (ver página 78 del cuadro) que se rèfiere a la "responsabilidad de la administración". En el artículo 190.1 se dice: "La administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero". Luego se exponen la responsabilidad de la administración —Estado— por conducta ilícita (daños causados a los derechos subjetivos por faltas de los servidores, o cuando usando ilícitamente sus potestades suprima o limite derechos) y por su conducta lícita (por su funcionamiento normal y por ley); por otro lado el servidor será responsable personalmente ante terceros por los actos u omisiones violatorias imputables a él, y la administración será solidariamente responsable con el servidor ante terceros por los daños que éste causa (201) que pueden ser producto de actos manifiestamente ilegales (que explica el artículo 199.3), y el que los obedeciere (199.2 relacionado con los que regulan la obediencia debida).

7.1. Ya habrá ocasión de repasar detenidamente todo lo hasta aquí afirmado que, repito, no tiene otro propósito que el de lanzar en forma indiscriminada ideas y conceptos del autor, para que otros mejor capacitados los desarrollen, desmenucen o despedacen. Recuérdese por su parte, que todas las ideas aquí expuestas, no significan el criterio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ni el de su director, sino sólo el mío propio.

***

Nota: Cuando me refiero a derechos del hombre, me refiero tanto al hombre como a la mujer sin distinción genérica de ninguna especie.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL DELITO DE ROBO SIMPLE

Lic. Carl W. Jensen P.

En este breviario no se pretende entrar a un análisis extenso del delito de robo, pues ello ha sido sobradamente examinado por diversos tratadistas, sino la finalidad que se persigue es exponer al lector el planteamiento sobre un punto en particular (y que luego se dirá) que se encuentra referido en forma contraria en algunos autores, y luego en qué forma es interpretada la misma cuestión por nuestra Sala de Casación. Para efectos meramente de comprensión, resulta necesario recurrir, aunque sea someramente, a una breve mención del hecho típico a examinar.

El delito de robo guarda en su aspecto definitorio, una relación de género a especie con el de hurto, al contener el primero una descripción típica similar a la del segundo, más una condición agravante y es el que le da su distinción. El Derecho Romano consideró el delito de robo como una agravación del *furtum*, vocablo con el que designaron no solo la acción de sustraer un bien ajeno, sino el bien en sí mismo, agravación constituida por el empleo de violencia o intimidación en las personas —la rapiña—; es decir, lo conocido como la ejecución de un hurto violento.

El delito de robo es (conceptualmente si podemos decirlo) una agravación del hurto como se consideró en el Derecho Romano; para efecto de describirlo vale hacer una mención de los elementos constitutivos de la figura principal, el hurto.

Indica el artículo 208 del Código Penal que comete hurto el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena. Esta definición permite colegir que resulta ilegítimo el acto de tomar una cosa sin el consentimiento de su verdadero dueño, o de aquél que no lo es pero goza de la posesión del mismo, como puede suceder en el caso de un prestatario o arrendatario; con el fin de incorporar a su patrimonio el bien así adquirido, y actuar en relación con ese bien, como su propietario. El objeto sobre el cual ha de recaer la acción debe consistir en un bien mueble, entendiendo por ello una cosa que sea susceptible de aprehensión, que tenga corporidad, que pueda ser tomada materialmente, sin importar el estado de ella (sólido, líquido o gaseoso), remitiéndonos al concepto amplio que en derecho civil se otorga a las cosas muebles (artículo 256 del Código Civil). Esta acción de tomar como hemos dicho, puede ser directa (realizada por el sujeto activo) o bien en forma mediata a través de otra persona (entrando aquí en juego la teoría de la participación), o incluso por medio de un animal.

El bien objeto de sustracción, puede ser total o parcialmente ajeno, se entiende por ésto que comete hurto tanto aquél que conscientemente se apodera de un bien del que no resulta su propietario, como del que puede tener tanto solo una parte alícuota, como sucede en los casos de copropiedad.

Desde el punto de vista subjetivo, el sujeto activo ha de encaminar su voluntad a lograr la apropiación del bien y obtener para sí o un tercero, un lucro, un provecho, lo que puede resultar no sólo del valor económico que se le pueda dar al bien, sino de la utilidad de que pueda ser objeto.

El delito de hurto se considera consumado cuando el sujeto activo se halla en la posición de realizar actos dispositivos en relación con el bien adquirido de manera ilegítima.

Explicados de esta forma los principios fundamentales que definen la figura del hurto y que son también valederos para el de robo, conviene ahora describir los presupuestos que los diferencia y que hacen del último un delito totalmente independiente, como es considerado por la doctrina alemana.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Tanto el delito de hurto como el de robo consisten en el apoderamiento ilegítimo de un bien ajeno, pero el elemento diferencial entre las dos figuras, reside en la forma en que tal apoderamiento se lleva a cabo. En el hurto, la acción se limita a la simple sustracción que puede o no ser clandestina, sin que medie otro elemento de distinción, mientras que en el robo el apoderamiento se realiza mediante la ejecución de una fuerza que puede recaer en el propio objeto que se pretende sustraer, en algún reparo puesto por su propietario para brindarle mayor seguridad, o en algún elemento que contiene o al que está sujeto el objeto; también puede ser realizado por medio de violencia que se ejecuta, ya sea sobre la propia víctima o un tercero; violencia que puede ser directa (violencia física) o tácita (intimidación).

Para entender el delito de robo no basta la breve explicación expuesta, pues a pesar de enunciarse los elementos definitorios fundamentales que nos permiten diferenciar un hecho como hurto o robo, no resulta tan fácil en la práctica en la que se presentan multitud de casos en donde esos principios deben ser interpretados y completados con otros para lograr el mejor entendimiento. Hemos dicho que el delito de robo se distingue por la manera en que el apoderamiento de la cosa toma lugar, la acción se realiza a través de la ejecución de una fuerza; pero ¿qué debemos entender por ésto? El elemento de fuerza no puede definirse mediante los conceptos que otorga la física, sino mediante los presupuestos elaborados por la doctrina del Derecho y, en este campo, no necesariamente se da una identidad en el conocimiento del concepto, pues además de la concepción física del despliegue de energía, ha de agregarse un elemento psicológico del agente que lleva a cabo esa utilización de energía y que, fundamentalmente, va dirigida al apoderamiento de la cosa. Así tenemos que el vencimiento de cercos, obstáculos y otros reparos que el propietario del bien reserva para su custodia, ha de medirse tomando en consideración que la fuerza que se ejecuta es dirigida por el agente activo a la obtención del bien, sin importar el sinnúmero de alternativas que puede dar lugar al hecho, la fuerza que se emplea es cuantitativamente distinta.

La fuerza empleada en el rompimiento de una pared, de una puerta, de un cofre o de una caja de seguridad resulta distinto al del vidrio de una ventana, al de unos cables o al de un techo, y ello es así porque la fuerza en ambos casos varía considerablemente, pero tanto en uno como el otro, el hecho cometido es calificado como robo. La fuerza que se utiliza para quitar las tuercas que sujetan un faro de un automóvil, los tornillos de una lámpara colgante o de una visagra de una puerta o cofre, sin romper nada, es calificada de manera distinta a la expuesta anteriormente, pues se considera que ella es igual a la que emplearía el dueño de la cosa para también desprenderla y, en consecuencia, la acción no reviste el carácter de fuerza que se requiere para el robo, tipificándose el hecho entonces dentro de la figura del hurto. Otra característica que ayuda a distinguir la sutil separación que se da para considerar la carencia de la fuerza y tomar el hecho como hurto, es que la ejecutada no resulta destructiva, ya sea en el bien o en sus reparos. En este punto vale volver al concepto que la fuerza a que se refiere el robo, está revestida además de un aspecto psicológico, cual es el lograr el vencimiento de obstáculos o reparos por parte del sujeto activo en el apoderamiento de la cosa.

Conviene para efectos de comentario, hacer mención de un fallo emitido por nuestra Sala de Casación Penal (*) en un caso en donde se analizó la fuerza desplegada por el sujeto activo en la comisión de un hecho delictivo, para convenir en calificar tal fuerza como la correspondiente a un hurto y no a robo. El hecho acusado consistió en que el imputado había penetrado a un edificio a través de una de sus ventanas, compuesta por algunas celosías las cuales fueron desprendidas de su marco mediante la operación normal que haría su propietario, sin dejar ninguna huella de daño. Por mayoría de votos la Sala de Casación reiteró el criterio mantenido en casos anteriores y semejantes al de examen, considerando que la fuerza empleada en el desprendimiento de las celosías resultaba similar a la que hubiera utilizado su propietario, sin dejar trazos de haber sido violentado el marco donde se sujetaban. En su fallo, la Sala fundamentó su criterio en lo expresado por el

---

(*) Sala Tercera de la Corte, No. 39 de las 9:30 hrs. del 31 de octubre de 1980, delito de robo agravado contra R.A.S.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

autor Sebastián Soler, quien a ese respecto dice que "Resulta esencial la alteración causada en las cosas que rodeaban al objeto robado. Esa alteración no se produce cuando la separación se logra de una manera no destructiva, semejante a la que el propietario mismo hubiera debido desplegar para sacar la cosa. El que desatornilla una tapa, un faro o un dinamo de un automóvil, sin romper nada, hurta y no roba, aún cuando deba emplear cierta fuerza para ello. En esos casos, además, debe tenerse presente que la obra realizada es absolutamente normal, y que ningún rastro deja la acción ejecutada. En este sentido, parece exacto que la acción requerida por el robo debe contener un quid pluris con respecto a la acción separativa ordinaria". (Derecho Penal Argentino, tomo IV, página 242).

El voto de minoría consideró la existencia de fuerza en las cosas, y fundamentó su criterio en el mismo autor y obra que lo hiciera la mayoría votante, arguyendo que Soler "expone que se considera que existe tal fuerza cuando para el apoderamiento, *el autor realiza actos distintos a los que tendría que hacer el propietario para sacar las cosas del edificio en donde tales bienes estaban:* en el caso concreto es indudable que los Administradores del Instituto Agropecuario de Turrubares, se habrían valido de usar llave para abrir las puertas de los pabellones en que estaban las máquinas de coser, de escribir y demás objetos, si hubieran tenido necesidad de sacarlos. Para nosotros (los del voto minoritario). Sólo habría sido hurto agravado tentado el caso de autos, si los autores del hecho se hubieran encontrado abiertas las puertas de los citados pabellones, y sin nadie que vigilara el edificio, de tal manera que les habría sido fácil entrar y tomar aquellas cosas, pero si, aunque no había nadie cuidando, para entrar tuvieron que remover varias celosías, su conducta está descrita como "fuerza en las cosas. . ." (lo subrayado no es del original).

Llama la atención el voto de minoría de este fallo porque para emitir un criterio distinto, se basa en la misma obra y autor en que lo hace el voto mayoritario, del análisis de las conclusiones de la minoría se puede observar que si bien se llega al mismo concepto que no existe fuerza en las cosas cuando la acción ejecutada resulta igual a la que realizaría el propietario *para sacar la cosa* que se pretende sustraer, se agrega también el campo circunstancial en que precisamente fue sacado el objeto, comparando este campo en los mismos extremos en que ejecutaría la acción el mismo propietario. Esto quiere decir que la disparidad de circunstancias impide calificar un hecho como hurto y se ratifica como robo, siempre en el caso de la situación fáctica examinada. El hecho que el autor del ilícito haya utilizado un medio distinto para sacar los objetos sustraídos, o sea, a través de la ventana y no por la puerta como lo hubiera hecho su propietario, impiden concebirlo como hurto, pues la situación fáctica en este caso varió y consecuentemente los presupuestos establecidos por la doctrina no pueden aplicarse. Este criterio resulta interesante, al permitir una interpretación distinta a la doctrina que puede ser válida en un momento dado.

La otra modalidad del delito de robo se presenta cuando la acción es ejecutada con violencia sobre las personas (la rapiña), tal y como está comprendido en el artículo 212 inciso tercero del Código Penal.

El bien jurídico a proteger por el Derecho no es sólo el libre poder de disposición de los bienes, sino también el cuerpo y la salud de la persona. Esta figura se puede presentar a confusión con la de extorsión, pues tanto en una como en la otra el elemento de la violencia participa para producir una anulación de la voluntad de la víctima que impide oponer la natural resistencia ante la acción propiamente. La diferencia entre una y otra se verá más adelante.

La violencia que hacemos referencia se basa en la acción (ya sea directa o tácita) tendiente a lograr la posesión o entrega de un bien, por medio de una amenaza grave e inminente, que impide al sujeto pasivo crear una resistencia a la acción contra él ejecutada o vencer la creada. Hemos dicho que la violencia puede ser directa o tácita, entendiendo la primera como la acción física emprendida en contra del cuerpo de la víctima (por medio de golpes, torceduras de brazo, etc.), y la segunda el uso de una medida intimidatoria (por medio de armas). La acción violenta para que surta el mismo efecto puede ser ejecutada también en un tercero.

La violencia tácita o intimidación permite dar un margen de similitud entre el delito de robo con violencia sobre las personas y el de extorsión, ya que en ambos casos se presenta un medio coactivo que pretende anular la voluntad del sujeto pasivo, y lograr el desprendimiento patrimonial, pero la diferencia estriba en que, el robo con violencia procura a la víctima un daño real e inminente,

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en su cuerpo o el de un tercero, y el desprendimiento de la cosa resulta inmediato, mientras tanto en la extorsión el peligro puede ser real, pero el hecho que se produzca está sujeto a un plazo de tiempo más o menos corto, pero que en todo caso permite a la víctima el momento reflexivo necesario para crear un medio de resistencia.

El sujeto activo con su acción violenta pretende como ya se dijo, evitar la formación de una resistencia o vencer la ya existente en el sujeto pasivo. Este concepto, si bien puede parecer lo suficientemente claro, no lo es así en la doctrina, en donde distintos autores presentan posiciones contrarias respecto a lo que hemos definido como la acción violenta en el robo.

Sebastián Soler en el tomo IV de su obra ya mencionada, página 252, dice que *"para que exista violencia basta que se venza por la fuerza una resistencia normal, sea o no predispuesta, aunque, en realidad ni siquiera se toque o amenace a la víctima. El que de un tirón arrebata a una señora su cartera, comete robo y no hurto, aunque para ello no haya debido hacer gran despliegue de fuerza. Este caso, es, en realidad, el que constituye el ejemplo típico de la rapiña".* Para este autor entonces, comete robo con violencia sobre las personas, aquél que mediante una fuerza vence una resistencia de la víctima, sin importar que ésta haya sido o no predispuesta, para lograr la apropiación del bien. Del ejemplo que da se denota la ausencia de un peligro real e inminente para la víctima, ya sea en su cuerpo o en su salud, y la existencia de una resistencia consistente en la aprehensión material que la víctima hace de su bolso, sin que ello se pueda observar la necesidad que despliegue alguna actuación para impedir algún probable delito.

Por otro lado, existe otra corriente doctrinaria que considera que para la existencia de la acción violenta, el vencimiento de la resistencia lo ha de ser en su sentido estricto, es decir, la acción del sujeto activo tiende a eliminar la resistencia a él opuesta para impedir su cometido, y a su vez el sujeto pasivo ha de estar consciente de la resistencia que opone. Como representante de esta corriente encontramos a José María Rodríguez Devesa, quien en su obra Derecho Penal Español, parte especial, edición de 1977, en la página 387, respecto de este punto dice que *"se ha discutido si el arrancar un objeto a la víctima desprevenida, por ejemplo, un bolso de señora, es o no violencia. Las opiniones están divididas, pero estimo que en nuestro Derecho estos supuestos no pueden considerarse, en principio, incluidos en el concepto de violencia. Porque falta el ataque a la libertad de la voluntad y, por otra parte, la psicología del descuidero, característica en estos casos, no es la del ladrón violento, pues aprovecha el descuido para dar el tirón. No fuerza la voluntad del sujeto pasivo, aprovecha el momento en que no piensa en la defensa de la cosa".* Para Rodríguez Devesa entonces, sólo existirá la acción violenta cuando está dirigida al vencimiento de la resistencia opuesta por la víctima, tomarla desprevenida no es violencia pues ninguna voluntad resulta forzada.

Ante estas dos posiciones encontradas, nuestra Sala de Casación (*), ha emitido criterio, reflejando un fallo en el que se dijo que "el tirón que se dice dado por el procesado. . . para arrebatar a la víctima, la cadena de oro con una medalla que pendía de su cuello, constituye la agravante que caracteriza el robo con violencia en las personas que sanciona el artículo 212 inciso 3 del Código Penal. Esta agravante consiste en el despliegue de una energía física, humana, ante la víctima, para vencer su resistencia ante la sustracción, opinión que es dominante entre los autores y acogida por reiterada jurisprudencia". Tenemos entonces así que definida la posición de nuestra jurisprudencia de casación al efecto, sin embargo, resulta interesante tener la oportunidad de conocer y discutir otras opiniones respecto de un mismo tema, en aras de alcanzar una mayor comprensión de los problemas que se someten al diario conocimiento de nuestros Tribunales.

***

(*) **Sala Tercera de la Corte, voto No. 209-A de las 10:25 hrs. del 13 de julio de 1982. Delito de robo simple contra A.E.M.M.**

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL, APROBADA O RECHAZADA, NO PODRA SER EXAMINADA DE NUEVO EN LA MISMA LEGISLATURA

Elvira Batalla

Un proyecto de reforma constitucional, debidamente aprobado por la Asamblea, sólo se puede continuar conociendo en la legislatura siguiente a aquella en que se inició el trámite del expediente, por cuanto así lo dispone el artículo 195 de la Constitución en sus incisos 5 y 6. Cuando el proyecto no haya obtenido el número de votos requeridos, la Asamblea no lo sigue conociendo conforme a ese mismo artículo constitucional, (inciso 2), y recibe, lógicamente, el mismo tratamiento, o sea que no se puede examinar hasta tanto no se esté en otra legislatura. Este principio lo reitera el párrafo final del numeral 45 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, que es el artículo que en general resuelve, en definitiva, las diversas situaciones de los proyectos de ley, cuando ellos son rechazados por el Plenario (1).

La tramitación de un proyecto de ley de enmienda al texto constitucional tiene un tratamiento especialmente distinto al establecido para la reforma de la legislación ordinaria, por cuanto la de la Constitución está ligada a supuestos y procedimientos de mayor dificultad, cuyo propósito es darle "la necesaria estabilidad que garantice el respeto por las instituciones, sin impedir que se produzcan los cambios que requieran las nuevas situaciones que vaya determinando el progreso del país". (Tomado del texto de la exposición de motivos del proyecto de Constitución presentado por la Comisión Redactora, nombrada por Decreto No. 37 del 25 de mayo de 1948).

Dentro de ese trámite especial, ha de observarse sin embargo, el mismo procedimiento que se sigue para la formación de las leyes, en lo que se refiere al debate (artículo 195, inciso 4 de la Constitución), aspecto que en sus detalles es regulado en varios artículos del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea. En este orden de ideas, conviene explicar cuál es la tramitación de un proyecto de ley de reforma constitucional a fin de establecer los presupuestos de los cuales depende la consecuencia jurídica de este tratamiento diferente en cuanto a

---

(1) "*Artículo 45.* El trámite de primer debate de todo proyecto de ley se dedicará, exclusivamente, a conocer las mociones de forma y de fondo que procedan, según lo que se establece en este Reglamento. Una vez concluido el conocimiento de dichas mociones, se dará por terminado el primer debate, y la Asamblea procederá a aprobar o a improbar el proyecto de ley. Los proyectos de ley o reformas se conocerán en primer debate en la forma y en el orden que determinan los artículos Nos. 23 y 37 de este Reglamento. Si hay un solo proyecto y se imprueba, o se rechazan todos los proyectos, el asunto volverá, por una sola vez, a otra comisión que designará el Presidente de la Asamblea para que, de acuerdo con los razonamientos dados por los diputados que impugnaron el proyecto de ley sometido a consideración de la Asamblea, esta comisión lo vuelva a considerar y presente un nuevo proyecto. Si este nuevo proyecto es rechazado, se archivará sin más trámites. *También se archivará cuando el informe de la comisión haya sido negativo al proyecto y este informe sea aprobado por la Asamblea, por lo que no pueda tratarse el mismo asunto hasta la legislatura siguiente*". (El subrayado no es del texto).
(Así reformado por acuerdo No. 2087 del 24 de setiembre de 1981).

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

un proyecto "que no recibe los votos suficientes para integrar la Comisión" que indica la Constitución en su artículo 195, inciso 3.

En sus partes especiales, de mayor relevancia, tenemos lo siguiente:

La Asamblea, a partir del momento en que se le presenta la proposición —en la forma que establece el artículo constitucional número 195, inciso 1— se constituye en Comisión General, y aceptada para su discusión esa enmienda (inc. 2), nombra la Comisión Especial (inc. 3), para que ésta dictamine sobre la "forma" (Resolución del Directorio de la Asamblea Legislativa, sesión del 29 de octubre de 1962) (2), —ya que la Asamblea se reserva para sí, en todo momento, el conocimiento de "fondo" del proyecto— y devuelva la propuesta a la Comisión General (Plenario), para sus tres debates (de acuerdo con los trámites del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa). El proceso se continúa luego, conforme a lo dispuesto en los incisos 4, 5, 6 y 7 del artículo 195 indicado, y finalmente decide en definitiva sobre el fondo y forma del proyecto que intenta formar parte del cuerpo de la Constitución Política.

De lo expuesto, consecuentemente resulta que tenemos ya determinado que se cumplen los supuestos del párrafo final del artículo 45 del Reglamento (3), que es la disposición aplicable para resolver qué debe hacerse con una propuesta de reforma constitucional que no obtiene los votos suficientes para nombrar la comisión, que requiere el inciso 3 del supracitado artículo 195.

Ya hemos señalado que cuando la Asamblea conoce una propuesta de reforma constitucional se constituye en Comisión General, y no podría ser de otra manera, ya que a la misma categoría de asunto corresponde la misma categoría de Comisión y es precisamente la indicada Comisión la principal del órgano legislativo. Es la Comisión, constituida así, la única que tiene potestad para nombrar la Comisión Especial que dictaminará sobre el proyecto presentado. Otro aspecto, no menos importante, es que como sanción, el proyecto no puede ser nuevamente sometido a conocimiento de la Asamblea hasta la siguiente legislatura. Este castigo no difiere, a pesar de ser la materia constitucional la de mayor jerarquía, del que reciben los proyectos de ley ordinaria que cualquier comisión dictamina negativamente y así es votado por la Asamblea.

Es desde todo punto de vista lógico que un proyecto rechazado por una Comisión y votado negativamente por la Asamblea se archive sin posibilidad de que se vuelva a presentar durante cierto tiempo. Lo contrario daría pie para que cada vez que un determinado asunto se rechace en el Plenario se vuelva a presentar repetidamente o lo que es peor, que previendo la eventual negativa se inicien en una misma legislatura, en distintas fechas, la presentación de varios proyectos sobre un mismo asunto.

A fin de entrar en otras consideraciones que permitan el análisis de las instituciones introducidas por el constituyente del cuarenta y nueve, conviene revisar algunos antecedentes. En el prólogo explicativo, en el cual se hace una exposición de carácter general "sobre los principios en que se inspira el proyecto de Constitución elaborado por la Comisión Redactora", se señala que en el articulado por ellos propuesto "se han incluido los principios mundialmente aceptados por el Derecho Internacional contemporáneo, los enunciados en las recientes conferencias interamericanas y los recomendados por los organismos técnicos de la Organización de las Naciones Unidas, en cuanto coincidan con nuestras instituciones y formas de vida nacional".

Hemos podido constatar, en estudios que hemos realizado anteriormente, que en las disposiciones de la Constitución vigente, que hacen referencia a las instituciones públicas, en especial

---

(2) *"Trámite de las reformas parciales a la Constitución Política.* **(Interpretación no apelada del Directorio de la Asamblea Legislativa en sesión del día 29 de octubre de 1962).**

1) La Comisión Especial que se nombre, de acuerdo con el inciso 3 del artículo 195 de la Constitución Política, no podrá recibir mociones para variar el proyecto sobre el cual debe dictaminar.

2) En primer debate la Asamblea discutirá el proyecto, entendiéndose constituida al efecto en Comisión General.

3) Las mociones de fondo deben ser presentadas en primer debate ante la Asamblea Plenaria, y su resolución será por la mayoría absoluta de los votos presentes de los diputados.

4) El asunto se dará por discutido, en el trámite de primer debate, mediante votación de la mayoría absoluta de los diputados presentes.

Unicamente en el tercer debate se exige la aprobación por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea".

(3) ". . .También se archivará (el proyecto) cuando el informe de la Comisión haya sido negativo al proyecto y este informe sea aprobado por la Asamblea, por lo que no puede tratarse del mismo asunto hasta la legislatura siguiente".

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las que atañen a la autonomía, se observa la incidencia del derecho uruguayo (4); en cuanto al régimen de la Hacienda Pública se encuentra presente la adopción del modelo americano (5), al incluirse la incorporación de instituciones similares a las que tiene el sistema de ese país, por ejemplo la Oficina del Presupuesto (Bureau of the Budget), que es una entidad autárquica, dependiente directamente del Presidente de los Estados Unidos. Y en lo que corresponde al procedimiento de los trámites legislativos hay gran similitud (desde luego guardando las proporciones correspondientes) entre el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa nuestra y el Reglamento de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Para citar sólo un ejemplo, observamos que el artículo 71 (113) del Reglamento de la Asamblea General de la ONU dispone:

> *"Durante la discusión de cualquier asunto, todo representante podrá plantear una cuestión de orden y el Presidente decidirá inmediatamente al respecto con arreglo al reglamento. Todo representante podrá apelar de la decisión del Presidente. La apelación se someterá inmediatamente a votación y la decisión del Presidente prevalecerá, a menos que sea revocada por la mayoría de los miembros presentes y votantes. El representante que plantee una cuestión de orden no podrá tratar el fondo de la cuestión que se está discutiendo".*

Disposiciones similares las incluye el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa en sus artículos 42 y 65.

En cuanto al punto que aquí nos interesa, o sea determinar con certeza sobre si procede la aplicación del artículo 45 del Reglamento de nuestra Asamblea, a la luz del Derecho Comparado, nos encontramos que el Reglamento de la Asamblea General de la ONU recoge el principio que consagra la Constitución Política patria y lo dispuesto en el párrafo final del citado numeral, principio que ya hemos expuesto al inicio del presente estudio. Efectivamente el artículo 81 (123), en su primera parte dice:

> *"Cuando una propuesta haya sido aprobada o rechazada, no podrá ser examinada de nuevo en el mismo período de sesiones, ...".*

Nosotros, a manera de conclusión reiteramos que *una propuesta de reforma constitucional, aprobada o rechazada, no podrá ser examinada de nuevo en la misma legislatura,* lo cual encuentra sus fundamentos legales en el artículo 195 de la Constitución Política y el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, concretamente en el párrafo final del artículo 45.

***

(4) BATALLA, Elvira, *"Las Entidades de Derecho Público en el Artículo 49 de la Constitución Política"*, Revista de Ciencias Jurídicas No. 45, San José, 1981, p. 133.

(5) BATALLA, Elvira, *"Algunos Aspectos del Régimen de la Hacienda Pública"*, pendiente de publicación en la Revista de Ciencias Jurídicas.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA A LA LUZ DE NUESTRA CONSTITUCION POLITICA

Lic. Celín Eduardo Arce Gómez

La libertad de enseñanza como lo reconoce la doctrina no tiene un contenido unívoco. Una de las dificultades mayores, sin duda, para llegar a determinar su concepto exacto es la diversa regulación constitucional y legal que de la misma se da en el derecho comparado, además del fuerte transfondo ideológico-político que la condiciona y, finalmente, por la estrecha relación que tiene con otras libertades o derechos esenciales de la personalidad tales como la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la libertad de culto, etc.

Se debe admitir, en consecuencia, que la libertad de enseñanza tiene un fuerte contenido jurídico, aunque debe reconocerse también que no es un simple principio jurídico, sino que se concreta en un verdadero derecho del individuo frente al Estado e incluso contra el Estado. Desde un punto de vista estrictamente jurídico constituye un verdadero derecho público subjetivo.

Como derecho individual, es la libertad de toda persona para enseñar a los demás, lo que sabe o cree saber, y la libertad de toda persona para escoger a sus maestros. Consiste, en fin, en la facultad legítima frente al Estado para enseñar, o sea trasmitir creencias, valores, actitudes, conocimientos, información, etc., a las demás personas.

Dentro del ya tradicional esquema institucional patrio, democrático por esencia, expresa el artículo 79 de la Constitución Política de 1949, literalmente: *"Se garantiza la libertad de enseñanza. No obstante, todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado".*

Doctrinariamente esta libertad, dentro del conjunto de las libertades públicas; constituye un "derecho", más que una garantía, por cuanto integra una de las libertades o poderes de los costarricenses que nuestra Constitución consagra en su beneficio, para la consecución de sus aspiraciones y el desenvolvimiento de su personalidad, tanto en el campo material como en el plano espiritual.

Conforma este principio uno de los fundamentos básicos en la vida del costarricense: la libertad de enseñar, pero, sujeta, sin embargo, esa enseñanza a la inspección del Estado. Debemos en consecuencia precisar los alcances de dicha disposición constitucional la cual mal interpretada, podría conducir —como ya está sucediendo según veremos— a la negación o restricción del mismo con un evidente y directo menoscabo de una de las libertades y derechos del costarricense de mayor trascendencia en su destino común, ya que constituye, asimismo, consecuencia natural y condición práctica de la libertad de conciencia y de pensamiento.

En efecto, una adecuada y justa interpretación de nuestro artículo 79 constitucional no solo implica determinar hasta dónde puede el costarricense enseñar, o sea, trasmitir a sus congéneres su ciencia, su creencia, así como la oportunidad y la forma de hacerlo sino que, soporta definir desde la perspectiva de nuestra Constitución Política las funciones del Estado en materia de enseñanza.

El principio de la libertad de enseñanza, constituye así, un valor intrínseco de los regímenes pluralistas por cuanto el pluralismo ideológico y el educativo se implican y condicionan mutuamente. Es decir, que cuando pretende imponerse una verdad acerca del ser del hombre, tan sólo una concepción de la sociedad, no cabe, obviamente, ningún tipo de enseñanza.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Conditio sine qua non de la libertad de enseñanza lo es el pluralismo ideológico y viceversa, aceptado este último debe garantizarse el advenimiento de la libertad de enseñanza si se quiere ser consecuentes. De manera tal que el respeto a la conciencia de cada ciudadano tiene como corolario obligatorio la libertad de enseñanza, es decir, la libertad en principio de los padres de familia de poder elegir para sus hijos aquel tipo de educación que les parezca más acorde con las exigencias, principios y valores tanto en el ámbito familiar como en el marco de la educación formal.

Sin embargo, desde el advenimiento del Estado no confesional moderno, o sea, desde que se declaró la laicidad del Estado como consecuencia del deslindamiento del ámbito y autonomía del poder civil respecto al fenómeno religioso, ha inquietado a la doctrina la necesidad o no de la existencia de la educación neutra en los regímenes pluralistas, es decir, el contenido que debe tener la educación en una sociedad pluralista y democrática.

Por nuestra parte opinamos que *". . .la educación neutra ha sido, no más que una utopía doctrinaria. No existe ni ha existido educación neutra. Una formación general axiológicamente pura constituye, sencillamente, un imposible. Aún más, cuando se intenta seriamente la pretendida educación neutra resulta una educación ideológica determinada: La educación en el escepticismo y el agnosticismo. El agnóstico, el escéptico es un producto ideológico tanto como el católico, el ateo, el liberal o el marxista"* (1).

En fin, la enseñanza del Estado no puede ni debe ser neutral y no definida respecto a los valores culturales, filosóficos y religiosos. La Escuela no debe ser imparcial respecto a dicha polémica; debe autodefinirse para superar, así, la indiferencia y el agnosticismo. Una escuela meramente "funcional" que se limite solo a ejercitar la inteligencia o la memoria sin volcarla hacia lo que se estima verdadero, traicionaría su propia función y naturaleza para desembocar finalmente, en el escepticismo, antesala de la liquidación común.

Es atribución consustancial de todo Estado democrático auténtico el fortalecimiento de su régimen ya que, por definición no puede renunciar a la democracia que es la razón de ser, precisamente, de su existencia y para defenderla y hacerla creer debe divulgar los valores y principios que le son propios a través de su escuela.

En resumen, es derecho legítimo e irrenunciable del Estado democrático exigir de los ciudadanos el conocimiento y alcances de los cimientos en que se edifica. Nuestro legislador desde el siglo pasado tomó partido por los valores cristianos y democráticos.

Este aserto encuentra su fundamento, modernamente, en el hecho de que la finalidad a que debe servir la enseñanza, está fijada por el orden jurídico.

De esta forma no debe llamar a sorpresa que la Ley Fundamental de Educación vigente en su artículo 2 inciso c) consagre como uno de los fines de la educación costarricense el de *"Formar ciudadanos para una democracia en que se concilien los intereses del individuo con los de la comunidad"*. Además, el artículo 3 inciso c) ibídem, consagra como cometido de la escuela costarricense procurar: *"La afirmación de una vida familiar digna, según las tradiciones cristianas y de los valores cívicos propios de la democracia"*.

Desde el punto de vista de la problemática ideológica de la educación, el quid consiste, entonces, en determinar quién fija dentro del marco jurídico, las directrices por medio de las cuales habrá de discurrir la educación en una sociedad ideológicamente pluralista, y no, como erróneamente podría creerse, como desterrar las influencias ideológicas en el proceso educativo.

Establecido lo anterior, debemos precisar a continuación qué debe entenderse por centro docente privado a la luz de la disposición constitucional en comentario. En sentido general puede decirse que la familia, la iglesia, los sindicatos, los partidos políticos, etc., constituyen centros docentes privados.

Así, como se sabe, la familia es la educadora primaria, natural del niño al que le unen los lazos de herencia, identidad de sangre, etc.

Por otra parte toda persona, con preterición de la familia, durante su desarrollo, se incorpora a cantidad de grupos sociales intermedios u órdenes comunitarios, para la consecución de objetivos comunes que por definición transmite sus valores

---

(1) Véase Traverso, Juan Damián. *"Por un consenso constitucional en Educación"*, en *Revista de Educación*. Ministerio de Educación de España. Noviembre-diciembre 1977, No. 253, pp. 65, 74.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

y principios; verbigracia: los sindicatos y partidos políticos.

¿Desde la perspectiva constitucional conforman dichos cuerpos intermedios "centros docentes privados"? ¿Puede —en caso positivo— el Estado inspeccionar todas y cada una de las actividades educativas y formativas de sus administrados que no están bajo su tutela? Aún más, ¿puede el Estado dirigir, controlar o supervisar la educación que discurre en la familia, por ejemplo?

La respuesta que se impone es la negativa, aunque no han faltado opiniones contrarias, concepciones estas que deben superarse en pro de la consolidación y sobrevivencia de la libertad de enseñanza en Costa Rica.

Para tal efecto, no nos resta otro medio más fidedigno que determinar la voluntad del constituyente sobre este particular, por medio del análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, las cuales nos permiten afirmar sin reserva alguna que por centro docente privado debe entenderse la organización destinada a la enseñanza como actividad primordial, esencial y permanente de tal suerte que, la inspección del Estado habrá de recaer sobre la organización privada destinada a la enseñanza y no irrestrictamente sobre toda acción privada de enseñanza.

Positivamente el Diputado Vargas Fernández expresó que: *"El Ministerio de Educación forzosamente tiene que ejercer una vigilancia e inspección de las instituciones privadas de enseñanza. No se puede apartarlas absolutamente de esa vigilancia estatal"* (2).

A su vez el diputado Monge Alfaro señaló *"...la conveniencia de la inspección, por parte del Estado, de todas las instituciones privadas dedicadas a la enseñanza.*

No se deforma ni se desnaturaliza la libertad de enseñanza por cuanto, el Estado tenga el derecho de vigilar la buena marcha de los centros docentes privados. Así como el Estado moderno interviene en las cuestiones sociales, económicas y hasta políticas, debe intervenir en el desarrollo y dirección de la enseñanza de fundamental importancia para la vida del país. Además la uniformidad entre los planes de estudio de los colegios oficiales y particulares es de gran importancia. Si el Estado no ejerciera esa vigilancia e inspección no se lograría tal propósito" (3).

Fue como consecuencia de dicha voluntad y espíritu como quedó plasmada la disposición constitucional de repetida cita, que manda que todo centro docente privado —en los términos que lo definimos ut supra— deberá estar bajo la inspección del Estado, mandato este que no solo resulta lógico sino que, absolutamente necesario toda vez que se trata de tutelar un innegable interés público que existe en el proceso educativo. Ahora bien, como se anotó, la Constitución Política establece la inspección por parte del Estado, así en sentido genérico, sin indicar cuál será el ente encargado de realizar esa función supervisora.

La Ley Orgánica del Consejo Superior de Educación Pública (Ley No. 1362 del 8 de octubre de 1951 todavía vigente) señala como atribución de dicho Consejo, conocer de las *"resoluciones de la inspección de escuelas y colegios privados, así como del establecimiento de nuevas instituciones de ese carácter"* (artículo 4, inciso h).

La anterior disposición permite concluir, fácilmente, que la función de inspección la ejerce como competencia propia el Ministerio de Educación Pública, es decir, sin participación del Consejo Superior de Educación.

Este criterio se reafirma en el propio Reglamento del Consejo Superior de Educación (Decreto Ejecutivo No. 14 de 31 de agosto de 1953, reformado por Decreto Ejecutivo No. 3 de 23 de enero de 1967) al indicar en su artículo 4, inciso h) como atribución de ese Consejo: *"Establecer normas para la inspección de la enseñanza privada y autorizar la creación y funcionamiento de establecimientos particulares de enseñanza pública".*

Por su parte, la Ley Fundamental de Educación en sus artículos 35 y siguientes atribuye al Consejo Superior la responsabilidad de autorizar el funcionamiento de las instituciones particulares. Además, la Ley Orgánica del Ministerio de Educación Pública (Ley No. 3481 del 13 de enero de 1965) en su artículo 18 inciso b) contempla como atribución específica del Ministerio *"Ejercer la inspección suprema de la educación pública y privada"*, y en su artículo 4 que: *"Corresponde al*

---

(2) *Actas Asamblea Nacional Constituyente de 1949.* San José, Costa Rica. Imprenta Nacional, 1957. Tomo III, p. 373.

(3) Actas, *op. cit.*, p. 535.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ministerio coordinar e inspeccionar la educación que se imparta en todo centro privado docente. . .".

Contrariamente a todas estas disposiciones legales anteriormente señaladas, el vigente Reglamento de Éstablecimientos Privados de Enseñanza (Decreto Ejecutivo No. 6687—E de 12 de enero de 1977) dice en su artículo primero que: *"Todo centro docente privado estará bajo la inspección del Estado. Esta inspección —agrega— corresponde al Consejo Superior de Educación y al Ministerio de Educación Pública. . ."*, o sea, manda que dicha función supervisora sea compartida entre el Consejo Superior de Educación y el Ministerio del ramo.

Pero aún más las disposiciones del capítulo IV, artículos 46 y siguientes, asignan como competencia del Consejo Superior administrar un régimen disciplinario con respecto a las instituciones particulares de enseñanza y con respecto al propio director de las mismas.

Los visos de ilegalidad de dicho reglamento resultan así palmarios por cuanto, legalmente la inspección estatal que dispone el artículo 79 constitucional corresponde al Ministerio de Educación sin posibilidad de injerencias por parte del Consejo Superior de Educación.

En resumen, podemos afirmar que la libertad de enseñanza en Costa Rica se concreta en la facultad que le asiste a todo residente de transmitir su conocimiento a sus congéneres, en escoger a sus propios maestros y en el derecho de abrir y organizar escuelas.

Constituye un derecho fundamental de la persona humana cuyo ejercicio no es fruto de la simple tolerancia de los demás, sino que constituye un derecho propio e inviolable de la persona, que los demás tienen que respetar y la autoridad debe tutelar; como exigencia que es de la naturaleza racional.

Sin embargo, la libertad de enseñanza como cualquier otro derecho está de suyo constitutivamente limitada. Así su ejercicio no puede violentar el orden público, la moral y las buenas costumbres, razón por la cual está sujeto a la inspección del Estado, el cual se convierte en garante de su adecuado y justo desenvolvimiento.

En Costa Rica, no obstante, lo que está sujeto a la inspección del Estado es todo centro docente privado, entendido este como la organización destinada a la enseñanza como actividad primordial y permanente.

Finalmente, cuando se pretenda que la enseñanza que se transmite tenga validez oficial, la misma está bajo la dirección general del Consejo Superior de Educación.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIENES PUBLICOS

José María Pereira Pérez

CONTENIDO

Pág.

Estado
- Concepto 120

Cosas públicas
- 1) Concepto histórico 120
- 2) Concepto moderno 120
- 3) Características 121

Dominio hídrico 122

Zona marítima terrestre 124
- Concepto 124
- Zona pública 124
- Zona restringida 124

Dominio minero 125

Dominio aéreo 125

Dominio terrestre (calles, caminos, ferrocarriles) 126

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El presente estudio está basado, somera y principalmente en el Código Civil (por estar ahí comprendidas las normas relacionadas con el tema). Analógicamente no sólo abarcará nuestro Derecho Privado —ya que es totalmente errado que las normas referidas al dominio público se encuentren en el Código Civil, pues ellas son incompatibles con el dominio en cuestión— sino que tocará, por supuesto con normas de Derecho propiamente administrativas, e incluso penales. Pues como se verá, el estudio tiene como objeto, la investigación de los bienes públicos cosas públicas o dominio público.

En el desarrollo del tema, entran en función todas las regulaciones existentes sobre el derecho Real Administrativo en nuestro país. Para entrar en detalles sobre algunos minúsculos aspectos de lo que se trata, debemos retroceder momentáneamente a lo que nosotros conocemos como Estado —para ir entrando luego en el fondo del tema— y sobre todo, la administración de sus bienes.

ESTADO

Al Estado se le concibe, como una persona jurídica por excelencia, con carácter perpetuo, de pleno derecho y la única que como tal lo ostenta (art. 15 Código Civil), debe tener, por lo tanto dentro de sus bases y estructuras, patrimonio propio que sirva a la colectividad para su uso y utilidad.

En la época romana Estado era el "(populus romanus, res pública) aparte de lo que significa en el Derecho Público, es un ente colectivo que en el Derecho Privado resulta titular de derechos y obligaciones" (1).

Algunos consideran que "la hipótesis más corriente es que el Estado se sirva, para conseguir sus propios fines, de varias personas jurídicas (o entes públicos)" (2).

De cualquier manera que se observe, a esa persona jurídica, con todos sus atributos potestativos de imperio, se tendrá siempre una diferencia marcada con la persona física, en cuanto a la administración de sus bienes; se colige de lo anterior que la "administración de sus bienes depende directamente de cada uno de los departamentos a que estén afectos" (3).

En síntesis, podríamos afirmar, que la función primordial del Estado, es de servir a la colectividad en el uso y disfrute de sus bienes, por medio de los mecanismos que indica la ley.

COSAS PUBLICAS

1. Concepto histórico:

Eran en el Estado romano, "las cosas pertenecientes al populus, es decir, a la comunidad organizada en Estado" (4). Incluso dentro del suelo romano todos esos bienes "fuera de la propiedad privada, están las cosas que son de todos, como el aire o el mar, las que pertenecen a los Dioses y las del pueblo romano, como son las vías y plazas públicas, ríos, etc." (5).

2. Concepto moderno:

La ley, la doctrina y la jurisprudencia coinciden plenamente, en lo que son cosas públicas. Nuestro Código Civil (art. 261) establece que son ". . .las que por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquéllas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas a uso público".

Por su parte, la doctrina ha manifestado que son "aquel conjunto de cosas afectadas al uso "directo" de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial, destinadas al uso público de los administrados y que no son susceptibles por tanto de apropiación privada" (6).

La jurisprudencia, en su tanto expresa que son "cosas públicas o de dominio público, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, las que están destinadas al uso público, como los caminos, los ríos, plazas y también las que se hallen dedicadas

---

(1) ARIAS RAMOS J; ARIAS BONNET J: *Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid, 1979, p. 93.

(2) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1973, p. 208.

(3) CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario de Derecho Usual*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, Tomo I, 1953, p. 115.

(4) IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*, Instituciones de Derecho Privado, Ediciones Ariel, Barcelona, 1965, p. 216.

(5) D'ORS, Alvaro: *Elementos de Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1975, p. 85.

(6) *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Tomo II, p. 238.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a un servicio general, reguladas en sus propios rasgos distintos de las privadas, por el Derecho Administrativo" (7).

Las cosas públicas se caracterizan (más adelante se hablará al respecto) también por su imprescriptibilidad ". . .pertenecen al Estado o a sus organismos, los que no pueden perderlas por prescripción negativa, ya que su posesión, aunque no se manifieste por hechos reales, debe estimarse que se produce por imperio de las mismas leyes que regulan su destino" (8).

Aquí no nos vamos a cuestionar el verdadero sentido de *bien* o *cosa,* ya que a veces se usa en la ley y en la doctrina una terminología diferente, no existen conceptos uniformes, por lo que debe emplearse a estos efectos, indistintamente.

Valga decir que por ". . .tratarse de un Derecho Real Administrativo, debe pertenecer a un ente público" (9). Este dominio de propiedad pública lo ha entendido la corriente doctrinaria como ". . .el Derecho de propiedad que el Estado tiene sobre determinados bienes en cuanto sometidos a su régimen jurídico exorbitante del civil" (10).

Sin embargo algunos consideran que "bajo esta denominación se comprenden unos tipos de bienes de propiedad de la Administración que se afectan a servir de soporte físico de una determinada función pública propia de la Administración propietaria, función pública que puede ser, o bien un uso público (calles, caminos, etc.) o bien un servicio público, estrictamente tal (ferrocarriles, escuelas, etc.) (11).

En el fondo, pues, son bienes que por pertenecer al Estado o a sus instituciones, tienen sus características propias. Queda claro, que hasta tanto esos bienes no sean desafectados, mediante los mecanismos que indica la ley, no pasarán a manos particulares.

3. Características:

Dentro de sus características tenemos que son: a) inalienables; b) imprescriptibles, y c) inembargables.

a) Inalienabilidad:

El art. 121 inc. 14 de nuestra Constitución Política, relativo a hidrocarburos, establece que no pueden ser desafectados, ni aún por ley pueden salir del dominio del Estado. "La inalienabilidad es un concepto jurídico y depende de la voluntad del legislador la inclusión en el dominio público o en el privado del Estado de ciertos y determinados bienes" (12). De lo anterior se puede dar un ejemplo, el art. 45 de la Ley de Planificación Urbana (No. 4240 de 15 de noviembre de 1968) establece que "los bienes de dominio privado municipal necesitan el visto bueno de la Contraloría General de la República y los bienes de dominio público municipal necesitan para el cambio la aprobación de la Asamblea Legislativa (13).

b) Imprescriptibilidad:

Nadie puede alegar usucapión sobre bienes públicos, el que lo haga puede cometer el delito de usurpación (art. 227 del Código Penal).

"La prescripción no es un medio jurídico para adquirir bienes públicos" (14). Sin embargo se ha sostenido que "el hecho de que la ley permita la usucapión respecto de la zona marítima terrestre implica automáticamente una desafectación indicativa de que tales bienes han dejado de pertenecer al

---

(7) 1976. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 1851 de las 9:50 hrs. del 5 de mayo.

(8) 1975. Tribunal Superior Civil, Alajuela, No. 1622 de las 8:22 hrs. del 15 de diciembre.

(9) GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo,* Instituto de Estudios Políticos, Vol. II, Tercera Edición, Madrid, 1966, p. 389.

(10) Ibídem, p. 406. Ver res. Tribunal Sup. Contencioso Administrativo No. 1851 de las 9:50 hrs. del 5 de mayo de 1976 y Sala de Casación, No. 28 de las 16:00 hrs. del 13 de mayo de 1977.

(11) GARCIA DE ENTERRIA, Edo. — FERNANDEZ TOMAS, Ramón: *Curso de Derecho Administrativo,* Vol. II, Editorial Civitas, Madrid, 1977, p. 134; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *Derecho Administrativo,* Sexta edición, Tomo III, La Ley S.A., Editora e Impresora, 1964, p. 339.

(12) Ibídem, p. 337.

(13) Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, art. 3; Reglamento de la Contratación Administrativa, art. 28.

(14) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: *op. cit.*, p. 145.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dominio público" (15). En todo caso, la regla sería que "cuando un bien demanial ha adquirido este carácter por disposición expresa de una ley, está fuera del comercio y no puede entrar en él mientras no se desafecte legalmente, por ello no cabe hablar de desafectación implícita, pues si el bien fue afectado, específicamente por una ley, su degradación ha de hacerse en esa misma forma" (16). Debemos entender que la usucapión es un modo de adquirir un derecho real, el dominio.

c) Inembargabilidad:

El Código Fiscal en su art. 729 establece que "los bienes raíces propiedad de la Nación no podrán ser enajenados, sino por disposición del Poder Legislativo, salvo lo dispuesto acerca de terrenos baldíos".

Asimismo la Ley sobre Inembargabilidad de los Bienes del Estado (No. 12 de 26 de setiembre de 1918) estipula en su art. 1 que: ". . .los bienes destinados directamente a los servicios públicos del Estado, de los Gobiernos locales y de las Juntas de Educación, no son susceptibles de embargo por sus particulares acreedores", en ese mismo sentido habla la Ley No. 70 de 9 de febrero de 1925.

Así las cosas, "los bienes que comprenden el dominio público no pueden embargarse" (17).

En resumen, lo que viene a significar es que "no pueden ser embargados, enajenados ni gravados de ninguna manera, si no es con autorización legislativa y con las formalidades establecidas al intento" (18).

De todas esas características, se derivan que "son bienes sujetos al uso y servicio público a que han sido destinados, destino inmutable, al amparo de la permanencia de la necesidad que satisfacen y del derecho de todos al uso reconocido, conforme a las leyes y reglamentos administrativos". (1982. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, No. 5579 de las 10:50 hrs. del 25 de mayo).

Hay que destacar, de lo supra expuesto que como característica general, "está su extracomercialidad de esas cosas públicas, en razón de su especial destino" (19).

En el régimen existen tipificaciones que tienen relación con los bienes públicos, al efecto se dice que "la apropiación indebida de bienes públicos efectuada por quien en razón de su función los tiene bajo su administración o custodia, configura el delito de peculado y no el de apropiación indebida" (20).

Desarrollando el tema, veremos poco a poco cada uno de los dominios del Estado.

En esa idea veremos el dominio hídrico.

DOMINIO HIDRICO(*)

Está regulado en la Ley de Aguas (No. 276 de 27 de agosto de 1942 y sus reformas) que en su art. 1 establece cuáles son las aguas de dominio público. El tema en cuestión, no sólo hay que tratarlo desde el punto de vista de las aguas terrestres sino también marítimas (art. 6 de la Constitución Política). La Ley de Aguas marcará la pauta a seguir en los casos en que los particulares, podrán aprovecharse de esas aguas públicas, por medio del organismo encargado (21).

El art. 6 del Código Político reza: "El Estado

---

(15) 1975. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 1662 de las 10:15 hrs. del 11 de diciembre.

(16) 1975. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 1519 de las 9:15 hrs. del 8 de agosto.

(17) BIELSA, Rafael: *Derecho Administrativo*, La Ley S.A., Editorial e Impresora, Sexta Edición, Tomo III, 1964, p. 479; Código Municipal art. 71; Res. Tribunal Superior Contencioso Administrativo No. 5203 de las 9:10 hrs. del 11 de noviembre de 1981.

(18) BRENES CORDOBA, Alberto: *Tratado de los bienes*, Editorial Juricentro S.A., 1981, p. 24.

(*) Ver "Notas sobre el Derecho del Mar" del Dr. Jorge Romero Pérez, en Revista Judicial, Costa Rica, año III, No. 10, p. 7. El autor hace un interesante estudio sobre su régimen jurídico tanto nacional como internacional.

(19) BIELSA, Rafael: *op. cit.*, supra nota 17, p. 479. En ese mismo sentido Sala de Casación No. 122 de las 16:15 hrs. del 16 de noviembre de 1965.

(20) Res. Tribunal Superior Primero Penal, No. 494 de las 10:50 hrs. del 20 de junio de 1973. Este mismo Tribunal expuso que "a pesar de ser cierto que el robo atenta contra la propiedad mediante una lesión a la posesión, también lo es que al crearse la jurisdicción especial de Hacienda para conocer de los delitos en que están de por medio los bienes públicos, su competencia alcanza a aquellos hurtos o robos en los cuales el agente pasivo es un empleado público que en razón de su trabajo disfruta de la tenencia temporal de los bienes que le sirven para el desempeño de sus labores", No. 906 de las 15:20 hrs. del 22 de octubre.

(21) Ley General de Agua Potable (No. 1634 de 18 de setiembre de 1953) arts. 1 y 12; Reglamento de la Contratación Administrativa, art. 28 inc. a); Ley de Aguas y sus reformas, art. 1 incs. I a X.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ejerce la soberanía completa y exclusiva. . . en sus aguas territoriales. . .".

Sin embargo la misma Constitución Política establece la excepción a la regla contenida en ese art. 6, pues en el 121 inc. 14 indica que los bienes ahí mencionados sólo podrán ser explotados por la Administración o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial (22).

Dentro del mar territorial, tenemos una regulación específica en la Constitución (art. 6) "con una extensión de 200 millas a partir de la línea baja, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas. . .".

En esencia, se nota, que "es al Derecho Administrativo al que le corresponde considerar la relación de las aguas con el interés social y la reglamentación que sus aprovechamientos se originan" (23). Siendo así y como la misma Ley de Aguas lo estipula, son los organismos administrativos, a los que les corresponde dar la autorización correspondiente.

En materia de conflictos sobre aguas corresponde a la jurisdicción civil la solución de los mismos siempre y cuando se susciten entre particulares (art. 205 de Ley de Aguas). Al efecto se ha establecido por jurisprudencia que "cualquier acción interdictal referente al aprovechamiento de las aguas, que ha sido acogida ilegalmente, dada la prohibición de la Ley de Aguas, permite que en juicio ordinario, es decir en vía declarativa se puede revisar la sentencia recaída en lo interdictal para dejarla sin efecto" (24), o en su defecto, "en todos los demás pronunciamientos del Servicio Nacional de Electricidad en uso de su capacidad de Derecho Público, son controlables en la vía contencioso administrativa, cuando están dentro de los supuestos de esa ley y la Ley de Aguas" (25).

Nuestra ley sigue el criterio de que el carácter de dominio público, resulta de la afectación permanente de una cosa a un servicio de utilidad general o al uso directo del público; "de modo que si la ribera de los mares ha estado, desde el coloniaje, destinada a servicios de utilidad general, como la pesca, la marina y las salinas, servicios de que todos pueden aprovecharse por ser público su uso, esa ribera es un bien público, por estar fuera del comercio de los hombres" (25 bis).

En el campo represivo (art. 226) se establece que "se impondrá prisión de un mes a dos años y de diez a cien días multa al que con propósito de lucro":

1) Desviare a su favor aguas públicas o privadas que no le corresponden o las tomare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho.

En este orden de ideas, el mismo cuerpo legal señala en cuanto a dominio público el delito de piratería (art. 256 inc. 1) violación que corresponde a los casos en que se explotare sin permiso las riquezas ictiológicas de la Nación dentro del mar territorial o en la plataforma continental o en ríos navegables. En este sentido la jurisprudencia ha sentado que "si los imputados estaban en aguas jurisdiccionales de Costa Rica probablemente en actividades pesqueras, ya que la pesca no se reduce simplemente a la extracción de los peces de la mar sino que también a su búsqueda, localización y procura de la oportunidad de pesca, que son actos previos a la extracción misma, deberá tenerse presuntamente cometido por ellos el delito de piratería" (26).

---

(22) Reglamento de la Ley de la Zona Marítima Terrestre, arts. 5 y 24; Código de Minería (No. 6797 de 4 de agosto de 1982); en igual sentido res. de la Sala de Casación de 10:50 hrs. de 6 de abril de 1948; Reglamento de la Contratación Administrativa, art. 28 inc. a).

(23) GARCIA OVIEDO, Carlos: *Derecho Administrativo*, Novena edición, Tomo III, España, 1968, p. 418.

(24) 1982. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, No. 213 de las 8:50 hrs. del 29 de abril.

(25) Casación No. 47, I sem. Tomo único, p. 589 de 1963.

(25 bis) Casación de 10 hrs. de 1 de agosto de 1946.

(26) 1979 Tribunal Superior Penal de Puntarenas. No. 21 de las 10:30 hrs. del 20 de febrero y No. 99 de 10:30 hrs. del 28 de mayo.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Dentro de este dominio, encontramos que existe una ley especial que regula lo concerniente a la *Zona Marítima Terrestre.*

ZONA MARITIMA TERRESTRE

Concepto:

Por Zona Marítima Terrestre debemos entender "aquella franja de doscientos metros de ancho a todo lo largo de los litorales Atlántico y Pacífico de la República, cualquiera que sea su naturaleza, medidos horizontalmente a partir de la línea de la pleamar ordinaria y de los terrenos y rocas que deje el mar en descubierto en la marea baja" (art. 9).

Dicha Zona comprende dos secciones:

a) Zona Pública
b) Zona Restringida

a) Zona Pública:

Es la faja de 50 metros de ancho a contar de la pleamar ordinaria y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja (art. 10 ibídem).

Salvo las excepciones establecidas por la ley, la Zona Pública no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso. Siguiendo esta misma idea "nadie podrá alegar derecho alguno sobre ella, estará dedicada al uso público y en especial al libre tránsito de las personas" (27).

b) Zona Restringida:

Está constituída por la franja de 150 metros restantes o por los demás terrenos en casos de islas (art. 10 ibídem). Sólo en esta podrán otorgarse concesiones por parte de las municipalidades de la respectiva jurisdicción.

En este caso, "la razón de afectación legal de las playas al uso público y, por consiguiente, su inclusión entre las dependencias del dominio público, es, como se comprende, la utilidad general para el comercio y la industria" (28).

En ese criterio los Tribunales han dicho "si el inmueble se localiza en la zona urbana de la ciudad, de manera que se ubica en una área que el propio Estado, por ley, desafectó (como zona de recreo y turismo) no lleva razón el representante del Estado al pretender que la titulante en esta información posesoria deja a favor del Estado dicha franja" (29). También han dicho que "si la parte de la superficie de las fincas está cubierta no por un río o manantial de agua dulce que ahora brota del interior de las propiedades, sino por un canal formado por la entrada de mar, cubierto en su mayor parte por árboles de mangle, entonces el título de propiedad que adquirió la sociedad de autos sobre esos terrenos no puede cubrir esa extensión pues las aguas saladas y los vasos que las contienen son de dominio público y no pueden ser reducidas a propiedad privada por estar fuera del comercio de los hombres" (30).

Existen varios pronunciamientos relativos a la Zona Marítima por parte de la Procuraduría Agraria y Ambiental de la República (31). Entre otros podemos destacar los siguientes:

Concesiones — En islas — Procedimiento.

Tratándose de una concesión sobre una parcela ubicada en una isla la misma debe ser otorgada por la Asamblea Legislativa, por lo que el Concejo Municipal no debe aprobar ningún traspaso que se haga al efecto. Pronunciamiento C—015—84 de 6 de enero de 1984 y C—062—84 de 8 de febrero de 1984.

---

(27) Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República en Revista de la Procuraduría No. 11, año VIII, Imprenta Nacional, 1979, p. 73.

(28) BIELSA, Rafael: *op. cit.*, supra nota 17, ps. 534—535.

(29) Tribunal Superior Contencioso Administrativo, No. 1638 de las 16:20 hrs. de 21 de noviembre de 1975.

(30) Sala de Casación, No. 121 de las 16:00 hrs. del 14 de noviembre de 1979.

(31) Sobre la explotación de depósito de arena y otros materiales que se acumulen en los cauces, playas y vasos de dominio público. Revista de la Procuraduría General de la República, No. 10, año VII, Imprenta Nacional, 1975, p. 26. Sobre la concesión de permisos mineros en playas turísticas. Revista de la Procuraduría General de la República, No. 10, año VII, Imprenta Nacional, 1975, p. 73. Sobre el análisis de la Zona Marítima Terrestre. Revista de la Procuraduría General de la República, No. 11, año VIII, Imprenta Nacional, 1979, p. 77. Sobre un contrato de arrendamiento celebrado entre el ITCO y una sociedad anónima de un lote situado en la Zona Marítima Terrestre. Revista de la Procuraduría General de la República, No. 12, año VIII, Imprenta Nacional, 1979, p. 113. Sobre la demarcación de la Zona Marítima Terrestre. Revista de la Procuraduría General de la República, No. 12, año VIII, Imprenta Nacional, 1979, p. 117. Sobre la propiedad, usufructo y administración de los terrenos situados dentro de la Zona Marítima Terrestre. Revista de la Procuraduría General de la República, No. 13, año IX, Imprenta Nacional, 1980, p. 92. Sobre la construcción y remodelación de inmuebles en la Zona Marítima Terrestre. Revista de la Procuraduría General de la Repúblca, No. 14, año X, Imprenta Nacional, 1981, p. 72.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Concesiones — Traspasos, gravámenes — Requisitos.

Para que una persona, pueda ceder, comprometer, traspasar o gravar total o parcialmente una concesión o los derechos derivados de ella, tiene la obligación de solicitar el respectivo permiso a la Municipalidad y al Instituto Costarricense de Turismo. Pronunciamiento C—062—84 de 8 de febrero de 1984.

Zona Pública — Invasión — Demolición.

Si han invadido la Zona Pública, sin tener arrendamiento o derecho alguno al respecto, el Concejo Municipal es el que debe proceder al desalojo de los infractores y a la destrucción o demolición de las construcciones si las hubiere, sin responsabilidad alguna para la autoridad o la Municipalidad, ya que la Zona Pública no puede ser objeto de ocupación, pues está dedicada al uso público y en especial al libre tránsito de las personas. Pronunciamiento No. 022—PAA—84 de 13 de marzo de 1984.

DOMINIO MINERO

En la época clásica las minas existentes en un fundo pertenecen al propietario del mismo. En la época romano-helénica se admite, de modo contrario, que el propietario viene obligado a consentir las excavaciones de extraños, pagando a éste una décima parte del producto obtenido y otra décima parte al Estado (32).

Nuestro recieñte Código de Minería (Ley No. 6797 de 4 de octubre de 1982) art. 1 párr. 1, indica que: *"El Estado tiene el dominio absoluto, inalienable e imprescriptible de todos los recursos minerales que existen en el territorio nacional y en su mar patrimonial, cualquiera que sea el origen, estado físico o naturaleza de las sustancias que contengan"*

Por su parte el art. 276 del Código Civil expresa:

"La propiedad de las aguas y de las minas y los derechos que con ellas se relacionan, sólo se regirán por las leyes comunes en cuanto éstas no se opongan a las leyes especiales sobre aguas y minas".

Quiere decir con ello que las normas del Código Civil no se aplican a las mismas, sino supletoriamente a falta de ley especial, en este caso Constitución Política art. 121 inc. 14 párrafo b) y el Código de Minería.

En su condición de cosas públicas pertenecen al Estado y por ende fuera del comercio de los hombres, sólo mediante los mecanismos administrativos que al efecto estatuye el Código de Minería referente a las concesiones (arts. 3 y 4); a contrario sensu, el que viole tales procedimientos será penado de conformidad con el art. 227 inc. 3 del Código Penal. En caso de que surja conflicto, será competente el Juez de lo Contencioso y Civil de Hacienda (art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 90 párr. 2 del Código de Minería).

DOMINIO AEREO

Nuestra Constitución no establece hasta dónde llega ese "dominio" ni la propia Ley General de Aviación Civil (No. 5150 de 14 de mayo de 1973 reformada por leyes Nos. 5437 de 17 de diciembre de 1973 y 6021 de 15 de diciembre de 1976), pues la Carta Magna sólo se limita a decir que "El Estado tiene la soberanía de su espacio aéreo. . .".

Sobre ese espacio aéreo no se ha legislado al respecto. La doctrina sin embargo dice que "el supersuelo o espacio aéreo, jurídicamente no es cosa" (33). Se puede establecer que ese "dominio" no rinde ninguna utilidad para el Estado; habría que estarse a lo dicho por los Tratados Internacionales.

---

(32) IGLESIAS, Juan: *op. cit.*, p. 245.

(33) BIONDI, Biondo: *Los Bienes*, Casa Editorial Bosch, 1961, ps. 111—112.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DOMINIO TERRESTRE (calles y caminos)

Son bienes públicos, pues de conformidad con el Código Civil (art. 254) son bienes inmuebles por naturaleza. De ello se deriva consecuentemente la Ley General de Caminos Públicos (No. 5060 de 22 de agosto de 1972 y sus reformas); Ley de Tránsito (art. 3 párr. p) No. 5930 de 13 de setiembre de 1976).

Asimismo la jurisprudencia al respecto menciona que "son cosas públicas no solamente las que por ley están destinadas de un todo permanente a cualquier servicio de utilidad general, sino también aquellas de que todos puedan aprovecharse por estar entregadas al uso público, por lo que bien ha podido establecerse en la Ley General de Caminos Públicos del 28 de febrero de 1955 que son propiedad del Estado todos los terrenos ocupados por carreteras existentes o que se construyan en el futuro, y que de igual propiedad serán los caminos vecinales, definidos estos para los efectos de esa ley, como "los de tierra" (34). Siendo ello así, "los caminos públicos pertenecen al régimen de dominio público del Estado y por ello están fuera del comercio" (35).

Para no excluir de este dominio a los Ferrocarriles, hablaremos superficialmente acerca de su significación y regulación.

La Ley de Ferrocarriles (No. 5066 de 30 de agosto de 1972) da el siguiente concepto:

> *Art. 7: "Para los efectos de la presente ley se entiende por ferrocarril la vía, el material fijo y rodante, los ramales o extensiones, los apartaderos, las terminales, las estaciones intermedias y todas aquellas edificaciones, instalaciones, muelles y otras anexidades que de manera directa o indirecta formen parte de su misma explotación".*

Nuestra Constitución (art. 121 inc. 14), Ley de Ferrocarriles (art. 4) y Reglamento de la Contratación Administrativa (art. 28 párr. 2) aluden a que los mismos, no podrán ser gravados, enajenados ni arrendados, directa o indirectamente ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.

En esta materia, la obligación que establece el art. 41 de la Ley de Ferrocarriles, de vigilar la explotación correcta, eficiente y segura de los servicios de las empresas ferroviarias, "no puede entenderse como obligación del Estado de responder civilmente por todos los hechos culposos que se produzcan en esos ferrocarriles o en esas empresas, pues se refieren a una función de vigilancia en términos generales, pero se mantiene siempre a cargo de las mencionadas empresas la responsabilidad exclusiva por los hechos culposos" (36).

Partiendo de esos principios que rigen la materia, debemos entender que los ferrocarriles son en sí mismos bienes públicos, es decir, "están referidos a una unidad constituida por diversos elementos separados en tanto no formen parte de la explotación" (37).

***

---

(34) Casación No. 101, II sem., I tomo, p. 403 de 1961.

(35) Casación No. 118 de 1972.

(36) Sala Primera de la Corte, No. 5 de las 14:30 hrs. del 25 de enero de 1983.

(37) 1982. Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, No. 26 de las 8:05 hrs. del 18 de marzo.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD*

Dr. Víctor Pérez Vargas

SUMARIO

Pág.

I. Presentación. 128

II. Concepto. Etimología 128

III. La patria potestad como conjunto de potestades 128

IV. El contenido de la patria potestad y la llamada "guarda, crianza y educación". 129

V. Observaciones críticas conclusivas. 131

* Conferencia desarrollada en el *"Seminario de Análisis Crítico del Código de Familia"*, organizado por la Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y por el Colegio de Abogados. 21 al 24 de noviembre de 1983, San José. En ella se sistematizan y reiteran algunos conceptos expresados en otras publicaciones del autor.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. Presentación.

Me corresponde hacer referencia a las consecuencias jurídicas que emanan de los diversos supuestos que genera el vínculo de filiación (matrimonio, maternidad, reconocimiento, investigación de paternidad, adopción) y que se han resumido en la expresión patria potestad, junto a la cual se dan otros efectos (por ejemplo de orden sucesorio, o casos de falta de legitimación activa por parentesco para ciertos negocios).

Por razones de tiempo limitaremos la exposición al tema de la patria potestad.

II. Concepto. Etimología.

Comencemos por aclarar el sentido de la expresión:

Algunas codificaciones recientes han sustituido total o parcialmente la expresión "patria potestad" por la de "autoridad parental", considerando que "patria" es un adjetivo latino que significa "del padre". Para otros, la cuestión terminológica carece de importancia. El profesor Pino, de la Universidad de Roma, por ejemplo, afirma que "patria" puede también tener el sentido de "parental" y en la práctica nunca se ha visto obstáculo por este motivo para que la madre sea copartícipe de esta situación jurídica, no es un problema de denominación.

III. La patria potestad como conjunto de potestades.

Dentro de la teoría de las situaciones jurídicas se incluyen diversas formas de efectos jurídicos: derechos subjetivos (absolutos y relativos), obligaciones, poderes, deberes, potestades, cargas, intereses legítimos, expectativas y meras facultades. Así como el derecho de propiedad, en su forma tradicional, ha sido considerado más bien como un haz de derechos (construir, destruir, transformar, enajenar, arrendar, disfrutar, etc.) también la patria potestad debe verse como un conjunto de situaciones jurídicas, no ya derechos sino "potestades". Lo expuesto nos lleva a una primera conceptualización: La patria potestad es realmente "un conjunto de potestades". (Cuidar, alimentar, educar, administrar, responder civilmente, etc.).

La potestad, dentro de la teoría de las situaciones jurídicas, se puede considerar como una forma de eficacia mixta, en la que se dan valoraciones de posibilidad y de necesidad al mismo tiempo. Al igual que la potestad tributaria, por ejemplo, que se puede ejercitar por parte del Estado, pero que, al mismo tiempo debe ejercitarse por los funcionarios competentes, la patria potestad implica esta dualidad: se trata de conductas que se pueden realizar, pero que al mismo tiempo se deben realizar. Los padres pueden cuidar y educar a sus hijos, pero al mismo tiempo, deben hacerlo.

El aspecto de posibilidad resulta claro en todos aquellos casos en que se pretende impedir sin justificación que alguno de los progenitores ejercite sus atributos. Por ejemplo, cuando se trata de obstaculizar que alguno de los padres eduque a su hijo, éste puede obtener la eliminación del obstáculo. Otro ejemplo: en general se afirma el derecho de todo progenitor de ver a sus hijos; si tal derecho es obstaculizado, ese progenitor puede obtener judicialmente la posibilidad de ejercitar este poder, mediante lo que en nuestro medio, con expresión poco feliz, se ha denominado "derecho de visita". Poco feliz, pues no se trata realmente de un derecho y tampoco se trata de visitas carentes de ejercicio de los atributos dichos, sino que precisamente se trata de tiempo de ejercicio efectivo de éstos: el padre o la madre, durante los mal llamados días de visita debe proteger al menor, velar por su integridad física y psíquica actual (guarda) y futura (educación) e igualmente satisfacer los requerimientos vitales (crianza). Las más recientes tendencias legislativas, doctrinales y jurisprudenciales así lo han establecido.

El carácter "debido" de la patria potestad también tiene múltiples reflejos prácticos. El incumplimiento de los deberes de cuidar y educar al menor puede ser sancionado con modificaciones de la autoridad parental en los casos legalmente previstos. Ello, porque, en cuanto potestad, o conjunto de potestades, debe ser ejercitada en función de un valor prioritario, que en este caso es el "interés del menor".

Evolución.

Dentro del sistema jurídico latinoamericano la institución tiene claros orígenes en el Derecho Romano, donde evolucionó desde un poder despótico sobre los hijos (que comprendía incluso el derecho de venderlos, de abandonarlos y el derecho sobre su vida), hasta pasar a convertirse en una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella.

Modernamente el menor ha sido colocado como sujeto preferente de Derecho, lo que implica que en caso de conflicto debe prevalecer su interés

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sobre cualquier otro. La patria potestad ha dejado de ser un derecho de los padres, para convertirse en un instrumento de satisfacción de los intereses de los hijos.

En Costa Rica se considera la patria potestad como una situación jurídica mixta, que comprende valoraciones jurídicas de posibilidad y de necesidad en función del interés del menor. Debe recordarse que en esta materia, adelantándose en muchos aspectos a la Ley, la Jurisprudencia nacional había ya establecido una serie de principios que desarrollaban estas ideas. El interés prioritario del menor ha llevado inclusive a derogar los principios de la cosa juzgada: todo lo que el Tribunal resuelva sobre patria potestad, no alcanza la condición de cosa juzgada, en consecuencia, carece del Recurso de Casación. En el Derecho de Familia cambia este precepto procesal y tiene prelación la conveniencia de los menores. El Juez puede cambiar lo resuelto cuando las circunstancias así, lo aconsejen o demanden.

IV. El contenido de la patria potestad y la llamada "guarda, crianza y educación".

El contenido de la autoridad parental puede ser analizado desde tres ángulos visuales interrelacionados: poderes y deberes con relación a la persona del menor, poderes y deberes con relación a los bienes del menor y facultades de representación. El primer grupo de situaciones jurídicas se refiere al respeto y consideración que el padre y la madre deben a la persona del menor (así como éste debe respeto y consideración a sus padres), al cuidado del menor, a la atención de sus necesidades fundamentales y a su preparación para el porvenir (educación). Ejemplo del segundo grupo es la existencia de facultades de administración, pero no de disposición, salvo mediante autorización judicial en caso de "necesidad" o "provecho evidente" para el menor. Las facultades de representación tienen los caracteres de "legales" (y no meramente voluntarias) y "necesarias" (en cuanto irrenunciables y vitales para el menor). Ellas se agregan a los otros poderes-deberes de la autoridad parental para su mejor realización, por lo que tienen carácter instrumental.

En lo que se refiere a la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, el Código de Familia establece la tendencial equiparación de los cónyuges, con una excepción de aplicación provisional, que es un legado de la antigua concepción autoritaria de la familia. El padre y la madre ejercen —dice el art. 138— con iguales derechos y deberes la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto predominará lo que decida el padre, mientras el Tribunal no resuelva cosa distinta en procedimiento sumario, tomando en cuenta el interés del menor.

En tema de filiación extramatrimonial la regla es que la patria potestad la ejerce la madre, pero que el tribunal puede en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre.

Ha sido tradicional en algunos sistemas realizar una bipartición entre patria potestad y "guarda, crianza y educación", como si se tratara de una distinción entre nuda propiedad y usufructo. La verdad es que en la práctica poco se ha profundizado en el tema y se ha usado la expresión "guarda, crianza y educación" como sinónimo de tenencia estable del menor (en contraposición a la tenencia periódica que podría tener el otro progenitor). Pero debe entenderse bien que los deberes de cuidar al menor, (guarda) proporcionarle el alimento y los estímulos físicos (crianza) para su adecuado desarrollo y prepararle para la vida (educación), son poderes-deberes que no cesan para el cónyuge al que no se le otorga la "guarda, crianza y educación", lo que revela que tal cónyuge realmente mantiene esos atributos, de modo general y en especial cuando tiene a su lado al menor. La mejor prueba de ello es que el incumplimiento de estos deberes puede acarrear al progenitor consecuencias, tales como la suspensión de la patria potestad.

La verdad es que guarda, crianza y educación constituyen el contenido esencial e inseparable de la patria potestad. En expresión del profesor Hinestrosa *"El calor y aliento de los progenitores proyectado sobre la propia descendencia y la necesidad que ésta tiene de ellos es un valor insuprimible".*

Si realmente se atribuyera la guarda, crianza y educación a uno sólo de los progenitores, la patria potestad resultaría casi hueca. Si los progenitores no tienen el deber y el poder de cuidar a sus hijos cuando los tienen consigo, si no deben velar por su crianza y si no deben ni pueden proporcionarles los estímulos necesarios para contribuir en la educación, con ello se les estaría negando el efectivo ejercicio de su misión de progenitores.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Tradicionalmente, bajo la influencia de la vieja legislación se ha venido atribuyendo la guarda, crianza y educación a uno sólo de los cónyuges en casos de separación, divorcio o anulación del matrimonio. Es evidentemente cierto que el menor no puede convivir con ambos *al mismo tiempo,* pero ello no es inconveniente para que se otorguen estos atributos fundamentales en forma estable a uno y en forma general al otro y especial cuando tenga periódicamente bajo su cuidado al menor. Esta solución se encuentra avalada por recientes tendencias (de los últimos diez años) en los planos legislativos, doctrinal y jurisprudencial.

El tiempo que comparte cada uno de los progenitores separados con el menor es tiempo en que estos deben velar por él. Admitir lo contrario sería decir que los progenitores, o uno de ellos, no son guardadores en tales momentos y en consecuencia no deben velar por la integridad del menor, ni tener todos los cuidados que éste requiere, lo cual es absurdo, como igualmente absurdo sería decir que el padre al que no se le ha otorgado la llamada "guarda" no es responsable por los daños causados por sus hijos.

Si bien en diversa proporción de tiempo, la crianza puede mantenerse compartida en tales supuestos. Los mal llamados días de visita son días en que el progenitor que tenga a su cuidado el menor, debe velar por su alimentación y bienestar físico y psíquico (crianza).

Negar el poder-deber de guarda y crianza de ambos progenitores en estos casos sería desproteger al menor, exonerando sin justificación a uno de los progenitores del deber de velar por él.

Lo mismo vale para la educación, el atributo fundamental de la patria potestad conforme al cual los dos progenitores, en plano de igualdad constitucional, deben procurar el más adecuado desarrollo integral del menor, debe ser compartido, siempre que sea posible hacer una sana distribución del tiempo asignado a cada uno de los progenitores.

Es de naturaleza que ambos padres tengan el derecho de educar a sus hijos y es igualmente natural que los hijos tengan el derecho a ser educados por sus padres. Eliminar este atributo de la patria potestad, sin mayor justificación, es ir contra la naturaleza. Castán sostiene que el derecho de los padres de educar a sus hijos es de derecho natural. "Básase al igual que la patria potestad en la misma naturaleza, que atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean. Pero este deber es al mismo tiempo un derecho".

Negar estos atributos fundamentales de la autoridad parental es reducir la paternidad y las consecuencias de la filiación a lo biológico y a lo formal. Negar esto es quitarle a la autoridad parental sus manifestaciones más efectivas y relevantes en interés del menor, precisamente el derecho del menor a recibir aliento, estímulo y alimento espiritual de sus padres.

En este sentido considero errada la trayectoría jurisprudencial que exime a uno de los progenitores (en caso de separación, divorcio o anulación) de los deberes de guarda, crianza y educación. Se trata de deberes que, como lo ha advertido la más reciente evolución de la materia pueden y deben compartirse y esto es lo más beneficioso para el menor. Si se quitan de la autoridad parental los atributos funcionales directos de guarda, crianza y educación, lo único que queda es un poder formal, el poder de representación, de administración de bienes, de dar o no el asentimiento para el matrimonio del menor y de vender bienes bajo diligencias de utilidad y necesidad.

Como resulta claro, con base en el análisis de las necesidades de la etapa llamada evolutiva, no son precisamente estos últimos los atributos de la patria potestad, tutelados en beneficio directo del menor. Como ha dicho algún autor: *"Un menor puede subsistir sin representación, pero no sin el alimento físico y espiritual".*

Salvo motivos graves, no hay justificación alguna para que se recorten y repartan los atributos de la autoridad parental.

Ya algunos Ordenamientos han incorporado expresamente la posibilidad de que guarda, crianza y educación se mantengan compartidos, por supuesto con una adecuada regulación de las relaciones, en particular en cuanto al tiempo de tenencia del menor. La nueva Ley Colombiana de 19 de enero de 1976, permite que en caso de divorcio o separación el Juez pueda poner al o los hijos al cuidado de uno de los cónyuges *o de uno y otro,* según lo crea más conveniente para su protección.

Del mismo modo, la doctrina más reciente ha expresado (PINO, 1977): *"La escisión entre titularidad y ejercicio no es una consecuencia necesaria de la cesación de la convivencia de los cónyuges. En efecto, el ejercicio* **puede corresponder en común a ambos** *después de la separación".*

Las conclusiones anteriores tienen fundamento en la moderna psicología evolutiva del menor.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El profesor Emilio Mira y López, en su obra Psicología Evolutiva del Niño y del Adolescente, afirma:

> *"Para evitar desequilibrios afectivos el mejor medio consiste en alternar o integrar (distribuir o aglutinar) la responsabilidad educativa entre los miembros de la familia que tenga aptitud para ejercerla".*

El menor puede recibir mejor atención a sus necesidades si el padre y la madre (ambos) velan por su bienestar físico y espiritual actual (guarda y crianza) y también por su bienestar físico y espiritual futuro (educación), aunque sea en diversa proporción de tiempo según las necesidades propias de cada edad. Este es un principio que no debe depender de eventuales culpabilidades de los progenitores. Se trata de un derecho autónomo del menor, algo tan de sentido común como el derecho del menor a que sus dos padres le cuiden y eduquen *conjuntamente* (en los casos de convivencia de los progenitores) *o complementariamente* (en caso de separación), principio que se encuentra positivizado en las más importantes Declaraciones de Derechos del Niño e inclusive en nuestra Ley General de Salud que expresa: *"Todo niño tiene derecho a que sus padres velen por su salud y por su desarrollo físico y psicológico normal".*

Es preciso por lo expuesto pasar a una visión que encuadre al menor en su auténtica dimensión de persona. En expresión de Stanzione (1981) finalidad primaria debe ser la de "asegurar el pleno desarrollo de la personalidad del menor. Tal visión exige el abandono de la expresión derecho de visita".

Haya separación o convivencia entre los progenitores, *ambos* pueden y deben, en interés del menor (en forma complementaria o conjunta), salvo motivos gravísimos, cuidar y educar a los hijos, porque ello responde a necesidades vitales de los menores de recibir protección, cariño, atención, alimentación física y espiritual, tiempo compartido, guía, formación e información de sus *dos* progenitores, precisamente porque *las figuras paterna y materna cumplen funciones complementarias* dirigidas a propiciar el adecuado desarrollo integral del menor y su adecuada integración social.

La jurisprudencia nacional más reciente ha admitido estas ideas y ha sostenido que la autoridad parental confiere los derechos de educar, guardar, vigilar y en forma moderada corregir al hijo. Se trata de atributos que son derivación de la patria potestad. Se ha afirmado que el ejercicio conjunto de los mencionados atributos, en caso de separación, es posible y no es sólo consecuencia de la regulación de las relaciones personales, sino también de la patria potestad. Con este fallo se supera en nuestro Ordenamiento la concepción tradicional del mal llamado "derecho de visita" y se atiende a las necesidades, exigencias, requerimientos e intereses reales de los menores. (Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, No. 707 de 1983).

V. Observaciones críticas conclusivas.

Si observamos el proceso de evolución del Derecho de Familia, fácilmente podremos percatarnos de que Costa Rica, en muchas instituciones, se adelantó a veces hasta cien años a legislaciones de países desarrollados, inclusive a las cunas de nuestro Derecho Privado (principales países europeos). En materia de filiación y paternidad es notable la evolución en particular en los últimos 35 años y podemos, con certeza, afirmar, que nuestro país, en muchos aspectos se encuentra a la cabeza del movimiento mundial de reforma del Derecho de Familia. Durante veinticinco años nuestros jueces se encargaron de ir dando contenido real a los principios constitucionales a pesar de las lagunas positivas y hoy, gracias en gran parte a esta elaboración jurisprudencial, tenemos uno de los Códigos más modernos del mundo.

Sin embargo podemos observar algunas imprecisiones positivas que eventualmente pueden obstaculizar la realización de los nuevos principios.

Con relación al contenido de la patria potestad hay diversos textos legales que requieren de una revisión; me limito a citar algunos ejemplos:

Por un lado, el artículo 4 habla de igualdad de derechos y obligaciones. Hay aquí una imperfección técnica, debió hablarse de igualdad de situaciones jurídicas pues los derechos y las obligaciones son solamente dos formas de situaciones jurídicas, pero hay otras frente a las cuales se presenta la misma exigencia de igualdad. Las valoraciones jurídicas no se agotan en los derechos y las obligaciones.

Con relación a las obligaciones de sostenimiento del hogar se establece que el marido es el principal obligado, pero que también la mujer con recursos propios está obligada solidariamente. La imperfección o contradicción en este artículo es clara: o uno es principal y el otro es subsidiario, o

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no hay ninguno principal y hay solidaridad. En la Ley anterior, el deber de la esposa era subsidiario; si ahora se habla de igualdad y solidaridad no podemos colocar a uno de los cónyuges como principal obligado. (art. 35).

El artículo 127 establece que en caso de opuesto interés entre padres e hijos éstos serán representados por un curador especial. La hipótesis del curador especial debería referirse también al caso de conflicto de intereses entre personas sujetas a una misma representación.

El artículo 138 ya citado establece que en caso de conflicto prevalece lo que diga el padre, mientras el tribunal no resuelva cosa diversa. Esta norma es contraria a la realidad, la verdad es que, en la práctica prevalece la opinión de quien logre imponerla persuasivamente o de otra forma, mientras no haya intervención judicial. En todo caso puede considerarse como un resto de la concepción jerárquica de la familia.

Según el artículo 149 cuando quien tenga la patria potestad esté incapacitado para determinado negocio se nombra al menor un representante legal. Aquí está mal usada la expresión "incapacidad"; se trata, más bien, de casos de falta de legitimación activa y de incompatibilidad. La capacidad de actuar se tiene o no se tiene; no admite excepciones por ser potencial y genérica.

El artículo 151 prescribe las necesidades que debe cubrir la prestación alimentaria. Quedan por fuera necesidades importantes para el menor, en particular, las recreativas.

Los anteriores son solamente algunos ejemplos de que todavía queda trecho por andar. Estas observaciones y muchas otras fueron incorporadas en el Proyecto de Ley de Reformas al Código de Familia, elaborado por el Comité Jurídico del Año Internacional del Niño y presentadas oportunamente a la Asamblea Legislativa. Lamentablemente en aquellos momentos el debate político legislativo daba más importancia a escándalos periodísticos que a los intereses de los menores. Este proyecto, que también incorporaba un nuevo capítulo al Código de Familia para regular el matrimonio de hecho, quedó en definitiva sin aprobarse.

Dichosamente, la Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica ha reabierto el debate, un debate de enorme importancia para quienes nos ocupamos jurídicamente de la familia.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

MARCA INDELEBLE EN EL ROSTRO Y DESFIGURACION NOTABLE DE LA CARA*

Dr. Miguel Angel Arguedas Piedra

TESTIMONIO DE AGRADECIMIENTO

Quiero expresar por este medio, mis mejores sentimientos de gratitud a la señorita Patricia Huertas Arias; por su paciente, generoso y bien realizado trabajo de mecanografía.

Mi agradecimiento también para el doctor Wágner Rodríguez Camacho, por la gran cantidad de literatura médica, relacionada con el tema; que tuvo a bien facilitarme y que me fue de gran utilidad.

Para estos dos compañeros de la Clínica Médico Forense, mi respeto, mi estimación y perenne aprecio.

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como propósito fundamental servir como tesis de grado, y así al finalizar mis estudios de posgrado en la especialidad; poder ocupar un lugar al lado de otros que han tenido la prez y gloria de albergar los intelectos del Dr. Alfonso Acosta Guzmán, del Dr. Leonidas Poveda Estrada, del Dr. Rudolph J. Muelling, del Dr. Eduardo Vargas Alvarado y todo el grupo de médicos especialistas del Departamento de Medicina Legal y los que ocuparán mis muy estimados compañeros de graduación: Dr. Eduardo Méndez González, Dr. Ernesto Rojas Solano y el Dr. Fernando Garzona Messeguer.

Espero obtener ese honor, sólo y únicamente por la amabilidad con la que ha tratado a mi persona la magnanimidad de este Cuerpo Colegiado, que es honra en el firmamento médico-legal de este país.

Quiero expresar mi perenne agradecimiento a quienes colaboraron en mucho, con sus enseñanzas en mi formación médico forense, como es el caso de todos los médicos anteriormente citados y agregar además a los Drs. Jorge Echeverría Murray, Hugo Segnini Sabat y el Dr. Guillermo Jiménez López, de la sección de Psiquiatría Forense.

El tema que me propongo tratar es: Marca

* ***Tesis de grado para aspirar al título de Especialista en Medicina Legal.***

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

indeleble en el rostro y la desfiguración del rostro, su importancia médico-legal y los problemas cotidianos que su peritaje, le presentan al médico forense.

También es mi intención hacer una breve revisión de las diferentes áreas que pueden ser afectadas, sus secuelas, los eventos fisiológicos que ocurren en la cicatrización y además establecer algunos elementos de juicio, a los que se pueda echar mano al valorar casos poco definidos o difíciles.

Trataré de abordar el tema en una forma sencilla, austera y directa.

No pretendo agotar el tema, y deseo únicamente aportar un microscópico grano de arena.

Pido de antemano disculpas por los defectos, inevitables en toda obra humana; espero que la presente tesis sea de alguna utilidad.

MARCA INDELEBLE EN EL ROSTRO Y DESFIGURACION NOTABLE DE LA CARA

No cabe duda de la importancia que tiene el rostro, para todas las personas; y podríamos afirmar que, nuestro rostro es lo que nos resulta más propio de todas las cosas concebibles, lo que menos se opone a nosotros, lo que nos es menos ajeno, y, por ende menos antagónico.

Si aceptamos la anterior proposición, debemos considerar, pues, la importancia filosófica y biológica que conlleva esta noción de rostro y la unidad que forman este y la mente.

La cara humana es el centro de las funciones vitales de hablar, comer, oler, gustar, la visión y la audición; es también la parte más llamativa de la anatomía visible. Las expresiones faciales dan al hombre un lenguaje internacional amplio no hablado que trasmite ideas y emociones a sus vecinos. Por supuesto, el aspecto de la cara es el elemento más importante en el sentido individual de identificación o imagen corporal. La cara nos permite conocernos unos a otros y con frecuencia intentamos juzgar las intenciones y el carácter de otros viéndoles su cara. Por consiguiente, las lesiones deformantes en esta área crean tensiones agudas y complejos en la vida del paciente.

Conviene anotar algunas frases, que aunque no tienen validez científica; sí son ilustrativas de esta concepción de rostro y mente: "...En un rostro feo, no puede sino ocultarse un alma fea también". "Si en un grupo de acusados no halláis a quien inculpar y castigar, decidíos por el más feo".

Existe una forma de alienación por el rostro mismo y su ejemplo más claro es el de Narciso, arrebatado a la vida por contemplarse, como si todo comenzara y terminara en la perfección de sus rasgos.

También tiene cierto significado, el hecho de que en algunas enfermedades mentales sucedan fenómenos de despersonalización, en los cuales el enfermo no reconoce como suyo el rostro. En lesiones muy severas, las secuelas pueden ser tan importantes; que la propia cara puede parecerle a la víctima desconocida y extraña.

En la literatura, el fenómeno de extrañeza de la propia cara aparece en el Mr. Hyde, de Stevenson. El Dr. Jekyll ve cómo se transforma su cara y se horroriza. El Dr. Jekyll, símbolo de alienación en el placer, no reconoce como suyos ni el rostro ni los actos abominables de Mr. Hyde. El no es él. Desde el punto de vista histórico, la importancia de las lesiones cefálicas en los primeros tiempos se documentó aún más por el énfasis puesto en manuscritos médicos y quirúrgicos.

El papiro de Breasted dedicó una sección a las heridas de la cabeza. Hipócrates también tuvo un libro de lesiones de la cabeza.

En los manuscritos romanos y bizantinos, se da un lugar importante a la discusión de estas heridas. En la Edad Media la medicina y la cirugía estuvo en manos de los árabes, quienes dieron un importante aporte sobre todo en el tratamiento de las lesiones oculares.

En los siglos posteriores, a medida que la guerra empleó armas de alta velocidad que podían herir mortalmente a un individuo con una lesión en el tórax o el abdomen, la cabeza no fue ya blanco principal del soldado.

El antecedente moderno del tratamiento de las fracturas faciales se remonta a la primera guerra mundial, cuando una elevada frecuencia de lesiones en la cara requirieron el desarrollo de princi-

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

pios básicos del tratamiento quirúrgico. Varazted Kazanjian, Vilray Blair y John Staige Davis fueron los pioneros durante esa era.

La sociedad moderna ha llegado a conceder una importancia extraordinaria a la cara, y en la actualidad los métodos quirúrgicos de tratamiento reconstructivo en el rostro han llegado a un alto grado de avance tecnológico.

En nuestra legislación encontramos establecida la importancia que tienen las lesiones y heridas en la cara. Al revisar el Código de Trabajo, el numeral 32 del inciso a) del artículo 217 expresa que la desfiguración notable de la cara produce un cincuenta por ciento de incapacidad parcial permanente y el Código Penal tipifica como una lesión grave la marca indeleble en el rostro.

Es de importancia dejar establecida la definición de algunos conceptos. Como son: **Marca:** cuya primera acepción del diccionario es la de señal que se pone a una cosa para reconocerla. Marca hecha a una res con un hierro candente, pero la que nos interesa es la novena acepción donde se consigna como galicismo por cicatriz.

Indeleble: cuyo significado es que no se puede quitar o borrar.

Rostro: que se usa como sinónimo de cara, semblante: un rostro alegre. También se puede llamar rostro al pico de ave y por extensión cosa en punta parecida a él como el espolón antiguo de la nave. En forma figurativa y familiar tener rostro significa ser atrevido. Pero lo que nos interesa es una definición de rostro desde el punto de vista médico-legal, con sus límites anatómicos y topográficos. Tradicionalmente hemos aceptado que el rostro se delimita superiormente por la línea de implantación normal del cabello. Esta línea de implantación varía entre una persona y otra, lo mismo que entre hombres y mujeres. Los límites laterales incluyen ambos pabellones auriculares.

Donde siempre se ha presentado discusión es en el límite inferior; estableciéndose la parte superior del cuello, pero en opinión de algunos médicos del departamento se debería de considerar el límite inferior en la fosa supraesternal y aún en el escote de los vestidos de acuerdo a la moda. Creo que un límite adecuado sería una línea imaginaria que siguiendo una dirección transversal al eje mayor del cuerpo pase por el borde superior de los dos lóbulos superiores de la glándula tiroides normal.

Visible: quiere decir perceptible con la vista y en forma figurativa evidente o manifiesto. Para la cicatriz en el rostro entendemos como visible la que es perceptible con la vista a la distancia de una conversación que se establece en cincuenta centímetros.

Deformante significa que produce deformidad que es la alteración persistente de la forma en las posiciones. Por lo tanto la deformidad producida se debe explorar en relación con la mímica de la cara, en una forma cinética y no como si la cara fuera una máscara.

Etiología:

Desde el punto de vista etiológico las heridas en la cara se presentan como consecuencia de accidentes de tránsito, causa bastante frecuente en la mayor parte de los países del mundo. También pueden tener su origen estas lesiones en una agresión, lo mismo que en accidentes laborales y en la práctica de algunos deportes. Rara vez son autoproducidas.

Algunos procedimientos quirúrgicos pueden dejar cicatrices en el rostro.

Conviene citar a modo de ilustración las lesiones producidas en acciones bélicas y los accidentes domésticos y accidentes en general.

LESIONES TEGUMENTARIAS DE LA CARA

Como consecuencia de un traumatismo en el rostro, se pueden lesionar estructuras my importantes; que a veces dejan secuelas tanto estéticas como funcionales. Como esto tiene una enorme importancia desde el punto de vista médico-legal, dichas estructuras deben ser exploradas cuidadosamente tanto en el momento de ver al paciente, inmediatamente después del accidente, como al reconocerlo nuevamente para determinar secuelas.

Nervio facial: Teniendo en cuenta que es el motor de los músculos de la expresión, comprendemos lo

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

importante que es explorarlo detalladamente. Recordemos que este nervio se ramifica en cuatro grandes terminaciones:

La rama temporal que se examina poniendo al paciente a levantar las cejas y arrugar la frente.

La rama cigomática que inerva el músculo orbicular de los párpados se explora indicando al paciente que mantenga los ojos cerrados estrechamente.

La rama bucal que eleva el labio superior y contribuye al funcionamiento de la nariz.

La rama maxilar inerva casi la totalidad de los músculos orbiculares de los labios y su lesión se pone de manifiesto por el aflojamiento y descenso del labio inferior del lado afectado, signos que se exploran al hacer que el paciente intente silvar o enseñar los dientes. Todo lo anterior es de mucha utilidad cuando se sospecha compromiso de alguna rama, ya que el compromiso de todo el nervio da un cuadro fácilmente detectable con todos los signos anteriores y desviación de la comisura bucal hacia el lado sano.

La glándula parótida y el conductor de estenon pueden ser lesionados, y como consecuencia producirse una fístula salival.

Debo mencionar aquí los trastornos que se pueden producir en el drenaje lacrimal. Este sistema puede sufrir de obstrucciones congestivas, que no nos interesa de momento y de obstrucciones traumáticas, que se presentan como consecuencia de contusiones, quemaduras químicas, quemaduras térmicas y también estenosis posquirúrgicas. Estas obstrucciones pueden tener como complicación infecciones, cuales son la canaliculitis y la dacriocistitis.

La dacriocistitis puede ser aguda o crónica de acuerdo al tiempo de evolución. Puede formar una colección de pus (absceso). A veces el absceso puede buscar una salida y forma una fístula. Otra complicación es el mucocele.

FRACTURAS DE LA CARA

Fracturas de los malares:

Pueden causarle al paciente asimetría de los pómulos y síntomas oculares. En pacientes que llegan a la consulta médico-legal antes de haber acudido al hospital, se deberá buscar la presencia de trismo, que es el resultado del engaste de un fragmento del arco cigomático en la apófisis coronoide. Otros datos que ayudan en el diagnóstico son dolor en la región malar al abrir la boca y anestesia en el pómulo, y labio superior del lado afectado. Un tipo especial de fractura malar la constituye la fractura "en trípode", que es el resultado de golpes violentos; e incluye las fracturas del arco cigomático, el reborde infraorbitario y la unión frontocigomática. Produce una sintomatología compleja caracterizada por trismo, anestesia de la mejilla y labio superior, diplopia (visión doble), epistaxis (sangrado nasal) y asimetría.

Las fracturas del piso de la órbita:

Este tipo de fracturas dan lugar al desarrollo de equimosis subconjuntival, y pueden confundirse con una desunión frontomalar. En las víctimas de esta lesión existe el peligro de que se desarrolle enoftalmia o diplopia, debido a la depresión del globo ocular y a la disfunción neuromuscular.

Fracturas de los maxilares:

Son cada día más frecuentes en accidentados de tránsito, secundarias a traumatismos violentos. Cabe recordar la clasificación, que de estas fracturas hiciera el cirujano y anatomista francés Le Fort.

La clasificación de Le Fort, agrupa estas fracturas en tres grados y se denominan Le Fort uno, Le Fort dos y Le Fort tres.

En la fractura tipo Le Fort uno se presenta una separación del arco dental superior, de las estructuras subyacentes; es una fractura no muy grave. La fractura Le Fort tipo dos reviste mayor gravedad y consiste en la separación de los dos maxilares superiores del resto del esqueleto, y en el centro la línea de fractura pasa por la raíz de la nariz. En el tipo Le Fort tres el cráneo se separa de la cara, e implica riesgos vitales; por la rinorrea de líquido céfalo raquídeo y posible pérdida de la visión, debido al compromiso de los agujeros ópticos.

Fracturas mandibulares:

La que se presenta con mayor frecuencia es la subcondilea. Un dato de exploración que brinda gran ayuda en el diagnóstico, es el hacer que el

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

paciente muerda dos abatelenguas: Uno con los molares y otro con los incisivos. Esto produce trismo y dolor. Para algunos autores el dolor al realizar la prueba anteriormente descrita, es un signo inequívoco; de fractura mandibular. Otros sitios donde puede fracturarse la mandíbula son: las prominencias alveolares, la sínfisis, el cuerpo, el ángulo de la mandíbula, rama ascendente y el proceso coronoide.

Lesiones del pabellón auricular:

Al considerar las orejas como partes integrantes del rostro, desde el punto de vista médico-legal, debemos hacer un breve comentario en relación con las lesiones que puedan sufrir. Cuando uno se encuentra con lesiones recientes es importante hacer dos consideraciones: la estructura cartilaginosa debe ser reparada inmediatamente y el cartílago nunca debe permanecer expuesto por el peligro de degeneración.

Las amputaciones pueden ser consecuencia de heridas o contusiones graves, y debemos recordar que los pabellones auriculares son en extremo sensibles a las bajas temperaturas.

Los golpes sobre el pabellón auricular pueden producir hematomas, lesión que es muy importante diagnosticar y tratar. Si tomamos en cuenta que el cartílago auricular obtiene su nutrición del pericondrio, comprenderemos que un hematoma pericondrial representa un impedimento para los aportes nutritivos, y puede establecerse un proceso necrótico cuyo resultado final es la oreja "en coliflor".

TRAUMATISMOS NASALES

Como la nariz es la porción más prominente de la cara, constituye la estructura más expuesta a sufrir traumatismos, con secuelas inmediatas como hemorragia (epistaxis), fracturas, heridas de diversos tipos o hematomas septales. Y también pueden presentarse secuelas posteriores como son deformidad de la nariz y cicatrices que producen daño estético y que pueden producir dificultades al mecanismo de la respiración.

Hemorragia nasal (epistaxis):

El grado de la hemorragia va a estar en relación con la gravedad del traumatismo; varía desde unas pocas gotas hasta la hemorragia fatal. Hay factores que predisponen a que el sangrado sea copioso, cuales son la arteriosclerosis, la hipertensión arterial, las discrasias sanguíneas, etc. Estos pacientes generalmente son atendidos en los hospitales y llegan a la consulta médico-forense una vez que ha pasado la emergencia. Sin embargo es importante recordar que para un adecuado examen y tratamiento, se requieren algunos implementos; como el fotóforo, con el cual se iluminan muchas áreas del cuerpo, difíciles de visualizar (una vez ajustado correctamente, ambas manos quedan libres para efectuar el examen). El espéculo nasal, sostenido con la mano izquierda, permite la inspección cómoda de la cavidad, con el succionador angulado de Frazier, en la mano derecha.

Esto permite una buena inspección, para detectar el sitio del sangrado y otras lesiones además de establecer el tratamiento, que a grandes rasgos consiste en limpiar los coágulos, anestesiar la cavidad nasal y cohibir el sangrado mediante un taponamiento.

Fractura nasal:

Es una lesión bastante frecuente, que puede comprometer el tabique o las porciones ósea o cartilaginosa. Cuando se habla de fracturas de la nariz, se piensa generalmente en el esqueleto externo, pero debe recordarse que el tabique también se fractura con frecuencia, ocasionando múltiples problemas funcionales locales, porque obstruye la vía aérea nasal; puede también producir nariz encorvada, por desviación de la punta.

Las fracturas del dorso se deben a golpes laterales, con desviación de la nariz en el sentido del traumatismo, o a impactos frontales, que ocasionan lesiones conminutas y aplanamiento nasal. El paciente se queja de dolor y casi siempre presenta epistaxis.

El examen revela inflamación, equimosis (cardenal), a menudo desviación del dorso nasal (aun-

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que a veces se presentan fracturas sin desplazamiento) y epistaxis activa o reciente, además de obstrucción nasal. La equimosis periorbital y la hinchazón pueden aparecer tarde o temprano. Si la fractura es abierta afuera, se observan trozos de hueso o cartílago en la herida cutánea; los bordes de la herida están a menudo muy separados, ocasionando distensión (la restauración de la forma normal es imposible sin un conocimiento detallado de la anatomía de la nariz). Las fracturas abiertas hacia la cámara nasal, a través de la mucosa, también son frecuentes y se evidencian mediante el examen con espéculo. La palpación confirma la deformidad, y la presión leve o moderada revela crepitación. Las radiografías no son siempre necesarias y pueden dar resultados erróneos, ya que las marcas vasculares y las líneas de sutura, se interpretan a veces como fracturas; la historia, la inspección y la palpación bastan por lo general para hacer el diagnóstico, aunque el examen radiológico es aconsejable en casos de proceso médico-legal.

Las metas de su tratamiento de urgencia consisten en detener la hemorragia, restablecer la vía respiratoria y corregir la deformidad.

La reducción de la fractura puede efectuarse a los cinco y a veces a los siete días después del accidente, pero entre más pronto, mejor.

A menudo se necesita mucha fuerza para restablecer la configuración original y a veces es conveniente una pequeña corrección ulterior, porque en algunos casos reaparece en parte la deformidad previa, durante la cicatrización.

La reducción se mantiene mediante fijación, con taponamiento intranasal muy suave, para sostener los huesos fracturados en su posición correcta y mantener la hemostasia; además, se aplican bandas de papel y sobre ellas un molde externo de yeso, aluminio sostenido con esponja engomada, o cualquier otro material firme.

El taponamiento se deja en su lugar durante unos cinco días; al cabo de este tiempo se cambia el molde, o antes si se afloja. La nariz debe permanecer inmovilizada de siete a diez días, pero es aconsejable protegerla de traumatismos accidentales durante el sueño, en las siguientes dos o tres semanas.

Hematoma septal:

Esta condición insidiosa, que ocasionalmente sigue a las heridas nasales, se forma entre el mucopericondrio del tabique y priva el cartílago subyacente de su escaso aporte nutricional. Esta supresión combinada con la acción de las enzimas líticas del hematoma, ocasiona rápida disolución del cartílago cuadrilateral, el cual sostiene la porción inferior del dorso y cuya pérdida produce la deformación conocida como "en silla de montar"; si no se interviene, esta se presenta en veinticuatro horas.

Después de un golpe leve, el paciente se queja de inflamación, congestión y dolor en la nariz, así como de obstrucción de la vía aérea. El examen revela rechazo de la mucosa septal sobre el cartílago cuadrilátero por un hematoma, que ofrece el aspecto de una inflamación de color púrpura, generalmente bilateral.

El hematoma se incide y evacua con un bisturí y se deja un pequeño dren de Penrose. Las membranas septales se reaproximan y se coloca un taponamiento intranasal muy ligero; al día siguiente se observa en busca de reacumulación de sangre, en cuyo caso se abre de nuevo la incisión. A las cuarenta y ocho horas se retira el dren, pero el taponamiento se mantiene por otros dos días.

La nariz "en silla de montar", descubierta oportunamente, debe reconstruirse inmediatamente; sin embargo, una vez establecida la deformidad, la rinoplastía reconstructiva debe aplazarse de seis a doce meses. Entonces se restablece el apoyo dorsal, con cartílago irradiado o con injerto óseo tomado de la cresta iliaca.

Heridas de la nariz:

Las heridas de la nariz pueden ser superficiales, o lesionar la piel y la mucosa; dejando cicatrices gruesas y deformes, debido a la tensión cutánea sobre el dorso nasal. La limpieza a fondo y la eliminación cuidadosa de los desechos, seguidas por sutura meticulosa, son obligatorias para reducir dicha complicación. Cuando la herida tuvo lugar en la calle, debe eliminarse cualquier huella de alquitrán, porque ocasionaría tatuajes. Las puntadas se colocan de manera que tomen más tejido subcutáneo que piel para crear una línea de sutura ligeramente evertida, produciendo una cicatriz plana en vez de invertida. No deben eliminarse los pequeños trozos de cartílago y hueso, a menos que la herida se encuentre exageradamente contaminada.

Las pérdidas de sustancia de los bordes de la nariz producen generalmente muescas muy difíciles de corregir. En cicatrices hipertróficas y en queloide se obtiene una regresión dramática

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

inyectando en ellas algún corticosteroide de acción prolongada, como triamcinolona o metilprednisolona, con intervalos de catorce a veintiún días; por lo general bastan dos o tres aplicaciones (es necesario no pasar de las necesarias, porque demasiada medicación puede ocasionar atrofia de la piel suprayacente).

La curación de las heridas, no obstante ser un mecanismo biológico natural de reparación; a veces puede dar como resultado cicatrices antiestéticas, tales como cicatrices elevadas, anchas, gruesas, irregulares, pigmentadas o despigmentadas y los queloides.

Es de interés hacer una breve revisión del fenómeno de cicatrización, que siendo una cadena de eventos continuos; se pueden analizar en cuatro fases, para una mejor comprensión y que a saber son:

1. Inflamación traumática:

Es un periodo de inflamación local, durante el cual hay dilatación capilar y edema (hinchazón); los bordes se cierran por un coágulo de fibrina durante los tres días siguientes al accidente.

2. Fase destructora:

El tejido muerto (necrótico) se desintegra y desaparece por acción de leucocitos y macrófagos invasores. Esto suele ocurrir del cuarto al sexto día.

3. Fase proliferativa:

Se forman nuevos capilares por yemas asimétricas, quizá secundarias a un efecto quimiotrópico para sustancias liberadas en la herida. Cuando los capilares crecen en la herida, junto a ellos crecen los fibroblastos, se forma colágena y en cierto tiempo la proporción de células a fibras disminuye y la fuerza tensil de la herida empieza a aumentar.

4. Maduración:

La fibroplasia alcanza su máximo al cabo de unos catorce días, y empieza la retracción de la herida, con maduración de tejido conectivo en ella. Hay reducción en el número de vasos sanguíneos y de células. Pero la maduración completa de la herida, en particular del componente colágeno del tejido cicatrizal, requiere varios meses.

INFLUENCIA QUIMICA SOBRE LAS CICATRICES

El elemento más importante en la formación de una cicatriz es la producción de colágena, que forma esencialmente la cicatriz. La calidad y cantidad de colágena que se forman son las que establecen el tipo y el volumen de la escara producida, que va desde una línea delgadísima hasta un queloide manifiesto.

La hidroxiprolina es un elemento único para la molécula de colágena. Se sintetiza a partir de la prolina unida a péptidos.

La prolina marcada con isótopo se convierte en hidroxiprolina marcada; por lo tanto midiendo la hidroxiprolina puede determinarse el ritmo del nuevo depósito de colágena en una herida que está curando.

Unos investigadores (Banfield y Brindley) comprobaron que el tejido cicatrizal humano contiene cantidades elevadas de colágena que pueden extraerse con solución salina (lo cual significa colágena activa), varios meses después de que la curación de una herida parece clínicamente completa. Por lo tanto la síntesis de la colágena y su desintegración, pueden proseguir en forma relativamente activa durante largo tiempo en el proceso de curación de las heridas.

El ritmo de depósito de colágena nuevo sigue siendo elevado por lo menos durante cinco semanas. El logro en fuerza de tensión, de una herida guarda buena correlación con el ritmo de depósito de nueva colágena durante treinta y cinco días. Después el aumento de fuerza de tensión prosigue su ritmo constante hasta por noventa días, mientras que la formación de colágena nueva disminuye. No se ha establecido todavía ninguna explicación definitiva de esta divergencia. La elevada actividad de colágena en la formación de cicatriz implica producción y desintegración de colágena nueva.

Los esfuerzos efectuados en clínica para evitar la formación de cicatriz, más precisamente de una cicatriz excesiva, han hecho que los investigadores siguieran dos vías principales de estudio. En primer lugar, se ha intentado descubrir aislar y caracterizar la substancia bioquímica que existe en la herida y que rige la desintegración de la colá-

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gena o sea la substancia de actividad colagenolítica. Gross et al, han demostrado esto primeramente en los anfibios y en tejido de otros animales.

En el hombre descubrieron un agente colagenolítico (colagenasa) elaborado por la epidermis normal y en las heridas, que no existe en el tejido mesenquimatoso normal pero sí en el tejido mesenquimatoso lesionado.

Las investigaciones sobre aislamiento y caracterizaciones de la colagenasa prosigue; quizá tengan aplicaciones clínicas en el futuro.

La segunda vía de investigación siguiendo orientaciones clínicas, depende del estudio de la droga beta-aminopropionitrilo (BAPN). Levine y Bye comprobaron que la fibrosis pulmonar en la rata después de insuflar cuarzo disminuía en los animales tratados con BAPN, según lo demostraba la disminución del contenido de hidroxiprolina en el tejido obtenido por necropsia. Comprobaron asimismo que este agente actuaba sobre la formación de la colágena evitando los enlaces cruzados en la colágena recién sintetizada, en lugar de desintegrar y despolimerizar la colágena ya formada. El efecto final es producir menos cicatriz y una cicatriz de diferente calidad.

Peacock y colaboradores han intentado utilizar estas propiedades del BAPN para evitar la formación de cicatrices entre tendones flexores reparados y tejidos blandos vecinos en el hombre. Los resultados todavía no son concluyentes pero sí alentadores. Queda así por demostrar la posible utilidad clínica de la colagenasa, BAPN o sustancias similares en el tratamiento de cicatrices cutáneas hepertróficas y queloides.

REVISION DE PACIENTES CON LESIONES EN EL ROSTRO

ATENDIDOS EN LA CLINICA MEDICO-FORENSE DEL ORGANISMO DE INVESTIGACION JUDICIAL

Una revisión al azar de treinta y dos casos nos muestra los siguientes datos, que expresamos en las tablas que pondremos a continuación. Soy consciente que una casuística como la analizada no tiene significación estadística, pero sí creo que puede servir de base para un estudio más amplio que se podría realizar posteriormente, en una forma dirigida y tomando los parámetros que a continuación voy a analizar.

SEXO	NUMERO DE CASOS	PORCENTAJE
Masculino	27	84,37
Femenino	5	15,62

Se encontró un franco predominio de los hombres en cuanto a la presentación de lesiones en el rostro.

EDAD EN AÑOS (grupos etarios)	NUMERO DE CASOS	PORCENTAJE
15–19	3	9,37
20–24	9	28,12
25–29	10	31,25
30–34	3	9,37
35–39	3	9,37
40–44	1	3,12
45–49	1	3,12
50–54	1	3,12
55–59	1	3,12

Como podemos observar, no se encontraron casos por debajo de 15 años ni por encima de 60 años. La mayor incidencia se presentó entre los 20 y 30 años con un porcentaje de 59,37 por ciento.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

MANERA EN QUE SE PRODUJO LA LESION

	NUMERO DE CASOS	PORCENTAJE
Agresión	24	75
Accidente	8	25

Cuando comencé a revisar este parámetro, pensé que la mayoría de los casos iban a ser por accidentes. Pero curiosamente encontré un franco predominio de agresiones, con una relación de 3 a 1 con respecto a los accidentes.

TIPO DE INSTRUMENTO EMPLEADO PARA REALIZAR LA AGRESION

	NUMERO DE CASOS	PORCENTAJE
Arma blanca	4	12,50
Vaso de vidrio	2	6,25
Caída por empujón	1	3,12
Riña con los puños	9	28,12
Mordedura humana	4	12,50
Botellazo	3	9,37
Ignorado	1	3,12

Los instrumentos que con mayor frecuencia se encontraron como causa de las lesiones fueron los puños (28,12), seguidos por las armas blancas y los dientes ambos con un porcentaje igual (12,5 por ciento). Las agresiones con botella ocuparon un 9,37 por ciento y con vaso de vidrio un 6,25 por ciento.

En cuanto a los accidentes, todos fueron accidentes de tránsito de los cuales seis fueron colisiones y dos atropellos.

NUMERO DE HERIDAS QUE PRESENTARON LOS PACIENTES

	NUMERO DE CASOS	PORCENTAJE
Una herida	20	62,50
Dos heridas	9	28,12
Tres o más	3	9,37

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

OCUPACION

PROFESION U OFICIO	NUMERO DE CASOS	PORCENTAJE
Albañil	1	3,12
Oficios domésticos	2	6,25
Operario de máquina	4	12,50
Oficinista	1	3,12
Comerciante	3	9,37
Chofer	2	6,25
Peón	1	3,12
Contador	1	3,12
Profesor de música	1	3,12
Estudiante	3	9,37
Guarda	1	3,12
Vendedor ambulante	1	3,12
Ebanista	1	3,12
Costurera	1	3,12
Guardia civil	1	3,12
Jornalero agricultor	4	12,50
Artesano	1	3,12
Carpintero	1	3,12
Desconocida	2	6,25

Como se observa no existe una marcada incidencia en ninguna de las profesiones u oficios.

LOCALIZACION DE LAS CICATRICES

Para estudiar este detalle, se tomaron treinta y cuatro pacientes; algunos de los cuales presentaban dos y hasta tres heridas.

REGION ANATOMICA	NUMERO DE CICATRICES
Región frontal derecha	2
Ceja derecha	6
Párpado inferior derecho	1
Región preauricular derecha	1
Lóbulo de la oreja derecha	1
Pérdida de 2/3 del pabellón auricular derecho	1
Mejilla derecha	2
Ala nasal derecha	2
Labio inferior derecho	2
Región mentoniana derecha	3
Región frontal izquierda	5
Ceja izquierda	4
Entrecejo	1
Párpado superior izquierdo	1
Ala nasal izquierda	3
Pómulo izquierdo	7
Región preauricular izquierda	2
Mejilla izquierda	2
Comisura labial izquierda	1
Región parotídea izquierda	1
Región mandibular izquierda	2

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DIAGNOSTICO Y TRATAMIENTO DE LAS LESIONES DEL ROSTRO

(REVISION DE LAS PAUTAS A SEGUIR DE ACUERDO CON LA MAYORIA DE LOS AUTORES)

TECNICAS BASICAS DE CIRUGIA PLASTICA EN LA REPARACION DE DESGARROS DE CARA

El proceso de cicatrización está influenciado positiva o negativamente por varios factores. Unos relacionados con la herida propiamente dicha y otros en relación con el paciente globalmente. Los primeros se denominan factores locales y los segundos factores generales.

Factores locales:

Tamaño: Entre más grande es una herida, lógicamente el proceso de cicatrización va a estar más retardado.

Contaminación: En este punto se debe mencionar la diferencia con que cicatriza una herida aséptica de una herida infectada.

Dirección: Tiene gran importancia sobre todo en las heridas de la cara y esta dirección se relaciona con las líneas de Filhos-Langer, de clivaje de la piel.

Pérdida de sustancia: Este es un factor local que retarda la cicatrización y que puede dejar una cicatriz hipertrófica.

Cuerpos extraños: Como pueden ser vidrios, piedras, arena, talcos, sudor y las mismas sedas quirúrgicas pueden producir un granuloma a cuerpo extraño.

Radiación ionizante local: Es un factor poco frecuente, que puede retardar la cicatrización.

Aplicación de cáusticos: Como pueden ser tintura de yodo en alta concentración, alcohol, tintura de timerosal (mertiolate), cauterizan los bordes sanos de la herida y facilitan la reacción inflamatoria de la misma; aún más, causan lesión.

La temperatura local del área afectada: En el abdomen se cicatriza más fácil que en los pies que son más fríos.

Factores generales:

Nutrición: No cabe duda que una buena nutrición que aporte cantidades equilibradas de grasas, proteínas, carbohidratos, vitaminas, minerales y oligoelementos; va a favorecer la cicatrización.

Edad del paciente: La prematuridad y la senilidad cicatrizan más lentamente que las personas jóvenes.

Enfermedades sistémicas que pueden alterar el proceso cicatrizal, son fundamentalmente la diabetes mellitus, las colagenopatías y las enfermedades tumorales como el linfoma y las leucemias y sus tratamientos. El uso por mucho tiempo de glucocorticoides y de antibióticos, también altera negativamente el proceso cicatrizal. El uso de andrógenos (hormonas sexuales masculinas) y de estrógenos (hormonas sexuales femeninas), también tiene repercusión en el proceso cicatrizal.

Es muy importante el papel que juega el médico que realiza una sutura en la cara y le da el tratamiento inicial; tiene una gran responsabilidad, ya que el uso de una técnica adecuada va a tener relación directa con los resultados obtenidos.

Momento de la reparación:

Las lesiones de la cara deben cerrarse tan pronto sea posible, dentro de los límites del buen criterio clínico. Los desgarros que entrañan lesión profunda de tejidos blandos en la cara deben ser reparados en forma primaria en término de las primeras veinticuatro horas después de haber acontecido la lesión. Ello parece ser un período de seguridad por el excelente riego sanguíneo de la cara y la eficacia de los antibióticos de amplio espectro, si están indicados. Después de este período, el médico deberá considerar el taponamiento de la herida abierta y hacer reparación secundaria cuatro a ocho días más tarde. El empleo corriente y temprano de toxoides tetánico o antitoxina tetánica después de una prueba cutánea es muy importante.

Preparación de la herida:

Antes de cerrarlas, las lesiones de tejidos

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

blandos deben ser preparadas lo mejor posible. En primer lugar se limpiarán en un medio quirúrgico, por lavado minucioso y completo con jabón neutro y agua, y para ello se usa algodón estéril (nunca gasa). La gasa es áspera y puede causar excoriaciones en la piel. Excepto cuando la herida está impregnada de tierra, la limpieza se limita a la superficie de la piel, y con abundante solución salina, se prepara la lesión para su cierre. La adición de peróxido de hidrógeno (agua oxigenada) produce espuma y hace que se exterioricen partículas laxas y otros restos.

Es necesario proporcionar al enfermo siempre anestesia satisfactoria. La anestesia local con solución de xilocaína al 0.1 por 100 con adrenalina al 1.100.000 es eficaz y preferible en adultos y en casi todos los niños. Al tratar lesiones extensas en un sujeto con problemas de vías aéreas o en un paciente que no colabora, especialmente niños de muy corta edad, es preferible la anestesia endrotraqueal general. Hay que rasurar el pelo o cabello alrededor de la lesión para lograr la limpieza adecuada y facilitar la aplicación y la eliminación futura de los apósitos y esparadrapos.

Es indispensable conservar las cejas, pues constituyen puntos anatómicos exactos de identificación alrededor de los cuales los bordes de la herida pueden ser aproximados. El factor más importante que evita la infección de una herida es la incisión sana y viable obtenida por el manejo limpio, atraumático y meticuloso de los tejidos y la obliteración de cualquier espacio potencial por aproximación precisa de todas las capas de tejido.

Material extraño incrustado:

Después de limpiarlas, se observa con todo cuidado la incisión, con una lupa si es necesario. Se presta atención a la presencia de cualquier cuerpo extraño, que debe ser eliminado inmediatamente, antes que quede incrustado en los bordes tisulares del desgarro o en las excoriaciones. Si uno se elimina el cuerpo extraño producirá una pigmentación permanente en la piel que a menudo se conoce como "tatuaje accidental". Si el material es grasa o pintura oleosa puede ser disuelta con éter. Si es polvo de la calle o pólvora, se frota vigorosamente la zona con un cepillo de cerda dura. También puede emplearse una hoja No. 11 de bisturí o una cureta pequeña. Si el material está en plano profundo o es difícil de desalojar, puede ser útil un "dermabrasor" o un cepillo de alambre impulsado por motor. En caso que la mancha se limita únicamente a los bordes de la lesión puede ser mejor debridar estas zonas con un bisturí de hoja recta. Es esencial anestesiar la zona por limpiar o raspar.

Lesiones desgarradas:

El médico debe inspeccionar con cuidado los bordes de cualquier herida desgarrada, en busca de signos de contusión o pequeños bordes irregulares que después se necrosen. Es necesario estirpar cualquier segmento cuya viabilidad esté en duda. Casi todos los desgarros son secciones tangenciales en prácticamente toda la cara y sus bordes pueden ser recortados en sentido perpendicular al plano de la piel, extendiéndose al tejido normal viable, que sangra.

Punto importante en el debridamiento de un desgarro tangencial es la extirpación de tejido dérmico y subcutáneo en el borde de la lesión, que permita una coartación de los tejidos con el mayor contacto posible entre dermis y dermis.

El manejo atraumático de estos tejidos con instrumentos delicados y finos llevará al mínimo las posibilidades de resultados insatisfactorios.

El manejo descuidado de tejidos causará una incisión que servirá de medio ideal para el cultivo de microorganismos, en el posoperatorio.

Es necesario la hemostasia completa, y la herida deberá cerrarse por planos sin tensión, lo cual puede obligar a "socavar" la piel y tejidos subcutáneos vecinos a los bordes de la lesión. En la hemostasia inicial se tendrá cuidado de no pinzar de manera perjudicial los vasos, especialmente en la distribución del séptimo parcraneal (facial).

En los bordes de colgajos pediculados nunca se emplearán pinzas de forci-presión y hemostáticas pues dejan zonas de piel desvitalizada. Los ganchos atraumáticos para piel deben usarse para fijar los bordes de los colgajos cutáneos durante la disección quirúrgica. El cierre cuidadoso de una incisión facilita la cicatrización primaria sin complicaciones. Para lograr una cicatriz satisfactoria se utilizan puntos separados con sutura de monofilamento de nailon 5—0 y 6—0. Es necesario colocar los puntos a una distancia que no exceda de 2,5 mm, y su punto de entrada y salida en uno y otro lados de la herida no debe exceder de 2 mm. Si las suturas están demasiado ajustadas, la presión local producirá isquemia y necrosis, con formación ulterior de cicatriz y marcas visibles. También el tejido incluido por suturas demasiado ajustadas puede mostrar edema que de manera

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

indirecta, intensificará lo ajustado de los puntos de sutura. Los abscesos de los puntos de sutura pueden ser causados por infección bacteriana y en ocasiones aparecen junto con necrosis producida por el ajuste demasiado intenso de los puntos de sutura. Cuando se quita la sutura desaparece la inflamación, pero quedan las marcas permanentes de la misma.

En ocasiones los pequeños puntos horizontales de colchonero, según sean necesarios, pueden ser útiles para evertir los bordes. El momento óptimo para quitar los puntos de sutura en piel depende del tipo y situación de la lesión, la precisión con que se aproximan los bordes y la suavidad con que se manejaron quirúrgicamente los tejidos, y el grosor de la piel. La piel delgada cicatriza rápidamente, de modo que los puntos de sutura en párpados pueden ser quitados en término de dos o tres días.

La piel de mayor grosor sobre músculos potentes cicatriza lentamente y es necesario esperar un lapso mayor para quitar los puntos de sutura. Después de quitar los puntos de sutura, la colocación de fragmentos de banda adhesiva transparente en la herida, por unas tres semanas, llevará al mínimo la dehiscencia de los bordes de incisión.

LESIONES POR AVULSION:

Pueden producir pérdidas masivas de piel, tejido subcutáneo, músculos, nervios, tendones y huesos. El éxito o fracaso del tratamiento a menudo depende de lo que se haga en las primeras horas después de la lesión. Por esta causa, el cirujano que trata una lesión por avulsión debe tener un plan claro y ordenado de acción.

Si ha habido avulsión y pérdida de un gran segmento de la piel, siempre se le buscará en el sitio mismo del accidente. Salvo que haya sufrido una enorme contusión o mutilación, a menudo puede utilizarse para reparación y con un resultado final mejor que el que se obtendría con un injerto de piel de otro sitio. A pesar de que puede estar muy sucio con tierra, puede ser preparado en la misma forma en que se limpió la lesión, colocado en alguna solución con antibióticos, desgrasado y colocado de nuevo en su lecho original en la forma de un injerto cutáneo libre, de espesor total.

La avulsión de grandes órganos como toda la nariz o el pabellón auricular son catástrofes graves. Por su gran masa no cabe esperar que funcionen de nuevo, si se le coloca en su sitio. En la avulsión total o parcial del pabellón, se recomienda salvar el cartílago subyacente desprendido, al "fijarlo" por debajo de los tejidos subcutáneos.

Las mordeduras de la cara causadas por un ser humano casi siempre son mordeduras verdaderas, en relación con pérdida de tejido blando, cartílago o ambos. La presencia de microorganismos que viven en la boca de una persona impide colocar de nuevo el segmento desprendido. En términos generales, rara vez se atiende al paciente poco después de un incidente de esta índole, en especial cuando la mordedura abarca la cara o el cuello.

Cuando el médico atiende en momento temprano una mordedura producida por un ser humano se recomienda el debridamiento quirúrgico y la sutura primaria, o el cierre con un injerto de piel, a condición que se conserve la administración satisfactoria de un antibiótico sistemático para protección. Por otra parte las mordeduras de animales con lesiones por pinchazos no deben ser lavadas ni cerradas. Si el médico atiende la mordedura en un momento relativamente temprano y hay rotura extensa de tejido, está indicada la reparación primaria después del debridamiento.

Los colgajos que han sufrido una avulsión parcial tienen una evolución bastante precaria. Invariablemente su riego arterial es mejor que el venoso, lo cual predispone a la congestión venosa y a la gangrena húmeda. Los colgajos de este tipo pueden ser también "salvados" por sección deliberada del pedículo restante, eliminación de la grasa subcutánea subyacente unida y después colocar de nuevo la piel en forma de injerto libre de espesor total.

La herida frecuentísima "por rebanadura", con bordes biselados a menudo cicatriza siguiendo la trayectoria oblicua del tejido fibroso, lo cual resulta con un borde enrollado o deprimido de la cicatriz, la cual es más patente en la lesión "en escotillón", en donde la cicatriz en herradura también se contrae y causa hundimiento mayor del borde de la lesión. No hay una forma totalmente satisfactoria de tratar la lesión inicial. Es mejor extirpar por completo los fragmentos de piel de espesor parcial que se hayan elevado y no colocarlos de nuevo en su sitio. Los bordes de la lesión de la sección biselada pueden ser extirpados de modo que los bordes de la piel queden verticales. Es útil colocar un apósito a presión e impedir la formación de un hematoma o un seroma. En los primeros meses después de la lesión, el tejido blando dentro de las porciones semicirculares de

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

la cicatriz se engrosará y sobresaldrá (defecto "en alfiletero"). Después de este período habrá reblandecimiento progresivo y aplanamiento en la medida en que la cicatriz se vuelva más plegable y elástica, de modo que cabe esperar mejoría espontánea. La reparación secundaria suele entrañar extirpación de la cicatriz y cierre con interdigitación de colgajos (plastía en "Z") de modo que se rompa la dirección circular de la lesión y se interponga piel elástica normal en los segmentos de la cicatriz. Si de manera traumática el colgajo quedó destinado a ser retrógrado, persistirá indefinidamente un edema linfático crónico.

TRATAMIENTO DE LAS LESIONES EN CARA

Casi todas las lesiones de la cara pueden esperar incluso dos semanas para poner el tratamiento definitivo sin poner en peligro el resultado funcional y estético. Por la elasticidad y resistencia de los huesos de la cara en los niños son poco frecuentes las fracturas en ellos y tienden a ser en "rama verde" cuando ocurren. La unión ósea se inicia rápidamente en los niños y por esta razón debe reducirse cualquier fractura tan pronto como sea posible, de preferencia en término de una semana después de haberla sufrido, para evitar uniones defectuosas o deficientes.

Las fracturas de la nariz, el malar, el arco cigomático, el maxilar superior y zonas orbitarias no suelen ser dolorosas y no muestran tendencia en el desplazamiento progresivo después que ha actuado la fuerza inicial que causó la fractura. Las fracturas del maxilar inferior, empero, suelen ser dolorosas y puede haber un desplazamiento progresivo de los fragmentos por la contracción de los músculos.

Se ha hallado relación clínica entre la prominencia de algunos huesos de la cara, y su vulnerabilidad a la fractura. Los huesos nasales que son los más prominentes en la cara, se fracturan con frecuencia mucho mayor que cualquier otro hueso de la cara. Le siguen en orden de frecuencia en cuanto a fracturas, el malar.

Como dato interesante, los maxilares superior e inferior tienen aproximadamente el mismo índice de fracturas.

Casi todas las fracturas de huesos de la cara que se tratan hoy día son resultado de accidentes automovilísticos.

DIAGNOSTICO DE FRACTURAS EN LA CARA

Las fracturas de los huesos de la cara pueden ser diagnosticadas por observación, palpación y examen radiológico.

La observación comienza con la valoración del paciente en forma global, la valoración del dolor y la comparación a simple vista de los dos lados de la cara. La hinchazón o la equimosis localizada debe despertar la sospecha de fracturas subyacentes. La asimetría es una observación importante. A pesar que la cara sana rara vez es perfectamente simétrica, la simetría secundaria a traumatismo suele ser patente.

La palpación refuerza la observación y debe hacerse en una forma bilateral sistemática para evitar no palpar deformidades más sutiles.

Si se comienza en planos superiores, hay que estudiar los siguientes puntos cuando menos:

1. Rebordes supraorbitarios y lateral del orbital.
2. Rebordes inferiores del orbital (infraorbitarios).
3. Eminencias malares.
4. Arcos cigomáticos.
5. Huesos de la nariz.
6. Maxilar superior.
7. Maxilar inferior.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL EXAMEN RADIOLOGICO

A menudo confirma simplemente un diagnóstico hecho por observación y palpación. Las fracturas netas y huesos de la cara a menudo se diagnostican sin confirmación radiológica, si bien hay algunas fracturas muy desplazadas de huesos de la cara que no se visualizan adecuadamente en el examen radiológico. Empero, este estudio tiene una función precisa en la valoración de la lesión en cara. En cualquier informe médico, la comprobación de una fractura por métodos radiológicos tiene varios fines, en especial en la revisión futura de la lesión del paciente. Las proyecciones que más datos brindan son:

a) Proyección de Waters (occipitomentoniana).
b) Proyección postero anterior de los huesos de la cara.
c) Proyección lateral de los huesos de la cara.
d) Proyección lateral de los huesos de la nariz.
e) Proyección posteroanterior del maxilar inferior.
f) Proyección oblicua del maxilar inferior.
g) Proyección oclusal del maxilar inferior.
h) Proyección de Townes (para la rama ascendente y los cóndilos de la mandíbula).
i) Proyecciones tangenciales del arco cigomático.

La proyección radiográfica de los huesos de la cara que mayores datos brindan es la de Waters (occipitomentoniana), que se toma con el paciente en posición prona y el cuello medianamente extendido. Si bien no todas las víctimas, en especial las que han sufrido lesión en múltiples zonas, pueden asumir la posición señalada. Puede tomarse en posición supina, la llamada proyección inversa de Waters aunque no es tan clara ni brinda datos como la original.

En ocasiones puede obtenerse información más precisa o adicional con el uso de algunas técnicas radiográficas especiales; entre ellas están los estudios de laminografía (Tomografía) y radiografía tridimensional panorámica (panorex). Esta última se hace poco en los hospitales, pero es muy común en los consultorios odontológicos. Tiene utilidad especial, para demostrar fracturas difíciles de descubrir en maxilar inferior, especialmente en las zonas condileas.

LESIONES PROFUNDAS

Todos los desgarros profundos deben ser inspeccionados cuidadosamente. Los músculos seccionados se reaproximan con puntos separados de catgut crómico 4—0. Cuando el músculo es seccionado, es importante el cierre en dos capas, pues si no se hace, el músculo se retrerá, el hematoma llenará el espacio y por último se organizará para reproducir tejido cicatricial contraído, y con ello, una cicatriz hundida.

La lesión de la glándula parótida resultará en una fístula externa temporal; sin embargo, este tipo de lesión suele mejorar con tratamiento conservador. Por otra parte, una lesión no atendida en el conducto de Stenón o alguna de sus ramas principales, inevitablemente producirá una fístula salival que suele ser rebelde al tratamiento conservador. Los extremos seccionados del conducto de Stenón, por esta causa, deben ser identificados y reparados con eficacia, con puntos separados de seda negra 6—0. A través del conducto reparado de la parótida o lacrimal, debe incrustarse un fino tubo de polietileno, y dejarse por 4 a 6 semanas. Si solo la porción proximal del conducto puede ser localizada, el cirujano podrá ligarla y ello causará atrofia de la glándula parótida.

La bifurcación del tronco principal o cualquier rama del nervio facial pueden reconocerse antes de inyectar un anestésico local.

Se recomienda la reparación inmediata con puntos separados de seda negra 6—0, 7—0, en el perineurio. Puede ser recomendable la tarsorrafia lateral para impedir el descubrimiento de la córnea, durante el período posoperatorio temprano.

La corrección quirúrgica de los ligamentos palpebrales seccionados también obliga a la reparación primaria. Rara vez se observan sin fracturas coexistentes. El punto más importante de la reparación es colocar los puntos de sutura con la proximidad suficiente en la órbita. Casi todos los errores en la reparación provienen de colocar los puntos de sutura demasiado superficiales y dejar la zona lesionada del párpado demasiado lejos hacia

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

adelante, y con ello impedir que los orificios (puntos lacrimales) queden en contacto con los globos.

Cuando el médico se enfrenta al problema de los desgarros de todos los planos de labios o carrillos, el cierre quirúrgico debe ser extraordinariamente preciso, en especial en el borde mamelonado o vermiforme.

Al participar el médico la aparición de edema intenso, lo mejor que puede hacer es colocar solo unos cuantos puntos absorbibles en sitios estratégicos, en capas mucosas. Los desgarros completos de la lengua deben ser cerrados en forma primaria; incluso partes de la lengua que tengan un pequeño pedículo debe repararse, pues este órgano tiene excelente riego sanguíneo y capacidad asombrosa de supervivencia.

La reparación de los desgarros de los párpados se hace mejor en el quirófano, en donde se cuenta con instrumentos, material de sutura y asistencia adecuados. Es necesario tener enorme cuidado de aproximar el tarso y el borde ciliar, con entera precisión. Después de haber suturado las estructuras, el resto del párpado suele quedar en su sitio. Pueden ser necesarios los métodos de plastía "Z" en los bordes palpebrales.

Apósitos:

El tratamiento de la zona traumatizada después de cierre satisfactorio contribuye considerablemente a un resultado satisfactorio definitivo. El apósito inicial debe consistir en tejido de nailon inmediatamente sobre las lesiones suturadas o raspadas, además de un apósito voluminoso con buena adherencia, que sostenga los tejidos en la posición deseada.

Estos conservarán los tejidos en íntima cercanía y con ello disminuirán "espacio muerto" e impedirán la tendencia a que se formen hematomas, y llevarán al mínimo la tensión de la línea de sutura. Si está indicado, hay que quitar los drenos de fijación en término de 48 a 72 horas, y se tendrá enorme cuidado de su colocación exacta para impedir la necrosis por presión en la piel suprayacente, recién traumatizada. Después de dos o tres días la utilidad de dichos apósitos es cuestionable. La recomendación que algunos autores dan es el cuidado meticuloso para impedir las costras, al humedecer los bordes de la incisión con aplicadores de algodón con agua oxigenada.

Cicatrices hipertróficas:

Cicatriz hipertrófica es un término descriptivo empleado para indicar las cicatrices gruesas, anchas, elevadas y de color rojo que no parecen conducirse como cicatrices ordinarias para una incisión determinada en una localización particular.

La hipertrofia de una cicatriz puede depender de colocar los puntos de sutura demasiado apretados, extirpar demasiada piel y cerrar los bordes cutáneos con tensión persistente de un hematoma subyacente, infección local, poco riego sanguíneo, lesión por manipulación poco cuidadosa del tejido, colocación inadecuada de la incisión en relación con las líneas cutáneas de tensión, y, finalmente el elemento más difícil de estimar y mediar en la curación idiosincrasia individual.

Tratamiento:

La mayor parte de cicatrices hipertróficas mejoran con la edad. La inyeccción de acetónico de triamcinolona dentro de los límites de la cicatriz, en pequeñas cantidades (0.5 a 1.0 ml) puede resultar beneficiosa.

Tal tratamiento puede efectuarse tan pronto como se sospecha la formación incipiente de una cicatriz hipertrófica, y repetirse una o dos veces por semana hasta observar buen resultado o ausencia del mismo. Muchas veces es posible la mejoría quirúrgica de tales cicatrices con técnicas de Z plastías, injertos de piel, técnicas de colgajo y técnicas de dermabrasión utilizada frecuentemente en estos casos.

Queloides:

Un queloide es una cicatriz gruesa e hipertrófica que se desarrolla en forma exuberante saliendo de los límites de la zona cicatrizal. La palabra viene del griego y significa literalmente "pinza de cangrejo"

La cicatriz hipertrófica de los queloides quizá dependa de cierta anomalía en la fase proliferativa y de maduración de curación de las heridas, que prolonga el proceso curativo y, en el caso de los queloides, persiste más allá del mismo. De hecho el queloide parece mandar prolongaciones a modo de seudópodos en el tejido sano vecino.

Los queloides se observan en todas las razas, pero son particularmente frecuentes en personas de piel oscura. El centro de la cara incluyendo párpados y nariz, parece ser una zona "privilegiada" en la cual raramente se producen queloides. Ocurren sobre todo en el resto de cabeza y cuello y a nivel del esternón.

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Tratamiento:

Para tratar los queloides se han aconsejado cirugía, radioterapia, esteroides y diversas combinaciones de estos medios terapéuticos.

Los resultados más alentadores en los últimos años parecen haberse obtenido con el ejemplo local de acetónido de triamcinolona. En 1951 Conway y Stark inyectaron hormona adrenocorticotrópica en los queloides con cierto alivio del dolor y del prurito, pero sin mejorar el aspecto de la cicatriz.

En 1963, Murray inyectó acetónido de triamcinolona en los queloides y señaló mejoría. En ocasiones, la inyección del acetónido en el tejido subcutáneo vecino produce atrofia del mismo; el queloide entonces resulta menos prominente y la mejoría se atribuye equivocadamente a un efecto directo de la hormona sobre el queloide.

Griffith y colaboradores han recomendado inyectar acetónido de triamcinolona en el tejido normal vecino después de extirpar totalmente el queloide, al efectuar el cierre de la herida. Cuando la zona es demasiado amplia para cerrarse primariamente, se aconseja el injerto de piel con inyección en los bordes libres de acetónido de triamcinolona en queloides y cicatrices hipertróficas. Han tenido muy buenos resultados con cicatrices hipertróficas; puede ser particularmente útil para el cirujano general al tratar cicatrices abdominales hipertróficas. En el tratamiento de queloides, sobre todo los que llevan más de seis meses de existencia, el resultado no ha sido uniforme.

ANALISIS DE LOS PARAMETROS A TOMAR EN CUENTA EN LA VALORACION DE LAS CICATRICES EN EL ROSTRO Y TABLA PORCENTUAL DE DETERMINACION DEL PERJUICIO FACIAL

Problemas que se presentan al valorar las cicatrices en el rostro.

Cuando una cicatriz reúne las características de visible y deformante, y estas son apreciables fácilmente; no existe ningún problema, y por definición constituye una marca indeleble en el rostro. La dificultad o la duda surge, en aquellos casos donde estas características no son tan evidentes.

Son estos los pacientes que podrían llamarse "Límite", que son los casos que vendrían a constituir la línea divisoria entre lo que es una marca indeleble en el rostro y lo que no es.

Es por eso que creo oportuno establecer algunos criterios, que deben ser tomados en cuenta en todos los casos, pero que son de gran utilidad en estos casos poco definidos:

Extensión: Expresada en centímetros de longitud o de diámetro mayor.

Forma o relieve: Esto es ovalada, rectangular, alargada, etc. y deprimida o sobresaliente.

Coloración: De mayor gravedad son las pigmentadas que determinen fuertes contrastes de la coloración de la piel, después las acrómicas y por último las isocrómicas.

Localización: En primer lugar de importancia las de la nariz y mejillas, en segundo las de la frente, en tercero las de la región cigomática y en cuarto las partes visibles del cuello y por último las de los pabellones auriculares.

Dirección: Tendrán mayor gravedad las que sean perpendiculares a los pliegues y menor las que los siguen.

Repercusión funcional: Esto es si la cicatriz produce alteración fisiológica de la región.

Perjuicio estético: Afeamiento o alteración de la armonía del rostro.

El otro problema que nos encontramos al valorar un paciente con marca indeleble o desfiguración notable de la cara, es que no existe una tabla que nos permita cierta orientación a la hora de establecer la incapacidad parcial permanente, con que ha quedado determinado paciente.

Si revisamos el artículo 217 inciso a) del Código de Trabajo, nos encontramos que lo expresado en los numerales 30, 31 y 32, puede ayudarnos como punto de partida en la elaboración de dicha tabla y a continuación vamos a copiar los mencionados numerales:

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

No. del numeral	Enunciado	Porcentaje sobre la C. Gral. Orgánica
30	Mutilación completa o amputación de una oreja	15
31	Mutilación completa o amputación de la nariz	30
32	Desfiguración notable de la cara	50

Ante heridas que comprometan la nariz o las orejas, lo que debemos hacer es calcular en qué proporción ha sido deteriorada la estructura anatómica y su función y correlacionarla con el valor total que establece el Código.

Por ejemplo el pabellón auricular lo podemos dividir en tres partes iguales una superior, una media y una inferior y darle un valor de 5 por ciento a cada una de ellas. La nariz la dividimos en la punta y dorso nasal y a esta zona le damos un valor de 20 por ciento y dos alas nasales una derecha y una izquierda que valoramos con un 5 por ciento cada una.

Valorando las orejas y la nariz por separado y asignándoles un valor acorde con lo expresado en los numerales 30 y 31, quedaría aplicar el numeral 32 y para ese fin dividiremos la cara en tres zonas:

Una superior que se extiende desde una línea imaginaria que con dirección transversal al eje mayor del cuerpo pase por los arcos superciliares hasta la línea de implantación normal del cabello, quedando limitada la región frontal a la que le asignamos un 10 por ciento. Una zona media cuyo límite inferior lo daría una línea imaginaria que con dirección transversal al eje mayor del cuerpo pase en el borde inferior del mentón. En esta zona quedaría excluida la nariz y a su vez la dividiremos en dos partes iguales una derecha y otra izquierda dándole un valor a cada una de 15 por ciento. Y por último una zona inferior que se extendería hasta la línea imaginaria que con igual dirección que las anteriores pasara por encima de los lóbulos superiores del tiroides normal y a esta zona le asignamos un valor del 10 por ciento.

BIBLIOGRAFIA

ADAMS, W. M.:
Internal Wiring Fixation of facial fractures, Surgety 12:523, 1970.

CONVERSE, J. M.:
Facial desfigurement in automobile accidents. J.A.M.A., 354–356, 1963.

CRIKELAIR, G. F.:
Skin suture marks. Amer. J. Surg. , 631–639, 1958.

CURTIN, J. W. and GREELEY, P. S.:
Human bites of the face. Plast. Reconstr. Surg., 394–404, 1961.

CURTIN, J. W.:
Basic plastic surgical principles in repair of facial lacerations. Illinois Med. J., 129: 657–660, 1966.

RUSSEKK, W. R.:
Discussion of the diagnosis and treatment of acute head injuries. Roy. Soc. Med 250–528, 1972.

WALKER, A. E.:
The acute head injury: a multidisciplinary problem. Neurología Medio-Disurgia 9:7–20, 1968.

VALERIO, A. Rodríguez:
Código de Trabajo anotado y concordado. Art. 217, Imp. Nac., 1979.

VARGAS E.:
Medicina Legal. Ed. U. de C.R. 1977.

VINCENZI A.:
Cod. Penal y leyes conexas; p. 42 Cd. Lehmann, 1980.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

APLICACION DEL SISTEMA H.L.A. EN PATERNIDAD DISCUTIDA

Dr. Rafael Marín Rojas. M.Q.C., M.Sc.

INTRODUCCION

Fue Dausset en 1958 el que descubrió el primer factor de este sistema y lo llamó Mac e inmediatamente muchos investigadores le siguieron en el descubrimiento de muchos otros antígenos. El mismo Dausset con sus colaboradores, en 1965, descubrieron muchos otros en los leucocitos humanos (glóbulos blancos) y los agruparon en un sistema que llamaron Hu—1. Fue la Organización Mundial de la Salud quien denominó después, a este sistema, H.L.A. (Human Leucocyte Group A). En la actualidad ya no sólo existe el grupo A dentro de él y por lo general ahora se le traduce como Human Leucocyte Antigens (Antígenos Leucocitorios Humanos).

A partir de 1964 los científicos de todo el mundo que se dedican a este campo se reúnen de tiempo en tiempo para uniformar la nomenclatura y calificar o recalificar los nuevos hallazgos. Esto puso orden en un mar de información que se originó con los primeros descubrimientos. Por otra parte la Organización Mundial de la Salud posee un comité de nomenclatura quien en difinitiva establece las reglas correspondientes.

El H.L.A. constituye el sistema principal de histocompatibilidad y su análisis en donadores y receptores de trasplante de tejidos ha sido determinante en la sobrevida de los pacientes. En la segunda mitad de la década pasada se comenzó a utilizar, con gran suceso, en los casos de paternidad discutida.

GENETICA

El sistema H.L.A. está codificado en el cromosoma No. 6 y comprende una REGION de él que a su vez incluye cinco loci bien definidos:

HLA—A	con 20 especificidades
HLA—B	con 40 especificidades más 2 supertipos.
HLA—C	con 8 especificidades
HLA—D	con 12 especificidades
HLA—Dr	con 10 especificidades

De las especificidades (antígenos o grupos) de cada locus heredamos una de cada progenitor (genotipo) y por lo tanto expresamos una o dos de ellos (fenotipo): Si de cada padre heredamos la misma información seremos homocigotos para ese factor y fenotípicamente expresaremos sólo un antígeno. Si heredamos dos diferentes seremos heterocigotos y expresaremos dos factores diferentes.

Dado la gran cantidad de grupos existentes y de que no para todos existen sueros disponibles en todo momento, los análisis para trasplantes de órganos y para paternidad incluyen los principales factores de los loci HLA—A y HLA—B. Sin embargo, cada día las disponibilidades de suero aumentan y cada vez más laboratorios analizan una cantidad más grande de factores.

Por ello cuando en un análisis no aparecen factores de un locus determinado se puede deber a que el individuo posea un factor desconocido, a que no se contó con el suero correspondiente o que exista un gene amorfo (sin expresión fenotípica).

PROCEDIMIENTO

Existen varios procedimientos para determinar el sistema H.L.A. pero todos contrastan, por su método de lectura, con los utilizados con los marcadores genéticos que se encuentran en los eritrocitos (glóbulos rojos). El más utilizado es la

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

citoloxicidad o muerte celular. Las células utilizadas para su investigación pueden ser los trombocitos (plaquetas) o los leucocitos (glóbulos blancos) y entre estos se elige a los linfocitos que a su vez son preferidos frente a las plaquetas.

Existen múltiples maneras de separar los linfocitos de los eritrocitos, de las plaquetas y de los otros glóbulos blancos, pero todos se basan en dos principios fundamentales: centrifugación diferencial o gradientes de concentración.

Una vez que los linfocitos están separados y en la concentración adecuada se ponen en contacto con los sueros correspondientes en una placa de plástico transparente, con varios hoyuelos o excavaciones, cada una con un suero diferente. En esta primera etapa el anticuerpo presente en cada suero se combina con el antígeno o factor que está en el linfocito (si es que la persona heredó ese factor) o queda libre en el suero (si la persona no heredó ese factor).

En una segunda etapa se añade a cada suero un sistema llamado complemento que tiene la particularidad de matar a las células que tienen anticuerpos pegados a ella.

En una tercera etapa se añade un colorante vital, que penetra en las células muertas pero no en las vivas.

Por último se frenan todas las reacciones fijando los linfocitos con formalina y se procede a leer, microscópicamente, en cuáles excavaciones de la placa hubo muerte celular (citotoxicidad) y como a su vez conocemos la especificidad del anticuerpo que hay en cada sitio conoceremos entonces cuáles factores tiene la persona.

OBTENCION DE SUEROS

Todos los sueros utilizados para investigar este sistema son de origen humano y se obtienen de mujeres multipares, de personas multitransfundidas y de voluntarios que se someten a inmunización. Esto hace que existan limitaciones económicas y humanas en la obtención de los mismos. Una gran esperanza existe hoy día en la ingeniería genética para producir estos anticuerpos en líneas celulares (hibridomas) cultivadas en el laboratorio. Algunos pocos anticuerpos han sido producidos ya por este sistema y esperamos que un plazo no muy lejano todos los marcadores genéticos puedan ser investigados con anticuerpos producidos in vitro. Esto nos daría una fuente inagotable, más económica y específica para estos análisis.

FACTORES

Ya hemos mencionado el número de factores en cada locus HLA, a continuación enumeraremos cada uno de ellos consignando a su lado frecuencia la raza caucácica americana (C.A.) y la encontrada en Costa Rica (C.R.) hasta el presente, que es muy escasa.

HLA–A	CA	CR
A1	32	13
A2	49	37
A3	22	18
A9	17	34
A10	13	14
A11	8	9
AW19		
AW23 (9)	6	
AW24 (9)	16	3
A25 (10)	7	
A26 (10)	11	3
A28	11	8
A29	7	3
AW30	5	
AW31	7	
AW32	8	
AW33	3	
AW34	0	
AW36	0	
AW43		
A Blanco	0	

HLA–B	CA	CR
B5	11	22
B7	23	22
B8	20	11
B12	24	21
B13	6	1
B14	11	7
B15	7	18
BW16	12	6
B17	7	2
B18	9	0.4
BW21	4	
BW22	5	3
B27	8	7

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

HLA–B	CA
B35	17
B37	5
BW38 (W16)	0
BW39 (W16)	
B40	12
BW41	1
BW42	
BW44 (12)	
BW45 (12)	
BW46	
BW47	
BW48	
BW49 (W21)	
BW50 (W21)	
BW51 (5)	
BW52 (5)	
BW53	
BW54 (W22)	
BW55 (W22)	
BW56 (W22)	
BW57 (17)	
BW58 (17)	
BW59	
BW60 (40)	
BW61 (41)	
BW62 (W15)	
BW63 (W15)	
BW4	
BW6	
B Blanco 0	

HLA–C	
CW1	6
CW2	10
CW3	17
CW4	20
CW5	12
CW6	
CW7	
CW8	
C Blanco 42	

HLA–D	CA
DW1	
DW2	
DW3	
DW4	
DW5	
DW6	
DW7	
DW8	
DW9	
DW10	
DW11	
DW12	

HLA–DR	
DR1	13
DR2	29
DR3	36
DR4	28
DR5	42
DRW6	
DR7	26
DRW8	
DRW9	
DRW10	

Los números en paréntesis indican una relación entre ambos factores. En un principio se conocía únicamente la especificidad indicada en paréntesis que posteriormente se dividió en dos o más. La W indica que los estudios del factor continúan, una vez que exista absoluta seguridad sobre su especificidad y localización se eliminará la W (de Workshop-taller). Los factores BW4 y BW6 son alelos y supertipos, es decir, abarcan muchas especificidades cada uno. Por eso en los dictámenes pueden aparecer más de dos factores en el locus HLA–B, si es que se reportan estas dos especificidades, que generalmente se ponen en paréntesis.

HAPLOTIPOS

Hay factores de diferentes loci, en un mismo cromosoma, que se heredan enlazados formando una especie de supergén. A estos grupos de factores se le denominan haplotipos y son muy importantes en estudios genéticos y antropológicos ya que cada raza posee haplotipos característicos. En las investigaciones de paternidad son muy importantes porque esos factores enlazados se heredan en bloque de padres a hijos.

CAPACIDAD DE EXCLUSION

Este sistema tiene alta capacidad de exclusión y por sí solo supera a todos los marcadores genéticos de los eritrocitos, aun cuando sólo se prueben

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los principales factores de los loci HLA—A y HLA—B. Su capacidad de exclusión ha sido calculada y encontramos datos que la colocan entre el 80 y el 92 por ciento. Si a esto sumamos la capacidad combinada de los factores de eritrocitos encontramos datos desde 92 a 99 por ciento. Esto significa que una persona acusada falsamente tiene una alta probabilidad de que su inocencia se demuestre con el análisis o en contrario sensu, que un individuo que no se descarte con el análisis, tiene una alta probabilidad de ser el verdadero padre.

SITUACION EN COSTA RICA

En nuestro país este sistema se comenzó a estudiar a raíz de los primeros trasplantes y en la actualidad se sigue investigando, aunque en forma restringida en varios centros hospitalarios. Su uso se ha ampliado debido a su utilidad en el diagnóstico de algunas enfermedades o en consejo genético, sin embargo la estadística es escasa como para poder obtener nuestros propios valores en su capacidad excluyente en paternidad discutida. Nuestra sección ha hecho ya los primeros análisis con este sistema para algunos casos muy calificados, sin embargo el laboratorio aún no cuenta con el equipo y el personal adecuado para realizar estos estudios en forma rutinaria.

BIBLIOGRAFIA

AMERICAN ASSOCIATION OF BLOOD BANKS: *Paternity Testing,* 1978.

FESTENSTEIN, H. y DEMONT. P.: *Inmunogenética fundamental, biología y aplicaciones clínicas de HLA y H—2.* Editorial El Manual Moderno, S.A. México, 1981.

FONSECA, J.; BARRANTES, A. y ORTEGA, C.: *Distribución de antígenos H.L.A. en la población de Costa Rica.* Act. Méd. Cost. 24(1): 11—15, 1981.

MARIN, R.: *La capacidad de exclusión de los marcadores genéticos,* Revista Judicial No. 20: 119—120, 1981.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA ESCUELA MODERNA DEL DERECHO AGRARIO*

Dr. Ricardo Zeledón Zeledón.
Investigador del Instituto de Investigaciones jurídicas; Profesor y Coordinador, del Postgrado en Derecho Agrario, de la Universidad de Costa Rica. Presidente de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado.

Ninguna disciplina jurídica ha conocido el desarrollo científico logrado en pocos años como lo ha hecho el Derecho Agrario.

En efecto la normativa jurídica agraria aparecida a finales del siglo pasado, y principios de este, que forman todo un conjunto orgánico, novedoso y con tendencias a la completez, ha conocido un desarrollo muy importante desde el punto de vista científico, gracias a la labor profunda, visionaria, pero sobre todo futurista, impulsada por la doctrina italiana.

Fue, cabalmente, con la aparición en el mundo jurídico de la *Rivista di Diritto Agrario,* cuyo primer ejemplar vio la luz pública en 1922, gracias a la labor tesonera de *Giangastone Bolla,* coincidiendo con la creación de la primera cátedra de Derecho Agrario, que se inauguró en Pisa en el otoño de ese mismo año, cuyo titular fue el mismo *Bolla* como nace la Ciencia del Derecho Agrario.

En la *Rivista* se discuten los temas fundamentales de la disciplina: principalmente en 1928 se da la gran discusión académica en torno a la autonomía, y más adelante aparecen los principales argumentos que aún hoy se debaten.

Desde aquella época Italia se colocó en la vanguardia mundial que impulsaba el estudio del Derecho Agrario, y así los juristas de todo el mundo ponen la mayor atención en Florencia, la capital mundial de la disciplina, donde desde 1935 hasta la fecha vienen repitiéndose los mejores congresos, mesas redondas, seminarios, investigaciones, pero sobre todo publicaciones de gran proyección científica.

Desde hace 60 años, entonces, el agrarista que se precie debe volcar sus ojos hacia Italia, pero principalmente hacia Florencia y Pisa, hacia los cultores del Derecho Agrario italiano que impulsan mundialmente esta disciplina científica.

Dentro de la doctrina, *Natalino Irti,* un prestigioso cultor de nuestra materia, dividió todo su desarrollo en lo que él llamó "las dos Escuelas". Sostiene *Irti* que frente a la escuela de *Bolla* nació también otra: la de *Arcangeli,* según distinciones que él verifica no sólo en cuanto a la respuesta positiva o negativa frente a la discusión de la autonomía, sino también en cuanto a la forma de plantear problemas fundamentales referido a las fuentes, a la interpretación, y más concretamente en la forma de apreciar como se ubicaban científicamente los sujetos y el objeto mismo de la normativa. En esta clasificación *Irti* estima que *Antonio Carrozza* forma parte de la escuela de *Giangastone Bolla.* Este trabajo, aparecido en la Revista en 1975 hoy, más que nunca, ha perdido actualidad y vigencia.

Posiblemente respecto del *Carrozza*, de hace treinta años, cuando trabajaba en Pisa con su

(*) ***Discurso académico dictado en el "Homenaje de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Costa Rica, al Profesor Antonio Carrozza, de la Universidad de Pisa", celebrado el 11 de octubre de 1983.***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

maestro *Funaioli*, una clasificación de esta clase podría haber tenido sentido, pues en aquella época él, en la misma forma que los mejores agraristas de su país, seguía cuidadosamente la tarea que el Padre científico del Derecho agrario impulsaba. Es decir al principio de sus trabajos se puede encontrar una marcada influencia de *Giangastone Bolla* pero era clara la escogencia, desde el primer momento, de la rigurosidad metodológica y de la seguridad en los planteamientos que comenzaba a verificar *Carrozza.* Ejemplo de esto son sus primeros artículos y el trabajo que sobre "mezzadria" y "terre incolte" aparece acompañando a su maestro *Funaioli* en el libro de textos redactado por éste cuyo nombre es *Corso di Diritto Agrario.*

Pasan los años y en el continuo trabajo del joven agrarista se comienza a vislumbrar todo un planteamiento imaginativo, de gran proyección, pero sobre todo de construcción dogmática que obliga necesariamente a respetar sus investigaciones. Recuerdo por ejemplo sus trabajos referidos a las mejoras: *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari* (1965), a la reforma agraria, o más específicamente al contrato de asignación de tierras. La profundidad, pero sobre todo la sistemática, comienza a ser la regla, destacándose dentro de los jóvenes juristas que acompañaban al maestro de Florencia en la *Villa Bolla,* allí inscritos en las montañas de *Fiesole,* como dominando la magnífica cultura fiorentina representada por el *Campanille del Giotto.*

Pero el salto cualitativo de *Carrozza* acontece cuando frente a los tentativos de la doctrina, de encontrar una respuesta afirmativa al tema del Derecho Agrario, buscando aquellos principios generales, universales y abstractos, que pudieran individualizar e identificar la materia internamente y distinguida de todas las demás, como forma de cumplir aquella exigencia científica de que el Derecho Agrario para ser autónomo debía de demostrar su autonomía científica a través de estos principios, él publica en 1962 su libro *Gli Istituti del Diritto Agrario*. En esta obra el autor replantea metodológicamente la labor que venía desarrollando la incipiente doctrina ius agrarista al reprocharle a éste, y sugerirle a la vez, que quizá no tenía sentido continuar buscando aquellos principios generales, sino mejor sería estudiar el Derecho Agrario por institutos, buscando otro tipo de principios, menos universales y generales pero más profundos, que pudieran luego estructurar todo un sistema al permitir ubicar los institutos de mayor a menor rango, determinando si pertenecían o no al Derecho Agrario.

Pero si bien el planteamiento de los institutos era importante, el trabajo apenas comenzaba, no se podía en lo más mínimo, aún cuando *Carrozza* lo quisiera, plantearse científicamente nuestra disciplina dentro de la órbita de una teoría general propia. Era necesario establecer criterios científicos valederos que facilitaran el planteamiento inicial.

En la primera Mesa Redonda Italo-Soviética de Derecho Agrario (mayo, 1972) se sintió el clamor de *Carrozza* por la construcción de una teoría general del Derecho Agrario. El pretendía por esta vía superar los problemas del ser o no ser de la materia.

Fue sin embargo hasta la celebración de las Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario en ese mismo año 1972 cuando *Carrozza* lleva la respuesta novedosa a una disciplina que ya comenzaba a tener varias décadas. En esta oportunidad reafirmando el planteamiento del estudio del Derecho Agrario por institutos elabora las bases para determinar qué es y qué no es Derecho Agrario. Lleva adelante la construcción del criterio de la agrariedad. Toma el artículo 2135 del Código Civil italiano y lo redimensiona, luego de criticar sus límites, para llegar a determinar lo que es realmente la actividad agraria. Esta es, o se concreta, en un ciclo biológico de cría de animales y cultivo de vegetales. Este criterio, tan sencillo va a permitir determinar si estamos dentro o fuera del contenido del Derecho Agrario, es decir *Carrozza* comienza a colaborar científicamente para determinar cuáles son las fronteras de la disciplina.

El concepto de la agrariedad llega a ser profundizado, pero sobre todo revitalizado con esa impresionante calidad científica en su libro de 1975 *Problemi generali e profili di qualificazione del Diritto agrario.*

A partir de aquí *Carrozza* deja de ser un autor italiano, se convierte en figura principal del Derecho Agrario del mundo, por eso *Irti* está equivocado cuando habla de las dos escuelas del Derecho Agrario y ubica a *Carrozza* dentro de aquella de *Bolla.* Por el contrario el desarrollo científico de la materia conoce dos etapas: aquella desarrollada antes de *Carrozza* y aquella otra durante *Carrozza.*

Pero no es, y conviene no llamar a engaño, que la labor de este importante autor se cristaliza con el libro de comentario de 1975, pues más

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

bien fue ahí de donde se inicia la etapa que impulsa *Carrozza.*

Este autor, que nace precisamente en 1922 cuando la Revista también nace, asume gran personalidad y por su labor se convierte en el conductor del Derecho Agrario una vez que *Giangastone Bolla* muere.

No asume este rol recibiendo homenajes o asumiendo puestos importantes en las instituciones a las cuales *Bolla* dio existencia. A él no le interesa eso en lo más mínimo. El se va a trabajar donde corresponde: en la *Rivista,* en la cátedra, en el Instituto de Derecho Agrario de Pisa. Ahí comienza a crear lo que un científico debe concebir para ser llamado maestro: una escuela.

Nacen, producto de la intervención de *Carrozza* en todo tipo de eventos de Derecho Agrario del mundo las más claras tesis en relación con los institutos fundamentales de la disciplina. La empresa cobra mayor vitalidad, el contrato se solidifica, la propiedad agraria adquiere otra dimensión, pero sobre todo *Carrozza* se empeña en abrir las posibilidades para que el contenido del Derecho Agrario cubra cada día un mayor ámbito, reafirmando en esta forma su personalidad. Un importante ejemplo es el tema del Derecho Agrario hereditario.

No se crea que esto es todo. Nuestro maestro cada vez que habla, cada vez que escribe nos tiene reservada una sorpresa. En la Quinta Mesa Redonda Italo-Soviética de Derecho Agrario, celebrada en Italia en octubre último, ya nos llamó la atención a sus alumnos, e incluso a aquellos que no siéndolo estaban ahí presentes, en el sentido de continuar profundizando en la materia. Porque él es hipercrítico, pero reconstructivo a la vez, no es el jurista negativo, sino más bien el que critica con el afán de dar un aporte. En esta oportunidad llamó la atención al mundo jurídico sobre la importancia del estudio del objeto y el método del Derecho Agrario. En esa ocasión quedamos perplejos, pero aún más cuando en Ferrara, al celebrarse ahí el Coloquio europeo de Derecho Agrario, en mayo de este año nos volvió a plantear el argumento profundizándolo.

Es por esto que *Carrozza* no es parte de una escuela, *Carrozza,* es el maestro de la escuela moderna del Derecho Agrario, en torno a él los juristas agrarios de todo el mundo nos esforzamos por desarrollar y encontrar sus enseñanzas. Nosotros sabemos que gracias a su empuje, a su personalidad ejemplarizante, a su brillantez científica las posibilidades de esta escuela son inconmensurables.

Pero *Carrozza* no es sólo maestro científico. Es la consagración misma del ser del maestro. Usted *Antonio Carrozza* nos ha enseñado no sólo Derecho, sino que nos ha enseñado una forma de vida: Usted nos ha enseñado que no es escalando posiciones como se realiza la ciencia del Derecho, que no es enriqueciéndose como se colabora con el Derecho, que es teniendo un sentido profundo de justicia como se debe construir una Ciencia, pero principalmente que es trabajando tesoneramente, infatigablemente, con gran desprendimiento humano, como se llega a ser no solo juristas sino también hombres íntegros.

Por eso este sencillo homenaje que hoy le rinde la Universidad de Costa Rica, tiende más que todo a reafirmar lo que todos sabemos: que usted es un hombre grande, un gran científico, un ejemplo universitario.

Estoy seguro que si usted hubiera sabido del homenaje hubiera pedido que no se le hiciera, pero recíbalo como producto del sentimiento más puro de admiración y cariño que este país, esta Universidad y esta Facultad tienen por usted.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CASAD, Robert.
El reconocimiento de resoluciones judiciales, (Civil Judgement Recognition and the integration of Multiple-State Associations: Central America, The United States of America, and the European Economic Community). The Regents Press of Kansas. Lawrence, 1982.

Comunicamos a los lectores la llegada, a la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, de una obra especializada sobre nuestro propio Derecho, publicada en Lawrence, Kansas; en ella se enfoca la materia del "Exequátur" en Centroamérica.

La tesis de la obra es que lo que conviene a los países de Centroamérica es regionalizar el sistema de reconocimiento de sentencias extranjeras.

Para el autor, la única esperanza de paz y prosperidad para Centroamérica está en la integración regional (lo cual es a nuestro juicio muy discutible). Considera que ninguno de los países centroamericanos es capaz de autosuficiencia. Además, opina que como es muy improbable que el cambio ocurra pronto, todo paso significativo hacia la integración regional debe ser estimulado por los Estados Unidos; destaca en sus primeras líneas, la "creciente importancia de Centroamérica para el público norteamericano".

Es interesante anotar que a la hora de referirse a las características de nuestro país el autor pone de relieve, por ejemplo, "que no está gobernado por militares", "que domina la clase media", "que hay un alto grado de alfabetización", "que hay fuertes tradiciones democráticas" y algunos otros aspectos que nos hacen evocar los escritos de Yolanda Oreamuno sobre "el ambiente tico".

Relata seguidamente los intentos de unificación de Centroamérica, incluido el de Walker, para pasar entonces a la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA).

Antes de enfocar el sistema de cada uno de los países de Centroamérica (en la que incluye Panamá), desarrolla la materia en general, del reconocimiento de sentencias extranjeras y expone los textos correspondientes del Código Bustamante.

Al hablar de nuestro país hace referencia al Código de Procedimientos Civiles, que es fuente primaria, de modo que el Código Bustamante es de aplicación subsidiaria. Examina el papel del orden público y los requisitos que se toman en cuenta. En lo del órgano competente para la concesión del reconocimiento habla de la Sala de Casación; sin embargo, desde el 22 de mayo de 1980 esta competencia pasó a la Sala Primera de la Corte (ley 6434), por lo que debe actualizarse en este aspecto la obra.

Al evaluar el sistema costarricense afirma:

"El principal problema es la aplicación costarricense de "standards" locales (procesales y sustantivos) en casos donde no se ponen en juego o en peligro realmente intereses nacionales. Esta actitud se refleja en las reservas al Código Bustamante..." continúa: *"La doctrina costarricense ve el exequátur como un elevado acto de soberanía".*

Para el autor, en cambio, tal "autorización" no debería siquiera exigir la actuación de las Salas de la Corte Suprema de Justicia.

Concluye este capítulo con la idea de que "no se puede afirmar que el esquema del reconocimiento de sentencias extranjeras en Costa Rica resulte adecuado para un sistema regional...". Aunque, bien podría formularse —a nuestro juicio— la tesis opuesta: *"no se puede afirmar que un*

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

esquema regional de reconocimiento de sentencias extranjeras resulte adecuado para Costa Rica", ya que soberanía y orden público no son conceptos vacíos.

Se refiere luego a los demás países de Centroamérica y Panamá, realiza comparaciones con Estados Unidos y con el Mercado Común Europeo y alude a la Convención Interamericana sobre la validez extraterritorial de sentencias judiciales y laudos arbitrales, de Montevideo de 8 de mayo de 1979.

La obra incluye como apéndices el texto del Código Bustamante (cuya versión oficial en Costa Rica se encuentra en Anexo a La Gaceta No. 30 de 6 de febrero de 1930) y la Convención de la Comunidad Económica Europea sobre jurisdicción y ejecución de sentencias en materia civil y comercial.

Desde una perspectiva muy norteamericana, la obra, sin embargo, proporciona útil información sobre la situación de la materia en Centroamérica independientemente de la validez de los juicios y conclusiones del autor.

Víctor Pérez Vargas.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CONTENIDO DE ALGUNOS VOTOS SALVADOS EN RESOLUCIONES DE INTERES

Licda. Cecilia Sánchez Romero

DERECHO LABORAL

Costas — Exoneración — Allanamiento del demandado.

Resulta interesante transcribir aquí textualmente el voto salvado del señor Juez Superior Francisco Roldán Poblador, en tanto el punto en discusión amerita un análisis, en aras, básicamente de la aplicación de la justicia y de la uniformidad jurisprudencial. Dice así: "Conforme lo expuse en otro voto salvado, en un caso similar al de estudio, sería un pésimo precedente exonerar a la accionada en tal condenatoria, en casos como el presente, pues se obligó a litigar a la parte hasta el final, y no es correcto que, para librarse de dicha condenatoria, la parte contraria al final se allane a la demanda, queriendo demostrar una buena fe que resulta extemporánea. . . (resolución 2627 en juicio ordinario de Damaris Mena Alfaro, contra la C.C.S.S.)".

1982. Tribunal Superior de Trabajo, No. 834 de las 15:10 hrs. del 17 de febrero. Ordinario de E.C.C. contra "C.C.S.S.".

DERECHO PROCESAL CIVIL

Costas — Prescripción — Exoneración — Procedencia.

En sentido opuesto al voto de mayoría, el señor Juez Superior don Juan Luis Arias, sostiene que siendo el principio general el de la imposición de costas al vencido, salvo en caso de evidente buena fe, con el agregado, en materia concursal, como la del caso de autos, que hace más dura la situación del vencido cuando se acoge la reposición: pagar daños y perjuicios si hubo culpa o dolo al promover injustificadamente procedimientos tan serios, y en el presente asunto, el promotor de la quiebra desató procedimientos gravosos, y luego cayó en absoluta negligencia durante años, al punto de obligar al recibo de una prescripción, y de ni siquiera contestar el incidente, por lo que al menos debe condenársele al pago de las costas.

1982. Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Segunda, No. 101 de las 15:15 hrs. del 11 de marzo. Incidente de reposición promovido por E.P.G. dentro de las diligencias de quiebra de "G.L.M.S.A.".

DERECHO DE FAMILIA

Menores — Depósito provisional — Modificación en sede administrativa.

El contenido del fallo minoritario en este caso analiza cuidadosamente el procedimiento más adecuado y correcto para ventilar asuntos en los que el principio general es el interés de los menores, en materia de familia; y si se resulta que por gestión unilateral del ex cónyuge, a menos de transcurrido un mes de haberse decretado el divorcio por mutuo consentimiento, se plantea un incidente de modificación de la guarda, crianza y educación, fundamentado en las diligencias originadas por él mismo en el Patronato Nacional de la Infancia, ante quien no se evacuó prueba que demostrara con certeza la existencia de los hechos ahí denunciados, interlocutoriamente se resolvió dejar a la menor afectada en depósito provisional con sus abuelos, se estima que el mencionado depósito, en ese interin, (mientras se resuelve el incidente de

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

modificación de la guarda, crianza y educación), procede sólo en casos calificados, en que, por diligencias sumarísimas se demuestre el mejor interés para el menor; pues el artículo 54 del Código de Familia establece a solicitud de quiénes se resolverá, a cuál de los cónyuges, persona, pariente, o institución adecuada se confía el cuidado provisional de los hijos, y el 56 del mismo cuerpo legal señala que al declarar el divorcio, el Tribunal determinará a cuál de los cónyuges lo confía; de manera que el depósito provisional, normalmente se decreta hasta tanto no sea dictada sentencia firme en la que se establezca a cuál cónyuge corresponde esa obligación; y en el sub júdice, ya se había dictado sentencia resolviendo el punto; de ahí que la modificación, de ser susceptible, lo será en la resolución del incidente incoado, al que debe dársele la prontitud y preferencia debida. El voto se inclina entonces por revocar la resolución apelada en tanto dispuso el depósito provisional de la menor en los abuelos maternos, puesto que además de las razones apuntadas, no se produjo en el Patronato una información sumarísima que comprobara lo dicho por el ex cónyuge y que ello ameritara el depósito, modificación que hace el juzgador disidente desde las perspectivas que ofrece el caso concreto y no como principio o norma generalizada, pues estima que en esta materia debe analizarse con atención cada caso, sin generalización alguna.

1982. Tribunal Superior Segundo Civil, Sec. Segunda, No. 153 de las 15:20 hrs. del 31 de marzo. Incidente de modificación de sentencia dentro del ordinario de D.X.M.C. de A.C.P. y N.C.A.

Voto salvado del Juez Superior Alfonso Rodríguez M.

DERECHO PENAL

Robo — Simple — Lugar habitado.

El voto salvado de esta resolución del conjuez Pedro Antonio Peña Carrillo, analiza la agravante establecida en el artículo 213, inciso 1 del Código Penal para la figura del robo agravado, concluyendo que la misma está referida, básicamente, a la fractura de pared, cerca, techo, piso etc., y que la circunstancia de que el lugar o sus dependencias esté habitado, tiene una importancia relativa, en tanto el término "habitado" alude a la idea del serio peligro que comporta para las personas que allí se encuentran en el momento, cuya presencia en ese lugar no es permanente en modo alguno, debido a motivos obvios.

1982. Tribunal Superior Penal de Puntarenas, No. 46 de las 16:05 hrs. del 25 de febrero. Causa contra A.E.M.M. y otros por el delito de hurto agravado y otros en daño de M.A.L.M. y otros.

***

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

COMENTARIO AL ARTICULO 8, INCISO 13 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Dr. Israel Hernández

La sentencia dictada por la Sala de Casación a las 16 horas del 15 de enero de 1982, resuelve un caso en el cual se plantea la posibilidad de que la Sociedad heredera de una explotación agrícola pueda o no continuar rebajando de las rentas futuras, el 20 por ciento de las pérdidas que tuvo la empresa, durante el tiempo que perteneció a la sucesión.

Se plantearon dos tesis antagónicas: la primera señala que el derecho a rebajar las pérdidas es de carácter personal; en consecuencia es intransferible y no puede beneficiar a adquirientes o sucesores de la empresa.

La otra tesis señala lo contrario. El incentivo a rebajar las pérdidas es concedido por la ley en beneficio de la empresa, independientemente de sus propietarios y por esa razón, al cambiar los propietarios, de pleno derecho se transmite el beneficio.

Son buenas las razones aducidas para defender ambas posiciones, y la Sala de Casación por mayoría adoptó la que mejor se aviene con un criterio civilista, sin embargo, puede aportarse nueva luz para encontrar la solución mejor adaptada a principios del derecho tributario.

El artículo 8, inciso 13 de la ley señala lo siguiente:

> *"8) La renta líquida proveniente de las empresas, explotaciones o negocios a que se refiere el inciso 5) del artículo 5, se determinará deduciendo de la renta bruta las siguientes partidas. . . 13) Cuando en un período fiscal una empresa exclusivamente agrícola o industrial obtenga pérdida, la oficina de Tributación aceptará como deducción, en los siguientes cinco períodos que se produzcan utilidades, un veinte por ciento anual de dicha pérdida total. . .".*

Esta deducción es típicamente un incentivo mediante el cual el Estado estimula a los contribuyentes para que desarrollen empresas agrícolas e industriales; el empresario verá disminuido el riesgo de emprender en tales actividades, porque el Estado participará moderadamente en las pérdidas que pudieran resultar, aceptando que las mismas puedan rebajarse de las ganancias futuras.

Según la interpretación literal de esa norma, el incentivo se confiere en beneficio de la empresa que desarrolle actividades agrícolas e industriales. Siguiendo esa doctrina se trata de una relación entre el estado y la empresa, por cuanto, ese derecho solo ella podrá utilizarlo. Deberá existir identidad entre la empresa generadora del derecho, por haber incurrido en pérdidas y la que pretende ejecutar el beneficio posteriormente, pues no puede entenderse de otra manera la frase del inciso 13, que dice: *". . .cuando en un período fiscal una empresa exclusivamente agrícola o industrial obtenga pérdida. . . aceptará como deducción, en los siguientes cinco períodos que se produzcan utilidades. . .".*

Existe una vinculación indisoluble. Solo la empresa que tiene pérdidas puede hacer la deducción. Si en varios períodos no hay ganancias, se acumularán para ser rebajadas cuando haya oportunidad, siempre a razón de un 20 por ciento anual en cada período. Es obvio que no resulta transferible el beneficio de una empresa a otra, porque se transformaría radicalmente. En esa misma direc-

Digitalizado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción se orientan las normas legales que regulan la sucesión mortis causa en el Código Tributario.

El artículo 19, del Código Tributario señala lo siguiente:

> *"Artículo 19, Sucesores: Los derechos y obligaciones del contribuyente fallecido deben ser ejercidos o, en su caso, cumplidos por su sucesión, o sus sucesores. . .".*

Si el asunto se hubiera fallado con arreglo a las disposiciones que estaban vigentes a partir del Código Tributario, es obvio que la solución no habría ofrecido duda alguna por cuanto la sociedad heredera adquirió los bienes y también los derechos y deberes de la sucesión que originó las pérdidas declaradas.

Pero fue necesario resolver con fundamento en las regulaciones vigentes en aquel momento.

Es de notar que el derecho debe ser transmisible, porque de lo contrario, el trasmitente lo pierde, liberándose así el Estado de una responsabilidad adquirida previamente con la persona que asumió los riesgos, pero sólo puede trasmitirse juntamente con la empresa, así el trasmitente se resarce del perjuicio sufrido, y el Estado no se ve perjudicado, puesto que el adquiriente sólo puede aprovechar ese beneficio en las mismas condiciones que lo habría de aprovechar el titular. La tesis de que el derecho a las deducciones es de carácter personal y que por ello no es trasmisible, contiene una visión parcial del problema, desde luego que algunas deducciones se conceden en razón directa de las circunstancias personales del contribuyente, pero otras por la actividad misma de la empresa, como en el caso de los incentivos.

El derecho tributario tiende a regular generalmente la situación económica real, por ello le da el carácter de sujetos de derecho a algunos centros de imputación normativa que no tiene personería jurídica propia, tales como los fideicomisos a sucesiones, sociedades de hecho y consolidación de sociedades.

Aquí la relación tributaria se produce entre el Estado y un centro de imputación jurídica que no tiene la condición de persona jurídica.

En este caso la interpretación literal de la norma se aviene mejor con los principios del derecho tributario.

***