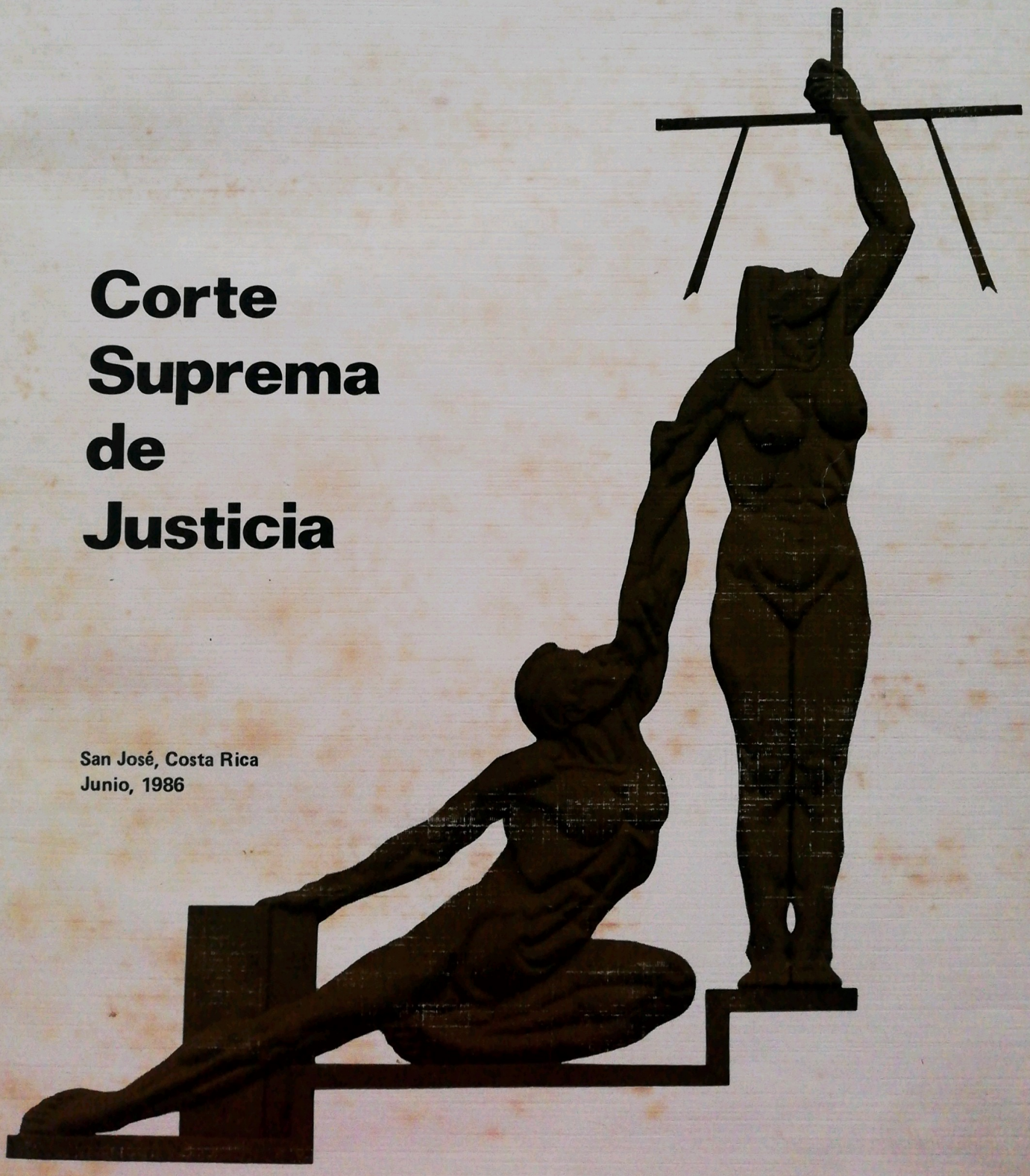
AÑO X

Nº 37

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Junio, 1986

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REVISTA JUDICIAL

Año X — Núm. 37 — Junio, 1986

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

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

Presentación 5

In memoriam 11
Lic. Danilo Elizondo Cerdas

Sección I: Estudios

Propiedad y constitución 15
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

Antecedentes mediatos del objetivo resocializador de la pena privativa de libertad. Algunos clásicos del penitenciarismo. 31
Dr. Fernando Cruz Castro

Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina: (III) Libertades de expresión. 65
Dr. Enrique P. Haba
Dr. Jaime Esponda Fernández

Error de Derecho. Venta de cosa ajena. Nulidad parcial. 91
Dr. Diego Baudrit Carrillo

La autonomía del Derecho Agrario 101
Lic. Álvaro Meza Lázarus

El Derecho de Extranjería en Costa Rica en materia de inversión extranjera 115
Lic. Joaquín Tacsan Chen

La representación en el Derecho Mercantil Internacional. 133
Licda. Míriam Borloz Soto

Contribución al estudio de la apariencia de la situación jurídica. (Análisis de la apariencia que deriva de situaciones de hecho) 167
Lic. Juan Marcos Rivero Sánchez

De la "contrectatio" al "apoderamiento". Notas sobre el momento de consumación de los delitos de hurto y robo de vehículos 199
Dr. Víctor Pérez Vargas

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia

La psicología forense (judicial-legal): sus orígenes, configuración, funciones, métodos y finalidad. (Capítulo I) 211
Lic. Jorge Alberto González Pinto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera

La impronta mercantilista del nuevo Código Civil del Perú (1984). 235
Dr. Carlos Torres y Torres Lara

Sección IV: Reseñas Bibliográficas

Derechos subjetivos y situaciones jurídicas (Paul Roubier). 245
Dr. Diego Baudrit Carrillo

La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano 247
Dr. Fernando Vidal Ramírez

Sección V: Información Normativa. 249
Licda. Marcelina Zeledón Castillo

Sección VI: Pronunciamientos especialmente relevantes

Contenido de votos salvados 255
Licda. Cecilia Sánchez R.

Sección VII: Jurisprudencia. 257
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

La Revista Judicial ofrece en esta ocasión estudios en materia de Derecho Constitucional, Nacional y Comparado, Derecho de la Contratación Privada, Derecho Agrario, Derecho de Extranjería, Derecho Mercantil Internacional y Derecho Penal.

Nos unimos en primer término al homenaje tributado a la memoria del licenciado Víctor Manuel Elizondo Mora, durante la inauguración de la remodelación de los Tribunales de Justicia de la ciudad de Heredia, publicando las palabras que en esa ocasión pronunció el licenciado Danilo Elizondo Cerdas.

Brindamos seguidamente del **licenciado Eduardo Ortiz Ortiz,** indiscutible maestro costarricense del Derecho Público, cuyo renombre es intercontinental, **"Propiedad y Constitución",** valioso aporte dedicado al análisis del contenido del artículo cuarenta y cinco de la Carta Fundamental. El autor especifica las normas que contiene el citado texto: "inviolabilidad de la propiedad", "limitaciones por mayoría calificada" y "expropiación previa indemnización" (las segundas justificadas en una necesidad pública y para satisfacer el interés social) y comenta la jurisprudencia constitucional, según la cual las limitaciones por intereses distintos de los sociales no están contempladas en la Constitución y la que caracteriza el concepto de "interés social" en relación con los problemas de las clases sociales de menos recursos. Se refiere seguidamente a la propiedad como institución en un régimen liberal de propiedad mixta, comentando primero la institución de la propiedad y el sistema de libre mercado. De la relación entre los diversos textos constitucionales resultan la inviolabilidad de la propiedad y sus excepciones por reducción del contenido favorable al propietario y por reducción de la esfera objetiva de aplicación. Nos muestra también las contradicciones del artículo cincuenta que, a su juicio, existen, en particular, en la oposición entre estímulo a la producción e imposiciones a la empresa; enfatiza la idea de que en nuestro sistema la iniciativa pública es subsidiaria; el texto consagra —afirma—: "nada menos, pero nada más, una función reguladora del Estado tanto normativa como activa, llamada a armonizar la propiedad y la empresa privadas con el bien común, lo mismo que a suplir, corregir, complementar y fomentar su funcionamiento, como el medio más adecuado para aumentar y distribuir la riqueza"; el autor sostiene la conexión entre los principios de legalidad y de libertad, como ejes de la relación entre Estado e iniciativa privada y aclara cuáles son las actividades susceptibles de ser sujetadas a monopolio. Admite la existencia de un régimen mixto (Derecho Público-Derecho Privado) en la actuación del Estado, la cual sin embargo, está siempre sujeta a los principios del servicio público. En cuanto a la relación propiedad-em-

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

presa nos habla de dos tipos de protección: la reserva de ley reforzada para establecer limitaciones y la reserva de constitución para otras limitaciones y para estatizar. El licenciado Ortiz trata luego el tema "La jurisprudencia constitucional y su alcance actual"; comenta ahí la jurisprudencia que declara no indemnizable (por considerar que son limitaciones y no expropiaciones) las sujeciones de inmuebles al régimen de las zonas protectoras forestales, así como otra posterior, que sienta la tesis de que la propiedad privada como institución sólo puede ser afectada por limitación o nacionalización de bienes con base en una norma constitucional que lo permita, diferente del artículo cuarenta y cinco, que sólo autoriza limitaciones de orden social. Seguidamente, el distinguido jurista nos remite a la distinción (de García de Enterría y Parejo Alonso) entre "limitar" (condicionar su ejercicio a potestades administrativas o a deberes, para subordinarla a otra institución) y "delimitar" (definir las situaciones jurídicas del propietario), notando los problemas que presenta la distinción en el caso de las potestades discrecionales (que no hacen otra cosa que establecer una sujeción permanente, que termina por romper la reserva de ley). De la "función social" expresa que es un concepto indeterminado que depende de cada Ordenamiento; destaca la importancia de la consagración constitucional de varios aspectos: debe coordinarse con el interés del propietario, deben configurarse como "regladas" las potestades administrativas de limitación y de delimitación de la propiedad (y cuando no se pueda, se debe tener la mayor precisión en cuanto a motivo, contenido y fin). Determina luego el sentido estricto y ubicación constitucional del giro "función social de la propiedad" y sus consecuencias en materia de interpretación. De las técnicas de garantía distingue entre reservas absolutas (reserva constitucional) y reservas relativas (cuando la delegación es posible) —tesis sostenida por la Corte en el campo tributario y criticada por el autor— y dilucida la consecuencia jurídica: la nulidad como sanción por las violaciones. Examina entonces el derecho subjetivo de propiedad y su garantía y expone los temas expropiación y limitaciones expropiatorias. Distingue aquí entre la propiedad como derecho y la propiedad como institución, el primero como aplicación parcial de ese conjunto normativo y realiza la demarcación entre limitación y expropiación: "hay limitación cuando el principio de proporcionalidad exige meramente conformar la situación jurídica del propietario, sin privar de utilidad el derecho y hay expropiación cuando el mismo principio exige el cambio de titularidad o la privación sustancial de utilidad del derecho en contra del propietario". Sobre la reforma propuesta a la Constitución formula algunas críticas; entre ellas: omite el reconocimiento de la propiedad como institución, no habla de la propiedad pública, el concepto de función social no se define adecuadamente, abandona a la ley, en blanco, la medida de la indemnización por expropiación y el carácter previo de la indemnización no está bien regulado. Propone finalmente que se tome como base que la propiedad y la empresa son las fuentes de riqueza para que el proyecto sea síntesis auténticamente democrática y costarricense, aunque presenta una alternativa subsidiaria, a su juicio, aceptable.

Nos complace ofrecer del **Dr. Fernando Cruz Castro,** el ensayo **"Antecedentes mediatos del objetivo resocializador de la pena privativa de libertad. Algunos clásicos del penitenciarismo".** El autor identifica en el penitenciarismo clásico los antecedentes de la idea resocializadora que hoy inspira la pena privativa de libertad, a través del análisis de los textos de los autores clásicos y de los estudios que sobre ellos se han realizado. El Dr. Cruz asevera que Beccaria, además de ser el que logra plantear integralmente las ideas fundamentales del Derecho Penal

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

moderno, da inicio al penitenciarismo clásico, caracterizado por la humanización de las penas; además, se refiere a autores como Bentham (del cual enfatiza el tema, luego estudiado por Foucault) del panóptico, en el que convergen la pretensión de controlar al prisionero con el objetivo rehabilitador. El estudio penetra también en la obra de los principales penitenciaristas españoles.

Proseguimos la difusión del amplio estudio **"Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina (III): Libertades de expresión"**, de los **doctores Enrique P. Haba y Jaime Esponda Fernández,** el que se encuentra dividido en dos partes: la primera está dedicada a semántica constitucional y en ella los autores se refieren a la libertad de prensa, a la libertad artística, a la libertad religiosa, a la libertad de enseñanza y a la libertad de conciencia y culto, exponiendo en magistral síntesis la forma en que se encuentran reguladas en las constituciones de Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Honduras, México, Perú, Uruguay y Venezuela. La segunda parte está constituida por una investigación de campo sobre material jurisprudencial realizada con base en recursos de amparo relativos a la represión en Chile con posterioridad al ejercicio del derecho, a los impedimentos al ejercicio del derecho de opinión, así como a los casos donde se ha intentado o logrado impedir o sancionar la utilización de medios de comunicación. En sus conclusiones destacan la precariedad del derecho de opinión bajo el imperio de una constitución autoritaria.

El **Dr. Diego Baudrit Carrillo** nos ofrece **"Error de Derecho. Venta de cosa ajena. Nulidad parcial. (Notas de jurisprudencia)"**, interesante artículo que se inscribe dentro del proyecto de investigación dirigido por el autor, relativo al sistema de nulidades en Derecho Privado costarricense. En él analiza un fallo arbitral de la Corte de Casación que señala los caracteres que debe revestir el error de Derecho, establece los principios para determinar la existencia de la venta de cosa ajena y aplica la figura de la nulidad parcial. Parece criticar el autor que no se acepte el error de Derecho en cuanto a los presupuestos del negocio, lo que incluiría a los subjetivos (por ejemplo, la capacidad de actuar) y los objetivos (por ejemplo, la comerciabilidad del bien); esto es discutible, pues en tales casos, a nuestro juicio, la invalidez resulta de la ausencia del referido presupuesto y no es relevante lo que haya podido representarse en su mente las partes. Si un bien está fuera del comercio, los actos de disposición sobre él son nulos por esto mismo y no porque las partes erraran al respecto. De la venta de cosa ajena nos aclara su diferente regulación en el Código Civil y en el Código de Comercio. Al analizar el fallo expresa que este confirma el carácter relativo de la nulidad de la venta de cosa ajena en materia civil, a la vez que establece que la validez de tal acto en materia mercantil sólo alcanza a los traspasos de muebles, ya que en cuanto a estos rige el principio de que la posesión vale por título. Sin embargo, el autor considera que se debe poner el fundamento en el sistema de traslación del dominio: el carácter consensual de la venta civil y el carácter obligacional (con excepciones) de la mercantil. Sobre los criterios para admitir la nulidad parcial nos refiere la evolución de la doctrina; considera que el fallo no se conforma con los criterios de ésta (elementos separables) ni con los de la ley (casos), refiriéndose más bien al orden público, pero sin examinar si esa porción válida configura el contrato al que dio origen la voluntad conforme de los litigantes —expresa el Dr. Baudrit Carrillo—.

"La autonomía del Derecho Agrario" es el título del artículo conque colabora el **Lic. Alvaro Meza Lazarus,** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la Escuela Libre de Dere-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cho de la U.A.C.A. El estudio —dice su autor— trata de dar una idea global del debate con respecto al tema, lo que a nuestro parecer logra; al referirse a la importancia del tema de la autonomía del Derecho Agrario nos revela su novedad y los factores que lo originaron; en sus premisas metodológicas sostiene que el Derecho Agrario es renovador dentro del Derecho Común. Al tratar los antecedentes históricos del tema, nos relata el debate en la Rivista di Diritto Agrario, sobre la autonomía en los planos doctrinal, legislativo, didáctico, procesal y científico. De la actual doctrina del Derecho Agrario destaca la tesis de Antonio Carrozza (autonomía relativa, necesidad de cambio metodológico y especialidad por el objeto); la adopta pues logra eludir los escollos presentados al tema, mientras se va mermando poco a poco la resistencia que presenta a través del descubrimiento de nuevos institutos típicos del Derecho Agrario. Presenta así la teoría de los institutos y el criterio de la agrariedad. El trabajo revela amplia documentación bibliográfica en la que está presente la mejor doctrina contemporánea. Con seguridad este estudio contribuirá al enriquecimiento de los materiales para la docencia en nuestras universidades.

El **licenciado Joaquín Tacsan Chen** nos envía **"El Derecho de Extranjería en Costa Rica"**, investigación presentada en el sistema de estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica donde el autor obtuvo la especialidad en Derecho Internacional. Explica ahí la relación entre el Derecho de Extranjería y las políticas de atracción de la inversión extranjera y afina el concepto de "inversionista extranjero" (en Doctrina y en el Ordenamiento costarricense). De la regulación sobre inmigración en Costa Rica desarrolla varias leyes, en particular las relativas a ingreso (visas, restricciones), establecimiento (residente inversionista y residentes pensionados rentistas) y repatriación (renuncia, cancelación, expulsión y extradición; sobre estos dos últimos conceptos nos recuerda lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia). En las conclusiones y recomendaciones generales recalca que los incentivos no han sido suficientes, como insuficiente ha sido la puesta en marcha del llamado Programa de Recuperación Económica para los países de la Cuenca del Caribe. Enfoca seguidamente las ventajas comparativas que ofrece nuestro país y enuncia los cambios que se imponen, pues las reglas actuales son confusas, dispersas y desactualizadas, inadecuadas para una nueva política de atracción de inversión extranjera, el licenciado Tacsan reafirma finalmente la necesidad de reestructurar el Derecho de Extranjería, indicando algunas reformas y ajustes que se requieren, entre aquellas un "pasaporte para extranjeros que explique a otros países la verdadera situación".

"La representación en el Derecho Mercantil Internacional" es el argumento de la investigación que nos aporta la **licenciada Miriam Borloz Soto,** especialista en Derecho Internacional. Partiendo de la representación dentro de la teoría del negocio jurídico, delimita sus sujetos, presupuestos y elementos con fundamento en las doctrinas de Pugliatti. Diferencia las clases de representación: directa e indirecta y nos habla de la representación como categoría unitaria. Comenta en particular los auxiliares del comerciante; se refiere al factor, los dependientes, otros colaboradores y auxiliares autónomos (representantes de casas extranjeras, comisionistas, corredores, agentes o corredores de aduanas, porteadores). Trata también las agencias y sucursales y los Centros Públicos de contratación. En sus anexos nos presenta algunos cuadros explicativos, el Convenio sobre la representación en la venta internacional y algunas leyes (de agencias de aduanas y de viajes).

El **Lic. Marcos Rivero Sánchez** participa con la primera y la segunda parte de su meditado análisis de la apariencia, bajo el título **"Contribución al estudio de la apariencia de la situación jurídica" (análisis de**

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

la apariencia que deriva de situaciones de hecho). El licenciado Rivero presenta el problema y sus remedios, haciendo notar que la doctrina se ha ocupado poco de la apariencia de la situación jurídica originada en una situación de hecho; afronta la posibilidad de una sistematización coherente de la materia y aporta los presupuestos para un concepto de la apariencia, presupuestos que se refieren a la teoría de las dimensiones jurídicas y a la concepción orgánica del sistema; en cuanto al primer aspecto revela cómo la concepción tridimensional de lo jurídico supera las perspectivas parciales; con relación al segundo, identifica el carácter de la norma jurídica y sus relaciones con el sistema; concluye afirmando la necesidad de los enfoques lógico y dogmático en el estudio de la apariencia, la importancia de un examen de los efectos particulares que el Derecho liga a través de las normas concretas a los supuestos de situaciones jurídicas aparentes derivadas de situaciones de hecho, para llegar al cuestionamiento sobre una genérica dirección de la eficacia. La segunda parte se refiere al perfil objetivo de la apariencia; diferencia ésta del "aparecer", por cuanto se refiere a una de sus posibilidades (el aparecer de lo irreal como real); indica sus sentidos (vulgar y jurídico) y la estudia a la luz de la teoría de la manifestación, de la cual la teoría de la apariencia es tributaria. Parte de la distinción entre declaración y manifestación en sentido estricto y detalla los elementos de toda manifestación con base en las doctrinas de Scalisi y Falzea. Con gran acierto se plantea el problema práctico de la apariencia y la define como una relación patológica de manifestación por señales en la cual un conjunto de fenómenos materialmente presentes, permite inferir como real, sin serlo, la situación jurídica de un sujeto determinado; establece sus elementos; afronta los temas del hecho y del "supuesto de hecho" y determina la justificación de la tutela que el Ordenamiento brinda en estos casos, con base en la concepción real objetiva del Derecho y la aplicación del principio de adaptación de la forma a la sustancia, para pasar entonces a la especificación de los caracteres de los elementos manifestante y manifestado de lo cual se siguen diversas importantes implicaciones.

Incluimos unas breves notas sobre **"El momento de perfeccionamiento"** de los delitos de hurto y robo de vehículos, donde se analizan las diversas teorías (tocar, mover, sustraer, apoderarse, esconder) a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, que esperamos contribuya a aclarar el controvertido tema.

En la sección **La Ciencia al Servicio de la Justicia,** presentamos del **licenciado Jorge González Pinto,** especialista en Psicología Clínica y en Psicología Criminológica y Forense, de la Universidad Complutense de Madrid, la primera parte de una serie de entregas sobre **Psicología Forense,** donde se tratarán temas como los orígenes de la Psicología Forense, su configuración, sus funciones, sus métodos y sus finalidades. En esta ocasión brindamos la parte relativa al origen y a la configuración de la Psicología Forense que contribuirá a ilustrar al profesional no psicólogo sobre esta disciplina particular. Después de una reseña histórica de la Psicología y de explicar las relaciones de la Psicología Forense con otras ramas de la Psicología el autor trata el tema de las relaciones entre Psicología y Administración de Justicia.

En la sección "Reseña Legislativa Extranjera" contamos con la participación del Decano de la Universidad de Lima, **Dr. Carlos Torres y Torres Lara** con **"La impronta mercantilista del nuevo Código Civil del Perú (1984)".** El autor nos indica los principios propios del Derecho Mercantil (irreivindicabilidad de cosas, velocidad de operaciones, instrumentalidad, contratación informal, etc.), la transformación de éste en la historia, haciéndonos ver que las nuevas reglas no sólo incorporan normas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

típicamente mercantiles, sino que en algunos casos éstas sustituyen a las reglas típicas del Derecho Civil; el autor observa el fenómeno en la incorporación de nuevos contratos y en un nuevo tratamiento contractual de otros contratos (se refiere en particular a la compraventa, la permuta, el mutuo, el depósito, la fianza, la representación, los contratos por adhesión y el Leasing o arrendamiento financiero). En estos momentos en que se proyecta una revisión de nuestro Derecho Privado contar con la luz que iluminó la codificación peruana es de sumo interés. Agradecemos al reputado jurista su presencia en nuestras páginas.

En la Sección de "Reseñas Bibliográficas", el **Dr. Diego Baudrit Carrillo** comenta de Paul Roubier, **"Derechos subjetivos y situaciones jurídicas"**, obra que ve el derecho subjetivo como una de las manifestaciones de las situaciones jurídicas, las que a juicio del autor se presentan como conjuntos sistemáticos de derechos y deberes, concepto diverso al de la doctrina italiana que ve la situación jurídica como el efecto jurídico concretizado (verificado el supuesto) y puede, por eso, asumir diversas formas (poderes, derechos absolutos, derechos relativos, obligaciones, deberes, derechos potestativos, potestades, cargas, expectativas e intereses legítimos). Desde una particular perspectiva teórica la obra de Roubier destaca por su originalidad.

También incluimos una reseña sobre el libro **"La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano"**, del **Dr. Fernando Vidal Ramírez,** jurista de Perú.

Como de costumbre presentamos nuestras secciones "Información Normativa", "Pronunciamientos Especialmente Relevantes" y "Jurisprudencia".

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PROPIEDAD Y CONSTITUCIÓN

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

CONTENIDO

Pág.

I. El artículo 45 de la Constitución Política y su contenido 16

II. La propiedad como institución en un régimen liberal de propiedad mixta. 17

1) La institución de la propiedad y el sistema de libre mercado 17

2) La jurisprudencia constitucional y su alcance actual: una doble reserva tutelar (de Constitución y de ley) 20

3) Limitación, delimitación y "función social" de la propiedad privada. El problema de las autorizaciones y sus órdenes 20

4) Sentido estricto y ubicación constitucionales del giro "función social" de la propiedad. 22

5) Técnicas de garantía. 24

III. El derecho subjetivo de propiedad y su garantía: expropiación y limitaciones expropiatorias. . . . 25

IV. Las reformas, propuestas y proponibles 27

La reforma propuesta. 27

V. Nuestra reforma 30

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

I. EL ARTÍCULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SU CONTENIDO

Dispone el artículo 45 de nuestra Carta:

> Art. 45. "La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.
>
> Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés Social".

El artículo 45 de la Constitución Política contiene tres normas, a saber: a) la inviolabilidad de la propiedad; b) las limitaciones a la propiedad por una mayoría calificada (dos tercios de votos de la Asamblea Legislativa); c) la expropiación previa indemnización.

Las limitaciones que contempla son aquellas justificadas en una "necesidad pública" y para satisfacer el "interés social".

Según la Corte Plena (votación núm. 19 de 25 de marzo de 1983) las limitaciones por intereses distintos de los "sociales" no están contempladas en el artículo 45 y su adopción legislativa exige la existencia de otra norma constitucional que las autorice, sin lo cual el artículo 45 las prohibe, por el hecho de no permitirlas. Dado el dogma de la universalidad de la materia disponible para la Asamblea Legislativa, la Corte Plena parece implicar que la prohibición radica, más que en el silencio del artículo 45 respecto de limitaciones a la propiedad por intereses distintos de los "sociales", en la inviolabilidad de la propiedad que declara el mismo artículo 45 párrafo primero, que así tiene que entenderse como declaratorio de una inmunidad del derecho de propiedad frente a cualquier ley limitativa en orden a la satisfacción de intereses de distinta índole, salvo norma constitucional que disponga lo contrario y le dé existencia y eficacia en su contra.

No contempla tampoco el artículo 45 la posibilidad de "nacionalizaciones" o "estatizaciones" de categorías de objetos, que, por evidente mayoría de razón, están regidas por iguales reglas y principios restrictivos que las limitaciones, por ser cercenamientos del campo objetivo de vigencia de la propiedad privada de máxima gravedad, desde luego que consisten en hacerla legalmente imposible en el respectivo sector.

Para precisar el alcance de la jurisprudencia constitucional citada resulta necesario saber en qué consiste "lo social" del interés a que aluden tanto ella como el artículo 45 párrafo segundo como causa de justificación de las limitaciones a la propiedad autorizadas por dicha norma. La definición aproximada de aquel concepto resulta dada en el Considerando IV del fallo de Corte Plena núm. 19 de 25 de marzo de 1983, ya citado, que en lo conducente dice:

> "La solución del problema consiste, pues, en definir en qué sentido se usa el concepto "interés social" en el artículo 45 párrafo segundo de la Constitución, pues de ello depende el ámbito de aplicación de esa facultad extraordinaria que la citada norma constitucional otorga a la Asamblea Legislativa. . .
>
> El vocablo "social" es de un amplio significado, pues se emplea para referirse a todo lo que concierne a la sociedad. Pero también tiene una aceptación más restringida, como lo deja ver el Diccionario de la Academia, al definir ese vocablo en los siguientes términos:
>
> *"SOCIAL.* Perteneciente o relativo a la sociedad *o a las contiendas entre unas y otras clases".*
>
> Esa acepción que habla de "las contiendas entre clases" es la que interesa en el presente caso, y es la misma que se usa para aludir a la llamada "cuestión social", a la justicia social, a la doctrina social de la Iglesia, a los problemas sociales, con especial referencia a la necesidad de proteger a las clases de menores recursos económicos, y de allí proviene también el concepto de "función social de la propiedad", que considera a la propiedad no sólo como un derecho sino también como un deber. . .
>
> ". . .que en la Constitución de 1949 no se llegó a declarar o reconocer la llamada "función social" de la propiedad; pero sí se mantuvo el mismo concepto de "interés social"; y tanto por la época en que esa regla fue incorporada al Derecho Constitucional patrio, junto con las Garantías Sociales, como por los motivos que impulsaron la reforma y por el sentido que desde años anteriores se daba a esa expresión en la literatura jurídica, no hay duda de que aquel concepto se identifica con los problemas de las clases sociales, acentuadamente las de menores recursos, y con las medidas que deben adoptarse para mejorar las condiciones económicas de esas clases y lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución del bien común y de la justicia social. . ." (págs. 18, 20 y 21 *ibídem*).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

II. LA PROPIEDAD COMO INSTITUCIÓN EN UN RÉGIMEN LIBERAL DE PROPIEDAD MIXTA

1) La institución de la propiedad y el sistema de libre mercado (arts. 11, 28, 46 y 50 C. Política).

Una institución es un conjunto de normas que regulan una materia compleja a partir de una idea central, que es el fin que todas tienden a lograr, el bien jurídico que todas tienden a proteger. En el caso de la propiedad es la titularidad exclusiva del derecho de usar, gozar y disponer de un bien, para lo cual es necesario que la ley establezca cómo se adquiere y se pierde, qué contenido y alcance tiene, cómo se transmite y defiende ante terceros, etc. Lo que la Constitución consagra es la idea central, titularidad exclusiva de los derechos sobre un bien, y abandona en la ley el desarrollo de todos los demás aspectos. Se comprende que cuando una Constitución declara la inviolabilidad de la propiedad o reconoce y garantiza su existencia, lo que hace es imponerle al legislador el deber de legislar para consolidar la propiedad privada y darle su régimen en cuanto a modos de adquisición, de ejercicio, de defensa, etc., tanto como un contenido congruente con la idea central de titularidad exclusiva de un bien antes mencionada. Todavía más: la Constitución que lo hace exige que ese régimen legal se dé para universalizar la propiedad como forma normal de relación del hombre con los bienes productivos y de consumo, en forma tal que todos tengan acceso a ella en lo posible y que la propiedad pueda recaer sobre toda clase de bienes, salvo excepción constitucional en contrario. La excepción como tal debe tener fundamento en un fenómeno real de conflicto entre el interés del propietario privado y el de la colectividad, por obra de un excesivo y peligroso poder de aquél radicado en la naturaleza misma del bien, o de la escasez de este último en orden a la satisfacción de una necesidad colectiva de suma importancia. La propiedad es vulnerable, dentro de tal concepción, o bien por reducción de su contenido favorable al propietario, o bien por reducción de su esfera objetiva de aplicación. Esto último puede ocurrir tanto si se dificulta extremadamente la adquisición de la propiedad privada (al complicar los pasos legales necesarios o al hacerlos muy onerosos pecuniariamente), como estatizando o nacionalizando categorías de bienes, con paralela contracción de la oferta en el mercado. La garantía de la propiedad privada como institución supone al respecto que el dominio público es excepcional y justificado por la inexistencia o la insuficiencia de la propiedad privada en un ramo, con reconocimiento de un haz de potestades adecuado a la satisfacción de los fines que la propiedad privada persigue dentro del mercado.

El artículo 50 de la Constitución Política obliga al Estado a promover el bienestar del país "organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza". Podría interpretarse como norma que consagra la libre iniciativa pública en materia económica, permitiendo al Estado no sólo emprender en lo que quiera para los fines que quiera sino intervenir, dirigir y regular la empresa privada, en su organización y funcionamiento, al servicio de fines que son principalmente del Estado, aunque sean comunes con la iniciativa privada. Debe empezarse por admitirse que el texto es contradictorio si se interpreta técnicamente, pues organizar la producción significa crear las estructuras subjetivas para los fines que el organizador establezca y, en el caso, que el Estado imponga a toda la producción, incluso a la privada, su estructura y fines, como si se tratase de dependencia o hacienda públicas. La contradicción surge de inmediato con la función de fomento de la producción que la misma norma impone al Estado, lo que va necesariamente referido a la empresa privada, dada la imposibilidad de un autoestímulo en la vida económica. La cuestión es que mal puede estimularse la producción privada al tiempo que se impone a la empresa que la desarrolla tanto su organización con sus fines y los demás aspectos esenciales de su funcionamiento dentro del mercado. El estímulo supone libertad del particular para elegir lo de su interés, pues es imposible estimular la inclinación hacia algo impuesto. Si hay actividad estatal de fomento es porque hay coincidencia de metas e intereses entre Estado y particular, nunca imposición, y es facilitando la libre satisfacción del libre interés privado que el Estado logra su fin de fomento. En la medida en que hay imposición, no hay estímulo, y a la inversa, pues el estímulo es un correlato de la libertad. Estimular es ayudar a la libertad a realizar su propósito, no el del Estado, aunque también sea el del Estado.

Es obvio, por otra parte, que el reparto de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

riqueza en función del bienestar de los habitantes del país es incompatible con el capitalismo de Estado, entendido como el monopolio estatal de la propiedad privada sobre los medios de producción, pues tal sistema solo deja en mano privada los bienes de consumo. Y consumiendo sin poder capitalizar nadie adquiere ni acumula riqueza. El reparto de la riqueza supone la existencia de un sistema de libre mercado, donde la regla general y la normalidad efectiva son la titularidad privada de los medios de producción, porque todos tengan el derecho a ser o a convertirse en propietarios y todas las cosas y bienes puedan ser propiedad privada, con las salvedades que contemple la Constitución. Un sistema como el nuestro supone que la propiedad y la empresa privadas son la forma normal de organización de la vida económica, con las salvedades de orden público que ya se apuntaron y que son necesarias e inevitables. Se trata de un sistema donde la iniciativa pública en materia de propiedad y de empresa es subsidiaria, según una filosofía católica de la vida económica, por lo que su función puede ser suplir o complementar la iniciativa privada, no sustituirla ni hacerla desaparecer en virtud de un plan de gobierno, colectivista, socialista o lo que sea. Pese al artículo 50 antecitado, la situación de Costa Rica no es la de España, donde el artículo 128.2 de su nueva Constitución de 29 de diciembre de 1978 expresa y rotundamente consagra la iniciativa pública en materia económica, sin salvedades ni restricciones. En sistema tal, las políticas gubernamentales pueden consistir en el desaliento o destrucción de la empresa privada contrapuesta a un plan de gobierno, que entonces se erige en único parámetro de valoración para establecer la conveniencia y utilidad sociales de la propiedad o de la empresa privadas; en un sistema como el nuestro el Estado sólo puede intervenir en la vida económica para corregir ausencias o disfunciones de la propiedad y de la empresa privadas, que dañen el orden público o resulten de productividad insuficiente, no desde el punto de vista del programa gubernamental, sino desde el punto de vista del libre mercado, que exige cambios radicales para la debida satisfacción del consumidor o del necesitado. Fuera de tal misión correctiva y supletoria, la iniciativa estatal sólo puede darse dentro del mercado para fomentar la empresa privada, si ello no implica destrucción de otra compatible con el orden público, pues caso opuesto, también esa función de fomento resultaría constitucionalmente prohibida por los artículos 45 y 46 de la Carta. Y no es cualquiera, sino únicamente la actividad privada nociva o insuficiente, por mal abasto del libre mercado, la que puede monopolizarse en beneficio del Estado, municipalidades e instituciones, como lo prevé el mismo artículo 46 *in fine* Constitución Política. De todo lo cual puede concluirse en que el artículo 50 consagra —nada menos, pero nada más— una función reguladora del Estado, tanto normativa como activa, llamada a armonizar la propiedad y la empresa privadas con el bien común, lo mismo que a suplir, corregir, complementar y fomentar su funcionamiento, como el medio más adecuado para aumentar y distribuir la riqueza.

Todo lo cual se compagina muy bien con los artículos 11, 28 y 46 de la Constitución Política, que forman el marco global de relación entre Estado e iniciativa privada, al especificar los principios de legalidad y de libertad como ejes de esa relación y de su régimen jurídico en nuestro sistema económico. El artículo 28 declara fuera de la acción de la ley los actos y actividades del individuo —o de los grupos sociales libremente formados por él— que no dañen la moral, las buenas costumbres ni el orden público; y, correlativamente, el artículo 11 prohíbe que los funcionarios públicos —como depositarios de la autoridad— se arroguen funciones o potestades que la ley no les concede. Queda así perfilado por las dos caras el rostro de la libertad: el individuo y sus grupos son libres, excepto para lo que es socialmente nocivo y prohibido; la autoridad pública únicamente lo es para aquello que se le permite, a título de potestad o facultad concedida por la ley. En el campo económico íntimamente ligado a la propiedad privada, que no es sino instrumento de fundación y desarrollo, tanto como producto de la empresa privada ello equivale a la libertad de industria, agricultura y comercio, también entendida como la libertad de organizar y dirigir libremente la empresa, excepto en lo que choque con aquellos límites señalados por el artículo 28 y que, en el campo económico, aluden principalmente al orden público correspondiente. Este, como expresión de las exigencias básicas de la comunidad en cuanto a la estructura de la economía y en cuanto a la participación del Estado en ella, como regulador o como empresario, se amplía cada día más pero solo puede tener como sentido la construcción y el mantenimiento de esas estructuras en lo necesario para mantener un sistema de libre mercado, cuyo eje sea la libertad de acceso a la propiedad privada y en su explo-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tación, única forma de entender armónicamente todas las anteriores disposiciones constitucionales. El sistema supone que la libertad del propietario y de la empresa son suficientes para satisfacer las necesidades económicas de la colectividad, con los correctivos necesarios para que se tome en cuenta y se coordine también con el interés público o de grupos, eventualmente en conflicto con el egoísmo del propietario o empresario. Esa armonización, que puede alcanzar a una subordinación del propietario o empresario, queda a cargo del Estado, quien podrá optar entre alternativas, como regular, fomentar, competir, etc.

No creemos que la declaración previa del monopolio (por la ley reforzada por una mayoría de los dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa que prevé el artículo 46 *in fine*) resulte necesaria, dentro de este sistema de libertad, para que el Estado emprenda en una actividad económica, ni aun si lo hace en régimen de desigualdad y como titular de potestades y privilegios de Derecho Público. Se monopoliza normalmente lo que está sujeto a la iniciativa privada, que explota la actividad en cuestión, por lo que dichas potestades no serán necesarias para el ejercicio del monopolio, sino sólo para su organización interna (en punto a estructura y oficinas, administración de personal, administración financiera y aprovisionamiento de medios económicos y técnicos). En su actividad el monopolio se rige normalmente por el Derecho Privado, sobre todo mercantil. Esto revela que lo decisivo para la creación del monopolio no es la necesidad contraria de sujetar la actividad en cuestión al Derecho Público sino la de eliminar las distorsiones que introduce la libre competencia en perjuicio de empresarios y/o consumidores, desde el punto de vista de un adecuado abastecimiento del mercado. Para abastecerlo bien se necesita suprimir la libre competencia, que se revela inepta o peligrosa en esa particular actividad. Cuando dicha libre competencia pueda darse bajo régimen de Derecho Privado y sin distorsiones graves del mercado, el Estado puede competir para otros fines, como la regulación de precios o la apertura de nuevos mercados, precisamente ahí donde la empresa privada no lo haría y más bien para complementarla, por la cuantía de las inversiones o, de plano, por las pérdidas que la actividad acarrea. El Estado no podría monopolizar la actividad, que funciona bien en libre competencia, pero puede participar en ella para que funcione mejor en beneficio de grupos marginados o del mercado global, al que pertenece el ramo de actividad en cuestión.

Es inevitable, sin embargo, que el Estado actúe siempre bajo un régimen de Derecho público y privado o, más bien, mixto, y nunca en total igualdad con el empresario o propietario privados. Y ello no sólo en su actividad de organización empresarial sino, incluso, en su actividad de explotación y de prestación (industrial o mercantil), pues siempre estará sujeto a un régimen mínimo de Derecho Público, que es el correspondiente al servicio público, y que se expresa más que en privilegios y potestades en cargas y deberes de la administración, inexistentes en el Derecho Mercantil, todo tal y como expresamente lo establece el artículo 4 de la Ley General de Administración Pública, que dispone:

> "Art. 4. La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios".

Desde este ángulo, la propiedad es el instrumento principal —conjuntamente con la empresa— para la producción y el reparto de la riqueza en un régimen de libertad, con excepciones en beneficio del dominio o del empresario público cuando así lo exija el orden público económico, para corregir males de la libre competencia que afectan la estructura de la economía y valores fundamentales del bien común. Propiedad y empresa son inseparables y la propiedad luce, entonces, como el medio necesario para la fundación y el desarrollo de la empresa, a la cual comunica su régimen como institución fundamental del sistema económico de libertad creado por la Constitución.

El carácter basilar de la propiedad y de la empresa en el sistema imponen dos tipos de protección formal a su existencia y buen funcionamiento, a saber:

a) una reserva de ley reforzada (por dos tercios de la totalidad de votos de la Asamblea Legislativa), para establecer limitaciones de "interés social" a la propiedad como institución;
b) una reserva de Constitución para establecer cualesquiera otros aspectos del régimen de la propiedad como institución y, concretamente, para: delimitar su contenido y su ámbito objetivo de vigencia, por razón de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las categorías de bienes sujetas a su régimen y susceptibles de adquisición; para imponer otros tipos de limitaciones; y para "estatizar", "nacionalizar" o "socializar" categorías de bienes.

Esto coincide con la jurisprudencia constitucional al respecto, vacilante pero progresivamente orientada a la tutela de la institución como tal.

2) La jurisprudencia constitucional y su alcance actual: una doble reserva tutelar (de Constitución y de ley).

La jurisprudencia constitucional (de Corte Plena) ha declarado que no existen reglas constitucionales que definan un contenido exacto de la propiedad cuya inviolabilidad garantiza, por lo que el legislador tiene mano libre al respecto (ses. ext. de 10 hrs. del 9 de diciembre de 1971). Y ha declarado igualmente no ser indemnizable, por tratarse de limitaciones y no de expropiación, la sujeción obligatoria de una finca privada al régimen forestal de las llamadas zonas protectoras, constituido no sólo por leyes y reglamentos sino también por decretos y resoluciones del Ministerio de Agricultura, lo que sujeta la propiedad en cuestión a potestades administrativas de contenido indeterminable en lo que mira a su explotación (ses. ext. 17 de mayo de 1984). Fallo este último que sorprende, por omitir totalmente la consideración del art. 72 de la Ley Forestal, que, al contrario, establece la posibilidad de expropiar si el dueño se opone a tal régimen, con pago de la debida indemnización.

Hasta aquí los avances contra la propiedad privada como institución y como derecho subjetivo, ya consumados por nuestra jurisprudencia constitucional. Súbitamente, Corte Plena ha sentado la tesis de que la propiedad privada como institución —en cuanto norma basilar del orden económico— sólo puede ser afectada por limitación o nacionalización de bienes con base en una norma constitucional que lo permita, necesariamente distinta del artículo 45, que sólo autoriza limitaciones de interés social, cuando quieran imponerse otras de diversa naturaleza. Ha dicho Corte Plena en este histórico fallo (ses. ext. núm. 19 de 25 de marzo de 1983): "nótese que la votación de dos tercios no constituye autorización para imponer toda clase de limitaciones a la propiedad, pues el texto se refiere únicamente a las de "interés social"; y véase también que si la Constitución autoriza esas limitaciones por dos tercios de votos, ello no significó —como es obvio— que la regla sea general para cualesquiera otras limitaciones que fuere posible imponer, *si tuviesen fundamento legítimo en otros textos constitucionales".*

De lo cual se desprende claramente no sólo que los dos tercios de votos son suficientes únicamente para limitaciones de "interés social" sobre la propiedad privada, sino, sobre todo, que no son suficientes para otras limitaciones, salvo que "tuviesen fundamento legítimo en otros textos constitucionales".

La propiedad como institución está protegida en la jurisprudencia constitucional, entonces, no por la garantía de un contenido mínimo indeterminado (pero determinable), sino por dos tipos de reserva de ley: una de ley reforzada (por la votación calificada dicha) para imponerle limitaciones de "interés social"; y otra (reserva de ley constitucional, para imponerle otras limitaciones o intervenciones de distinta naturaleza, como las "nacionalizaciones".

3) Limitación, delimitación y "función social" de la propiedad privada. El problema de las autorizaciones y sus órdenes.

Ahora bien, cabe preguntar: ¿es lo mismo limitar la propiedad que darle su régimen?

Una autorizada fuente (Eduardo García de Enterría y Luciano Parejo Alonso, Lecciones de Derecho Urbanístico, Civitas, Madrid, 1979, págs. 408 y 409) ha introducido felizmente una distinción entre limitar y delimitar la propiedad privada. Limitarla es condicionar su ejercicio a potestades administrativas o a deberes para subordinarla —como institución— a otra de más alto rango, por la importancia del interés que representa, en un episodio de conflicto entre ambas. Ello ocurre cuando el haz de potestades y facultades que ofrece la propiedad se constituye en amenaza para otros intereses distintos del que es peculiar de la propiedad privada. Delimitar ésta es, en cambio, definir y atribuir esas potestades y facultades del propietario y las sujeciones y deberes correlativos o concomitantes, que sirven como medio para el cumplimiento del fin natural y normal de la propiedad, legalmente establecido. En tanto que la limitación la subordina a la función de otra institución —con la cual colisiona— la delimitación le otorga a la propiedad la suya y natural, conjuntamente con el haz de poderes y deberes (en sentido genérico) aptos para su buen desempeño. El mejor ejemplo está ciertamente en la propiedad

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

urbanística. Esta se vuelve la sede física de toda la vida social en su grado más intenso, que es la vida urbana. El uso de la propiedad inmueble es obviamente su equipamiento o transformación para la habitación, la circulación de gentes y vehículos y el esparcimiento. La ley regula la transformación (construcción, acondicionamiento, etc.) del suelo para su mejor uso y cuando no puede detallar más, delega hacerlo en el plan urbanístico, que indicará el tipo de transformación, el fin del equipamiento y los deberes y poderes del propietario, tomando en cuenta todos los factores que afectan su actividad y, naturalmente, equilibrando al máximo el interés del propietario con el de la comunidad. Esto es delimitar su contenido. Cuando, a la inversa, el propietario requiere una autorización de sanidad industrial, o de la Dirección de Aeropuertos o de Diseño Vial, a efecto de impedir que la obra urbana lesione los intereses que tales dependencias persiguen, hay una limitación. Sin embargo, la distinción se desvanece cuando las autorizaciones administrativas que condicionan el ejercicio de la propiedad —como típico ejemplo de limitación— son discrecionales, porque pueden servir, entonces, para dictar órdenes y regulaciones que definan los poderes y deberes del propietario en función de intereses que no son de él, sino más bien de un plan o programa de la Administración. Resulta muy difícil, entonces, distinguir entre tales fines y los propios del derecho de propiedad, pues unos y otros determinan por igual su contenido, el haz de poderes y deberes aptos para el cumplimiento de aquellos. Lo dicho revela el peligro principal que amenaza hoy la propiedad privada como institución al servicio del propietario: para coordinarla o subordinarla al interés público inherente o colidente con ella, la ley puede sujetarla a potestades administrativas discrecionales —sobre todo de autorización de su ejercicio— que potencialmente conducen a un régimen de su contenido y función, tanto como de su existencia, indeterminado e indeterminable antes de la circunstancia que motiva la intervención pública, sea autorización u otra cualquiera de índole discrecional. La discrecionalidad le permite a la autoridad negar la autorización, salvo aceptación por el propietario de las condiciones y deberes que le fija en función de intereses públicos que no son de él y que pueden ser, eventualmente, conflictivos con los de él. En realidad lo que ocurre es que la potestad de autorizar discrecionalmente un uso de la propiedad, oculta una relación de sujeción permanente del propietario con la autoridad que la puede dar o denegar, que sobrevive después de dada y se transforma en una de regular, dirigir y ordenar ese uso en beneficio de la Administración o de la comunidad. La observación obvia que salta a la vista es la de que, dentro de tal esquema, naufragan los principios de legalidad y de reserva de ley, antes explicados, según los cuales (arts. 11 y 28 Constitución Política) la autoridad sólo puede tener las potestades que la ley le concede y el individuo la libertad que la ley no le prohíba. Esta incompatibilidad nace, como es evidente, por el hecho de que la indeterminación de las órdenes y regulaciones que puede dictar la autoridad llamada a autorizar discrecionalmente, cuando lo hace y después, crean una sujeción del propietario o empresario a la Administración que no tiene contenido determinado ni determinable, salvo en el momento en que la autoridad interviene. La reserva de ley se convierte en una de reglamento u orden administrativos. En Francia esta situación ha sido llamada el "servicio público virtual" y su importancia está en que inaugura la vigencia de un nuevo principio, opuesto al de legalidad, que sería el de "necesidad", de acuerdo con el cual la Administración puede hacer todo aquello que resulte necesario en detrimento del propietario o empresario, aunque no haya ley que se lo autorice, siempre que así lo imponga o aconseje el interés público, en la ejecución de un plan de Gobierno o, simplemente, para cumplir un deber encomendado a la autoridad pública. Esta es noción próxima a la llamada función social de la propiedad privada.

La "función social de la propiedad" es un concepto indeterminado pero especialmente usado después de la Segunda Guerra, para denotar la sujeción de la propiedad a la ley y a la Administración en orden al cumplimiento de fines públicos no coincidentes con los del propietario. Por sí nada significa y todo depende de cuál sea en cada ordenamiento su traducción jurídica en poderes y deberes, incluidos en la propiedad como institución en un momento determinado. Es indudable que sólo habrá propiedad privada si hay un equilibrio, al menos, entre los deberes y sujeciones del propietario en beneficio de los demás y sus potestades y facultades en su propio interés. Ese equilibrio es, sin embargo, un hecho económico, y difícil —cuando no imposible— de establecer jurídicamente. Es por ello que la única garantía jurídica operante del derecho de propiedad como instrumento al servicio del propietario y de la so-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ciedad, en pie de cooperación, es no tanto la existencia de un núcleo irreductible de tales poderes del propietario, supuestamente intangible para la ley y para la Administración por igual, cuanto el mecanismo de las reservas de ley especial, que imponen al legislador la carga de una autorización constitucional, o de una votación calificada, o de un procedimiento complicado, para limitar y delimitar el contenido y la función de la propiedad privada. Pero de nada valdría la reserva dicha si, al tiempo, no se exigiera la observancia estricta del principio de legalidad, tanto como de la reserva de ley especial (reforzada o constitucional) para su regulación. Si ello se lograra consagrar constitucionalmente, desaparecerían las sujeciones de la propiedad y del propietario a potestades administrativas superfluas o excesivamente indeterminadas, que se verían sustituidas por la sujeción a potestades regladas en cuanto a motivo, contenido y fin, y a potestades discrecionales exclusivamente en los casos en los que se autorice una actividad prolongada y expuesta a cambios de circunstancias colindantes y eventualmente colidentes con el interés público tutelado al momento de la autorización. En estos casos resulta necesaria e inevitable una vigilancia de la Administración, armada con la potestad de dar órdenes para configurar el contenido de la autorización de acuerdo con aquellos cambios y, en último término, con la de revocarla, con o sin culpa del autorizado.

En todo caso, es éste el problema jurídico más serio que ofrece la "función social" de la propiedad, por lo que, una vez resuelto, resulta no sólo posible sino necesario consagrarla constitucionalmente, en términos tales que no presente los peligros apuntados por violación de principios esenciales del Estado de Derecho: su consagración debe hacerse como contrapolo del interés del propietario, imponiendo al legislador la misión de coordinarlos sin sacrificar grave y permanentemente uno al otro, tanto como el deber de configurar como regladas las potestades administrativas de limitación y delimitación de la propiedad, siempre que ello fuere posible, y con la mayor precisión en cuanto a motivo, contenido y fin dentro del respeto a los principios de legalidad y de reserva de ley, cuando no lo sea.

La función social de la propiedad puede concebirse, incluso, como fuente de un deber de sacrificio del propietario en beneficio de la comunidad y ha de expresarse o bien negando potestades y facultades; o condicionando su ejercicio a intervenciones administrativas determinadas (en lo posible); o imponiendo deberes conexos con aquellas potestades y facultades. Pero cuando el origen inmediato de tales detrimentos jurídicos sea un acto administrativo y no una ley, no sólo deberá ser ésta lo más precisa posible en la configuración de la respectiva potestad, según quedó dicho, sino que, además, deberá imponer a la Administración la limitación temporal de los efectos de su ejercicio, de modo que el detrimento no se incorpore permanentemente al contenido de la propiedad cuando tenga tal origen.

Cabe preguntar si para delimitar la propiedad privada será necesaria la mayoría calificada que exige el artículo 45 párrafo final para limitarla por razones de "interés social", cuestión que abarca, en igual sentido, el problema de las "nacionalizaciones"; ¿deberán éstas operarse sólo por ley reforzada en aquella forma?

Se comprende cuánto más peligrosa para la propiedad es la potestad de definirla en su contenido y función propios que en sus relaciones con la comunidad o con otras instituciones, pues si aquella definición del contenido natural queda mal hecha de nada servirán para vitalizarla, como fuente de riqueza y de bienestar, cualesquiera limitaciones, que sólo pueden subordinarla a intereses más altos en un episodio de conflicto. Legislar sobre la propiedad privada, no sólo limitarla, exige igualmente los dos tercios de votos que la Constitución requiere únicamente para lo último, siempre y cuando haya norma constitucional que lo permita, distinta del artículo 45. Caso opuesto, éste lo prohíbe, al garantizar la inviolabilidad de la propiedad como institución.

Y lo mismo cabe decir, por evidente mayoría de razón, cuando no se trate de limitaciones —de interés social o de las otras— sino de operaciones legislativas distintas y más graves para la propiedad como institución, cual la reducción de su ámbito objetivo de vigencia, por "nacionalización" o "estatización" de categorías de bienes, que así escapan al comercio y al libre mercado. Tales operaciones requieren, por mayoría de razón, la votación calificada en cuestión.

4) Sentido estricto y ubicación constitucionales del giro "función social" de la propiedad.

Con decir todo lo anterior no se ha aclarado mucho, pues a lo que finalmente se arriba es al principio —que nadie niega ni puede negar— de que la propiedad también impone deberes en bien de

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

la comunidad o de los demás grupos, cuando así lo permita la ley. Llamar a esta inevitable subordinación —ocasional o episódica— del propietario frente a la comunidad y a los demás "función social" o "interés público" carece de importancia, pues en ambos casos la realidad jurídica y económica aludida es la misma. Lo que importa, sin embargo, es que el peso de las cargas y deberes del propietario no superen las ventajas que procuran o puedan procurarle sus potestades y facultades, al punto de hacer inútil o no deseable la propiedad privada. Y al respecto no hay ni es posible una definición jurídica precisa, pues tan excesivo es decir que la propiedad privada estará siempre subordinada al interés público como lo inverso. Todo deber y toda sujeción (a una potestad administrativa) son una forma de sumisión del interés del propietario al favorecido con ellos, y, a la inversa, toda potestad y facultad suponen una prevalencia del interés del dueño sobre el sujeto paciente de sus actos o actividades. Y casi no hay derecho que no venga hoy acompañado de múltiples potestades contrarias, para coordinarlo o subordinarlo al interés público, como tampoco un deber que no deje a salvo un margen apreciable y útil de libertad. El Derecho Público todo, cuando sabe hacer las cosas, es un intento logrado de equilibrio entre la autoridad y la libertad, entre el privilegio administrativo y la igualdad, entre la potestad pública y el derecho subjetivo del ciudadano. Y tal equilibrio solo puede lograrse convirtiendo la libertad y la propiedad en la regla y en excepción su limitación y delimitación por obra de la ley o de la Administración basada en la ley. Esto debe significar no sólo que en la duda las leyes deben interpretarse en favor de la propiedad y de la libertad, sino, lo que es igualmente importante, que las restricciones y los deberes del propietario no deben hacer indeseable ni improductiva la propiedad para el propietario, aunque deban ocasionalmente someterlo a intereses comunitarios o de bien común. Nuevamente aquí parece que lo decisivo e importante —lo decisivamente importante— no es tanto el contenido de ese balanceado régimen, de inevitable fragilidad jurídica y política, cuanto el canal formal para su creación y, específicamente, la adherencia del mismo y del acto lesivo a los principios de legalidad y de reserva de ley. Y, como se dijo, ello logrado, pareciera incoherente no aceptar que la "función social" de la propiedad es constitucionalmente debida, sobre todo cuando existe a nivel legislativo y administrativo desde hace decenios, como ocurre en Costa Rica. Todavía más: la única "función social" posible de la propiedad es la que se declara en Constituciones libres, creadoras y reguladoras de una economía mixta, pues es ahí donde tiene sentido atar al propietario a los deberes que conlleva su calidad de tal en relación con una sociedad que sólo de él —y no del Estado— puede obtener los beneficios que derivan de la explotación de un bien. Esta perogrullada es decisiva, sin embargo, para derrotar los esfuerzos de quienes, por amor a la libertad personal, quieren hacer igualmente libre la propiedad, lo que es técnica y jurídicamente imposible. Es el Derecho Económico de los países más desarrollados el que mejor muestra la elasticidad del derecho de propiedad en beneficio de la comunidad, pues es ahí —y no en los países pobres como Costa Rica— donde ese Derecho es más constrictivo y avanzado en contra del interés egoísta del propietario, sin que haya peligro de desaparición de la propiedad como tal. El avance de la planificación y de la restricción en detrimento de la libertad del propietario, fuera de inevitable, puede ser saludable, cuando mantiene condiciones socioeconómicas que permitan una participación en el mercado suficiente para el desarrollo progresivo de la propiedad y de la empresa. Y lo que hay que hacer es aceptar ese hecho histórico constitucionalizándolo, para que no se haga patológico, y dejando reconocimiento y garantía simultáneos de la libertad del propietario como el otro polo del sistema, que debe tomarse en cuenta para crear un equilibrio necesario de intereses. Siempre hemos creído, en síntesis, que la propiedad es una institución que, en cuanto régimen jurídico, debe contemplar un poder exclusivo de goce y disposición sobre un bien, a la par de deberes legales y sujeciones a potestades administrativas especificadas en beneficio de la colectividad, régimen de conjunto que es cambiante a nivel legislativo e inasequible a nivel constitucional. Todo lo que puede y debe hacerse en este último es consagrar esa realidad polar (y, diríamos, dialéctica, si no fuera por la resonancia marxista) e imponer al legislador el deber de coordinar esos polos, con respeto para los principios de legalidad, de reserva de ley y, en general, de todos los que consagra la Carta como fundamentales para la creación y desarrollo de un sistema de libertad, también libre en lo que toca a la economía, regida por el mercado con participación estatal a título excepcional y subsidiario, en beneficio de la

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

comunidad y del orden público. Es, por esto, por lo que la mejor definición admisible de esa función social, para quien es partidario de la propiedad y de la libertad como fundamentos correlativos de un sistema político-económico, es la lapidaria consagración de la misma por los artículos 153.1 y 3 de la ilustre Constitución de Weimar y 14.1 y 2 de la actual Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, herencia éste de aquél, que dispone:

Artículo 14.

1) La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su contenido y límites serán determinados por las leyes.
2) La propiedad obliga. Su utilización debe ser simultáneamente servicio del bien común.

No tenemos objeción a que ello se diga en otra forma y, concretamente, con mención del giro "función social" de la propiedad o cosa parecida, pues todo significa lo mismo: la propiedad también obliga al propietario en bien de la sociedad, llámese ello función social o como se quiera.

5) Técnicas de garantía.

Es claro, por todo lo dicho, que la defensa principal del Derecho de propiedad como institución (régimen jurídico) son las reservas de ley reforzada y de ley constitucional antes apuntadas. ¿Son absolutas o relativas? Las hay absolutas cuando sólo la fuente reservada puede intervenir para regular, sin que ésta, a su vez, pueda delegar la regulación en otra autoridad o fuente. Y son relativas cuando la delegación es posible. La absoluta es el tipo de reserva que nuestra Corte Plena ha declarado que existe en favor de la ley sobre la materia monetaria, que sólo la Asamblea Legislativa —con exclusión de todos los demás entes, órganos o fuentes— puede regular (ses. ext. de 11 hrs. del 9 de julio de 1981). Es relativa, en cambio, cuando la delegación es posible, a condición de que se haga con límites precisos o lo más precisos posibles en punto al contenido, motivo y fin de la regulación delegada; es el tipo de reserva que ha perfilado Corte Plena en cuanto a materia tributaria, no obstante tratarse aquí —exactamente como con la monetaria— de atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa, sin que el último fallo antecitado (de 1981) haya reconciliado ni justificado la contraposición de las decisiones, cuando era igual el panorama constitucional fundamento de ambas (ses. ext. de las 8 hrs. del 29 de noviembre de 1973).

Resulta evidente, por otra parte, que cuando la reserva de la materia es a favor de una norma constitucional —como ocurre con la relativa a limitaciones de la propiedad por intereses "no sociales" o a nacionalizaciones— la misma siempre es absoluta, por la doble razón de que no hay norma constitucional que autorice delegaciones ni, sobre todo, delegante posible, por no existir una constituyente que —como la Asamblea Legislativa— funcione en forma permanente. Esto se explica porque sólo el titular puede delegar la función que le está atribuida, por lo que, así como la Asamblea Legislativa es la única que puede delegar la regulación de materia reservada a ella, sólo una constituyente o la Asamblea Legislativa como Poder de revisión constitucional podrían delegar la regulación de la materia reservada a normas de rango constitucional. Y ocurre, además, que si bien la Corte Plena ha relativizado la reserva de ley en materia tributaria, haciendo posible su regulación por mero reglamento siempre que tenga bases y límites, lo mismo es muy difícilmente aceptable en punto a una reserva en favor de norma constitucional, por la gravedad e importancia de la reserva misma así creada, necesariamente mayores que cuando se trata de reserva en favor de una ley (ordinaria o especial). En este aspecto es muy probable que jugaría, en contra de una posible intromisión de la Asamblea Legislativa en la materia reservada a la Constitución por ella misma, el principio de la intrasferibilidad de las competencias públicas, que prohíbe delegaciones no autorizadas por una norma de rango igual o superior a la delegada en forma tanto más rígida cuanto más alto sea el rango de esta última. En síntesis: en materia reservada a sí misma por la Constitución, la reserva es absoluta en su favor, salvo revisión constitucional que autorice y, simultáneamente, realice la delegación en la Asamblea Legislativa.

En cuanto a las delegaciones en el reglamento, de la reserva de ley reforzada para limitar y delimitar la propiedad privada, procede afirmar que —no obstante su prohibición por el artículo 9 de la Constitución Política— deben reputarse jurídicamente posibles siempre que sean limitadas, en seguimiento del mismo fallo constitucional precitado sobre materia tributaria, salvo cambio de dicha línea jurisprudencial de decisión que indique lo contrario.

La sanción contra la violación de las reservas de ley reforzada o constitucional, antes indicadas,

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

es natural y necesariamente la nulidad absoluta de la norma o acto violatorios, según expreso dictado del artículo 9 de la Constitución Política, que así sanciona toda forma de inconstitucionalidad, con todo el régimen doctrinario y jurisprudencial adscrito a tal tipo de nulidad. La vía apropiada para hacerla valer es obviamente el recurso de inconstitucionalidad. Y no ha de confundirse tal remedio jurídico con la indemnización por los daños y perjuicios causados a la propiedad, porque aquí ésta aparece como derecho subjetivo de alguien y no como institución. Lo que nos lleva directamente a explicar la diferencia.

III. EL DERECHO SUBJETIVO DE PROPIEDAD Y SU GARANTÍA: EXPROPIACIÓN Y LIMITACIONES EXPROPIATORIAS

El Derecho subjetivo de propiedad. No requiere de cabal explicación, pues la diferencia con la institución es obvia, aunque no bien advertida hasta ahora en Costa Rica.

El Derecho subjetivo de propiedad es —en cuanto tal— la situación jurídica de un sujeto identificado, como consecuencia de la aplicación en su favor de un modo determinado de adquisición del mismo. Lo fundamental y decisivo frente a la propiedad como institución, antes explicada, es su naturaleza jurídica, pues mientras aquella es un conjunto de normas armonizadas para hacer posible, con su aplicación, la obtención de un resultado en la vida social (el régimen normativo de la propiedad en todos sus aspectos intenta hacer posible, con su aplicación, la titularidad exclusiva de individuos y grupos sobre las cosas, para su goce y disposición), el Derecho de propiedad es, como se dijo, el resultado de la aplicación de una parte fundamental de ese conjunto normativo, tocante a los modos para adquirirla. La compraventa, la donación, la prescripción positiva, etc., una vez realizadas como hechos de la vida en sociedad, generan la propiedad como su efecto jurídico. Es lógico y natural que la principal garantía pública de éste sea la posibilidad de anular los actos ilegales que lo lesionen y la indemnización por los daños y perjuicios que sufra por acto de la autoridad, principalmente caso de expropiación. Esta, a la inversa del hecho ilícito que produce responsabilidad civil, es acto legítimo y autorizado constitucionalmente, que sacrifica o extingue la propiedad como derecho de alguien en beneficio de la comunidad, y la garantía constitucional al respecto radica en la necesidad de que haya una indemnización plena del valor de lo expropiado y perdido, antes de que el Estado tome posesión de lo mismo. Es bien clara la diferencia entre los modos de tutela de la propiedad como institución y de la propiedad como derecho, y no deben confundirse ni intercambiarse. Pues aquella sufre cuando se recortan su contenido y esfera de aplicación objetiva, aun si se observan las reservas de ley reforzada y constitucional que la protegen, pero como el daño que viene producido es normativo y para todas las aplicaciones posibles de la propiedad como régimen jurídico, porque es éste el que cambia, no hay indemnización, aunque haya propietarios perjudicados; el daño no es a los propietarios, sino a la institución como régimen legal y constitucional. Cuando se trata del Derecho subjetivo, en cambio, la lesión legítima por expropiación es siempre indemnizable, porque es de un derecho de alguien, no de la institución. ¿Pero qué decir de aquellos cambios normativos, en el régimen de la propiedad o en la propiedad institución, que, aplicados a propietarios actuales, desnaturalizan y dejan sin función económica el bien poco antes explotable con intenso lucro y, eventualmente, con igual beneficio social? Surge, entonces, el delicado tema de las limitaciones expropiatorias, que son aquellas que, al lesionar en forma general toda una categoría de propietarios o a todos los propietarios, lo hacen en forma "anormal", por excesivamente intensa en contra de todos y de cada uno (ej.: una nacionalización); o, a la inversa, lo hacen sólo en contra de unos pocos, lo que suele llamarse el sacrificio "especial". ¿Son indemnizables en Costa Rica los daños legislativos —o causados por una ley— que se presentan como "especiales" o "anormales"?

Los artículos 190 y 194 de la Ley General de Administración Pública han creado una responsabilidad por acto legítimo y funcionamiento normal de la Administración que representa un principio general del Derecho Público más actual. Disponen:

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

"Artículo 190.
1. 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".
2. . .

"Artículo 194.
1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.
2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante.
3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo".

Normas parecidas deberían incorporarse a la Constitución. Ello daría por resuelto el problema planteado en punto a la demarcación entre limitación y expropiación. Si bien la doctrina más generalizada al respecto es la fincada en el carácter Administrativo y concreto, o lo contrario, del acto causante del daño, que se reputara expropiación en el primer caso y limitación en el segundo, el enfoque no es en absoluto satisfactorio, pues no se entiende por qué la ley no puede generar responsabilidad, aunque cause daño. Y lo mismo cabe decir cuando se acude, en subsidio, al criterio de la igualdad ante la ley, para reputar expropiación todo aquello que coloque a uno o a un grupo de pocos en una situación de desigualdad en orden al fin público perseguido con el sacrificio, pues *si no se indemnizara* los demás no lo sufrirían sino que pagarían solamente los impuestos para ese efecto; la regla no es satisfactoria, sobre todo si de garantizar el Derecho de propiedad se trata, dado que éste quedaría desprotegido si el daño fuera universal o general y afectara a todos o a grandes grupos por igual (sobre lo que puede verse a Luciano Parejo Alonso, La Garantía del Derecho de Propiedad y la Ordenación Urbanística en el Derecho Alemán, Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1978, págs. 260 a 270, donde el autor da cuenta de la riqueza de enfoques y soluciones esbozados en Alemania alrededor del problema planteado, aparentemente sin gran resultado práctico). En Alemania, donde más se ha discutido el tema, el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Federal de lo Civil, según cita del mismo autor español han esbozado la distinción entre limitación y expropiación con base en el criterio de la "proporcionalidad", principio del Derecho Público ciertamente general, pero que allá tiene reconocido rango constitucional. Según este criterio hay limitación cuando tal principio exige meramente conformar potestades y facultades del propietario, sin privar de utilidad el derecho en cuestión; y hay expropiación cuando el mismo principio exija el cambio de titularidad o la privación sustancial de utilidad de su derecho en contra del propietario. Este criterio ha sido desarrollado por Ernst Forsthoff diciendo:

"Si la ley se refiere a la propiedad según la función de ésta, si obliga al propietario únicamente al aprovechamiento conforme a la función de su objeto sobre el que recae el Derecho de propiedad, se está limitando la facultad de disposición del propietario en el marco de la "función social". . . Por el contrario, si se impone al propietario una obligación que aparta al objeto de su fin, entonces, no puede, como regla general, hablarse ya de "vinculación social" (Parejo Alonso, *op. cit.*, pág. 267).

Sobre tal idea está construido el artículo 194.1 y 3, transcrito, de la Ley General.

Las citas que hemos hecho son obligadas por la coincidencia de tales normas, de las que forman el fundamento. El pivote del sistema así establecido está en la calificación de la lesión como especial, por confinada a unos pocos; o como anormal, por excepcionalmente intensa, por lo que se quiere decir incompatible con la función objetiva del derecho en cuestión y destructiva de la potestad o facultad que, dentro de esa objetividad, define jurídicamente el uso mejor posible del bien y del mismo Derecho subjetivo. Por objetividad se entiende aquí no, como en el caso de la institución, la consistencia normativa de la propiedad —puesto que estamos hablando del derecho— sino el condicionamiento y la determinación de ese mejor uso posible del Derecho subjetivo dentro del mercado, no sólo por el Derecho que lo define, sino por la utilidad que dentro de ese mercado tiene —para el propietario y para la comunidad— de acuerdo con el momento histórico, social y, en general, económico de la incidencia legislativa o administrativa. Si ésta priva de tal mejor uso posible al bien y, sobre todo, si lo afecta a otro fin público, que esteriliza el derecho para el propietario, convirtiéndolo en inútil para lo que antes era óptimo, hay expropiación; si, en cambio, se introduce un desmedro jurídico —con repercusión económica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

negativa— en el Derecho subjetivo en cuestión —sea por vía normativa o concreta— que es compatible con aquel mejor uso o que, al menos, no lo hace sustancialmente imposible en la circunstancia, según la situación real del Derecho subjetivo después de la incidencia, entonces hay mera limitación. (Véase a este efecto Eduardo Ortiz, Expropiación, Limitación de Interés Social y Sacrificio Indemnizable de la Propiedad Privada, en la obra colectiva La Propiedad, Editorial Juricentro, San José, 1983, págs. 414 y sgtes., esp. 416 a 418).

Tal criterio, introducido ya a nivel legislativo por la Ley General antecitada, es el que debería constitucionalizarse.

IV. LAS REFORMAS, PROPUESTAS Y PROPONIBLES

La reforma propuesta.

A la vista tenemos una última versión de la última reforma constitucional propuesta en contra del artículo 45 de la Constitución Política, proyecto que reza:

Artículo 45: "Se reconoce y garantiza el derecho de propiedad privada. La ley establecerá su contenido, garantías, función y límites, en bienes productivos y no productivos.

Tratándose de los bienes productivos el propietario deberá cumplir con la función social consistente en satisfacer con el trabajo el destino económico de esos bienes. Además el Estado promoverá el acceso a dichos bienes a personas idóneas para su explotación que carezcan de ellos o los tengan en forma insuficiente.

La ley podrá imponer límites a la propiedad para el efectivo cumplimiento de su función social o del interés público.

A nadie podrá privarse de su propiedad si no es por causa de necesidad para utilidad pública o por interés social, previo pago de indemnización conforme con la ley. Sin embargo, no será indispensable que la indemnización se conceda previamente a las expropiaciones efectuadas en razón de necesidades de defensa nacional, por conmoción interior o en los programas para obtener una mejor distribución de la riqueza en bienes que no cumplan con su función social; en estos casos, el pago correspondiente habrá de hacerse a más tardar tres años después de terminado el estado de emergencia o, en caso de decretada la expropiación".

Contra tal texto tenemos pocas críticas, pero de peso. Las formulamos brevemente, sin perjuicio de un más amplio desarrollo de las mismas que publicaremos próximamente, como sigue:

a) La proposición —ingenua o deliberadamente— omite el reconocimiento y la garantía de la propiedad como institución, lo que es cosa muy distinta —según todo lo que queda explicado— de la propiedad como Derecho subjetivo, al cual únicamente extiende su protección. Si mañana se nacionalizan, estatizan o socializan los bienes clave objeto de propiedad privada, previa indemnización, se respetará íntegramente la propiedad como derecho, pero se destruirá la propiedad como institución. La inviolabilidad de la propiedad —que es lo mismo que su garantía y reconocimiento como institución— impone al legislador respetar la posibilidad normativa e institucional, en nuestro orden político y económico, de que la propiedad se extienda a todos los bienes de cualquier naturaleza, siempre en armonía con el bien común, salvo aquellos casos de excepción en que este último exija eliminarla en beneficio de la propiedad pública, por las razones históricas que así lo impongan. Esto sólo puede lograrse si se reconoce y garantiza —fuera del Derecho subjetivo— la propiedad privada como institución.

b) Es necesario, de seguido, advertir que el proyecto no habla de la propiedad pública. Es evidente que debe hacerse mención de ésta, para significar y garantizar el carácter mixto de nuestra economía, en la cual tan necesaria como la propiedad privada es la pública que razones de excepción impongan. Y por ello deben enunciarse las hipótesis principales de bienes públicos, así como exigirse expresamente para la creación o declaración de la propiedad pública sobre categorías o clases de objetos, mediante nacionalización, colectivización o estatización de las mismas, la garantía de una mayoría calificada de la Asamblea Legislativa, que debe ser, cuando menos, igual a la necesaria para regular y limitar la propiedad privada. Esta es una omisión grave.

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

c) El proyecto comete su error máximo cuando define la "función social" de la propiedad, que hace consistir en "satisfacer con el trabajo el destino económico de esos bienes" (productivos). El concepto se presta a varias objeciones fundamentales:

i) Impone el trabajo personal como sustancia de la función social de la propiedad, con lo que priva de ésta a todas las hipótesis de producción capitalista de gran escala, agente principal del desarrollo en una economía mixta de mercado, como la nuestra, hipótesis en las que el propietario es un accionista que no trabaja sino que invierte, y el empresario y el trabajador no son normalmente propietarios. Es la famosa disociación —hoy lugar común— entre propiedad y control de la empresa, en virtud de la cual es posible hablar de la propiedad sin control y del control sin propiedad, aquella de los accionistas, ésta de los cuerpos directivos de la empresa. El trabajo personal de la propiedad es concepto relegado a la pequeña propiedad rural, donde es digno de estímulo, pero extraño totalmente a las nuevas formas de propiedad industrial y comercial, sobre todo social o por sociedades mercantiles, que forman el eje de la economía de cualquier país contemporáneo, por atrasado que sea. Evidentemente, el proyecto trata de garantizar a la comunidad contra la propiedad desocupada y en oposición a su mejor uso económico dentro del mercado. Pero este hecho no hace nacer por sí el deber de explotación, que —como cualquiera otro— ha de estar fundado en ley que lo declare. El deber de explotar la propiedad en un sentido o con una función determinados sólo puede estar dado por ley o con base en ella y constituye parte del régimen de la propiedad, que únicamente debe crearse por una mayoría calificada, dada su importancia económica y política. De donde, lo que cabría decir es que, cuando haya un régimen especial de la propiedad que le asigne un uso o explotación típicos, habrá el deber de llevar a cabo ese uso, en los términos de la ley que lo imponga, y siempre sin perjuicio del derecho a una expropiación plena, si la misma se consumare. Todo lo cual trae a cuento el tema, antes esbozado, de las limitaciones o delimitaciones de la propiedad que constituyan una forma embozada de expropiación: ¿la propiedad planificada, incluso en cuanto al deber de explotarla con un determinado giro o función, es propiedad privada?

ii) La función social no es el destino económico de los bienes y menos aún el de los que son productivos, como si tal destino fuera inherente al bien y no un régimen jurídico o parte del mismo. La función social es precisamente el destino dado por la ley, a través de los deberes y sujeciones correlativos o conexos (también llamados concomitantes) con las potestades y facultades del propietario, deberes que pueden ser de no hacer, soportar, hacer o dar. Es evidente —en refuerzo de lo dicho en punto al trabajo personal como sustancia de la función social— que cuando el deber es de no hacer o soportar, la función social es lo contrario del trabajo y que tampoco tiene nada que ver con éste cuando el deber es de dar. Y es igualmente importante hacer notar que igualmente ocurre incluso cuando se trata de un deber de hacer, salvo que se trate —lo que sería insólito— de un deber de trabajar para otro. La función social no es algo extraño sino incorporado al régimen de la propiedad como institución y, por ello, consiste en el conjunto de situaciones jurídicas pasivas o negativas —básicamente deberes legales y sujeciones a potestades administrativas— a cargo del propietario en tanto que tal, para beneficiar al interés público, y no sólo a sí mismo, en ejercicio de su derecho de propiedad o con ocasión del mismo. Se trata, por ello, no tanto de un destino económico natural, sino simple y sencillamente del conjunto de deberes y sujeciones del propietario, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en un momento determinado, para servir los intereses públicos inherentes a la propiedad privada en ese momento, a modo de su fin normal, correlativos o conexos con el interés del propietario.

iii) Dijimos que la función social no tiene que ver necesariamente con bienes productivos. En efecto: ¿qué decir de la propiedad arqueológica, urbana y forestal, sin ningún fin productivo o reproductivo? En propiedades como la forestal —piénsese en las "zonas protectoras" privadas— la función del propietario puede consistir en mantener el bien improductivo, en bien de la ecología. Y la propiedad urbana, sobre todo, es de consumo y para el uso que le asigna el plan o la ley urbanísticos, sin finalidad necesariamente reproductiva ni económica en la mayoría de las ocasiones. Es obvio que la propiedad inmueble y el suelo tienen, además, naturaleza y destino ambiguos en los países —como el nuestro, pese a la Ley de Planificación Urbana— donde no existe zonificación. ¿Cuál es el carácter "productivo" o "reproductivo" de una finca en barrio residencial de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

densa población, donde también es posible su uso para fines de comercio? La propiedad urbana y la forestal, en otras palabras, tiene función social pero no tienen destino económico y no se dan sobre bienes "productivos" ni "reproductivos". Es grueso error del proyecto adscribir la función social de la propiedad únicamente a estos últimos, con paladina ignorancia de las otras múltiples formas nuevas de propiedad —como las mencionadas— que, sin ser "productivas", son aptas para una "función social".

iv) Todo lo anterior demuestra que el error más grave del proyecto es incluir en su articulado un concepto o definición determinados de la "función social" de la propiedad privada, cuya determinación no es posible a nivel constitucional. Sólo la ley y la jurisprudencia pueden desentrañar y desarrollar su contenido y alcance, sino por otra razón porque todavía es encendida, cuando no enconada, la polémica de los doctrinistas al respecto, principalmente en función de su ideología. La "función social" de la propiedad no puede ser otra cosa, jurídicamente hablando, que el aspecto jurídicamente pasivo de ésta frente al interés del propietario, y, por ello, el conjunto de deberes y sujeciones (a potestades) que integran la situación del propietario en un momento determinado, según el ordenamiento constitucional, legal y jurisprudencial vigente. Es, por eso mismo, un concepto jurídico indeterminado y, lo que es muy importante advertir, indeterminable a nivel constitucional, aunque tenga tal rango, razón por la cual puede servir para definir constitucionalmente la propiedad privada, pero no puede ser definida al mismo nivel. Hay acuerdo casi unánime sobre la necesaria presencia de la "función social" siempre que hay propiedad privada, e igualmente sobre el hecho de que, a la altura histórica de hoy y después de la Segunda Guerra, está incorporada a la propiedad misma como institución, en cuanto el régimen constitucional de ésta tiene que asimilar en su estructura —y no meramente ubicar en su entorno— la idea de deber del propietario en beneficio de la colectividad o del interés público, a la par del poder en beneficio del suyo personal, libre y eventualmente egoísta. No hay derechos ilimitados y tampoco la propiedad privada, que, además, es más débil que los otros a la inoculación de deberes y sujeciones en beneficio de la comunidad, por su escasez y su decisiva importancia como medio de la actividad o sede de la convivencia humanas. Pero no es posible afirmar mucho más al respecto en una Constitución, sobre todo si se quiere que ésta sea —como debe— no un programa de un partido, sino un compromiso de todos en cuanto a los fundamentos y a la imagen de la Patria común.

d) El proyecto abandona a la ley, en blanco, la medida de la indemnización por expropiación, defecto que contiene ya el artículo 45, pero que ha sido sobradamente subsanado por la jurisprudencia constitucional, Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda, en el sentido de que la indemnización debe ser justa. La rectificación debe hacerse a nivel constitucional, de conformidad con tal sólida jurisprudencia.

e) El proyecto sienta que la indemnización debe ser previa pero se queda corta en las posibles excepciones, por un lado, y es muy amplia, por otro. En efecto: permite que el pago de la indemnización pueda darse, en casos de excepción, hasta dentro de los tres años posteriores a la expropiación, lo que es de rechazado. El plazo de dos años nunca ha sido suficiente en Costa Rica para contener la morosidad culpable del Estado y demás entes públicos en el pago de las indemnizaciones por expropiación, lo que se vería estimulado si aquél es alargado a los tres años que ahora se proponen. Por otra parte, la lista de excepciones al pago previo es restringida y empírica, al omitir la mención de todos los casos en que el Estado actúe en estado de necesidad pública.

f) El proyecto sanciona con la privación de la propiedad, mediante expropiación, al propietario que no cumpla con la función social de la misma "en los programas para obtener una mejor distribución de la riqueza". Debió haberse hablado directamente, como debe ser, de los programas de reforma agraria cuando haya desocupación de la propiedad o incumplimiento grave, por el daño causado, a alguno de los deberes del propietario por virtud del ordenamiento.

g) La otra crítica de importancia capital por hacer —a la par de la dirigida contra el definir constitucionalmente la "función social"— radica en un hecho notorio después de lo expuesto, a saber: el proyecto no intenta siquiera —y más parece designio que omisión— proteger la propiedad privada contra las leyes o potestades administrativas indeterminadas por su contenido, que la amenacen con violación de los principios de reserva de ley y de legalidad. Esto debe regularse expresamente en la Carta para evitar la inseguridad jurídica del propietario y eventualmente, la arbitrariedad de la Administración en sus relaciones con él.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

V. NUESTRA REFORMA

Está movida por la sólida convicción de que son la propiedad y la empresa privadas, fomentadas y limitadas por el Estado en bien de la colectividad, las principales fuentes de riqueza y de su reparto en Costa Rica. Tiende a poner la Constitución al día para que, admitiendo la evolución legislativa y jurisprudencial habida desde la promulgación de la actual Carta, pueda contestar satisfactoriamente las objeciones de los marxistas, y socialistas en relación con el régimen constitucional de los medios de producción, y más bien ofrezca base a sus defensores para mostrarla como el marco jurídico mejor posible para el desarrollo económico y social del país de acuerdo con nuestra altura histórica, sin temor, y más bien con capacidad y seguridad ante los retos de la ignorancia y de la pobreza actuales.

El proyecto que presento es una síntesis de ideas y tendencias, no antimarxista, sino auténticamente democrática y costarricense. Dice así:

"Artículo 45. La propiedad es privada y, por excepción, *pública.* Se reconocen y garantizan *la propiedad privada y el derecho del propietario.*

La propiedad obliga. La ley reconocerá los deberes que impone, en forma específica y proporcional al fin público perseguido, sin dejar de reconocer, garantizar y fomentar la libertad y el interés del propietario. Queda prohibida la sujeción de la propiedad privada a potestades administrativas indeterminadas.

El régimen de la propiedad privada, sus limitaciones y excepciones se dictarán mediante ley votada por dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

El derecho del propietario podrá ser expropiado, por ley o acto administrativo, en virtud de motivos comprobados de real interés público y mediante pago de una justa indemnización previa a la desposesión de quien fuera propietario. La indemnización podrá pagarse dentro de los dos años posteriores a dicha desposesión en casos que afectaren la seguridad del Estado, o en estados de necesidad pública, o en situaciones temporales de urgencia y emergencia nacionales".

Como alternativa aceptable, resta la posibilidad de otra redacción para el párrafo segundo del anterior proyecto, a efecto de que el mismo incorpore a su texto el giro "función social", que tanto embruja. Pero debe entenderse claramente que se trata de proposición subsidiaria y únicamente aceptable en la hipótesis de que sean igualmente aceptables y fundadas, las objeciones que se levanten contra la redacción anterior. La reforma consistiría en sustituir la frase:

"La propiedad obliga", por esta otra:

"La propiedad privada tiene función social".

El resto del articulado quedaría igual.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANTECEDENTES MEDIATOS DEL OBJETIVO RESOCIALIZADOR DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Algunos clásicos del penitenciarismo

DR. FERNANDO CRUZ CASTRO

SUMARIO

Pág.

Introducción. 32

I. Cesare de Beccaria 32
a) Su obra, resumen de las ideas de su tiempo 32
b) El contrato, fundamento que explica la existencia de la sociedad 33
c) Los fines de la pena. 34
ch) Prontitud de la pena 35
d) Algunas ideas sobre la prisión 35

II. John Howard 36
a) Preocupación por las condiciones de las cárceles 37
b) Importancia del trabajo como medio rehabilitador 38
c) Ideas de reforma vinculadas a nociones religiosas. Enseñanza de la religión y aislamiento celular 38
ch) Propone criterios de clasificación en la prisión y separación por sexos 39
d) Preocupación por el personal penitenciario y sugerencia de una función cercana a lo que hoy se conoce como Juez de Ejecución de la Pena 39
e) Realizaciones legislativas. 40
f) Significado de sus ideas. 41

III. Jeremy Bentham 41
a) Fines de la pena. Preponderancia de la prevención general. 41
b) La pena no es un acto de venganza. No deben ser infamantes 42
c) Teoría sobre el comportamiento criminal 43
ch) Crítica sobre las condiciones carcelarias 43
d) Concepto retributivo de la pena. 44
e) Reforma de la cárcel. El Panóptico 44
f) Asistencia postpenitenciaria 46
g) El Panóptico, ¿maquinaria de poder?. 46
h) Realizaciones y trascendencia de las ideas penitenciarias de Bentham 47

IV. Manuel de Lardizábal y Uribe 48
a) Características de la pena 49
b) Crítica a las deficientes condiciones penitenciarias 49
c) Admite la existencia de delincuentes incorregibles 49
ch) Propone la clasificación de los reclusos. 49
d) Corrección del delincuente. 49
e) Importancia de su obra. 50

V. El coronel Manuel Montesinos y Molina 50
a) Profundo respeto a la dignidad del preso. Límite al poder disciplinario 51
b) La pena privativa de libertad debe tratar de alcanzar la reforma del recluso 52
c) El trabajo: el mejor instrumento correccionalista. 52
ch) Otras ideas notables de Montesinos. Pionero de la penología moderna. 53
d) Contribuye al establecimiento del régimen progresivo 55
e) Significado y trascendencia de la obra de Montesinos 57

VI. Concepción Arenal 57
a) Los fines de la pena. Influencia del correccionalismo. 58
b) Crítica a las prisiones. Condiciones materiales y humanas deficientes 59
c) Contraria a la deportación y al sistema celular. 60
ch) Importantes sugerencias sobre el personal penitenciario 60
d) Comenzó a establecer vinculaciones entre criminología y penología 61
e) Consideraciones finales. Significado e importancia de su obra. 62

***

Abreviaturas.

A.D.P.C.P.: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
J. of C.L. & P.S.: Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science.
R.E.P.: Revista de Estudios Penitenciarios. (Madrid, España).
R.E.E.P.: Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios. (España).

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

INTRODUCCIÓN

El objetivo resocializador de la pena privativa de libertad tiene antecedentes muy antiguos. En esta investigación pretendo analizar las ideas que inspiran el penitenciarismo clásico y que constituyen el antecedente mediato del objetivo resocializador que hoy impera en la teoría de la pena. La introducción de las ciencias de la conducta en la ejecución de la pena, ha producido un cambio cualitativo significativo en el pensamiento penitenciario moderno. Se ha abandonado el sentido ético-religioso de la idea resocializadora, adoptándose, para llamarlo de alguna forma, un punto de vista científico (mediante el auxilio de las ciencias del hombre), que en muchas ocasiones se convierte en un peligroso y deformante "cientificismo". El primer autor que se analiza es Beccaria. Sus ideas no sólo tienen importancia para el Derecho Penal moderno, sino que también marcan el inicio del penitenciarismo clásico. El aporte de Beccaria es fundamental, limitó los poderes del Estado frente al individuo y planteó algunas ideas que permitieron humanizar las penas. La corrección del delincuente es una inquietud que se desarrolla a partir del momento en que la pena se humaniza. Cuando la acción punitiva del Estado se racionaliza, adquiriendo el ciudadano derechos individuales inalienables frente al poder estatal, entonces se posibilita la humanización de la sanción. El pensamiento de Beccaria es una de las bases fundamentales para el desarrollo del penitenciarismo clásico.

I. CESARE DE BECCARIA

César Bonessana, Marqués de Beccaria, nació en Milán el 15 de marzo de 1738. Murió el 28 de noviembre de 1794.[1] Se considera que los postulados formulados por Beccaria marcan el inicio definitivo de la **Escuela Clásica de Criminología,**[2] así como el de la **Escuela Clásica del Derecho Penal.**[3] Algunos autores incluso llegan a considerar a Beccaria como un antecedente, mediato, de los planteamientos de la **Defensa Social,** en especial por su recomendación de que es mejor prevenir el crimen que castigarlo.[4]

a) Su obra, resumen de las ideas de su tiempo.

La obra de Beccaria debe ser puesta en relación con el contexto cultural que prevalecía en todos los campos del saber. Las ideas filosóficas que lo informan, no debe considerarse como un conjunto de ideas originales; más bien se trata de una asociación del contractualismo con el utilitarismo. El gran mérito de Beccaria fue el hablar claro, dirigiéndose no a un estrecho grupo de personas doctas, sino al gran público. De esta manera logró excitar, mediante su elocuencia, a los prácticos del Derecho a reclamar una reforma que debían conceder los legisladores.[5]

Tal como se ha dicho muchas veces, el éxito de las ideas de Beccaria no se debe a que su mensaje fuera exclusivamente original, en realidad muchas de las reformas que Beccaria menciona fueron propuestas por otros, su éxito se debe a que constituye el primer planteamiento consistente y lógico sobre una bien elaborada teoría, abarcando impor-

1. MONACHESI, Elio, *Pioneers in Criminology —IX— Cesare Beccaria (1738—1794)*, J. of C.L.C. & P.S., 1955, pág. 440.
2. TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *La nueva criminología*, contribución a una teoría social de la conducta desviada, Amorrortu, Argentina 1977, pág. 19.
3. SÁINZ CANTERO, José, *Lecciones de Derecho Penal.* Parte general, Ed. Bosch, España 1979, p. 99. El pensamiento de Beccaria forma parte de las fuentes filosóficas de la Escuela Clásica, especialmente en lo que se refiere al racionalismo contractualista, muy cercano a las ideas de Rousseau. PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Fernando, *Visión histórica de la responsabilidad penal*, colección Cuadernos núm. 2, Universidad Central de Venezuela, Venezuela 1972, pág. 31.
4. PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Fernando, *ibíd.*, pág. 45.
5. COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, ed. Uteha, México 1953, pág. 103. (Traducción, prólogo y notas de Mariano Ruiz Funes).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tantes aspectos penológicos. Construye un sistema que sustituiría al inhumano, impreciso, confuso y abusivo sistema criminal anterior.[6]

Su libro,[7] de lectura fácil, fue oportunamente formulado, con un estilo convincente, expresando los valores y esperanzas de muchos reformadores de prestigio de su tiempo. Sugería cambios que eran deseados y respaldados por la opinión pública. Apareció en el tiempo preciso que debía aparecer. Europa estaba preparada para recibir el mensaje del libro en 1764; sirvió para arrasar y destrozar muchas costumbres y tradiciones de la sociedad del siglo XVIII, en especial a través de la acción de los protagonistas del nuevo orden. Es indudable que Voltaire impulsó muchas de las ideas de Beccaria. No es exagerado afirmar que el libro de Beccaria es de vital importancia en la preparación y maduración del camino de la reforma penal de los dos últimos siglos.[8]

b) El contrato, fundamento que explica la existencia de la sociedad.

Es importante tomar en cuenta, cuando se realiza un análisis de la idea resocializadora, que la posición de las ideas clásicas (tanto en Derecho Penal como en criminología) presuponen la existencia de un contrato entre los ciudadanos,[9] y con fundamento en este acuerdo se justifica la existencia de la pena, bajo el supuesto de que se le impone a un ser libre que ha violado el pacto. Esta idea del pacto social será puesta en duda por la criminología y no es compatible con algunos de los planteamientos extremos que inspiran la idea resocializadora. Beccaria menciona claramente el contrato social en los capítulos primero y segundo de su obra.[10] ". . .De esta forma, los hombres se reúnen y libremente crean una sociedad civil, y la función de las penas impuestas por la ley es precisamente asegurar la persistencia de esa sociedad. . .".[11] Históricamente, la teoría del contrato social brindó un marco ideológico adecuado para la protección de la burguesía naciente, ya que por sobre todas las cosas, insistía en recompensar la actividad provechosa y castigar la perjudicial.[12]

Puede considerarse que la teoría clásica del contrato social (o utilitarismo) se fundamenta en tres presupuestos importantes:

1) Se postula un consenso entre hombres racionales acerca de la moralidad y la inmutabilidad de la actual distribución de bienes. Este punto es uno de los que originan distintas posiciones en relación a los afanes reformadores o rehabilitadores de la pena privativa de libertad.

2) Todo comportamiento ilegal producido en una sociedad en la que se dice que se ha celebrado un contrato social es esencialmente patológico o irracional, el comportamiento típico de personas que, por sus defectos personales, no pueden celebrar contratos. Esta es otra idea que se encuentra íntimamente vinculada con los planteamientos rehabilitadores de la pena, ya que se llega a pensar que el delito es expresión de alguna patología, lo cual justificaría, no tanto la imposición de la pena, sino el buscar un medio "curativo" o rehabilitador.

---

6. MONACHESI, Elio. *Supra*, nota 1, pág. 448. También, ANTON ONECA, José, *Apostillas a un libro sobre Dorado Montero*, R.E.P., 1971, pág. 1674.

7. Comenzó a trabajar en su obra en marzo de 1763, completándose el manuscrito en enero de 1764. Se publicó por primera vez, en forma anónima, en el mes de julio de 1764. MONACHESI, Elio, *supra*, nota 1, pág. 441.

8. *Ibíd.*, págs. 448 y 449.

9. El pacto social tiene especial importancia en el tema del PODER. Los derechos naturales, doctrina dominante en la época de Beccaria, eran insuficientes, desde un punto de vista conceptual, para proporcionar un marco teórico que justificase la existencia del Estado y del PODER POLÍTICO. Esa insuficiencia viene a estar suplida por la idea de que la sociedad se fundó sobre un acuerdo social global denominado: contrato social. Este concepto es el que permitirá establecer un enfoque correcto sobre las relaciones Derecho y Poder. PECES BARBA, Gregorio, *Libertad, poder, socialismo*, ed. Civitas, España 1978, págs. 224 y 225.
J.J. ROUSSEAU es uno de los pensadores que mayor importancia dio al contrato social definiéndolo, en sus aspectos esenciales, de la siguiente forma: ". . .Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca empero más que a sí mismo y quede tan libre como antes. . .". ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, publicado en el compendio titulado Escritos de Combate, ed. Alfaguara, España 1979, pág. 410.

10. ". . .Las leyes son las condiciones con que los hombres asilados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. . ." (capítulo 1, pág. 27); ". . .Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia; y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquélla solo que baste a mover a los hombres para que la defiendan. . ." (capítulo II, pág. 29). Ambas citas tomadas del libro de Beccaria, Cesare de, *De los delitos y de las penas*, Alianza editorial, España 1968.

11. TAYLOR, WALTON y YOUNG, *supra*, nota 2, pág. 20.

12. *Ibíd*, págs. 20 y 21.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Por supuesto, que dentro de la teoría clásica, esa patología más bien se armoniza con la irremediable imposición de una sanción.[13]

3) Los teóricos del contrato social tenían un conocimiento especial de los criterios para determinar la racionalidad o irracionalidad de un acto; tales criterios venían a definirse mediante el concepto de utilidad.[14]

Esta teoría del contrato presupone la igualdad absoluta entre todos los hombres.[15] Bajo esta perspectiva nunca se cuestionaba la imposición de la pena, los alcances del libre albedrío, o el problema de las relaciones de dominación que podía reflejar una determinada estructura jurídica.

Pierre Chaunu aprecia un efecto de mayor gravedad que el descrito, en lo referente al concepto de contrato social en el **Derecho Penal,** ya que este Derecho Penal construido en torno al contrato social, no viene más que a legitimar las formas modernas de tiranía. Bajo la idea de que el criminal ha roto el pacto social, del que se supone ha aceptado sus términos, se considera que se ha convertido en enemigo de la sociedad. Esta enemistad lo llevará a participar en el castigo que se le impondrá.

La teoría del contrato social llevada a sus últimas consecuencias, puede fundar, jurídicamente, la tiranía perfecta. Permite que sea el cuerpo social entero quien está implicado en el proceso punitivo. Se considera al delito como un daño que alcanza al conjunto del cuerpo social.

Ya no será el soberano, que por delegación, ejercerá la venganza mediante una liturgia sacrificadora reparadora, será el cuerpo social, su totalidad, el que se comprometerá en la operación de control y separación.[16] Es indudable que una excesiva teorización del planteamiento clásico del contrato social, nos puede llevar a legitimar una tiranía y opresión que sólo parece una respuesta satisfactoria en el orden estricto de las ideas y no en el de la realidad. Precisamente los afanes reformistas y resocializadores, de alguna manera, siempre pondrán en tela de juicio los términos racionales de ese contrato y la legitimidad de la respuesta estrictamente punitiva.

c) Los fines de la pena.

Beccaria tenía una concepción utilitaria de la pena. Esta orientación tiene estrecha relación con la tendencia empírica que dominó entre los penalistas de su tiempo. Esta concepción utilitaria consideraba a la pena como un simple medio de actuar en el juego de los motivos sensibles que influyen la orientación de la conducta humana.[17] Buscan un ejemplo para el porvenir, pero no una venganza por el pasado. No se subordina la idea de lo útil a lo justo, sino que se subordina la idea de lo justo a lo útil.[18] Expresamente lo declara Beccaria de la siguiente manera: ". . . El fin, pues no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa al cuerpo del reo. . .".[19] Los objetivos de la pena son, por consiguiente, empleando el lenguaje actual, la prevención especial y la general, sin embargo, el primer objetivo no se encuentra desarrollado por el pensador italiano.[20] El objetivo preventivo general, según Beccaria, no era

13. ". . .Así, el delito es una elección irracional (un producto de las pasiones) o puede ser el resultado de factores que atentan contra el libre ejercicio de una elección racional. En ninguno de estos casos puede ser una acción plenamente racional, en el sentido en que invariablemente se considera que lo es la conducta conforme. . .". *Ibíd*, pág. 24.

14. *Ibíd*, pág. 21.

15. ". . ., en la mayoría de las obras clásicas, se elude tratar en detalle la naturaleza de la motivación delictiva: la atención se concentra, en cambio, en la evolución de un sistema jurídico que, según se opinaba, incluía un cálculo moral que circunscribía y detallaba la reacción social adecuada frente al desviado delincuente. Eludiendo discutir la motivación delictiva —en especial la relación entre desigualdad y acción delictiva— los teóricos del contrato social nunca pusieron en tela de juicio la supremacía moral y racional de la burguesía y, concentrándose en las cuestiones del ordenamiento legal y del destino que debía darse a los delincuentes, sólo atendieron a los problemas de la administración del control. . .". *Ibíd*, págs. 22 y 23.

16. CHAUNU, Pierre, *El rechazo de la vida*, ed. Espasa-Calpe, España 1979, pág. 150.

17. ANTON ONECA, José, *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, R.E.P. 1964, págs. 425 y 426.

18. GRAMÁTICA, Filippo., *Principios de Derecho Penal Subjetivo*. ed. Reus, España 1941, p. 152 (trad. de Juan del Rosal y Víctor Conde).

19. BECCARIA, Cesare, *supra*, nota 10, pág. 46.

20. ANTON ONECA, José, *supra*, nota 17, pág. 420.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

necesario obtenerlo mediante el terror, tal como se había hecho tradicionalmente, sino mediante la eficacia y certidumbre de la sanción.[21]

Los objetivos preventivos que el pensador milanés le asigna a la pena, al igual que la importancia que le dio a la máxima de que es mejor prevenir los delitos que castigarlos, vino a contribuir sustancialmente a mitigar los efectos del régimen punitivo de su tiempo.[22] Tales objetivos son indiscutiblemente un antecedente y complemento importante de los afanes rehabilitadores que se le atribuyen a la pena privativa de la libertad.

Aunque estima como fin primordial de la pena, la **Prevención General,** sin embargo, debe evitarse su carácter aflictivo.[23] Este postulado coincide con los objetivos de la criminología moderna, que busca en su fin de justicia humana, la recuperación para la sociedad del sujeto infractor.[24] Es importante tomar en cuenta que Beccaria no admite el fundamento del *ius puniendi* sobre la base de la venganza.[25] En este sentido es coincidente con los objetivos resocializadores de la pena de prisión.

ch) Prontitud de la pena.

En la obra del célebre pensador milanés, se insiste en la necesidad de que la pena sea impuesta sin demora. La preocupación del reo, ante la incertidumbre de la sentencia, es un verdadero tormento.[26] Este aspecto, que crea situaciones de angustia en quienes están en la prisión, todavía no ha encontrado solución adecuada,[27] y ha venido a constituir una de las limitaciones prácticas más serias para lograr la realización del objetivo rehabilitador de la pena privativa de libertad. En la mayoría de los países se produce una demora excesiva entre el momento de la detención y la fecha en que se dicta sentencia.

d) Algunas ideas sobre la prisión.

Aunque Beccaria concentró más su interés so-

---

21. ". . .No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres (. . .).La misma atrocidad de la pena hace que se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla cuanto mayor es el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos, para huir la pena de uno solo. . .". BECARRIA, Cesare, *supra*, nota 10, págs. 71-72 (cap. XXVII). En este sentido, se puede afirmar que el pensamiento de Beccaria, en su aspecto esencial, sigue teniendo plena aceptación, ya que si leemos un autor como Córdoba Roda, encontraremos conceptos coincidentes con los del filósofo milanés, en especial en el tema de la prevención general. Sobre este tema Córdoba Roda afirma lo siguiente: ". . .En relación con la prevención general importa tener en cuenta que, según los actuales estudios han puesto de relieve, el efecto real de la prevención general de la ley penal no depende tanto de la entidad de la pena conminada, es decir que esta sea más o menos grave, sino que otros factores (. . .). El efecto de prevención general no parece, por lo demás, depender de la gravedad de la pena establecida en la ley, sino del grado de realización de ésta en la vida práctica, es decir del porcentaje de condenas dictadas. . .". CÓRDOBA RODA, Juan, *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, U.N.A., México 1979, vol. I, pág. 34. (Publicado en un volumen de varios autores titulado: LXXV años de evolución jurídica en el mundo).

22. GRAMÁTICA, *supra*, nota 18, pág. 77. Beccaria insiste en uno de los temas que la Criminología actual no ha logrado resolver satisfactoriamente. Nos referimos a la prevención; es preferible evitar el delito que tener que castigarlo. (En el libro de Beccaria, capítulo cuarenta y uno, textualmente declara que: ". . .Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación. . ."). Consideraba que el secreto no consistía en prohibir todo lo que pueda llevar al delito, sino establecer una serie de medidas preventivas: iluminar bien las ciudades por la noche, distribuir bien la policía (". . .Prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos sino crear otros nuevos; es definir a su voluntad la virtud y el vicio que se nos predican e inmutables. . .". Cap. cuarenta y uno del libro de Beccaria.); también le dio importancia a la instrucción que debían tener los ciudadanos (cap. 45 del libro de Beccaria). SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *La criminología en los primeros autores clásicos*, A.D.P.C.P., 1973.

23. MONACHESI, Elio, *supra*, nota 1, pág. 446. (Cap. XXVII del libro de Beccaria).

24. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *supra*, nota 22, pág. 74. Beccaria lo expresa con claridad en el capítulo XII: ". . .Consideradas simplemente las verdades hasta aquí expuestas, es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. (. . .).El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. . .", *supra*, nota 10, págs. 45 y 46.

25. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio, *Consideraciones sobre el delito y la pena*, Ensayos penales. Universidad de Santiago de Compostela, 1974, pág. 95.(Cap. I, II y XII de la obra de Beccaria). Para Marc Ancel, la tesis de Beccaria sobre el fundamento del *ius puniendi* se ubica dentro de una concepción política y utilitaria. El delincuente que rompe el contrato social se coloca fuera de la ley, y sólo se le podrá castigar si la ley lo prevé. ÁNCEL, Marc., *La responsabilidad penal*, A.I.C.P.C. 1968, pág. 179.

26. ". . .Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido. Digo más justas porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crecen con el vigor de la imaginación y con el principio de la propia flaqueza. . .". Capítulo XIX de la obra de Beccaria, *supra*, nota 10, pág. 60.

27. SERRANO GÓMEZ, *supra*, nota 22, pág. 75.

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

bre otros aspectos del Derecho Penal, es indudable que expuso algunas ideas sobre la prisión que contribuyeron al proceso de humanización y racionalización de la pena privativa de libertad.[28] No renuncia a la idea de que la prisión tiene un sentido punitivo y sancionador, pero ya insinúa una finalidad reformadora de la pena privativa de libertad.[29]

Considera que en las cárceles no debe predominar la suciedad y el hambre, siendo necesaria una actitud humanitaria y compasiva en la administración de justicia,[30] criticando las prisiones de su tiempo; "... Porque parece que en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y la prepotencia de la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos; (...) Duran aún en el pueblo, en las costumbres y en las leyes, inferiores siempre más de un siglo en bondad a las luces actuales de una nación, duran aún las impresiones bárbaras y las ideas feroces de nuestros padres los conquistadores septentrionales...".[31] Los afanes rehabilitadores o resocializadores de la pena deben tener como antecedente importante estos planteamientos del gran pensador italiano, ya que la humanización del Derecho Penal y de la pena, son un requisito indispensable. Es ilógico hablar de la resocialización como objetivo de la pena privativa de libertad, si no existe un control del poder punitivo y una humanización de la justicia y de la pena.[32]

Beccaria vio en la pena privativa de libertad un buen sustituto para las penas capitales y corporales. Sus ideas fueron casi literalmente trasladadas al primer Código Penal de Francia, adoptado por la Asamblea Constitucional (1791). Se redujo mucho la cantidad de delitos sancionados con la pena de muerte, se abolieron las penas corporales y se introdujo la pena privativa de libertad para muchos delitos graves.[33]

Las ideas que se exponen en su libro *De los delitos y de las penas,* en sus aspectos fundamentales, no han perdido vigencia, tanto desde un punto de vista jurídico, como criminológico; muchos de los problemas que sugiere siguen sin resolverse.[34]

II. JOHN HOWARD

Hasta la fecha de su nacimiento es incierta. Unos autores afirman que nació en Hackney[35] en 1726; otros datos señalan el año de 1724, 1725 ó 1727, en las localidades de Enfreld, Clapton, o en Smithfield. Era de débil constitución y enfermizo. En 1755 viaja a Portugal para ayudar a las víctimas del terremoto que asoló ese país, especialmente en Lisboa. Es este viaje el que lo pondrá, por primera vez, en contacto con las prisiones, ya que cuando regresaba fue capturado por los berberiscos, su-

28. GARRIDO GUZMÁN, Luis., *Compendio de ciencia penitenciaria,* Universidad de Valencia, 1976, pág. 57.

29. CHAUNU, Pierre., *supra,* nota 16, pág. 147.

30. BECCARIA, Cesare, *supra,* nota 10, pág. 82.

31. *Ibíd.*

32. A beccaria se le atribuye el mérito de haber propiciado la humanización de la justicia y de las penas, señalando el inicio de un progresivo respeto por la dignidad del hombre; contribuyó a que se abandonara la justificación de la tortura, a que se admitiera la igualdad ante la ley y que se considerara la necesidad de establecer el principio de legalidad. Todas estas condiciones son un requisito indispensable para que se pueda hablar de afán rehabilitador de la pena. MARCO DEL PONT, Luis., *Penología y sistemas carcelarios,* Depalma, Argentina 1971, pág. 56, tomo I.

33. SELLIN, Thorsten., *Reflexiones sobre el trabajo forzado,* R.E.P., 1966, págs. 507 y 508.

34. Hay en su obra muchos aspectos que se vinculan a lo que hoy denominamos como sociología criminal; llega a establecer en esta materia una serie de principios que tienen hoy plena vigencia. La obra de Beccaria no ha muerto, muchos de sus principios, ya sean de Derecho Penal o de Criminología, siguen sin resolverse.
Para G. Delitala la gran importancia cultural de la obra de Beccaria está en la indiscutible actualidad de las ideas que en ella se exponen y en las respuestas que ofrece a las exigencias más modernas del pensamiento penal. Attualità del pensiero di Cesare Beccaria, publicado en Secondo Centenario della publicazione dell'opera *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, cit., pág. 75. Cita tomada de SÁINZ CANTERO, José, *supra,* nota 3, nota octava de las págs. 99 y 100.

35. NEUMAN, Elías, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios,* ed. Pannedille, Argentina 1971, pág. 68.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

friendo, la desagradable experiencia del encarcelamiento en el Castillo de Brest y luego en la prisión de Morlaix.[36] Aunque esta experiencia tuvo influencia en su decisión de dedicar su vida a la problemática penitenciaria, en realidad lo que lo decidió en forma definitiva, fue su nombramiento como sheriff de Bedford, ya que a través de este cargo fue como se llegó a apasionar y a obsesionar por el tema de las prisiones, tal como el propio Howard lo expresa en los primeros renglones de su obra inmortal: "por determinación de su conciencia británica, incapaz de soportar la injusticia".[37]

Fue en 1773 que se le nombró para el cargo de alguacil del condado de Bedford.[38] El desempeño de este cargo lo puso en estrecho contacto con la situación extremadamente grave en que se encontraban las prisiones. Sus investigaciones no se circunscribieron a Inglaterra, sino que recorrió Europa investigando y analizando los distintos sistemas penitenciarios.[39] Con sus propios recursos económicos en 1777 publicó su famosa obra *The state of prisons in England and Wales with an account of some goregn*[40] Howard fue, sin proponérselo, el iniciador de una corriente orientada hacia la reforma carcelaria.[41] Su libro fue el resultado de unas 42.000 millas de viaje, con un costo de 30.000 libras inglesas; se caracterizó por su sentido práctico, profundo sentido humanitario y gran entusiasmo hacia la reforma penal.[42]

Es indudable que Howard conoció las ideas de Beccaria, ya que lo menciona en varias ocasiones.[43] Fue quien inspiró una corriente penitenciarista encauzada a erigir establecimientos apropiados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Las ideas de Howard han tenido una importancia extraordinaria, ya que debe tomarse en cuenta el concepto predominantemente vindicativo y retributivo que se tenía en su tiempo sobre la pena y su fundamento. Howard ha tenido especial importancia en el largo proceso de humanización y racionalización de las penas.[44]

Howard muere víctima de las "fiebres carcelarias" o tifoideas (tifus exantemático), en Kherson, Crimea, el 20 de enero de 1790. La causa de su muerte está íntimamente vinculada a su abnegada vocación.[45] Llevó sus inquietudes espirituales hasta sus últimas consecuencias.

a) Preocupación por las condiciones de las cárceles.

Con profundo sentido humanitario, nunca justificó las condiciones deplorables en que se encontraban las cárceles inglesas.[46] No admitía que el sufrimiento inhumano fuera consecuencia implíci-

---

36. SCHAFER, Stephen, *Introduction to Criminology*, Reston Publishing Company, inc. Reston, Virginia, E.U.A. (A Prentice Hall Company) 1976, pág. 215-216.

37. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Introducción a la Penología*, Publicación de la Universidad Complutense de Madrid, España 1981, pág. 82.

38. HIBBERT, Christopher, *Las raíces del mal*, Una historia social del crimen y su represión, ed. Luis de Caralt, España 1975, pág. 153.

39. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra*, nota 28, pág. 55.

40. Christopher Hibbert afirma que la obra de J. Howard fue publicada en 1777. *Supra*, nota 38, pág. 160. Elías Neuman señala como fecha de publicación de la obra, el año de 1776, *supra*, nota 35, pág. 70 (en nota número 79).

41. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, pág. 71.

42. SCHAFER, Stephen, *supra*, nota 36, pág. 216.

43. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, págs. 67 y 68.

44. *Ibíd.* pág. 71.

45. *Ibíd.* pág. 72.

46. Una de las obligaciones que Howard tenía como alguacil jefe del condado de Bedforshire, consistía ". . .en acompañar al juez en las sesiones del tribunal, pero, aunque sus antecesores se habían contentado simplemente con la formalidad de la obligación, Howard se sintió impulsado a no ser un simple espectador de las operaciones del tribunal, sino a visitar la prisión a la que llegaban los prisioneros y a visitar también aquella a la que eran enviados. La condición del lugar le horrorizó y estuvo particularmente preocupado al descubrir que el carcelero y el guardián de la cárcel no recibían salarios, sino que obtenían lo que podían de los prisioneros, recibiendo gratificaciones y que incluso cuando los prisioneros eran absueltos por el tribunal, no eran dejados en libertad hasta que no la pagaban. Howard pidió inmediatamente que el condado pagara un salario a sus oficiales de prisiones y que aquellas injustas gratificaciones fueran abolidas, pero los magistrados rehusaron gravar al condado con este gasto a menos que se pudiera encontrar algún precedente. Howard abandonó Bedford para encontrarlo. No tuvo éxito, pero la crueldad, la injusticia y la inmundicia que descubrió en su investigación le confirmaron en su determinación de emplear el resto de su vida por la causa de la reforma de la prisión. No podía disfrutar de mi tranquilidad y de mi ociosidad —confesó más tarde— desatendiendo cualquier oportunidad que me ofreciera la Providencia por atender al consuelo del miserable. . ." HIBBERT, Christopher, *supra*, nota 38, págs. 153 y 154.

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

ta e ineludible de la pena privativa de libertad, aunque en esa época, al igual que ahora, la reforma de la prisión no es un tema que interese o preocupe mucho al público.[47] De acuerdo al análisis marxista sobre la función de la prisión, se considera que Howard encontró pésimas condiciones en las cárceles inglesas, porque el desarrollo económico que ya había alcanzado Inglaterra, hacía innecesario que la prisión cumpliera una finalidad económica, y por lo tanto indirectamente socializante, sino que debiera circunscribirse a una función punitiva y terrorista.[48] De acuerdo con el nivel del desarrollo económico y las condiciones del mercado de trabajo, ya no era necesario que la prisión cumpliera la misión de producir y formar "buenos proletarios" sólo debía servir como instrumento de intimidación y control político.[49]

Según la interpretación expuesta, se pueden derivar dos conclusiones: 1) No existe posibilidad de que la prisión pueda realizar un objetivo rehabilitador o resocializador del delincuente. 2) Los esfuerzos de Howard por reformar las prisiones, encontrarían pocos resultados concretos, ya que las condiciones estructurales no permitían cambiar la función meramente punitiva y de control de la prisión.[50]

Tal como lo señalaremos más adelante, desde el punto de vista de las realizaciones prácticas, es cierto que Howard no logró sustanciales cambios en la realidad penitenciaria de su país. Pero es indudable que sus ideas fueron muy avanzadas para su tiempo, ya que insistió mucho en la necesidad de erigir establecimientos adecuados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, sin ignorar que las prisiones deberían proporcionar al penado un régimen higiénico, alimenticio y asistencia médica que permitiera cubrir sus necesidades elementales.[51]

b) Importancia del trabajo como medio rehabilitador.

La reforma o resocialización del delincuente ha estado íntimamente vinculada a una idea terapéutica del trabajo. Por eso decía: "Make men dilingent and you will make them".[52] Consideraba que el trabajo obligatorio, e incluso penoso, serviría de medio adecuado para la regeneración moral. Le dio gran importancia al trabajo como medio rehabilitador. A pesar de que esta idea es muy discutible actualmente, es indudable que ha mantenido vigencia hasta nuestros días. No consideraba que fuera obligatorio el trabajo para los procesados, idea que aún se mantiene en la práctica penitenciaria contemporánea.[53]

c) Ideas de reforma vinculadas a nociones religiosas. Enseñanza de la religión y aislamiento celular.

Le da particular importancia a la instrucción, especialmente la religiosa. Su profunda religiosidad (era calvinista) lo lleva a considerar la religión como el medio más adecuado para instruir y moralizar.[54] Para un hombre del siglo XVIII, en una época en la que había un escaso o inexistente desarrollo de las ciencias del hombre (Sociología y Psicología), era lógico que pensara que la religión

---

47. *Ibíd.* pág. 160.

48. MELOSSI, Darío, PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Siglos XVI-XIX, ed. Siglo XXI, México 1980, págs. 73 y 74.

49. *Ibíd.* pág. 74.

50. ". . .Es importante considerar, en la narración de Howard, cómo, en general, hay una correspondencia no causal entre trabajo en la cárcel y condiciones de vida de los detenidos. En efecto, no obstante resulta falso establecer una neta correspondencia entre trabajo y actitud socializadora, por una parte, y no trabajo y actitud terrorista, por la otra, puesto que desde el surgimiento de la institución las dos actitudes siempre estuvieron en conexión una con la otra —como se evidencia en el carácter punitivo del trabajo carcelario (lo que, según la ética capitalista, también es válido para el trabajo libre)—, sin embargo las condiciones materiales de vida en la cárcel (condiciones higiénicas, posibilidad de comunicación y solidaridad entre los detenidos, alimentación, posibilidad de disponer de una pequeña suma de dinero personal, etc.) cambian según la institución esté organizada en torno a la hipótesis de un trabajo productivo o no; y esto por la sencilla razón de que para la administración de la cárcel se le presenta la doble necesidad de una explotación organizada de la manera más racional posible y de la reproducción diaria de la fuerza de trabajo (que va más allá de la mera subsistencia física). Esto determina una situación en la cual el tenor de vida para el detenido es siempre inferior al nivel más bajo que pueda tener un trabajador libre (según el principio de la less eligibilitu), pero superior a la del desocupado y paradójicamente puede significar un "mejoramiento", sea en términos de condiciones de vida o en términos de conciencia, para el subproletariado. . .": *Ibíd.* pág. 77.

51. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Bosch, España 1976, pág. 59.

52. SCHAFER, Stephen, *supra*, nota 36, pág. 216.

53. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, pág. 72. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra*, nota 28, pág. 55.

54. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, pág. 72.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

podía ser un instrumento adecuado para lograr la transformación del delincuente. Esta idea se mantendrá dentro de la doctrina penitenciaria durante bastante tiempo. También propuso el aislamiento de los delincuentes. Esta idea tenía dos objetivos: 1) El aislamiento favorece la reflexión y el arrepentimiento. En este aspecto se vuelve a evidenciar el propósito de reforma o rehabilitación mediante la utilización de conceptos religiosos. La idea de un aislamiento favorecedor de la reforma y el arrepentimiento, adquirirá su máxima expresión en el famoso sistema celular.[55] 2) El aislamiento también tiene un propósito práctico importante: combatir los innumerables males de la promiscuidad, "... Quería prisiones que tuvieran tantas habitaciones y celdas pequeñas, . . .que todo delincuente pudiera dormir solo. Es difícil evitar que estén juntos durante el día, pero al menos por la noche tienen que ser separados (. . .). Los prisioneros no debían permanecer durante el día en las celdas donde dormían por la noche, y debían tener una cámara, estancia o lugar común. . .".[56]

Lo más importante de su tesis es el aislamiento nocturno que sigue manteniendo plena vigencia, tal como se refleja en la regla novena (apartado primero) de las **reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos** (Ginebra 1955). Aunque Ferri ha manifestado que era partidario del aislamiento celular diurno y nocturno,[57] considero que Howard sólo sugirió el aislamiento celular nocturno, sin que planteara la necesidad de un aislamiento absoluto.[58]

ch) Propone criterios de clasificación en la prisión y la separación por sexos.

En su libro proponía unos incipientes principios de clasificación, considerando las tres clases de personas sometidas al encarcelamiento:

a) Para los acusados propone un régimen especial, ya que la cárcel sólo servía como medio de aseguramiento y no como castigo. Esta proposición sigue siendo recordada por los que analizan los problemas penitenciarios contemporáneos, ya que en muchas prisiones del mundo, todavía no se ha logrado la separación apropiada entre acusados y sentenciados.

b) Los convictos, que serían sancionados de acuerdo con la sentencia condenatoria impuesta, y

c) Los deudores.[59]

Aunque la clasificación que propone es elemental e incipiente, no cabe la menor duda de que tiene el mérito de sugerir un orden, que aunque es poco elaborado, sigue siendo una necesidad ineludible en cualquier régimen penitenciario contemporáneo. Insistió en la necesidad de que las mujeres estuvieran separadas de los hombres y los criminales jóvenes de los delincuentes viejos.[60] Esta recomendación parece que tiene muy poca importancia, ya que se considera que es una regla elemental, pero no deben olvidarse las condiciones penitenciarias y los conceptos que predominan en la época en que Howard expresó sus críticas y proposiciones.

d) Preocupación por el personal penitenciario y sugerencia de una función cercana a lo que hoy se conoce como Juez de Ejecución de la Pena.

Planteó la necesidad de que se nombraran carceleros honrados y humanos.[61] Esta inquietud tiene estrecha relación con la idea que tenía Howard sobre la función rehabilitadora de la prisión. Aunque actualmente ya no se hable de carceleros, lo cual muchas veces no pasa de ser un simple eufemismo, ya que las condiciones de muchas cárceles obligaría a seguir hablando de carceleros, la verdad es que sigue siendo importante que el personal, además de otras cualidades, sea honrado y posea un intuitivo sentido humanitario. Howard pudo captar la importancia que tiene el personal peni-

---

55. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra*, nota 28, pág. 55. ". . .Entre otras reformas, Howard propuso el aislamiento de los presos durante la noche. En las prisiones, era su idea, deben existir numerosos, pequeños aposentos de modo que cada delincuente puede dormir aislado de los demás, la soledad y el silencio favorecen la reflexión y hacen posible el arrepentimiento, más no era partidario del aislamiento absoluto. . .". CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna Penología*, ed. Bosch, Barcelona, España, 1º edición 1958. Reimpresión en 1974, págs. 307-308.

56. HIBBERT, Christopher, *supra*, nota 38, pág. 160.

57. FERRI, Enrique, *Principios de Derecho Criminal*, ed. Reus, España 1933, pág. 35. (Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz).

58. CUELLO CALÓN, *supra*, nota 55, págs. 307 y 308.

59. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra*, nota 28, pág. 56.

60. HIBBERT, Christopher, *supra*, nota 38, pág. 160.

61. *Ibíd.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tenciario en la ejecución de la pena privativa de libertad.

Howard señaló, quizá por primera vez, la conveniencia de la fiscalización por magistrados de la vida carcelaria. "... La administración de una prisión —decía— es cosa demasiado importante para abandonarla por completo a un carcelero ... En cada condado, en cada ciudad es preciso que un inspector elegido por ellos o nombrado por el **Parlamento** vele por el orden de las prisiones..." y añadía "si este cuidado fuese demasiado penoso para la misma persona, se podrá obligar a todos los miembros de un tribunal a encargarse de él alternativamente todos los meses o cada tres meses todos los años. El inspector haría su visita una vez por semana o cada quince días, variando los días y las horas. Tendría una recopilación de todas las leyes referentes a las prisiones y se aseguraría de si son observadas o descuidadas. Visitaría, como se hace en algunos hospitales, cada estancia, hablaría con todos los presos, escucharía sus quejas, atendería a aquellos cuyas peticiones, estimara justas, y cuando tuviera dudas sobre ellas se remitiría a la decisión de sus colegas...".[62]

En esta extensa cita se pueden encontrar los rasgos fundamentales de la figura del **Juez de Ejecución de la Pena.** Howard supo comprender la importancia que tenía el control jurisdiccional sobre los poderes otorgados al carcelero; era consciente de la facilidad con que pueden producirse abusos y prácticas inhumanas en el medio carcelario. La fiscalización que sugiere tiene estrecha relación con la función reformadora que le atribuye a la prisión, ya que al evitarse el abuso en las atribuciones de la administración del centro penal, se realiza uno de los requisitos indispensables del objetivo reformista de la pena privativa de libertad.

e) Realizaciones legislativas.

Howard luchó por la eliminación del "derecho de carcelaje",[63] logrando finalmente que el parlamento inglés votara una ley por la cual el mencionado "derecho", así como la paga de los guardias, estuviese a cargo del Estado.[64] Las denuncias de Howard sirvieron para estimular el nacimiento del incipiente sistema penitenciario británico.[65] La influencia de Howard en cuanto a las reformas legislativas no fue muy significativa, ya que logró muy pocas reformas legales, pero eso no disminuye el valor de sus ideas, muchas de las cuales siguen manteniendo plena vigencia. También es cierto que algunas décadas después de haber desaparecido Howard, las condiciones de las cárceles inglesas seguían siendo deplorables.[66] Sin embargo, este dato no demuestra el fracaso de sus ideas, sino que evidencia las tremendas dificultades que existen

---

62. CUELLO CALÓN, Eugenio, *La intervención del juez en la ejecución de la pena*, A.D.P.C.P., 1953 págs. 252 y 253.

63. El "derecho de carcelaje" consistía en una suma que los encarcelados debían pagar en concepto de alquiler a los dueños de los locales en que eran recluidos. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, pág. 73. "...Casi la mitad de las prisiones locales del país eran propiedad privada (...); en la prisión del obispo de Ely los hombres eran encadenados al suelo con argollas alrededor de sus cuellos y pesadas barras de hierro sobre los pies, a menos que pudieran pagar su mudanza de aquel lugar. De hecho, el pago por el "alivio de los hierros" era una costumbre generalizada en muchas prisiones y ésta era solamente la primera gratificación que se esperaba que pagara el nuevo prisionero. No solamente tenía que pagar el evitar ser torturado, sino que a menudo tenía que pagar incluso, para poder existir, ya que en muchas prisiones no se les daba nada de comer a los prisioneros y las caritativas contribuciones en comida, decomisadas en los mercados como inadecuadas para el consumo humano o por tener el peso inferior al establecido, pronto caían en manos de los matones de la prisión...". HIBBERT, Christopher, *supra*, nota 38, pág. 155.

64. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, pág. 74.

65. LEWIS GILLIN, John, *Criminology and Penology*, D. Appleton Century Company. N.Y., U.S.A., 1929, pág. 273. Otro factor que influyó en el desarrollo del sistema penitenciario británico fue que a raíz de la guerra de independencia de las colonias americanas, y su posterior victoria, se tuvo que suspender la deportación de prisioneros. HIBBERT, Christopher, *supra*, nota 38, pág. 161.

66. "...En 1823 todavía se encadenaba al suelo a algunos prisioneros y, por lo menos en un condado, —solamente se celebraban dos sesiones de tribunales al año—, por lo que un prisionero podía ser encadenado —de seis a ocho meses para ser declarado después inocente—...". "...Dos inspectores de prisiones, creados en 1835, se encontraron con que en Newgate se colocaban en las mismas celdas a hombres convictos de homosexualidad y a chicos jóvenes que esperaban la celebración de un juicio, durmiendo sobre las mismas esterillas, mientras que los delincuentes menores eran colocados junto con los criminales empedernidos mientras esperaban la deportación, y a los locos con aquellos que, evidentemente, pretendían estarlo. La guardia que recibió a un nuevo prisionero estaba compuesta por guardianes que eran convictos conocidos, a los que el alcalde asignaba esta labor y a quienes se les pagaba gratificaciones abiertamente. La mayoría de los prisioneros se cubrían con harapos y la comida era servida por los guardianes que obtenían de su trabajo tanto dinero como podían...". HIBBERT, Christopher, *supra*, nota 38, págs. 173 y 174. Los hechos que describe Hibbert ocurrieron muchos años después de que Howard realizara su encomiable labor, lo cual no viene a demostrar que su obra fuera un fracaso, sino que las condiciones penitenciarias, a pesar del trabajo que realizan sacrificados reformadores, tienden a deteriorarse y a convertir la prisión en un medio de imponer el orden por el terror y la crueldad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para que un sistema penitenciario cumpla con los requisitos mínimos. Actualmente subsisten en el mundo muchas cárceles que no están muy lejos de las que describe Howard en su obra.

f) Significado de sus ideas.

Es indudable que con Howard nace el penitenciarismo. Su obra marca el inicio de la lucha interminable por lograr la humanización de las prisiones (hoy se plantea su desaparición) y por tratar de conseguir la reforma del delincuente.[67] Jiménez de Asúa califica a Howard como un correccionalista práctico considerando que sus ideas determinan el inicio definido del progreso de la preceptiva penitenciaria.[68]

Por supuesto, Howard separa claramente el **Derecho Penal** de la **Ejecución de la Pena,** considerando que desde el punto de vista del primero, debía mantenerse la tesis retributiva e intimidante de la pena, aceptando como posible, dentro de ese contexto, la reforma del reo durante la ejecución de la pena.[69] "...La obra de Howard constituye todo un programa de ideas que hoy constituye en gran parte el núcleo de los sistemas penitenciarios vigentes. Con él nace la corriente penitenciaria que revolucionaría el mundo de las prisiones, haciéndolas más humanas y dotando a la ejecución penal de un fin reformador...".[70]

III. JEREMY BENTHAM

Nace en 1748 y muere en 1832. Bentham tenía una personalidad excéntrica y fue un escritor muy prolífico.[71] No fue una persona que pudiera congeniar fácilmente con sus semejantes.[72]

Es de los primeros autores que exponen con un meditado orden sistemático sus ideas.[73] Sus aportes en el campo de la penología, en contraste con los referidos a temas de jurisprudencia penal, mantienen vigencia aún hoy en día.

No hace muchas recomendaciones positivas, pero sus sugerencias o críticas son acertadas en lo que se refiere a la práctica de los castigos absurdos o ilógicos.[74] Siempre buscó un sistema de control social, un método de control del comportamiento humano de acuerdo con un principio ético. Ese principio ético se lo proporciona el utilitarismo, el cual se traducía en la búsqueda de la felicidad para la mayoría o simplemente la felicidad más grande. Un acto posee utilidad si tiende a producir beneficio, ventaja, placer, bienestar, y si sirve para prevenir el dolor. Bentham considera que el hombre siempre busca el placer y evade el dolor. Sobre este principio fundamentó su teoría de la pena. Una de las limitaciones que se le pueden apuntar a la teoría utilitaria es que en muchas ocasiones se encuentra que lo que proporciona alegría a la mayoría, puede que no lo sea para una minoría. Es muy difícil igualar los conceptos sobre el placer.[75]

Bentham al plantear sus ideas sobre el famoso **"Panóptico",** fue el primer autor consciente de la importancia de la arquitectura penitenciaria. Indudablemente ha ejercido una influencia notable en la arquitectura penitenciaria.[76]

a) Fines de la pena. Preponderancia de la prevención general.

A pesar de que Bentham le da mucha impor-

---

67. MARCO DEL PONT, Luis, *supra,* nota 32, pág. 53.
68. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal,* ed. Losada, Argentina 1964, tomo II, pág. 58. (Ver también tomo I, de la misma obra).
69. WEFERS, Wálter, *Educación y pena,* R.E.E.P., 1958, pág. 238 (revisar).
70. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra,* nota 28, pág. 56.
71. GEIS, Gilbert, *Pioneers in Criminology —VII— Jeremy Bentham. (1748-1832),* J.C.L.C. & P.S., 1955, pág. 159.
72. *Ibíd,* pág. 160.
73. SÁINZ CANTERO, José, *La ciencia del Derecho Penal y su evolución,* Bosch, España 1975, pág. 61.
74. GEIS, Gilbert, *supra,* nota 71, pág. 167.
75. *Ibíd.* págs. 162, 163 y 165.
76. GARCÍA BASALO, J. Carlos, *El panóptico de Bentham,* R.E.E.P., 1957, pág. 589.

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

tancia al aspecto penitenciario, (prevención especial) considera que esta finalidad debe ubicarse en un segundo plano, con el fin de cumplir el propósito ejemplarizante de la pena.[77] Bentham utiliza los términos prevención general y especial.[78]

Considera que el fin principal de la pena es prevenir delitos semejantes. ". . .El negocio pasado no es más que un punto, pero el futuro es infinito: el delito pasado no afecta más que a un individuo, pero los delitos semejantes pueden afectarlos a todos. En muchos casos es imposible remediar el mal cometido, pero siempre se puede quitar la voluntad de hacer mal, porque por grande que sea el provecho de un delito siempre puede ser mayor el mal de la pena. . .".[79] El efecto preventivo general es preponderante, a pesar de que le da cabida al fin correccional de la pena, éste tendrá total subordinación respecto la ejemplaridad.[80]

Por la inclinación que tuvo Bentham por el tema penitenciario, es lógico que admitiera que la pena pudiera tener un fin correccional, aunque de manera secundaria. Sobre este punto expresó lo siguiente: ". . .Es una cualidad grande en una pena el que pueda servir para la enmienda del delincuente, no digo sólo por el temor a ser castigado otra vez, sino también una mudanza en su carácter y en sus hábitos. Se conseguirá este fin estudiando el motivo que ha producido el delito, y aplicándole una pena propia para debilitar este motivo. Una casa de corrección para llenar este objeto debe ser susceptible de una separación de los delincuentes en diferentes secciones, para que puedan adaptarse medios diversos de educación a la diversidad de este estado moral. . .".[81]

b) La pena no es un acto de venganza. No deben ser infamantes.

La pena, que resulta repugnante a los sentimientos generosos, se eleva al primer rango de los servicios públicos, cuando se la considera, no como un acto que expresa cólera o venganza contra el culpable, sino que constituye un sacrificio indispensable para la salvación común.[82] Para que la pena mantenga su sentido de humanidad, sólo debe procurar una apariencia de crueldad. ". . .Hablad a los ojos si queréis mover el corazón. El precepto es tan antiguo como Horacio, y la experiencia que lo ha dictado tan antigua como el primer hombre . . . Háganse ejemplares las penas, y dense a las ceremonias que las acompañan una especie de pompa lúgubre. . .".[83] La importancia que le da a los aspectos externos y ceremoniales de la pena, buscando sólo una crueldad aparente, es consecuente con la importancia que Bentham le concede al objetivo preventivo general de la pena.

Lo importante es que Bentham no ve en la crueldad de las penas un fin en sí mismo, lo que significa un progresivo abandono del concepto tradicional en el que se consideraba que la pena debía causar profundo dolor y sufrimiento.

No admite las penas infamantes, sean estas indelebles o no, por el hecho de que descartan toda posibilidad de regeneración.[84] A pesar de que la regeneración del infractor ocupa un lugar secundario en los fines que Bentham le asigna a la pena, es importante observar que muchas de sus recomendaciones, tal como sucede en la mencionada, tienen una finalidad rehabilitadora.

Admite la necesidad de que el castigo sea un

---

77. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio, *supra*, nota 25, pág. 96. ". . .En la prevención general, empleando ya este nombre, ve Bentham el fin principal y razón justificativa de las penas. . .". ANTÓN ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, España 1944, págs. 34 y 36.

78. ANTÓN ONECA, José, *Ibíd.*

79. BENTHAM, Jeremy, *Principios de legislación y codificación*, extractados de la obra del filósofo inglés J. Bentham. Imp. de Tomás Jordán, España 1834, tomo II, pág. 288. (Trad. y preparación de Francisco Ferrer y Valls).

80. ANTÓN ONECA, José, *supra*, nota 17, pág. 422 y 424. Considera que la sanción debe tener como objetivo el prevenir la reincidencia e impedir que otros cometan delitos similares. Bentham no logra separar los dos objetivos, preventivo general y especial, de forma que permita aplicar adecuadamente tales conceptos. Por ejemplo no tiene respuesta adecuada al de la persona que ha cometido un homicidio, pero que en un futuro, por probabilidad estadística, no representa ningún peligro a la sociedad. Desde el punto de vista de la teoría de Bentham, que se fundamenta en la utilidad, una ofensa que constituya un incidente aislado, con muy pocas probabilidades de que vuelva a ocurrir, el castigo se consideraría inútil, ya que sólo añadiría dolor, sin alcanzar ningún objetivo provechoso. GEIS, Gilbert, *supra*, nota 71, pág. 167.

81. BENTHAM, Jeremy, *supra*, nota 79, tomo III, pág. 31.

82. ANTÓN ONECA, José, supra, nota 77, pág. 33. Citando la obra de Bentham: *Theorie des Peines et des Rècompenses.* Lib. 1º, cap. III, pág. 10. Ouvres, ed. Dumont, T. I, Bruselas 1840.

83. BENTHAM, Jeremy, *supra*, nota 79, tomo III, págs. 120 y 121.

84. SÁNCHEZ OSES, José, *Jeremías Bentham y el Derecho Penal*, A.D.P.C.P., 1967, pág. 558.

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

mal, pero como un medio para prevenir peores daños a la sociedad. Ya no se trata de que la pena constituya un mal desprovisto de finalidades.[85] El hecho de que Bentham insistiera en que la función de la ley no era alcanzar la venganza por la comisión de un acto criminal, sino el prevenir la comisión de los actos criminales, significa un avance importante en la racionalización de la doctrina penal. No es extraño que no comprendiera con claridad la relación entre las leyes y su efecto preventivo general del crimen, puesto que actualmente todavía no se logra adecuar un punto de vista comprensivo sobre las complejidades de esa relación; nuestras leyes siguen siendo un mosaico de ideas que no tienen un fundamento empírico profundo.[86]

c) Teoría sobre el comportamiento criminal.

Aplicó el principio del bienestar en el comportamiento criminal. Este es uno de los aspectos fundamentales que explican su teoría sobre las penas. Considera que la naturaleza ha colocado al hombre bajo el imperio del placer y el dolor. Los actos humanos están orientados por el principio de utilidad. Considera que el delincuente será un sujeto que gobierna libremente su comportamiento, apreciando el conjunto de placeres y dolores que un acto concreto puede proporcionarle.[87] La teoría de Bentham sobre el comportamiento criminal es muy individualista, intelectual, voluntariosa, y presume la libertad de tal forma, que da pocas posibilidades para la investigación de los orígenes del delito o para las medidas preventivas.

En muchos aspectos, esta idea de un delincuente que calcula racionalmente sus actos, se mantiene vigente, ya que algunas de las reformas penales que se proponen, por ejemplo cuando se pretende ampliar la escala penal de un delito, descansan sobre la idea de que el delincuente toma en cuenta la relación entre la pena (según la escala penal) y el placer o utilidad que le proporcionará el hecho delictivo.[88]

ch) Crítica sobre las condiciones carcelarias.

Se interesó vivamente por las condiciones de las cárceles y el problema penitenciario. Considera que las cárceles, salvo raras excepciones, encierran las "mejores condiciones" para infestar el cuerpo y el alma.[89] Las prisiones, con sus condiciones inadecuadas y ambiente de ociosidad, despojan al reo de su honor y hábitos laboriosos, y ". . .salen de allí para ser impelidos otra vez al delito por el aguijón de la miseria, sometidos al despotismo subalterno de algunos hombres generalmente depravados por el espectáculo del delito y el uso de la tiranía, estos desgraciados pueden ser sujetos a mil penas desconocidas que los irritan contra la sociedad, que los endurecen y los hacen insensibles a las penas. Con respecto a la moral, una prisión es una escuela en que se enseña la maldad por medios más seguros que los que nunca podrían emplearse para enseñar la virtud: el tedio, la venganza y la necesidad presiden a esta educación de perversidad. . .".[90]

Este párrafo demuestra los claros conceptos que tenía Bentham sobre las condiciones criminógenas de la prisión. Pero esa idea no lo llevó a proponer la supresión de la prisión, idea que evidentemente ha tomado fuerza en las últimas décadas, sino que piensa que cumpliendo determinadas condiciones, se podría lograr la reforma de los reclusos.

En sus comentarios sobre la cárcel, sugiere una incipiente idea sobre lo que actualmente se llama subcultura carcelaria.

El siguiente párrafo de su libro *El panóptico,* ilustra lo que hemos afirmado: ". . .La opinión que nos sirve de regla y de principio es la de las gentes

---

85. GEIS, Gilbert, *supra,* nota 71, pág. 166.

86. *Ibíd.* pág. 165.

87. PÉREZ-LLANTADA Y GUTIÉRREZ, Fernando, *supra,* nota 3, pág. 31.

88. GEIS, Gilbert, *supra,* nota 71, pág. 167.

89. BENTHAM, Jeremy, *supra,* nota 79, tomo III, pág. 50.

90. *Ibíd.* pág. 51. En su libro sobre el Panóptico, hace un análisis my interesante sobre las condiciones inadecuadas de las prisiones, expresándolo de la siguiente manera: ". . .Los mayores rigores de las cárceles, los grillos, los calabozos solo se emplean para asegurar a los presos: y la reforma de ellos ha sido generalmente descuidada, o sea por una indiferencia bárbara, o sea porque se ha desesperado en conseguirla (. . .). Ello es que las prisiones han sido hasta ahora una morada infecta, y horrible escuela de todos los delitos, y acinamiento de todas las miserias, que no se podían visitar sin temblar; porque un acto de humanidad era a veces castigado con la muerte, y cuyas iniquidades se consumarían todavía en un profundo misterio, si el generoso Howard que murió mártir de las cárceles después de haber vivido apóstol de ellas, no hubiera despertado la atención pública sobre. . .". BENTHAM, Jeremy, *El panóptico,* Ed. La piqueta, España 1979, pág. 35.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que nos rodean. Unos hombres secuestrados de este modo hacen un público aparte: su lengua y sus costumbres se asimilan, y por un consentimiento tácito e insensiblemente se hace una ley local, cuyos autores son los más abandonados de los hombres: porque en una sociedad semejante los más depravados son los más audaces, y los más malvados se hacen temer y respetar de los otros. Este público, compuesto de este modo, apela de la condenación del público exterior, y revoca sus sentencias:. . .".[91]

En este párrafo se aprecia el agudo sentido de observación que tenía Bentham.

d) Concepto retributivo de la pena.

Tenía un concepto retributivo de la pena, con clara preponderancia de la finalidad preventivo-general. Sus ideas sobre el objetivo rehabilitador de la pena privativa de libertad, deben entenderse en un contexto retributivo y con preeminencia de la prevención general. Considera que la pena es un mal que no debe exceder del daño ocasionado por el delito.[92] En este aspecto refleja su sentido retributivo de la pena. Acepta que ésta, fundamentalmente por su efecto preventivo general, es beneficiosa para la prevención de los delitos.

e) Reforma de la cárcel. El Panóptico.

Desde un punto de vista penológico, su aporte más importante ha sido el **"Panóptico"**. Foucault afirma que al diseñar el **Panóptico,** Bentham se inspiró en la casa de fieras que Le Vaux había construido en Versalles, ya que a pesar de que en la época en que se diseñó el **Panóptico,** esta casa había desaparecido, es posible encontrar una preocupación análoga a la del diseño del mencionado zoológico, puesto que ambos diseños se preocupan de la observación individualizadora, de la caracterización y de la individualización, de la disposición analítica del espacio. ". . .El Panóptico es una colección zoológica real: el animal está reemplazado por el hombre, por la agrupación específica la distribución individual y el rey por la maquinaria de un poder furtivo. . .".[93] La tesis de Foucault está estrechamente vinculada a su idea de que el **Panóptico** es parte del desarrollo progresivo de una sutil tecnología del poder. Por otra parte, Christopher Hibbert afirma que la idea del **Panóptico** no fue original de Jeremy, sino de su notable hermano, el brigadier-general Sir Samuel Bentham, quien al mostrarle a su hermano el esquema que había confeccionado para supervisar el trabajo en el arsenal, hizo que éste viera la posibilidad de aplicar tal diseño a la supervisión de prisioneros.[94] Es indudable que tanto en la tesis de Foucault como en la de Hibbert existe la inquietud por conseguir que el diseño permitiera controlar con facilidad al mayor número: está implícita la preocupación por el control y la seguridad. Cuando Bentham expone los fundamentos de su diseño, pone especial énfasis en los problemas de seguridad y control del establecimiento penal. Precisamente es sobre este aspecto al que más atención le presta M. Foucault.

Al describir el **Panóptico,** nos dice que es: ". . .Una casa de penitencia, según el plan que os propongo, debería ser un edificio circular, o por mejor decir, dos edificios encajados uno en otro. Los cuartos de los presos formarían el edificio de la circunferencia con seis altos, y podemos figurarnos estos cuartos como unas celdillas abiertas por la parte interior, porque una reja de hierro bastante ancha los expone enteramente a la vista. Una galería en cada alto sirve para la comunicación, y cada celdilla tiene una puerta que se abre hacia esta galería. Una torre ocupa el centro, y ésta es la habitación de los inspectores: pero la torre no está dividida más que en tres altos, porque están dispuestos de modo que cada uno domina de lleno sobre dos líneas de celdillas. La torre de inspección está también rodeada de una galería cubierta con una celosía trasparente que permite al inspector registrar todas las celdillas sin que le vean, de manera que con una mirada ve la tercera parte de sus presos, y moviéndose en un pequeño espacio puede ver a todos en un minuto, pero aunque esté ausente, la opinión de su presencia es tan eficaz como su presencia misma. (. . .) El todo de este

---

91. *Ibíd, El panóptico,* pág. 56.

92. "Si el mal de la pena excediera al mal del delito, el legislador habría producido un dolor mayor que el que habría prevenido: compensará la acción de un mal con el precio de otro mayor. . .". BENTHAM, Jeremy, *supra,* nota 79, tomo III, pág. 6. Estableció algunas reglas que permitieran determinar la proporción entre pena y delito. Ver el tomo III de la obra ya citada, págs. 8 y 12.

93. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar,* ed. Siglo XXI, México 1976, pág. 206.

94. HIBBERT, Christopher, *supra,* nota 38, pág. 172.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

edificio es como una colmena, cuyas celdillas todas pueden verse desde un punto de vista central. Invisible el inspector reina como un espíritu;. . .".[95] Al inicio del párrafo dice que la prisión es una casa penitenciaria, lo cual confirma lo que hemos venido observando en el penitenciarismo clásico, y es que se vincula la idea de enmienda y reforma del recluso con conceptos religiosos. Esta idea la podremos encontrar en la mayoría de los diseños e ideas penitenciarias que predominaron hasta el siglo XIX.

El diseño de Bentham le da especial importancia, tal como lo mencionamos anteriormente, al control y la seguridad de la prisión, ya que el nombre de **Panóptico** expresa en una ". . .sola palabra su utilidad esencial, que es la facultad de ver con una mirada todo cuanto se hace en ella. . .".[96] La importancia que concede a la seguridad, se refleja en el siguiente párrafo: ". . .El primer objeto es la seguridad de la casa contra las tentativas interiores y contra los ataques hostiles de fuera. . .".[97] Busca también una sumisión forzada que produzca poco a poco la obediencia maquinal.[98]

Pero no puede afirmarse que en el diseño del **Panóptico** sólo existiera la preocupación por la seguridad o una tecnología de la dominación, también trata de que el diseño sirva para estimular la enmienda del reo. El afán rehabilitador es el que, entre otras razones, fundamenta su rechazo del aislamiento celular permanente,[99] idea que se mantiene plenamente vigente.

Sugiere la integración de pequeños grupos, previa clasificación, según su perversidad, con el fin de que esas pequeñas asociaciones permitan una reforma mutua.[100]

Considera al trabajo como un medio para propiciar la enmienda del recluso, y no cree aconsejable que se condene al preso a trabajos penosos e inútiles, más bien debe tratarse de que éste sea productivo y atractivo.[101] Es un absurdo convertir el trabajo en algo detestable, ya que será el único medio que permitirá al recluso llevar una existencia honrada cuando alcance su libertad.[102] Sobre el desarrollo de la actividad laboral en el **Panóptico,** Melossi y Pavarini sugieren la idea de que el diseño de Bentham se adapta bien al objetivo de control, custodia e intimidación, tal como él mismo lo resalta, pero impide la introducción del trabajo productivo en la cárcel, puesto que no permite la utilización masiva de la mano de obra, la producción en serie y la utilización eficaz de la máquina. Esta limitación puede ser una de las razones por las que el diseño de Bentham nunca alcanzó una plena realización práctica.[103] Él sugería, al igual que

---

95. BENTHAM, Jeremy, *El panóptico, supra,* nota 90, págs. 36 y 37.

96. *Ibíd.* pág. 37.

97. *Ibíd.* pág. 40.

98. *Ibíd.*

99. ". . .El modo más opuesto a éste es el confinar a los presos en la soledad absoluta para substraerlos enteramente al contagio moral, y entregarlos a la reflexión y al arrepentimiento: pero el juicioso y buen Howard, que ha hecho tantas observaciones acerca de los presos, vió y conoció perfectamente que la soledad absoluta que produce al principio un efecto saludable, pierde prontamente su eficacia, y hace caer a un infeliz cautivo en la desesperación, en la locura o en la insensibilidad. En efecto, ¿Qué otro resultado puede esperarse cuando se deja a un alma vacía, atormentarse a sí misma por meses y por años enteros? Esta es pues una penitencia que puede ser útil por algunos días para domar un espíritu de rebelión: pero que no se debe prolongar, así como la quina y el antimonio no deben usarse como alimentos ordinarios. La soledad absoluta, tan contraria a la justicia y a la humanidad, cuando se hace de ella un estado permanente, es también una fortuna combatida por las más fuertes razones de economía, porque exige un gasto enorme en edificios: dobla los gastos para alumbrar, conservar la limpieza, y renovar el aire, y limita la solución de los trabajos estrechando demasiado la extensión de las celdas, y excluyendo las profesiones que exigen la reunión de dos o más trabajadores. . .". BENTHAM, Jeremy, *El panóptico, supra,* nota 90, págs. 56 y 57.

100. *Ibíd.* págs. 58, 59 y 60. MELOSSI y PAVARINI afirman que en el primer proyecto de Bentham (1787), éste admitía el aislamiento absoluto continuo (en "celda elemental"). Fue en el postcriptum, escrito cuatro años más tarde, donde amplía las celdas con el propósito de que fueran ocupadas por cuatro presos. El elemento fundamental del proyecto era, sin duda, "el principio de inspección", o sea la posibilidad, con pocos hombres, de tener en constante vigilancia, a todos los individuos recluidos en la institución. MELOSSI y PAVARINI, *supra,* nota 48, pág. 65.

101. BENTHAM, Jeremy, *El panóptico, supra,* nota 90, págs. 61 y 62.

102. *Ibíd.,* pág. 61.

103. MELOSSI y PAVARINI, *supra,* nota 48, pág. 66. El panóptico fue un intento, que nunca llegó a realizarse plenamente, de coordinar un detallado sistema punitivo y de control con una eficacia productiva. Bentham le dio mucha importancia a la productividad de la institución. Por eso excluye cualquier concepción punitiva del trabajo, debiendo administrarse éste con criterios estrictamente capitalistas. Expresamente declara la íntima conexión entre trabajo y reeducación, afirmando lo siguiente: ". . .Debo confesar que no he visto prueba más clara y más segura de reeducación que el mejoramiento de la cantidad y valor del trabajo. . .". MELOSSI y PAVARINI, *supra,* nota 48, pág. 65.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

todos los grandes reformadores, que el trabajo es un medio indispensable para lograr la enmienda del recluso. Sin embargo, Foucault considera que el trabajo en Bentham cumple básicamente, una función domesticadora y simbólica.[104]

Foucault nos recuerda una de las eternas luchas entre quienes ven en la rehabilitación o resocialización del delincuente un medio de domesticación y fortalecimiento de todo el sistema social, y aquellos que ven la resocialización como la meta inevitable de todo sistema penitenciario, sin cuestionar los fundamentos del sistema socio-político. Este punto lo trataremos, con mayor detenimiento, más adelante.

A pesar de que Bentham no cree en la crueldad de los castigos, como síntoma de eficacia, ya que rechaza las condiciones infrahumanas de las prisiones,[105] sigue pensando que un "castigo moderado", en que exista una disciplina severa, un vestido humillante, y un alimento grosero, logran buenos resultados[106] tanto desde un punto de vista de la prevención general, como de la especial. Este aspecto es importante porque demuestra que todavía está muy arraigada la idea de que, dentro de ciertos límites, la prisión debe imponer una vida de privaciones y limitaciones, puesto que de esta forma se logra una enmienda mediante el castigo. Este punto sigue siendo polémico, por lo menos desde perspectivas muy conservadoras sobre el tratamiento penitenciario. La idea expuesta tiene íntima relación con la regla de la severidad, que Bentham enuncia así: ". . .Salvo los miramientos debidos a la vida, a la salud, y al bienestar físico, un preso que sufre esta pena por delitos que casi siempre se cometen por individuos de la clase más pobre, no debe gozar de una condición mejor que la de los individuos de la misma clase que viven en un estado de inocencia y de libertad. . .".[107] Este argumento todavía se utiliza para oponerse a muchas de las medidas progresistas que se quieren impulsar en una **reforma penitenciaria.** La razón que aduce para sugerir su regla sobre la severidad, se aprecia en el siguiente párrafo, que para muchos sectores interesados en el tema penitenciario, guardará plena vigencia; dice el párrafo: ". . .La regla de severidad no es menos esencial; porque una prisión que ofreciese a los delincuentes una situación mejor que su condición ordinaria en el estado de inocencia, sería una tentación para los hombres flacos y desgraciados, o a lo menos no tendría el carácter de la pena que debe intimidar al que se siente tentado a cometer un delito. . .".[108] La regla de la severidad pretende conseguir un efecto preventivo-general, y es consecuente con la preponderancia que Bentham le da a la **prevención general.** A pesar de que se ha considerado que no existe suficiente fundamento empírico que respalde las apreciaciones de Bentham, éstas están aún muy arraigadas en las convicciones del ciudadano común.

f) Asistencia postpenitenciaria.

Aceptando Bentham la idea de que la prisión es un medio para lograr la corrección del recluso, se preocupa por un tema que sigue preocupando a los penitenciaristas: la asistencia postpenitenciaria. El objetivo rehabilitador debe ser complementado con un plan de asistencia postpenitenciaria. Este aspecto lo trata Bentham cuando se refiere a los reclusos que serán liberados: ". . .sería una grande imprudencia el lanzarlos en el mundo sin custodia y sin auxilios en la época de su emancipación, en que pueden compararse a los muchachos, que estrechados mucho tiempo acaban de quedar libres de la vigilancia y cuidado de sus maestros. . .".[109] Para resolver el problema de la asistencia postpenitenciaria, sugirió varias soluciones, lo que demuestra que tenía una clara idea sobre el alcance y sentido del objetivo rehabilitador de la pena privativa de libertad.

g) El Panóptico, ¿maquinaria de poder?

M. Foucault hace un análisis interesante sobre las ideas de Bentham, considerando que su diseño sobre el Panóptico no es simplemente un plan para mejorar las cárceles. Foucault ve en el panóp-

---

104. FOUCAULT, Michel, *El ojo del poder,* entrevista a M. Foucault, publicado en el libro *El panóptico, supra,* nota 90, pág. 23.

105. BENTHAM, Jeremy, *El panóptico, supra,* nota 90, págs. 43, 44, 45 y 46.

106. *Ibíd.*, pág. 61.

107. *Ibíd.*, pág. 46.

108. *Ibíd.*, pág. 47.

109. *Ibíd.*, págs. 70 y 71.

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

tico el prototipo de la prisión contemporánea, ya que proporciona los elementos formales básicos de las prisiones actuales.[110] Según Foucault, el diseño de Bentham resuelve los problemas de vigilancia, no sólo para las prisiones, sino para hospitales, industrias y escuelas.[111] Bentham logra establecer una relación importante entre arquitectura y poder.[112] El Panóptico es una máquina arquitectónica que sirve de manera perfecta a la función de crear y sostener una relación de poder, con independencia de aquel que la ejerce.[113]

Permite automatizar el poder y desindividualizarlo, ". . .Este tiene un principio menos en una persona que en cierta distribución concertada de los cuerpos, de las superficies, de las luces, de las miradas; en un equipo cuyos mecanismos internos producen la relación en la cual están insertos los individuos. . .".[114] La maquinaria que garantiza la relación asimétrica entre vigilante y vigilado, hace que sea intrascendente la identidad de la persona que ejerce el poder. Importa poco quien ejerce el poder.[115] El esquema Panóptico intensifica cualquier aparato de poder, por las siguientes razones: garantiza su economía (en material y tiempo); garantiza la eficacia por su carácter preventivo, su funcionamiento continuo y sus mecanismos automáticos.[116] El Panóptico aumenta sustancialmente la eficacia en el ejercicio del poder. Es una especie de "huevo de Colón" en el campo político.[117]

Bentham plantea el problema de la visibilidad. Trata de evitar que los vigilados puedan tener algún rincón que escape de la mirada dominadora y vigilante. Sugiere una sociedad transparente, en la que al poder no se le escape ningún rincón. Hace funcionar su proyecto en función de una mirada totalizadora.[118] Al igual que sus contemporáneos, Bentham encuentra el problema de la acumulación de hombres; pero mientras los economistas lo analizan en términos de riqueza, Bentham lo visualiza desde la perspectiva del poder: ve a la población como objeto de las relaciones de dominación.[119]

La interpretación de Foucault es interesante, ya que profundiza el sentido y alcance, desde un punto de vista de instrumento de dominación, del **Panóptico.** Desde esta perspectiva, no podría considerarse que las ideas del pensador inglés puedan tener un propósito rehabilitador, sino que se convierten en instrumento eficaz de dominación y sometimiento. A pesar de que Foucault no cree que el diseño del **Panóptico** sólo tenga un significado estrictamente penitenciario, sino que es un medio para estructurar toda una tecnología de dominación, aplicable a otros aspectos de la vida social, como la fábrica, la escuela, etc. (un instrumento que permite racionalizar eficazmente la dominación), y que también proporciona argumentos ideológicos que justifican la dominación de la burguesía. A la tesis de Foucault se le puede señalar una importante objeción: el modelo de prisión ideado por Bentham en 1971 no se llegó a generalizar, siendo excepcionales los establecimientos penitenciarios (por ejemplo el de Breda y el moderno de Jolliet) que se construyeron siguiendo el modelo Panóptico.[120] Este dato disminuye, en alguna forma, el alcance del análisis e interpretación de Foucault, sin que por eso sus argumentos pierdan importancia.

h) Realizaciones y trascendencia de las ideas penitenciarias de Bentham.

Tal como lo expresamos anteriormente, la idea del Panóptico (con todas las características que lo diseñó Bentham), nunca llegó a desarrollarse plenamente, salvo excepciones poco significativas. Esta circunstancia no disminuye la importancia de sus ideas, puesto que algunas de ellas siguen teniendo actualidad, no sólo desde el punto de vista de la doctrina penitenciaria, sino también en lo que se

---

110. MIRANDA, M. Jesús, *De la cárcel,* El Viejo Topo, extra núm. 7, 1979, pág. 28.
111. FOUCAULT, Michel. *supra,* nota 104, pág. 11.
112. *Ibíd.*
113. FOUCAULT, Michel. *supra,* nota 93, pág. 204.
114. *Ibíd.*, pág. 205.
115. *Ibíd.*
116. *Ibíd.*, pág. 209.
117. *Ibíd.*
118. FOUCAULT, Michel, *supra,* nota 104, pág. 15.
119. *Ibíd.*, pág. 14.
120. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *supra,* nota 37, pág. 78. También MELOSSI y PAVARINI, *supra,* nota 48, págs. 64 y 66.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

refiere a sus planteamientos arquitectónicos, ya que su proyecto es un antecedente inmediato del diseño radial que tienen muchas prisiones.[121]

Bentham hizo muchos esfuerzos para que su proyecto se materializara, pero casi siempre se frustraron. Algunos de esos fracasos produjeron pérdidas en su fortuna personal. Después de grandes esfuerzos, se inauguró en Millbank (Inglaterra 1816) una prisión que se inspiraba en las ideas fundamentales de Bentham.[122]

Respecto a la situación penitenciaria de su época, Bentham logró que sus críticas sirvieran para disminuir el castigo bárbaro y excesivo que se producía en las prisiones inglesas.[123]

Fue en los Estados Unidos donde sus ideas arquitectónicas tuvieron mayor acogida, aunque no en su total concepción.[124] Lo mismo sucedió en Costa Rica, ya que la prisión más importante que ha tenido, conocida como "Penitenciaría Central", edificada a principios de siglo y que ha dejado de tener relevancia, desde un punto de vista penitenciario (a partir de 1980), se edificó siguiendo algunas de las características más importantes del Panóptico.[125]

IV. MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE

Nace en 1739, en la hacienda llamada San Juan del Molino (provincia de Tlaxcala —Nueva España— México), pero su formación y cultura es española,[126] ya que se trasladó a España desde 1761. Muere en 1820, habiéndose convertido en un símbolo.[127]

Su obra está impregnada de un racionalismo liberal, al igual que la de Beccaria, Howard y Bentham, lo que los inclina a proponer una penalidad más justa y un tratamiento humanitario en la ejecución de la pena.[128] En 1782 publicó su famosa obra titulada *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma.* En la obra cita varias veces a Beccario, lo que originó la idea de que era un simple glosador del famoso pensador milanés,[129] sin embargo, la obra de Lardizábal tiene puntos de vista originales, especialmente en lo relativo a la pena privativa de libertad. En realidad aventaja notablemente a Beccaria y otros reformadores, ya que al desenvolver la concepción utilitaria, incluye el elemento ético de la corrección, siguiendo la tradición senequista y cristiana española. Este hecho permite afirmar que su pensamiento tiene un sentido unitario y moderno, superior a los demás penalistas de la ilustración. La seguridad de los ciudadanos y la salud de la República es el primer y general fin de las penas, según las ideas de Lardizábal, pero además de este objetivo general, existen otros subordinados a él, de igual importancia. Entre las finalidades particulares a las que concede especial relevancia, se incluye la enmienda o corrección del delincuente.[130] No era partidario de las penas crueles y su preocupación por la reforma del delincuente lo sitúa dentro de una línea claramente correccionalista.[131]

---

121. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra*, nota 28, pág. 59.

122. LEWIS GILLIN, John, *supra*, nota 65, pág. 275.

123. GEIS, GILBERT, *supra*, nota 71, págs. 170 y 171.

124. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, pág. 80.

125. CASTILLO HERNÁNDEZ, Augusto, *La organización penitenciaria de Costa Rica*, U. de Costa Rica. Tesis presentada para optar al título de licenciado en Derecho, (inédita). Costa Rica 1972, pág. 73.

126. En el año 1761 se trasladó de México a España, continuando sus estudios de leyes en Valladolid, graduándose en 1764. Desempeñó importantes cargos durante el reinado de Carlos III, siendo destituido de sus cargos y desterrado en el año 1794. En los primeros años del siglo XIX reaparece en la vida política española. SAINZ CANTERO, José, *supra*, nota 3, pág. 163, nota 10.

127. *Ibíd.*

128. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, pág. 83.

129. *Ibíd.*

130. ANTON ONECA, José, *supra*, nota 17, pág. 422.

131. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *supra*, nota 22, pág. 79.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Lardizábal fue más discípulo de Montesquieu que de Beccaria, una muestra definida del pensamiento penal de la ilustración.[132]

a) Características de la pena.

Entre los principales caracteres que Lardizábal atribuye a la pena, se encuentran los siguientes: ser impuesta por autoridad judicial, fijada legalmente, personal, fundamentada en la culpabilidad, proporcionada al delito.[133] Estas características evidencian la influencia de los postulados fundamentales de Beccaria y de las ideas de la ilustración. Uno de los caracteres más importantes, íntimamente vinculado al propósito rehabilitador de la pena, es el que se refiere a la utilidad de la pena, ya que según Lardizábal, sería ". . .una crueldad y tiranía imponer penas a los hombres por sólo atormentarlos con el dolor, y sin que de ellas resultase alguna utilidad. . .".[134] El requisito de utilidad señala claramente que para Lardizábal, al igual que otros grandes clásicos del pensamiento penal, la pena no debe tener un sentido meramente vindicativo, sino que debe cumplir alguna finalidad en la que indudablemente se incluiría la enmienda y reforma del delincuente.

b) Crítica a las deficientes condiciones penitenciarias.

Se interesó por el problema penitenciario, ya que consideró que la pena privativa de libertad, en las condiciones en que se ejecutaba, tenía un efecto criminógeno y no era un medio adecuado para la reforma del recluso. Esta idea la expresó de la siguiente forma: ". . .La experiencia acredita todos los días, que todos o los más que van a presidios y arsenales vuelven peores, y algunos enteramente incorregibles. . .".[135] Propuso cambios en las condiciones en que se ejecutaba la pena privativa de libertad, pues tenía un especial interés en propiciar la reforma del delincuente.[136]

c) Admite la existencia de delincuentes incorregibles.

Se refirió a un problema que sigue siendo tema de discusión entre los penitenciaristas: los incorregibles o los que otros califican como preso residual.[137] Admite que para los delincuentes incorregibles no existen esperanzas de lograr su enmienda, por lo que propone para éstos un sistema especial de ejecución de la pena.[138]

ch) Propone la clasificación de los reclusos.

Al igual que Howard, consideró pernicioso la mezcla de todos los reclusos en un centro penal, por lo que propuso algunos criterios de clasificación, ya que de esta forma se evitaría el contagio moral.[139] Aún hoy en día los criterios de clasificación de los internos, y más que todo su realización práctica, sigue siendo un tema polémico en el penitenciarismo contemporáneo.

d) Corrección del delincuente.

A Lardizábal le interesó la corrección del delincuente, ya que: ". . .La enmienda del delincuente es un objeto tan importante que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de penas".[140] Al igual que todos los autores del penitenciarismo clásico, tenía la convicción de que la

---

132. SÁINZ CANTERO, José, *supra*, nota 3, pág. 165. (Citando la obra de M. de Ricacoba y Rivacoba, *Lardizábal un penalista ilustrado*, 1964).

133. LARDIZÁBAL, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, separata de la R.E.P., 1966, publicada en 1967, España, pág. 59. (Cap. II, números 2 y 3).

134. *Ibíd.*, pág. 77. (Cap. III, número 1).

135. *Ibíd.*, págs. 120 y 126. (Cap. V, parte 3, números 12 y 30).

136. *Ibíd.*, págs. 125 a 128. (Cap. V, parte 3, números 27 y 35).

137. Actualmente algunos llaman a los incorregibles "preso residual". Los "presos residuales" pueden ser: 1) Aquellos que por su situación legal no pueden salir ya más de ella. 2) Los que representan un peligro social cierto y que ha sido constatado a través de índices de reincidencia inapelables y respecto de los cuales toda terapia, todo intento resultaría, al parecer, inocuo. 3) Ese tipo humano especialmente crítico que pasa mejor su vida en el encierro que en libertad. Es allí donde tiene sus amigos, "su cartel carcelario". Con el llamado "preso residual" o incorregible no se sabe qué hacer. Por eso cierta apariencia moral, que nos traiciona, principia por llamarles "residuales". No se sabe qué hacer con lo que resta. NEUMAN, Elías, *Sobre la expresión "preso residual"*, Ilanud al día, agosto 1980, Costa Rica, pág. 114.

138. LARDIZÁBAL, Manuel de, *supra*, nota 133, págs. 120 y 121. (Cap. V, apartado III, número 15).

139. *Ibíd.*, pág. 126.

140. *Ibíd.*, págs. 77 y 78. (Cap. III, números 3 y 4).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

reforma del delincuente se podría lograr mediante el trabajo y la educación.[141]

e) Importancia de su obra.

La obra de Lardizábal no tuvo la difusión internacional que alcanzó la de Beccaria, pero ejerció una influencia importante en España, especialmente en las codificaciones de 1822.[142]

V. EL CORONEL MANUEL MONTESINOS Y MOLINA

Nace en San Roque, Campo de Gibraltar, el 17 de junio de 1796.[143] Murió en 1862. Es una figura indiscutible del penitenciarismo, un genial precursor del tratamiento humanitario. Al igual que Howard y Penn, Montesinos conoció las desdichas y las limitaciones que imponía la vida en prisión, ya que durante la guerra de independencia (1809), al capitular la plaza de Zaragoza, fue sometido, durante tres años, a un severo encierro en un arsenal militar (Tolón, Francia).[145]

En 1835 fue nombrado Gobernador del presidio de Valencia, equivalente a lo que actualmente se designa como director.[146] Poseía cualidades personales muy adecuadas para alcanzar una eficiente y humanitaria dirección de un centro penal. Entre sus cualidades más señaladas se encuentra su poderosa fuerza de voluntad y su capacidad para influir eficazmente en el espíritu de los reclusos. Su penetrante voluntad y dotes de liderazgo lograron disciplinar a los reclusos, no por la dureza del castigo, sino por el ejercicio de su autoridad moral. Disminuyó el rigor de los castigos y prefería orientarse por los principios de un poder disciplinario racional.[147] Su éxito como director del presidio de Valencia se aprecia en los siguientes datos sobre reincidencia: al tomar la dirección, el número de reincidentes ascendía al 30 por ciento o 35 por ciento, pero logró disminuir ese porcentaje al 1 por ciento, y en algunos periodos la reincidencia llegó a desaparecer.[148]

Uno de los aspectos más interesantes de la obra práctica de Montesinos, que sigue siendo punto esencial para el desarrollo de un auténtico sistema de tratamiento penitenciario, se refiere a la importancia que le dio a las relaciones con los reclusos, buscando que se fundara en sentimientos

---

141. *Ibíd.*, págs. 123 y 126. (Cap. V, apartado 3, números 24 y 32).

142. SÁINZ CANTERO, José, *supra*, nota 3, pág. 169.

143. Sobre la fecha de nacimiento se mencionan dos: Rico de Estasen afirma que fue en 1792, ver: RICO DE ESTASEN, José, *El sistema penitenciario del Coronel Montesinos*, R.E.P., 1958, pág. 537. En cambio Vicente Boix sostiene que fue en el año 1796, ver: BOIX, Vicente, *El sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*, pág. 43.

144. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, pág. 135. Existe la opinión, casi unánime, de que la obra de Montesinos se caracteriza por su originalidad, sin que exista un antecedente similar o de igual valor. Contra esta opinión se manifiesta Julio de Ramón Laca, que considera que el verdadero precursor y realizador de la mayor parte de las ideas atribuidas a Montesinos, fue Antonio Puig y Lucá, quien desarrolló una labor extraordinaria en el presidio correccional de la Ciudadela de Barcelona. Ya desde el año 1820, bastantes años antes de que se iniciara la encomiable labor de Montesinos, don Antonio Puig y Lucá presentó al capitán general Villacampa su primera exposición sobre el mejor gobierno de la prisión de la Ciudadela: en ese proyecto se aplicaban los modernos métodos científicos desarrollados por los autores extranjeros y que comenzaban a ponerse en práctica en las prisiones americanas y europeas. Andrés Avelino Pi y Arimón, en su libro *Barcelona antigua y moderna, 1854*, menciona que en el año 1833, en el presidio correccional de la Ciudadela de Barcelona, se desarrollaba un avanzado y humanitario régimen penitenciario, gracias a la dirección inteligente del coronel Antonio Puig Lucá. Desde un punto de vista cronológico, es indudable que la labor del coronel Puig Lucá fue anterior a la de Montesinos, pero no existen pruebas históricas que demuestren que éste conociera los progresos y trabajos de aquél: es por esa razón que considero que Montesinos sigue teniendo una extraordinaria importancia, sin que esto signifique que deba ignorar la meritoria labor del coronel Puig y Lucá. RAMÓN LACA, Julio de, *Antonio Puig y Lucá, un eximio patricio español inédito*, U. Complutense de Madrid, España, 1973, págs. 92 a 113.

145. NEUMAN, Elías, *supra*, nota 35, pág. 136.

146. TOME RUIZ, Amancio, *El coronel Montesinos*, R.E.E.P., 1945, pág. 69.

147. *Ibíd.*

148. *Ibíd.* También BOIX, Vicente, *supra*, nota 143, pág. 101. Igualmente SALILLAS, Rafael, *Montesinos y el sistema progresivo*, publicado por primera vez en 1906 y reproducido en R.E.P., 1962, pág. 315.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de confianza y estímulo, tratando de construir en el recluso una definida autoconciencia.[149] La acción penitenciaria del coronel Montesinos hunde sus raíces en un genuino sentimiento hacia "el otro", no temía demostrar una actitud "abierta" que permitiera estimular la reforma moral del recluso.[150] Poseía una firme "esperanza" en las posibilidades que existían para reorientar al prójimo, sin que por eso convirtiera su acción en una perjudicial ingenuidad; encontró el perfecto equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y la actitud pedagógica que permitiera la enmienda del recluso.[151]

a) Profundo respeto a la dignidad del preso. Límite al poder disciplinario.

Uno de los aspectos más interesantes de la figura de Montesinos, es que no sólo expresó ideas, sino que éstas se llegaron a poner en práctica. Conoció Montesinos los problemas diarios que surgen al dirigir un centro penal. Por ejemplo, en el presidio de Valencia existía una práctica penitenciaria que reflejaba el respeto por la persona del preso: no se aplicaban al recluso medidas ni tratos que hicieran recaer sobre él una nota de infamia o deshonor. Ninguna de las sanciones disciplinarias, ni aún las más graves, las marcaba con un sentido de aprobio, tal como se hacía frecuentemente en la vida carcelaria de la época.[152] Por eso en sus reflexiones decía que: ". . .cuando se sabe aprovechar la índole genial de cada uno, me convencieron al fin, de que el más ineficaz de todos los recursos en un establecimiento penal, y el más pernicioso también, y más funesto a sus progresos de moralidad, son los castigos corporales llevados hasta la dureza. Máxima debe ser constante y de general aplicación en estas casas, la de no envilecer más, a los que harto degradados por sus vicios vienen a ellas (. . .); porque los malos tratamientos irritan más que corrigen, y ahogan sobre todo los últimos alientos de moralización. . .".[153] Sus claros conceptos sobre la dignidad del recluso y los peligros que encierra el poder disciplinario incontrolado, lo llevan a plantear la necesidad de que exista un código interior del presidio (lo que hoy se llamaría reglamento interior disciplinario), ya que es importante para ". . .el buen orden de los presidios, por que ni es justo que la corrección de faltas leves queden al absoluto arbitrio de los comandantes, sin reglas cuando menos generales que determinen en algún modo su conducta, ni juzgo conveniente el que las leyes comunes califiquen los excesos de los confinados;. . .".[154] Los argumentos que expone Montesinos siguen teniendo actualidad, ya que el poder disciplinario debe regirse por el principio de legalidad.[155]

En el presidio valenciano, bajo la inteligente dirección de Montesinos, la disciplina era severa pero humana; esto no ha sido la norma predominante, aún en el siglo veinte, ya que, por ejemplo, en Inglaterra, la pena corporal no fue abolida sino hasta 1948, mediante la Criminal Justice Act, aunque todavía en 1962 era aplicable en casos de motín, excitación al motín, o grave violencia personal contra un oficial de la prisión. Para los menores de veintiún años consistía en doce golpes de vara de abedul y a los mayores se aplicaba dieciocho golpes con el "gato de nueve colas".[156] Tal como sucede en la mayor parte de los temas vinculados a la pena privativa de libertad, y aún con esta misma, el poder disciplinario sigue siendo una amarga necesidad, pero debe ejercerse respe-

---

149. ROSAL, Juan del, *Sentido reformador del sistema penitenciario del coronel Montesinos*, R.E.P., 1962, pág. 72. BOIX cita anécdotas muy interesantes en las que se demostraba el alto nivel de responsabilidad que habían adquirido los reclusos de la prisión de Valencia, bajo el influjo de Montesinos. BOIX, Vicente, *supra*, nota 143, págs. 68, 69, 70 y ss.

150. ROSAL, Juan del, *ibíd.*, pág. 69.

151. *Ibíd.*, pág. 70.

152. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Montesinos, precursor de la nueva penología*, R.E.P., 1962, pág. 55.

153. MONTESINOS, Manuel, *Reflexiones sobre la organización del presidio de Valencia; reforma de la Dirección del ramo y sistema económico del mismo*, Imprenta del presidio. Valencia 1846. Reproducido en R.E.P. 1962, pág. 254.

154. *Ibíd.*, pág. 271.

155. MONTESINOS en sus *Reflexiones* se pronuncia contra el castigo corporal, afirmando que: ". . .el más pernicioso también, y más funesto de sus progresos de moralidad, son los castigos corporales llevados hasta la dureza. . .". *Ibíd.*, pág. 254. También sugiere la incipiente aplicación del principio de legalidad al régimen disciplinario, ". . .porque ni es justo que la corrección de las faltas leves queden al absoluto arbitrio de los comandantes, sin reglas cuando menos generales que determinen en algún momento su conducta, ni juzgo conveniente el que las leyes comunes califiquen los excesos de los conminados. . .". *Ibíd.*, pág. 271.

156. CUELLO CALÓN, *supra*, nota 152, citado en la nota 29, de pág. 54.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tando el principio de legalidad y la dignidad humana.

b) La pena privativa de libertad debe tratar de alcanzar la reforma del recluso.

Tanto desde el punto de vista de la práctica penitenciaria del presidio de Valencia, como por la orientación de sus ideas, Montesinos tenía la firme convicción de que la prisión debería tender hacia la reforma del recluso. La función del presidio era devolver a la sociedad hombres honrados y laboriosos ciudadanos.[157] No cree que el presidio sólo deba servir para mortificar al recluso.[158] Esta idea, tal como la hemos expuesto respecto a otros autores, parece muy lógica y evidente, pero aún hoy, en muchos sectores sociales, se encuentra muy arraigado el concepto de que la prisión es un sitio en el que debe propiciarse el sufrimiento y la mortificación del delincuente.[159]

c) El trabajo: el mejor instrumento correccionalista.

Montesinos participa de la idea, que mantiene fuerte arraigo, de que el trabajo es el mejor instrumento para conseguir el propósito rehabilitador de la pena. ". . .Disminuir cuanto de acerbo y repugnante tenía el antiguo 'mal-estar' de los presidiarios, e inspirarles sobre todo el amor al trabajo, que bastase en adelante a contener, sino a extinguir la poderosa influencia de sus vicios y malos hábitos. . .".[160] En sus reflexiones sobre el presidio de Valencia, vuelve a insistir en las virtudes rehabilitadoras del trabajo.[161] Esta fue una idea persistente dentro de sus planteamientos, logrando un éxito notable cuando la puso en práctica. Cuello Calón considera que los conceptos que Montesinos tenía sobre la función terapéutica del trabajo, son tan avanzados, que lo convierten en el precursor de muchas de las tesis que se implantaron en otros países muchos años más tarde.[162]

En cuanto al trabajo penitenciario, expuso otras ideas importantes, como la de que el trabajo del recluso fuera remunerado, puesto que es el mejor estímulo para que llegue a tener interés por alguna actividad productiva,[163] además de que permitiría a las empresas de la prisión alcanzar suficiente fuerza competitiva, desde un punto de vista comercial.[164]

Sin embargo, a pesar de su interés por la eficacia del trabajo carcelario, eso no lo hizo ignorar un principio que muchas veces se olvida: el trabajo penitenciario no debe ser sólo un medio de especulación, sino que debe servir, de manera primordial, como medio de enseñanza, ya que ". . .el beneficio

---

157. MONTESINOS, Manuel, *supra*, nota 153, pág. 268. BOIX considera que los objetivos que orientaban la acción penitenciaria de Montesinos se dirigía hacia la moralización e instrucción del recluso. Pág. 101. En el presidio de Valencia se consideraba que la instrucción religiosa servía para conseguir la enmienda del recluso. Págs. 121 y 165. Las páginas citadas corresponden a la obra de Vicente BOIX, *supra*, nota 143.

158. ". . .El saludable escarmiento que la sociedad quiere reportar de sus sistemas penitenciarios, no consiste en el terror que estos puedan inspirar, sino en los beneficios morales que los penados adquieran durante el cumplimiento de sus condenas. . .". MONTESINOS, Manuel, nota de Montesinos que se titula: *Al Excmo. Sr. Diego Martínez de la Rosa, D.G. de Presidios. El comandante del de Valencia y visitador de los del reino M. Montesinos.* Imp. del presidio de Valencia 1846, publicado en la R.E.P. 1962, pág. 284.

159. ". . .Sobre el respeto de los jefes mejor que sobre el temor a los castigos, se afianza la disciplina y buen orden interior de los presidios. . .". MONTESINOS, Manuel, *Bases en que se apoya mi sistema penal*, R.E.P. 1962, pág. 291. ". . .Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable, todo lo que tienda a destruir o entorpecer su socialidad, impedirá su mejoramiento. . ." ". . .porque oficio de la justicia no es vengar, sino corregir. . .". ". . .Corregir sin exasperar, castigar sin envilecer, debe constituir la doctrina de nuestros sistemas penales. . .". MONTESINOS, Manuel, *Bases en que se apoya mi sistema penal, Ibíd.*, pág. 290. Los párrafos citados demuestran que Montesinos no admitía que en la prisión debía reinar un ambiente predominantemente punitivo y represor, admitiendo, por otra parte, la necesidad de que la reclusión debe servir para la enmienda del delincuente.

160. *Ibíd.*, pág. 284.

161. ". . .El trabajo se ha considerado siempre como el germen más fecundo de honradez: y el amor al trabajo la prenda en que más fuertemente se afianzan las virtudes sociales. Fomentar el primero en los presidios, y arraigar el segundo en el ánimo de los presidiarios, es el complemento de tan saludable institución. . .". MONTESINOS, *supra*, nota 153, pág. 258.

162. CUELLO CALÓN, Eugenio, *supra*, nota 152, pág. 48. Montesinos consideraba que el trabajo penitenciario no sólo debía servir para atenuar el elevado costo de la ejecución de la pena, sino también para alcanzar la reforma del penado y su reincorporación a la vida social. *Ibíd.*, págs. 49-50. En sus reflexiones sobre el presidio Valencia, expresa su concepto de que el trabajo sirve como eficaz instrumento de rehabilitación social, pues considera que los talleres de los establecimientos deben considerarse, más que como ramos de especulación, como ". . .medios de enseñanza, porque el beneficio moral del penado, mucho más que el lucro de sus tareas, es el objeto que la ley se propone al privar a los delincuentes de su libertad. . .". MONTESINOS, Manuel, *supra*, nota 153, págs. 254 y 255.

163. MONTESINOS, Manuel, *supra*, nota 153, pág. 254.

164. CUELLO CALÓN, Eugenio, *supra*, nota 152, pág. 51.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

moral del penado, mucho más que el lucro de sus tareas, es el objeto que la ley se propone,. . .".[165]

Fue tan significativo el progreso que logró Montesinos en el régimen laboral del presidio de Valencia, que se suscitaron quejas y reclamaciones, formuladas por los fabricantes y artesanos, por la competencia que significaba el trabajo del centro penal. Los artesanos libres se vieron postergados, ya que los productos elaborados en el presidio, eran de mejor calidad. Alegaban que la industria presidial no estaba sujeta a la onerosa carga de los impuestos. El gobierno no desatendió los clamores de la industria libre, cesaron las quejas de los artesanos, y en adelante los trabajos presidiales disminuyeron su calidad, más que todo porque a algunos arrendadores les escaseaba la materia prima y otros se dedicaban a llevar el descrédito a los talleres carcelarios.[166] Este problema, aún no resuelto satisfactoriamente, se presenta constantemente a las administraciones de los centros penales, por lo que existe la tendencia, originada en la presión de la fuerza laboral libre, a que el trabajo penitenciario sea ineficiente, marginal y escasamente productivo, con una evidente desvinculación del medio social. A pesar de que se habla de la misión resocializadora de la pena, la sociedad misma presiona para que la realidad penitenciaria sólo sea un medio de aislamiento, en el que son muy escasas las posibilidades de conseguir una auténtica reintegración social. Casualmente, esa disminución en la eficacia productiva del presidio de Valencia, fue el primer tropiezo que encontró Montesinos, dando inicio a una sucesión de contrariedades de suma trascendencia, que después de una brillante trayectoria, le indujeron a presentar la dimisión de su cargo a principios de 1854.[167]

ch) Otras ideas notables de Montesinos. Pionero de la penología moderna.

Existen muchos puntos en los que Montesinos demostró tener un agudo sentido analítico, adoptando posturas que siguen teniendo plena vigencia. Algunos de los aspectos en los que demostró ser un pionero, pueden ser:

1) Contrario al régimen celular. Rechaza el régimen celular, idea plenamente aceptada en la actualidad, porque consideraba que sólo podía satisfacer una de las condiciones de toda pena, cual es la mortificación del penado, y por otra parte, hacía imposible alcanzar el objeto esencial de las mismas, ya que no se puede perfeccionar al hombre, hacerlo más sociable, en un absoluto aislamiento. La incomunicación absoluta debe desecharse porque, además de que impide cumplir el objetivo aludido, constituye un factor de desmoralización que fácilmente puede desembocar en la locura o el suicidio, especialmente en los países meridionales.[168] La opinión de Montesinos tiene el gran mérito de haberse expresado en una época en que el sistema celular gozaba de gran prestigio.

2) Admite la concesión de "permisos de salida". En la época de Montesinos se desconocían totalmente los permisos de salida. El rigor en la ejecución de la pena, orientación predominante de la época, no permitía pensar en que fuera posible interrumpirla. En realidad, los permisos de salida no se han institucionalizado sino hasta una época relativamente reciente. Sin embargo, Montesinos concedía permisos de salida a los reclusos del presidio de Valencia. Lo hizo en diversas ocasiones y por motivos diversos.[169]

3) Considera beneficioso la integración de grupos más o menos homogéneos. Dentro de las modernas orientaciones sobre la clasificación de los internos con propósitos de tratamiento, se admite la idea de que los grupos no sean totalmente homogéneos, es decir que no exista una separación tajante entre peligrosos y no peligrosos, reformables e incorregibles, etc. Pues bien, hace más de un siglo, Montesinos ya había aplicado tales conceptos. No vio ningún inconveniente que en el presidio de Valencia se mezclaran "buenos" y "malos" con el fin de estimular su reforma.[170]

---

165. MONTESINOS, Manuel, *supra*, nota 159, pág. 291.

166. CUELLO CALÓN, Eugenio, *supra*, nota 152, pág. 60.

167. *Ibíd.*, pág. 61.

168. MONTESINOS, Manuel, *supra*, nota 153, pág. 259. También del mismo autor en, *supra*, nota 159, pág. 291. Montesinos trató de aplicar el sistema celular, pero comprobó que no servía en países meridionales, donde existen tantas causas físicas que se oponen a este régimen; es bueno en teoría, pero irrealizable en la práctica. BOIX, Vicente, *supra*, nota 143, págs. 82 y 86.

169. CUELLO CALÓN, Eugenio, *supra*, nota 152, pág. 58.

170. *Ibíd.*, pág. 57. Cuando Boix da las razones por las que se constituían grupos heterogéneos de reclusos nos lo dice de la siguiente forma: ". . .El sistema correccional, pues, el buen orden y la misma seguridad de los penados exige que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4) Crea una práctica penitenciaria que constituye un importante antecedente de la "prisión abierta". El régimen penitenciario que describe Montesinos en sus reflexiones, cuando afirma que el presidio no tiene más cerraduras que las que ofrece una habitación particular, que no existen bayonetas que lo circunden, existiendo de noche nada más que el auxilio de doce capataces ancianos y casi inválidos, toda esta descripción no es más que el preludio de lo que luego se llamará la "prisión abierta".[171] En la prisión de Valencia no había ". . .un sólo cerrojo que no pudiera saltar al empuje de cualquiera de los confinados y donde su seguridad está encomendada a sus hábitos de subordinación y moralidad (. . .), siendo tan pocas las deserciones que ni mención merecen. . .".[172] Las características que puntualiza Montesinos se encuentran dentro del espíritu que justifica la moderna fórmula de la "prisión abierta"; Cuello Calón llega a considerar que el presidio de Valencia puede ser clasificado como poseedor de un definido régimen abierto.[173] Esta afirmación puede ser discutible, pero de cualquier forma, es indudable que dentro de las ideas penitenciarias aplicadas por Montesinos, se encuentra un importante antecedente de la "prisión abierta".

El hecho de que Montesinos se haya anticipado en un tema que sólo adquirirá plena vigencia un siglo más tarde, demuestra la importancia y clarividencia de sus ideas.

5) Aporte significativo en cuanto a la libertad condicional. A menudo se atribuye a Montesinos la creación del régimen de libertad condicional, sin embargo, no puede afirmarse que tal régimen fuera la obra de un solo creador, sino que más bien se formó en el ambiente de aquella época, siendo posible encontrar en varios lugares distintas medidas que convergerían en la creación de lo que hoy llamamos "libertad condicional".[174] La circunstancia descrita no significa que, en esta materia, al igual que en otras, la obra de Montesinos no tenga un valor extraordinario, ya que vuelve a evidenciar un sentido preciso sobre lo que significa una obra de anticipación y de profunda innovación.

Montesinos introdujo en el presidio de Valencia el sistema de reducir en una tercera parte la duración de la condena, como recompensa a la buena conducta.[175] Algunas veces se ha considerado que tal reducción de la pena la hacía Montesinos sin ningún respaldo legal, pero Salillas demuestra que esta interpretación es equivocada, ya que el artículo 303 de la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834, disponía que los "jefes" de los establecimientos podían proponer para rebajas de condena (hasta la tercera parte del tiempo de duración de la misma) a los presidiarios que se destacasen por algún mérito particular o trabajo extraordinario, arrepentimiento y corrección acreditada.[176] Así que el incipiente desarrollo que experimentó la "libertad condicional", bajo el influjo de Montesi-

---

las secciones o escuadras de cada brigada no puedan formar nunca una masa compacta por instintos iguales, ni por iguales circunstancias, y será por consiguiente de la mayor importancia y moralidad, colocar junto a un operario de buena índole, de causa leve y de una conducta ejemplar, a otro, cuyo carácter feroz, rudeza de sentimientos o execrables antecedentes reclaman mucha vigilancia para corregirlo, y mucho conocimiento para sondear su corazón. . .". BOIX VICENTE, *supra*, nota 143, pág. 136.

171. MONTESINOS, Manuel, *supra*, nota 153, pág. 251.

172. *Ibíd.*, pág. 252, Boix describe la vigilancia y las medidas de seguridad del presidio de Valencia en términos muy simples: ". . .Ni un solo soldado, ni una guardia numerosa y severamente montada, ni enormes cerrojos, impiden la entrada del edificio. (. . .) A través de la verja, asegurada por un ligero cerrojo, que un niño pudiera quebrantar. . .", pág. 48. ". . .La única fuerza encargada de la custodia de esta casa, son un anciano sargento y dos cabos, que son también penados, y que están constituidos en las dos puertas. El arrepentimiento, la aplicación y la honradez conducen el mando; el mando de estos penados está sujeto a una vigilancia que parece invisible, pero que amonestada, reprende y nunca castiga, porque nunca ha lugar una desobediencia. . .", pág. 62, BOIX, Vicente, *supra*, nota 143.

173. CUELLO CALON, Eugenio, *supra*, nota 152, pág. 60.

174. *Ibíd.*, págs. 44 y 45. ". . .La idea de la libertad condicional tuvo su origen en las colonias inglesas de Australia donde fue conocida con el nombre de "ticket of leave system". Este sistema fue introducido en 1840 por Maconochie en la isla de Norfolk, después del fracaso de la deportación a aquellas colonias, el principio de la libertad condicional fue adoptado en Inglaterra. Por ley de 1847, se concedió a los delincuentes transportados a Australia, y en 1853 fue aplicada a los penados encarcelados en la metrópoli. Sin embargo, en algunos países europeos el principio de libertad condicional ya había sido acogido en la primera mitad del siglo XIX, en 1832 se aplicó en la prisión de la Petite Roquette (París) para los delincuentes jóvenes, en 1835 Montesinos en el presidio de Valencia introdujo el sistema de reducir en una tercera parte la duración de la condena como recompensa de la buena conducta. Obermaier desarrolló este sistema en Munich en 1842. En Estados Unidos una forma de liberación condicional ya aparece en 1825 en la casa de refugio de Nueva York. . .". CUELLO CALON, Eugenio, *supra*, nota 55, pág. 535.

175. *Ibíd.*

176. SALILLAS, Rafael, *supra*, nota 148, pág. 314.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nos, no sólo tenía su origen en las ideas de éste, sino que contaba con el debido respaldo legal.

d) Contribuye al establecimiento del régimen progresivo.

Rafael Salillas ha mantenido la tesis de que es Montesinos el padre de lo que hoy se conoce como sistema progresivo, considerando que Maconochie y Crofton lo aplicaron posteriormente.[177]

Otros autores, como Cuello Calón, atribuyen el origen del régimen progresivo a Maconochie,[178] sin embargo creo, tal como expone Landrove Díaz, que el primero en ponerlo en práctica fue Montesinos, a partir de 1836; algunos años más tarde lo hizo Alexander Maconochie en la isla de Norfolk (Australia)[179] y posteriormente lo introduce Crofton en Irlanda.[180] De todas maneras, el hecho de que haya sido Montesinos el primero en aplicarlo, no es un argumento suficiente como para considerarlo que es el único a quien debe atribuirse el mérito de haber introducido el sistema progresivo en la práctica penitenciaria. Tanto Maconochie, como Montesinos y Crofton, son responsables del surgimiento del sistema progresivo; actuaron por distintos caminos y en diversas circunstancias para que llegaran a concretarse las ideas fundamentales que caracterizan al sistema progresivo.[181]

Los sistemas progresivos (ya fuera el de Crofton, Montesinos o Maconochie), buscaban encauzar favorablemente el innato deseo de libertad de los reclusos, estimulando en ellos la emulación que los podría conducir a su liberación.[182] Lo esencial del sistema progresivo es que distribuye el tiempo de duración de la condena en diversos periodos, en cada uno de los cuales se van aumentando los privilegios o ventajas de que puede disfrutar el recluso. La meta del sistema es doble: convertirse en un estímulo a la buena conducta, mediante la adhesión del recluso al régimen que se le aplica, y lograr que el régimen, como consecuencia de la buena disposición del penado, consiga gradualmente la reforma moral y su preparación para la vida futura

---

177. Montesinos aplicó el sistema con anterioridad ya que éste era Comandante del Presidio de San Agustín en 1834, en cambio Maconochie se hizo cargo de la dirección de las prisiones de la isla de Norfolk en 1840 y Crofton se encargó de inspeccionar las prisiones irlandesas hasta el año 1853. Teniendo en cuenta la prioridad de las fechas a que hemos hecho alusión, cabe perfectamente reivindicar, en favor de Montesinos, la paternidad del sistema penitenciario progresivo. *Ibíd.*, pág. 312, especialmente lo que se dice al pie de página, en la nota número 3.

178. ". . .Se atribuye su origen al capitán Maconochie, de la Marina Real, quien testigo de la abyección en que vivían los penados deportados en Van Diemen's Land concibió un sistema para corregirlos. Consistía en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y de buena conducta impuesta al condenado. Dicha suma se hallaba representada por cierto número de marcas o vales de tal manera, que la cantidad de vales que cada condenado necesitaba obtener antes de su liberación, estuviese en proporción con la gravedad del delito. Día por día, según la cantidad de trabajo producido, se le acreditarían una o varias marcas, deducción hecha de los suplementos de alimentación, o de otros factores que inmediatamente se le concedieran: en caso de mala conducta se le impondría una multa: de todas maneras, solamente el excedente neto de estas marcas, el remanente después de estas asignaciones, sería el que se tendría en cuenta para su liberación (. . .). Este sistema introdujo la indeterminación de la pena, pues su duración dependía de la conducta del penado en la prisión. Maconochie aplicó con gran éxito su sistema en el depósito de condenados a la transportación de la isla de Norfolk. . .". CUELLO CALON, Eugenio, *supra*, nota 55, págs. 313 y 314.

179. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *supra*, nota 51, pág. 63. El régimen de Maconochie dividía las sentencias en tres periodos. El primer periodo era de la más estricta disciplina, el segundo de asociación, en donde se permitía que se formasen grupos de seis hombres y siendo pagados como grupos se interesaban por el trabajo y la conducta de cada uno, y el tercer periodo era el de la libertad condicional. Consideraba que el verdadero objeto de la disciplina penal era preparar a los hombres para ser puestos en libertad. Este concepto refleja el objetivo reformista que inspiraba su sistema. Al igual que ha sucedido con la mayoría de los grandes reformadores de la prisión, a pesar de sus éxitos, finalmente fue ahogado por la incomprensión y tuvo que abandonar el cargo (en la isla de Norfolk) en 1844. HIBBERT, Christopher, *supra*, nota 38, págs. 169 y 170.

180. Sir Wálter Crofton, siendo director de las prisiones de Irlanda (entre 1853 y 1860) introdujo el sistema progresivo, con una modificación, por lo que dio origen a lo que se denominó *sistema irlandés*. La novedad consistió en la creación de un mero periodo intermedio entre la prisión en común en local cerrado, y la libertad condicional. En esta etapa la disciplina era más suave, empleándose a los reclusos en el exterior, preferentemente en labores agrícolas, concediéndoseles algunas ventajas, como el poder disponer de parte de la remuneración de su trabajo, no tener que llevar el traje penal y sobre todo la posibilidad de poderse comunicar y relacionarse con la población libre. Sin embargo, no perdían su condición de penados y continuaban sometidos a la disciplina penitenciaria. Esta nueva etapa se consideraba como un medio de prueba de la aptitud del penado para la vida en libertad. CUELLO CALON, Eugenio, *supra*, nota 55, pág. 314. Rafael Salillas considera que el aporte de Crofton, desde un punto de vista penológico, no es fundamental, considerando que se trata de un innovador de segundo grado, ya que lo que hace es perfeccionar un sistema que, en sus aspectos fundamentales, ya había sido creado. Se trata de un perfeccionador, pero sus perfeccionamientos no los inventa, sino que los recoge, los adopta de donde ya habían sido ensayados. SALILLAS, Rafael, *supra*, nota 148, págs. 310 y 311.

181. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra*, nota 28, pág. 88.

182. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *supra*, nota 51, pág. 64.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en libertad.[183] El régimen progresivo trata de encontrar el perfecto equilibrio entre la adhesión al régimen interior del centro penal y la rehabilitación del recluso, utilizando una discutible combinación de sanciones y gratificaciones.

El sistema de Montesinos constaba de tres periodos: 1º, de los hierros; 2º del trabajo; 3º libertad intermedia. El régimen progresivo moderno contiene algunas variaciones, pero los principios esenciales son los mismos.

Actualmente se aplica con menos rigurosidad y existen diferencias evidentes, pero el espíritu que animaba el sistema de Montesinos y el de cualquier otro sistema progresivo contemporáneo, es el mismo.

1) Periodo de los hierros. Montesinos no emplea en la primera etapa, tal como lo hicieron Maconochie o Crofton, un sistema celular, ya que era contrario al régimen de aislamiento, y por eso prefiere emplear los hierros, cuyo sentido era puramente simbólico, y al mismo tiempo expiatorio. El hierro trata de que a cada paso el recluso recuerde que es su propio crimen el que lo ha convertido en esclavo.[184] La cadena se va aliviando a medida que el penado se apresura a pedir un oficio y progresa en su práctica. Este periodo se caracterizaba por la férrea disciplina de la que el recluso se podía ir liberando por su propia voluntad, ya que dependía de su buena conducta y el estricto cumplimiento de los deberes.[185] Esta etapa refleja dos ideas importantes en Montesinos:

a) Consideraba el castigo moderado como un instrumento idóneo para alcanzar la reforma del recluso. Participaba de la misma idea que tenían todos los penitenciaristas clásicos: el castigo como instrumento terapéutico;

b) Admite, aunque de manera incipiente y discutible, que la reforma del delincuente debe surgir de la decisión del propio interesado. Durante el periodo de los hierros el recluso es enviado a la "brigada de depósito", en donde se encontraría aislado, debiendo arrastrar los hierros y realizando las faenas más pesadas y duras de la prisión.[186] Para salir de esa situación, el recluso debía escoger entre permanecer arrastrando hierros y realizando trabajos duros, o solicitar un trabajo productivo. Esta escogencia significaba un mejoramiento sustancial de su situación, abandonando progresivamente los hierros que se le habían impuesto.[187]

2) Periodo de trabajo. Cuando se libera de los hierros, se inicia la etapa del trabajo. En esta etapa predomina la idea de que el trabajo propicia la reforma del delincuente. Se considera la actividad laboral como un instrumento pedagógico. Este es un concepto que siempre caracterizó al penitenciarismo clásico.

3) Libertad inmediata. Este periodo, que también se denomina de "libertad intermedia",[188] culmina con la libertad condicional, que se concedía en las condiciones que se describieron al tratarse el tema (ver pág. 56). Sin embargo, antes de conceder esa libertad a los reclusos de buena conducta y trabajo, era sometido a las "duras pruebas". Se trataba de un periodo en el que el recluso debería demostrar que era merecedor del beneficio de la libertad condicional. Entre las "duras pruebas", pueden mencionarse las siguientes: se empleaban constantemente grupos de penados en el exterior, sin otra vigilancia que la de unos viejos capataces; se servía de los penados para el desempeño de

---

183. BUENO ARUS, Francisco, *Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios*, publicado en el libro en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, ed. Pannedille, Argentina 1970, págs. 392 y 393.

184. RICO DE ESTASEN, José, *supra*, nota 143, pág. 550. Cuando Boix se refiere al periodo de los "hierros", lo hace de la siguiente forma: ". . .El día de la entrada del penado, dice el reglamento, se le considerará como descanso, y por la tarde antes de la lista y con papeleta firmada precisamente del comandante o del mayor, el cabo de cuartel le conducirá a la fragua, en la que le aplicará la prisión correspondiente (. . .). La aplicación del hierro, como hemos dicho en otra parte, se hace en la forma siguiente: a los sentenciados hasta 2 años, grillete con ramal corto a la rodilla, de dos eslabones ligeros: hasta 4 años, de cuatro eslabones, también ligeros a la cintura: lo mismo los 6 y 8 años, con la diferencia de ser doble gruesos. El peso de los primeros, incluso el grillete, no excederá de cuatro libras, de seis los segundos, y de ocho los terceros, El hierro no es lo que sujeta a los condenados, de los cuales hay muchos, cuya bravura y fuerza física pueden quebrantarlo; el hierro es un signo que les recuerda a cada instante esta voz que sale de su conciencia, impulsada por la ley: "¡tu crimen te ha hecho esclavo! (. . .). BOIX, Vicente, *supra*, nota 143, pág. 125.

185. RICO DE ESTASEN, José, *Ibíd.*, pág. 551. BOIX, Vicente, *Ibíd.*

186. RICO DE ESTASEN, José, *Ibíd.*

187. *Ibíd.*, pág. 552.

188. *Ibíd.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

servicios como ordenanzas, asistentes, oficinas exteriores, etc.[189]

El régimen progresivo significa un avance importante en la evolución de los conceptos sobre la rehabilitación del delincuente.

Viene a definir dos ideas:

a) El régimen penitenciario adquiere una definida inclinación hacia la reforma del recluso. Esa tendencia es mucho más definida que en el sistema filadélfico y el de auburn, ya que el régimen progresivo culmina con una etapa en la que no es forzosa la ejecución total de la pena impuesta, imponiéndose de esta forma el objetivo reformador y no el meramente vindicativo o retributivo.

b) Significa la incipiente y progresiva aceptación de que en la rehabilitación del delincuente se debe tomar en cuenta la autodeterminación y el convencimiento de éste: el régimen progresivo, aunque sea de forma indirecta, ya contiene la idea de que la enmienda del recluso se inicia en el momento en que éste la admite como algo valioso y necesario.

El régimen progresivo que aplicó Montesinos en el presidio de Valencia, ejerció una influencia notable en la legislación española, ya que cuando éste finalmente se instauró, mediante Real Orden de 3-6-1901, se tomaron las ideas fundamentales del modelo que había desarrollado Montesinos, tal como se había plasmado en la Real Orden de 5-7-1844.[190]

e) Significado y trascendencia de la obra de Montesinos.

A pesar de que existieron realizaciones muy meritorias, desde un punto de vista penitenciario, anteriores a la de Montesinos, tal como la de Antonio Puig y Lucá (ver nota 144), esto no le resta méritos a la obra de un penitenciarista tan excepcional. Tampoco constituye un demérito a su labor, el que se admita que tuvo alguna preparación previa, así como ciertos conocimientos sobre las prisiones, cuando tomó la dirección del presidio de Valencia.[191] Lo más importante de su obra es que sus ideas no fueron simples divagaciones teóricas. Su mejor testimonio fue su diario enfrentamiento con la paradójica realidad penitenciaria.

La vida y obra de Montesinos han sido especialmente importantes para el penitenciarismo hispano actual, ya que además de que su mensaje mantiene, en sus aspectos fundamentales, plena vigencia, también vino a marcar el inicio definitivo de una importante tradición penitenciaria.[192]

VI. CONCEPCIÓN ARENAL

Nació en El Ferrol en 1820 y falleció en Vigo, el cuatro de febrero de 1893. Su obra es importante para la penología, no sólo desde un punto de vista práctico, sino también teórico. Poseía una amplia visión sobre los problemas penitenciarios, criticando las deficientes condiciones en las que se encontraban las prisiones de su tiempo; prestó especial atención a la preparación del personal penitenciario.[193] El hecho de haber sido nombrada, en 1863, "Visitadora de Prisiones de Mujeres",

---

189. *Ibíd.*

190. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Régimen penitenciario de España.* (Investigación histórica y sistemática). Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, España 1975, pág. 29.

191. GARRIDO GUZMÁN, Luis. *supra*, nota 28, págs. 72 y 73. Sobre los escasos conocimientos penitenciarios de Montesinos, Boix nos proporciona los siguientes argumentos: ". . .Por placer únicamente y sin el más insignificante objeto de investigar las costumbres ni la legislación de otros pueblos, viajó por diferentes puntos del continente americano y las naciones más cultas de Europa, regresando, por fin, a su patria en 1827. . . (. . .) . . .Los grados adquiridos en la carrera militar formaron su posición social, pero los viajes con la vasta instrucción que de ellos se desprende, no le habían inspirado ni el deseo más leve, no sólo de visitar ninguno de los establecimientos penales ni correccionales de los diferentes países que había recorrido, pero ni se le ocurrió jamás la idea de penetrar una sola vez en nuestros presidios peninsulares . . .El señor Montesinos entró, pues, en la nueva carrera sin idea alguna de otros sistemas, sin haber leído una sola teoría, sin haber visto ni uno de los establecimientos penitenciarios de esta clase, sin tener a la vista ni cerca de sí un modelo en España que le fuera posible adoptar,. . .". BOIX, Vicente, *supra*, nota 143, pág. 43. Tal como lo hemos expresado en el texto, la tesis de Boix sobre los escasos conocimientos penitenciarios del Coronel Montesinos, es muy discutible.

192. *Ibíd.*, pág. 77. Vicente Boix ha considerado que el sistema penitenciario que ideó Montesinos era enteramente español, ya que se creó sobre el estudio de criminales españoles, sin tener en cuenta nada de lo que hubiesen escrito o practicado los extranjeros. Montesinos estableció un sistema presidial que puede calificarse como español. BOIX, Vicente, *supra*, nota 143, págs. 13 y 14.

193. MARCO DEL PONT, Luis, *supra*, nota 32, pág. 58. CAMPO ALANGE, María, *Concepción Arenal, 1820-1893.* Ed. Revista de Occidente, 1973. España. págs. 30 y 351 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fue lo que le permitió acercarse al problema penitenciario, a pesar de que duró poco en el cargo (un poco más de un año). En 1868 volvió a ocupar un cargo vinculado con la materia penitenciaria, ya que se le nombró "Inspectora de las Casas de Corrección de Mujeres". En su obra no sólo abordó cuestiones penales y penitenciarias, sino que se interesó por los temas sociológicos, políticos, etc. La mayor parte de sus trabajos se recogen en sus *Obras completas* publicadas en Madrid en 1895.[194]

a) Los fines de la pena. Influencia del correccionalismo.

El pensamiento de Concepción Arenal puede ubicarse dentro del correccionalismo, pero siempre que éste participe de un eclecticismo de buen grado, puesto que siempre se consideró que la pena debía perseguir la enmienda del delincuente, pero que al mismo tiempo no podía abandonarse su sentido expiatorio; aceptaba la idea de que no es posible la enmienda sin el dolor. La expiación como instrumento para lograr la enmienda, es uno de sus conceptos fundamentales.[195] También admite que la pena tiene otros fines colaterales, tales como: la pena es un medio para reducir al malo a la impotencia de hacer mal; la pena también sirve para intimidar a aquellos a quien la moralidad no detiene, (efecto preventivo-general); si no existiese el temor a la pena, los delitos contra la propiedad se multiplicarían de tal forma que harían imposible la vida económica.[196] Concepción Arenal participa de una de las características del correccionalismo español, ya que da preferencia y no exclusivismo al fin correccional.[197] Tampoco abandona la idea retribucionista de la pena.[198] A pesar de que admite que la pena cumple varios objetivos y no se circunscribe sólo a la enmienda, es indudable que sobre este aspecto insiste mucho en su obra, definiendo el propósito rehabilitador de la siguiente manera: ". . .uno de los grandes descubrimientos del mundo moral es que el delincuente sea susceptible de enmienda; que la sociedad debe procurársela, y que, siendo el deber absoluto, la justicia obliga, aun para los que faltan a ella. . .". ". . .No se desespera de la enmienda del culpable y se ponen los medios para conseguirla. La tendencia de nuestro siglo es a convertir la pena en medio de educación. . .". ". . .La corrección de los delincuentes es uno de los grandes problemas que ha planteado nuestro siglo, y si no lo resuelve, prepara su resolución".[199]

Concepción Arenal admite que la pena, además de que busca la enmienda del penado, no puede dejar de tener un sentido expiatorio y de escarmiento, lo cual la distancia bastante del correccionalismo clásico (como el de Roeder); ese alejamiento se hace más evidente si se toma en cuenta

---

194. SÁINZ CANTERO, José A., *supra*, nota 3, pág. 192 (ver nota número 38, al pie de página). También CAMPO ALANGE, María, *Ibíd.*, págs. 315 y ss. Sobre las causas de su destitución, María Campo Alange dice lo siguiente: ". . .No andaba muy desanimada con eso de la cesantía, ya que en 1865, un buen día, sin justificación aparente, es suprimido el puesto que ella ocupa y automáticamente, queda sin empleo. El 19 de julio de 1865 escribe a Monasterio: S.M. (q.D.g.) ha tenido a bien dejarme cesante; y lo más terrible del caso, lo que me tiene inconsolable, es que no ha quedado satisfecha del celo, lealtad e inteligencia con que he desempeñado mi destino, o por lo menos no me lo dice. Para hablar en serio de todo esto era menester escribir mucho y no vale la pena. Todo está dicho en dos palabras, yo he hecho lo que he debido y los demás lo que han querido. Yo era una rueda que no engranaba con ninguna otra de la máquina penitenciaria, y debía suprimirse! Aunque pretendía quitarle importancia, su amargura se manifiesta visiblemente en estas palabras. Su buena fe ha sido traicionada por la rutina y las pequeñas intrigas políticas. Nadie reconoce la honestidad y la competencia con que ha desempeñado su cargo. . .", pág. 317. ". . .En 1868 Concepción Arenal es restablecida en su cargo, esta vez con el título de inspectora de casas de corrección de mujeres, cargo, que fue suprimido definitivamente en 1873. . .". Pág. 318. Citas tomadas de la obra de María Campo Alange, ya citada.

195. ANTON ONECA, José, *supra*, nota 77, pág. 45.

196. ARENAL, Concepción, *Estudios penitenciarios*. Obras completas. Tomo V (Volumen 1). Ed. en Librería de Victoriano Suárez. España 1896, pág. 277.

197. ANTON ONECA, José, *supra*, nota 77, pág. 45.

198. ". . .Concepción Arenal no se atrevió a combatir la pena de muerte, se limitó a decir que era un mal necesario y sólo propuso que se aplicase de un modo más rápido y menos doloroso. ¿cómo se explica si no que habiendo hablado de la pena de muerte en tantas ocasiones no lo dijera concretamente? Para Rovira la cuestión no ofrece duda, Concepción Arenal era partidaria de la pena de muerte. Según este autor las ideas retribucionistas, que se mantienen en la escritora en diversos lugares de su obra, la llevan a adoptar esta posición de una manera terminante e indiscutible. En *Cartas a los delincuentes* invoca la pena del Talión haciendo suyo el principio retribucionista "el que mata debe morir". El hecho de que Concepción Arenal fuera partidaria de la pena de muerte, con lo cual no están de acuerdo algunos autores (ver MOSQUETE, *Ideas penales y sociales de Concepción Arenal*, R.E.E.P., 1948), así como por otras manifestaciones que se aprecian en su obra, se puede afirmar que admitía un concepto retribucionista sobre la pena. FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las Modernas orientaciones penitenciarias*, R.E.P., 1968, págs. 30 y 31.

199. ARENAL, Concepción, *supra*, nota 196, págs. 6, 7 y 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que no se pronunció contra la pena de muerte. Por estas razones Fernández Albor ha considerado que su pensamiento no puede ubicarse dentro de la corriente correccionalista, sino que sólo coincide con algunos de sus puntos fundamentales. A esto hay que agregar, tal como lo expresamos anteriormente, que el correccionalismo español se caracteriza por su eclecticismo.[200] Antón Oneca considera que el hecho de que la ilustre penitenciarista gallega no admitiera como único fin de la pena, la corrección, obedece a un sentido práctico de su pensamiento, que la hacía evitar el utopismo a que tendía el correccionalismo clásico. Tenía un concepto amplio sobre la finalidad correctiva, lo que le permitía aceptar que era compatible con la expiación y el escarmiento.[201] A pesar de que han variado los matices y el sentido de la pena, es importante señalar que la tesis de Concepción Arenal sigue teniendo, en alguna forma, vigencia, ya que no es posible admitir que la pena sólo pueda tener una finalidad correctiva, pues muchos de los ciudadados que incurren en actos delictivos y que son sancionados, no necesitan ser corregidos.

El hecho de que Concepción Arenal no rechazara el sentido expiatorio de la pena, no la llevó a aceptar que la prisión debía significar la imposición de tratamientos crueles o de durezas, sólo consideraba que debía ser "...severa y firme, aceptando el dolor como su ley; ley triste pero imprescindible".[202] Tenía el concepto de que la rigurosidad y la mortificación moderada, propiciaban la enmienda (la enmienda mediante el rigor). Esta idea está de acuerdo con los conceptos pedagógicos que predominaban a principios de siglo; se admitía que el niño y el joven se debían educar mediante la rigurosidad y el castigo, por eso no creo que deba sorprender la tesis que adopta la ilustre penitenciarista.

No admite que los reclusos puedan ser sometidos a tratamientos crueles, ya que la crueldad endurece a las personas; la crueldad impide la corrección del delincuente. Las sensaciones físicas no deben ser mortificantes, ya que entonces no se deja suficiente libertad para que el espíritu pueda sentir el dolor de la culpa.[203] Tenía la convicción de qe la mortificación y la moderada rigurosidad, permitían que el recluso pudiese tomar conciencia de su culpabilidad.

b) Crítica a las prisiones. Condiciones materiales y humanas deficientes.

Concepción Arenal tenía plena conciencia de que las condiciones materiales de la prisión eran un requisito indispensable para conseguir una acción reformadora. Por eso le preocuparon todos los problemas relacionados con las condiciones materiales de las prisiones, tal como su ventilación, alimentación, vestido, ajuar, trabajo y descanso.[204] Desde su punto de vista correccionalista, consideraba que era importante que durante la reclusión se fomentara en el interno hábitos que le permitieran llevar una vida ordenada y que estimularan sus conceptos sobre su dignidad personal, pero si las condiciones materiales de la prisión son deficientes, es imposible pretender que el recluso pueda llegar a tomar consciencia de su dignidad.[205] Las prisiones que tienen graves deficiencias en la planta física y en el régimen de reclusión, se convierten en instrumentos propiciatorios de la degradación y despersonalización del delincuente.

Por su experiencia y contacto con los problemas penitenciarios, expresó ideas muy claras sobre la necesidad de que las prisiones tuvieran condiciones materiales adecuadas, tanto que algunos de sus comentarios mantienen indiscutible actualidad. El siguiente párrafo es una buena muestra de lo que hemos expuesto: "...En nuestra ley penal y en los reglamentos se encuentra la palabra corrección y aun la de enmienda; pero en nuestras prisiones no hay nada propio para corregir o enmendar. A poco que se observe, se ve claramente que en nuestras prisiones no se emplean más medios que los materiales, para conseguir el único objeto, que no se consigue siempre, de que los presos no se escapen (...) O hay que renunciar a la idea de corrección, y suprimir la palabra que hipócritamente pronun-

---

200. FERNÁNDEZ ALBOR, *supra*, nota 198, pág. 32.

201. ANTON ONECA, José, *La teoría de la pena en los correccionalistas españoles*, Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Legaz Lacambra. Universidad de Santiago de Compostela, España 1960, pág. 1023.

202. ARENAL, Concepción, *supra*, nota 196, pág. 299.

203. *Ibíd.*, Tomo VI (Volumen 2) de los *Estudios penitenciarios* (Obras completas) págs. 291 y 292.

204. *Ibíd.*, ver cap. XIV, págs. 283 a 293.

205. *Ibíd.*, pág. 291.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia la ley, o es necesario dar a los penados medios de corregirse; porque el pretenderlo con los actuales es como querer ferrocarriles sin hierro o telégrafos eléctricos sin electricidad. . .".[206] Concepción Arenal señala certeramente un punto que sigue teniendo una dramática vigencia: las leyes hablan de reformar, rehabilitar, resocializar, pero las condiciones en que se encuentran muchas prisiones son deplorables e inhumanas. La mayoría de las prisiones latinoamericanas son una muestra viviente de la contradicción que señala Concepción Arenal.[207] Realidades penitenciarias que convierten los propósitos rehabilitadores, de acuerdo con lo que se establece en muchos códigos penales o leyes penitenciarias, en una triste ironía o en una broma de mal gusto.

c) Contraria a la deportación y el sistema celular.

La deportación era un tipo de sanción muy común durante el siglo XIX, expecialmente en Inglaterra, Rusia y Francia, sin embargo, Concepción Arenal demostró poseer un claro sentido de la justicia, así como un definido concepto sobre el propósito correccionalista de la pena privativa de libertad, al considerar que la deportación ". . .ni puede constituir un sistema ni formar parte de la justicia penal. . .";[208] la deportación viola los elementales principios de justicia.[209]

Aunque se dice que Concepción Arenal, poco antes de su muerte, se manifestó favorable al sistema celular,[210] no puede soslayarse el hecho de que en diversas ocasiones expresó críticas muy acertadas sobre este régimen penitenciario, volviendo a demostrar que poseía un equilibrado sentido sobre lo que debía ser la corrección del delincuente, así como una especial sensibilidad hacia la dignidad del recluso. Tenía la idea de que el régimen celular, sin aparente violencia, ejerce fuerte coacción, por lo que no interesa si la obediencia es voluntaria o no; lo único que se logra es debilitar la voluntad del penado, convirtiéndolo en un ser pasivo para todo; no robustece la energía moral del penado, sino que la enerva.[211] Si se pretende enseñar a un hombre, no se puede realizar tal propósito en un ambiente que niega una de sus condiciones fundamentales: la sociabilidad; para que la palabra pueda producir efectos benéficos sobre quien se pretende reformar, no deben sólo existir relaciones entre el maestro y sus discípulos, sino que son necesarias las relaciones entre éstos. No puede existir una acción pedagógica eficaz, si sólo existe una fría relación entre un maestro y un discípulo, tal como ocurre en el sistema celular.[212]

ch) Importantes sugerencias sobre el personal penitenciario.

Las ideas y sugerencias que expresó sobre el personal penitenciario, siguen teniendo importancia, ya que es indudable, por no decir elemental, que no puede hablarse de una labor rehabilitadora en los centros penitenciarios, si éstos no cuentan con un personal que sea algo más que simples "carceleros" obsesionados por el orden y la disciplina. Algunas de sus ideas pueden sintetizarse así:

1) Que desaparezcan los cabos de vara.

2) Que los funcionarios penitenciarios sigan una carrera, lo que implica nombramiento mediante oposición y la imposibilidad de ser separado si no es por justa causa.

3) Establecimiento de dos categorías de funcionarios, a una de ellas aspirarían los maestros con título, y en la otra, que tendría rango superior, se incluirían a los licenciados en leyes o administración, quienes además deberán tener conocimien-

---

206. *Ibíd.*, págs. 301, 302 y 303 (cap. XVI).

207. MONTERO, Jorge, *Problemas y necesidades de la política criminal en América Latina*, ILANUD, Costa Rica, 1976, pág. 13.

208. ARENAL, Concepción, *supra*, nota 196. Tomo VI (Volumen 2) de los *Estudios penitenciarios*, (Obras completas), pág. 27.

209. *Ibíd.*, págs. 18 y 19.

210. Tuvo serias dudas sobre la conveniencia del sistema celular, pero tampoco se decidió a rechazarlo totalmente. Esta indefensión se mantuvo durante tiempo, sin embargo, al final de su vida, Concepción Arenal, según el testimonio de su hijo, quiso que se modificara su obra en cuanto a ese punto, ya que consideró que aún con todos los inconvenientes indicados en el sistema de Filadelfia, es preferible a los demás; varió también su idea sobre la conveniencia de que se realizaran enseñanzas literarias y prácticas religiosas en común, aunque se aplicara la regla del silencio. Juzgó que era totalmente inconveniente que los penados se pudieran comunicar entre sí. LEIROS FERNÁNDEZ, Sara, *Lo que dice Concepción Arenal sobre el régimen material y el sistema penitenciario*, R.E.E.P., 1961, pág. 3147.

211. ARENAL, Concepción, *supra*, nota 196. Tomo VI (volumen 2) de los *Estudios penitenciarios*, (Obras completas) pág. 42.

212. *Ibíd.*, pág. 48.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tos de los distintos sistemas penitenciarios, de las leyes penales y de las disposiciones vigentes en los presidios.[213]

Las condiciones que menciona la ilustre penitenciarista, demuestran su aguda percepción sobre uno de los problemas prácticos más difíciles de resolver. Aún hoy es frecuente que en América Latina se insista en la necesidad de contar con un personal penitenciario que posea una preparación adecuada,[214] o se insiste en la idea de que es necesario hacer una distinción entre el personal de seguridad y el que se encarga de aplicar, desde un punto de vista técnico, el tratamiento.[215]

d) Comenzó a establecer vinculaciones entre criminología y penología.

Uno de los aspectos más importantes de la obra de Concepción Arenal, es que demostró a los penitenciaristas de su tiempo que nada puede hacerse en la ciencia penitenciaria, si no se toman en cuenta los principios y conclusiones que va aportando la Criminología.[216] Ya no se trata sólo de puntos de vista estrictamente valorativos, sino que la introducción de la Criminología, aunque no implica una total renuncia a los valores, supone un distanciamiento respecto a consideraciones predominantemente moralistas, tratando de encontrar soluciones que se ajusten más a una metodología científica.

El hecho de que Concepción Arenal en muchos de sus análisis recurra a los conocimientos criminológicos existentes en su tiempo, la vincula a la **Escuela Positiva,** pero esta relación no puede hacernos pensar que su pensamiento pueda ubicarse dentro de la **Escuela Positiva,**[217] ya que mantuvo respecto de esta corriente una conveniente distancia, sin que por eso ignorara sus aportes y puntos de vista valiosos. En realidad su interés predominante era el poder conocer la personalidad del delincuente para imponerle la sanción adecuada. Por esa razón no sólo se interesa por la **Escuela Positiva,** sino por otras corrientes culturales, penitenciarias y sociológicas.[218]

Los puntos en que Concepción Arenal mantuvo una prudente distancia respecto del positivismo, demuestran su ponderación y el sentido práctico de su análisis. Del positivismo rechazaba entre otras cosas, lo siguiente:

1) Admite las garantías procesales y el principio de legalidad que postula la **Escuela Clásica.** En este aspecto su distanciamiento fue acertado, ya que la **Escuela Positiva** no logró imponer la tesis de que las garantías procesales y el principio de legalidad eran intrascendentes o que podrían tener una débil significación.[219]

2) No acepta la existencia de delincuentes incorregibles. En este sentido coincide con la tendencia moderna, ya que aunque se sabe que algunos delincuentes son, para utilizar algún término, incorregibles, eso no justifica que se les prive de los medios necesarios para su rehabilitación, ni tampoco justificaría la imposición de sanciones indeterminadas o que signifiquen la total inocuización del recluso. Concepción Arenal no perdió la esperanza en la posible reforma del recluso, consideraba que realmente los delincuentes incorregibles son con frecuencia delincuentes no corregidos.[220] A pesar de esta actitud tan esperanzadora, planteó la posibilidad de que al multirreincidente, cada vez que vuelve a delinquir, se le podía ir aumentando la pena, hasta que ésta podía convertirse en una reclusión perpetua.[221] Puede interpretarse esta recomendación como una prueba de que no llevó hasta sus últimas consecuencias su convicción de que no

---

213. OVEJERO, Paz, *Carácter pedagógico de la reforma penitenciaria en el siglo XIX (I)*, R.E.P., 1969, págs. 751 y 752.

214. MONTERO, Jorge; CARRANZA, Elías, *La capacitación del personal especializado en prevención del delito*, ILANUD, Costa Rica, 1980, págs. 8 y 13.

215. Simposio sobre *Tratamiento y capacitación de personal penitenciario* (conclusiones y recomendaciones) ILANUD, al día, núm 1, 1978, Costa Rica, pág. 7.

216. SÁINZ CANTERO, José, *Ideas criminológicas en los "Estudios penitenciarios" de Concepción Arenal*, Libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa titulado: *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Ed. Pannedille, Argentina, 1970, pág. 608.

217. FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *supra*, nota 198, pág. 24. Lombroso se expresó en términos muy elogiosos sobre la obra de Concepción Arenal.

218. *Ibíd.*

219. SÁINZ CANTERO, José, *supra*, nota 216, pág. 597.

220. ARENAL, Concepción, *Informe al Congreso Internacional de San Petesburgo*. Tomo XIV (Obras completas). Ed. Librería de Victoriano Suárez. España 1896, págs. 101, 108, 131 y 191 y ss.

221. *Ibíd.*, Resumen final, núm. 18, pág. 199.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hay delincuentes incorregibles; por otra parte, no debe olvidarse que no consideraba que el único fin de la pena fuese la corrección y estaba convencida de que si se daban las condiciones adecuadas en la prisión, ésta podría permitir la rehabilitación del delincuente. Esta idea se encuentra actualmente rodeada de gran escepticismo.

La recomendación de Concepción Arenal con respecto al multirreincidente, tal como la hemos expuesto, nos permite pensar que admitía, para los delincuentes habituales, la unificación de la pena y la medida de seguridad. Esta unificación ha sido preconizada por algunas corrientes modernas, en especial la **nueva defensa social.**

3) Acepta que el libre albedrío, por regla general, lo posee el hombre.[222] Este punto de vista es importante, puesto que puede ser la clave para encontrar la respuesta del eclecticismo de su pensamiento. Por ejemplo, cuando analiza distintas influencias que recibe el hombre para cometer un acto delictivo, no les da el valor de factor único en la etiología de la criminalidad, sino que le asigna la importante función de predisponer para el delito.[223] "...No hay causa determinante para el mal sin el concurso de la voluntad del hombre, pero puede haberla predisponente, y la tentación de cometerle hallar freno o estímulo, según el tiempo y el lugar en que se vive...".[224] Entre las causas predisponentes incluye las económicas. "...La pobreza, y sobre todo la miseria no sólo puede ser una causa predisponente inmediata para cometer un delito, el de hurto o robo, por ejemplo, sino dar una larga preparación perniciosa a la moral y a la obediencia de las leyes...".[225] "...Así, la miseria no sólo es la necesidad del momento que impulsa al mal hecho, sino el modificador lento y poderoso de toda la vida, que lo facilita con una larga preparación...".[226]

Concepción Arenal supo mantener un acertado equilibrio entre las condiciones que pueden predisponer al delito y la existencia del libre albedrío. Captó los peligros que encerraba el causalismo determinista de su tiempo, ya que ve en el delito algo más que la violación de una norma, lo analiza desde un punto de vista real. Admite la existencia de factores etiológicos en el delito, que no son sólo atribuibles a la decisión libre de un sujeto, sino que es la resultante de la convergencia de factores naturales e influencias del medio social.[227] Sus ideas penitenciarias, que implican la aplicación de un punto de vista real y no estrictamente normativo sobre el delito, manteniendo siempre el respeto a la libertad de la persona, evidencian la existencia de un salto cualitativo en el análisis de los problemas relativos a la reforma del delincuente, ya que deja atrás el punto de vista estrictamente moralista y normativo que tuvieron los penitenciaristas clásicos (entre los que incluimos todos los que se han analizado) sobre el origen o causa del delito. La idea de que la persona tiene, en principio, libertad moral, significa que el pensamiento de Concepción Arenal no puede incluirse dentro de la **Escuela Positiva,** y a su vez significa que sus ideas se encuentran muy cerca de algunas de las tendencias criminológicas modernas.

e) Consideraciones finales. Significado e importancia de su obra.

Las ideas de Concepción Arenal, son importantes en muchos sentidos, pero tal vez uno de los aspectos que encierra mayor interés es que su obra marca una definida inclinación hacia el estudio científico del delincuente, en el que interesa establecer cómo y por qué ha delinquido;[228] se supera el punto de vista estrictamente normativo y mora-

---

222. ARENAL, Concepción, *supra*, nota 196, pág. 131, (cap. I).

223. SÁINZ CANTERO, José, *supra*, nota 216, pág. 602.

224. ARENAL, Concepción, *supra*, nota 196, pág. 162 (cap. III).

225. *Ibíd.*, pág. 185 (cap. VI).

226. *Ibíd.*, pág. 188.

227. SÁINZ CANTERO, José, *supra*, nota 216, pág. 600.

228. Sobre el estudio científico del delincuente, en sus Obras Completas, Concepción Arenal nos dice, textualmente, lo siguiente: "...Para indignarse contra el delincuente y procurar conseguir que no repita el delito, basta la conciencia que le condena y el brazo que le hiere; para estudiarle, para saber por qué delinquió, y si es susceptible de modificarse en términos de no reincidir, y cómo puede lograrse su corrección, para esto se necesitan edificios costosos, hechos con gran arte y reflexión, y ciencia y caridad, es decir, medios morales y materiales que no tienen los pueblos atrasados...", *supra*, nota 196, pág. 278. Su preocupación por la aplicación de métodos científicos en el estudio del delincuente, es lo que la lleva a sugerir la idea de que se requiere "...un personal adecuado, un cuerpo facultativo (que no se sonría el lector), un cuerpo facultativo penitenciario, con conocimientos apropiados, con organización, seguridad de ocupar un puesto mientras cumpla con su deber...". Concepción Arenal, Obras Completas. *Supra*, nota 196, volumen VI. Tomo II de los *Estudios penitenciarios*, pág. 30.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lista sobre el delito, en el que sólo imperaba la idea de que el delincuente era un hombre que no había sabido utilizar su libertad.

De acuerdo con distintas etapas por las que ha pasado la evolución de la pena, (venganza privada, venganza divina, periodo humanitario y la actual etapa científica en la que impera el afán resocializador) se puede afirmar que las ideas de Concepción Arenal sobre el **fin de la pena**, coinciden con el pensamiento científico posterior y se encuentran con frecuencia en la legislación positiva.[229]

Sus ideas penitenciarias constituyeron una auténtica avanzada; puede considerarse que la actual reforma penitenciaria tiene estrecha vinculación con la obra que realizó la ilustre penitenciarista.[230] Nunca olvidó que el hombre que delinque pertenece a la sociedad.[231] y que no es un monstruo que se encuentra fuera de todas las leyes. Desgraciadamente en muchas ocasiones se ignora este concepto, ya sea por actos conscientes o por actitudes que demuestran arraigados perjuicios inconscientes.

***

229. FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín. *supra*, nota 198, pág. 61.

230. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra*, nota 28, pág. 79.

231. ARENAL, Concepción, *supra*, nota 196, págs. 122, 123, 124 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA: (III) LIBERTADES DE EXPRESIÓN

ENRIQUE P. HABA
Facultad de Derecho
(Universidad de Costa Rica)

JAIME ESPONDA FERNÁNDEZ
Vicaría de la Solidaridad
(Arzobispado de Santiago de Chile)

SUMARIO

I. SEMÁNTICA CONSTITUCIONAL

Pág.

(i) Brasil 67
— Principios generales
— Libertad de prensa
— Libertad artística
— Libertad religiosa
— Síntesis

(ii) Colombia. 68
— Libertad de prensa
— Libertad de enseñanza
— Libertad religiosa
— Síntesis

(iii) Costa Rica 68
— Principios generales
— Libertad de prensa
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Síntesis

(iv) Cuba 69
— Principios generales
— Libertad de enseñanza
— Libertad de conciencia y de cultos
— Síntesis
— Discusión

(v) Chile 71
— Principios generales
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Libertad de prensa
— Libertad artística
— Síntesis

(vi) Honduras 73
— Libertad de prensa
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Extranjeros
— Síntesis

(vii) México 74
— Principio general
— Libertad de publicación
— Libertad de enseñanza
— Libertad religiosa
— Extranjeros
— Síntesis

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(viii) Perú 76
— Disposiciones generales
— Libertad de enseñanza
— Síntesis

(ix) Uruguay 77
— Principios generales
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Extranjeros
— Gobierno militar
— Síntesis

(x) Venezuela 79
— Principios generales
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Síntesis

II. UNA INVESTIGACIÓN DE CAMPO (SOBRE MATERIAL JURISPRUDENCIAL)

1. Hipótesis 81
2. Resultado general 81
3. Impedimento al ejercicio del derecho de opinión 81
4. Represión con posterioridad al ejercicio del derecho, a manera de castigo o sanción por dicho ejercicio 82
4.1. detenciones
4.2. amedrentamientos
4.3. otras medidas represivas

5. Impedir o sancionar la utilización de medios de comunicación 85
6. Conclusión 87

Anexo: Índice analítico del capítulo VIII 88

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Nota.

Los dos primeros artículos de esta serie se publicaron respectivamente en los dos números anteriores de la *Revista Judicial:* Números 35 (diciembre 1985, ps. 53-71) y 36 (marzo 1986, ps. 81-100). Reiteramos que debe tenerse en cuenta: a) que este apartado fue escrito, en lo fundamental, durante el segundo semestre de 1983; b) que sus bases teóricas no están aquí, sino desarrolladas a lo largo del capítulo respectivo (cf. acá el Anexo) y en otros lugares de la obra completa; c) que por tratarse de una transcripción literal, hay también remisiones a sitios de aquella que no se hallan en el artículo; d) y por el mismo motivo, las notas comienzan con la número 46. Lo que se recoge en notas bajo el título de *Comentario,* y también la *Discusión* incluida en el apartado referente a Cuba, se extrae de intervenciones orales que tuvieron lugar en la Segunda Reunión Regional de Expertos (San José de Costa Rica, 22-26 de agosto de 1983) del Proyecto de Investigación al cual corresponde este trabajo (cf. la *Nota* que está al comienzo del primer artículo de la serie), efectuadas por: Wálter ANTILLÓN MONTEALEGRE (ex Catedrático de la Universidad de Costa Rica), Allan R. BREWER-CARÍAS (Universidad Central de Venezuela), Domingo GARCÍA BELAÚNDE (Universidad Católica de Lima), Daniel O'DONNELL (Comisión Internacional de Juristas), Rodolfo PIZA ESCALANTE (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

La Parte I es de Enrique P. HABA. La Parte II está conformada por el Apéndice de un trabajo preparado por Jaime ESPONDA FERNÁNDEZ para el mencionado Proyecto de Investigación, trabajo titulado: *La protección del derecho de opinión en la Constitución Política. Análisis comparado de las constituciones de Chile, México y Perú,* Santiago de Chile, 1983, 66 págs.

***

I. SEMÁNTICA CONSTITUCIONAL

(i) BRASIL

Principios generales. Se establece, como pauta de principio, la libertad en general para toda clase de pensamientos: "É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica" (art. 153.8 *in limine*). E incluso se agrega: "Por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de cualquer dos seus direitos" (art. 153.6 *in limine*). Por lo demás, como para los derechos individuales en general, la "inviolabilidade" de aquellos se "assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País", sin establecer distinción alguna entre ellos (art. 153 *in limine*).

Continuación. Pero toda esa liberalidad no es más que aparente, pues de inmediato la Constitución se encarga, en esos mismos preceptos y también en otros, de introducir una serie de limitaciones en la materia. Así, por ejemplo, en el artículo (citado) donde se dice que a nadie se privará de sus derechos por razón de sus convicciones, desde ya se agrega: *"salvo* se o invocar para eximir -se de obrigaçao *legal* a todos imposta, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência" (art. 153.6 *in fine*). Por sobre cualquier otra cosa, como un límite de orden absolutamente general, está lo concerniente a la seguridad nacional (cf. *supra,* cap. III: Ap., i). Recuérdese que todas las personas son *"responsável* pela segurança, nos límites definidos em lei" (art. 86). Y a tal punto es esto así, también en lo relativo a la exteriorización de pensamientos, que hasta los parlamentarios pierden su inviolabilidad en el caso de que "suas opiniões, palabras e votos" constituyan un "caso de crime contra a segurança nacional" (art. 32 *in limine*). Dentro de ese marco, el de la suprema razón que representa siempre el cuidado de la "segurança nacional", habrá que ubicar la posibilidad del ejercicio de todas y cada una de las libertades de expresión, sin perjuicio de otros varios motivos de limitaciones.

Libertad de prensa. Se dice que es libre "a prestação de informação independientemente de censura. . . respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença de autoridades" (art. 153.8). Hasta aquí, como se ve, no se hace sino reafirmar, con más detalle, el principio general de libertad que señaláramos al comienzo. Pero a continuación se establece que todo ello puede ser prohibido, con base en una serie de conceptos

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

indeterminados: "Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de *subverçao da ordem* ou de preconceitos da religião, de raça ou de *classe,* e as publicações e exteriorizações contrarias à *moral* e aos *bons costumes*" (*loc. cit., in fine*).

Libertad artística. Con respecto a esta, en lo que particular relación dice con las "diversões e espetáculos públicos", se subraya que —a diferencia de lo que como principio (al menos) se señala respecto a la libertad de información (*vid.* el par. anterior, *in limine*)— allí cabe la "censura" (art. 153.8 *in limine*).

Libertad religiosa. Le está vedado a los órganos estatales el "estabelecer cultos religiosos ou igrejas,. . . embaraçãr-lhes o exercicio", etc. (art. 9.II). Se fija como principio la libertad de conciencia y de cultos, con la sola salvedad de que estos "não contrariem a *ordem pública* e os *bons costumes*" (art. 153.5). *Vid.* también lo relativo a la "escusa de consciência", que *no* se podrá "invocar para eximir-se de obrigação legal" (art. 153.6, transcrito *supra*); y la referencia a que no será tolerada la "propaganda. . . de *preconceitos* da religião" (art. 153.8, citado *supra*).

En síntesis. Aunque la Constitución brasileña contiene unas afirmaciones de principio favorables a la libertad de expresión del pensamiento en sus distintas manifestaciones, ello no le impide autorizar, por la vía de una serie de conceptos indeterminados y sobre todo mediante el privilegio general concedido a la "segurança nacional", que a esa libertad le sean introducidas toda clase de limitaciones, en la medida en que las autoridades lo juzguen oportuno.

(ii) COLOMBIA

Libertad de prensa. El texto constitucional establece esta libertad, "pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la *honra* de las personas, el *orden social* o la *tranquilidad pública*" (art. 42.1). Aunque tal responsabilidad queda sometida a esos tres conceptos indeterminados, de los cuales son más peligrosos los dos últimos, dicha disposición tiene la ventaja de no señalar otros; por ejemplo; no habla de "moral" o "seguridad". Sobre todo, cabe señalar que el hecho de referirse solo a la "responsabilidad", parece indicar que no cabría censura previa; por lo menos, no hay ninguna referencia expresa a que esta sea admisible.

Libertad de enseñanza. Ella se "garantiza", pero confiándosele al Estado "la *suprema* inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la *mejor* formación intelectual, moral y física de los educandos" (art. 41.1). Estos conceptos indeterminados, en que ha de basarse la "vigilancia" estatal, desde luego que podrían ser interpretados de una manera peligrosa. Sin embargo, cabe reconocer que antes bien ellos tienden a no ser de los que más frecuentemente dan pie a las interpretaciones restrictivas.

Libertad religiosa. Si bien se reconoce, en principio, la libertad de opiniones religiosas y de cultos (art. 53.1), el precepto constitucional contiene unos giros que son muy peligrosos. En efecto, dicha libertad se garantiza *solo* para aquellos "cultos que no sean contrarios a la *moral cristiana* ni a las *leyes*" (art. 53.2). Esto permitiría, prácticamente, prohibir cualquier culto que no sea del agrado de las autoridades de la religión cristiana predominante. Por lo demás, "contrario. . . a las leyes" puede ser cualquier cosa, con solo que las leyes establezcan, precisamente, lo contrario de esa cosa; de modo que, según este pasaje, las leyes podrían llegar a prohibir *cualquier* manifestación religiosa que no fuera del agrado de una mayoría parlamentaria.

En síntesis. La Constitución colombiana es parca con respecto a la libertad de expresión, pero no le impone, en general, restricciones graves. En materia de libertad de cultos, sin embargo, el texto constitucional la garantiza de una manera muy endeble, sobre todo para los no cristianos.

(iii) COSTA RICA

Principios generales. La libertad de opinión se encuentra afirmada de la manera más amplia, como principio general: "*Nadie* puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones" (art. 28 *in limine*). No obstante, el inciso final del mismo precepto priva de ese derecho humano, si se trata de ejercerlo como "propaganda política", a cualquiera ("clérigos o seglares") que la haga

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas". Esta restricción atenta tanto contra la libertad de expresión del pensamiento en materia política como religiosa. Por otro lado, también se restringe la libertad de opinión para los extranjeros (sean o no residentes), pues a ellos les está vedado *"intervenir* en los asuntos políticos del país" (art. 19.2 *in limine*); claro que el término "intervenir" se puede interpretar de una manera más amplia o más estrecha, y en este segundo caso se referiría solo a la posibilidad de elegir y ser elegido para cargos públicos, no a la libertad de expresión del pensamiento.

Libertad de prensa. Se consagra, para "todos", la libertad de comunicar sus pensamientos,de palabra o por escrito, y publicarlos *sin* previa censura; pero queda aclarado que "serán responsables por los *abusos* que cometen. . ., en los casos y del modo que la *ley* establezca" (art. 29). En cuanto a esos "abusos", pues, la ley tiene entera libertad para establecer lo que sea; y un caso de "abuso" podría ser, evidentemente, el publicar que la religión tiene algo que "decir" en materia política o si es un extranjero quien difunde algo concerniente a esta (*vid.* el par. anterior).

Libertad religiosa. Se establece que "la Religión Católica, Apostólica, Romana es la del Estado", aunque no se impide la práctica de otros cultos. Mas estos deberán ser tales "que no se opongan a la *moral universal* ni a las *buenas costumbres"* (art. 75); sin embargo, es posible que estos dos conceptos indeterminados no lleguen a revestir aquí mayor riesgo, en la práctica, para las otras religiones.

Libertad de enseñanza. También esta se garantiza, pero siempre "bajo la *inspección* del Estado" (art. 79). No están determinados los criterios ni los alcances que pueda tener tal inspección, referida a "*todo* centro docente privado"; pero el contexto de la Constitución —por ejemplo, el que haya una disposición según la cual el Estado deberá dar "estímulo" a la iniciativa privada en materia educacional (art. 80)— hace pensar que la intervención estatal no podría ser una que, por razones ideológicas, *impida* llevar a cabo esa enseñanza. Por otro lado, esta Constitución tiene el mérito de señalar en forma expresa que: "La libertad de cátedra es principio *fundamental* de la enseñanza universitaria" (art. 87).

En síntesis. Tampoco la Constitución costarricense, análogamente a la colombiana, presenta un número alto de restricciones a la libertad de expresión. Sobre esta última tiene la ventaja, aún, de que sus textos sobre la libertad de cultos y la de enseñanza son menos peligrosos. Sin embargo, trae una injustificable restricción en materia de opiniones políticas ligadas a materia religiosa y también respecto a la libertad de palabra de los extranjeros.[46] Tiene el mérito, en cambio, de prohibir toda censura previa de publicaciones, sin perjuicio de que ellas quedan ulteriormente sometidas a responsabilidad en función del indeterminado concepto de "abuso".

(iv) CUBA

Principios generales. De acuerdo a algunas de las disposiciones constitucionales, podría parecer que la libertad de expresión se halla establecida de la manera más amplia: "Las organizaciones sociales y de masas disponen de todas las facilidades para el desenvolvimiento de dichas actividades [derechos de reunión, manifestación y asociación] en las que sus miembros gozan de *la más amplia libertad de palabra y opinión,* basadas en el derecho *irrestricto* a la iniciativa y a la crítica" (art. 53); "la libertad de discusión, el ejercicio de la crítica y autocrítica. . . rigen en todos los órganos estatales colegiados" (art. 66.g).

Continuación. Pero todo eso no es más que aparente (ni siquiera puede decirse que tal "libertad" se autoriza como excepción), ya que otras disposiciones se encargan de señalar, en la forma más inequívoca, cuáles son los límites para *todas* las "libertades" constitucionales. En efecto, y tal vez en un grado todavía mayor que los restantes derechos individuales, la libertad de expresión se halla afectada —prácticamente eliminada— por

46. Pero *vid.* el comentario de ORTIZ, quien considera, por el contrario, que dichas restricciones son perfectamente admisibles: *supra,* §§ 11. IV *in fine* y 75. III *in limine.* [Dicho comentario pertenece a un trabajo del Lic. Eduardo ORTIZ ORTIZ que será publicado también en la presente serie, como artículo que la cerrará: *Dimensiones constitucionales. . .* VI.]

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el precepto constitucional que establece la prohibición de ejercer cualquier libertad si ello va "contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo" (art. 61); una "decisión" cuyo contenido se encargan de establecer, en cada caso, las autoridades estatales, según los criterios que señale oportunamente el Partido Comunista (art. 5). Esta misma concepción de lo que es "libertad" se encuentra subrayada al señalarse, por ejemplo, que solo hay "libertad de palabra y prensa *conforme* a los fines de la sociedad socialista" (art. 52 *in limine*).

Continuación. Recuérdese que ese Estado "basa su actividad y educa al pueblo en la concepción científica [sic] materialista del universo", estando guiado "por la doctrina victoriosa del marxismo-leninismo" (Preámbulo); todo ello de manera tal que "la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado" es el Partido Comunista (art. 5). No será otro que este, pues, quien decida cuándo los ciudadanos se expresan o no "conforme a los fines de la sociedad socialista", es decir, hasta dónde alcanzará la "libertad de palabra y prensa" (art. 52) de aquellos. Lo propio ocurre con la creación artística, la cual "es libre. . . siempre que su contenido *no sea contrario* a la Revolución" (art. 38.d).

Libertad de enseñanza. En lo que especifica relación dice con esta libertad, ella es prácticamente nula: "La enseñanza es función del Estado" solamente, y este "fundamenta su política educacional y cultural en la concepción científica [sic] del mundo, establecida y desarrollada por el marxismo-leninismo" (art. 38, incs. a y b); en particular, la niñez y la juventud tienen que ser educadas "en el espíritu comunista" (art. 39.1; cf. también art. 6). O sea, que no se puede enseñar sino lo que acepte el "marxismo-leninismo", de acuerdo con la interpretación que de este decrete como obligatoria la alta dirigencia del Partido Comunista.

Libertad de conciencia y de cultos. Se la "reconoce y garantiza", siempre y cuando los cultos tengan lugar "dentro del respeto a la ley", la cual *"regula* las actividades de las instituciones religiosas" (art. 54, incs. 1 y 2). De todos modos, está prohibido "oponer la fe o la creencia religiosa a la *Revolución"* —es decir, a los dogmas del Partido Comunista— y, en general, a todos "los deberes establecidos por la Constitución" (art. 54.3).

En síntesis. La Constitución cubana reconoce como ámbito de la libertad de expresión, fuera de lo que el Partido Comunista juzgue irrelevante, solamente la difusión de los dogmas que dicho Partido señale como contenido del llamado "marxismo-leninismo" o aquello que sus dirigentes admitan como compatible con este. La religión es aceptada en la medida en que no cuestione dichos dogmas, ni obstaculice en manera alguna lo que tengan a bien ordenar las autoridades de ese Partido.

Discusión.

ANTILLÓN:

> El Redactor dice que no está, prácticamente, garantizada la libertad de expresión en Cuba. Mas en Cuba es frecuentísimo, por ejemplo, el uso de los medios de comunicación colectiva por parte de individuos y por parte de grupos u organizaciones colectivas. Es frecuentísimo y es cotidiano. Y el uso de la crítica y la autocrítica —por ejemplo, en los consejos de fábrica, en los establecimientos públicos, en los ministerios— también es una norma que se mantiene, que se aplica y que se perfecciona. Yo pienso que esas son formas, precisamente, de la libertad de opinión y de expresión de los ciudadanos. Y son formas efectivas de ejercer el poder por parte de las bases. Hay una participación, no solo expresando opiniones, sino también incluso tomando las decisiones, en los niveles que les corresponden. Solo que el sistema, la organización, de la Constitución cubana es bien diferente a las otras —pienso que la reflexión vale no solo para esto, sino en general—. Y entonces, lo que hay que hacer es meterse dentro de su lógica, y no aplicarle la lógica de las Constituciones tradicionales.

O'DONNELL:

> El proceso de crítica y autocrítica es una manera de 'implementar' la libertad de expresión, pero está muy lejos de ser una 'implementación' completa de lo que se entiende por libertad de expresión. La 'implementación' de la libertad de expresión es un problema que tiene características muy particulares en Cuba, donde hay un monopolio de la economía por el Estado; donde uno tiene que conseguir, por ejemplo, permiso para importar libros; y donde los medios de protección, incluso de publicación, están en manos del Estado, o de entidades estatales como el ejército, etc.

HABA:

> En cuanto a eso de que hay que "meterse dentro de la lógica del sistema", es una afirmación que tiene dos caras: una que puedo compartir y otra no. ¿Qué significa "meterse dentro de la lógica del sistema"? Si significa que uno debe entender la Constitución de Cuba dentro

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del marco global de cómo está funcionando la sociedad cubana, estoy de acuerdo. Pero si "meterse dentro de la lógica del sistema" significa tanto como *aceptar* el sistema, consentirlo en una forma acrítica, ese punto de vista no lo comparto.

PIZA:

Estoy de acuerdo en que cada sistema político exige una determinada lógica acorde, digamos, con los criterios básicos del sistema. Pero lo que ocurre es que, a mi juicio, hay una ideología de los derechos humanos que es única, que es universal, que ha sido aceptada universalmente y, por lo menos para nosotros, es el único término de referencia posible. Y esa ideología implica su propia lógica, exige determinadas condiciones. Esto establece un equilibrio de derechos y una serie de principios que no se pueden abandonar. Uno de ellos es que no es posible privilegiar unos derechos en detrimento de otros. Decía RUBIO* que el problema es que los países occidentales privilegian los derechos civiles y políticos, mientras que los países socialistas privilegian los derechos económicos y sociales. Sin embargo, yo noto una diferencia. Cuando examinamos los sistemas occidentales, inclusive quienes nos inscribimos dentro de la lógica de los países occidentales hacemos críticas tremendas a nuestros propios sistemas. En cambio, generalmente, cuando se analizan sistemas socialistas no aparecen los males del sistema; todo está bien, todo resulta maravilloso.

A mí me preocupa, en el caso cubano, que, de manera semejante a otros regímenes (también del otro signo), los derechos resultan, en realidad, puramente programáticos. Los derechos se definen, incluso muy hermosamente, y algunas realidades corresponden a esas definiciones. Pero los mecanismos de garantías, objetivos y universales, no existen: universales, esto es, al alcance de todo el mundo y para defender cualquier cosa. El condicionamiento de los derechos, por ejemplo, a la construcción de la sociedad socialista, o al mantenimiento de un determinado tipo ideológico o político, es, para mí, una seria limitación de los derechos. Yo, en mi país, tengo derecho a ser comunista. Tengo derecho a querer cambiar totalmente el sistema; y puedo reclamar, exigir mi derecho, aunque ese derecho vaya en contra del sistema mismo. En cambio, en Cuba —en Nicaragua tampoco, y en ninguno de esos países— no hay esa posibilidad, no hay la posibilidad de reclamar derechos humanos que son inherentes a la persona humana. Aquí, yo le puedo decir al Presidente que es corrupto. Posiblemente, si no tengo pruebas, me puedan condenar por calumnia; pero si demuestro que lo hice en interés del bien público, aunque yo haya dicho una mentira y no la pueda probar, salgo absuelto. Creo que este es el meollo de los derechos humanos, por ejemplo, en el caso cubano: la definición en función de un determinado tipo de sociedad, en función de un determinado régimen político; y la falta de mecanismos absolutamente objetivos y confiables, para que todo ser humano, inclusive el peor enemigo del régimen, exija sus derechos.

ANTILLÓN:

En cuanto a la "lógica del sistema" que plantea PIZA, yo estoy de acuerdo con él. Lógica del sistema, no puede significar relativizar los derechos fundamentales; de ninguna manera. Lo que significa, simplemente, es que permite entender una manera diferente de tutelar esos derechos; no la negación del derecho. Y en ese sentido, los países socialistas son muy claros, justamente, en reconocer declaraciones universales de los derechos. Los hombres somos los mismos, en el mundo socialista y en este mundo, y tenemos los mismos derechos. Solo que hay dos modos, dos tipos de mecanismos: los socialistas pensamos que los mecanismos del mundo socialista son mejores, y otras personas piensan de manera diferente.

(v) CHILE

Principios generales. En forma análoga a la Constitución de Cuba, también la chilena expresa sin ambages que no se tolerará ninguna ideología que discrepe de aquello que los gobernantes establecen como dogmas intocables: "Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que *atenten* contra la familia, propugnen la violencia o una *concepción* de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter *totalitario* o fundada en la lucha de clases, es ilícito" (art. 8.1). Esta disposición se encuentra reforzada aun por otros conceptos indeterminados, a los que todo chileno tiene el "deber fundamental" de ajustar su conducta: el de "honrar a la *patria*, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la *seguridad nacional* y los *valores esenciales* de la tradición chilena" (art. 22.2).

Continuación. En ambas Constituciones el resultado es similar, en cuanto a imponerle las más

* **Referencia a una intervención previa de Marcial RUBIO CORREA, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.**

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

severas vallas dogmáticas a la posibilidad de expresarse. Lo que varía, de una a otra, es simplemente cuáles son los pensamientos prohibidos, no el carácter de "color" *único* de las ideas que se permite exteriorizar ni el carácter "herético" de las que no concuerden con aquel. Si en la Constitución cubana los dogmas aparecían introducidos por medio de términos como "socialismo", "marxismo-leninismo", "traición a la patria", etc., los dogmas propios de la chilena se introducen de las dos maneras siguientes. Por vía negativa, con la ayuda de expresiones como: "atenten contra la familia", "carácter totalitario", etc. O bien, por vía positiva, mediante fórmulas como: "honrar a la patria", "valores esenciales de la tradición chilena", etc. Solo se autoriza la circulación de las ideas que no juzguen inaceptables —esto es, "totalitarias" o vinculadas a estas— quienes tienen el monopolio para decidir qué "concepciones" son legítimas y cuáles no: la o las autoridades gobernantes. Dentro de ese cuadro, o sea, sobre la base de que solo se puede decir aquello que las autoridades no consideren "atentatorio" contra sus dogmas, se inscribe cada uno de los subtipos de la libertad de expresión: religiosa, de prensa, artística, de enseñanza, etc.

Libertad religiosa. Se admite "la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la *moral,* a las *buenas costumbres* o al *orden público"* (art. 19.6.1). Esos tres conceptos indeterminados resultan de lo más peligrosos, por sus virtualidades restrictivas, en el contexto de esta Constitución precisamente, sobre todo habida cuenta del principio general de limitación ideológica establecido en el artículo 8 (*vid. supra*). Pero incluso suponiendo que los términos "moral" y "buenas costumbres" no fueran interpretados de una manera demasiado estrecha, o sea, que no se les diera un alcance más limitativo que el corriente en países de organización política liberal, aún quedaría a mano el concepto de "orden público", el cual resulta siempre cómodo para justificar las restricciones que un Estado quiera imponer. Por esta vía, bien se puede entender que la actividad religiosa, como cualquier otra, debe ajustarse a los dogmas ideológicos señalados y, más exactamente, a la interpretación que de estos establezcan los gobernantes. Igual que en Cuba, la libertad religiosa queda limitada a aquello que las autoridades consideren inofensivo para la ideología estatal o, mejor todavía, si la prédica religiosa sirve para apoyar esa ideología.

Libertad de enseñanza. Con esta ocurre algo similar a lo indicado respecto a la libertad religiosa. Se señala que ella "no tiene otras limitaciones que las impuestas por la *moral,* las *buenas costumbres,* el *orden público* y la *seguridad nacional* (art. 19.11.2). Ya se sabe lo que pueden significar, aquí, estos cuatro conceptos indeterminados; sobre todo, los dos últimos. Por lo demás habrá una "ley orgánica constitucional" que regulará "la enseñanza básica y media" (art. 19.11.5). Cabe pensar que será en tal ley donde estarán consignadas, entre otras cosas, las restricciones a la libertad de enseñanza —de acuerdo con aquellas "limitaciones" y, en general, con los dogmas del Estado— para evitar toda eventual desviación respecto al adoctrinamiento en la ideología oficial.

Libertad de prensa. Se encuentra presentada en términos muy amplios: es "sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio" (art. 19.12.1). Hasta se establecen algunas garantías en la materia: "prohibición de monopolio estatal sobre los medios de comunicación"(art.19.12.2), protección de los particulares mediante el derecho de respuesta (art. 19.12.3) y el delito de injuria (art. 19.4.2), etc. Pero aunque las disposiciones mencionadas no son restrictivas, sino lo contrario, las limitaciones pueden introducirse, por ejemplo, mediante ley. Es esta quien señalará las *"condiciones"* para "editar y mantener diarios, revistas y periódicos", como también ella determinará *quiénes* "podrían establecer, operar y mantener estaciones de televisión" (art. 19.12, incs. 4 y 5); asimismo, "un Consejo Nacional de Radio y Televisión" ha de ser el "encargado de velar por el *correcto* funcionamiento de estos medios" (art. cit., inc. 6). Y habida cuenta de las disposiciones mencionadas antes, sobre todo el artículo 8, no cabe pensar sino que esas leyes serán muy restrictivas en materia ideológica, vale decir, que solo tendrán autorización para funcionar los medios de comunicación que se abstengan de impugnar la ideología oficial.

Libertad artística. En esta materia, el texto constitucional es todavía más claro. Establece directamente la necesidad de censurar, de una u otra manera, todas esas actividades: "La ley establecerá un sistema de *censura* para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fijará las *normas generales* que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas" (art. 19.12 *in fine*).

En síntesis. Como conclusión general, sobre la Constitución chilena habrá que decir, *mutatis mutandis,* algo similar a lo señalado respecto a la cubana. Aquella no reconoce el derecho de expresar sino los pensamientos que se abstengan de cuestionar unos dogmas político-sociales, cuya imposición como fe inexpugnable constituye la tarea fundamental de los gobernantes y de los órganos estatales en general.

(vi) HONDURAS

La Constitución hondureña establece, en sus artículos 72 a 75, las normas generales sobre libertad de expresión del pensamiento. Podría decirse que esa regulación es ejemplar en cuanto a la firmeza y detalle con que procura garantizar tal libertad, si no fuera que el último de dichos artículos echa por la borda la firmeza de las seguridades dadas en los tres anteriores.

Libertad de prensa. Parecería que ella estuviese garantizada de una manera plena, o poco menos, pues se consigna, con prolijidad que no es usual en textos constitucionales, una serie de trabas a eventuales intervenciones contra dicha libertad. Vale la pena reiterar aquí esas disposiciones, que hemos calificado de ejemplares. "Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, *sin previa censura.* Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por *medios directos o indirectos* restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones" (art. 72). "Los talleres de impresión, las estaciones radioeléctricas, de televisión y de cualesquiera otros medios de emisión y difusión del pensamiento, así como todos sus elementos, no podrán ser decomisados ni confiscados, *ni clausuradas o interrumpidas* sus labores por motivo de delito o falta en la emisión del pensamiento, sin perjuicio de las responsabilidades en que se haya incurrido por estos motivos de conformidad con la ley" (art. 73.1). "No se puede restringir el derecho de emisión del pensamiento por vías o medios *indirectos,* tales como el abuso de controles oficiales o particulares del material usado para la impresión de periódicos; de las frecuencias o de enseres o aparatos usados para difundir la información" (art. 74).

Continuación. Pero la efectividad de todas estas previsiones para asegurarle una verdadera libertad de difusión a esos medios pierde su importancia, prácticamente, por lo que se establece a renglón seguido: la emisión del pensamiento será regulada por una ley, y esta "podrá establecer *censura previa,* para proteger los *valores éticos y culturales* de la sociedad" (art. 75). El amplísimo margen de indeterminación que caracteriza a la idea de semejantes "valores" hace que, por tal vía, no resulte difícil encontrar excusas para legitimar cualquier contenido de restricciones, incluso las que habían sido descartadas en los artículos anteriores; y para que ellas puedan ser impuestas en forma todavía más irremediable, hasta se admite hacerlas efectivas por medio de "censura previa".

Libertad religiosa. En materia de libertad de cultos, la situación presenta cierta similitud con lo establecido en la Constitución costarricense (*supra,* número iii). Aunque la Constitución de Honduras tiene, sobre esta última, la ventaja de no consagrar ninguna religión oficial, empero no deja de someterlas todas al límite de "que no contravengan las *leyes* y el *orden público*" (art. 77.1). La restricción más específica —y en eso estriba la principal similitud con Costa Rica— es que a los ministros de todas las religiones se les prohíbe "hacer en ninguna forma propaganda política, invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, para tal fin, de las creencias religiosas del pueblo" (art. 77.2). Esto constituye una seria violación de la libertad de expresar los pensamientos, tanto en materia religiosa como política, para esos ministros; y también para la libertad de recepción de ideas por parte de los fieles.

Libertad de enseñanza. Respecto a la libertad de educación, la normativa constitucional es ambigua. En el artículo inicial del capítulo correspondiente, se asigna al Estado, como "función esencial", la de proveer a una "educación. . . para la conservación, el fomento y difusión de la *cultura",* agregándose que aquella será "laica y se fundamentará en los principios esenciales de *democracia*" (art. 151). Si bien los términos "cultura" y "democracia" representan conceptos indeterminados, en líneas generales no suelen ser de los más aptos para

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

interpretarlos muy restrictivamente, cuando no vienen acompañados de otros calificativos; y si se tiene en cuenta que dicha educación ha de ser "laica", puede decirse que ese precepto no es favorable a interpretaciones en el sentido de una enseñanza adoctrinante. Sin embargo, en el mismo artículo se agrega que esta educación *"inculcará* y fomentará en los educandos profundos *sentimientos hondureñistas* y deberá vincularse directamente con el proceso de *desarrollo* económico y social del país". Tal obligación de "inculcar" ideologías nacionalistas y desarrollistas abre, por cierto, un portón de entrada muy peligroso para el adoctrinamiento; sobre todo si se entendiera que está prohibido dar a conocer, en la enseñanza, las ideas que no concuerden con aquellas ideologías.

Continuación. Por lo demás, en ese articulado se establecen una serie de controles estatales sobre la enseñanza (cf. arts. 156 y sgts.), que pueden ser extremadamente peligrosos si se parte de la base de que ella ha de ser adoctrinante ("inculcará"), en la dirección que fuere. No obstante, por otro lado se establece que "los padres tendrán derecho *preferente* de escoger el tipo de educación que habrán de darle a sus hijos" (art. 152); y también, que "El Estado reconoce y protege la *libertad* de investigación, de aprendizaje y de cátedra" (art. 155). La Constitución es ambigua, decíamos, pues no queda claro si ese *tipo* de educación que escojan los padres puede ser también uno *sin* adoctrinamientos "hondureñistas" y desarrollistas, y si la libertad de cátedra llega hasta el punto de permitir que sean puestos en duda estos u otros dogmas; o si, en cambio, todo educador —privado o público, y sea del nivel que sea— está obligado a ceñirse a dichas ideologías que la Constitución ordena imponer en las mentes de los educandos.

Extranjeros. Cabe acotar que la Constitución hondureña, también en esto de manera similar a la costarricense, contiene un artículo que podría invocarse para restringir en particular la libertad de expresión de los extranjeros. Señala que estos "no podrán desarrollar en el país *actividades* políticas de carácter nacional ni internacional" (art. 32). Y el artículo 73.3 llega al extremo de prohibir, a quienquiera que no sea "hondureño *por nacimiento",* hasta la posibilidad de ofrecerle una "orientación *intelectual"* a los "periódicos impresos, radiales o televisivos". Por lo demás, se subraya que, de una manera general, a los extranjeros se les podrán imponer "restricciones" especiales, "por razones calificadas de *orden público, seguridad, interés o conveniencia social"* (art. 31). Que aquellas "actividades" y estas "razones" puedan o no ser interpretadas en el sentido de coartarle a los extranjeros la posibilidad de expresar pensamientos, en definitiva dependerá de las leyes o del gobierno de turno.

En síntesis. La Constitución de Honduras parece más bien inclinarse, de una manera general, hacia una concepción amplia de las posibilidades de que las personas puedan expresar libremente lo que piensan. Sin embargo, contiene también unas formulaciones que podrían legitimar igualmente un intervencionismo intolerante de las autoridades en cualquiera de las esferas de la comunicación de ideas, sobre todo en algunas de ellas.

(vii) MÉXICO

Principio general. El texto constitucional establece el derecho a la libertad de expresión de una manera tal que, aunque afirmado como principio, es susceptible de toda clase de restricciones: "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la *moral,* los *derechos* de terceros, *provoque* algún delito, o perturbe el *orden público"* (art. 6). Es obvio la anchísima franja de indeterminación que estos conceptos limitativos dejan librada a la apreciación de las autoridades estatales. Por lo demás, como veremos, esa orientación restrictiva de la Constitución mexicana en la materia se pone de manifiesto también en otras disposiciones, que regulan en particular tales o cuales formas de dicha libertad. [Por ejemplo, una de las causales de pérdida de la ciudadanía mexicana es la de "ayudar, en contra de la nación, a un extranjero, o a un gobierno extranjero. . . ante un tribunal internacional" (art. 37.B.V.). Por tanto, a los mexicanos les queda vedado exponer cualquier hecho o idea — ¡aun si es verdad aquel y criteriosa esta!— cuando de ello se puede seguir una condena (¡aunque fuera justa!) del Estado mexicano ante un Tribunal internacional; o sea, que aquellos deben abstenerse de efectuar denuncias o aportar testimonio acerca, por ejemplo, de violaciones que su Estado cometa en materia de derechos humanos, si ellas han de ventilarse ante instancias internacionales.]

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

Libertad de publicación. También a este respecto, el texto comienza por afirmar en principio tal libertad, la cual consigna como "inviolable... sobre cualquier materia" (art. 7 *in limine*). Incluso se prohíbe la previa censura, pero de una manera un tanto ambigua: "Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ...ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la *moral* y a la paz pública" (art. cit.). No queda claro si estos "límites" permitirían de todos modos establecer una censura, para protegerlos, o si ellos se refieren a responsabilidades ulteriores; parece que esto lo determinarán las "leyes orgánicas" que se dictarán sobre la materia, respecto a las cuales se señala en particular la necesidad de incluir determinadas garantías para empleados de las empresas editoras (art. 7.2). Por otro lado, se dice que "el derecho a la información será garantizado por el Estado" (art. 6 *in fine*), mas sin aclarar cómo; o sea, que ello quedaría remitido a la ley.

Libertad de enseñanza. La constitución dedica un texto bastante extenso (art. 3) a la cuestión educativa. Señala una serie de criterios —en general bastante vagos y grandilocuentes— respecto a la enseñanza estatal: cf. el acápite y el párrafo I, del artículo indicado.[47] Por ese lado, sin embargo, no se vería afectada la libertad de enseñanza, ya que, aun en el caso de que dichos conceptos indeterminados (muchos de los cuales hasta son afines a la terminología de los derechos humanos) fueran interpretados en algún sentido dogmatizante, ello no tendría lugar, de una manera forzosa, sino en el ámbito de la educación oficial. Esto si se parte de la base de que se permite también una enseñanza no oficial, la cual no estaría obligada a ajustarse a los mismos requisitos. Mas también a este respecto, el texto constitucional es ambiguo, salvo en cuanto prohíbe tajantemente la intervención religiosa en la enseñanza de ciertos niveles (párrafo IV: *vid. infra*). En efecto, si bien se permite a los particulares "impartir educación en todos sus tipos y grados", se agrega que, "por lo que concierne a la educación primaria, secundaria y normal (y a la de cualquier tipo o grado, destinada a obreros y a campesinos), deberán obtener previamente [los particulares], en cada caso, *autorización expresa* del poder público"; y esta "podrá ser negada o revocada, sin que contra tales resoluciones proceda juicio o recurso alguno" (párrafo II). Por añadidura, dicha educación deberá "ajustarse, *sin excepción,* a lo dispuesto en los párrafos iniciales I y II del presente artículo [el I es aquel que contiene los criterios para la enseñanza oficial] y, además, cumplir los planes y programas *oficiales*" (párrafo III).

Continuación. Ahora bien, si estas disposiciones quieren decir simplemente que una enseñanza privada que no reúna tales requisitos no será *reconocida* por el Estado —como parece insinuarlo otro párrafo ("V. El Estado podrá retirar discrecionalmente, en cualquier tiempo, el reconocimiento de validez oficial a los estudios hechos en planteles particulares")—, ello no significaría propiamente una negación irremediable de la libertad de enseñanza, pues a nadie se le *prohibiría* enseñar o aprender fuera del círculo de la ideología estatal. Pero si, en cambio, no solo se le niega validez oficial a la enseñanza que no se ajuste a "los planes y los programas" del Estado, sino que incluso se *prohíbe* que ella pueda llevarse a cabo, el peligro de un adoctrinamiento "sin excepción" en los referidos niveles educativos puede hacerse muy real.

Libertad religiosa. La Constitución mexicana es más bien hostil a las religiones. Eso llega a traslucirse hasta en el vocabulario que emplea para referirse al punto: por ejemplo, dice que "La ley no reconoce personalidad alguna a las *agrupaciones* religiosas *llamadas* iglesias" (art. 130.5). No obstante, reconoce la libertad de profesar cualquier creencia religiosa y de practicar "los actos del culto respectivo... siempre que no constituyan delito o falta penados por la ley" (art. 24.1). Y queda establecido que "El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión cualquiera" (art. 130.2). Pero se señala, asimismo, que el Estado ha de "ejercer en materia de culto religioso y disciplina externa la *intervención* que designen las leyes" (art. 130.1); por lo demás, "Los ministros de los cultos serán considerados como personas que ejercen una profesión y estarán *directamente* sujetos a las leyes que sobre la materia se dicten" (art. 130.6). Aquella "intervención" podría referirse, por ejemplo, a la circunstancia

47. Esos textos tienen, si bien se mira, contenido y "tono" bastante análogos a ciertos preámbulos constitucionales: cf., por ejemplo, el de las Constituciones de Perú y Venezuela (*supra*, cap. III, Ap.: viii y x, ambos *in limine*).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de que las prácticas religiosas no están autorizadas para llevarse a cabo si no es *"dentro* de los templos" o en el "domicilio particular" del creyente; y dichos templos "estarán siempre bajo la vigilancia de la autoridad" (art. 24; cf. también art. 130.10). Incluso, el Estado tiene la "facultad de determinar, según las *necesidades* locales, el *número máximo* de ministros de los cultos", y se exige que todos estos sean mexicanos por nacimiento (art. 130, incs. 7 y 8).

Continuación. Las organizaciones religiosas, así como en particular sus ministros, están sujetas a una serie de restricciones en su libertad de expresión. Unas y otros, e inclusive "las asociaciones o sociedades ligadas con la propaganda de cualquier credo religioso, no intervendrán *en forma alguna* en planteles en que se imparta educación primaria, secundaria y normal y la destinada a obreros o a campesinos" (art. 3.IV). Especialmente severa es la prohibición de intervenir en materia política. "Los ministros de los cultos nunca podrán, en reunión pública o privada, constituida en junta, ni en actos del culto o de propaganda religiosa, hacer la *crítica* de las leyes fundamentales del país, de las autoridades en particular, o en general del gobierno" (art. 130.9). "Las publicaciones periódicas de carácter confesional, ya sean por su programa, por su título o simplemente por sus *tendencias* ordinarias, no podrán *comentar* asuntos políticos nacionales, ni *informar* sobre actos de las autoridades del país, o de particulares, que se relacionen directamente con el funcionamiento de las instituciones públicas" (art. 130.13; *vid.* también el inciso que sigue).

Extranjeros. Si la Constitución costarricense y la hondureña simplemente autorizan que a los no nacionales se les pueda negar la libertad de palabra en temas de "política" (*supra*, iii y vi), la Constitución mexicana es completamente inequívoca y hasta imperativa al respecto: "Los extranjeros no podrán de *ninguna* manera *inmiscuirse* en los asuntos políticos del país" (art. 33.2).

En síntesis. Puede decirse que, en líneas generales, la Constitución de México mira con mucho recelo las libertades de expresión del pensamiento. Aunque las afirma como un principio, las rodea —particularmente en algunas esferas o para ciertas clases de personas— de tantas prohibiciones o posibilidades de restricción, que el ámbito de su legítimo ejercicio queda (o puede quedar) muy disminuido, si no anulado.

(viii) PERÚ

Disposiciones generales. La constitución peruana es, entre las que estamos examinando, tal vez la más amplia en materia de libertades de expresión del pensamiento. Las restricciones allí son mínimas. Así, como principio general establece que *"Toda* persona tiene derecho:. . . A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por *cualquier* medio de comunicación social, *sin previa autorización, censura ni impedimento algunos,* bajo las responsabilidades de ley" (art. 2.4.1); e incluso hay un "derecho de rectificación gratuita", para cualquier "persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en su honor por publicaciones" (art. 2.5). Igualmente, se reconoce la "libertad de creación intelectual, artística y científica" (art. 2.6). También se establece la plena libertad de cultos; pero esto con la reserva de que, si se trata del "ejercicio público" de ellos, "es libre siempre que no ofenda a la *moral* o altere el *orden público"* (art. 2.3).

Continuación. Para reforzar todo lo anterior, particularmente en relación con la libertad de prensa, se consigna que "es *delito* toda acción que *suspende* o *clausura* algún órgano de expresión o le impide circular libremente" (art. 2.4.3). Se subraya, también, que cualquiera puede, si así lo desea, "guardar reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas y religiosas o de cualquier otra índole" (art. 2.17).

Libertad de enseñanza. Los siguientes preceptos afirman el *pluralismo* en materia educativa: "El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza" (art. 21 *in fine*); "La educación religiosa se imparte sin violar la libertad de conciencia. Es determinada *libremente* por los padres de familia" (art. 22.2); "El Estado garantiza a los padres de familia el derecho de intervenir en el proceso educativo de sus hijos y de *escoger* el tipo y centro de educación para éstos" (art. 23); "El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la *intolerancia"* (art. 31.2 *in limine*). Sin embargo, hay también algunas disposiciones que pueden entrañar cierto peligro para la libertad de enseñan-

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

za, llevar a imponer algún adoctrinamiento, prohibir que se conozcan algunas ideologías. En efecto, el texto constitucional dice que: la educación "Se inspira [¿obligatoriamente?] en los principios de la *democracia social"* (art. 21.2); "La formación *ética* y *cívica* [¡conceptos indeterminados!] es *obligatoria* en *todo* el proceso educativo" (art. 22. 2 *in limine*); "La enseñanza, en *todos* sus niveles, debe impartirse con *lealtad* a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa" (art. 28). Todas estas son "válvulas" por las cuales podría infiltrarse, justamente, aquella "intolerancia" que se afirmaba querer "rechazar";[48] así, con respecto a la llamada "lealtad a los principios constitucionales", se conoce las consecuencias a que ello ha dado lugar, por ejemplo, en Alemania Federal (*Berufsverbot,* etc.).

Continuación. La Constitución peruana presenta la singularidad de establecer como *obligatoria* la enseñanza de los derechos humanos: "La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles y militares y en *todos* los niveles" (art. 22.3). Se podría preguntar si no sería, también *esta* enseñanza, una forma de adoctrinamiento. *Podría* serlo, desde luego, pero no es indefectible que lo sea.[49]

En síntesis. Puede estimarse que la Constitución peruana ofrece, al menos para tiempos en donde *no* se apliquen sus regímenes de excepción, un aceptable grado general de consagración de la libertad de expresión del pensamiento. Y si hacemos abstracción de algunas de esas disposiciones un tanto "peligrosas" que ella contiene en punto a ciertos aspectos de la enseñanza, incluso podría decirse que dicha Constitución podría servir de ejemplo, en aquella materia, para la generalidad de los textos constitucionales en América Latina.

(ix) URUGUAY

Principios generales. La Constitución uruguaya de 1967 es de las más liberales del Continente. Su orientación básica, en cuanto a libertad de expresión, está contenida en el siguiente precepto: "Es *netamente* libre en *toda* materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por *cualquier* otra forma de divulgación, *sin necesidad de previa censura;* quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley, por los *abusos* que cometieren" (art. 29). Aun cuando el giro "sin *necesidad* de previa censura" no constituye una manera muy feliz de decir, según cabe entenderlo, que *no está permitida* ninguna censura *previa,* el contexto de este artículo es lo suficientemente neto como para que dicha fórmula haya sido siempre interpretada de esa manera justamente. La referencia a la responsabilidad ulterior por "abusos", aunque constituye por cierto una remisión muy indeterminada a lo que en la materia disponga el legislador, no se ha podido evitar en ninguna Constitución, ni siquiera en las más liberales.

Libertad religiosa. Se halla establecida en una forma tan concisa como irrestricta: *"Todos* los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión *alguna"* (art. 5 *in limine*). Nótese que ni siquiera se dice, en este artículo (que es el único referido específicamente al punto), que esos cultos estén sometidos a las limitaciones que corrientemente les señalan los textos respectivos de las otras Constituciones: "orden público", "buenas costumbres", etc.; tampoco se menciona ninguna "inspección", "control", etc. Desde luego, el contexto general de la Constitución permitiría, de todos modos, aplicarles aquellas limitaciones, en una interpretación sistemática con otros artículos. Sin embargo, el hecho de que dichos conceptos indeterminados no se mencionen expresamente en aquel precepto, constituye una buena pauta en el sentido de que el constituyente uruguayo ha querido asegurarle la *máxima* libertad posible a todas las religiones. (Por supuesto, no sería posible prohibirle a las congregaciones religiosas ni a sus ministros el intervenir en polí-

---

48. **Comentario.**
"Hay toda una disquisición, con la cual no estoy de acuerdo. Porque, en primer término, 'democracia social' fue un pedido de la izquierda en la Asamblea Constituyente, pues dijeron, justamente: 'no queremos la democracia formal, sino democracia social', o sea, la más avanzada. El texto dice, después: 'La formación ética y cívica: conceptos indeterminados. . .'. ¡Claro que son indeterminados! Pero, ¿qué otra cosa han de ser? Y agrega: 'es obligatoria en todo el proceso educativo'. ¡Pero por supuesto! ¿Por qué no va a serlo? ¡Siempre lo ha sido! Y continúa: 'todas estas son "válvulas" por las cuales podría infiltrarse la intolerancia. . .'. No lo creo. Me parece que en todo esto hay una pura disquisición, que parece rebuscada, innecesaria" (GARCÍA B.).

49. **Comentario.**
"No creemos que sea adoctrinamiento. . ." (GARCÍA B.): cf. *infra*, § 104. I (Discusión).

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

tica, por ejemplo, o en cualquier otro campo ideológico.)

Libertad de enseñanza. Se señala que la "educación de los hijos. . . es un deber y un derecho de los padres" (art. 41.1); y esto de manera tal que el "padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros o instituciones *que desee*" (art. 68.3). Tal derecho no es, por lo demás, sino la contracara de otro, todavía más general, que establece, de manera no menos concisa e irrestricta que lo consignado en materia religiosa, el pluralismo en materia educativa: "Queda garantizada la libertad de enseñanza" (art. 68.1). Sin embargo, a este respecto se introducen a continuación algunas restricciones que reposan en conceptos indeterminados. En efecto, se prevé la intervención estatal en estos términos: "La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la *moralidad,* la *seguridad* y el *orden públicos*" (art. 68.2). Aunque estos conceptos puedan ciertamente originar interpretaciones inconvenientes por parte de las autoridades, tal vez corresponde considerar dichas restricciones como normales si se reglamentan con liberalidad, como es el caso habitual en un ordenamiento jurídico pluralista. Otra declaración peligrosa podría ser la siguiente: "En *todas* las instituciones docentes se atenderá especialmente la *formación del carácter moral y cívico* de los alumnos" (art. 71.2). Si bien la realización de este objeto puede muy bien traducirse en una "formación" dogmática de los educandos, es decir, adoctrinarlos en *determinada* "moral" o *determinadas* ideologías "cívicas", cabe acotar que: a) dicho inciso se encuentra en el seno de un artículo referido a la "enseñanza oficial" (inc. 1), de modo que, aun en el peor de los casos, no impediría que pueda haber también *otras* enseñanzas; b) y además, tampoco es indispensable (sino solo una eventualidad) que la mencionada "formación" tenga carácter adoctrinante, ya que no toda educación "moral" ni toda instrucción "cívica" tienen por qué presentar forzosamente esa unilateralidad.

Extranjeros. En principio, la Constitución no establece diferencia alguna entre las personas en cuanto a los derechos reconocidos por ella. Estos no se otorgan sola o preferentemente a los nacionales o a los ciudadanos, sino a todos los "habitantes" en general: "Los *habitantes* de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad" (art. 7 *in limine*); "*Todas* las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes" (art. 8). Es cierto que se puede llegar a "ser privado de estos derechos", mas ello no ocurrirá "sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés *general*" (art. 7 *in fine*); generalidad que precisamente no podría consistir, por los artículos antes citados, en el hecho de establecer discriminaciones de derechos entre mayorías y minorías, entre conductas —por ejemplo, expresar pensamientos— que la ley no juzgaría de manera "igual" según que las lleven a cabo personas de un origen o de otro, vale decir, leyes que no serían aplicables a "todas" estas.

Continuación. No obstante, entre los motivos de suspensión de la ciudadanía se establece, y esto *solamente* para quienes no sean naturales del país, la que sigue: el "formar parte de organizaciones sociales o políticas que, por medio de la violencia, o de *propaganda* que incitase a la violencia, tiendan a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad" (art. 80.6). En este caso, sí, hay una discriminación —relativa justamente a unas expresiones del pensamiento ("propaganda")— entre ciudadanos naturales y ciudadanos legales (art. cit., incs. finales); o sea, que a este respecto *no* todos los "habitantes" son iguales ante la ley. Sin embargo, cabe reconocer que esta discriminación es de importancia relativamente secundaria, fuera de ser excepcional y relativa a causales que son de una extrema gravedad (sin perjuicio de advertir que la palabra "violencia" puede ser objeto, también, de peligrosas interpretaciones extensivas).

Gobierno militar. Luego del golpe de Estado de 1973, los términos de la ecuación constitucional en materia de libertades cambian, sobre todo en lo relativo a seguridad personal y la libertad de expresión del pensamiento. En este último rubro, la tónica general se encuentra dada desde ya en el decreto mismo que declaró disueltas las Cámaras parlamentarias (Dec. 464/973): "Prohíbese la divulgación por la prensa oral, escrita o televisada de *todo* tipo de información, comentario o grabación que, *directa o indirectamente,* mencione o se refiera a lo dispuesto por el presente decreto atribuyendo propósitos dictatoriales al Poder Ejecutivo, o pueda perturbar la *tranquilidad* y el *orden públicos*" (art. 3). Luego, el Acto

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

Constitucional núm. 4 (1º de setiembre de 1976) prohíbe, "por el término de quince años, el ejercicio de todas las actividades de carácter *político* que autoriza la Constitución" a una serie de categorías de ciudadanos, grupos tipificados de una manera tal que comprende prácticamente a la totalidad de los dirigentes políticos del país; por supuesto que, entre esas "actividades políticas", bien se puede llegar a entender la propaganda y en general la expresión de pensamientos en la materia. Por lo demás, y ya en forma completamente general, recuérdese que el Acto institucional núm. 5 establece como supremo criterio para "la defensa de los Derechos Humanos e Individuales", que esta "debe regularse en función de la *seguridad interna*" (art. 3; *vid.* también *supra,* cap. IV, Ap.: ix.II). En consecuencia, también la libertad de expresión del pensamiento, en todas sus manifestaciones, ha de quedar subordinada a ese principio.

En síntesis. Si bien la Constitución uruguaya era de las más liberales en la materia, tanto por lo que decía (en forma ejemplarmente concisa) como por aquello que se abstenía de regular, esa situación ha cambiado desde 1973. A partir de allí, queda prohibida toda información o crítica que, "directa o indirectamente", se considere que está en condiciones de "perturbar" lo que el Poder Ejecutivo juzgue intocable. El cartabón supremo para marcarle cualquier límite a la libertad de expresarse, es la idea de "seguridad interna" y la defensa contra la "subversión", tal cual estos dos conceptos indeterminados los interpreten en cada caso las autoridades. [**Nota:** téngase presente que este parágrafo fue escrito en 1983.]

(x) VENEZUELA

Principios generales. El texto de la Constitución venezolana no es de los más liberales en la materia. Permite muchas restricciones y, en general, unas intervenciones estatales que podrían llegar a ser muy limitativas para la expresión de pensamientos. El texto comienza señalando el principio de que *todos* pueden expresar su pensamiento, por cualquier medio y *"sin* que pueda establecerse censura previa"; pero agrega que "quedan sujetas a pena, de conformidad con la ley, las *expresiones* que constituyan delito" (art. 66.1). Además: "Tampoco se permitirá la propaganda de guerra, la *ofensa a la moral* pública ni la que tenga *por objeto* provocar la desobediencia de las leyes" (art. 66.2). Afortunadamente, estos conceptos indeterminados de virtualidad restrictiva se hallan contrabalanceados, al menos en cierta medida, por el hecho de que enseguida se agrega que lo señalado respecto a las leyes no corresponde entenderlo en el sentido de que "por esto pueda coartarse el análisis o la *crítica* de los preceptos legales" (art. cit., *in fine*). De todos modos, lo cierto es que ese texto constitucional presenta serias ambigüedades.

Libertad religiosa. No deja de ser peligrosa, asimismo, la manera en que el texto constitucional se refiere a esta materia específica. Reconoce la libertad de cultos, los cuales pueden ejercerse tanto en privado como en público, pero ello "siempre que no sea contrario al *orden público* o a las *buenas costumbres"* (art. 65.1). Más grave aún: se establece que "El culto estará sometido a la *suprema inspección* del Ejecutivo Nacional, de conformidad con la ley" (art. 65.2).

Libertad de enseñanza. Algo similar se da también respecto a esta libertad. Aun cuando está reconocida como principio, queda subordinada a la condición de que aquella persona que pretenda realizar labores educativas dé una "previa demostración de su *capacidad",* además partiendo siempre de la base de que se encontrarán los "establecimientos educativos bajo la *suprema* inspección y vigilancia del Estado" (art. 79.1). Estos principios estatistas dan lugar, a su vez, a dos tipos más específicos de limitaciones. Primero, no se le permite enseñar —o, en todo caso, "educar"— sino a quien reúna las condiciones que el Estado establezca: "La educación estará a cargo de personas de reconocida *moralidad* y de *idoneidad* docente comprobada, de acuerdo a la ley" (art. 81.1). Segundo, será el Estado quien "orientará y organizará el sistema educativo", con el objeto de lograr que sean cumplidos los fines siguientes: "el *pleno desarrollo de la personalidad,* la *formación* de ciudadanos *aptos* para la vida y para el ejercicio de la *democracia*, el fomento de la *cultura* y el desarrollo del *espíritu* de solidaridad humana" (art. 80). Se agrega que "El Estado estimulará y protegerá la educación privada que se imparta *de acuerdo con los principios* contenidos en esta Constitución y en las leyes" (art. 79.2).

Continuación. El articulado deja dudas sobre si se admitiría algún tipo de enseñanza o educación

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

que *no* quede sometido, por lo menos en potencia, al control estatal y, por consiguiente, a las directivas ideológicas que este juzgue oportuno imponer.[50] Téngase en cuenta que esas directivas, desde que estarán fundadas en todos aquellos conceptos indeterminados, pueden muy bien ser (o no) dogmatizantes, limitativas de la posibilidad de expresar unos u otros pensamientos en la enseñanza. Inclusive respecto a la educación privada, queda la duda de si el Estado se *limitará* a "estimular" y "proteger" aquella que se imparta de acuerdo con los "principios" constitucionales y legales (art. 79.2, transcrito *supra*), interpretados de la manera en que las autoridades indiquen o consientan;[51] o si, además, se *prohibirá* lisa y llanamente toda enseñanza privada que no se ajuste a tales interpretaciones.

En síntesis. Entre las Constituciones que en líneas generales pueden ser calificadas de pluralistas, la venezolana, que en otros aspectos protege en forma bastante satisfactoria los derechos humanos, deja mucho que desear en sus formulaciones relativas a las libertades de expresión del pensamiento. Su articulado en la materia, aunque no puede decirse que propiamente obstaculiza la protección jurídica de dichas libertades, empero promueve un exagerado intervencionismo estatal. Así, ofrece a las autoridades estatales demasiadas "puertas abiertas" por donde, llegado el caso, podrían con facilidad infiltrarse reglamentaciones que restrinjan[52] en importante medida el ejercicio de esas libertades.

---

50. Comentario.
"No se trata de lo que juzgue oportuno o conveniente imponer *cualquiera*, sino que es el *legislador*, según estos principios, que están de acuerdo con la orientación general de la Constitución como Constitución pluralista, declarada definitivamente a favor de la democracia" (BREWER). *Vid.* también la intervención de BREWER recogida *supra*, § 21. III.

51. Comentario.
" '. . .de la manera que las autoridades indiquen o consientan'. ¡No! Es conforme a la *legislación*" (BREWER).

52. Comentario.
" '. . .reglamentaciones que restrinjan'. ¡No! De nuevo, aquí está la reserva legal. No es a las autoridades estatales; es al Parlamento, al Congreso, a quien corresponde la determinación o reglamentación que pueda hacerse de esos conceptos jurídicos indeterminados" (BREWER).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

II. UNA INVESTIGACIÓN DE CAMPO (SOBRE MATERIAL JURISPRUDENCIAL)

1. A continuación aportamos el resultado de una investigación particularizada sobre la represión al derecho de opinión en Chile, en el marco de la Constitución autoritaria de 1980.

   1.1. Nos hemos interrogado de qué manera, en un Estado organizado a partir de la ideología de la seguridad nacional, el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo bajo regímenes de excepción constitucional, afecta el derecho de opinión.

   1.1.1. La primera hipótesis es que, si bien las facultades otorgadas por la Constitución Política afectan especialmente la libertad personal, ellas se dirigen también a impedir o sancionar el ejercicio del derecho de opinión.

   1.1.2. La segunda hipótesis es que, al encontrarse proscrita la actividad política e impedidas las diversas corrientes de opinión de fundar y mantener medios de comunicación social, se ejercita este derecho mediante otros medios, y que muchos actos represivos se dirigen a impedir o sancionar la utilización de dichos medios alternativos.

2. Analizamos 250 casos de represión acaecidos en el período enero-diciembre de 1982, todos ellos debidamente documentados en los tribunales de justicia que, además, corresponden a situaciones estadificadas oficialmente por la Vicaría de la Solidaridad.

   La investigación dio por resultado que en 53 de ellos, es decir, un 21.2%, la represión se dirigió a impedir o sancionar el ejercicio del derecho de opinión, o bien, a impedir o sancionar la utilización de medios de comunicación de carácter no masivo.

   Refiriéndose al tema, el Vicario de la Solidaridad, Monseñor Juan de Castro Reyes, dirigiéndose a los agentes pastorales de la Iglesia de Santiago, manifestó en marzo de 1983:

   "La razón de fondo y la causa de la mayor parte de los actos represivos, parece ser la necesidad que siente la autoridad de impedir el ejercicio del derecho a disentir.

   Así, por ejemplo, la gran mayoría de las detenciones individuales se dirigieron en 1982 a reprimir la difusión pacífica de ideas discrepantes o de crítica hacia la situación económica. Lo mismo ha ocurrido en la represión a las manifestaciones colectivas".

3. **Impedimento del ejercicio del derecho de opinión.**

   No nos referimos aquí a la represión de la edición de medios de comunicación escrita, radial o televisiva, ni a la censura previa de las publicaciones, sino exactamente a las situaciones investigadas.

   En seis de los casos investigados, que afectaron a un total de once personas,[1] la represión se dirigió a impedir el ejercicio del derecho de opinión.

   No obstante, en todos ellos se realizó por la vía de afectar otros derechos humanos.

   3.1. En dos casos, que afectaron a 7 personas, se impidió el ejercicio del derecho de opinión por la vía de privar la libertad personal. Es el caso de cinco periodistas detenidos en el mes de enero con el ostensible propósito de impedir su ejercicio profesional, incautándoseles sus útiles de trabajo (máquinas de escribir, grabadoras, etc.).[2]

   También lo es el de los dos folkloristas urbanos, detenidos por Carabineros el día 4 de junio a fin de que no continuaran cantando en la vía pública canciones cuyo contenido molestó a la policía.[3]

---

1. Nos referimos tanto a personas naturales como a personas jurídicas u otras entidades o agrupaciones, a las cuales contabilizamos como una persona.
2. Recurso de amparo en favor de José Caucamán Pérez y otros (enero 1982). (Cuando no se señala localidad se entiende de Santiago).
3. Recurso de amparo en favor de Rubén Echeverría Moreno y José Antonio Ramírez (junio de 1982).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

3.2. En otros casos, la vía elegida fue impedir el ejercicio del derecho de reunión, en cuanto medio de expresión y de intercambio de las ideas. Tres fueron las personas afectadas por estas medidas.

La Agrupación folklórica Nuestro Canto, que había programado un recital en homenaje a Violeta Parra a efectuarse el 30 de abril, fue impedida de realizarlo por decisión de la Jefatura de Zona en Estado de Emergencia de la Región Metropolitana.[4]

Por su parte, el Gobierno prohibió la realización de una reunión programada por la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), en el mes de mayo, en la cual se analizarían temas de carácter sindical.[5]

En el mes de septiembre se prohibió a un estudiante de 18 años de edad, relegado administrativamente en la localidad de Monte Patria, efectuar reuniones con la gente del pueblo, con el ostensible propósito de impedir el intercambio de opiniones entre ellos.[6]

4. Represión con posterioridad al ejercicio del derecho, a manera de castigo o sanción por dicho ejercicio.

Esta represión se traduce en detenciones, actos de amedrentamiento y otras medidas adoptadas contra las personas.

Un total de 43 casos, que afectaron a 123 personas, han significado en el período estudiado, represión dirigida en línea recta al ejercicio del derecho de opinión.

Las limitaciones generales que, de acuerdo al texto constitucional, se aplican actualmente al ejercicio del derecho de opinión, han conducido a los ciudadanos a intentar ejercer efectivamente ese derecho por medios que podríamos denominar artesanales. A sancionar dicho ejercicio se dirigió la represión en los casos a que nos referiremos enseguida.

4.1. Detenciones

4.1.1. En algunos casos, la detención se debió al simple porte de un documento, libro o escrito conteniendo opiniones o ideas consideradas inconvenientes por la autoridad. Así por ejemplo:

En 4 casos, que han afectado a 4 personas, se ha practicado detenciones por esta razón. Una persona fue detenida en la Aduana del Aeropuerto, por cuanto el funcionario policial estimó que algunos libros que portaba eran de contenido "subversivo".[7]

Otra persona fue detenida por Carabineros, debido a que portaba hojas con cantos religiosos y apuntes para una ceremonia religiosa de preparación del día de San José Obrero. Fue, además, apremiada físicamente.[8]

Un profesional médico fue aprehendido debido a que portaba un documento calificado por el gobierno de "subversivo".[9]

Un estudiante fue detenido por llevar consigo algunas estampillas con leyendas alusivas a la cesantía.[10]

4.1.2. En otros casos, la detención se justificó en razón de que los afectados habían lanzado al aire o distribuido documentos conteniendo opiniones prohibidas o estimadas peligrosas.

El contenido de los documentos o panfletos, en los casos estudiados, era el siguiente:

---

4. **Boletín "SOLIDARIDAD", núm. 133, pág. 9.**
5. **Esta prohibición fue ampliamente publicitada en la prensa nacional.**
6. **Felipe Salgado Zamorano (septiembre de 1982).**
7. **Recurso de amparo en favor de María Isabel Salinas Miranda (Arica, mayo de 1982).**
8. **Recurso de amparo en favor de Juan Agustín Morales Caro (abril de 1982).**
9. **Recurso de amparo en favor de Laura Luz Mora Díaz (septiembre de 1982).**
10. **Recurso de amparo en favor de Vladimir Ricardo Burgos Terraza (octubre de 1982).**

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

Homenaje al Aniversario del Partido Comunista[11] (nueve personas detenidas); "leyendas impresas criticando e incitando a derrocar al gobierno (. . .) y (. . .) un lienzo en que se consignaba 'ESTUDIAR ES UN DERECHO. LUCHEMOS POR EL. ENSEÑANZA MEDIA'. . .", según informa Carabineros. O leyendas tales como las siguientes: "La dictadura nos quitó la democracia". "Son un millón, ¿mañana cuántos? Exigimos el retorno de los exiliados", según el fallo respectivo[12] (cuatro detenidos). Alusión al Primero de Mayo (un detenido);[13] "Literatura marxista leninista, destinada a alterar el orden social y la forma republicana y democrática del actual gobierno", según informa el Gobierno[14] (dos detenidos). "Diferentes tipos de panfletos (. . .) de la sola lectura de éstos se colige que ellos constituyen una propaganda por escrito de la doctrina marxista. . ."[15] (dos detenidos).

En otros casos, que afectan a seis personas, se invocó el lanzamiento o distribución de "panfletos contrarios al gobierno", o simplemente "panfletos".[16]

4.1.3. Hubo detenciones en que la acusación consiste en haber escrito o impreso los documentos escritos. Tres personas son detenidas y acusadas de haber impreso volantes que decían "No al Exilio"; a raíz de ello, uno de los detenidos fue relegado administrativamente.[17]

Una persona, suboficial Mayor de Carabineros en retiro, es detenido por haber confeccionado algunos escritos protestando por la situación de los jubilados.[18]

Otras dos, son detenidas por la redacción de una declaración que critica la represión en las universidades.[19]

4.1.4. La represión también se dirige a quienes optan por ejercer su derecho de opinión escribiendo consignas en la vía pública o lugares de acceso del público, o colocando pancartas o lienzos en un lugar del mismo carácter. Es el caso de cuatro estudiantes "acusados de estar rayando paredes con frases y consignas hirientes".[20]

Otra persona fue detenida y acusada de haber sido sorprendida escribiendo consignas de carácter político con un bolígrafo, en un microbús de la locomoción colectiva, razón por la cual, a requerimiento del Ministerio del Interior, fue puesta a disposición de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, y encargado reo por infracción a la Seguridad del Estado.[21]

Veintitrés trabajadores del Programa de Empleo Mínimo fueron aprehendidos luego de colocar una pancarta en su lugar de trabajo, solici-

---

11. **Recurso de amparo en favor de Marcos Enrique González Urrutia y otros (enero de 1982).**
12. **Fallo de la Ministro Violeta Guzmán Ferren, en proceso seguido contra estudiantes Francisco Lamich Betancourt y otros (febrero de 1982).**
13. **Recurso de amparo en favor de Rubén Darío Lepe (abril de 1982).**
14. **Recurso de amparo en favor de Germán Herrera Aguirre y Helia Irene Valeria Salas (julio de 1982).**
15. **Informe del Gobierno en proceso seguido contra Ricardo Gómez Moraga y Jorge Reyes Olate (Concepción, septiembre).**
16. **Recurso de amparo en favor de Justo Lorenzo Nourdin Herrera (Lota, marzo).**
17. **Recurso de amparo en favor de José Francisco Cuevas García y otros (enero).**
18. **Recurso de amparo en favor de Salvador Benjamín Jiménez Romero (junio).**
19. **Recurso de amparo en favor de Patricia Inés Estay Escobar y Oscar Pizarro Arriagada.**
20. **Recurso de amparo en favor de Mauricio Francisco Ulloa Barría y otros. Declaración del Obispado de Punta Arenas, (22 de febrero de 1982).**
21. **Recurso de amparo en favor de Roberto Hernán Pérez López (abril).**

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

tando ayuda para comer, debido a que, se dice, "tenemos hambre".[22]
Y diez familiares de detenidos-desaparecidos lo fueron luego de colocar en la Plaza de Armas de Santiago un lienzo alusivo a su problema.[23]
Otra persona fue detenida porque colocaba en la vía pública pancartas que contenían un pliego de peticiones formulado por los vecinos al respectivo Alcalde.[24]
A su vez, seis familiares de exiliados fueron aprehendidos por intentar mostrar un lienzo con leyendas alusivas al drama del exilio.[25]
Y otras tres personas lo fueron por pintar consignas políticas murales contrarias al gobierno.[26] [27]

4.1.5. También la transmisión oral de opiniones, por medios de alcance masivo que no son la radio o la televisión, cuyo acceso está, en general, vedado a los opositores al régimen, ha acarreado la detención de los responsables.
Es el caso de una persona detenida por la policía, a quien se acusó de haber colocado un parlante que transmitía consignas políticas grabadas en una cinta magnetofónica que fue colocado en el interior de un edificio hacia la vía pública.[28]

4.1.6. Numerosas detenciones se practicaron en el período analizado, a causa de haber ejercido las personas el derecho de reunión, ya en local cerrado, ya en la vía pública y de, en dicho contexto, haber manifestado su opinión de palabra. Desde luego, es el caso de casi todas las personas detenidas en las manifestaciones colectivas contra el Gobierno. Pero aquí, nos limitamos a los casos individuales analizados.
Hay personas que han sido detenidas por entonar un cántico de contenido universal como el Himno de la Alegría de la Novena Sinfonía de Beethoven, a la salida de un homenaje al ex Presidente de la República, Eduardo Frei o por gritar consignas de homenaje a dicha persona (4 detenidos);[29] o por gritar la consigna "Monumento Nacional al Poeta Popular", a la salida de una romería a la tumba de Pablo Neruda con ocasión de conmemorarse su natalidad[30] (veintidós detenidos).
Dirigentes gremiales o estudiantiles, han sufrido también, detención a causa, exclusivamente, de un discurso pronunciado en una reunión del respectivo conglomerado.[31]
Y la simple opinión emitida a otra persona, ha valido al emisor la privación de libertad, cuando su interlocutor ha estimado que "profirió consignas políticas"[32] o que "injurió al gobierno".[33]

4.1.7. Finalmente, también hubo detenciones que tuvieron por objeto castigar la emisión de opiniones mediante la forma artística, particularmente la canción cantada. Es el

---

22. **Recurso de amparo en favor de Guillermo Iván Guerrero Pizarro (julio 1982).**
23. **Recurso de amparo en favor de Victoria Díaz Caro y otros (julio 1982).**
24. **Recurso de amparo en favor de Enrique Rolando Roldán Arellano (septiembre 1982).**
25. **Recurso de amparo en favor de Jorge Fernández y otros (septiembre 1982).**
26. **Recurso de amparo en favor de Patricio Daniel Farías Palma (octubre 1982).**
27. **Recurso de amparo en favor de Guillermo Manríquez Gómez y Marcos Mura Espinoza (Villa Alemana, 1982).**
28. **Recurso de amparo en favor de Osvaldo Antonio Reyes González (febrero 1982).**
29. **Recurso de amparo en favor de Juan Arriagada Ahrens y otros (Viña del Mar, febrero 1982).**
30. **Recurso de amparo en favor de Juan Pablo Alba Sánchez y otros (julio 1982).**
31. **Recurso de amparo en favor de Domingo Marileo Toledo (septiembre) 1982).**
32. **Recurso de amparo en favor de Nelson Eric Maulín Contreras (abril 1982).**
33. **Recurso de amparo en favor de Reneé Virgilio Mondaca Ordenes (diciembre 1982).**

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

caso de aquellos arrestos que afectaron a cantantes folklóricos que ejercen su oficio en la vía pública y cuyas canciones, inspiradas en Violeta Parra, han sido calificadas por los Carabineros aprehensores como "contrarias a la Ley".[34]

4.2. Amedrentamientos

Una serie de actos represivos que afectan la seguridad de las personas, tuvieron como objetivo la sanción a la opinión emitida por el afectado. Así, por ejemplo, un ex senador de la República, don Luis Bossay Leiva, fue citado a comparecer ante el Director de Investigaciones, con motivo de un artículo publicado por el ciudadano en una revista, que "transgredía las normas del receso político".[35]

En otros casos, el amedrentamiento consistió en el allanamiento abrupto e ilegal del domicilio del afectado, pretextándose la realización de reuniones en las cuales se habrían tratado temas de carácter político.[36]

Y en otra oportunidad, un policía uniformado interrumpió el suministro eléctrico de una casa, argumentando que dos jóvenes que la habitaban transmitían música latinoamericana de los autores Silvio Rodríguez, Violeta Parra y Víctor Jara, añadiendo que "esa música está prohibida"[37] (tres personas afectadas).

4.3. **Otras medidas represivas** han tenido por objeto la sanción del ejercicio del derecho de opinión.

Es el caso del Presidente de la Comisión Chilena de Derechos Humanos, Jaime Castillo Velasco. En un recurso de amparo contra la medida gubernamental que prohibe su reingreso al territorio nacional, el Ministerio del Interior señaló como causa los ataques del señor Castillo "a las autoridades, al Poder Judicial y a las Fuerzas Armadas" y el hecho que "usando todos los medios de comunicación del país atacó el plebiscito convocado para septiembre de 1980".[38]

Otras medidas que afectan la libertad personal, como la relegación de carácter administrativo, han sido adoptadas con similar propósito.

Es la situación de un estudiante relegado a raíz de su presunta participación en la repartición de volantes relativos al aniversario del Partido Comunista.[39]

Incluso se ha dado el caso que, opiniones vertidas por alumnos universitarios —en asambleas o por escrito— en relación con el secuestro y torturas sufridas por un dirigente estudiantil de la Universidad Católica de Chile, condujeron al Rector de dicha casa de Estudios a sancionar a todos los estudiantes de la Escuela de Teatro, suspendiendo el año académico 1982, luego de calificar de subversivas las ideas y opiniones vertidas por los estudiantes.[40]

5. Impedir o sancionar la utilización de medios de comunicación.

La existencia de normas que declaran contraria al ordenamiento institucional la propagación de determinadas ideas, y la vigencia permanente de estados de excepción constitucional que permiten restringir el derecho de opinión, ha significado el impedimento para que los sectores ciudadanos que adhieren a aquellas ideas o que disienten del Gobierno, puedan establecer o desarrollar medios de comunicación, salvo excepciones. Ello conduce a la proliferación de medios artesanales o "caseros" y al uso de diversos instrumentos de

---

34. Recurso de amparo en favor de Rubén Echeverría Moreno y José Antonio Ramírez (junio 1982).
35. "El Mercurio", 2 de octubre de 1982.
36. Recurso de amparo en favor de Mario Enrique Vera Mondaca (febrero 1982).
37. Recurso de amparo en favor de Rosa Rivera Díaz y otros (abril 1982).
38. Recurso de amparo en favor de Jaime Castillo Velasco (agosto 1982).
39. Recurso de amparo en favor de José Francisco Cuevas García (enero 1982).
40. Caso de Marcela Palma Salamanca (septiembre de 1982).

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

propaganda callejera, con el objeto de transmitir la idea cautiva.
Muchos de los actos represivos analizados en el período, tuvieron por objeto impedir la utilización de esos medios o clausurar su funcionamiento.

5.1. En algunos casos, simplemente se privó a las personas de dichos medios.

5.1.1. Son numerosos los allanamientos en los cuales los agentes de seguridad o de la policía incautan máquinas mimeografiadoras, máquinas de escribir, libros, revistas, casettes y otros documentos.
Por ejemplo, cinco periodistas son detenidos e incautadas sus máquinas de escribir, una grabadora y documentos de trabajo.[41] También es incautada una máquina de escribir con motivo de la detención, por la CNI, de un obrero;[42] y un mimeógrafo manual, "stenciles" y resmas de papel son llevadas en otro allanamiento.[43]
Los títulos de los libros considerados contrarios al ordenamiento institucional o a la seguridad nacional, cubren una amplísima gama. A modo de ejemplo, agentes de seguridad han incautado el ensayo de Ortega "La Rebelión de las masas",[44] o una antología de Pablo Neruda,[45] "La Revolución de la Termodinámica",[46] (en estos últimos dos casos, diez personas afectadas); textos sobre teatro popular;[47] libros de los conocidos escritores chilenos Baltazar Castro y Daniel de la Vega;[48] y otros calificados por la policía como "subversivos".[49]

5.1.2. Amplia es también, la gama de documentos y escritos públicos o semipúblicos sustraídos por los agentes de la autoridad. Llama particularmente la atención, la profusión con que ello ocurre en el caso de documentos doctrinales de la Iglesia, tales como, por ejemplo, el quincenario "Solidaridad" del Arzobispado de Santiago, los documentos del Concilio Vaticano II y las Conclusiones de la Conferencia Episcopal de Puebla.[50] Veinticuatro números del Boletín "Solidaridad" para ser repartidos en las Iglesias, son secuestrados.[51] Otros documentos o publicaciones se refieren a informes de un Centro Cultural Mapuche o a la Revista Análisis de la Academia de Humanismo Cristiano del Arzobispado de Santiago.[52] También han sido sustraídas casettes de música folklórica cuyo contenido parece sospechoso.

5.2. Hemos señalado cómo, en una sociedad en que se cierran las puertas de los medios de comunicación de masas a grandes sectores, el derecho de reunión, denominado alguna vez "derecho del pobre", adquiere gran importancia, en cuanto su ejercicio crea el ámbito propicio al ejercicio del derecho de opinión. Algunos de los casos estudiados consistieron en ataques al

---

41. **Recurso de amparo en favor de Jorge Caucamán Pérez y otro (enero 1982).**
42. **Recurso de amparo en favor de Benjamín Segundo Cares Yañez (enero 1982).**
43. **Recurso de amparo en favor de Víctor Manuel Molina Muñoz (mayo de 1982).**
44. **Recurso de amparo en favor de Eduardo Enrique Carvajal Cofré (marzo 1982).**
45. **Recurso de amparo en favor de Manuel Osvaldo Contreras Parraguez y otros (abril 1982).**
46. *Ibíd.*
47. **Recurso de amparo en favor de Carlos Bascuñán (Rancagua, abril).**
48. **Recurso de amparo en favor de Lidia Vergara Alvarez (septiembre 82).**
49. **Recurso de amparo en favor de Manuel Osvaldo Contreras Parraguez (abril 1982).**
50. **Recurso de amparo en favor de Pablo Humberto Manríquez (septiembre 1982).**
51. **Recurso de amparo en favor de Segundo Calfulén Quintriqueo y otros (Concepción, mayo 82).**
52. **Recurso de amparo en favor de Silvia Ximena Soto Guerrero (febrero 82).**

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

ejercicio del derecho de reunión. Varias personas son detenidas por haber participado y difundido verbalmente consignas en un acto, ya referido, a la memoria del presidente Eduardo Frei;[53] en otro caso, la represión se debió a la participación activa del afectado en una reunión gremial y el discurso que pronunciara;[54] también hemos hecho referencia a una situación en que el derecho de reunión fue afectado directamente, en vistas a que no se transmitieran opiniones estimadas peligrosas o perjudiciales por parte de un relegado a quien se ha prohibido alternar con la gente de la localidad.[55] Y, finalmente, se cuenta el caso de un estudiante universitario suspendido y amonestado por las autoridades de la Universidad de Chile, debido a su participación en una reunión de homenaje al Poeta Pablo Neruda, lo cual, según la Dirección General Jurídica de la Universidad "lesionó la imagen de la Corporación".[56]

5.3. En otros de los casos estudiados, la existencia de medios de comunicación alternativos, constituye el motivo de aquella indagación que procede, acompaña o sigue al acto represivo.

Así, por ejemplo, el contenido del interrogatorio a que son sometidos tres estudiantes por agentes de la CNI en su eventual participación en la impresión de volantes que decían "No al Exilio" o las razones por las cuales tenían en su poder una máquina mimeografiadora.[57]

En otro caso, lo que decide a la autoridad policial a remitir a un detenido a la sala de interrogatorio, es la letra de unas canciones cuyo texto portaba el afectado.[58]

El motivo alegado para efectuar un allanamiento de domicilio puede ser la necesidad de "buscar literatura o panfletos."[59]

En el caso de dos estudiantes detenidos, se invoca que portan un libro de Mao Tse Tung y folletos de la CODEJU para someterlos a registro personal.[60]

Un seminarista es especialmente detenido, para ser interrogado sobre la supuesta tenencia de un mimeógrafo.[61]

5.4. Finalmente, mirado desde otra perspectiva, el motivo de la sanción es la tenencia o utilización de dichos medios o instrumentos, en casos ya conocidos: el de quien colocó un parlante en la vía pública; el de quien fue detenido en la Aduana de un Aeropuerto por portar libros sospechosos para la policía; el de quien sufrió el corte de luz en su casa a raíz de la transmisión de algunas canciones; el de los cantantes callejeros detenidos; el del Carabinero en retiro sancionado por la elaboración de escritos críticos, etc.

6. Generalmente, todas estas acciones represivas van seguidas de la invocación, por el Gobierno, de aquellas normas constitucionales que permiten privar de libertad, relegar, etc., a las personas, en virtud de los estados de excepción o del estado de peligro de la paz interior contemplado en la disposición 24a. transitoria de la Constitución. Cuando los Tribunales llegan a conocer estas situaciones, los recursos son declarados improcedentes o son rechazados. Todo lo cual indica la precariedad en que se debate el derecho de opinión bajo el imperio de una Constitución autoritaria, cómo numerosos hechos de represión se dirigen a impedir el ejercicio de ese derecho y cómo, el desarrollo por la ciudadanía de medios de comunicación alternativos, obliga a la autoridad represiva a actuar sobre ellos.

---

53. **Recurso de amparo en favor de Juan Arriagada Ahrens y otros (Viña del Mar, febrero 82).**
54. **Recurso de amparo en favor de Domingo Marileo Toledo (septiembre 82).**
55. **Recurso de amparo en favor de Felipe Salgado Zamorano (septiembre 82).**
56. **Recurso de amparo en favor de Roberto Daniel Trincado Cujetrovic (octubre de 1982).**
57. **Recurso de amparo en favor de José Francisco Cuevas García y otros (27 de enero).**
58. **Recurso de amparo en favor de Juan Agustín Morales (abril 1982).**
59. **Recurso de amparo en favor de Inzunza Zambrano, Rodolfo (Concepción 1982).**
60. **Recurso de amparo en favor de Vicente Humberto Ruiz Maturana y Claudio Belair Aguirre (septiembre 1982).**
61. **Recurso de amparo en favor de Juan Alfredo Riveras Arcos (diciembre 1982).**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANEXO

Índice analítico del capítulo VIII

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMO GARANTÍA GENÉRICA

Sección A): **NOCIONES BÁSICAS**

§ 72. **Concepto y formas de la libertad de expresión**
- concepto general [I]
- modalidades [II]
- cuestiones de la realización práctica; observaciones complementarias [III]

§ 73. **Libertad de prensa** (generalidades)

§ 74. **Derecho a la información**
- noción general [I]
- precisiones; observaciones complementarias [II]
- peligros de la intervención estatal; excurso sobre la colegiatura obligatoria de periodistas [III]

§ 75. **Límites para la libertad de expresión**
- generalidades [I]
- seguridad nacional, estados de excepción [II]
- "fronteras" de la tolerancia: 1. variantes (pluralismo, Doctrina de la Seguridad Nacional, leninismo-stalinismo); 2. discusión [III]

§ 76. **Pluralismo como condición tuitiva irreemplazable**

§ 77. **Heurística**

Sección B) **NORMATIVA Y REALIDAD**

§ 78. **Instrumentos internacionales**
- generalidades [I]
- disposiciones de los Instrumentos [II]
  - Declaración
  - Pacto
  - Convención
- los Instrumentos como modelo (comentario) [III]

§ 79. **Tipos de ordenamiento**
- sistemas y formas de restricciones al derecho de opinión [I]
- líneas heurísticas de demarcación [II]

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

§ 80. **Disposiciones constitucionales**
- apreciación panorámica [I]
  - libertad de difusión
  - libertad en materia religiosa
  - libertad de enseñanza
  - extranjeros
- algunos ejemplos aprovechables [II]
- conclusión [III]

§ 81. **Impedimentos en regímenes autoritarios**
- violaciones a la libertad de expresión en la realidad latinoamericana [I]
- leyes de seguridad nacional [II]

Apéndice 1: Semántica constitucional [es el contenido del apartado I del presente artículo]

Apéndice 2: Una investigación de campo [es el contenido del apartado II del presente artículo]

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ERROR DE DERECHO. VENTA DE COSA AJENA. NULIDAD PARCIAL

(Notas de jurisprudencia)*

DR. DIEGO BAUDRIT CARRILLO
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica.

CONTENIDO

Pág.

— Los hechos 92
— Las consideraciones del Tribunal 92

I. El error de Derecho 94
A. Concepto 94
B. Consecuencias 95

II. La venta de cosa ajena 96
A. La nulidad relativa de la venta civil de cosa ajena 96
B. La venta mercantil de cosa ajena mueble 97

III. La nulidad parcial 98
A. El problema 98
B. Los criterios para admitir la nulidad parcial 99

* Este artículo se inscribe dentro del proyecto de investigación dirigido por el autor, relativo al **Sistema de nulidades en Derecho Privado costarricense**, aprobado por la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Costa Rica. Este trabajo fue analizado y discutido en el Instituto de Investigaciones Jurídicas el 29 de enero de 1985, por los profesores Luis Baudrit, Elizabeth Odio, Rita Maxera y el autor.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En raras ocasiones la Corte de Casación ofrece un análisis profundo de más de un concepto jurídico como lo hace en la sentencia número 121 de las 16 horas del 14 de noviembre de 1979 (Boletín número 9, "Jurisprudencia de Casación", Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, 1979, págs. 1 y ss.). Se trata de un fallo arbitral, en el que la Corte pudo hacer un estudio de todo el conflicto planteado, sin las limitaciones que tiene normalmente un tribunal de su naturaleza.

El fallo es particularmente interesante en cuanto señala caracteres que debe revestir el error de derecho (I), establece principios para determinar la existencia de la venta de la cosa ajena (II) y aplica la figura de la nulidad parcial de un contrato (III).

Los hechos

La sociedad GGB vendió a la sociedad RM una finca en cuya cabida se encuentran un estero y un manglar. El personero de la sociedad R M había tenido anteriormente conocimiento de los problemas legales que podría tener el traspaso de fincas en que se encontraran esteros y manglares, por haber participado en una negociación en que se discutió ampliamente ese extremo.

Se planteó un juicio arbitral ante la Sala de Casación (antigua formación). La sociedad RM pretende que se anule el contrato por error en el consentimiento o por tratarse de una venta de cosa ajena.

Las consideraciones del Tribunal

VIII.—. . .El artículo 1015 del Código Civil declara anulable el contrato en que se conviene por error, sin hacer ninguna distinción entre error de hecho y error de derecho. El punto tiene importancia en presencia del artículo 1, párrafo 2, del mismo Código, que dispone: "Nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente promulgada". La cuestión, sin embargo, no debe situarse en el campo del conocimiento obligatorio de la ley sino en el del consentimiento, porque es innegable que la ignorancia sobre ese particular, impide que la voluntad pueda manifestarse libre y claramente; condición, ésta, que es necesaria para la validez del contrato. Artículos 1007 y 1008 ibídem. De ahí que es indiferente la especie de error de que se trate, desde que en uno y otro caso produce el mismo efecto sobre el consentimiento.

IX.—. . .Tampoco puede, entonces, el señor M pretender desconocimiento de la ley, porque si él confiesa que estaba enterado de que había un estero y un manglar en las fincas que iba a adquirir RM, y tenía alguna duda sobre la opinión del licenciado R y del señor X, la más elemental prudencia lo obligaba a consultar a su asesor profesional o a los notarios autorizantes de la escritura de compraventa, si era correcta la información que aquéllos le habían dado sobre la propiedad de esas aguas y del terreno ocupado por ellas; pero sin que pueda invocar, en caso que no lo hiciera, ignorancia de la ley, porque basta el conocimiento que ya tenía de esa situación para que sea inexcusable el error;

. . .

XII.—. . .El Código Civil no sigue un criterio definido al tratar de la venta de cosa ajena, pues se inspira tanto en el Código Civil francés, que también declara nula la compraventa (artículo 1599), como en la jurisprudencia y en los comentarios de esa legislación que interpretan que esa nulidad es relativa. En efecto, el artículo 1061 del Código Civil costarricense dice que la venta de cosa ajena es absolutamente nula; pero el comprador que ignora el vicio del contrato, tiene derecho a los daños y perjuicios aun contra el vendedor de buena fe; y el artículo siguiente dispone, que esta nulidad puede ser opuesta como excepción por el vendedor, cuando sea demandado para la entrega de la cosa o para el otorgamiento de la escritura pública; y por el comprador, como acción o excepción en cualquier tiempo, salvo lo dicho en los dos artículos siguientes. De esta manera introduce una modificación a la regla general, pues si la nulidad es absoluta, la puede alegar, como acción o excepción, todo el que tenga interés en ella (artículos 837 y 843 ibídem). Sin embargo, el artículo 1062 no concede al vendedor, aunque sea de buena fe, el derecho de demandar la nulidad; sólo lo autoriza a excepcionarse cuando no haya hecho la entrega del bien u otorgado la escritura, pues la acción la reserva al comprador, por la posibilidad que éste pueda tener de adquirir el bien por usucapión. Pero, además, el artículo 1063 del mismo Código, le quita a la nulidad el carácter de absoluta y la convierte en una nulidad relativa, pues expresa que ella queda salvada si el verdadero propietario ratifica la enajenación, o si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida; pero con la particularidad, que obedece a razones de orden práctico, que en el segundo caso no hace falta contar con la anuencia del comprador, a pesar de que este requisito es consubstancial a las nulida-

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

des relativas. Artículos 838 y 839 del Código Civil. Por último, la buena o mala fe de los contratantes, tiene trascendencia nada más que con respecto al comprador, porque si éste ignora el vicio del contrato, el citado artículo 1061 le otorga el derecho a daños y perjuicios aun contra el vendedor de buena fe. De ahí se deduce que si el comprador conoce el vicio del contrato, la única sanción que sufre es la pérdida del derecho de cobrar daños y perjuicios al vendedor, pero sin menoscabo de su derecho a demandar la anulabilidad del contrato; motivo por el cual no puede invocarse el aforismo jurídico, de que nadie puede obtener provecho de su propia falta, pues dicha disposición legal margina su aplicación, tal vez porque resulta injusto que el vendedor se apropia del precio de un bien que no le pertenece, y por las dificultades prácticas que se presentarían cuando él actúa de mala fe;

XIII.—El Código de Comercio regula de manera diferente la venta de cosa ajena, pues en contraposición al Código Civil (artículo 1061), el sistema que adopta es adecuado sólo para el régimen de los bienes muebles, por ser los que constituyen el aspecto relevante del tráfico mercantil, y en los que rige el principio de que la posesión vale por título. A esto obedece que el artículo 440 disponga que la compraventa de cosa ajena es válida si el comprador ignora esa circunstancia; y que la declara nula (expresión que distingue a la nulidad absoluta), en el caso contrario, pues el comprador de buena fe que adquiere el bien en un establecimiento comercial, dedicado a la venta de esa clase de mercancías, está protegido contra cualquier acción que intentara el propietario, por el artículo 449; y si siendo comprador de buena fe no se dieron esas condiciones, y fuere vencido en evicción por el propietario, por tratarse de una cosa perdida o robada, él siempre conserva la acción de garantía contra el vendedor. Artículos 481, 1034 y siguientes del Código Civil. Este sistema se separa del de otros Códigos, que fundan la validez de la venta de una cosa de otro que cuando se da esa situación, el vendedor se obliga a comprar el bien al verdadero propietario y transferirlo al comprador (artículos 133, 770 y 977 de los códigos de Colombia, Honduras y Venezuela); y es impropio para aplicarlo a la venta de inmuebles, porque coloca al comprador de mala fe, ya que su derecho sobre el inmueble no recibe ninguna protección legal, como sucede con los bienes muebles, por el principio de que la posesión valore por título. . .;

XIV.—No se puede afirmar que GGB vendió cosa ajena a RM, porque las fincas que aquélla le traspasó eran de su propiedad. La cuestión que se plantea es que una parte de esas fincas, donde existe un estero cubierto parcialmente por un manglar, no podía ser objeto, legalmente, de la venta, por tratarse de un bien demanial; pero que la cabida de esa sección sí tomó en cuenta en la superficie total de las fincas trasmitidas. Se podría entonces argumentar que la situación se desplaza a un déficit en la medida de los inmuebles, que remite a una acción "quanti minoris"; sin embargo, una observación que ahonde más en el fondo o esencia del problema, conduce a una solución opuesta; porque no se trata, propiamente, de que la sociedad vendedora entregó una superficie menor a la convenida, que es la que indica el Registro Público, sino que una porción de ella, aun cuando esto lo conocía la sociedad compradora, no es susceptible de comercio entre los particulares. No obstante ello, el punto no cae bajo los artículos 1061 y 1065 del Código Civil ni el 440 del Código de Comercio, porque estos textos legales parten del supuesto de que la venta es de bienes de dominio particular, pues el segundo de ellos la subsana si el propietario ratifica la enajenación, o si el vendedor llega a ser propietario de la cosa vendida; y el último, niega la acción de nulidad al comprador de buena fe, porque éste puede consolidar la adquisición por la entrega de la cosa, de acuerdo con el principio de que la posesión vale por título. El punto cae bajo las previsiones del artículo 631, inciso 1, del Código Civil, que le niega eficacia jurídica a la obligación que fuere legalmente imposible, y califica como tal a la que se contrae a cosas que estén fuera del comercio por disposición de la ley; pues, como se ha visto, el estero y el manglar que lo cubre en parte, son de dominio público, y, por tanto, no podían ser objeto de venta. Artículos 627, 629, 271 y 276 ibídem. De ahí que si la obligación no es válida en cuanto el traspaso comprende el estero y el manglar, el contrato de compraventa es parcialmente nulo, en el tanto que abarca esa porción de terreno;

XV.—La nulidad parcial de la venta es causa de resolución del contrato, cuando la parte que se invalida es de tal importancia, que sin ella el comprador no hubiera adquirido el inmueble; o si el resto del terreno es impropio para el fin a que aquél pensaba destinarlo, si esto era de conoci-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

miento del vendedor; pues en ambos casos se daría un incumplimiento del contrato; pero la resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes no puede decretarse, porque R M lo realizó con conocimiento de la existencia y de la situación jurídica del estero y el manglar; aparte de que no probó que las fincas, sin esa porción de terreno, no sean aptas para continuar el proyecto de desarrollo turístico. . .

Por tanto:

. . .*Cuarto:* Se anula el contrato de compraventa celebrado por GGB y RM. . . pero sólo en cuanto a la porción de terreno ocupado por un estero cubierto en parte por un manglar; *Quinto:* GGB deberá reintegrar a RM la parte del precio que corresponda al valor de la referida sección de terreno. . .".

I. EL ERROR DE DERECHO

La conclusión de un contrato no es totalmente válida en presencia de vicios de la voluntad. El error es uno de ellos; es uno de los defectos que recaen en la formación de la voluntad, y que llamaremos error-vicio, que se diferencia notablemente del error en la declaración de la voluntad (que ya ha sido formada), denominado error obstáculo o error obstativo, porque representa un obstáculo para la conclusión de un contrato al no expresarse la voluntad perfectamente formada.

El error-vicio consiste en una "opinión contraria a la realidad",[1] o en una "falsa representación de la realidad",[2] que ha llevado a la conclusión del contrato. En esos términos se refiere la doctrina al error de hecho, a la falsa representación de la realidad práctica, que provoca la nulidad relativa del contrato que se ha formado con ese defecto.

La sentencia transcrita presenta la discusión doctrinaria y jurisprudencial relativa al concepto del error de derecho, y a sus consecuencias jurídicas.

A. Concepto

La Corte de casación, al igual que lo hace Brenes Córdoba[3] equipara el error de derecho al error de hecho, haciendo una aplicación pura y simple del texto del artículo 1015 del Código Civil, en que no hay distinción alguna entre los dos tipos de errores (aunque podría alegarse que esa disposición sólo se refiere al error de hecho, tal como lo señalaba D. Salvador Jiménez con respecto a la regla similar contenida en el Código General de 1840,[4] con lo que se tendría por inadmisible el error de derecho). Pero si como hipótesis admitimos la aplicabilidad de esta figura, en busca del régimen jurídico aplicable al error de derecho, debemos tratar de determinar si constituye una categoría específica del error-vicio, o bien, si es en un todo asimilable al error de hecho.

Para investigar si el error de derecho constituye una categoría específica, hay que tratar de definir en qué consiste tal figura. Brenes Córdoba considera que hay error de esta clase cuando se presenta "la ignorancia del derecho"[5] que impulsa a un sujeto a concluir un contrato determinado, lo que afirman igualmente Mazeaud y Chabas.[6]

Sin embargo encontramos alguna inconsistencia en la caracterización del error de derecho como ignorancia de la ley, desde que si admitimos que el error es una "opinión contraria a la realidad",

---

1. CARBONNIER, Jean, *"Droit civil. 4. Les obligations"*, P.U.F., Coll. Thémis, 9a. ed. París, 1976, núm. 19. MAZEAUD H., J. y L. y CHABAS, Fr., *"Leçons de droit civil, T. 2, 2 eme partie, obligations. . . Théorie générale"*, 6a. ed., Ed. Montchrestien, París, 1978, núm. 161.
2. BARBERO, Domenico, *"Sistema del Derecho Privado"*, trad. S. Sentis Melendo de la 1a. 6a. ed. italiana, E.J.E.A., Bs. Aires, tomo I, p. 518, núm. 245. SANTORO PASSARELLI F., *"Doctrinas generales del Derecho Civil"*, trad. A. Luna Serrano, Ed. Rev. Dro. Privado, Madrid, 1964, p. 186 s. BRENES CÓRDOBA Alberto, *"Tratado de las obligaciones y contratos"*, núm. 587.
3. Véase el considerando VIII transcrito y el núm. 596 del *"Tratado de las obligaciones y contratos"*, cit. supra nota 2.
4. JIMÉNEZ, Salvador, *"Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica"*, San José, Imprenta de Guillermo Molina, 1874, 1876, Parte I, Libro III, núm. 28.
5. BRENES CÓRDOBA, op. cit., supra nota 2, núm. 596.
6. Supra nota 1, núm. 172.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

esa noción no es compatible con la de ignorancia, que "es falta de conocimiento".[7] La ignorancia es falta de conocimiento, lo que nos parece equivalente a falta de opinión. No es entonces el error de derecho un mero desconocimiento de reglas legales, sino *la creencia u opinión de que el ordenamiento jurídico autoriza una conducta que en realidad prohíbe, o que prohíbe una conducta que en realidad autoriza.* Esa creencia u opinión está fundada en la ignorancia, o en una mala apreciación de los signos de las reglas de derecho.

Nos parece necesario insistir en que el error de derecho es el resultado de un proceso sicológico, del sujeto, que lo lleva a formar falsamente su voluntad. Ese proceso tiene que haberlo realizado el sujeto bajo una mediana diligencia, sin la cual el error no podría tenerse como excusable.[8]

Umaña y Pérez[9] parecen circunscribir o limitar la figura del error de derecho a la equivocación "en la naturaleza jurídica del negocio", puesto que excluyen la admisibilidad de este error en cuanto a "los requisitos legales del negocio", a "la situación jurídica concreta", a "los efectos jurídicos del negocio", y a "los motivos". Nosotros encontramos muy restringida esa concepción. Si consideramos que error de derecho es una opinión legal equivocada de la que surge un determinado acto jurídico, debe abarcar todo fenómeno que pueda ubicarse en esa categoría, sin importar la clase de opinión legal o jurídica que se analice, siempre y cuando por otras razones del error no sea inadmisible.

B. Consecuencias

Las constataciones anteriores no nos llevan a diferenciar el error de derecho del error de hecho. Más bien nos llevan a opinar que no habría una diferencia estructural, ni siquiera de detalle. Apoyamos esa conclusión de Ghestin, que presenta un razonamiento inatacable sobre el asunto, en estos términos: "En realidad, el error de derecho sólo es causa de nulidad. . . con la condición de haber provocado un error de hecho, relativo al objeto de la convención". "El error de derecho finalmente sólo constituye el origen sicológico de una representación inexacta del objeto".[10]

Sin embargo, encontramos que se constata la admisibilidad del error de derecho como causa de nulidad, si recae sobre los motivos del acto o contrato, "siempre que tenga lugar la hipótesis prevista por la norma",[11] a la vez, por otra parte, se señala que el error sobre las consecuencias de una convención no es relevante, puesto que *el error de derecho debe ser sustancial* y una equivocación sobre los efectos de un contrato no tiene tal carácter,[12] con lo que se coincide con las apreciaciones de Umaña y Pérez para el Derecho costarricense,[13] al menos en estas últimas consideraciones. Examinemos, entonces si en Derecho costarricense se presenta la primera de las hipótesis señaladas: la de la relevancia del error de derecho en los motivos del acto jurídico.

El artículo 580 del Código Civil pareciera admitir tal hipótesis, cuando sanciona con la nulidad la cláusula testamentaria cuyo motivo falso aparece en ese instrumento como requisito indispensable de la disposición (siempre que con la Corte de Casación admitamos que la regla es tan amplia que comprende las nociones de error de hecho y error de derecho). El artículo 803 instituye la repetición del pago realizado "por error de hecho o de derecho", aunque en tal caso no habría error en los motivos, como aparentemente señala la ley, sino en la causa. Opinamos que con ninguna de estas dos reglas puede afirmarse con certidumbre que se admite en nuestro sistema la relevancia del error de derecho en los motivos, al menos en la legislación positiva, ya que no encontramos otros datos siquiera aproximados al respecto.

Hemos anotado que la Corte de Casación caracteriza el error de derecho como constitutivo del error-vicio, asimilándolo al error de hecho, en consideración que uno y otro se produce "el mismo efecto sobre el consentimiento".

Ahora bien, aunque el Alto Tribunal admite

---

7. BARBERO, supra nota 2, núm. 245.
8. BARBERO, supra nota 2, núm. 245; SANTORO PASSARELLI, ídem, p. 186.
9. UMAÑA A.L. y PÉREZ V., *"Elementos del negocio jurídico"*, Rev. Judicial núm. 12, junio 1979; p. 100.
10. GHESTIN, Jacques, *"Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat"*. T. II, L.G.D.J., París, 1980, núm. 383.
11. SANTORO PASSARELLI, op. cit. supra nota 2, p. 188.
12. MAZEAUD y CHABAS, op. cit. supra nota 1, núm. 172; citan en ese sentido una sentencia de la Sala Civil de la Corte de casación francesa, de 22 de febrero de 1943.
13. Véase nota 9 supra.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBAN"

en teoría que sea relevante ese error, en la especie concreta lo rechazó (considerando IX), puesto que la parte que lo alegaba tenía dudas sobre la situación legal del caso y "la más elemental prudencia" lo obligaba a disipar esa duda con las consultas respectivas a peritos en la materia. Efectivamente, no puede pretenderse que hay error cuando no hay una opinión firme sobre una situación de hecho o de derecho, desde que se define al error-vicio como la opinión contraria a la realidad:[14] el error está constituido por una falsa representación de la realidad de hecho o de derecho, definitivamente constituida en el ámbito volitivo del sujeto.

II. LA VENTA DE COSA AJENA

Los considerandos XII, XIII y XIV tratan del problema de la venta de cosa ajena y su regulación diferente en el Código Civil y en el Código de Comercio. Ese análisis confirma el carácter relativo de la nulidad de la venta de cosa ajena en materia civil, a la vez que establece que la validez de tal acto en materia mercantil sólo alcanza a los traspasos de bienes muebles.

A. La nulidad relativa de la venta civil de cosa ajena.

La contradicción del Código Civil sobre la sanción de la venta de cosa ajena es notable. Por una parte establece como sanción la nulidad absoluta, y por otra la indemnización de daños y perjuicios a favor del comprador que ignoraba la circunstancia y el eventual saneamiento del acto si el verdadero dueño ratifica el traspaso o si el vendedor adquiere la cosa.

El modelo de nuestro Código Civil, el francés de 1804, no califica la nulidad. El artículo 1599 del Código Napoleón dice: "La venta de la cosa de otro es nula: puede dar lugar a daños y perjuicios cuando el comprador ignora que la cosa fue de otro".[15] La falta de calificación de la naturaleza de la nulidad abrió la puerta a la discusión por parte de los comentaristas de la legislación francesa. Aubry y Rau, lo mismo que Toullier, consideraron que la nulidad era de naturaleza absoluta, mientras que Duranton, Troplong y Laurent sostuvieron que la nulidad era relativa.[16] Pero la Corte de Casación francesa, desde una sentencia del 23 de enero de 1832,[17] ha sostenido que *la nulidad que afecta la venta de cosa ajena es de naturaleza relativa,* con las siguientes consecuencias: a) puede ser cubierta por ratificación o por prescripción, [18] o cuando desaparece el riesgo de evicción, antes de una acción de nulidad, por adquisición del bien por parte del vendedor;[19] b) sólo puede ejercer la acción de nulidad el comprador, con exclusión del propietario y del vendedor;[20] c) el juez puede dejar de conceder la indemnización de daños y perjuicios al adquirente si el vendedor era de buena fe y su error era legítimo;[21] y ch) la nulidad sólo puede ser descartada en virtud del principio de que en materia de muebles la posesión vale por título, si el comprador es de buena fe y está en posesión del bien.[22] Los autores franceses contemporáneos, sin embargo, aún discuten la cuestión. Toman en consideración que la ley no permite sancionar la venta de cosa ajena con la acción resolutoria o con la excepción de contrato no cumplido (por no existir un texto específico con una sanción diferente), pero que la jurispru-

---

14. Véase nota 1 supra.
15. Traducción libre del autor.
16. Citados por CAPITANT, Henri, WEILL, Alex y TERRE, Fr., en *"Les grands arrêts de la jurisprudence civile"*, 7a. ed., Dalloz, París, 1976, núm. 172, p. 627.
17. Caso de Fargeot c. Laroche, citado por CAPITANT, WEILL y TERRE, op. cit. supra nota 16, ibídem.
18. Civ. 26 julio 1926, cit. en CODE CIVIL, Petite codes Dalloz, París, bajo art. 1599.
19. Civ. 12 julio 1962, op. cit., supra nota 18.
20. Civ. 17 julio 1958, op. cit., supra nota 18.
21. Civ. 31 oct. 1928, op. cit., supra nota 18.
22. Civ. 12 dic. 1921, op. cit., supra nota 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dencia podría, sin contravenir la ley, sancionar esta venta con una nulidad absoluta.[23]

El tratamiento que a la cuestión da el Código Civil costarricense puede estar fundado tanto en la opinión de Aubry y Rau (la nulidad es absoluta), como por el conocimiento de la jurisprudencia francesa (la nulidad puede ser cubierta). Lo cierto es que hay falta de coherencia, que ha sido salvada por las consideraciones acertadas del Tribunal de Casación que comentamos: aunque la ley diga en forma expresa que la nulidad es absoluta, otras disposiciones afirman su naturaleza relativa, y como tal debe analizarse.

Hay que tener presente, en todo caso, que las consecuencias que la jurisprudencia francesa deriva de la naturaleza relativa de la nulidad, no podrían aplicarse en nuestro derecho. En efecto, señalamos arriba que en Derecho francés sólo puede accionar en nulidad el comprador; en Costa Rica el vendedor podría oponer la excepción de nulidad si es demandado para la entrega de la cosa (la excepción es parte del derecho de acción). En Francia el juez puede absolver al vendedor de buena fe del pago de daños y perjuicios; en nuestro sistema se prevé tal indemnización aún por parte del trasmitente de buena fe.

En materia de venta civil de muebles ajenos, la solución es igual en ambos sistemas: no hay nulidad si el comprador es de buena fe y es poseedor real de la cosa. En la regulación de la venta mercantil encontramos una solución que difiere un poco de esta.

B. La venta mercantil de cosa ajena mueble

Nuestra Corte de Casación apunta que el sistema establecido en el Código de Comercio, sólo es adecuado para el régimen de bienes muebles, por cuanto para éstos rige el principio de que la posesión vale por título.

Opinamos que el fundamento de que la venta de cosa ajena sea válida, dentro de ciertos supuestos, en Derecho Mercantil, es diferente al que apuntan los altos jueces. En efecto, partimos de una diferenciación radical de la venta civil y mercantil. Aquélla sigue el sistema *"sólo consensu"* para la trasmisión de la propiedad, mientras que ésta es presidida por el sistema obligacional,[24] diferenciación que no es sin discusión.[25]

En el sistema consensual no cabe la validez de la venta de la cosa ajena. Desde que se tiene por trasmitida la propiedad de la cosa vendida en el momento de acuerdo en cosa y precio, es requisito indispensable la validez de ese acto que el vendedor sea el propietario de lo trasmitido, ya que de otra forma no podría operarse ese efecto definitivo de la venta. En la venta productora de la obligación de trasmitir el dominio, cabría admitir que el vendedor no fuera el propietario de la cosa, puesto que el incumplimiento de esa obligación "dará lugar a la indemnización correspondiente, aplicándose las reglas de la evicción para el supuesto en que el comprador sea despojado por el verdadero propietario de la cosa".[26]

La validez de la venta de cosa ajena, en el sistema obligacional, es aplicable a inmueble, como sucede en Derecho español: "El vendedor entrega una cosa que no le pertenece. El comprador la adquiere mediante un contrato de compraventa. Ignora la circunstancia de que la venta ha recaído sobre una cosa que no es propiedad del vendedor. Al cabo de diez años (si el objeto es inmueble) el verdadero propietario se la reivindica. El comprador puede oponerle perfectamente la usucapión, es decir, que ha adquirido la cosa por el transcurso del tiempo marcado por la ley, y por lo tanto la acción real, reivindicatoria, del propietario ha prescrito".[27] No es, en consecuencia, un problema relativo al objeto de la venta el que se presenta con la validez de la venta de cosa ajena, sino del sistema de traslación del dominio en que se llegue a ubicar la compraventa. Si el sistema es "solo consensu", es inadmisible la validez de ese contrato; si el sistema es el obligacional, puede tener lugar su validez.

---

23. CAPITANT, WEILL y TERRE, op. cit., supra nota 16, ibídem.

24. CASAFONT ROMERO, Pablo, *"El pacto de reserva de dominio de la compraventa"*, in "Ensayos de derecho contractual", Lehmann, San José, 1968, núm. 5, p. 144 ss.

25. Cf. art. 455 C. com. que contiene una regla en punta a la venta sobre muestras, en que "Es necesario que la cosa vendida sea individualizada para efectos de tener por trasmitido su dominio", que es derivación más bien del sistema consensual.

26. CLEMENTE DE DIEGO, F., DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *"Instituciones de Derecho Civil español"*, Madrid, 1959, T. II, p. 193.

27. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *"Curso de Derecho Civil, Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual"*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 24.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Pero aún en el último supuesto, venta de cosa ajena en el sistema obligacional, debe tenerse presente un requisito indispensable: la ignorancia del comprador de que el vendedor no es propietario de lo vendido. Si el comprador tuviere conocimiento de esa circunstancia, no podrá analizarse el contrato como una venta, ya que no habría consentimiento relativo al traspaso del dominio de la cosa, sino otro convenio, como podría ser el de promesa del hecho de tercero.[28] En tal caso, los efectos jurídicos del contrato serían diversos al de compraventa.

III. LA NULIDAD PARCIAL

En el considerando XIV, la Corte de Casación analiza el asunto planteado como un caso de nulidad parcial, señalando que "El punto cae bajo las previsiones del artículo 631, inciso 1 del Código Civil, que le niega eficacia jurídica a la obligación legalmente imposible y califica como tal a la que se contrae a cosas que estén fuera del comercio por disposición de ley. . .", como es la porción de terreno vendida ocupada por esteros y manglares, que son de dominio público, y concluye que ". . .si la obligación no es válida en cuanto el traspaso comprenda el estero y el manglar, el contrato de compraventa es parcialmente nulo, en el tanto que abarca esa porción de terreno".

La nulidad parcial es un problema poco estudiado en nuestro derecho, por lo que estimamos que es conveniente presentar los alcances de tal problema así como los criterios que podrían tomarse en cuenta para su solución.

A. El problema

En el Código Civil, que contiene una especie de "parte general" sobre la nulidad de los actos o contratos (que no se presenta en su modelo, el Código Civil francés de 1804), no contiene regulaciones allí sobre la nulidad parcial. Los artículos 835 y 836, que son la base legal de la institución, parecen referirse a nulidad "total", es decir, a la invalidez completa de un acto jurídico, que se conforme a alguna de las hipótesis previstas en esas reglas.

Es en otras reglas, que no tienen vocación de generalidad, donde aparece la nulidad parcial. El artículo 292 del mismo Código Civil establece que las cláusulas permitidas de limitación a la libre disposición de los bienes, que se establezcan por más tiempo que el fijado en esa disposición, serán nulas, y "el Registro Público hará caso omiso de ellas en cuanto excedan de los términos señalados, considerándose el bien libre de toda restricción". Encontramos en esa regla un caso de una disposición contraria a la ley, pero que no comunica la invalidez a todo el acto jurídico.

La misma estructura la encontramos en el artículo 615 del Código citado: las condiciones imposibles o ilícitas fijadas en un testamento, que por ello son nulas, "se tendrán por no escritas y por pura y simple la institución a que afecten". Pero allí la ley hace una advertencia que no se encuentra en el artículo 292: "Sin embargo, si se reconoce que la condición ha sido la causa impulsiva y determinante de la liberalidad, es nula toda la disposición". La situación es más compleja en caso de testamentos, y puede sintetizarse así: la nulidad de una condición no sólo se comunica a la disposición testamentaria en el caso en que ha sido su causa impulsiva y determinante; pero aún en este supuesto, la nulidad de la disposición testamentaria no se comunica al testamento entero.

Los párrafos injertados al artículo 1023 del mismo Código Civil son hipótesis de nulidades parciales: dice el párrafo segundo que "A solicitud de parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales. . .". Sin comentar a fondo la impropiedad de los términos empleados en la redacción de esa regla (en cuanto es inadmisible que una "nulidad absoluta" sólo pueda declararse "a solicitud de parte"), señalemos que la ley sanciona la invalidez de determinadas cláusulas, que no se comunica al contrato entero en que están estipuladas.

Los anteriores son tres ejemplos (que no son los únicos en nuestro Derecho privado), de casos de nulidades parciales. Nótese que el legislador

---

28. BAUDRIT CARRILLO, Diego, *"Teoría general del contrato"*, Juricentro, San José, 1982, p. 71.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tomó el camino, en primer lugar, de establecer una regulación general de las nulidades, y para casos especiales, dictó disposiciones concretas. Eso podría llevarnos a pensar que sólo habría nulidades parciales cuando la ley las hubiera previsto concretamente. Sin embargo ese razonamiento no se adecua a lo fallado en la sentencia transcrita, que reconoce la nulidad parcial, aplicando para ello principios generales de derecho, que no son mencionados en ese pronunciamiento y que nos proponemos destacar.

En tesis de principio un contrato es un todo unitario. Sus diferentes estipulaciones están íntimamente ligadas entre sí, en una estructura tal que las hace interdependientes. En una compraventa, por ejemplo, la estipulación relativa al precio está unida estructuralmente a la estipulación relativa a la cosa vendida: si la estipulación del precio resultara nula, caería todo el acto, puesto que no podría concebirse que quedará válida la estipulación de la cosa. En la hipótesis planteada, la causa del acto jurídico se desvirtúa y el acto entero tiene que tenerse como inválido.

Pero hay también contratos complejos, cuyas estipulaciones no son indispensables las unas a las otras. En ese caso, la invalidez de una estipulación no se comunicaría a las restantes del contrato. Esos contratos que contienen cláusulas que pueden separarse sin que resulte afectado el acto esencial acordado por las partes, son los que pueden ser objeto de nulidades parciales.[29]

Sin embargo, aunque haya "separabilidad", debe observarse que el contrato se encuentra afectado, puesto que el convenio ha sido "profunda, esencialmente cambiado por la separación de la cláusula",[30] y que debe atenderse a otros criterios, complementarios, para admitir la nulidad parcial.

B. Los criterios para admitir la nulidad parcial.

Fundamentalmente debe considerarse que sólo puede recaer nulidad parcial en un contrato "divisible".[31] Partiendo de esa base, encontramos que la doctrina civil ha evolucionado ligeramente en la consideración del problema.

Von Thur[32] señalaba que la nulidad parcial de un negocio "implica su nulidad total, a menos que se infiera que los interesados lo mismo lo hubieran celebrado sin la parte nula". El principio enunciado era, como se deduce, el de que habría que decidirse, en primer lugar, por la nulidad total del acto cuando se presentara la nulidad de una de sus cláusulas, y solo en el evento de determinar que las partes "lo mismo lo hubieran celebrado sin la parte nula". El principio enunciado era, como se deduce, el de que habría que decidirse, en primer lugar, por la nulidad total del acto cuando se presentara la nulidad de una de sus cláusulas, y sólo en el evento de determinar que las partes "lo mismo lo hubieran celebrado sin la parte nula", se admitiría la nulidad parcial.

Esa posición doctrinal la encontramos en el Derecho Civil italiano, pero matizada con la aplicación de los principios de la conservación del negocio y de la incomunicabilidad de la nulidad *(utile per inutile non vitiatur).* En esa perspectiva, el principio es el de que el contrato con una cláusula nula se conserva, invalidándose únicamente la estipulación viciada, pero como excepción, ya que la ley dispone que "La nulidad parcial de un contrato o la nulidad de cláusulas singulares importará la nulidad de todo el contrato, si resultara que los contratantes no lo habrían concluido sin la parte de su contenido que ha sido afectada por la nulidad. . .".[33]

El principio de la admisibilidad de la nulidad parcial, sin reticencias, lo constata Ghestin en Derecho Civil francés: "deben ser anulados solamente los elementos del contrato contrarios a la regla imperativa", "cuando la prohibición legal afecta el contrato entero, la nulidad no puede ser parcial".[34] Es importante el cambio de posición. Se afirma por este autor el principio de conservación del negocio, que sólo cede en presencia de reglas imperativas.

---

29. En ese sentido, SANTOS BRIZ, Jaime, *"La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno"*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1960, p. 244 ss.

30. BIBILONI, citado por DE GASPERI, Luis y MORELLO, Augusto, *"Tratado de Derecho Civil"*, tomo I *("Teoría general de los hechos y actos jurídicos")*, Tipográfica editora argentina, Bs. Aires, 1964, núm. 399.

31. PONSARD, André y BLONDEL, Piere, V. NULLITE, Rép. Civil Dalloz, 2a. ed., núm. 155.

32. VON THUR, Andreas, *"Parte general del Derecho Civil"*, trad. W. Roces, Ed. Juricentro, San José, 1977, núm. 48.

33. SANTORO PASARELLI, op. cit., supra nota 1, p. 301. Igualmente, DE GASPERI y MORELLO, op. cit., supra nota 30, p. 583, nota 30.

34. GHESTIN, op. cit., supra nota 10, núms. 876 y 877.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En este estado de la cuestión, podemos identificar tres conceptos que giran alrededor del problema de la admisibilidad de la nulidad parcial: 1) el respeto a la regla de derecho que sanciona con nulidad la irregularidad de los actos jurídicos; 2) la conservación del acto jurídico afectado de nulidad, al que sólo se le separarían los elementos viciados; y 3) de la voluntad presunta de los particulares en cuanto a que el contrato se conserva si se conforma a sus intereses.

Finalmente, debemos apuntar la observación de Ghestin a la solución que ha consagrado la jurisprudencia francesa (conservación del contrato si resulta que las partes hubieran celebrado el acto sin el elemento amputado por la nulidad parcial); "hay que preguntarse si, respetando de esa manera la voluntad de las partes, no se obstaculiza la eficacia de la sanción, es decir, en definitiva, el respeto de la regla imperativa."[35]

Nuestra Corte de Casación, en el fallo trascrito, hace una aplicación simple de la nulidad parcial, pero se enfrenta al conflicto de la comunicabilidad de esa sanción al resto del contrato, cuando sostiene que de una nulidad parcial podría resultar una resolución del contrato por incumplimiento. Opinamos que allí más bien se trataba de determinar la extensión de la nulidad: si era parcial o total. Si la Corte hubiera determinado que el interés de las partes no se satisfacía con los elementos del contrato que quedaban válidos, su decisión hubiera sido el declarar nulo todo el acto. Pero como constató que a pesar de quedar invalidada una parte del contrato, la voluntad de las partes no variaba en el resto del convenio, éste quedó válido.

Una última cuestión que debe examinarse es si el contrato anulado parcialmente era "divisible". La Corte de Casación decidió que sí lo era, pero no expuso criterios al respecto. No se trataba de un convenio con estipulaciones inconexas. Era una compraventa de un inmueble, que resultó ser en una porción un bien demanial, por lo que no nos parece que se encuentre allí la figura de un contrato con elementos fácilmente separables.

Como conclusión de las anteriores observaciones, señalamos que si bien el concepto de nulidad parcial está admitido doctrinalmente y además reconocido para casos específicos en la ley costarricense, el fallo analizado no se conforma al respecto ni con la doctrina ni con la ley. En efecto, la nulidad parcial declarada no es de las prescritas casuísticamente en el Código Civil (como en los casos de los artículos 292 y 1023), ni de las proclamadas por la doctrina (la de cláusulas accesorias o de elementos "separables" del contrato).

Pareciera ser que los altos jueces se inclinaron por reconocer la nulidad parcial de un acto, dejando válido de él solamente los elementos que no se enfrentan al orden público, pero sin examinar si esa porción válida configuraba el contrato al que dio origen la voluntad conforme de los litigantes.[36] Esa apreciación (que pareciera tácita) del orden público, en nuestra opinión, ha orientado la doctrina de las nulidades en la jurisprudencia costarricense. Esa hipótesis nos proponemos demostrarla (o rechazarla) en trabajos futuros.[37]

***

35. GHESTIN, op. cit., supra nota 10, núm. 831.

36. La Corte de Casación llegó al mismo resultado en otro asunto, en que decretó la nulidad de una cláusula de un contrato, dejando aparentemente válido el resto de la convención. Sentencia número 46 de las 16:45 hrs. del 17 de mayo de 1967 (Guardia c/Suc. Niehaus), 1er. sem., p. 861 ss.

37. Estos trabajos estan en preparación, dentro del proyecto de "Sistema de Nulidades en Derecho costarricense", IIJ, UCR.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA AUTONOMÍA DEL DERECHO AGRARIO

LIC. ÁLVARO MEZA LÁZARUS
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la Escuela Libre de Derecho (UACA).

SUMARIO

Pág.

1. Premisa 102
2. Importancia del tema de la autonomía del Derecho Agrario 102
3. Premisas metodológicas en torno al tema de la autonomía del Derecho Agrario 103
4. Antecedentes históricos del tema de la autonomía 103
5. El tema de la autonomía del Derecho Agrario en la doctrina actual del Derecho Agrario. Las tesis del profesor Antonio Carrozza 109
6. La teoría de los institutos y el criterio de agrariedad 110

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

1. Premisa.

El tema de la autonomía del Derecho Agrario reviste trascendental importancia para el estudio del Derecho Agrario; llamado "clásico", este tema —mediante el ardiente debate que ha producido— ha sido la fuente generadora de múltiples estudios que han permitido el descubrimiento de nuevos objetivos a tratar por la doctrina ius agrarista, logrando así la renovación constante de esta nueva rama jurídica. Temas como los de las fuentes, el método, el objeto y el contenido del Derecho Agrario han surgido y cobrado vivo interés en virtud de las discusiones en torno al estudio de la autonomía del Derecho Agrario.

En el presente ensayo se trata de dar una idea global del debate con respecto al tema, estableciendo, en primer lugar, lo que podría llamarse los antecedentes históricos del tema de la autonomía, para luego, habiendo demostrado lo insuficiente del planteamiento, formular los modernos criterios que sobre la autonomía se han dado.

Debe advertirse, antes de iniciar el presente ensayo, que el debate sobre la autonomía no ha llegado a su finalización, sino que, al contrario, se mantiene expectante en torno a todos y a cada uno de los estudios y monografías que se realicen sobre el Derecho Agrario. Todo aquel que estudie el Derecho Agrario debe partir de una posición propia sobre el tema de la autonomía y la especialidad del Derecho Agrario.

El autor de este ensayo, pretende demostrar lo insuficiente de los planteamientos propuestos para fundamentar la autonomía del Derecho Agrario, y adopta, como conclusión única, la teoría que sobre la autonomía del Derecho Agrario ha elaborado el ilustre profesor CARROZZA; pues con ella —se parte de las partes para llegar al todo— se logra eludir los escollos presentados al tema de la autonomía, mientras se va mermando, poco a poco, la resistencia que presenta el tema a través del descubrimiento de nuevos institutos típicos del Derecho Agrario.

2. Importancia del tema de la autonomía del Derecho Agrario.

El Derecho Agrario es una de las ramas más novedosas del Derecho. Aún y cuando la agricultura es un fenómeno que nace con el desarrollo del hombre, ambos fenómenos Derecho Agrario y Agricultura, no tienen un mismo origen histórico.[1]

> "El Derecho Agrario como fenómeno ius histórico, no ha existido siempre. Aparece a partir del momento en que se dan una serie de condiciones económicas, políticas, sociales y culturales determinadas que permiten su nacimiento. Es, en consecuencia, un Derecho que al igual que otras ramas jurídicas entiendo como sistema, no se conforma como un fenómeno consistente en los ordenamientos jurídicos del mundo".[2]

Varios son los factores que conducen al origen del Derecho Agrario,[3] entre los cuales destacan, de acuerdo con la moderna doctrina, tres de ellos: el capitalismo, la ruptura de la unidad del Derecho Privado y la evolución del esquema constitucional en los diversos ordenamientos.

La incidencia de estos factores ha sido ampliamente desarrollada por ZELEDÓN.[4] Sostiene este autor que con el capitalismo la tierra adquiere la condición de instrumento de producción a la par del capital y el trabajo. La Revolución Industrial deja su huella en el campo con la implantación de nuevas formas de producción, la nueva técnica de abonos químicos, la invención de la maquinaria agrícola, etc.

En lo que respecta al rompimiento de la unidad del Derecho Privado, con la Revolución Francesa aparece el Código de Comercio como Derecho de la Burguesía Industrial en contraposición al Código Civil (Derecho de la Burguesía Rural). Poco a poco ambas codificaciones entran en conflicto debido a las necesidades humanas, a la naturaleza del bien, las diferencias entre bienes de consumo y bienes de producción, y en virtud de

---

1. Este planteamiento, seguido por la moderna doctrina, ha sido sustentado en nuestro país por ZELEDÓN Z., Ricardo. Véase para todo *"El origen del moderno Derecho Agrario"*, en Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano; Editorial F.I.D.A.C., pp. 3-10.
   Un planteamiento diverso a este es el seguido por MALDONADO, para quien el Derecho Agrario "es tanto o más antiguo que el Derecho Civil porque la actividad agraria es una de las primeras preocupaciones de la humanidad", MALDONADO, Abraham, *Derecho Agrario, historia, doctrina y legislación.* Bolivia, 1956, pp. 25-60.
2. ZELEDÓN, Ricardo, *op. cit.*, p. 12.
3. CARROZZA, Antonio, *Problemas de teoría general del Derecho Agrario*, en Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano, pp. 81-91.
4. ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *op. cit.*, pp. 10-23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que la propiedad pasa de poder de la voluntad a poder económico.

En relación con el aspecto constitucional se evoluciona de un sistema *liberal* a un sistema *social* de modo que tal evolución hace que a partir de la Constitución mexicana de 1917, y posteriormente con la Constitución de Weimar de 1979, la propiedad pasa por una metamorfosis que lleva el concepto de *propiedad-señorío,* a una *propiedad-instrumento de producción,* a una *propiedad-actividad,* hasta transformarse finalmente en un *derecho-deber* al darse el moderno concepto de propiedad en *función social.*

Los factores mencionados actúan al interno del ordenamiento jurídico obligándolo a la promulgación de una normativa especializada que sea compatible con su evolución. Esta normativa distinta, entra en contradicción con la establecida por el Código Civil, haciendo necesaria su propia estructuración a través de una rama jurídica autónoma con sus principios, fuentes y doctrina propios. Es así como:

> "Nace entonces el derecho agrario del derecho civil, pero no como traslado del estudio del derecho de la tierra. El derecho agrario es derecho de actividad, no sólo de propiedad, nace como unidad de la organización y utilización de la tierra en la producción agrícola".[5]

3. Premisas metodológicas en torno al tema de la autonomía del Derecho Agrario.

Como bien lo señala DUQUE CORREDOR "cuando se sostiene la autonomía del derecho agrario, debe empezarse por afirmar la unidad sustancial del derecho la cual no excluye, por otro lado, a la especialización de las ramas jurídicas, que responden a las nuevas necesidades de la vida en comunidad organizada; por lo tanto, el derecho agrario no está en contradicción con el derecho común, sino por el contrario viene a ser una manifestación de la modernización que en general viene operándose dentro del Derecho".[6] Señala el mismo autor que dentro de esa perspectiva también se colocaba DE CASTRO, cuando señalaba al Derecho Agrario como un derecho renovador, ya que según él, "Dicho derecho no representa una salida de tono, sino que al dar con el tono apropiado a la regulación jurídica, descubre lo desentonado del derecho común vigente".[7]

Los criterios anteriormente apuntados señalan la importancia del tema de la autonomía del Derecho Agrario. No se trata de un tema teórico sino más bien de un tema vital para la subsistencia misma de esta naciente rama. Si logramos demostrar que el Derecho Agrario es una rama autónoma del Derecho ello significará que no necesitaremos de acudir a otras normativas de naturaleza histórica, socioeconómica y política diferente de la agraria para resolver las eventuales situaciones de ausencia de norma expresa. Dada la importancia que asume el tema es que ha sido calificado como el más polémico de los hasta ahora tratados por la doctrina ius agrarista.

4. Antecedentes históricos del tema de la autonomía.

El debate sobre la autonomía del Derecho Agrario se ubica temporalmente en los primeros años de la *Rivista di Diritto Agrario* y como consecuencia necesaria de su propia fundación.[8] GIANGASTONE BOLLA, fundador de la Revista, es quien pone en ardiente discusión el tema, al plantear en 1922, la posibilidad de encontrar presupuestos justificativos para tratar en forma autónoma esta rama jurídica; sin embargo, no fue sino entre 1928 y 1931 cuando el debate cobra mayor consistencia y significación.

> "En el debate intervino los mejores juristas de la época y no se redujo a determinar si el derecho agrario era autónomo. La discusión necesariamente planteó otros aspectos ligados al argumento central, y que permitieron en esa forma iniciar el descubrimiento de nuevos temas que en los años venideros vendría a desarrollar el derecho agrario, tales como el método científico que era necesario emplear para el análisis de la normativa, el problema de las fuentes consistente en determinar si debían ser distintas de las del derecho civil, comercial u otros; con particularidades distintas propias o por el contrario si debían ser las mismas, ponderando

---

5. ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *op. cit.*, p. 49.
6. DUQUE CORREDOR, Román José, *Derecho Agrario. Estudios Seleccionados,* Ediciones Magón, Caracas, Tomo I, 1978, p. 53.
7. DE CASTRO, citado por DUQUE CORREDOR, Román José, *op. cit.*, p. 54.
8. ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *El origen, formación y desarrollo del moderno Derecho Agrario,* San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981, edición poligrafiada, p. 37.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las vicisitudes ofrecidas por la costumbre, la necesaria existencia de todo un sistema de contratación diferente de la civil y, lo que es más importante, la necesaria aparición de nuevos conceptos e instituciones que en principio parecieran propios de la naciente rama".[9]

En este orden de ideas, en el período de 1928 a 1931, se manifestaron a favor de la autonomía: BOLLA,[10] DONATTI,[11] BRUGGI,[12] PARELLA,[13] ARIAS;[14] mientras que se pronunciaron en contra de ella: SCIALOJA,[15] ARCANGELLI,[16] y CARRARA, sin embargo, este último, en 1938 había cambiado ya de criterio.

Puede afirmarse que el argumento central consistía en la obligatoriedad —de los sostenedores del criterio autonómico— de demostrar que la nueva rama jurídica era autónoma en los planos; legislativos, didáctico y científico, incorporándose, posteriormente, la necesidad de demostrar también la autonomía en el plano procesal.[17]

En el plano **legislativo,** se requería la existencia de una vasta normativa dictada y en virtud de la cual se pudiera ubicar un conjunto de normas destinadas a regular el fenómeno jurídico de la agricultura. Algunos autores sustentan la necesidad —mientras que otros la sola conveniencia práctica— de reunir en un solo "corpus" todas las normas atinentes a la agricultura, a través de un código agrario.

Con respecto a este tema ZELEDÓN acertadamente, señala como el mismo no ofrece ningún problema ni ahora ni en la época en que se discutió principalmente el tema, pues se encuentra en códigos agrarios como el de Suiza y Finlandia de 1774, en Europa y como los de Argentina desde 1865, en América Latina.[18]

En el plano **didáctico,** tampoco ofrece mayor problema para la tesis autonomista, se han manifestado la necesidad y utilidad de la enseñanza especializada del Derecho Agrario dentro de los planes de estudio del Derecho desde tiempo atrás. Asimismo, se han producido investigaciones, obras jurídicas, monografías que se han encargado de la difusión y enseñanza sistemática de la materia. El conglomerado de este material didáctico, referidos a tratar en forma integral y profunda la materia, es tan amplio en la actualidad como el existente en cualquier otra rama de las tradicionales aceptadas como autónomas (laboral, penal, internacional, etc.). Las cátedras universitarias son una realidad en la totalidad de países europeos y latinoamericanos. En nuestro país ha existido una cátedra de Derecho Agrario la cual actualmente es de obligatorio cursamiento; a ello debe añadírsele los cursos de postgrado que en el presente año se han iniciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.[19]

En el plano de la autonomía **procesal** se aludía a la conveniencia de una jurisdicción especial para las cuestiones y litigios entre agricultores (o de algún modo concernientes al agro). En este aspecto, en un principio, autores como CALAMANDREI se manifestaron como contrarios a tal tesis autonomística en materia de jurisdicción. Sostenía el insigne procesalista que "no era precisamente impulsando la existencia del proceso agrario como se cumple con las exigencias del nuevo derecho agrario, por lo contrario, era necesario imprimir en el proceso ordinario una serie de modificaciones sustanciales para lograr un proceso menos lento y más adecuado a las necesidades de la agricultura".[20] La posición adoptada por CALAMANDREI obede-

9. *Ibíd.*, p. 38.
10. BOLLA, Giangastone, *Nota introduttivi*, en **Rivista di Diritto Agrario, 1928, pp. 3-5.**
11. DONATTI, B., *Sulla autonoma del Diritto Agrario*, en **Rivista di Diritto Agrario, 1929, pp. 337-342.**
12. BRUGGI, B., *Per la autonomía del Diritto Agrario*, en **Rivista di Diritto Agrario, 1929, pp. 183-188.**
13. PARELLA, A., *Il sistema nel Diritto Agrario*, en **Rivista di Diritto Agrario, 1929, pp. 31-58.**
14. ARIAS, A., *Il Diritto Agrario*, en **Rivista di Diritto Agrario, 1928, pp. 197-200.**
15. SCIALOJA, V., *Diritto Agrario e Codice Agrario*, en **Rivista di Diritto Agrario, 1928, pp. 197-200.**
16. ARCANGELLI, A., *Il Diritto Agrario e la sue autonomia*, en **Rivista di Diritto Agrario, 1928, pp. 6-12.**
17. BALLARIN MARCIAL, Alberto, *Derecho Agrario. La Constitución de 1978 y la Agricultura*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, 1978, pp. 342-343.
18. Para todo véase a ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *El origen, formación y desarrollo del moderno Derecho Agrario*, en **Estudios de Derecho Agrario, Tomo I, edición poligrafiada de la Facultad de Derecho, 1981, pp. 40-41.**
19. ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *Los estudios de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, material poligrafiado, inédito.
20. CALAMANDREI, citado por ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, **San José, Editorial Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982, p. 31.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cía a una justificación histórica ya que al pronunciarse sobre el tema[21] se discutía sobre la reforma del Codice Procedure Civile italiano, por lo que para él resultaba inoportuna la discusión abrigando una idea esperanzadora en cuanto a la incorporación en tal reforma, del ideal chiovendiano de la oralidad.[22]

Al concluir la Segunda Guerra mundial, la agricultura toma nueva fuerza y al dictarse un complejo conjunto ius agrario se encuentran interesantes disposiciones procesales destinadas a satisfacer las exigencias de las normas sustantivas que requieran una especialización procesal.[23]

CAPELLETI, alumno dilecto de CALAMANDREI, considera que éste al ver hoy frustrado el ideal chiovendiano de la oralidad y con el de la consiguiente inmediatez, la concentración, la simplicidad y la racionalidad de las formas, de un proceso capaz de satisfacer las exigencias de la agricultura en el plano de la tutela jurisdiccional, sería el primero en reconocer las exigencias que él mismo indicaba.

Hoy en día se encuentra ampliamente demostrada la autonomía en el plano jurisdiccional, la gran cantidad de verdaderos sistemas procesales que se desarrolla hoy en Europa (a raíz de la nueva concepción de los contratos agrarios) y en América Latina (sobre todo a partir de las leyes de reforma agraria) son una clara prueba de ello. En nuestro país la reciente promulgación de la ley de jurisdicción agraria[24] nos da un ejemplo de lo que significa el proceso agrario y por ende su competencia.

En el plano **científico,** se trata de demostrar la posibilidad de un tratamiento científico del conjunto orgánico de tal suerte que se pueda encontrar cierta particularidad, singularidad, es decir, cierto carácter excepcional de la materia que le permita identificarse internamente y a la vez diferenciarse en forma sustancial de las otras ramas jurídicas.[25] Es en este plano donde se centra el problema clave de la autonomía; las mayores dificultades se concentran en la demostración de la autonomía científica. Se ha sostenido que para tal demostración se requiere, en concreto, la prescriencia de principios generales propios distintos de los de las demás ramas jurídicas.

Algunos autores han hecho esfuerzos por identificar los principios generales del Derecho Agrario como forma de mantener la tesis de la autonomía. Es ineludible de citar, entre estos autores a FRASSOLDATTI, quien fue el primero en esta búsqueda señalándolo en su ponencia al *Primo Convegno Internazionale di Diritto Agrario* en 1954, titulada **"Sulla Autonomia Giuridica del Diritto Agrario"** los siguientes principios fundamentales:

1) El principio de la dimensión mínima de la empresa agraria. Este principio implica la prohibición de fraccionamiento de la mínima unidad de cultivo y del procedimiento coactivo de recomposición inmobiliaria.

2) El principio de la buena cultivación que es el derecho del propietario y la obligación de todos los otros titulares o cotitulares de la empresa agraria en un grado de intensidad tal que supere considerablemente la responsabilidad de cualquier otro emprendedor.

3) El principio de la indivisibilidad de los resultados totales del año agrícola que es una realidad económica antes que jurídica, pues cuando en el mismo año se suceden distintos titulares en el goce del fundo —no por derecho derivativo el uno del otro— se prescinde de la apropiación y se forma en vez la masa de todos los frutos del año para repartirlos proporcionalmente a la duración del respectivo derecho.

4) El principio de la colaboración en los contratos agrarios que viene de la exigencia de un ejercicio sano y vital de la empresa, que interesa también así a los que jurídicamente les son extraños y está fundado sobre normas que imponen la asistencia a la parte menos rica y que restablece el equilibrio económico de las recíprocas contribuciones.

5) El principio de la colaboración entre los

---

21. En 1935 en el Primo congresso nazionale di Diritto Agrario italiano, celebrado en Florencia y en 1939 en el Secondo congresso celebrado en Cerdeña.

22. En 1940 se promulgó el Codice di Procedure Civile y en él no se incorporó el ideal chiovendiano de la oralidad, los ideales de CALAMANDREI, se verán así frustrados.

23. Véase para todo ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, p. 53.

24. La Ley de Jurisdicción Agraria fue promulgada el 29 de marzo de 1982 y se ubica dentro de la tercera etapa del llamado "Movimiento de la jurisdicción agraria especializada" latinoamericana.

25. ZELEDÓN, Ricardo, *El origen, formación y desarrollo del moderno Derecho Agrario*, p. 41.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

fundos que encuentran el origen en las numerosas disposiciones que sancionan una característica: solidaridad entre los vecinos moderando y sacrificando el riguroso ejercicio de los derechos singulares, muchas veces en conflicto con los intereses que se componen a través de la sesión arbitral del Juez la cual supera, en cierto modo, el paso particular para valuar también, objetivamente, las ventajas que puedan derivarle a la agricultura.[26]

La fórmula consistente en buscar la autonomía en el plano científico a partir de la búsqueda de los principios generales del Derecho Agrario fue una constante en la doctrina posterior a FRASSOLDATTI, así tenemos que en España BALLARIN MARCIAL señaló como principios generales los siguientes:

1) El principio de que la propiedad debe cumplir una función social.

2) El de la protección máxima a la empresa agrícola rentable familiarmente.

3) El de la distribución de la propiedad.

4) El de acceso a la propiedad en orden a crear explotaciones familiares.

5) El de la dimensión mínima de las explotaciones agrarias, representado tal mínimo de familiar.

6) El de un especial rigor exigido a la gran propiedad.

7) El de la coincidencia entre propiedad y empresa.

8) El de procurar la conservación de las explotaciones agrarias y especialmente las familiares.

9) El de procurar la asociación entre campesinos agrícolas para la solución de los problemas comunes.

10) El de la planificación de la intervención estatal y el de paridad.[27]

En Costa Rica, los autores SALAS y BARAHONA señalan principios generales del Derecho Agrario y principios propios del Derecho Agrario costarricense. Los principios generales del Derecho Agrario son:

1) El de la protección del empresario agrícola no propietario frente al propietario no empresario, consistente en que la propiedad en el Derecho Agrario no está destinada a servir al propietario sino que debe dedicarse a la producción económica.

2) El de que la tierra debe cumplir una función social el cual radica en que el propietario está obligado a hacerla rendir adecuadamente y en caso de incumplimiento se procederá a la expropiación.

3) El de las limitaciones a la facultad de disponer por parte del propietario, porque al recibir la propiedad agraria no puede venderla, gravarla, arrendarla hasta cinco años después de adjudicada, debiendo garantizar la integridad de la parcela.

4) El de la alteración de la autonomía de la voluntad en los contratos agrarios, consistente en que no se tiene completa libertad para convenir los pactos, cláusulas, estipulaciones que a bien tuvieran.

5) El de las limitaciones a la libertad de producción en el sentido de que las tierras deben ser destinadas al uso agrícola natural conforme a los estudios y normativas dictadas por el Estado.[28]

Como principios propios del Derecho Agrario costarricense son señalados por SALAS y BARAHONA los siguientes:

1) El de la protección del aparcero rural.

2) El de la protección del poseedor en precario.

3) El de la preferencia por la unidad económica de explotación familiar.

4) El de apoyo a la pequeña y mediana propiedad rural y la erradicación del latifundio y el minifundio.

5) El de la conservación de las explotaciones agropecuarias que se consideren ejemplares.

6) El de la eliminación de las formas indirectas de explotación predial.

7) El de evitar que las tierras nacionales se concentren en manos de quienes las utilizan para fines especulativos o las exploten en perjuicio de la nación.

8) El de fomento para la creación de cooperativas agrícolas.

9) El de velar por la protección de las familias indígenas entregándoles parcelas a título gratuito en propiedad.[29]

---

26. FRASSOLDATI, *Sulla autonoma giuridica del Diritto Agrario*, en Atti del primo convegno internazionale di Diritto Agrario, Milano, Giuffrè, 1954, Vol. I, pp. 147-72.

27. BALLARIN MARCIAL, Alberto, *op. cit.*, pp. 589-616.

28. SALAS, Oscar y BARAHONA, Rodrigo, *Derecho Agrario*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, segunda edición, 1981, pp. 50-51.

29. SALAS, Oscar y BARAHONA, Rodrigo, *Derecho Agrario*, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, segunda edición, 1981, pp. 50-51.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En Venezuela DUQUE CORREDOR ha identificado, por su parte, los principios generales del Derecho Agrario venezolano, los cuales son:

1) El principio de la función social de la propiedad.

2) El de las dotaciones locales.

3) El de mantenimiento de la unidad parcelaria.

4) El de protección a la pequeña y mediana propiedad.

5) El de la conversión en mejor tenencia.

6) El de la protección de los recursos naturales renovables.

7) El de la intangibilidad de las cosechas y el respeto a las situaciones productivas de los fundos.[30]

Si se analizan detalladamente los principios generales anteriormente desglosados —unos como pertenecientes a todo el Derecho Agrario y otros al Derecho Agrario de un país determinado— se concluye que los mismos no constituyen criterios ordenado al punto tal de que pueda decirse que los principios generales no han sido identificados pese al esfuerzo de estos autores, LUNA SERRANO, con respecto a ellos, ha considerado con bastante acierto que:

> "Más parecen por su contenido, y aún por su misma formulación desideratas que debe satisfacer la legislación agraria, o, a lo más tendencias del derecho agrario que desde luego, si se consolidasen en el plano normativo, podrían, al menos algunos de los señalados, convertirse en principios legislativos más que en verdaderos principios generales jurídicos".[31]

Esta actitud, ante el problema de los principios generales, ha sido también adoptado por CARROZZA para quien estos principios generales resultan fantasmagóricos y se esfuman cuando se miran desde lo alto de un complemento organismo del derecho.[32]

Así mismo, considera el mismo autor que:

> "El problema está en que quien renueva —como a menudo sucede— el tentativo de determinar estos principios generales, o está obligado a la evidencia de que los principios generales, con todos los requisitos pedidos, en realidad no existen y es por eso que no han sido jamás individualizados o bien se expone al riesgo de indicar principios que resultan, luego de una verificación seria, falsos porque les falta la naturaleza jurídica o bien el carácter de generalidad".[33]

El debate sobre la autonomía del Derecho Agrario indudablemente le dio un impulso fundamental a la naciente rama jurídica al punto de que aún la doctrina se plantea la necesidad de retomar el planteamiento de este tema que se ha dado en llamar "clásico". Al respecto señala CARROZZA:

> "¿Cuál fue el éxito de la disputa? Habiendo terminado prácticamente sin vencedores ni vencidos, tiene el mérito de estimular el desarrollo de la nueva disciplina, demostrando su vitalidad y la factibilidad de su estudio científico, así como la utilidad del tratamiento al que las "dos escuelas" habían comenzado a someterla.
>
> Sino por otro, solo por ese resultado tan importante el tema de la autonomía no merece el olvido. Pero hay otras consideraciones que hacer a este propósito: el discurso de la autonomía siempre ha puesto de frente a los estudiosos a muchos y diversos aspectos de la materia por lo que resultan justificadas, además —y esto es lo que más cuenta— la consideración del derecho agrario bajo este ángulo visual nos permite ver nítidamente los caracteres esenciales y someterlos a un repensamiento".[34]

Entre las consecuencias de tal debate surgen, lo que NATALINO IRTI llamó las "dos escuelas del Derecho Agrario" —y a lo cual hizo referencia el profesor CARROZZA en la anterior cita— que son las dos tendencias doctrinales que surgen a raíz de la discusión en torno a la autonomía del Derecho Agrario. Estas escuelas se diferencian entre sí en relación con la aceptación de la autonomía del Derecho Agrario y en cuanto al método escogido. Las dos escuelas se denominan la *Escuela Técnico-Económica,* conducida por GIANGASTONE BOLLA, y la *Escuela Jurídica del Derecho Agra-*

---

30. DUQUE CORREDOR, Román José, *op. cit.*, pp. 21-23.

31. LUNA SERRANO, Agustín, *La formación dogmática del Derecho Agrario*, en Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano.

32. CARROZZA, Antonio, *Nota introdutiva al libro gli Instituto del Diritto Agrario*, p. 2.

33. CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho Agrario*, en Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano, nota 123.

34. CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho Agrario*, en Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, 1982, p. 37.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

rio, que a su vez es conducida por AGEO ARCANGELLI.[35]

La Escuela Técnico-Económica de BOLLA confluye sugestiones históricas, criterios económicos y motivos ideológicos que inducen a exaltar el tecnicismo de la agricultura y a reivindicar con firmeza la autonomía del Derecho Agrario, concebida como *ius proprium* de la agricultura.[36]

Sostiene BOLLA que desde el punto de vista de la transformación de la propiedad la disciplina de la actividad agrícola se diferencia de las del Derecho Común basada en la unidad económica del fundo que es el factor esencial sobre el que se moldean todas las relaciones, porque la hacienda de la economía agraria moderna se une al *fundus instructus* de los romanos alrededor del fundo y el conjunto de bienes organizados para el ejercicio de la actividad agraria, donde confluyen todas las relaciones tanto técnicas como jurídicas.[37] Siguiendo el mismo orden de ideas BOLLA concluye que "la sistemática del derecho agrario debe apoyarse sobre la realidad económica e histórica y el *ius proprium* de la agricultura debe ser el reglamento jurídico del *rus* del *fundus* (el suelo y la hacienda agraria) como institutos específicos que ocupan un puesto preeminente en la producción agrícola".[38]

Con respecto a las sugestiones históricas, los criterios económicos y los motivos ideológicos que confluyen en la tesis de BOLLA ha sido señalado por ZELEDÓN la distinta importancia que tales factores adquieren para él así como la recíproca influencia de los mismos "porque las normas agrarias no regulan para BOLLA, institutos que encuentran normativa en otros actores de la producción, sino fenómenos de irrepetible singularidad maduros en el curso de la historia e inscritos al centro de relaciones entre las clases sociales del complejo resultado económico. En esta forma, la disciplina y la sistemática científicas deben tener la misma lógica del tecnicismo de la materia, como forma de construir el entero sistema".[39]

La construcción de BOLLA no tiene que ver solamente con el tema de la autonomía del Derecho Agrario, sino por el contrario, tiene que ver con el establecimiento de un sistema coherente, completo y orgánico.

Al respecto apunta ZELEDÓN:

> "Hay algunos temas importantes que reflejan plenamente las consecuencias de esta toma de posición. Respecto al tema de las fuentes del Derecho Agrario, que abre BOLLA en 1934 muy influido por el Derecho Romano Comparado, se sostiene la importancia de la costumbre como forma de mantener el ambiente histórico y económico propio del agrario, negando la posibilidad de recurrir analógicamente a normas del derecho común en caso de ausencia de norma agraria, porque cabalmente la organicidad existe en la medida en que el sistema pueda encontrar solución a sus problemas internamente, todo esto porque el tecnicismo de la materia determina una específica importancia de las normas consuetudinarias. También el criterio técnico es esquemáticamente aplicado en la definición y clasificación de los contratos agrarios pues están tanto en la génesis histórica como en la disciplina actual ligados al desarrollo del factor técnico-económico, de ahí que la tutela no nace necesariamente del legislador sino de los fenómenos productivos radicando su autonomía en la tipicidad de la causa que consiste en el goce del complejo unitario funcional cuya estructura y continuidad se refleja en los derechos y obligaciones. En cuanto al fundo, este no es sólo el objeto sino que es además un bien que se define por su función por lo que las partes tienen respecto de él, la obligación de conducirlo según las buenas normas técnicas y su progreso de ahí que se encuentren limitados en sus derechos clásicos, sobre todo en cuanto debe velarse por la unidad del *fundus instructus* porque es la base de la empresa agrícola alrededor de la cual giran los otros factores de la producción. Otro tema también analizado con profundidad desde este ángulo técnico de la materia es la producción en el sentido de que todas las normas referidas a la agricultura tienen un sentido teleológico que tiene que ver con el momento objetivo y subjetivo de la actividad económica.[40]

La Escuela Jurídica del Derecho Agrario encabezada por ARCANGELLI cuya herencia fue

---

35. Véase a IRTI, Natalino, *Le due scuole dil Diritto Agrario*, en **Rivista di Diritto Agrario, 1975, pp. 3-55.**
36. CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho Agrario*, en **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, p. 37.**
37. **BOLLA, citado por ZELEDON, Ricardo, *El origen, formación y desarrollo del moderno Derecho Agrario*, pp. 46-47.**
38. ***Ibíd.*, p. 47.**
39. **BOLLA, citado por ZELEDON, Ricardo, *El origen, formación y desarrollo del moderno Derecho Agrario*, pp. 47-48.**
40. ***Ibíd.*, pp. 48-49.**

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

tomada por ENRICO BASANELLI, se presenta como propiamente jurídica, es decir sensible al método civilista.[41] Esta escuela niega la autonomía del Derecho Agrario y la especialidad de la materia. Para ARCANGELLI es totalmente falsa e incluso peligrosa la actitud de una gran cantidad de juristas que afirman la autonomía de diferentes ramas por el solo hecho de regular una determinada realidad social o porque les corresponde normativizar una situación técnica porque tal actitud traerá serias consecuencias que al final serán dañosas para el Derecho y su ciencia. Con esta aclaración ARCANGELLI ubica el Derecho Agrario dentro del Derecho Privado.[41] Es así como considera que:

> "Las mismas exigencias que han hecho del Código Civil y del Código de Comercio dos Códigos de Derecho Privado, e inducen a mantenerlas con este carácter deben valer del mismo modo y por las mismas razones para caracterizar al derecho agrario como derecho privado y el estudio del derecho agrario como doctrina privatista".[42]

ARCANGELLI cierra su posición indicando como ninguno entre todos los que han participado en la discusión han sabido hasta ahora indicar un solo principio general propio de la materia e idóneo para justificar la pretendida autonomía doctrinal del Derecho Agrario. Con esta frase ARCANGELLI sentencia el estudio de la autonomía del Derecho Agrario a través de la formulación de principios generales.

5. El tema de la autonomía del Derecho Agrario en la doctrina actual del Derecho Agrario.

LAS TESIS DEL PROFESOR ANTONIO CARROZZA

Actualmente, en relación con el tema de la autonomía del Derecho Agrario, existen nuevos planteamientos doctrinales, entre los cuales el más autorizado es el desarrollado por el profesor CARROZZA para quien es necesario distinguir en el estudio de la autonomía varios aspectos que paso a resumir.[43]

En primer lugar, se debe hablar de una autonomía relativa ya que, debido a la fundamental unidad de ordenamiento jurídico y a la continuidad lógica e histórica de sus manifestaciones la autonomía de cualquier rama del Derecho debe ser juzgada como relativa.[44] Debe hablarse de relatividad pues en varios ordenamientos jurídicos existe una dependencia aún muy acentuada del Derecho Agrario a otras ramas del Derecho, específicamente del Derecho Público.

En segundo lugar, el fundamento de la autonomía no puede hoy buscarse, como ha sido regla, en la existencia de principios generales de la materia, ese método no ha dado resultado en virtud de quienes han formulado tales principios se ven ante la inevitable realidad de que los mismos, o bien carecen de una naturaleza propiamente jurídica, o de generalidad necesaria.

Al punto como señala LUNA SERRANO:

> "Más parecen por su contenido, y aún por su misma formulación, desideratas que debe satisfacer la legislación agraria, o a lo más tendencias del Derecho Agrario, que desde luego, si se consolidasen en el plano normativo, podrían, al menos algunos de los señalados convertirse en principios, legislativos que verdaderos jurídicos.[45]

Ver 31

La posición de LUNA SERRANO ha sido también adoptada por CARROZZA, para quien:

> "Estos insucesos aconsejan cambiar el método y buscar el fundamento de la autonomía no en los principios generales, sino al interno de los institutos jurídicos particulares (y en los relativos principios) los cuales representan la base material de toda posible construcción de su autonomía".[46]

---

41. CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho Agrario*, en **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, p. 37.**
42. ARCANGELLI, citado por ZELEDON, Ricardo, *El origen, formación y desarrollo del moderno Derecho Agrario*, **p. 51.**
43. CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho Agrario*, en **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, p. 35.**
44. **"Un derecho agrario autónomo en el sentido —acorde a su etimología— de autosuficiente no puede ni siquiera tomarse en consideración como problema a resolver". BALLARIN MARCIAL, Alberto, *op. cit.*, p. 78.**
45. LUNA SERRANO, Agustín, *La formación dogmática del concepto de Derecho Agrario*, **en Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, 1982, p. 78.**
46. **CARROZZA, Antonio, *op. cit.*, p. 42.**

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

En tercer lugar, la especialidad debe entenderse como referida al objeto de la normativa en examen y debe ser entendida como un presupuesto de la autonomía que aún cuando siendo necesaria no sea suficiente para llegar a consolidar la autonomía del Derecho Agrario.[47]

Por otra parte, la especialidad debe abordarse desde varios puntos de vista, de los cuales los más importantes son: El hecho de que el Derecho especial se ha de dividir en un grupo de institutos jurídicos susceptibles de distinta consideración pero provistos de una organicidad que se nota tanto en un sistema de fuentes propias como en el hecho de encontrarse, en cada instituto especializado, la unidad del fenómeno biológico subyacente a toda forma de cultivos vegetales y cría de animales.[48]

Por último se debe esbozar un criterio más técnico de especialidad consistente en la hipótesis de un grupo de normas jurídicas que en su contenido contradice a otro grupo o agregado de normas tenidas, por ciertos indicios, como generales.

Resumiendo la anterior opinión en el siguiente párrafo nos dice el profesor CARROZZA:

> "En sustancia, sea la 'especialidad' sean las expresiones que tienen valor de sinónimo (como 'particularismo', 'originalidad' o 'especialidad', etc.), o se sirvan para individualizar un presupuesto de la autonomía, o bien dependan de un aspecto singular, arriesgamos sin embargo a generar equívocos en torno al complejo significado de autonomía. Esto no quita que una definición de la autonomía puede ser confeccionada utilizando el doble significado de especialidad reseñada: el derecho agrario puede decirse autónomo en cuanto regula, de manera orgánica, técnicamente a sí misma (las relaciones referentes a la agricultura) para la cual aparejan normas definibles especiales o excepcionales de frente de las normas de derecho común, organizándolos en institutos jurídicos típicos".[49]

6. La teoría de los institutos y el criterio de agrariedad.

La llamada teoría de los institutos y el criterio de agrariedad son dos teorías elaboradas también por el profesor CARROZZA.

Revisten ambas teorías de especial importancia para la elaboración de la autonomía del Derecho Agrario. Se analizan ambas teorías en un mismo punto para de ese modo establecer, con mayor claridad, la innegable conexión entre una y otra.

La teoría de los institutos más que teoría resulta un método para el estudio del Derecho Agrario. Surge a manera de conclusión y como única salida del problema planteado por la temática que se presenta con respecto de la autonomía del Derecho Agrario al descubrirse que, la autonomía no se puede fundamentar en principios generales sin que sacrifiquemos toda la estructura lógica-jurídica en que se desarrolla la ciencia del Derecho Agrario.

Parte este método de la idea de que la autonomía del Derecho Agrario ha de buscarse a través del estudio de esta nueva rama jurídica, instituto por instituto, lo que significa partir de las partes para llegar al todo. Es así como, tomando la normativa especial que sobre una institución determinada se ha dado al punto de arrancarla del tronco común de la rama del Derecho que la vio nacer, y, con la formulación de los criterios valorativos y técnicos que ha hecho la ciencia jurídica de tal legislación especial,[50] como nacen los institutos de: la propiedad agraria, el seguro agrícola, la empresa agraria, los contratos agrarios, la posesión agraria, etc.

El Derecho Agrario busca sus principios particulares, para mediante ellos formular su autonomía, a través de cada instituto. Se logra, por medio de la implantación de tal metodología, superar el criterio de fundamentar la autonomía a través de

---

47. BALLARIN estima preferible el término especialidad al de autonomía, pues considera que lo que se trata de averiguar es si el Derecho Agrario es o no un *ius speciale*. Para él, el principio de especialidad se basó en un primer momento en tres aspectos: a) la especialidad del mundo rural (criterio sociológico) y del sector agrario (criterio económico); b) el dato positivo de una legislación agraria abundante, casi completa, en la que pudiera descubrir una serie de principios o directrices básicas, lo cual le confería rasgos sistemáticos; y c) la dualidad *ius comune-ius speciale* (derecho adaptado a una realidad que por ser distinta e importante exige tal adaptación). Posteriormente BALLARIN desvía su atención para fundamentar la especialidad del Derecho Agrario en la PLANIFICACION contraponiendo tal concepto al de reforma agraria como fundamento de la especialidad.
Para una mayor comprensión del planeamiento, véase a BALLARIN MARCIAL, Alberto, *La especialización del Derecho Agrario*, en **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano**, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, 1982, pp. 49-51.

48. CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho Agrario*, en **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, p. 35.**

49. CARROZZA, Antonio, *op. cit.*, p. 43.

50. BARAHONA, Rodrigo, *Aspectos metodológicos de la propiedad agraria en el sistema del Derecho Agrario costarricense*, en **Jornadas Italo-Españolas del Derecho Agrario, Salamanca, 1976, p. 428.**

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

la formulación de principios generales, los cuales han sido puestos en duda por considerárseles unas veces carente de universalidad, y otras el no ser más que desideratas de lo que debiera reflejarse en una normativa agraria vigente en un país y en un momento determinado.

En palabras del profesor CARROZZA podemos destacar la importancia que tal método reviste en el estudio de la ciencia del Derecho Agrario.

> "El Derecho Agrario debe estudiarse por medio de Institutos ya que ello se presta mejor que ningún otro método para una tentativa de sistematización científica del derecho agrario, o sea, a la elaboración de un sistema jurídico orgánico y autónomo, dotado de su propia normativa, con principios y consecuentemente con sus institutos propios. Sólo así, será siempre posible descubrir que los famosos principios generales en los cuales se ha justamente fundado la autonomía o la especialidad de una rama particular de la disciplina jurídica-principios que son fantasmagóricos y que se esfuman cuando se miran desde lo alto de un organismo del derecho (cualquiera que sea) devienen fundamentalmente individualizables cuando son aislados dentro del instituto particular porque lo que se pierde en latitud (se trata de principios menos generales) se gana en profundidad y concretez".[51]

Si se sigue la metodología del estudio del Derecho Agrario instituto por instituto se debe determinar aquella noción que establece la necesaria incorporación de un instituto determinado a la ciencia del Derecho Agrario. Es decir, se debe buscar el hilo que une a tales institutos haciendo de ellos un sistema de derecho. Tal noción es sin lugar a dudas la de lo agrario o agrariedad.

En verdad, uno de los temas que más ha preocupado a la doctrina es el de determinar el concepto de agrario. No sin razón ha sido de este el llamado problema número uno de la teoría general del Derecho Agrario,[52] ya que la noción de agrario nos lleva a un concepto sobre el origen de la especialidad de esta rama jurídica, así como dará los lineamientos necesarios para su delimitación.

Sobre la noción de agrariedad se ha discutido ampliamente en doctrina y de tal planteamiento han emergido dos teorías fundamentales: la primera de ellas busca la noción de agrario a través de la ciencia jurídica, negando toda posibilidad de adopción de definiciones extrajurídicas de agrariedad, puesto que la agricultura ha logrado una disciplina legislativa propia, que permite decir que la agricultura coincide y se identifica con la empresa agraria de acuerdo con la idea de IRTI;[53] la segunda teoría considera que debido al estado actual de la agricultura —caracteres de complejidad y desorganización— es difícil fijar sus límites, y los datos normativos que se encuentran en las disposiciones legislativas, o son insuficientes para construir una imagen de la agricultura en su esencia jurídicamente relevante, o bien reflejan una agricultura que pertenece claramente al pasado, por lo que hay que recurrir a una noción extrajudicial de agrariedad.[54]

En la presente investigación se acoge la idea de aquellos que buscan la noción de agrariedad extrajurídicamente, y concretamente, como lo habíamos afirmado en un principio, tomado el planteamiento desarrollado por CARROZZA.

Para el citado autor, la función que tiene la noción de agrariedad dentro del Derecho Agrario es la de instrumento para una racional agrupación de las normas de esta rama jurídica, utilizando y complementando la teoría de los institutos, es decir:

> ". . .para poder comprobar que los institutos de los cuales la norma es parte efectivamente entra dentro de la competencia del Derecho Agrario y son homógenos a la vista de la formación de un verdadero y propio sistema.
>
> Con la caracterización de similar instrumento —y solamente con ella diré— puede perfec-

---

51. CARROZZA, Antonio, *Prefazione al libro gli istituti del Diritto Agrario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Volume primo, 1962, p. 111.

52. "La construcción del significado de agrariedad (de lo agrario) no puede por menos de constituir el problema número uno del derecho agrario, ella tendría que conducirnos hacia un concepto que nos indique el origen de la especialidad de este derecho, más intuida que demostrada, o mejor, demostrada en los efectos —ciertas normas ciertas instituciones peculiares—, más que en la causa. Si luego resultase un concepto utilizable en el derecho positivo, de forma que se pudieran obtener directamente conclusiones sobre la extensión del derecho agrario, se beneficiaría de ello también la delimitación de las diversas materias que forman el sistema de actividades económicas o de derecho de la economía". CARROZZA, Antonio, *La noción de lo agrario, (agrariedad)*, en Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, 1982, p. 99.

53. *Ibíd.*, nota 5, p. 100.

54. *Ibíd.*, pp. 102-104.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cionarse el planteamiento de la construcción del sistema. Es indiscutible que, juntamente con la determinación de las estructuras del Derecho Agrario en sus diversas manifestaciones periféricas, se advierte la necesidad de un elemento aglutinante que asegure la conexión de los institutos entre sí y el paso de estos, considerados individualmente, hacia una organización científica de grado superior, representada por el sistema u organización del derecho.

Se trata en otros términos de localizar entre varios institutos aquel mínimo denominador (de lo agrario, precisamente) que automáticamente los reconduce al derecho agrario, sacándolos de la competencia de otras organizaciones o ramas del derecho".[55]

La tesis de CARROZZA puede resumirse de la siguiente manera:[56] Habiendo descartado en su teoría una serie de posibles fundamentos[57] sostiene que el artículo 2135 del Codice Civile italiano[58] distingue dos grupos de actividades agrícolas: las esenciales o primarias y las actividades llamadas conexas. Las primeras se encuentran insertadas en el párrafo primero del citado artículo y tienen un contenido típico cual es el cultivo del fundo, la silvicultura y la crianza de ganado. Tales actividades son las que califican a la empresa. Las segundas son aquellas que por esencia son mercantiles o industriales y obtienen el calificativo de agrarias como consecuencias del vínculo que las une a una o más actividades fundamentales o primarias, es decir, son calificadas por la empresa agrícola al ser ejercidas complementariamente a ella.

CARROZZA considera a su vez que un examen atento de tales actividades primarias las reduce a dos, porque en rigor la silvicultura o cultivo del bosque se incluye como actividad de cultivo del fundo.

Siguiendo el análisis del artículo 2135 nota que en las actividades esencialmente las agrarias se encuentra el fenómeno de la producción no en forma distinta de lo que ocurre en las empresas mercantiles o industriales, que por definición del Codice Civile italiano se dirigen a la producción de los bienes o servicios, por lo que la doctrina, ante tal situación, distingue conceptualmente la empresa agrícola de la mercantil con base en que la primera utiliza un específico medio de producción cual es la tierra, faltando la cual no existe empresa agrícola.[59]

Para CARROZZA, tal concepción es equívoca hoy en día debido a la evolución de la agricultura por lo que la tierra no es un factor deseable para realizar un criterio esencial que defina lo agrario, poniendo como ejemplo de tal posesión las siguientes actividades: la crianza de ganado o animales en general, con relación a los cuales el disfrute de los fundos ha estado siempre en segunda línea (cría de ganado con pienso producido fuera de la finca en que se cría), avicultura y curricultura sobre todo lo que se realiza en gran escala en la que los animales (aves y conejos sobre todo) están encerrados en jaulas y se les suministra alimentos ya preparados, producidos en otra parte;[60] los cultivos hidropónicos[61] y similares; los cultivos en invernaderos o de otras formas protegidos (cultivos de champiñones en bodegas, producción de vegetales usando sustancias químicas que sustituyen a la tierra, etc.).

Tales observaciones plantean pues la necesidad de buscar la noción de agrariedad desde un punto

---

55. CARROZZA, Antonio, *La noción de lo agrario (agrariedad). Fundamento y extensión*, en **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano**, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, 1982, p. 99.

56. Véase a CARROZZA, Antonio, *La noción de lo agrario (agrariedad). Fundamento y extensión*, en **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano**, San José, Editorial de la FIDAC, primera edición, 1982, pp. 98-115.

57. CARROZZA descarta en su estudio, como fundamento de la noción de agrariedad, entre otras las siguientes razones: Las que tengan que ver con referencias a los sujetos (agricultores o empresarios agrícolas), las que hagan referencia al acto, el artículo 117 de la Constitución italiana de 1948, la Ley Italiana de 11 de febrero de 1971 en su artículo 1. El tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea en su artículo 38, incisos 1 al 4. Para todo véase a CARROZZA, Antonio, *Ibíd.*, nota 2, p. 98.

58. Expresa el artículo 2135 del Codice Civile italiano de 1942: "Es empresario agrícola quien ejerce una actividad económica organizada con la finalidad de la producción o del intercambio de bienes o de servicios".

59. Entre otros autores que comparten tal punto de vista, puede verse a IRTI quien considera que no sería necesario, sino más bien erróneo, adoptar una definición extrajurídica de agricultura, puesto que ésta ha logrado una disciplina legislativa propia. Véase IRTI, Natalino, *"Le due scuole dil Diritto Agrario"*.

60. CARROZZA, Antonio, *La noción de lo agrario (agrariedad). Fundamento y extensión*, en **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano**, Editorial de la FIDAC, primera edición, 1982, p. 109.

61. Los cultivos hidrofónicos consisten básicamente en hacer crecer las plantas en recipientes con agua en cuyo fondo se colocan una materia inerte y porosa, (cuarzo o arena lavada, por lo general) en el que las raíces pueden sujetarse. En el medio líquido se vierten cada cierto tiempo los elementos nutrientes y de ahí son absorbidos por las plantas. Las variantes posibles en cuanto a la construcción y el funcionamiento del sistema son muchas y admiten altos grados de RENGA (IVO). **Temas de Derecho Agrario y Reforma Agraria**, San José, Editorial EDUCA, 1977, p. 64.

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

de vista extrajurídico y así llega a la siguiente conclusión en la que da su noción de lo agrario:

> "Considerada en su íntima esencia —desde un punto de vista metajurídico, pero también metaeconómico y metasociológico, y ontológicamente hablando— la actividad productiva agrícola consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo bien tales cuales o bien previa una o múltiples transformaciones.
>
> Este concepto es susceptible de ciertas elaboraciones debido principalmente al hecho de que el progreso lleva consigo una diferenciación sin retrocesos y una continua especialización como suele decirse, en las actividades productivas".[62]

Es pues necesario para que exista agrariedad que se dé un ciclo biológico de producción vegetal o animal, y consiguientemente, de bienes que se obtienen orgánicamente y no por medio de artificios humanos con el recurso de la física o la química orgánica.

Como se ve no es la especie de bien lo que cuenta, sino el procedimiento utilizado para obtenerlo.

***

62. **CARROZZA, Antonio,** ***La noción de lo agrario (agrariedad). Fundamento y extensión, op. cit.,*** **p. 110.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN COSTA RICA EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

LIC. JOAQUÍN TACSAN CHEN

SUMARIO

Pág.

Capítulo I. Introducción 116
1. Un nuevo rumbo en la política para la atracción y consolidación de la inversión extranjera en Costa Rica 116
2. El papel del Derecho de extranjería en la doctrina jurídica y dentro del contexto de la nueva política costarricense de atracción de la inversión extranjera 116

Capítulo II. El extranjero inversionista 117
1. Concepto doctrinal y nacional del inversionista extranjero. 117
2. El inversionista extranjero dentro del Ordenamiento Jurídico costarricense 118

Capítulo III. La regulación inmigratoria del inversionista extranjero en Costa Rica. 119
1. Ley 37 del 7 de junio de 1940; reformas y reglamentos. Otros decretos y acuerdos administrativos 119
2. La Ley 4812 del 28 de julio de 1971 y su reglamento del 20 de mayo de 1985 121
3. El documento de viaje especial de la Ley 4812 123

Capítulo IV. El ingreso, el establecimiento y la repatriación. 125
1. El ingreso. 125
   a) Las visas 125
   b) Las nacionalidades restringidas. 126
   c) Las garantías de repatriación 127
2. El establecimiento 127
   a) La categoría de residente inversionista. Ley 37 del 7 de junio de 1940 y el Reglamento General de Visas 127
   b) Los residentes pensionados y rentistas. Ley 4812 del 28 de julio de 1971 y su Reglamento del 20 de mayo de 1985 128
3. La repatriación. Renuncia, cancelación, expulsión y extradición. Un criterio jurisprudencial... 128

Capítulo V. Conclusiones y recomendaciones generales. 130

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CAPÍTULO PRIMERO
INTRODUCCIÓN

1. La atracción y consolidación de la inversión extranjera reviste para la Costa Rica de hoy la fórmula necesaria para reactivar la economía. El ahorro interno, bastante deteriorado por la crisis actual como pieza fundamental de la producción, ha de ser complementado con capitales extranjeros, de modo que sea posible producir con eficiencia, aprovechando al máximo las ventajas comparativas del país, para luego obtener las metas establecidas por la nueva política de exportaciones.

El programa diseñado por el Ministerio de Exportaciones en procura de incrementar las exportaciones costarricenses conlleva como objetivo prioritario el atraer inversión extranjera, consintiendo al efecto en la creación de condiciones institucionales y legales apropiadas para motivar no solo al sector privado nacional hacia la actividad exportadora sino también para ofrecer un ambiente propicio y atractivo para la inversión foránea.

También ha instaurado ese plan, una serie de incentivos de carácter fiscal y económico que podrían permitir mayor rentabilidad empresarial, coordinándolos estrechamente con el programa de recuperación económica para los países de la Cuenca del Caribe que el Gobierno de los Estados Unidos de América promueve y viene implementando.

Dentro de esta política general nacional para la atracción de inversión extranjera no puede prescindirse ni menospreciarse la legislación y reglamentación relativa al derecho de extranjería costarricense, por cuanto ese conjunto de normas son las que regulan la condición jurídica del inversionista extranjero en el territorio nacional, partiendo de su ingreso al mismo hasta su eventual repatriación. Tampoco han de menospreciarse los muchos obstáculos inmigratorios que esa legislación, interpretación y práctica imponen al inversionista ni su necesaria transformación en incentivos y beneficios para la efectiva atracción y establecimiento de este en nuestro medio. No en vano varios países en desarrollo en el mundo actual ven en tales incentivos inmigratorios una de las fórmulas más eficaces para atraer inversión extranjera, y es con base en ellos como en un principio se aprestan a combatir sus profundos problemas económicos.

Las leyes y procedimientos de extranjería, relativos al ingreso, permanencia, establecimiento y eventual repatriación, así como la genérica condición jurídica del extranjero significan para el inversionista foráneo la puerta de entrada y la seguridad jurídica personal y familiar básica en el país huésped que recibe su inversión. He ahí la importancia de investigar y adecuar estos aspectos inmigratorios al interés de los inversionistas, tomando en cuenta sus necesidades, y el nacional de promover en el sector privado extranjero los aportes de capital, tecnología y conocimiento que requiere de manera inmediata la reactivación de la economía costarricense.

El desarrollo de nuestra indagación se referirá exclusivamente al derecho de extranjería en sus aspectos inmigratorios, describiendo la legislación y la práctica existente en esas cuestiones inmigratorias en punto a los inversionistas extranjeros sin entrar a analizar el problema atinente a las personas jurídicas extranjeras ni a otros muchos aspectos jurídicos relacionados con la actividad empresarial del inmigrante inversionista, no solo porque su complejidad amerita un análisis separado sino también porque su investigación habrá de obedecer a enfoques algo diferentes.

2. El derecho de extranjería regula la condición jurídica del extranjero en el país que le recibe. Si bien sus instituciones jurídicas son principalmente determinadas por el Estado receptor como una expresión de su soberanía, dada la implicación de elementos extranjeros, su estudio ha de ubicarse también dentro del contexto de las disciplinas del Derecho Internacional Público y Privado y en aquella que el profesor Giusseppe Biscottini ha dado en llamar el Derecho Administrativo Internacional.[1]

La doctrina francesa del Derecho Internacional Privado, representada por sus más reconocidos exponentes, los profesores Henri Batiffol y Paul Lagarde, distingue entre las reglas de fondo y las reglas de política administrativa en lo referente a la condición jurídica de los extranjeros, ubicando

1. BISCOTTINI, Giusseppe. *Diritto Amministrativo Internazionale*. Tomo II. La Circolazione degli uomini e delle cose. Padova, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1966.

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

dentro de estas últimas todo lo relativo al ingreso, establecimiento y expulsión del extranjero.[2]

Las doctrinas española y mexicana del Derecho Internacional Privado también incluyen dentro de su estudio la condición jurídica de los extranjeros y el derecho de la nacionalidad, como solo excepcionalmente lo hacen las doctrinas italiana, argentina y anglosajona.[3]

Sin ánimo de establecer una clasificación categórica de ubicación doctrinal del derecho de extranjería, y su especialidad inmigratoria, quede una visión general sobre la forma en que la doctrina jurídica ubica y enfoca el mismo. Nosotros nos referiremos especialmente al analizar los incentivos migratorios, al Derecho Internacional como marco jurídico doctrinal limitativo de la actividad regulativa del derecho interno en este aspecto y ello debe entenderse desde la perspectiva de que nuestro país está inserto dentro de una comunidad internacional, que le exige un respeto básico a la regulación, costumbre y prácticas que se dan por aceptadas entre las naciones del mundo, y que el derecho nacional, si bien corresponde a un ejercicio de la soberanía estatal no puede por ello dejar de tomar en cuenta tales normas internacionales.

Aun más, siendo necesario ejercer una posición activa en materia de extranjería para la atracción de la inversión extranjera, según antes explicáramos, con mucha mayor razón ha de atenderse a normas de carácter internacional para conocer hasta qué punto es posible llegar en la promoción de incentivos inmigratorios. Ello sin duda rebasa la esfera interna del derecho de extranjería, debiendo incursionarse entonces en el campo donde tienen absoluta exclusividad el Derecho Administrativo y Privado Internacional.

CAPÍTULO SEGUNDO
EL EXTRANJERO INVERSIONISTA

1. Concepto doctrinal y nacional.

Hemos de distinguir entre el inversionista privado directo y la inversión a través de entidades de carácter público. La inversión directa extranjera constituye un flujo de recursos particularmente útiles al desarrollo económico del país receptor, mediante el aporte simultáneo bien de financiamiento en el largo plazo, tecnologías, formación de conocimiento *(know-how),* competencia en materia de gestión empresarial, experiencia en la comercialización, y/o una contribución hacia la mejora de la balanza de pagos.[4]

Sirva el concepto antes enunciado como referencia básica ya que en Costa Rica no se dispone de una legislación que en forma única regule la inversión extranjera privada directa. Por ello no se podría determinar un concepto unívoco sobre lo que habría que denominar como inversionista extranjero o como inversión extranjera privada directa. Tal concepto habrá que deducirlo según adelante se expone:

El Reglamento General de Visas, Decreto Ejecutivo 12903–S del 11 de setiembre de 1981, en el inciso c) del artículo 1 define al *"residente inversionista"* como aquel extranjero que desea invertir capital propio para establecer en actividades de interés económico para el país. Continúa definiendo luego que *"actividades de interés para el país"* serán aquellas que sean declaradas como tales por el Centro de Promoción de las Exportaciones y de las Inversiones y aceptadas por el Consejo Nacional de Migración.

De acuerdo con tal definición sería inversionista todo aquel extranjero que "desee invertir" capital propio, sin que haya que exigírsele ninguna característica adicional más que tal capital sea aportado, también de manera indefinida en cuanto al medio jurídico del aporte, en una actividad de interés para el país, lo que determinará el CENPRO.

De la letra de los artículos 17 y 18 del Decreto 16197 del 20 de mayo de 1985 se entiende que para que un extranjero pueda llegar a ser titular de

---

2. BATTIFOL y LAGARDE. *Droit International Privé.* Sep. Edition. Tomo I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1981.

3. PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Derecho Internacional Privado.* Harla S.A. 1980. Págs. 9-11.

4. De esta manera es que se hace referencia al *rol* de la inversión extranjera directa en los países en desarrollo, en una publicación de la Organization de Coopération et Development Economiques, "Investir dans le Tiers Monde", 5 edition, París, 1982.

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

un documento de viaje especial, es necesario que sea previamente residente pensionado o rentista y que realice una inversión, también de capital, por suma no menor a US$ 50.000 dentro de cualesquiera de los siguientes dos supuestos:

a) mediante depósito a plazo fijo no inferior a cinco años, en cualquiera de los bancos estatales del Sistema Bancario Nacional, o,
b) en proyectos agrícolas, industriales, agroindustriales o turísticos, propiedad de personas físicas o jurídicas costarricenses, cuyo valor actual, a determinarse por la suma de los activos fijos que la empresa receptora dedique en forma exclusiva a la realización del mismo, no sea menor de cien mil dólares, moneda de los Estados Unidos de América.

Si bien este segundo decreto no define como inversionista a quien de la manera indicada cumpliere para la obtención de un documento de viaje, cabe señalar que se trata de una inversión que estaría calificando a su inversor para la obtención de un beneficio de carácter inmigratorio.

Por último, en vista de la dificultad de encontrar otros conceptos sobre la inversión extranjera en disposiciones legales y reglamentarias, hemos de referirnos a los documentos oficiales del Poder Ejecutivo, en especial de las autoridades designadas para identificar al inversionista extranjero. De todos los documentos consultados solamente en el "Programa de Fomento a las Exportaciones y las Inversiones" del Ministerio de Exportaciones para 1984, al establecerse el objetivo general en lo relativo al fomento de las inversiones extranjeras, se indica lo siguiente:

"Atraer la inversión extranjera sana como complemento del ahorro interno, ya sea en forma de inversión directa o coinversión para la exportación, dentro del nuevo esquema de desarrollo".[5]

En síntesis podemos afirmar que de conformidad con nuestra legislación no se tiene concepto alguno del inversionista extranjero o la inversión directa extranjera. Es a nivel reglamentario y a nivel de documentos o programas del Poder Ejecutivo de donde se puede extraer una noción costarricense del inversionista extranjero, constituida de las siguientes características:

— Inversión en capital.
— En actividades de interés nacional, según calificación de CENPRO o en depósito a plazo fijo no inferior a cinco años en bancos estatales, o en actividades agrícolas, industriales, agroindustriales o turísticas que sean propiedad de personas físicas o jurídicas costarricenses con activos fijos por valor no menor a cien mil dólares, o, en actividades dirigidas hacia la exportación, dentro del "nuevo esquema de desarrollo".

2. El inversionista extranjero dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

Salvo por algunos pocos aspectos de tipo inmigratorio, como adelante se verá, no puede decirse que haya en Costa Rica un régimen jurídico especial para el inversionista extranjero. Su situación dentro de nuestro ordenamiento jurídico habrá que analizarla en el contexto general del extranjero.

Dice el profesor Gonzalo Ortiz Martín que "el sistema de Costa Rica es el de la igualdad, como lo estatuye la Constitución. . ., y se complementa con el artículo 23 de la Ley de Extranjería al decir: Quedan a salvo sobre ciudadanía, extranjería, naturalización, derechos y obligaciones de los extranjeros, las estipulaciones de los tratados".[6] Efectivamente el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Costa Rica determina que: "Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales". Sin embargo, nótese que al permitir el texto constitucional que se introduzcan excepciones y limitaciones por vía legislativa, prácticamente desaparece la garantía anteriormente expresa, dejando en manos del legislador la posibilidad de crear desigualdades en el futuro. Tal facultad no se encuentra limitada en modo alguno. Si bien el artículo 1 del Código de Bustamante establece que ". . .cada Estado contratante puede, *por razones de orden público,* rehusar o subordinar a condiciones especiales el ejercicio de ciertos derechos civiles a los

5. Programa de Fomento a las Exportaciones y las Inversiones del Ministerio de Exportaciones para 1984. MINEX.
6. ORTIZ MARTÍN, Gonzalo. *El Derecho Internacional Privado de Costa Rica.* Edición del Colegio de Abogados de Costa Rica. 1969. Pág. 148.

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

nacionales del primero", no es ello por sí garantía de que solo en casos de que medien razones de orden público podría el legislador costarricense limitar ese principio de igualdad en cuanto a derechos civiles, ya que desafortunadamente el Código de Bustamante fue ratificado por Costa Rica a reserva de que la legislación nacional no sea contradicha por sus disposiciones.

En realidad el extranjero goza de hecho del principio de igualdad en Costa Rica, pero por razones prácticas arraigadas a la personalidad del costarricense, sin que ello excluya disposiciones legales que la limitan ni la posibilidad de que esa situación se vea eventualmente desmejorada aun más en el futuro.

Una limitación legal como las mencionadas que puede ilustrar el problema es la establecida por el artículo 8 del Código de Comercio cuando dispone que: "...Los extranjeros podrán ejercer el comercio en el territorio nacional, siempre que se hayan establecido permanentemente en el país, con residencia no menor de 10 años, sometidos al régimen jurídico y a la jurisdicción de los tribunales de la República, salvo lo que sobre el particular consignen los tratados o convenios internacionales". La trascendencia de esta limitación es tal que ningún extranjero, inversionista o no inversionista, puede ejercer el comercio en forma habitual, salvo que demuestre haber residido en el país al menos durante 10 años. El análisis de esta disposición requeriría una amplia reflexión que no es del caso realizar aquí ya que habría que cuestionarse qué es un comerciante, qué significa ejercer el comercio, qué sanciones cabría en caso del quebrantamiento de la prohibición, en qué situación están aquellos inversionistas que realizaran sus actividades a través de una persona jurídica costarricense, etcétera. No deja de ser preocupante sin embargo esta clase de limitaciones.

Así como derechos, los extranjeros tienen como contracara las mismas obligaciones que los costarricenses; el artículo 22 de la Ley de Extranjería y Naturalización determina que "los extranjeros tienen obligación de contribuir para los gastos públicos de la manera que lo dispongan las leyes y de obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país".

CAPÍTULO III
LA REGULACIÓN INMIGRATORIA DEL INVERSIONISTA EXTRANJERO EN COSTA RICA

El campo normativo en asuntos inmigratorios es uno de los más prolíferos en leyes, reformas, reglamentos, reformas a reglamentos, decretos ejecutivos y acuerdos administrativos. Se estima que existen alrededor de 50 instrumentos regulativos, incluyendo leyes y reglamentos, exclusivamente relacionados con la materia de inmigración. Consisten estos de leyes y sus reformas y reglamentos y reformas, vigentes en forma parcial o total.

Puede decirse que no obstante esa gran cantidad de normas jurídicas, en lo atinente a la inmigración de inversionistas extranjeros, son dos leyes, con sus respectivos reglamentos, las que regulan de manera directa la situación; ellas son: a) La Ley 37 del 7 junio de 1940 y b) la Ley 4812 del 28 de julio de 1971. Al término del capítulo también se hará un análisis separado del documento de viaje especial previsto por la Ley 4812.

1) **La Ley 37 de 7 de junio de 1940,** *reformada por Leyes 1134 de 3 de febrero de 1950; 1175 del 24 de junio de 1950; 2643 del 28 de octubre de 1960; 2808 del 2 de setiembre de 1961; 5358 del 26 de setiembre de 1973; 5874 del 23 de diciembre de 1975; 6812 del 14 de setiembre de 1982; 6955 del 24 de febrero de 1984 y 6962 del 26 de julio de 1984,* no establece ninguna disposición expresa relativa a inversionistas extranjeros, sino que hace referencia general a las atribuciones de la oficina de Migración, en la actualidad denominada Dirección General de Migración y Extranjería, incluyendo entre estas la facultad de controlar la entrada y salida del país de los nacionales y extranjeros; de conceder y librar licencias inmigratorias; de extender y visar pasaportes para los particulares y de vigilar que cada permiso de ingreso, reingreso, permanencia o residencia se otorgue una vez llevada a cabo la investigación respectiva que determine antecedentes y conducta

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

del solicitante, sus medios económicos y garantías que ofrezca para el evento de tener que ordenarse su expulsión del país. Además se establece que la cédula de residencia se concederá de conformidad con los trámites, procedimientos y requisitos que con tal propósito determine el Consejo Nacional de Migración. Tales cédulas de residencia podrán ser temporales o permanentes y se expedirán por períodos anuales, debiendo renovarse dentro de los 30 días siguientes a su vencimiento. En la actualidad la categoría de residente inversionista solo puede ser renovada por dos períodos anuales consecutivos, según lo que establece el artículo 13 del Reglamento General de Visas.

Fue con la reforma hecha al Reglamento General de Visas, en setiembre de 1981 que se instituye normativamente una clasificación de residentes inversionistas, a los que se les define como lo indicáramos en el capítulo I.

El Reglamento General de Visas fue puesto en vigencia mediante Decreto Ejecutivo 10686—S del 19 de octubre de 1979, para ser reformado con posterioridad, con el afán de unificar en lo posible las múltiples y muy variadas disposiciones de los decretos 8 del 21 de abril de 1941, 5 del 14 de junio de 1941, 4 del 26 de abril de 1942, 2 del 17 de noviembre de 1953, 2 del 10 de setiembre de 1957, 6 del 4 de setiembre de 1969 y 1896—S del 20 de agosto de 1971, derogando por ende las disposiciones reglamentarias contenidas en tales decretos que *se opusieran o resultaren incompatibles con su aplicación.*

El Reglamento regula la categoría de residente inversionista estableciendo primeramente los requisitos de calificación. Posteriormente, mediante acuerdo 446 de la Sesión ordinaria 085, artículo 06 del Consejo Nacional de Migración, de fecha 23 de noviembre de 1981 se creó un procedimiento de carácter especial, supuestamente menos engorroso para el otorgamiento de tal categoría. La propia práctica procedimental impuesta por el Consejo Nacional de Migración eliminó tal procedimiento especial y en la actualidad se obliga a quienes se digan inversionistas a los mismos trámites que debe realizar cualquier otro solicitante de residencia permanente.

Ha dicho el Consejo Nacional de Migración[7] que el "status" de inversionista constituye una categoría homogénea de residencia, de una clasificación de extranjeros residentes que el Reglamento de Visas contempla y que clasifica en tres categorías que son las siguientes: residentes permanentes, residentes temporales y residentes inversionistas. Además se ha interpretado[8] que la categoría de residente inversionista, se extiende "a los familiares de estos, a los representantes legales y ejecutivos de alto nivel de las empresas, pero no en razón de la confianza que pueda existir con ellos, sino por la índole de la labor desplegada". Finalmente y a modo de comentario indica ese Departamento Legal que "las medidas tendientes a la regulación de la inversión extranjera, no debe verse bajo el lente exclusivo de la simple aportación de capital, sino que debe tomarse en cuenta al o los sujetos que van a realizar estas inversiones, su experiencia en el ramo, la seriedad y bondad de sus proyectos y sobre todo lograr una racionalidad en las ventajas de tipo migratorio que puedan otorgarse y no ir más allá, haciendo concesiones como *pasaportes* u otro tipo de documento de viaje costarricense, que más pareciera indicar, que esto último constituye un mayor atractivo que el deseo de realizar inversiones en el país".[9]

El Reglamento General de Visas presenta problemas en su aplicación práctica. Primero en relación con sus normas procedimentales, escasas y generales, sustituidas por acuerdos sobre procedimiento y trámites, emanados del Consejo Nacional de Migración en forma discrecional, y segundo, en relación con sus normas sustantivas, en virtud de que su propia clasificación de visas no se aplica, otorgándose previa calificación, una simple *visa de turista* para todo extranjero que desee visitar el país, no importando el propósito de su viaje. En otras palabras, todo visitante extranjero no residente ingresa al país en calidad de turista.

Tanto la Ley 37 del 7 de junio de 1940, sus reformas, como el Reglamento General de Visas, y sus reformas, presentan una serie de problemas

7. **Informe de Asesoría Legal del Ministerio de Seguridad Pública a CENPRO, de fecha 11 de agosto de 1982, oficio 1031-82 A.L.**

8. **Informe citado.**

9. **Este criterio contradice plenamente el interés actual de utilizar ese tipo de atractivos como instrumento esencial en una política de atracción de la inversión extranjera. Constituye el que el Consejo Nacional de Migración ha mantenido incólume. Esta clase de descoordinación debe ser resuelta a nivel político necesariamente.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que ameritan una urgente solución a fin de adecuar estas reglas a la actual política costarricense para la atracción de la inversión extranjera. La enorme cantidad de enmiendas a una ley excesivamente antigua y la existencia de un Reglamento General de Visas de escasa aplicación constituyen motivo para una confusión de graves consecuencias para la eficaz implementación de dicha política. El inversionista extranjero ante la total imposibilidad de entender cuáles son las reglas a las que debe sujetarse en materia inmigratoria, de querer ampararse a la categoría de residente inversionista, no tendría un mínimo de certeza jurídica en ese sentido.

Algunos problemas prácticos ilustrativos de la situación podrían ser por ejemplo los siguientes:

i. Una reforma vigente al Reglamento General de Visas, ordena el otorgamiento de visado a todo aquel extranjero que desee invertir en Costa Rica; dicho visado se denomina "Visa de turista para potencial inversionista". Por otra parte, el Reglamento también estatuye una visa para quien desee invertir en el país o visa de inversionista. Ninguna de estas visas, ni cualquier otra, es efectivamente otorgada por la Dirección General de Migración en la actualidad, ni nunca antes se ha concedido otra visa más que la de turista. La visa de turista autoriza una permanencia no mayor de treinta días exclusivamente. No se puede pretender que un "potencial inversionista" realice inversiones en un país que quizá no conocía antes, en un plazo de treinta días; para prorrogar su estadía, a pesar de que así le autoriza la reforma, es criterio de la Dirección de Migración que debe abandonar el país y volver a solicitar su ingreso desde el extranjero.

ii. Con base en otra reforma al Reglamento General de Visas del 4 de agosto de 1981 el Consejo Nacional de Migración estableció, sin que a la fecha ello haya sido variado, por acuerdo 622 de la Sesión ordinaria 048, artículo 3 del 26 de julio de 1982 que "las solicitudes para residir en Costa Rica con carácter permanente deberán realizarse desde el exterior a través del agente de Migración respectivo". En otras palabras ello significa que un potencial inversionista que desee invertir en el país, que haya venido por una estadía de treinta días (según nos referimos antes en relación con la visa de turista), y que aun así persista en invertir en Costa Rica, tendría que regresar a su país de origen y tramitar desde allí, a través del cónsul costarricense, su residencia. Es evidente la dificultad que significa para el inversionista tener que esperar una autorización para iniciar sus inversiones por espacio de 8 ó 10 meses, duración aproximada de la tramitación de residencia a través de agente consular. En caso de que el inversionista estuviese en Costa Rica y haya iniciado sus inversiones, resultaría poco práctico obligarlo a regresar a su país de origen a plantear su solicitud de residencia y hacerlo esperar allá por la resolución de la misma, lo que no será sino dentro de un plazo no menor de 8 meses.

iii. Como mencionáramos, la cédula de residencia debe ser renovada cada año. Solamente a los residentes que han obtenido la categoría de inversionista se les exige que demuestren cada año sus inversiones. Ello implica la presentación de planillas de seguridad social, recibos de pago de impuestos directos personales y de la empresa, escritura social de la compañía, certificación de personería, una solicitud autenticada por abogado, patentes, etcétera. La solicitud de renovación debe ser presentada al Consejo Nacional de Migración, quien recomendará a la Dirección General de Migración y Extranjería para que instruya al Departamento de Extranjeros la emisión de la renovación. El trámite toma alrededor de 4 ó 5 meses y debe llevarse a cabo cada año. Es decir, que el solicitante de renovación estará indocumentado en el país durante el lapso de la tramitación, sin que pueda siquiera realizar actividades básicas comerciales, como ir al banco a cambiar un cheque o pasear sin el temor de encontrarse a un oficial de Migración que le vaya a solicitar su documentación para efectos de control inmigratorio. Este tipo de entrabamientos no solo son contraproducentes sino que manifiestan desorden, negligencia administrativa y por sobre todo, desestímulos para el inversionista.

En nuestras conclusiones generales si bien no insistiremos sobre estos puntos, sí plantearemos algunas recomendaciones generales. Conste que esta indagación solo se interesa por la crítica de carácter constructivo.

2) La Ley 4812 del 28 de julio de 1971.

Como una solución alternativa a la categoría de residente inversionista, la experiencia de los últimos diez años ha demostrado que ante la incertidumbre que presentan las reglas de carácter puramente inmigratorio como las que acabamos de señalar, resulta más conveniente, menos engorroso

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

y más seguro para cualquier inversionista o extranjero con recursos económicos, acogerse a los beneficios de la Ley 4812 del 28 de julio de 1971, la que en lo sucesivo denominaremos "Ley 4812".

Si bien esta ley no fue creada ni con el propósito de ser una ley inmigratoria ni con el de atraer la inversión extranjera, ha venido a suplir algunas de las muchas deficiencias legislativas en ambos campos. No obstante por no regular otros aspectos como el ingreso del extranjero y por su concepción original destinada para pensionados o jubilados, su adaptación al nuevo rumbo que le ha sido asignado se torna difícil y a veces contradictorio. Es por esas razones que su más reciente reglamento conlleva una serie de interpretaciones que bien podrían ser consideradas como "interpretaciones forzadas".[10]

Muchas personas interesadas en invertir en Costa Rica, dadas las condiciones adecuadas para el tipo de inversión proyectado, resolvieron solucionar su problema de establecimiento inmigratorio por vía de la Ley 4812 en lugar de hacerlo por el procedimiento tradicional ante la Dirección General de Migración y Extranjería y el Consejo Nacional de Migración. Por otra parte, los beneficios fiscales (exoneración en la importación de enseres domésticos y un vehículo automotor) así como algunos otros beneficios inmigratorios y migratorios (residencia permanente y posibilidad de obtención de un pasaporte provisional costarricense),[11] probaron ser de un gran atractivo para muchas personas que nunca antes habían pensado en Costa Rica como un lugar para vivir o para invertir. Durante los años de 1974 hasta 1983 alrededor de 6.000 personas optaron por solicitar la categoría de pensionado o rentista indistintamente. El otorgamiento de un pasaporte provisional costarricense a todo aquel residente pensionado o rentista que poseyera bienes raíces en Costa Rica por valor no menor a US$ 30.000,[12] atrajo la atención de muchos inmigrantes que necesitaban de esta clase de documentos. Según las estadísticas del Departamento de Pensionados y Rentistas del Instituto Costarricense de Turismo, durante el año 1983, los rentistas depositaron a plazo fijo en los bancos del Sistema Bancario Nacional 12.6 millones de dólares; además de esos depósitos debían adquirir una propiedad por no menos de US$ 30.000 cada uno a fin de obtener el pasaporte costarricense, inversión general no menor a los seis millones de dólares para ese año, según los cálculos de ese mismo Departamento.[13]

Según lo previsto por la Ley 4812, los residentes se clasifican en dos categorías: pensionados y rentistas. La única diferencia entre una y otra estriba exclusivamente en cuanto a la procedencia y el monto del ingreso mensual. Los derechos y obligaciones que la ley establece para estas categorías son idénticos, sin que se regule un tratamiento diferente para una y otra. Quien solicite residencia como pensionado deberá probar previamente que posee un ingreso mensual no inferior a US$ 600, lo que podrá hacer únicamente por dos vías: a) ingresos por jubilación o pensión provenientes de una institución pública o privada extranjera, en forma vitalicia; b) ingresos por intereses derivados de uno o varios depósitos en US dólares, a plazo fijo no menor de 5 años, en cualquiera de los bancos del Sistema Bancario Nacional. Quien solicite residencia como rentista deberá previamente demostrar un ingreso mensual de US$ 1.000, durante un período no menor de 5 años, proveniente de cualquier clase de fuente de las señaladas en el artículo 4 del Reglamento a la Ley 4812.

Los derechos y beneficios de ambas categorías pueden resumirse en los siguientes:

- Exoneración total de impuestos de importación por una sola vez, para la internación de enseres domésticos.
- Exoneración total de impuestos de importación sobre la importación de un vehículo automotor cuyo valor aduanero sea igual o inferior a US$ 16.000.
- Derecho de permanecer indefinida y permanentemente en Costa Rica.
- Derecho a ingresar al país y salir de él sin previa autorización, pero sí mediante el cumplimiento de las obligaciones normalmente exigidas a

---

10. Comentarios del Ministerio de Gobernación al Proyecto de Reglamento para la Ley 4812. ICT. 1985.
11. El pasaporte provisional costarricense es el antecedente inmediato al documento de viaje especial creado por el nuevo Reglamento. El artículo 14 de la Ley 4812 que autorizaba la emisión del pasaporte fue derogado en julio de 1983 por la Asamblea Legislativa.
12. Luego de que ese monto se estableciera, en sustitución del anterior por US$ 10.000, por Decreto del 20 de octubre de 1981.
13. Ver actas de la Comisión de Asuntos Jurídicos 40, 43, 44, 49 y 50 de la Asamblea Legislativa, del mes de junio de 1983 para una reforma a la Ley 4812 y cuadro del ICT adjunto a esas actas.

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

los nacionales (certificado de pensiones alimenticias, visa de salida y pago de respectivos derechos).

- Derecho a que le sea expedido un documento de viaje especial al titular y a sus dependientes, válido por dos años renovables y para viajar a cualquier país, previo cumplimiento de ciertos requisitos de inversión.

Entre las obligaciones principales de los residentes amparados a la Ley 4812 pueden mencionarse las siguientes:

- Residir al menos 4 meses al año, consecutivos o alternos en el territorio nacional, salvo algunos casos específicos previa autorización del Instituto Costarricense de Turismo.
- Abstenerse de realizar labores remuneradas mediante salario, salvo cuando se trate de administrar o dirigir sus propias inversiones o cuando se preste un servicio a alguna institución oficial a pedido de ésta.
- Comprobar anualmente que conserva el ingreso o renta en que fundamentó su petición de residencia.
- Abstenerse de enajenar los bienes importados con exoneración de impuestos antes de que transcurra un período de tiempo reglamentariamente preestablecido.

El nuevo reglamento a la Ley 4812 del 28 de julio de 1971, Decreto Ejecutivo 16197—H—G del 20 de mayo de 1985, establece claramente el procedimiento de cada solicitud, con un pormenorizado detalle y centraliza los procedimientos en el Departamento de Pensionados y Rentistas del Instituto Costarricense de Turismo. Además reforma el anterior estableciendo el otorgamiento de un documento de viaje en lugar de un pasaporte que ya año y medio antes había sido eliminado mediante la derogación del artículo 14 de la ley. Por otra parte excluye la simple adquisición de bienes raíces como inversión que califique para la obtención del documento de viaje, estableciendo otros tipos según antes mencionáramos aumentando a la vez el monto de la inversión de US$ 30.000 a US$ 50.000.

3. El documento de viaje especial de la Ley 4812.

Merece la pena dedicar algunas reflexiones separadas a los problemas y dudas que surgen del otorgamiento de un documento de viaje especial a residentes pensionados y rentistas, según lo estatuido por la Ley 4812 y su reglamento más reciente; especialmente por la importancia que se le atribuye dentro del marco de la política nacional para la atracción de inversión extranjera.

Los usos y prácticas internacionales en materia de emigración e inmigración han venido recientemente tolerando la figura de los documentos especiales de viaje y los pasaportes para extranjeros. En parte ello es debido a que la emisión de pasaportes ha sido siempre considerada como una expresión de soberanía, o cuando menos como una facultad reservada a cada Estado. También a nivel internacional, esto es, a través de convenciones internacionales, se han creado algunos documentos especiales de viaje, como los llamados "pasaportes nansen" y posteriormente los "documentos de viaje para refugiados y apátridas".

El pasaporte en general, dentro de cuya regulación y doctrina se debe ubicar a los documentos de viaje especiales, se rige por una costumbre internacional derivada principalmente de los usos y prácticas en la materia y de las conclusiones de la Conferencia internacional para la simplificación de los pasaportes y las formalidades de visas, realizada en Ginebra en 1947. Si bien este último instrumento no adquirió rigor de convenio, sus conclusiones son particularmente orientadoras en la práctica de los Estados. Ahí se definió que el pasaporte tiene eficacia certificante frente a todos los Estados. Que esa eficacia existe y vincula a todos los Estados, salvo prueba en contrario relativa a la validez del documento y la información en él inserta.[14]

La doctrina jurídica más reciente ha afirmado en relación con el punto que la emisión del pasaporte es considerada como un acto del Estado al que la persona pertenece o en el que residiere.[15] Contrariamente a lo que se sostenía antiguamente, el documento es un acto de certificación del país emisor, en el sentido de que la persona que lo porta es precisamente la que el documento indica, presumiéndose a la vez que el mismo fue emitido por cuanto su portador no posee antecedentes penales y porque ha cumplido con todos los requisitos de control de salida en el país emisor. En ese sentido, el país huésped exige el pasaporte porque no es su obligación recibir a ningún extranjero, y

14. BISCOTTINI, *op. cit.*
15. *Ídem, op. cit.*

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

porque si lo hace, por lo menos tendría la certeza necesaria en punto a la identidad del sujeto y a que, en el evento de una posible repatriación, el país emisor del documento ha asumido la obligación de recibir al repatriado en cualquier momento, salvo indicación expresa en contrario.

El propio profesor Biscottini llega en sus estudios de Derecho Administrativo Internacional[16] a las siguientes conclusiones:

- Que por razones prácticas es el país receptor el que deberá probar la validez o invalidez del documento o la información en él contenida.
- El Estado receptor no entra a analizar por qué o cómo fue emitido el documento, simplemente debe verificar que los datos concuerden y que el documento cumpla con las formalidades mínimas internacionales, salvo que un acuerdo internacional especifique lo contrario.
- Las únicas causas de rechazo de un pasaporte lo serán por verificación de falsedad ideológica o material del documento.
- El portador de un pasaporte se presume un nacional del país emisor, para efectos de su trato en el país huésped, aunque no posea realmente tal nacionalidad.
- El pasaporte certifica que el país emisor tiene la obligación de recibir a su portador en cualquier momento, salvo en casos especiales y excepcionales.
- El Estado emisor no tendrá título o derecho para interceder por los portadores de sus pasaportes, sino solo por sus nacionales, si se ha demostrado que el portador del documento no es nacional.

Un documento especial de viaje también constituye un acto de certificación sobre las calidades personales y la identidad de un sujeto. El Gobierno de Costa Rica puede certificarlo así en el caso de los pensionados y los rentistas, porque ha exigido una serie de documentos al momento de conceder tal categoría que se lo permiten. El problema surge especialmente en atinencia a la eficacia del documento de viaje y su equiparación internacional a la de un pasaporte, ya que al no tratarse de este último se sabe de antemano que el país emisor pretende diferenciarlo en alguna forma, sea en cuanto a sus derechos u obligaciones, y por ende sería necesario para el país huésped asegurarse primero, a través de su consulado respectivo, de que aquel recibirá de regreso en cualquier momento al portador del documento, requiriéndose por ello el requisito adicional de visa consular, a manera de un doble control por parte del país huésped. Al emitirse un documento de viaje especial y no un pasaporte (que bien podría ser para extranjeros), se manifiesta una intención del país emisor en otorgar al portador diferentes derechos de los de un nacional, y eso es lo que particularmente originaría un doble control por parte del país receptor.

Razones de buena fe en las relaciones internacionales exigirían que el documento exprese claramente las razones por las que ha sido emitido y la legislación en que se fundamenta tal emisión.

En conclusión, el problema del documento de viaje no sería necesariamente el de la validez del documento, sino el de su eficacia, ya que el requisito de visa disminuye gradualmente la misma. Esta desventaja para su titular debiera ser claramente advertida a quien lo solicitare. Las razones anteriores no indican otra cosa más que la denominación de "documento especial de viaje" no es la más afortunada. Si la idea es que el residente pueda movilizarse con mayor libertad en el mundo, sería más adecuado llamar a tales documentos "pasaportes para extranjeros" tal y como lo hacen algunos países como Argentina y Portugal.

En cuanto a las razones por las que el Gobierno de Costa Rica ha resuelto entregar esta clase de documentos, valga recalcar entre las recabadas, las siguientes:

- No existen limitaciones de legalidad, ya que es facultativo de cada Estado la emisión de documentos o pasaportes especiales (art. 140 inc. 12, Constitución Política de Costa Rica).
- Existen razones de oportunidad y conveniencia que ameritan la emisión de esos documentos, a saber: como un incentivo para atraer inversionistas de países y zonas geopolíticas de conflicto político en el mundo. El Gobierno de Costa Rica estaría en disposición de solucionar un problema migratorio a aquellas personas que realicen algún beneficio al país y que necesiten de un documento de viaje bien porque no puedan obtener uno, porque no puedan revalidar el de sus países de origen o bien porque consideren que el documento de viaje costarricense les daría algunas garan-

16. *Ídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tías para salir del país donde viven y de ingresar a Costa Rica en cualquier momento.

***

Como antes afirmáramos, si bien la Ley 4812 no fue dictada con el afán de solucionar problemas inmigratorios ni atraer inversión extranjera, la experiencia ha demostrado que los beneficios inmigratorios por ella ofrecidos han sido de gran atractivo para muchos extranjeros, quienes han invertido de una forma u otra con el interés de obtener tales beneficios, provenientes ellos en su mayoría especialmente de zonas geopolíticas de conflicto en el mundo. Sobre estos resultados es que de alguna manera el autor liga a la Ley 4812 con una política general gubernamental para la atracción de la inversión extranjera.

***

De las generalidades descritas en relación con las dos leyes que marcan las alternativas inmigratorias entre las que puede escoger el inversionista extranjero, podemos señalar que la Ley 4812 ofrece mayores ventajas desde todo punto de vista. Por ser una ley sencilla y clara, a pesar de algunas escasas confusiones, ofrece mayor certeza jurídica; además establece incentivos fiscales e inmigratorios no otorgables por la Ley 37 y según declaraciones del Jefe del Departamento de Pensionados, "la tramitación tarda a lo sumo 1 mes si los documentos y requisitos exigidos se encuentran completos y conformes".[17]

CAPÍTULO IV
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO INMIGRATORIO

1. El ingreso.

Ya hemos adelantado algunos problemas inmigratorios, la mayoría de ellos referidos principalmente al momento del ingreso. En relación con el punto hemos de referirnos a tres aspectos fundamentales, a saber: las visas, las nacionalidades restringidas y las garantías de repatriación.

a) Las visas.

El Reglamento General de Visas define la visa como aquel "permiso de ingreso al territorio nacional en calidad de residente o no residente". Inmediatamente después define "visa de salida" como aquella "autorización para abandonar el territorio nacional", continúa definiendo que "tanto ésta como la anterior, emitidas por autoridad competente y sujetas a las regulaciones legales y reglamentarias sobre la materia". Nuestra indagación se referirá exclusivamente a las primeras.

Las visas de ingreso son emitidas por el Ministerio de Gobernación y Policía a través de la Dirección General de Migración y Extranjería y de los agentes de Migración en el exterior (cónsules). El Ministerio de Gobernación será el que determine qué visados requieren autorización previa, es decir, que no podrán ser emitidas por los cónsules sin que medie previa autorización de la Dirección General de Migración por vía cablegráfica o por télex. Establece el reglamento que las visas indicarán la categoría de la misma o una opción a una determinada categoría de residencia; de esa manera deberán indicar si se trata de turistas, agentes viajeros, integrantes de espectáculos públicos, tripulaciones de medios de transporte internacional, pasajeros en tránsito, extranjeros con permiso vecinal fronterizo y trabajadores migrantes, o bien, si el portador tiene opción de residencia permanente o temporal y la calificación de la categoría de residente que habrá de solicitar.

Las visas de ingreso deberán ser utilizadas dentro del plazo de treinta días a partir de su expedición y autorizan al portador para permanecer en territorio nacional por el mismo tiempo.

Como una solemnidad, el artículo 7 del reglamento indica que la visa solo se extenderá en pasaporte o documento de viaje vigente, expedido por autoridades competentes y siempre que no presente indicios de haber sido alterado. La visa de ingreso requerirá además, la presentación del boleto de ida y regreso o de continuación del viaje.

---

17. **Entrevista con el señor Edwin Salas Brenes, Jefe del Departamento de Pensionados y Rentistas, ICT.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Como no existía una categoría de visa para aquellas personas que quisieran viajar al país con el interés de estudiar las posibilidades de invertir en él, el 28 de junio de 1983 el Presidente de la República creó por Decreto Ejecutivo 14658—G la *Visa para turista potencial de inversionista,* definiendo por éste a aquel "extranjero que con medios económicos suficientes ingrese al país con el único y exclusivo propósito de estudiar mercados de inversión", eso sí, continúa detallando, observando las condiciones establecidas en ese mismo decreto. Tales condiciones prohíben a los agentes consulares en el exterior el otorgamiento de esta visa sin haber obtenido antes la autorización de la Dirección General, aunque la solicitud deberá ser presentada ante tal agente. Como requisitos que el interesado deberá adjuntar a su solicitud el decreto señala los siguientes:

- Indicación del monto estimado de inversión, el campo de actividad y su experiencia específica al respecto.
- Referencias bancarias, y toda otra de similar naturaleza que estime apropiada.
- Carta de presentación a su favor por parte de las organizaciones gremiales de su país de origen según la naturaleza de la inversión a realizar (comercial, industrial, minera, etcétera).
- Portar visa de ingreso a un tercer país con vigencia mayor a la visa costarricense a su vencimiento, y boleto de salida de Costa Rica en ruta mínima hacia ese tercer país.
- Certificación por parte de las autoridades correspondientes de su país, señalando que no tiene impedimento alguno de ingreso al mismo.
- Indicación de consulado ante el cual se solicita que se acredite su visa de ingreso al país, y señalar domicilio que tendrá en Costa Rica durante el plazo que autoriza esta visa.

La visa de turista potencial de inversionista será solo válida por 30 días y la permanencia de su titular en territorio nacional tampoco podrá exceder tal plazo. Aun aquellas personas de nacionalidad restringida podrán solicitarla.

No se tiene a la fecha conocimiento de que alguien haya solicitado esta clase de visado, ni se espera que alguien lo haga en el futuro, dadas las dificultades que su solicitud conlleva. Solamente el trámite de autorización cablegráfica podría tomar meses y difícilmente alguna persona esté tan interesada en invertir en Costa Rica como para cumplir con tanto requisito y esperar por tiempo muy prolongado para solo tener la posibilidad de permanecer en el territorio nacional durante 30 días, especialmente si se toma en cuenta el tipo de investigación que deberá realizar para determinar la factibilidad de su inversión. Además, como ya antes mencionáramos, la Dirección General de Migración y Extranjería no extiende más que visas de turista, aunque medie petición expresa para otra categoría especial.[18]

Recientemente se ha añadido un obstáculo más al problema de las visas, consistente en un depósito previo en concepto de garantía de repatriación, que analizaremos más adelante.

b) Las nacionalidades restringidas.

Bajo esta denominación se conoce y clasifica a todas aquellas personas nacionales de determinados países, quienes requieren de autorización cablegráfica previa al agente consular para que éste otorgue o conceda una visa de ingreso (que siempre será de turista como hemos explicado). Dentro de esta clasificación hay nacionalidades restringidas y otras prohibidas. Las restringidas son aquellas relativas a países con los que Costa Rica no mantiene relaciones diplomáticas, y/o aquellas que se desea restringir en virtud de una considerable inmigración en corto tiempo. El primero es el caso de Angola, Arabia Saudita, Argelia, Emiratos Árabes Unidos, Bulgaria, Burundi, Bután, Cuba, Congo, Katar, etcétera. El segundo es el caso de los países centroamericanos, Chile, India. Las nacionalidades prácticamente prohibidas, para las que no se da autorización cablegráfica alguna, como la china (República Popular de China), se determinan porque haya un elevado número de inmigrantes de ese país o por razones de "seguridad nacional".[19]

Para algunos países se exige solo visa consular, o sea, emitida por el cónsul sin previa autorización y para otros solo se exige una tarjeta de turismo, que se vende a cualquier nacional de algún país clasificado como tal por un precio reducido.

El problema de las nacionalidades restringidas ha acarreado graves confusiones como fue el caso de los 30 inversionistas taiwaneses que fueron devueltos a su llegada porque no portaban autori-

---

18. **Entrevista con el Director General de Migración y Extranjería, señor Daniel León.**

19. **Entrevista citada en nota 18.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

zación cablegráfica, aunque en ese entonces sólo se requería visa consular para esa nacionalidad. Entonces se planteó el problema, recientemente reclamado al Presidente Monge durante su último viaje a Taiwán, de que es incoherente promover inversiones cuando siquiera se permite a los inversionistas ingresar al país. Lo grave del caso es que se devuelva a una persona que es portadora de visa consular porque se haya dispuesto que por su nacionalidad deba portar visa autorizada. La falta de coordinación que existe entre la Dirección de Migración y los cónsules en el exterior permite que se dé este tipo de casos frecuentemente. La política de la Dirección de Migración y los oficiales de Migración de los aeropuertos y zonas fronterizas han determinado que la persona que se halle en esta circunstancia debe ser rechazada inmediatamente.

c) Las garantías de repatriación.

La existencia de nacionalidades restringidas y el temor de permitir el ingreso de personas indeseables (delincuentes internacionales, personas de escasos recursos que lleguen a ser una carga para el país, etc.) no ha permitido crear una política de visas coherente, razonable y adecuada al programa de atracción de la inversión extranjera. Recientemente, en abril de 1985, la Dirección de Migración y Extranjería estableció como requisito para el otorgamiento de una visa de ingreso a cualquier persona de nacionalidad restringida, sea potencial inversionista o no, además de la autorización cablegráfica, un depósito por suma equivalente al valor del pasaje de regreso a su país de origen. Este depósito crea el problema de que el interesado deberá remitir el dinero al momento de que se autorice su visa, depositarlo en un banco estatal, en colones, y recuperarlo también en colones, al momento de su salida. Al salir no podrá volver a adquirir divisa extranjera, dadas las limitaciones impuestas por el Banco Central. Este tipo de depósitos también exigidos como requisito previo al otorgamiento de la categoría de residente, se depositan en una cuenta congelada de Migración en el Banco de Costa Rica sin que devengue ningún tipo de interés en favor de su depositante o de la misma Dirección de Migración.

2. El establecimiento.

a) La categoría de residente inversionista. Ley 37 del 7 de junio de 1940 y Reglamento General de Visas.

De conformidad con el artículo 3 del Acuerdo 622 de la Sesión ordinaria del Consejo Nacional de Migración 048, del 26 de julio de 1982, se estableció que "las solicitudes para residir en Costa Rica con carácter permanente deberán realizarse desde el exterior a través del agente de Migración respectivo".

Ello significa que el procedimiento se iniciará antes de que la persona llegue al territorio nacional. Según funcionarios del propio Consejo Nacional de Migración, tal trámite se estima que puede durar de 6 a 10 meses, dependiendo de la celeridad del correo diplomático y la documentación aportada ante el cónsul respectivo y deberá ser presentado en forma individual por cada miembro de la familia del inversionista.

Los documentos son enviados a la Dirección General de Migración, quien los remite al Consejo Nacional de Migración (órgano colegiado compuesto por representantes de los ministerios de Gobernación, Relaciones Exteriores, Trabajo, Seguridad Pública, Salubridad Pública, de la Presidencia). El Consejo Nacional de Migración conocerá de cada solicitud, consultando el CENPRO sobre la calificación de la inversión; tal calificación no tiene carácter vinculante. En caso de aprobarse la solicitud por parte del Consejo, éste recomendará su aprobación a la Dirección General de Migración, la que resolverá. De conformidad con la Ley General de la Administración Pública, procederá recurso de revocatoria o de apelación ante el Ministro de Gobernación contra la resolución de la Dirección General de Migración dentro de los 3 días posteriores a su notificación al interesado, que en este caso se haría a través del consulado respectivo. En caso de denegatoria por parte del Ministro de Gobernación, procederá recurso de reposición para que se dé por agotada la vía administrativa y se tenga acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por el artículo 6 del acuerdo 446 de la Sesión ordinaria 085 del 23 de noviembre de1981, el Consejo Nacional de Migración, que también es el órgano que dicta las políticas generales sobre inmigración en Costa Rica, creó un procedimiento especial para inversionistas, en que elimina la presentación de unos cuantos de los muchos documentos a presentar con la solicitud y creó una ventanilla especial para la recepción de solicitudes. En la actualidad no se aplica este trámite especial.

En caso de que la solicitud fuere aprobada, el interesado deberá depositar en la cuenta de Migración en el Banco de Costa Rica una suma equivalente al valor del pasaje aéreo a su país de origen, por todo el tiempo que sea titular de la categoría

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

de residencia concedida. Para ello cuenta con un plazo de 30 días, so pena de la revocación de la categoría otorgada.

Notificado el interesado de la aprobación de su solicitud y habiendo realizado el depósito correspondiente, recibirá la autorización cablegráfica para que el cónsul le expida la visa de residente, en caso de poseer una nacionalidad restringida, y viajará al país para imprimir sus huellas dactilares, declarar bajo juramento que se somete a las leyes del país y retirar su cédula de residencia.

La credencial de residente le podrá ser revocada o cancelada en cualquier momento que lo juzgue oportuno o conveniente el Consejo Nacional de Migración o por violación de alguna norma migratoria o por ausentarse del país por espacio de seis meses o más.

b) Los residentes pensionados y rentistas. Ley 4812 del 28 de julio de 1971 y su reglamento.

Estas categorías podrán ser solicitadas desde el extranjero, a través de cónsul o a través de apoderado en Costa Rica, este último es generalmente un abogado.

Todos los documentos deberán venir debidamente legalizados y autenticados por el cónsul costarricense en el lugar de emisión, consistentes en: certificado de nacimiento de todos los miembros del núcleo familiar, certificado de no tener antecedentes penales de aquellos mayores de quince años, certificado de matrimonio cuando sea del caso, copia del pasaporte y fotografías de frente y perfil de cada miembro del grupo familiar. Asimismo deberá aportar, como requisito fundamental, el documento comprobatorio de su ingreso mensual, sea de US$ 600 para pensionados o de US$ 1.000 para rentistas.

La solicitud se presenta ante el Departamento de Jubilados del Instituto Costarricense de Turismo, donde luego de haber sido revisado el expediente, se remite con recomendación a la Junta Directiva de la Institución, la que en un plazo no mayor de 30 días posteriores a la fecha de presentación de la documentación completa deberá resolver de conformidad.

Una vez aprobada la solicitud de residencia, el Departamento de Pensionados y Rentistas notifica tanto a la Dirección de Migración como al Ministerio de Hacienda, para que la primera emita la credencial correspondiente, y el segundo, se dé por enterado para el caso de una eventual solicitud del interesado para la exoneración de impuestos de importación de efectos personales o de un vehículo automotor.

El trámite no sobrepasa los treinta días luego de que los documentos estén completos.

La categoría de residencia solo podrá ser cancelada en caso de que el interesado no cumpla con alguno de los requisitos señalados por la ley y/o el reglamento, nunca por razones de oportunidad o conveniencia.

El residente deberá viajar a Costa Rica para imprimir sus huellas dactilares. La credencial podrá ser retirada personalmente o por medio de abogado.

Los beneficios fiscales deberán ser solicitados ante el Departamento de Pensionados y Rentistas, quien recomendará a la Oficina de Exenciones del Ministerio de Hacienda tal concesión, la que resolverá en definitiva.

Una vez aprobada la solicitud de residencia, el interesado podrá pedir que se le expida un *documento de viaje especial,* para lo que deberá previamente demostrar que ha realizado una inversión de US$ 50.000 en un banco estatal, por un plazo no menor de 5 años, o bien, que ha invertido en algún proyecto agrícola, agropecuario, industrial o turístico, propiedad de personas físicas o jurídicas costarricenses, con activos fijos por valor no menor de US$ 100.000.

3. Renuncia, cancelación y expulsión y extradición. Un criterio jurisprudencial.

El control que en Costa Rica se ejerce sobre los extranjeros indocumentados o cuya estadía es ilegal, bien por ingreso subrepticio o por vencimiento de su permiso de estadía, lo lleva a cabo un cuerpo de oficiales de Migración, que depende de la Dirección General de Migración y Extranjería.

Los residentes temporales y permanentes podrán renunciar a sus respectivas categorías, manifestándolo por escrito a la autoridad correspondiente (Dirección de Migración o Departamento de Pensionados). Aceptada su renuncia podrán pedir que se les devuelvan los depósitos realizados o disponer de sus inversiones, sea enajenándolas o traspasándolas. No procederá la renuncia en los casos de pensionados o rentistas que hubieren hecho uso de exoneraciones fiscales, sin que previamente cancelen los impuestos no pagados, antes de que transcurran tres años desde la importación de efectos personales, o antes de 5 años en el caso de vehículos automotores.

La cancelación por revocación o anulación de

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

las credenciales de residente inversionista las decide el Ministerio de Gobernación, bien por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, siempre y cuando ésta no sea intempestiva ni arbitraria, de conformidad con el capítulo V de la Ley General de la Administración Pública. En materia de nulidad se regirá el punto por lo dispuesto por el capítulo VI de esa misma ley. La Ley 4812 establece en su artículo 11 que "La falsedad comprobada en los documentos o informes suministrados para el otorgamiento de los beneficios que esta ley confiere, se sancionará ordenando el pago inmediato de los impuestos exonerados más el 10 por ciento a título de multa y con cancelación de la credencial de inmigrante, por los organismos correspondientes". El Reglamento a la Ley 4812 extiende las causales de cancelación a todo aquel incumplimiento a las obligaciones contraídas de conformidad con la ley, como la falta de comprobación anual del ingreso o de la estadía obligatoria de 4 meses. También procede la cancelación de la credencial cuando el residente obtuviere la nacionalidad costarricense o cuando le fuere concedida otra categoría inmigratoria. En materia de nulidades, por ser especialmente omisa la Ley 4812 se aplicará en lo conducente el capítulo VI de la Ley General de Administración Pública.

La expulsión de extranjeros se rige por lo dispuesto por la Ley de Expulsión de Extranjeros, 13 del 18 de junio de 1894, adicionada por Ley 28 del 28 de noviembre de 1936 en los siguientes casos:

- si fuere vago;
- si hubiere sido condenado en país extranjero por delitos varios, según una lista taxativa;
- si fuere condenado en el país por esos mismos delitos;
- si por su conducta o antecedentes fuere peligroso para la tranquilidad pública.

Sólo se excluyen de la posibilidad de una expulsión a aquellos extranjeros que estén casados o hayan estado casados con mujer costarricense, si hubiere hijos nacidos en Costa Rica o hubiere residido 5 años en el país, o bien, si no estando casado con mujer costarricense haya residido en el país de modo permanente durante los últimos diez años.

El procedimiento de expulsión se desarrolla y decide ante el Consejo de Gobierno (presidente y ministros), pudiendo recurrir ante la Sala de Casación por razones de ilegalidad únicamente, dentro de las siguientes 24 horas a la notificación de la orden de expulsión. La expulsión se verificará, sea dando al expulso una carta por medio de itinerario para que la observe por sí solo, si conduciéndolo por medio de la policía al puerto que indique, para que allí se embarque con dirección al punto de su elección, en el plazo que el Ejecutivo señale.

Algunos casos que se han repetido en los últimos años ponen en evidencia varias violaciones a la Ley de Expulsión, el más reciente fue el referente al conocido narcotraficante Rafael Caro Quintero, quien fue directamente entregado a las autoridades mexicanas, sin que se le permitiera escoger a dónde dirigirse.

Otra forma de repatriación la constituye el procedimiento de extradición que en nuestro país se regula por convenios internacionales y por la misma Ley de Extradición. En estos casos debe mediar una solicitud expresa del país que exige la entrega del extranjero, que además tendrá que cumplir con una serie de requisitos formales, así como con ciertas causales expresas indicadas en dicha ley y una autorización por parte de un juez penal costarricense. De conformidad con esta ley solo procedería la extradición en los casos en que el delito que se atribuye al extranjero no tiene características políticas, sea también considerado como delito de acuerdo con la legislación costarricense y exista una orden de apremio o condena de una autoridad judicial extranjera.

Las diferencias entre la expulsión y la extradición y su aplicabilidad se ilustran claramente en lo resuelto por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, en Sesión 10-12-79, art. VI, de la que se transcribe el siguiente párrafo:

> "La Corte Plena destaca que en el presente caso la actuación del Ministerio de Seguridad Pública no puede considerarse sustentada en las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que autorizan a los funcionarios competentes para expulsar a los extranjeros que hubieren ingresado ilegalmente a territorio costarricense; porque si bien la portación de un pasaporte falso constituye una forma de ingreso ilegal. La verdad es que en el presente asunto se produjo un acto de otra índole. En efecto, se estaría en presencia de una simple expulsión si los funcionarios de Seguridad Pública, en vez de entregar al ciudadano extranjero que entró al país con un pasaporte falso, a las autoridades italianas, lo hubieran desplazado del territorio nacional hacia otro lugar, no con destino a Italia; pero al producirse esa entrega al Gobierno italiano con ello la aparente expulsión vino a constituir —en su esencia— una extradición ilegal o de

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

hecho, pues el extranjero fue conducido a su país, en donde se encuentra descontando una pena de prisión. Se trata, en resumen, de un caso que debió resolverse con arreglo a la Ley de Extradición, pues solo por medio de ésta es lícito entregar a una persona a un gobierno extranjero para que sea sometida a juicio o al cumplimiento de una condena".

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES

Una reactivación económica basada en la nueva política de exportaciones promovida por el Poder Ejecutivo en los últimos 4 años, lleva aparejada una política definida y clara hacia la atracción de inversión extranjera.

Si bien tal posición ha sido claramente entendida y apoyada, los resultados obtenidos de ello no han sido muy esperanzadores. Los incentivos de carácter económico, bastante numerosos y que se evidencian en subsidios y todo tipo de beneficios fiscales, no han sido suficientes para el logro de los objetivos propuestos en materia de atracción de inversión extranjera. Tampoco ha sido suficiente la implementación inicial del Programa de Recuperación Económica para los países de la Cuenca del Caribe, ni los esfuerzos llevados a cabo a través de conferencias promocionales realizadas en los Estados Unidos de América.

Podría decirse que ha influido en la obtención de resultados negativos, entre otros: la situación política de los demás países del área centroamericana y la visión internacional de esta zona geográfica en forma global. Asimismo, la existencia de una serie de problemas administrativos, de carácter burocrático, y de una legislación dispersa, poco clara.

La mayor ventaja comparativa que este país puede ofrecer es su estabilidad y tranquilidad política, su régimen democrático y pluralista, así como otros factores de carácter sociológico y ambiental. En ese sentido, son aquellos extranjeros que urgen de este tipo de ventajas los que podrían tener interés en trasladar sus capitales y familias. Para ellos tienen particular relevancia los incentivos políticos e inmigratorios.

Se impone un cambio de dirección en cuanto a la procedencia de los inversionistas y en cuanto a las áreas de promoción del país para la atracción de la inversión extranjera. También urge adecuar el derecho y las instituciones de extranjería costarricenses hacia ese nuevo rumbo.

Las reglas inmigratorias relativas a la inversión extranjera son confusas, dispersas y desactualizadas. La Ley 37 del 7 de junio de 1940 ha sido excesivamente reformada, al punto que no se tiene clara conciencia de todas sus reformas. Lo mismo sucede con su reglamentación. En muchos casos es difícil determinar qué disposiciones están vigentes o cuáles han sido derogadas. En parte por ese problema, los procedimientos relativos al ingreso y el establecimiento de los extranjeros, incluidos los inversionistas, son largos, entrabados, inciertos y absolutamente inadecuados para una nueva política de atracción de inversión extranjera. Aún la propia Dirección General de Migración no dispone en la actualidad del compendio de leyes y reformas reglamentarias vigentes.

Si bien la Ley 4812 del 28 de julio de 1971 ha significado una alternativa más adecuada, menos incierta y proveedora de verdaderos incentivos migratorios, por cuanto la misma no fuera especialmente adoptada para atender la inmigración de la inversión extranjera, presenta una serie de dificultades que incluso ponen en entredicho la legalidad de su nuevo reglamento.

Es necesario uniformar y ajustar en la actualidad las viejas y dispersas leyes de inmigración y extranjería. Imprimirles conceptos claros, lo más unívocos posibles, que sean acordes, y un fiel reflejo, de la política sobre inversiones extranjeras y de reactivación económica del país. Sin perjuicio, por supuesto, de reformar y adecuar también, todas las reglas relativas a la condición jurídica general del extranjero en Costa Rica.

La experiencia acumulada a través de la aplicación de la Ley 4812 del 28 de julio de 1971 debe ser aprovechada en sus aspectos positivos. Reordenando así la legislación inmigratoria en materia de inversión extranjera en disposiciones especialmente creadas para ese efecto.

Los incentivos migratorios deben ser claros y acordes con el principio de buena fe internacional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

El documento de viaje debe ser denominado "pasaporte para extranjeros" y debe darse a conocer a los diferentes Estados que mantienen relaciones diplomáticas con Costa Rica, sobre las razones humanas, jurídicas y económicas de su emisión y el tratamiento esperado para los portadores de esos documentos.

El derecho de extranjería costarricense debe ser necesariamente reestructurado si realmente existe voluntad política de empezar a crear condiciones jurídicas, administrativas e internacionales para tener crédito a pensar en la inversión extranjera como una alternativa necesaria en la reactivación económica de Costa Rica. Ser indiferentes en ese sentido es pecar de ingenuos e ilusos.

BIBLIOGRAFÍA

BISCOTTINI, Giusseppe. *Diritto Amministrativo Internazionale.* Tomo II. La Circolazione degli uomini e delle cose. Padova, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966.

BATTIFOL y LAGARDE. *Droit International Privé.* Sep. Edition. Tomo I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1981.

BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado.* Tomo I. Segunda Edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

DÍAZ CISNEROS, César. *Derecho Internacional Público.* Segunda Edición. Tipográfica Editora Argentina. TEA. 1966.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. *Derecho Internacional Privado.* Harla S.A. 1980.

PERES, Vera Elisa. *Derecho Internacional Privado.* Parte Especial. Editorial Tecnos. Madrid. 1980.

Los países en desarrollo, en una publicación de la Organization de Coopération et Development Economiques, "Investir dans le Tiers Monde", 5 edition, Paris, 1982.

ORTIZ MARTÍN, Gonzalo. *El Derecho Internacional Privado de Costa Rica.* Edición del Colegio de Abogados de Costa Rica. 1969. Pág. 148.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público.* 4ta. Edición Alemana. Aguilar. 1969.

Informe de Asesoría Legal del Ministerio de Seguridad Pública a CENPRO, de fecha 11 de agosto de 1982, oficio 1031-82 A.L.

Textos legales y reglamentarios citados.

Programa de Fomento a las Exportaciones y las Inversiones del Ministerio de Exportaciones para 1984. MINEX.

Comentarios del Ministerio de Gobernación al Proyecto de Reglamento para la Ley 4812. ICT. 1985.

Actas de la Comisión de Asuntos Jurídicos 40, 43, 44, 49 y 50 de la Asamblea Legislativa, del mes de junio de 1983 para una reforma a la Ley 4812 y cuadro del ICT adjunto a esas actas.

Entrevista con el señor Edwin Salas Brenes, Jefe del Departamento de Pensionados y Rentistas, ICT.

Entrevista con el Director General de Migración y Extranjería señor Daniel León.

RAMÍREZ, Marina Alejandra. *Jurisprudencia constitucional.* 1979—1982. San José. Poder Judicial. 1982.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL*

LICDA. MIRIAM BORLOZ SOTO

INDICE

Pág.

Sección I: Breve análisis de la representación dentro del esquema del negocio jurídico 135
1. Definición 135
Sentido genérico 135
Sentido amplio 135
Sentido estricto. 135
2. Sujetos de la manifestación de voluntad y sujetos del interés 136
3. Elementos subjetivos de la representación 136
4. Presupuestos subjetivos en la figura causal de la representación. 137
a) Representación legal 137
b) Representación voluntaria. 137
5. El Negocio Representativo 137
a) Elementos subjetivos 137
b) Presupuestos subjetivos. Poder como forma de legitimación. 138
6. Objeto y presupuestos objetivos del negocio constitutivo de la representación. 138
7. Objeto y presupuestos objetivos del negocio representativo 139
Elementos objetivos de la representación 139
El objeto y las figuras jurídicas. 139
8. Análisis de la voluntad en la relación interna-apoderamiento 139

Sección II: La representación en el Derecho Mercantil Internacional 140
A. Clases de representación 140
a) Representación directa 140
b) Representación indirecta. 140
c) Representación directa e indirecta como una categoría unitaria 141

B. Auxiliares del comerciante 142
1. Factor. 142
a) Características propias 142
b) Contenido de los poderes del factor 143
c) El factor notorio. 143

* Trabajo de investigación realizado, para ser presentado al Prof. Víctor Pérez Vargas, en el Curso de Posgrado en Derecho Internacional. La contratación en el comercio internacional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

2. Dependientes 143
3. Otros colaboradores 144
a) Agente viajero dependiente 144
b) Agente viajero independiente 144
4. Auxiliares del comercio autónomos 144
a) Representante de casas extranjeras 144
b) Comisionistas 145
c) Corredor jurado 146
d) Agente o corredor de aduana 147
e) Porteador 147
f) Requisitos según la legislación costarricense para constituirse en corredor de aduana 147

C. Agencias y sucursales 148
1. Agentes de viaje 148
2. Agencias o sucursales de compañías extranjeras 148
a) Requisitos que debe cumplir toda persona para ejercer el comercio en Costa Rica 148
b) Requisitos para que las sociedades extranjeras abran sucursales en el territorio nacional . . . 149
c) Transferencia de sede de sociedades extranjeras al territorio nacional 150

D. Centros públicos de contratación 150

Bibliografía 151

Anexos:
— Cuadro núm. 1: Colaboradores del empresario en el Derecho Mercantil Internacional 152
— Cuadro núm. 2: Diversas relaciones de los colaboradores mercantiles 153
— Convenio sobre la Representación en la Venta Internacional 154
— Ley núm. 2496 del 19-12-1959. De las Agencias o Correduría de Aduanas 158
— Ley núm. 5339 del 23-8-1973. Ley Reguladora de las Agencias de Viaje 162

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

REPRESENTACIÓN

BREVE ANÁLISIS DENTRO DEL ESQUEMA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Generalidades

1. Definición:

En sentido **genérico:** Un concepto genérico de representación podría encontrarse en una aproximación prejurídica, determinada por una idea común a la cual pudiesen referirse varias figuras, en virtud de analogías contenidas en una forma tan genérica, que abarcaría las más diversas situaciones, y carecería de todo sentido técnico.

En sentido **amplio:** Pertenece a la ciencia jurídica pero aún es una idea muy genérica que requiere ser delimitada en forma más precisa ya que muchas figuras que pueden considerarse como formas de representación en sentido amplio, no caben en el concepto de representación en sentido técnico.

Este concepto no es más que un esquema genérico para abarcar figuras muy diversas entre sí, muchas de las cuales no pueden considerarse representación en sentido técnico, ni pueden explicarse de acuerdo con sus principios, y cuya única característica común, aparentemente, sería que todas implican el ejercicio de derechos ajenos, tesis por lo demás dudosa.

En sentido **estricto:** En sentido técnico solo puede hablarse de representación cuando el negocio realizado por el representante tiene efectos inmediatos para el representado, es decir, cuando hay un obrar por cuenta y en nombre ajeno, de manera que los efectos recaen directamente en la persona del interesado.[1] Con lo cual la representación se vendría a restringir a las hipótesis de la llamada representación directa o inmediata, excluyendo la indirecta o mediata.

Puede concluirse con Pugliatti, en una delimitación de los conceptos de representación, en sentido amplio y en sentido estricto, de la manera siguiente.[2]

La intervención de un representante en la creación de un negocio jurídico, produce varias relaciones entre los sujetos que participan, y que en su conjunto, pueden designarse como relación representativa *latu sensu,* la cual no es una verdadera y propia relación jurídica unitaria, ni un organismo autónomo, sino un complejo de relaciones que se yuxtaponen y que pueden agruparse así:

1) Relaciones entre el dueño del negocio y el representante, o relaciones internas, que dependen del negocio de gestión, y se concretan en los efectos de éste.
2) Relaciones entre el representante y el tercero que participa en el negocio constituido en representación, que se concreten en los derechos que el tercero puede adquirir frente al representante.
3) Relaciones entre el tercero, por una parte, y representante y representado, por la otra, que dependen de la actuación del representante como cooperador y sustituto del principal frente al tercero, y se concretan en la producción de la eficacia en la persona del representado.
4) Relaciones entre representado y tercero, que se concretan en el complejo de obligaciones y derechos recíprocos, efectos del negocio mismo.

Dentro de todo ese complejo de relaciones, se configura la relación representativa en sentido estricto, que sí es un verdadero instituto jurídico, constituido por la síntesis de los elementos que juntos concurren a producir el efecto característico de la representación cual es la imputación de las consecuencias jurídicas al representado o sujeto del interés.

La representación comprende tanto las actuaciones a nombre propio como las hechas a nombre

---

1. RODRÍGUEZ (J.A.), *De los agentes auxiliares del comercio,* León, Nicaragua, Tesis Universidad Nacional Autónoma, Ed. Antorcha, 1960, p. 18.
2. PUGLIATTI (Salvatore), *Studi sulla rappresentanza,* Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pp. 80-81. Citado por UMAÑA ROJAS (A.L.), Tesis *"La representación en el Derecho Privado"*, UCR, 1982.

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

ajeno, es decir, la representación directa y la representación indirecta, pues si bien son claras las diferencias entre ambas, tampoco pueden llevar a ignorar los elementos comunes, como lo son el cuidado del interés ajeno, y la consiguiente ajenidad del negocio, así como la identidad efectual, por cuanto en la representación indirecta el gestor, sobre quien recaen —externamente— los efectos, adquieren la situación jurídica como ajena.[3]

Entonces se puede definir la representación como: una situación jurídica de poder en virtud de la cual una persona declara su propia voluntad para dar vida a una relación jurídica, con la que se actúa en interés de otro, en quien se producen sus efectos (en forma mediata o inmediata) y haciendo del conocimiento de los terceros con quienes entra en relación, la ajenidad del interés perseguido, y en consecuencia de los efectos a producirse.[4]

2. Sujetos de la manifestación de voluntad y sujetos del interés.

"Por lo general, la declaración de voluntad es emitida por el mismo sujeto interesado en sus resultados, es decir, se trata de una declaración en nombre propio, que produce sus efectos en la persona de quien la emitió. En tal situación, coinciden el sujeto de la declaración de voluntad y el sujeto del interés.

Sin embargo, esto no ocurre siempre, pues es posible que la voluntad sea declarada por un sujeto, no para él sino para servir un interés ajeno. Falta entonces la coincidencia indicada, y los efectos no se producen en la persona del emitente. Esta es la situación de declaraciones de voluntad emitidas por medio de representante, produciéndose entonces el fenómeno de que el sujeto formal y el sujeto material de un negocio no concurren en la misma persona, es decir, falta la coincidencia entre el sujeto del negocio jurídico, con el sujeto del interés económico o sujeto material del mismo negocio. Tal situación es trascendente siempre y cuando aparezca externamente en el acto, pues si la separación permanece oculta, el Derecho no toma en consideración lo no objetivado, sino que tutela el acto como dirigido a realizar o a satisfacer un interés del agente, pero si falta la coincidencia se exterioriza, el sujeto de la voluntad manifestada no es tan importante, pues es solo un instrumento para realizar el fin de otro, para quien se producen los efectos jurídicos".[5]

3. Elementos subjetivos de la representación.

La representación supone, como norma general, y a nivel de su figura causal, la existencia de dos sujetos: el representante y el representado, susceptibles de ser individualizados.

Representante: Es el sujeto que realiza un comportamiento, cuyos efectos jurídicos tienden a la satisfacción de un interés ajeno, que es, precisamente, el representado. Tratándose de representación voluntaria, el representante toma el nombre de procurador.

El representante es, por lo general, una persona física, pero puede conferirse representación a una persona jurídica, que la ejercitará por medio de sus propios órganos, constituidos a su vez por personas físicas.[6]

Regla general: puede asumir la representación cualquier sujeto con capacidad de actuar. Sin embargo, en algunos casos de representación voluntaria se permite conceder el correspondiente poder a personas incapaces, considerando que el representado es libre de elegir, si lo cree conveniente, a tales sujetos. En materia de representación legal, tal cosa no es posible, a excepción de un único caso: la madre menor de edad ejerce la patria potestad sobre sus hijos habidos fuera de matrimonio, con las consiguientes facultades representativas (142/127 C.Fam.).

Representado: Puede ser una persona física incapaz, en la representación legal; una persona jurídica, en la llamada representación orgánica; o una persona física con plena capacidad de actuar, como sucede con los apoderamientos voluntarios.

---

3. UMAÑA ROJAS, op. cit., p. 47.
4. Ibíd.,p. 47.
5. ROCCO (Alfredo), *Principios de Derecho Mercantil*, México, Editora Nacional, 1966, pp. 276-277.
6. MESSINEO (Francesco), *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. II, 1971, p. 420.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

4. Presupuestos subjetivos en la figura causal de la representación.

a) Representación legal:

Se exige siempre la capacidad de actuar del representante —arts. 174 inc. 1) C. Fam. tutela; 228 C. Fam. curatela—, con la excepción del caso de la patria potestad ejercida por la menor sobre el hijo extramatrimonial —arts. 142/127 C. Fam.—

b) Representación voluntaria:

Norma general es la contenida en el artículo 1260 del Código Civil, que establece que no pueden ser mandatarios los que no tienen capacidad para obligarse por sí mismos. Sin embargo, a continuación agrega que los menores pueden ser mandatarios no judiciales.

La situación es clara, de acuerdo con esta norma, en lo que respecta a la representación que se sustenta en un mandato. Resta determinar si la norma debe aplicarse, por analogía, a otros tipos de relación de gestión, o si constituye una excepción específicamente tipificada.

En conclusión, el representante debe ser siempre un sujeto capaz de actuar. Las normas establecidas para la tutela de los incapaces así lo exigen, como también los intereses del representado. Aquellas, en cuanto la incapacidad del representante constituiría un vicio del negocio de apoderamiento, éstos, en tanto reclaman el despliegue de una especial actividad por parte del apoderado.

Distinto es el problema en los negocios constituidos en representación, por cuanto los vicios en la procura no son oponibles a terceros de buena fe, y en consecuencia, puede suceder que éstos entren en contacto, válidamente, con un representante incapaz.

La norma del artículo 1260 es una excepción que confirma lo dicho, pues distingue dos aspectos del mandato: en tanto que fuente de obligaciones a cargo de los contratantes, se remite a las reglas sobre capacidad; mientras que como medio del cual se vale el mandante, no establece ninguna limitación. A fortiori: el incapaz debe aparecer como representante frente a terceros, pero en las relaciones internas rigen las normas generales sobre capacidad.

Ello se apoya en razones de oportunidad y de consideración a la buena fe de los terceros, creando una situación especial para el mandato. Pero en general puede afirmarse que el representante debe poseer la capacidad de concertar el negocio en virtud del cual se le confiere el poder de actuar.[7]

En cuanto al representado, su falta de capacidad de actuar es el presupuesto de los casos de representación legal. Respecto a la que se origina en un negocio jurídico, vale lo dicho sobre la necesidad de capacidad de los contratantes.

5. El negocio representativo.

a) Elementos subjetivos:

En el negocio constituido en representación participan, a nivel formal, dos sujetos: el representante y el tercero. El representado es parte en sentido sustancial, por cuanto a él se refiere el concepto de centro de interés; en él se producen los efectos del comportamiento representativo, de modo que el representante se pone entre representado y tercero, como un instrumento al servicio de los fines de aquél.[8]

Solamente puede hablarse de actividad representativa con referencia a uno o más terceros, quienes serán cointeresados en los efectos jurídicos del comportamiento. Incluso tratándose de comportamientos no negociales, hay siempre un tercero, que será destinatario de la conducta del representante o autor del comportamiento que éste reciba.

Autocontrato: aquí, aparentemente, el representante concluye un negocio consigo mismo, reuniendo las calidades propias del tercero contratante, es decir, actuando como parte y contraparte, de modo que es uno solo el sujeto que participa en la negociación. Es importante que aún en esta hipótesis, es posible encontrar la presencia de un tercero en sentido sustancial, ya que el sujeto actúa por su representado, por una parte, y por otra, en su carácter personal, o en representación de otro sujeto. Hay un solo sujeto, que interviene en la formación del negocio en una doble forma, pero manteniéndose la necesaria presencia de dos sujetos en sentido material. Para la conclusión

---

7. RIPERT, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, p. 152. Citado por UMAÑA ROJAS (A.L.), op. cit., p. 124.

8. NATOLI (Ugo), *La rappresentanza*, Milano, Dotto. A. Giuffrè Editore, 1977, p. 2. Citado por UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), op. cit., p. 125.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de un negocio, es necesaria tal duplicidad de partes en sentido substancial, pero no se requiere la presencia de dos o más sujetos en sentido formal, como autores de las respectivas manifestaciones de voluntad.[9]

b) Presupuestos subjetivos. Poder como forma de legitimación.

La representación es un poder (con connotaciones de deber),[10] es decir, una situación efectual, causada por el negocio de apoderamiento o por la norma legal. Pero a la vez, puede estar presente en la figura causal, del negocio constituido en representación, y entonces constituye una forma de legitimación del sujeto que actúa, y debe analizarse en los presupuestos subjetivos de tal negocio, que tendría la estructura común, pero algunas particularidades en cuanto a la escisión parte formal-parte material.

El poder indica, la legitimación del representante para actuar en un cierto modo (que es la manifestación hacia el exterior del contenido del poder), en interés del representado, lo que es aplicable tanto a la representación legal como a la voluntaria.

El poder legitima al representante, y sirve de base a su actuación con abstracción de la relación jurídica en que se originó, permitiéndole actuar dentro de sus límites, de modo que los efectos que han de surgir en ejercicio de tales facultades se imputan al representado, como si él hubiese realizado el acto.

Los efectos jurídicos del acto realizado en representación, han de recaer sobre el representado. En consecuencia, a éste debe referirse el examen de los presupuestos subjetivos relacionados con tales efectos: un negocio prohibido para el representado, no puede realizarlo válidamente el representante.[11]

La legitimación para el negocio debe apreciarse respecto al representado de tal manera que si éste carece de la facultad de disponer o de la titularidad que reclama la relación, no puede recurrir a la representación para tratar de remover tal obstáculo, y el negocio sería inválido, por cuanto ella tiene un valor circunstancial: se representa al sujeto tal y como es realmente al momento de actuar el agente.[12]

Un presupuesto subjetivo que sí debe encontrarse en la persona del representante es, el poder de representación, pero tiene un valor diverso: él configura una legitimación de segundo grado, la cual no absorbe ni hace en absoluto superflua cualquier otra aptitud o poder, sino que, más bien, supone una legitimación de primer grado en el representado.[13]

Diferente resulta la situación tratándose de representación indirecta. En este campo, todos los presupuestos subjetivos deben apreciarse exclusivamente en relación con el intermediario, que es el sujeto de la manifestación y al menos inicialmente, el mismo en quien han de recaer los efectos. La falta de legitimación o de capacidad del poderdante (posterior destinatario de los efectos) obstaculizaría solo el traspaso de los efectos a su persona.

En cuanto al presupuesto capacidad de actuar, éste debe darse en la persona del representante, como regla general, y también en el representado salvo, las hipótesis de representación legal necesaria. No obstante, puede ocurrir que un representante sin capacidad de actuar, pero que sí tenga la capacidad natural (o al menos lo aparente) se presente frente a los terceros, quienes no se ven afectados por los vicios que pueda reunir la procura, siempre y cuando sean de buena fe.

6. Objeto y presupuestos objetivos del negocio constitutivo de la representación.

La representación puede nacer, de los más variados negocios jurídicos, que generalmente carecen de objeto, entendido en sentido material. Si se entiende como prestación, debe hacerse referencia al contenido propio de cada relación de gestión en que el instituto se inserta, pero la cláusula de apode-

---

9. UMAÑA ROJAS (Ana Lorena) y PEREZ VARGAS (Víctor), *Elementos del negocio jurídico*, Revista Judicial, San José, Costa Rica, núm. 12, junio, 1979, p. 71.

10. UMAÑA ROJAS, op. cit., p. 126.

11. Ibíd, p. 128.

12. OTERO y VALENTÍN (Julio), *Extinción e ineficacia del mandato*, Revista de Derecho Privado, Madrid, T. VI, núm. 72, Sept. 1919, p. 258.

13. BETTI (Emilio), *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, sin fecha, p. 446.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ramiento tiene como objeto (prestación que en realidad es el componente de hecho de su efecto)[14] el crear en el representante la legitimación para que éste pueda actuar, en ejercicio de un poder-deber, tendiendo a la consecución de los intereses del poderdante, y cuya contraprestación estaría constituida por la correlativa obligación que asume el apoderado, de actuar en interés de su mandante, prestaciones que deben reunir las condiciones de ser lícitas, valorables y determinadas.

7. Objeto y presupuestos objetivos del negocio representativo.

A su vez, el representante pueda dar vida a una gran diversidad de negocios, cuyo objeto debería ser analizado en cada caso concreto, y debe reunir, lógicamente los requisitos que la ley exige (arts. 627, 630 y 631 del Código Civil).

Elementos objetivos de la representación.

El objeto y las figuras jurídicas:

Los objetos constituyen los fenómenos espaciales, capaces de una permanencia indefinida en el tiempo, lo que les permite ligar entre sí hechos distantes en el tiempo. Además los hechos siempre tienen lugar entre objetos, de modo que la importancia de aquellos está determinada por los objetos sobre los que recaen.

Los objetos comprenden a los sujetos, pero en sentido estricto, objeto es sinónimo de cosa, entendida en sentido material, comprendiendo también la categoría de las cosas inmateriales.

La aludida capacidad de permanencia en el tiempo permite al objeto funcionar como punto de vinculación, no necesario (como ocurre con el sujeto) pero sí posible, entre el hecho jurídico y el componente de hecho del efecto jurídico, de modo que por lo general, ambas situaciones presentan los mismos objetos.

El Código Civil, sin embargo, adopta una terminología diferente pues sigue la tesis del objeto entendido como prestación, combinada con la que identifica a aquel con la materia, y aún el artículo 631 parece referirse a cosas y hechos, lo cual es criticable, pues una prestación es un comportamiento y como tal solo puede ser considerada componente de hecho de un efecto jurídico.

8. Análisis de la voluntad en la relación interna-apoderamiento.

En el negocio constitutivo de la representación, o procura, funciona únicamente la voluntad del representado u otorgante, en el sentido de manifestar que asume los efectos de los negocios que el representante concluya en su nombre, es decir, confiriéndole el respectivo poder, mediante una cláusula del contenido del negocio de gestión. La procura determina entonces el otorgamiento de las facultades representativas, su contenido y límites. Como todo negocio jurídico, se requiere, en el sentido visto, la capacidad de actuar de quien confiere el poder, la cual trascenderá respecto al negocio realizado en representación.

En cuanto al representante, es necesaria también tal capacidad, en el sentido ya visto, excepto que se trate de una relación de gestión que no la presuponga, como podría una relación laboral.

Son relevantes en la procura los eventuales defectos o vicios de la voluntad del representado. Puede ser nula por simulación o anulable por error, dolo o amenaza. Los negocios que eventualmente cumpla el representante en esta hipótesis se sujetan al régimen, de las situaciones patológicas de la representación, pero en general puede afirmarse que obligan al representado frente a terceros de buena fe, que razonablemente ignoren los vicios de la procura, e independientemente de la responsabilidad que en la relación interna pudiese caber al representante frente a su principal.[15]

---

14. UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), op. cit., p. 133.
15. UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), op. cit., p. 139.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

II

LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Para determinar los casos en que se da la representación internacional, definiremos en primer término qué se entiende por empresa y empresario, derivando la figura de la representación de éste a través de sus colaboradores, quienes podrán actuar a nombre y por cuenta del empresario o a nombre propio pero por cuenta de éste.

Empresa mercantil: Organización lucrativa de personal, capital y trabajo, con unidad de nombre, permanencia en la actividad y finalidad definida, que necesita de un sujeto empresario, quien es la persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita la actividad constitutiva de la misma.

No se exige que el empresario despliegue la actividad empresarial en forma directa y personal, basta para el Derecho que la actividad del empresario se ejercite. El empresario, actúe o no personalmente, es quien responderá frente a terceros y quien adquirirá para sí los beneficios que la empresa produzca, es con base en este último punto que pasamos a nuestro tema.

A. Clases de representación.

a) Representación directa:

Significa que los efectos del acto de gestión representativa se producen en forma inmediata en el patrimonio del representado, sin ningún efecto para el representante. Cuando el agente actúa en nombre y por cuenta ajena de tal manera que los derechos y obligaciones efecto del negocio recaen directamente sobre el representado.[16] Es la normal consecuencia de una actuación abierta del representante que ostenta un suficiente poder de representación, o en su defecto que el acto realizado ha sido *a posteriori* ratificado. El representante actúa en nombre y cuenta ajena.

b) Representación indirecta:

Esta se da cuando el agente o gestor actúa a nombre propio con el tercero con quien contrata, de manera que es el representante y no el principal quien queda directamente vinculado. El principal no tiene acción contra el tercero sino contra el representante, del mismo modo que el tercero tampoco tiene acción contra el principal y sus reclamaciones sólo las dirigirá contra el representante. De ahí que se deduce que es el representante quien adquiere los derechos y asume las obligaciones que derivan del contrato celebrado con el tercero, teniendo una posterior obligación de trasmitir, atribuir o destinar al principal los derechos adquiridos, y una facultad de exigir que éste le resarza de las obligaciones que sobre él pesan o de los desembolsos que haya realizado.

El representante adquiere para sí los derechos y obligaciones, el representado nada adquiere en principio, sino que para hacerlos suyos debe participar en un nuevo negocio jurídico de transferencia.

La representación indirecta ha sido considerada como un caso de discordancia de voluntad y declaración, por cuanto se emite ésta en el sentido de concertar un negocio en nombre propio, cuando en realidad se quiere actuar en nombre del representado, no obstante, no es impugnable por razones de seguridad del tráfico, pero no existe tal discordancia, ya que el agente quiere y declara adquirir para sí, lo que ocurre es que debe luego, sobre la base de la relación interna, trasladar los efectos a la persona del representado.[17]

Mientras que la representación directa tiene como base una norma legal o bien un negocio con una cláusula de apoderamiento, la indirecta supone una autorización genérica para actuar por cuenta del interesado, pero a nombre propio del agente, lo que no es suficiente para la producción de la eficacia directa.

Tal autorización debe ser entendida como "el

16. UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), *La representación en el Derecho Privado*, Tesis Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1982.

17. Ibídem, pp. 200 y 201.

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

negocio atributivo del poder de disponer eficazmente en nombre propio sobre derechos del autorizante",[18] o más ampliamente sobre su patrimonio, pudiendo encontrarse ligada a un mandato (sin representación directa) o a una comisión.

Por efecto de tal relación interna, el representante, y el sujeto del interés quedan vinculados entre sí, de tal modo que el primero debe transmitir al segundo los efectos del negocio, sean activos o pasivos. Pero además, de tal relación nace para el agente la obligación de actuar en interés del representado, lo que constituye el vínculo entre momento interno y externo del fenómeno. Toda la actividad del representante indirecto, desde que contrata con el tercero, hasta que transmite los efectos al principal, es actividad debida, para él.

El acto de transferencia del mandatario al mandante es un acto debido, en tanto que se realiza en cumplimiento de obligaciones que surgen para el agente de la relación de gestión, por ello, no es un acto negocial. El acto traslativo tiene la función de medio para el cumplimiento de una obligación preexistente.

El acto del mandatario se caracteriza por una separación entre la forma y la sustancia, entre la imputación —actual y transitoria— y la destinación —final— de los efectos.[19]

Desde el punto de vista del representado, la actuación de su interés implica una potencial titularidad, una verdadera expectativa de titularidad, él tiene un interés, un derecho, a la adquisición de tales efectos, en virtud de la relación de gestión, que impone al representante la obligación de actuar en interés del *dominus.*

c) Representación directa e indirecta como una categoría unitaria.

Un grupo de autores ha sostenido que la representación indirecta es precisamente "no representación". Consideran que hay una contradicción en los términos al calificar así una situación en la cual el principal debe desplegar una laboriosa acción contra su propio encargado (en caso de que éste se niegue a transferirle los efectos) para obtener un resultado igual, o menos perfecto, del que hubiera podido obtener actuando por sí mismo, la expresión "representación indirecta" encerraría un contrasentido, pues el primer vocablo implica la creación de un vínculo directo.[20]

Otra corriente sostiene que en todos los casos se da una eficacia representativa, incluso en aquellos en que el resultado práctico se alcanza por la vía indirecta, de modo que se trata de dos aspectos de un fenómeno unitario.[21]

Ana Lorena Umaña sostiene que en todas las hipótesis en que un extraño actúa por un interés ajeno, hay un fenómeno representativo en sentido amplio, pudiendo hablarse de representación de intereses.[22]

Solo que en un caso los efectos se producen en forma directa y en otro en forma indirecta. Pero ambos son fenómenos de cooperación para actuar en interés ajeno, creando relaciones que en última instancia recaerán en los titulares de tal interés.

Para la citada autora la cuestión se reduce a una cuestión terminológica. Puede hablarse de representación indirecta tomando en cuenta los elementos que tiene en común con la directa, y verla así como forma de representación, prescindiendo de las sustanciales diferencias. Se trata de ampliar el término hasta comprender todas esas hipótesis, en virtud de que se trata siempre de una actuación de intereses ajenos, y que, aunque los efectos se producen en forma distinta, son prácticamente equivalentes. De allí que el llamar interposición gestoria a la representación indirecta, es una manera de acentuar sus elementos diferenciadores pero no hay duda de que también es interposición gestoria la directa, con las especiales características de la *contemplatio domini* y la eficacia directa.[23]

No existe en el Derecho positivo costarricense ninguna regulación específica sobre la representación indirecta. Únicamente el artículo 273 del Código de Comercio establece, respecto al comisio-

---

18. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*, pp. 242-711, 712. Citado por UMAÑA ROJAS (A.L.), op. cit., p. 203.
19. UMAÑA ROJAS, op. cit., pp. 204-205.
20. FONTANARROSA, citado por UMAÑA ROJAS, op. cit., p. 208.
21. COSSIO, citado por UMAÑA ROJAS, op. cit., p. 208.
22. UMAÑA ROJAS, op. cit., p. 210.
23. Ibídem, p. 210.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

nista, que cuando actúa en nombre propio asume personalmente la responsabilidad del negocio, de modo que quien contrate con él no adquiere derecho alguno ni contrae obligaciones respecto al dueño del negocio. Ello en contraste con sus actuaciones a nombre de su representado, caso en el cual lo obliga, y el tercero que con él contrata adquiere derechos y contrae obligaciones con el "mandante" y no con el comisionista.

La ajenidad del interés por el que actúa el mandatario, aun actuando en nombre propio, queda subrayada por lo dispuesto en el artículo 293 del mismo Código, al disponer que todas las ventajas que el comisionista pueda obtener en la negociación que se le encarga, benefician exclusivamente al comitente. Por su parte el Código Civil sólo se refiere al mandato con representación directa.

B. Auxiliares del comerciante:

Son auxiliares del empresario las personas que se obligan a ayudarlo mediante una retribución en el ejercicio de su actividad económica.[24] La intervención de estas personas puede llevarse a cabo en cualquiera de las etapas de la formación del negocio, sea en los tratos preliminares, o en el momento de su perfección e incluso en el de su ejecución,[25] lo que crea tres órdenes de relaciones: entre el comerciante y el tercero, entre el comerciante y el colaborador y entre colaborador y tercero.

Se excluyen de este análisis los transportistas por cuanto no desempeñan ningún tipo de intervención en negocios ajenos ni en la realización de contratos; de la misma forma, excluimos a los cuya actividad es técnica, y tampoco interviene, en negocios del comerciante, ni jurídica ni económicamente.[26]

Entre estas personas, con cuyo concurso el empresario logrará más eficazmente los fines que se propone, están las que denominaremos "personal del establecimiento", quienes desempeñan su función propiamente en el establecimiento mercantil, dependiendo directa o indirectamente del comerciante; entre ellas ubicaremos al factor y al dependiente.

1. Factor (art. 314, C. Com.).

a) Características propias:

Es un representante permanente del comerciante, que lo sustituye en lo relativo a la gestión encomendada por lo que se le denomina "alter ego" del empresario. Aunque es un representante comercial tiene ciertas características especiales:

- permanencia acorde con la estabilidad de la empresa
- su poder suele extenderse a todas las actividades que pudieren corresponderle al principal en la Administración
- grado de sustitución muy particular siendo representante del interés económico de la empresa en su totalidad
- su poder debe abarcar todo lo que el comerciante podría hacer, salvo los negocios personalísimos o que impliquen el fin de la empresa como la venta del establecimiento
- la representación que ejerce el factor es voluntaria por su origen, ya que el empresario escoge libremente la persona. Pero es legal por su contenido, ya que una vez entra en juego el contenido que la ley le nombrado entra en juego el contenido que la ley le asigna a su poder.

Por lo general, los poderes de los factores se determinan, en cuanto a su extensión respecto a terceros, por la ley del lugar donde el factor desempeña su actividad, aunque sea distinto a la sede del principal.

Al factor mercantil también se le denomina "gerente" siendo apoderado general realiza las actividades concernientes al giro del establecimiento, en nombre y por cuenta del empresario.[27] En consecuencia los actos o contratos celebrados por él se producen únicamente en provecho o en contra del empresario, pudiendo celebrarse bajo los siguientes supuestos:

---

24. MESSINEO (Francesco), *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. II, 1971, pp. 409, 411-12.

25. KOZOLCHYK y TORREALBA, *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, p. 273.

26. MORA (Fernando), *Delimitación del concepto de auxiliares del comerciante*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, núm. 26, mayo-agosto, 1979.

27. Artículo 314, Código de Comercio costarricense.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a.—Si los celebra en un establecimiento que notoriamente pertenece a persona reconocida, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o siendo de otra naturaleza, por órdenes o autorización del empresario.[28]

b.—Si los celebra fuera del establecimiento, sin sobrepasar los límites del poder y siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro del establecimiento.[29]

En el primer caso, la representación (directa) necesariamente opera en el ámbito interno nacional (dentro del establecimiento) en el segundo, su actividad podría darse en el ámbito internacional, si el factor cumple su cometido fuera del territorio nacional.

b) Contenido de los poderes del factor.

En el derecho alemán, la representación tiene un contenido exactamente determinado, amplio y no susceptible de limitación con respecto a terceros. Si se limitan los poderes, el principal deberá hacer del conocimiento de los terceros tal situación, pues de lo contrario éstos deberán suponer que el poder se ajusta al contenido típico. A ello hay que agregar el principio de la confianza en las manifestaciones exteriores de la actividad mercantil de acuerdo con el cual la ley presume existentes ciertos poderes, aun cuando no se haya otorgado.

En la legislación costarricense se establece que el factor debe estar provisto de un poder general o generalísimo según lo disponga el poderdante y el factor puede considerarse un "alter ego" del comerciante pero no con el mismo amplio sentido que los poderes ilimitados del *prokurist* en expresión del derecho alemán.

En Costa Rica, el sistema normativo, por una parte, y las limitaciones impuestas por el empresario, por otra, indicarán, en cada caso, el contenido que tenga la expresión "alter ego".[30]

Cabe destacar que hay un contenido mínimo en las facultades del factor, al grado que si se le restringen ya no se trataría en realidad de un factor, pues para serlo debe tener la posibilidad de realizar todos los actos propios del giro o tráfico de la empresa, así lo exigen las necesidades del tráfico mercantil.

c) El factor notorio:

Aunque el artículo 314 del Código de Comercio exige para ser factor el otorgamiento de un poder general o generalísimo, es muy común que una persona figure como factor, sin contar con la exigencia antes mencionada, no obstante tener el consentimiento del dueño del establecimiento. Un ejemplo de esta situación sería que el empresario envíe circulares a sus clientes o publique avisos, haciendo saber que ha designado a determinada persona como gerente. Tales comunicaciones son plenamente eficaces respecto a quien las conoció o debió conocerlas y corresponderá al comerciante la carga de la prueba contra el tercero que alega ignorancia.[31]

Surge así la figura del llamado "factor-notorio" que el Código de Comercio costarricense regula,[32] al igual que la mayoría de las legislaciones. Así en el caso de que alguien de hecho actúe como factor con la tolerancia del principal, los terceros pueden confiar plenamente en esa apariencia, siempre y cuando los actos recaigan en la esfera del giro comercial del establecimiento y aún fuera de ella, si de alguna manera existe aprobación del comerciante.

2. **Dependientes** (art. 369, C. Com.).

De acuerdo con nuestro Código de Comercio, "son dependientes las personas a quienes el principal encarga la ejecución de determinadas operaciones de su actividad comercial, dentro del establecimiento".[33]

A diferencia del factor, solo reciben poderes para alguna gestión o ramo del negocio en un ámbito limitado, y obligan al principal en las

---

28. Artículo 315, ibídem.
29. Artículo 318, ibídem.
30. Instor o factor como alternos económicos del empresario, MORA, op. cit., p. 26.
31. FONTANARROSA (Rodolfo), *Derecho Comercial argentino, parte general*, Buenos Aires, Editor Víctor de Zavalía, T. I, 1972, pp. 479-480.
32. Artículo 315, Código de Comercio costarricense.
33. Artículo 369, ibídem.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

operaciones propias del ramo que les fue encomendada.[34]

Se les considera dotados de una representación legal en su contenido, respecto de las operaciones que se les hayan encargado expresa o tácitamente a fin de que el comerciante no pueda evadir responsabilidades nacidas de los actos normales de sus dependientes.[35]

En cuanto a su función la representación (directa) que ejerce no trasciende la esfera del establecimiento, por lo que no se configura en el ámbito internacional.

3. Otros colaboradores.

Existen otros auxiliares del empresario, básicamente vinculados con este en la misma forma que el personal del establecimiento pero con la diferencia de que su actividad no se lleva a cabo dentro del establecimiento. Estos viajantes del comercio se trasladan a una o varias localidades, su papel ha crecido de importancia con el desarrollo del comercio, pues permiten poner en contacto a comerciantes de distintas plazas, eliminando muchas formas de intermediación y ampliando mercados.

Por lo general, los agentes solo preparan el terreno a fin de que los interesados celebren directamente el contrato. Pero muchas veces tienen poder de representación de su principal.

El contrato de agencia es bilateral y oneroso, y por él el agente se obliga a prestar en forma duradera y continuada un servicio a un comerciante a cambio de una retribución, a fin de lograr la concertación de negocios para el principal, en una zona determinada. Es una locación de obra[36] a la que puede eventualmente enlazarse una relación representativa sobre la base de un mandato a ella conexo.

a) Agente viajero dependiente: (art. 349, C. Com.).

Es el empleado a quien el empresario encarga la ejecución de determinadas operaciones de su actividad comercial, fuera del establecimiento y dentro o fuera del territorio nacional.[37]

Realmente es un dependiente que actúa fuera del establecimiento, como apoderado del empresario para la celebración de determinados negocios jurídicos encomendados. Podría dar lugar a la representación directa internacional actuando fuera del territorio nacional.

b) Agente viajero independiente:

Es aquella persona a quien uno o varios empresarios encargan la ejecución de determinadas operaciones de su actividad comercial fuera del establecimiento comercial y dentro o fuera del territorio nacional.[38]

Los actos o contratos que celebre dentro del contenido de su poder obligan al empresario, en tanto este los ratifique. Generalmente colabora con varios empresarios a la vez por lo que podría asegurarse que aunque continúa su colaboración, no es siempre estable.

Cuando ejerce sus funciones fuera del territorio nacional, origina la representación directa internacional pero los actos o contratos celebrados deberán ser ratificados por el empresario, esto es lo que se denomina en doctrina celebración de negocios "ad referendum" o sea negocios que no se considerarán firmes en tanto el principal no les dé su aprobación.[39] Aun de acuerdo con el texto legal los agentes aunque sean independientes pueden actuar en nombre y por cuenta del principal, pero los negocios no serán eficaces sino hasta su aceptación por éste.

4. Auxiliares del comerciante: autónomos.

a) Representantes de casas extranjeras: (art. 360, C. Com.).

Se denominan representantes o distribuidores de casas extranjeras o de sus sucursales, filiales y subsidiarias, las personas físicas o jurídicas que en forma continua y autónoma, **con o sin representación legal,** actúan colocando órdenes de compra

---

34. **Artículo 371, ibídem.**
35. **KOZOLCHYK y TORREALBA, op. cit., p. 298.**
36. **FONTANARROSA, op. cit., p. 561.**
37. **Artículos 349, 350 y 357, Código de Comercio costarricense.**
38. **Artículos 349, 351 y 357, ibídem.**
39. **Artículo 351, ibídem.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

o de venta directamente a las firmas importadoras o exportadoras locales sobre la base de una comisión o porcentaje, o preparen, promuevan, faciliten o perfeccionen la venta de mercancías o servicios que otro comerciante o industrial extranjero venda o preste. Su actividad queda sujeta a ratificación[40] por lo que no ostentan la representación directa.

Nuestra jurisprudencia ha indicado que: "se requiere poder generalísimo para que una empresa o compañía extranjera abra en el país una sucursal por medio de la cual amplíe el radio de sus operaciones mercantiles en el mismo, la finalidad que se persigue es la de poder concretarse directamente con ese representante y exigirle en su caso responsabilidad por las faltas de cumplimiento en que incurra por sus actividades mercantiles".[41]

La jurisprudencia ha considerado también que el contrato entre el representante de casas extranjeras y la casa matriz tiene un carácter mixto, pues al lado de un arrendamiento de servicios hay un mandato ordinario, al que puede ir vinculada una representación, sea para ultimar o solo para preparar las negociaciones del giro.[42]

Para actuar ante los tribunales a nombre de la casa matriz, requiere de un poder suficiente.[43]

El representante de casas extranjeras puede actuar en dos distintos supuestos, a saber:

a.—Como legítimo representante de la casa extranjera y dentro de los límites del poder, en cuyo caso sus actos o contratos que elabora (en nombre y por cuenta ajena) obligan a la casa principal, pero previa ratificación de aquello por esta.[44]

b.—Sin ser legítimo representante de la casa extranjera, por lo que actúa en nombre propio aunque siempre por cuenta ajena, en cuyo caso los actos o contratos que celebra obligan a la casa principal, en virtud de su ratificación por esta.[45]

En el primer supuesto previa ratificación correspondiente, se perfilaría la representación (directa) internacional, en el segundo, también previa ratificación, la representación (indirecta) internacional.

b) Comisionista: (art. 273, C. Com.).

El comisionista es un auxiliar mercantil que presta su colaboración en la fase de consumación del contrato a diferencia del corredor que colabora en su formación y generación. Su actividad consiste en realizar actos mercantiles para terceros, y para ello puede actuar como representante directo o indirecto, siendo esta última la forma típica de su actuación. "Históricamente el comisionista ha sido el que por ocupación habitual ejecuta o practica operaciones mercantiles en su nombre y bajo su responsabilidad, pero por cuenta y riesgo de otra persona.[46]

Así se deduce también del artículo 273 del Código de Comercio al establecer que es comisionista el que se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio. No obstante, añade la norma que también puede actuar a nombre de su representado. De manera que el comisionista está facultado para actuar frente a terceros de dos formas diferentes:

a.—En nombre y por cuenta del empresario, en cuyo caso sus actos o los contratos que celebra obligan a este.[47]

b.—En nombre propio pero por cuenta del empresario, obligando al empresario con actos o contratos que celebra éste en virtud de su ratificación.[48]

Actuando fuera del territorio nacional puede dar lugar, en el primer caso a la representación (directa) internacional, y en el segundo, previa la

---

40. Artículo 356, ibídem.
41. *Tribunal Superior Civil*, núm. 482 de las 15:15 hrs. del 16 de julio de 1974. Prejuicio de posiciones y reconocimiento de documentos de MAC c. TACSA.
42. *Sala Primera Civil*, núm. 282 de las 8:00 hrs. del 30 de setiembre de 1977. Ordinario para cobro de indemnización de DAL c. APSA y núm. 66 de las 9:00 hrs. del 18 de marzo de 1977. R & S (G) c. LLSA.
43. *Tribunal Superior Contencioso Administrativo*, núm. 633 de las 16:00 hrs. del 30 de octubre de 1973.
44. Artículos 363-365, Código de Comercio costarricense.
45. Artículos 360, 363 y 365, Código de Comercio costarricense.
46. CASTRO GARCÍA (Jorge), *Auxiliares mercantiles*, San José, Tesis de grado, Facultad de Derecho, UCR, 1951, pp. 21-22.
47. Artículo 273, Código de Comercio costarricense.
48. Artículo 273, Código de Comercio costarricense.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

respectiva ratificación, a la representación (indirecta) internacional.

Si el comisionista desempeña su encargo en nombre propio, tendrá acción y obligaciones directas hacia las personas con quienes contrate, a las que ni siquiera deberá declarar el nombre del comitente, que será como inexistente para los terceros. Los efectos serán transferidos al comitente, en virtud de un acto posterior, en la forma explicada para la representación indirecta. Actuando a nombre propio, el comisionista asume personalmente la responsabilidad del negocio, y el que contrate con él no adquiere derecho alguno, ni contrae obligaciones respecto al dueño del mismo.

Puede ocurrir también que el comisionista actúe, en ciertos casos, como un verdadero representante, llevando a cabo el negocio a nombre de su comitente, de tal manera que todas las responsabilidades y otros efectos nacidos, recaen en su poderdante, único titular de los derechos y obligaciones respectivos. En esta hipótesis, el comisionista no contrae obligaciones propias, sino que obliga al representado, y el tercero que con él contrata adquiere derechos y obligaciones con el mandante y no con el comisionista.

"Mucho ha ganado el Derecho Mercantil al permitir este doble desenvolvimiento. . . Si solo con la representación del comitente pudiera el comisionista llevar a cabo su mandato, es lógico suponer que le sería imposible la ocultación del nombre de su representado, y por consiguiente imposible una gran variedad de operaciones mercantiles en que para el comerciante que las encomienda el secreto de su nombre juega un papel importantísimo, al extremo de que algunas veces de ese secreto dependerá el éxito del negocio y hasta la conservación del crédito del comerciante. Es más, si el comisionista tuviera que actuar siempre y necesariamente como representante del comitente, los terceros que con él contratan procurarían informarse de la solvencia y honorabilidad del comerciante, informaciones que algunas veces serán difíciles o imposibles y en todo caso estorbosas para la celeridad que exige la vida misma del comercio. Al permitir el Derecho Mercantil al comisionista la facultad de actuar con representación o sin ella, no está haciendo otra cosa más que suprimir los inconvenientes que hemos señalado, y facilitar. . . la contratación del comisionista pero hubiese procedido mal de haberla suprimido en absoluto, pues hay casos en que a los interesados les conviene más las gestiones del comisionista en su carácter de representante".[49]

El comisionista que practique alguna gestión en el desempeño del cargo, queda obligado a continuarlo hasta su conclusión. No puede sustituir el mandato sino está expresamente autorizado aunque sí le está permitido, bajo su responsabilidad, encargar a una o más personas para llevar a cabo cualquier diligencia encaminada al cumplimiento de su función.[50]

Todas las ventajas que el comisionista obtenga en la negociación encargada serán para el comitente, liquidándose cada encargo por separado.[51] Esta disposición acentúa el hecho de que en cualquier forma que se desenvuelva la comisión, el comisionista actúa siempre por cuenta ajena.

c) Corredor jurado: (art. 296, C. Com.).

El corretaje o mediación es el contrato regulado en nuestro Código de Comercio en los artículos 296 a 315. En virtud de él una de las partes encarga a la otra que le consiga la oportunidad de realizar un negocio dando a cambio una comisión.

La tarea de corredor es poner en relación a dos o más eventuales contratantes pero permaneciendo extraño al contrato que llegue a realizarse. Hay una intervención en la fase preparatoria del contrato en su generación,[52] pues el corredor busca a quien tenga interés en el negocio y lleva a cabo un convencimiento, tratando de eliminar los obstáculos posibles, logrado el acuerdo son los interesados los que realizan el respectivo contrato. Así lo ha confirmado también nuestra jurisprudencia: "El corredor, intermediario o mediador, que es un auxiliar del comercio o auxiliar independiente, realiza una actividad de aproximación de los futuros contratantes, dirigida a la conclusión de contratos entre otras personas. Actividad que por lo mismo se ubica en la primera fase, denominada generación, o sea, en las conversaciones preliminares de la celebración y conclusión del contrato".

---

49. FONTANARROSA, citado por UMAÑA ROJAS, op. cit., p. 497.

50. Artículo 227, Código de Comercio costarricense.

51. Artículo 293, ibídem.

52. *Sala Primera Civil*, núm. 97 de las 9:00 hrs. del 28 de marzo de 1978. Ordinario de CSG c. CTSA.

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

El corredor, a diferencia del comisionista no es un mandatario. No representa a las partes que celebran el negocio jurídico, sino que les facilita su entendimiento. Actúa con total independencia, sin subordinarse a quien le formula el encargo, y se limita a buscar y aproximar las partes. No contrata en nombre ni por cuenta de sus clientes. Precisamente la relación de mediación queda excluida si quien pone en relación a los futuros contratantes está vinculado a alguno de ellos por relaciones de colaboración, dependencia o representación.[53]

A través de esta actividad promotora, celebrado el negocio jurídico da origen a la representación (indirecta) y en la medida que sea ejercida fuera del territorio nacional, tendrá el carácter de internacional.

4. **Agente o corredor de aduana:** (art. 375, C. Com.).

Es la persona que actúa en todas las operaciones del embarque, desembarque, desalmacenaje y despacho de mercaderías, en nombre propio, por encargo o mediante autorización en representación de un tercero.[54]

Sólo es posible prescindir de los servicios del agente de aduana, estando el empresario autorizado para ejercer esa función, o sea, siendo él mismo agente de aduana.[55]

Su actividad se vincula con la ejecución del negocio jurídico. Del concepto se desprende que puede actuar en tres distintos supuestos:

a.—En nombre propio pero por cuenta ajena, obligando sus actos al empresario previa ratificación.

b.—Por encargo, con los mismos efectos que el caso anterior, del que se distingue por tratarse aquí de una operación aislada.

c.—Mediante autorización en representación de un tercero; o sea, en nombre y por cuenta del empresario, en cuyo caso sus actos obligan a éste.

En los dos primeros casos, previa la ratificación correspondiente habrá representación (indirecta), en el tercero existirá representación (directa).

Basándonos en INCOTERMS, tenemos que la representación que ejerce el agente de aduana será internacional, en los casos siguientes:

i.—Tratándose de una compraventa *ex-workers, FOR/FOT* o *FAS,* el agente representa en el país de despacho al comprador que se encuentra en el país de importación.

ii.—Siendo compraventa *ex-quay* "derechos pagados", el agente representa en el país de importación al vendedor que se encuentra en el país de despacho.

iii.—Si es compraventa entregada en la frontera, el agente representaría, dado el caso, en el o los países intermedios entre el de despacho y el de importación, al vendedor que se encuentra en el país de despacho.

iv.—Con base en el principio de autonomía de la voluntad reconocido en la parte introductoria, se podría dar lugar, según las partes convengan, a cargo de quien quedarán los trámites aduanales, que el agente represente al comprador en el país de despacho o al vendedor en el país de importación, cualquiera que fuera el término comercial adoptado, sin que por ello se le considere desnaturalizado.

e) Porteador.

Es la persona que en virtud del contrato de transporte se obliga a transportar personas, cosas o noticias de un lugar a otro a cambio de un precio.

Si bien colabora con el empresario para la ejecución del negocio jurídico, no ejerce representación alguna.

f) Requisitos según la legislación costarricense para constituirse en corredor de aduana.

Los agentes o corredores de aduana son auxiliares del comercio que actúan en todas las operaciones de embarque, desembarque, desalmacenaje y despacho de mercaderías, pueden actuar en nombre propio, en representación o por encargo de un tercero.

Para el ejercicio de sus funciones se requiere que la persona física o jurídica posea una patente que lo acredite como tal y que cumpla con todos los requisitos legales y reglamentarios.

La patente se extenderá si se reúnen los siguientes requisitos:

a.—si se trata de una *persona física* debe ser costarricense o extranjero domiciliado en el país, con residencia no menor de cinco años

---

53. MESSINEO, op. cit., p. 236, tomo II.
54. Artículos 375 y 381, Código de Comercio costarricense.
55. Artículo 378, ibídem.

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

b.—debe ser de notoria buena conducta

c.—tener capacidad legal

d.—demostrar a la dependencia correspondiente que tiene conocimiento de las leyes aduaneras y fiscales

e.—si se trata de una *persona jurídica:*

—debe demostrar que es una sociedad constituida y organizada de conformidad con las leyes del país

—que tiene su domicilio aquí y

—que en su objeto está previsto el ejercicio de la correduría aduanera.

No se extienden patentes para ejercer funciones de agente aduanero:

a.—a los funcionarios y empleados del Estado o de sus instituciones autónomas o semiautónomas

b.—a quienes hayan sido condenados por delitos o faltas de contrabando, defraudación o sus conexos o por delito de falsedad, cohecho, malversación de fondos públicos o cualquier otro contra la propiedad.

C. Agencias y sucursales.

1. Agentes de viaje.

Son personas que se dedican profesionalmente al ejercicio de actividades mercantiles dirigidas a servir de intermediación entre los viajeros y los propietarios de los servicios.[56]

Actúan en nombre propio y por cuenta del empresario, obligando sus actos o contratos a éste en virtud de su ratificación.

Previa la notificación respectiva, estaríamos en presencia de la representación (indirecta), que adquiriría el carácter de internacional si el empresario se encuentra en otro territorio.

2. Agencias o sucursales de compañías extranjeras: (art. 336, C. de Com.).

Sin entrar en distinciones semánticas entre la agencia y la sucursal, pues exceden a los objetivos del presente trabajo, nos limitaremos a indicar que son concebidas como prolongaciones de la casa matriz y no como sociedades mercantiles autónomas.[57]

En virtud del artículo 366 del Código de Comercio costarricense se distinguen dos clases de agencias o sucursales de compañías extranjeras:

a.—aquellas cuyos productos se elaboran en Costa Rica

b.—aquellas cuyos productos se elaboran fuera de Costa Rica.

En el primer caso tienen la facultad (a través del apoderado generalísimo de la compañía extranjera de ejercer directa y libremente la distribución y representación de sus propias líneas y de las de origen centroamericano, se les reconoce la calidad de personas jurídicas sui géneris, de manera que actuarían en nombre y por cuenta propios, sin que ejerzan representación alguna.

Sin embargo, nada obsta que actúen también (a través del apoderado indicado) en nombre y por cuenta de la compañía extranjera, de manera que los contratos que celebren obligarían a ésta, perfilándose así la representación (directa) internacional.

En el segundo caso las agencias o sucursales (a través del apoderado supramencionado), actúan en nombre y por cuenta de la compañía extranjera, de modo que sus actos y los contratos que celebran obligan a ésta, dándose entonces la representación (directa) internacional.

a) Requisitos que debe cumplir toda persona que ejerza el comercio en Costa Rica.

Las personas que ejercen el comercio en Costa Rica quedan obligadas a cumplir con lo siguiente:

1.—Distinguir su establecimiento con su nombre, que puede ser, si se tratare de una sociedad, su razón social o denominación, debidamente registrada.

2.—Llevar la contabilidad del negocio en orden y de conformidad a las disposiciones del Código de Comercio.

3.—Conservar los libros de contabilidad desde que se inician hasta 4 años después del cierre del negocio, y conservar igualmente la correspondencia, las facturas y los demás comprobantes, por un período de no menos de 4 años contados a partir de sus respectivas fechas, salvo que hubiere juicio pendiente en que esos documentos se hubieren ofrecido como prueba.

4.—Además quedan obligados a inscribir en el Registro Mercantil los siguientes documentos:

---

56. **CHÁVEZ (Candy) y otro, op. cit., p. 621.**

57. **Artículos 226 y ss., Código de Comercio costarricense.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

a.—Las escrituras de constitución, prórroga, modificación o disolución de las sociedades comerciales y las empresas individuales de responsabilidad limitada, así como los documentos referentes a la fusión o transformación de sociedades.

b.—El traspaso del interés de las sociedades en nombre colectivo, el de los comanditados en las sociedades en comandita, el de las cuotas de capital en las de responsabilidad limitada, cuando fuere del caso.

c.—Los poderes generales y generalísimos que otorgue, así como la renovación, sustitución, modificación o prórroga de los mismos.

d.—Las escrituras en que conste el nombramiento, modificación o revocación de los poderes conferidos a los gerentes, administradores y representantes legales de sociedades comerciales, nacionales y extranjeras.

e.—El nombramiento del consejo de administración en las sociedades anónimas.

f.—Las patentes de corredores jurados también deben estar inscritas.

g.—Las escrituras en que reconozca cualquier deuda o derecho en favor de su cónyuge.

h.—El nombramiento de curador en caso de quiebra.

Además todo comerciante debe ejercer el comercio y suscribir los documentos relativos a su giro, con un nombre que constituye su distintivo comercial. Ningún comerciante podrá, individualmente, usar como razón comercial nombre distintivo al suyo.

Es facultativo para el comerciante inscribir en el Registro de Marcas de Comercio, su firma y nombre comercial. En el caso, gozará de la protección que la ley le otorga a todas las inscripciones que se practiquen en ese Registro.

El uso ilegal de una razón de comercio debidamente registrada, da derecho al propietario para pedir la prohibición de su empleo y las indemnizaciones consiguientes, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

b) Requisitos para que sociedades extranjeras abran sucursales en el territorio nacional.

Las empresas individuales o compañías extranjeras que tengan o quieran abrir sucursales en la República, quedan obligadas según lo dispone la legislación costarricense a constituir y mantener en el país un apoderado generalísimo para los negocios de la sucursal comercial.

El poder que para esos efectos se otorgue debe consignar:

a.—El objeto de la sucursal y capital que se le asigne.

b.—El objeto, capital, el nombre completo de los personeros o administradores y duración de la empresa principal.

c.—Manifestación expresa de que el representante, y la sucursal en su caso, quedan sometidos a las leyes y tribunales de Costa Rica en cuanto a todos los actos o contratos que celebren o hayan de ejecutarse en el país y renuncian expresamente a las leyes de su domicilio.

d.—Constancia de que el otorgante del poder tiene personería bastante para hacerlo.

La personería social y la de los apoderados en los casos que requieran inscripción, quedarán completas si se presenta al Registro Mercantil el mandato junto con un certificado expedido por el respectivo Cónsul de Costa Rica, o a falta de éste, por el de una nación amiga, de estar la compañía constituida y autorizada conforme a las leyes de su domicilio principal, y una relación, otorgada como adicional, por el propio apoderado, aceptando el poder.

La declaración del capital de la compañía o empresa principal, no tiene más objeto que de hacer conocer aquí su solvencia económica y no implica obligación de pagar especialmente derechos de Registro por tal concepto.

En general cualquier empresa o sociedad extranjera puede otorgar poderes para ser representada en el país. Dichos poderes deben cumplir con los requisitos antes mencionados, exceptuando el mencionado en el aparte a—. En todo caso, si se trata de un poder especial para un solo acto o gestión bastará con que el poder manifieste expresamente que el representante queda sometido a las leyes y tribunales del país en cuanto a todos los actos o contratos que celebren o hayan de ejecutarse en el país y renuncia expresamente a las leyes del domicilio de la principal, asimismo se requiere certificado consular que la compañía está constituida y autorizada conforme a las leyes de su domicilio de origen.

Los poderes generales judiciales implican sumisión a las leyes y tribunales costarricenses; en los poderes especiales de esta clase, pueden las compañías exceptuar expresamente esta sumisión para determinados casos o relaciones concretas.

Incurre en responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas y que deban cum-

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

plirse en el país, aquella persona que en nombre de una sociedad extranjera anuncia o hace negocios como agente o representante, sin estar provisto de los documentos que lo acrediten como apoderado, todo sin perjuicio de la responsabilidad penal si hubiere habido dolo.

Las agencias y sucursales de compañías extranjeras cuyos productos se elaboren en nuestro país pueden ejercer directa y libremente la distribución y representación de sus propias líneas, así como también las de origen centroamericano debidamente comprobado. Todas las demás firmas extranjeras pueden libremente hacer sus negocios en Costa Rica por medio de distribuidores, concesionarios, apoderados o factores y representantes de casas extranjeras, quienes deberán ser costarricenses o extranjeros con las limitaciones de que deben haber permanecido en el país por un período no menor de 10 años y tener autorizada la cédula de residencia permanente.

c) Requisitos para la transferencia de sede de sociedades extranjeras al territorio nacional.

Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica, que con arreglo a las leyes del país en que fueron creadas, estén autorizadas para transferir sus sedes sociales a otros países, podrán transferirlas al territorio de Costa Rica, después de haber presentado al Registro Mercantil, para su inscripción, los siguientes documentos debidamente autenticados:

a.—copia del pacto social y de sus modificaciones

b.—certificado consular de estar la compañía constituida y autorizada conforme a las leyes de su domicilio

c.—certificado del acuerdo que autorice la transferencia de la sede social a la República

d.—una relación que contenga los nombres y apellidos de las personas que integran el consejo de administración y de los personeros de la sociedad.

La transferencia de la sede social al territorio de la República en la forma indicada, no implica la disolución o liquidación de la sociedad en su país de origen, ni tampoco la constitución de una nueva sociedad en el territorio costarricense.

Las sociedades extranjeras que hayan transferido su sede social a Costa Rica, deberán inscribir en el Registro Mercantil las modificaciones de su pacto social y los instrumentos de fusión y disolución que las afecten.

Estas sociedades continúan rigiéndose por las leyes del país donde fueron creadas en lo que respecta a su pacto social, pero quedan sujetas a las leyes de orden público de Costa Rica y obligadas a pagar el impuesto sobre la renta únicamente sobre aquellos negocios realizados dentro del territorio de la República. Los negocios situados, desarrollados y que tengan efecto en el extranjero, están exentos de dicho impuesto.

Estas sociedades podrán transferir su sede en cualquier momento a otro país, a cuyo efecto deben presentar para su inscripción al Registro Mercantil, un certificado del acuerdo mediante el cual se tome dicha decisión, debidamente autenticado.

Se entiende por sede social el lugar donde celebre sus reuniones el consejo de administración de la sociedad o donde está situado el centro de administración social.

D. Centros públicos de contratación.

1. Ferias y mercados.

Son reuniones periódicas públicas de negociación y consumidores. Los mercados más frecuentes son las ferias. Los empresarios de otros territorios pueden designar apoderados en dichos eventos, con lo que se perfilaría la representación internacional.

2. Bolsas de valores.

Son establecimientos públicos legalmente autorizados en los que se reúnen los comerciantes o empresarios y los agentes corredores de bolsa en interés de celebrar un negocio jurídico.[58]

Los agentes corredores de bolsa realmente no actúan como meros mediadores sino como comisionistas, y en este sentido, retomando lo ya visto relativo a este colaborador del empresario, sus actos o los contratos que celebra pueden obligar a

58. Artículos 398 y ss., Código de Comercio costarricense.

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

éste, dando origen a la representación (directa o indirecta) internacional en la medida que se encuentre en otro territorio.

Finalizamos definiendo la representación mercantil internacional: existe cuando los efectos jurídicos de los actos o negocios de contenido mercantil (realizados en masa y por empresa o que recaen sobre cosas mercantiles), celebrados por una persona, en forma inmediata o por su ratificación, se producen solamente en provecho o en contra de otra persona en territorio distinto al momento del otorgamiento de dichos actos o negocios; sea porque actuó en nombre y por cuenta de ésta, o *en nombre propio pero por cuenta* de ella.[59]

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BETTI (Emilio), *Teoría general del negocio jurídico,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, sin fecha.

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano,* citado por UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), Tesis Facultad de Derecho, "La representación en el Derecho Privado", 1982.

CASTRO GARCÍA (Jorge), *Auxiliares mercantiles,* San José, Tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1951.

CHÁVEZ (Candy) y otro, *La representación en el Derecho Mercantil,* Antología de materiales para el curso "Contratación privada internacional", Cursos de posgrado, Universidad de Costa Rica, 1985.

FONTANARROSA (Rodolfo), *Derecho Comercial argentino,* parte general, Buenos Aires, Editor Víctor de Zavalía, T. I, 1972.

KOZOLCHYK y TORREALBA, *Curso de Derecho Mercantil,* T. I, San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1974.

MESSINEO (Francesco), *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. II, sin fecha.

MORA (Fernando), *Delimitación del concepto de auxiliares del comerciante,* **Revista de Ciencias Jurídicas,** San José, núm. 26, mayo-agosto, 1979.

NATOLI (Ugo), *La rappresentanza,* Milano, Totto A., Giuffrè Editore, 1977, citado por UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), "La representación en el Derecho Privado".

OTERO y VALENTÍN (Julio), *Extinción e ineficacia del mandato.* **Revista de Derecho Privado,** Madrid, T. VI, V. I, núm. 72, Sept. 1919.

PUGLIATTI (Salvatore), *Studi sulla rappresentanza,* Milano, Dott. A., Giuffrè Editore, 1965, citado por UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), "La representación en el Derecho Privado".

RIPERT, *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol,* citado por UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), "La representación en el Derecho Privado".

ROCCO (Alfredo), *Principios de Derecho Mercantil,* México, Editora Nacional, 1966.

RODRÍGUEZ (J.A.), *De los auxiliares de comercio,* León, Nicaragua, Tesis Universidad Nacional Autónoma, Editorial Antorcha, 1960.

UMAÑA ROJAS (Ana Lorena), *La representación en el Derecho Privado,* Tesis Universitaria, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982.

UMAÑA ROJAS (Ana Lorena) y PÉREZ VARGAS (Víctor), *Elementos del negocio jurídico,* **Revista Judicial,** San José, Costa Rica, núm. 12, pág. 57, junio, 1979.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior Civil, núm. 482 de las 15:15 hrs. del 16 de julio de 1974. Prejuicio de posiciones y reconocimiento de documentos de MAC c. TACSA.

Sala Primera Civil, núm. 282 de las 8:00 hrs. del 30 de setiembre de 1977. Ordinario para cobro de indemnización de DAL c. APSA.

Sala Primera Civil, núm. 66 de las 9:00 hrs. del 18 de marzo de 1977. R & S (G) c. LLSA.

Tribunal Superior Contencioso Administrativo, núm. 633 de las 16:00 hrs. del 30 de octubre de 1973.

Sala Primera Civil, núm. 97 de las 9:00 hrs. del 28 de marzo de 1978. Ordinario de CSG c. CTSA.

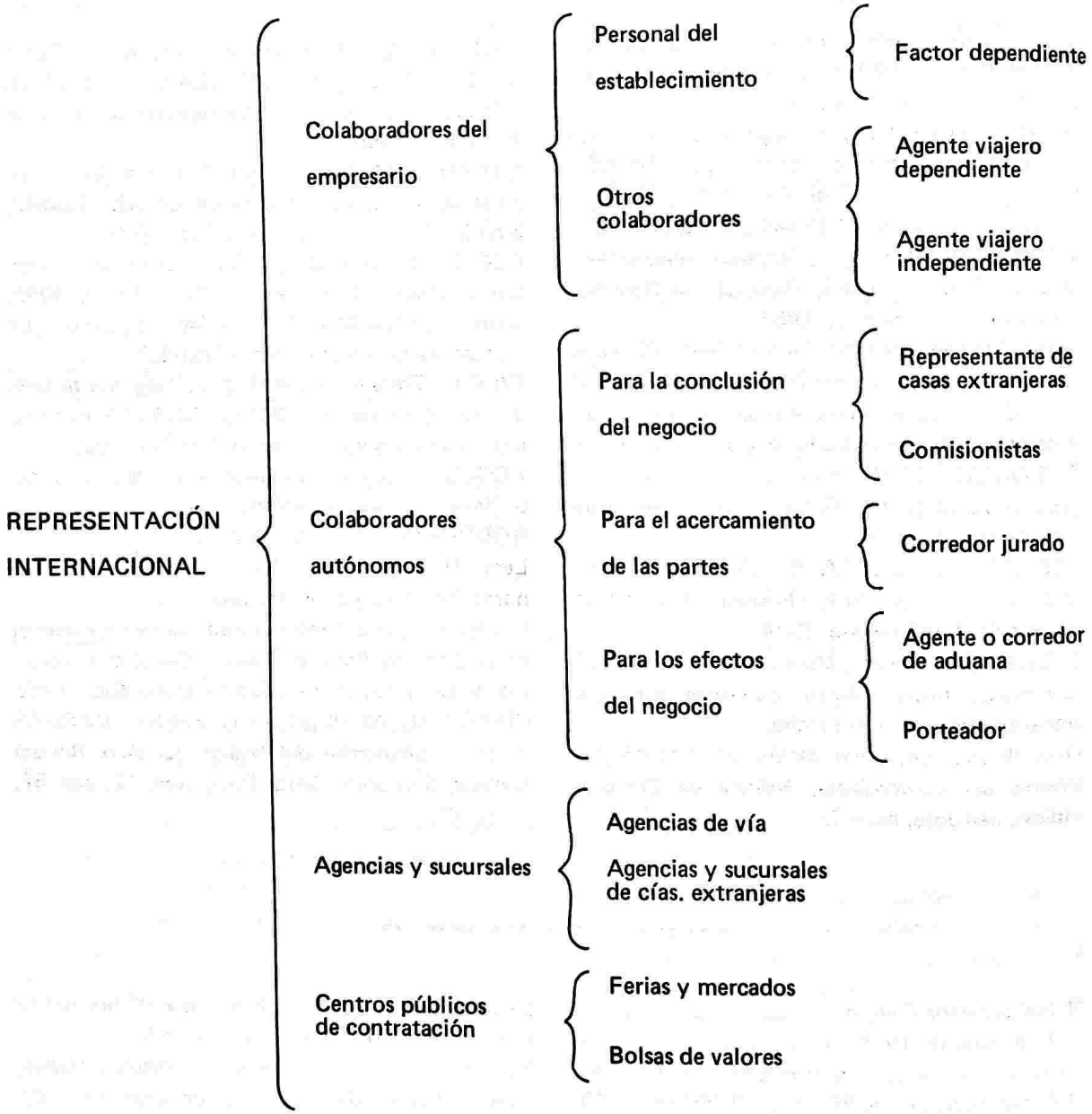
59. CHÁVEZ (Candy) y otro, op. cit., p. 623.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANEXOS

COLABORADORES DEL EMPRESARIO EN EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL



DIVERSAS RELACIONES DE LOS COLABORADORES MERCANTILES

Colaboradores del empresario	Relaciones internas		Relaciones a terceros	Calidad en que actúan	Alcances de su actuación	Clase de representación	Ratificación para que se configure esa clase de representación	Código de Comercio de Costa Rica
	Contrato laboral	Mandato	Poder					
1. Factor	x	—	x	Empleado y apoderado	Por cuenta y a nombre del empresario	Directa	—	Arts. 314 a 322
2. Dependiente	x	—	x	"	"	"	—	Arts. 369 a 374
3. Agente viajero dependiente	x	—	x	"	"	"	—	Arts. 349_1 a 358
4. Agente viajero 1	x	—	x	"	"	"	x	Arts. 349_2 a 358
5. Representante de casas extranjeras	—	x	x —	Mandatario y apoderado o solo mandatario	Por cuenta y en nombre del empresario o por cuenta de este y en nombre propio	Directa o indirecta	x x	Arts. 359 a 366
6. Comisionista	—	x	x —	"	"	Directa o indirecta	— x	Arts. 273 a 295
7. Corredor jurado	—	x	x	Mandatario	Por cuenta del empresario y en nombre propio	Indirecta	x	Arts. 296 a 313
8. Agente de aduana	—	x	x —	Mandatario y apoderado o solo mandatario	Por cuenta y en nombre del empresario o por cuenta de este y en nombre propio	Directa o indirecta	— x	Arts. 375 a 397
9. Porteador	...	—	—	—	—	—	—	Arts. 323 a 348

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CONVENIO SOBRE LA REPRESENTACIÓN EN LA VENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS*

Los Estados parte en este convenio,

Deseando establecer disposiciones comunes en la representación en la venta internacional de mercancías.

Teniendo en mente los objetivos de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos en la Venta Internacional de Mercancías.

Considerando que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y el beneficio mutuo es un importante elemento en la promoción de las relaciones amistosas entre Estados, teniendo en cuenta el NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL.

Siendo de la opinión de que la adopción de reglas uniformadas que regulen la representación en la venta internacional de mercancías y tome en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y legales debe contribuir a la remoción de barreras legales en el comercio internacional y a la promoción del desarrollo del comercio internacional,

Han acordado en lo siguiente,

Capítulo primero: Esfera de aplicación y disposiciones generales

Artículo 1:

1.—Este Convenio se aplica cuando una persona, el agente, tiene autorización o aparente tener autorización para actuar por otra persona, el principal, para concluir un contrato de venta de bienes con una tercera parte.

2.—Regula la conclusión de ese contrato por el agente pero también cualquier acto acometido por él para el propósito de concluir ese contrato o en relación con su ejecución.

3.—Concierne solamente a relaciones entre el principal o el agente, por un lado, y el tercero, por el otro lado.

4.—Se aplica independientemente de si el agente actúa en su propio nombre o en nombre del principal.

Artículo 2:

1.—Este Convenio se aplica solamente donde el principal y el tercero tienen sus sedes de negocios en diferentes Estados:

a) el agente tiene su sede de negocios en un Estado contratante, o
b) las reglas del Derecho Internacional Privado lleva a aplicar la ley de un Estado contratante.

2.—Cuando, al momento de contratar, el tercero ni conocía ni debía tener conocimiento de que el agente estaba actuando como agente, el Convenio solo se aplica si el agente y el tercero tenían sus sedes de negocios en diferentes Estados y si se cumplen los requisitos del párrafo primero.

3.—Ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de ellas o del contrato de venta se tendrán en consideración al determinar la aplicación de este Convenio.

Artículo 3:

1.—Este Convenio no se aplica a:

a) la (agencia/representación/acción) de un comerciante (distribuidor) sobre un stock, mercaderías u otra permuta,
b) la representación de un subastador,
c) representación en razón de ley en el Derecho de Familia, en la legislación de propiedad matrimonial o en legislación sucesoria,
d) representación originada en resolución o autorización judicial para actuar por una persona sin capacidad de actuar,
e) representación en virtud de una resolución de una autoridad judicial o cuasijudicial o sujeta al control directo de esas autoridades.

2.—Nada de este Convenio afecta ninguna regla legal para la protección de los consumidores.

Artículo 4:

Para los propósitos de este Convenio:

a) Un órgano, funcionario o socio de una corporación, asociación, sociedad u otra entidad, con o sin poseer personalidad legal, no se considerará como representante de esa entidad en tanto que, en el ejercicio de sus funciones como tal, actúe en virtud de una autorización conferida por la ley o por los documentos de constitución de dicha entidad.

b) Un fideicomisario no se tendrá como representante del fideicomiso, de la persona que creó el fideicomiso, o de los beneficiarios.

Artículo 5:

El principal, o un agente actuando de acuerdo con las instrucciones expresas o implíticas del principal, puede convenir con el tercero para excluir la aplicación de este Convenio o, conforme a lo que dispone el artículo 11, derogar o variar los efectos de cualquiera de sus cláusulas.

Artículo 6:

1.—Para la interpretación de este Convenio, se atenderá a su carácter internacional y a la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2.—Las cuestiones concernientes a materias reguladas por este Convenio que no están expresamente establecidas

---

* *No ratificado por Costa Rica a la fecha, según índices de Ministerio de Relaciones Exteriores y Procuraduría General de la República. (N. de la A).*

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

en éste se establecerán de conformidad con los principios generales en los que se basa éste, en la ausencia de esos principios, de acuerdo con la ley aplicable en virtud de las reglas del Derecho Internacional Privado.

Artículo 7:

1.—El principal o el agente, por un lado, y el tercero, por el otro, están obligados por las costumbres a las cuales hayan convenido y por cualquiera otra práctica que hayan establecido entre ellos.

2.—Se considerarán, a menos que haya otro acuerdo, haber hecho implícitamente, aplicables a sus relaciones cualquier uso del cual ellos conocían o debían tener conocimiento y que en el comercio internacional es ampliamente conocida y regularmente respetado por las partes para realizar relaciones del tipo desarrollado en el caso concreto.

Artículo 8:

Para los propósitos de este Convenio:

a) Si una parte tiene más de una sede de negocios, el lugar del negocio es aquél que tiene la relación más cercana con el contrato de venta, teniendo presente las circunstancias conocidas o contempladas por las partes al momento de contratar.

b) Si una parte no tiene sede para sus negocios, la referencia se hará a su residencia habitual.

Capítulo II: Constitución y alcances de las facultades del agente

Artículo 9:

1.—La autorización del agente por el principal puede ser expresa o implícita.

2.—El agente tiene facultad para realizar todos los actos necesarios en las circunstancias para llevar a cabo los propósitos para los cuales la autorización se dio.

Artículo 10:

La autorización no requiere darse por o probarse por escrito y no está sujeta a ningún otro requisito para constituirse. Puede ser probada por cualquier medio, incluso por medio de testigos.

Artículo 11:

Cualquier disposición del artículo 10, artículo 15 o del Capítulo IV que permite una autorización, una ratificación o una terminación de la autorización realizarse por cualquier otra forma que no sea escrita no se aplica cuando el principal o agente tiene su sede de negocios en un Estado contratante que ha hecho una declaración amparado al artículo 27. Las partes no podrán derogar o modificar el efecto de este artículo.

Capítulo III: Efectos legales de los actos realizados por el agente

Artículo 12:

Donde un agente actúe en interés de un principal con la facultad de su autorización y el tercero conocía o debía conocer que el agente estaba actuando como agente, los actos del agente vincularán directamente al principal y al tercero a cada uno, a menos que resulte de las circunstancias del caso, por ejemplo, por una referencia a un contrato de comisión, que el agente procuraba vincularse a sí mismo únicamente.

Artículo 13:

(1) Cuando el agente actúe en interés del principal con la facultad de su autorización, sus actos vincularán únicamente al agente y al tercero si:

a) el tercero ni conocía ni debía tener conocimiento de que el agente estaba actuando como agente, o

b) si resulta de las circunstancias del caso, por ejemplo por referencia a un contrato de comisión que el agente procuraba vincularse él mismo únicamente.

(2) Sin embargo:

a) cuando el agente, si por razón de falta de cumplimiento del tercero o por cualquier otra razón, falla en efectuar o está en una posición de no poder verificar sus obligaciones con el principal, el principal puede ejercer contra el tercero los derechos adquiridos en interés del principal por el agente, sujeto a cualquier defensa que el tercero pueda oponer contra el agente.

b) Cuando el agente no cumple o no está en posición de cumplir sus obligaciones al tercero, el tercero puede ejercer contra el principal los derechos que tenga contra el agente, sujeto a cualquier defensa que el agente pueda realizar contra él y que el principal pueda ejercer contra el agente.

(3) Los derechos comprendidos en el párrafo segundo pueden ejercerse sólo si se da comunicación de la intención de ejercerlos al agente y al tercero o principal, según el caso. Tan pronto como el tercero o el principal hayan recibido esa comunicación, él no puede librarse de sus obligaciones tratando con el agente.

(4) Cuando el agente no cumple o no está en posición de cumplir sus obligaciones con el tercero por la falta de cumplimiento del principal, el agente comunicará el nombre del principal al tercero.

(5) Cuando el tercero falta al cumplimiento de sus obligaciones con el agente contenidas en el contrato, el agente comunicará el nombre del tercero al principal.

(6) El principal no podrá ejercer contra el tercero los derechos adquiridos en su interés por el agente si resulta de las circunstancias del caso que el tercero, habiendo conocido la identidad del principal, habría querido no contratar.

(7) Un agente puede, de acuerdo con las instrucciones implícitas o expresas del principal, acordar con el tercero derogar o modificar los efectos del párrafo segundo.

Artículo 14:

1.—Cuando un agente actúa sin autorización o actúa fuera de las facultades autorizadas, sus actos no vincularán al principal y al tercero entre ellos.

2.—Sin embargo, cuando la conducta del principal lleva al tercero razonablemente y de buena fe a creer que el agente tiene autorización para actuar en interés del principal y que el agente está actuando con las facultades de tal autorización, el principal no podrá invocar contra el tercero la ausencia de autorización del agente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Artículo 15:

1.—Un acto hecho por un agente quien actúa sin autoridad, o que actúa fuera del control de su autoridad, puede ser ratificado por el principal en la ratificación del acto se producen los mismos efectos como si estos inicialmente se hubieran realizado con la autorización.

2.—Si en el tiempo en que se actúa el agente el tercero no conocía o no debía haber conocido por falta de autorización, no se comprometerá con el principal si en algún tiempo antes de la ratificación da noticia de su rechazo de vincularse por una tarificación. En el caso en que el principal ratifica pero no lo hace en tiempo razonable el tercero puede rechazar ser vinculado por la ratificación si lo notifica pronto al principal.

3.—Donde, sin embargo el tercero conoció o debía haber conocido de la falta de autorización del agente, el tercero puede no rechazar ser vinculado por una ratificación antes de la expiración de cualquier lapso de tiempo convenido para la ratificación o si no hubiere acuerdo en un tiempo razonable como el tercero lo puede especificar.

4.—El tercero puede rechazar de aceptar una ratificación parcial.

5.—La ratificación surtirá efecto cuando la notificación de la misma alcanza al tercero o tal ratificación de cualquier otra forma es atendida o conocida por el tercero. Una vez efectiva, no puede ser revocada.

6.—La ratificación es efectiva no obstante que el acto en sí mismo pudo no haber sido efectivamente realizado en el tiempo de la ratificación.

7.—Cuando el acto ha sido realizado en beneficio de una corporación y otra persona jurídica antes de su creación la ratificación es efectiva solamente si es permitida por la ley del Estado que regula su creación, (de la persona jurídica).

8.—La ratificación está sujeta no al requerimiento sino a la forma. Se puede expresar o inferir de la conducta del principal.

Artículo 16:

1.—Un agente el cual actúa sin autoridad o que actúa fuera del control de la autoridad deberá si no hay ratificación ser responsable de pagar al tercero la compensación tal como lo hubiera hecho el tercero en el caso de que hubiera ratificación y que el agente actúa bajo su competencia.

2.—El agente no será responsable sin embargo si el tercero, conoció o tuvo que haber conocido que el agente no tenía autoridad o estaba actuando sin competencia.

Capítulo IV: Terminación de la autoridad del agente

Artículo 17:

La autoridad del agente se termina:

a) Cuando ésta es la consecuencia de cualquier arreglo entre el principal y el agente,

b) en la conclusión de la transacción o transacciones para las cuales se creó tal autorización,

c) en la revocación por el principal o renuncia del agente, sea o no esta consistente con los términos de su acuerdo.

Artículo 18:

La autoridad del agente también se termina cuando así lo indique la ley aplicable.

Artículo 19:

El fin de la autoridad no afectará al tercero al menos que él conocía o debía haber conocido de la finalización de los hechos que la causaron.

Artículo 20:

No obstante, la finalización de su autoridad el agente queda autorizado para realizar en beneficio del principal o sus sucesores los actos necesarios para prevenir daños a sus intereses.

Capítulo V: Disposiciones finales

Artículo 21:

El Gobierno de Suiza es designado depositario de este Convenio.

Artículo 22:

1.—Este Convenio está abierto para su firma al concluir la reunión de la Diplomatic Conference on Agency in the International Sale of Goods y permanecerá abierto para su firma por todos los Estados en Berna hasta el 31 diciembre de 1984.

2.—Este Convenio está sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios.

3.—Este Convenio está abierto al asentimiento por todos los Estados que no son signatarios desde la fecha en que se disponga para su firma.

4.—Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación y asentimiento se depositarán con el Gobierno de Suiza.

Artículo 23:

Este Convenio no prevalece sobre ninguna convención internacional que haya sido firmada y la cual contiene previsiones de ley sustantiva reguladas por esta Convención condicionado a que el principal y el tercero, o en el caso a que se refiere el artículo 2 parágrafo segundo, el agente y el tercero tengan sus sedes de negocios en Estados partes de tal acuerdo.

Artículo 24:

1.—Si un Estado contratante tiene dos o más unidades territoriales en las cuales diferentes sistemas legales tengan aplicación en relación con lo regulado por esta Convención puede al momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación, o accesión, declarar que esta Convención se extiende a todas sus unidades territoriales o solamente a una o a muchas de ellas, y puede enmendar tal declaración sometiendo otra declaración en cualquier tiempo.

2.—Estas declaraciones serán notificadas al depositario y tiene que ***señalar expresamente*** a qué unidades territoriales se extiende la Convención.

3.—Si, en virtud de una declaración según este artículo esta Convención se extiende a uno o más pero no a todas las unidades territoriales del Estado contratante, y si

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el lugar de negocios de una parte es localizado en ese Estado, este lugar de negocios para efectos de la Convención no se considera que está en el Estado contratante, al menos que sea una unidad territorial a la cual la Convención se extiende.

4.—Si un Estado contratante no hace declaración según el párrafo primero de este artículo, la Convención se extiende a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 25:

Si un Estado contratante, tiene un sistema de Gobierno bajo el cual los poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo se distribuyen entre autoridades centrales y otras autoridades dentro del Estado, su firma o ratificación, aceptación, aprobación o accesión a esta Convención, o el hacer alguna declaración en los términos del artículo 24 no tendrá implicaciones en relación con la distribución interna de los poderes dentro de ese Estado.

Artículo 26:

1.—Dos o más Estados contratantes que tienen el mismo o muy cercanas reglas legales en campos gobernados por esta Convención puede declarar en cualquier tiempo que la Convención no es aplicable si el principal y el tercero o en el caso referido en artículo segundo párrafo segundo el agente y el tercero tengan sus lugares de negocios en esos Estados tales declaraciones se pueden hacer juntamente o por declaración unilaterales recíprocas.

2.—Un Estado contratante, que tiene reglas legales similares a las reguladas por esta Convención que uno o más Estados no contratantes puede en cualquier tiempo declarar que la Convención no es aplicable si el principal y el tercero o en el caso referido en el artículo segundo párrafo segundo, el agente y el tercero tengan su lugar de negocios en esos Estados.

3.—Si un Estado el cual es objeto de una declaración bajo el párrafo precedente se convierte luego en un Estado contratante, la declaración, tendrá el efecto de una declaración hecha bajo el párrafo primero desde la fecha en que la Convención entra a regir para el nuevo Estado con tal que el nuevo Estado contratante se adhiera en tal declaración o haga una declaración recíproca unilateral.

Artículo 27:

Un Estado contratante, cuya legislación requiera una autorización, ratificación, o terminación de autoridad, que deba hacerla o evidenciarla por escrito en todos los casos regulados por esta Convención puede en cualquier tiempo hacer una declaración de acuerdo con el artículo 11 que ninguna provisión del artículo 12, artículo 15 o Capítulo IV, que permite una autorización, ratificación o enunciación de autoridad que se pueda hacer solo por escrito no se aplica, si el principal o el agente tiene su lugar de negocios en este Estado.

Artículo 28:

Un Estado contratante puede declarar en el momento de su firma, ratificación, aceptación, aprobación, o accesión que no será vinculado por el artículo segundo párrafo 1 b).

Artículo 29:

Un Estado contratante en su totalidad o partes específicas del comercio internacional el cual es realizado por organizaciones autorizadas especialmente puede declarar en cualquier tiempo que los casos en los cuales tales organizaciones actúen como compradores o vendedores en el comercio internacional, todas estas organizaciones o las especificadas en la declaración no serán consideradas para los propósitos de los artículos 13 párrafo 2 b) y 4 como agentes en sus relaciones con otras organizaciones teniendo su lugar de negocios en el mismo Estado.

Artículo 30:

1.—Un Estado contratante puede en cualquier tiempo declarar que aplicará las previsiones de esta Convención a casos específicos que caen fuera de la esfera de su aplicación.

2.—Tal declaración puede por ejemplo prever que la Convención se aplicará:

a) contratos pero que no sean de venta de mercaderías,
b) casos donde los lugares de negocios mencionados en el artículo 2 párrafo primero no están situados en lugares contratantes.

Artículo 31:

1.—Declaraciones hechas bajo esta Convención en el tiempo de la firma están sujetas a confirmación sobre la base de la ratificación, aceptación o aprobación.

2.—Declaraciones y confirmaciones de declaraciones han de ser por escrito y formalmente notificadas al depositario.

3.—Una declaración toma efecto simultáneamente con la entrada en vigor de esta Convención en relación con el Estado concernido. Sin embargo una declaración de la cual el depositario recibe notificación formal después de la entrada en vigor toma efecto en el primer día del mes siguiente a la expiración de los seis meses después de la fecha del recibo del depositario. Declaraciones recíprocas unilaterales bajo el artículo 26 entran en efecto el primer día del mes subsiguiente al término de seis meses después del recibo de la última declaración al depositario.

4.—Cualquier Estado que haga una declaración bajo esta Convención puede retirarla en cualquier tiempo a través de una notificación formal por escrito dirigida al depositario tal retiro tomará efecto en el primer día del mes subsiguiente al término de seis meses después de la fecha de recibo de la notificación por el depositario.

5.—Un retiro de una declaración hecha bajo el artículo 26 hace inoperante desde la fecha en la cual el retiro toma efecto, cualquier declaración recíproca hecha por otro Estado bajo ese artículo.

Artículo 32:

No se permiten reservas excepto aquellas autorizadas en esta Convención.

Artículo 33:

1.—Esta Convención entrará en vigor el primer día del mes subsiguiente al término de doce meses después

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o accesión.

2.—Cuando un Estado ratifica, acepta, aprueba o accede a esta Convención después del depósito del décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o accesión, esta Convención entra en vigor en relación con ese Estado en el primer día del mes siguiente al término de doce meses después de la fecha de depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o accesión.

Artículo 34:

Esta Convención se aplica cuando la gente ofrece vender o comprar o aceptar una oferta de venta o compra en o después de la fecha que la Convención entre en vigor en relación con los Estados contratantes referidos en el artículo 2 párrafo 1.

Artículo 35:

1.—Un Estado contratante puede denunciar esta Convención a través de una notificación por escrito al depositario.

2.—La denuncia tomará efecto el primer día del mes siguiente al término de doce meses, después que la notificación sea recibida por el depositario cuando un período más largo es especificado para que tome efecto la denuncia o la notificación, la denuncia tomará efecto al término de este período más largo después de que la notificación sea recibida por el depositario.

CONVENIDO en Ginebra a los diecisiete días de febrero, mil novecientos ochenta y tres, en un original del cual los textos en inglés y francés son igualmente auténticos.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE COSTA RICA

Núm. 2496

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA,

DECRETA:

CAPÍTULO I

De las Agencias o Correduría de Aduanas y de los requisitos para el otorgamiento de la Patente

Artículo 1.—Los Agentes o Corredores de Aduana son auxiliares del Comercio y de las Aduanas, autorizados para, por cuenta ajena o propia, actuar ante estas últimas como gestores habituales de operaciones aduaneras de toda denominación y en todas las fases, actos y consecuencias del desalmacenaje y despacho de mercaderías.

Artículo 2.—Al amparo de su patente, los Agentes o Corredores de Aduana ejercerán las operaciones de su ejercicio como consignatarios; remitentes y mandatarios. Sus relaciones con la clientela están regidas por el contrato respectivo y por lo estatuido en la presente ley. En ausencia de previsión contractual o de esta ley, serán aplicadas, en cuanto quepan, las normas que rigen el mandato y el contrato de comisión.

Artículo 3.—Sólo podrán ejercer funciones de agente aduanero o corredor de aduanas, quienes además de ostentar patente extendida por el Ministerio de Economía y Hacienda cumplan con los demás requisitos que la presente ley establece.

Artículo 4.—Los comerciantes establecidos podrán realizar ellos mismos, únicamente en lo que a sus mercancías respecta, las gestiones de Agente Aduanero. A ese fin les es obligatorio cumplir también con la exigencia que establece el artículo 7 de la presente ley.

Artículo 5.—La patente para el ejercicio de la Agencia Aduanera o Correduría de Aduanas solamente podrá ser extendida si en el solicitante concurren estas condiciones:

a) Ser costarricense y de notoria buena conducta, si se trata de personas físicas;
b) Si tratándose de personas jurídicas la mayoría de los socios son costarricenses, y las acciones no son al portador o se tratara de Instituciones del Estado legalmente facultadas;
c) Tener capacidad legal;
d) Tener conocimiento de las leyes aduaneras y fiscales.

Tratándose de costarricenses naturalizados deberán comprobar su residencia estable en el país por más de diez años, constatados a partir de la fecha de expedición de la carta respectiva.

Artículo 6.—No podrá extenderse patente para ejercer funciones de Agente Aduanero:

a) A los funcionarios y empleados del Estado o de sus instituciones autónomas o semiautónomas;
b) A quienes tengan parentesco por consanguinidad hasta el tercer grado, o de afinidad en el segundo, con el Jefe o el Subjefe de la Aduana de la adscripción de la patente;

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

c) A quienes sean empleados o representantes de otra agencia aduanera;
d) A quienes hubiesen sido condenados por delitos o faltas de contrabando, defraudación o sus conexos, o por delito de falsedad, cohecho, malversación de fondos públicos, exacciones ilegales o contra la propiedad.

CAPÍTULO II
El ejercicio de la Agencia Aduanera y de las obligaciones de los Agentes

Artículo 7.—En cada circunscripción aduanera en donde actúen, los Agentes deben acreditar para la tramitación de todas las diligencias del desalmacenaje y despacho de las mercancías y firma de los documentos cuando ello sea de rigor, el apoderado o apoderados especiales facultados conforme al artículo 1256 del Código Civil. Al gestionar su patente el solicitante deberá comprobar documentalmente este hecho. Lo aquí dispuesto comprende a los comerciantes a que se refiere el artículo 4 de la presente ley.

Artículo 8.—Los comitentes son responsables solidariamente con el Fisco, de todas las obligaciones pecuniarias por actos o comisiones llevadas a cabo por sus Agentes. Cuando un Agente Aduanero se concrete a seguir instrucciones expresas y por escrito de su comitente, y el cumplimiento de las mismas no constituya ni pueda constituir la comisión de un delito, la responsabilidad fiscal recaerá sobre el comitente siempre que tales circunstancias sean plena y oportunamente comprobadas.

Los Agentes Aduaneros no son responsables del destino que sus clientes den a las mercaderías ya retiradas de la custodia oficial; ni las obligaciones fiscales que dichos clientes contraigan directamente con motivo de tal retiro.

Artículo 9.—Los Agentes Aduaneros serán, con el cliente, solidariamente responsables del pago legalmente exacto de los impuestos de importación y de los recargos en su caso. De su peculio los Agentes pueden pagar al Fisco tales obligaciones que debe satisfacer el cliente, y en tal caso se operará a su favor la subrogación establecida en el artículo 790 del Código Civil. Cada vez que el Agente Aduanero pague por el cliente, o que la Contaduría Mayor de la República, o la Aduana en su caso, se haga pago de impuestos con fondos de los que el Agente tenga depositados a la orden de la Administración General de Rentas para responder a la cancelación de los tributos de Aduana, aquellas dependencias deberán hacerlo constar en el pedimento de desalmacenaje respectivo. En lo que a la Contaduría Mayor especialmente respecta, igual constancia debe poner en las notas de débito que se cancelan, originadas en las recalificaciones de impuestos erróneamente tasados. Las constancias aludidas constituyen plena prueba de la subrogación.

Artículo 10.—Todo pedimento de desalmacenaje presúmese haber sido hecho en virtud de convenio entre el Agente de Aduanas que lo presentó y el propietario de la mercancía a que el mismo se refiere. La copia del pedimento de desalmacenaje, en que se certifique por el Administrador de Aduana o Contador Mayor de la República que la mercancía fue desalmacenada, así como que el importe de los derechos correspondientes fue cubierto por el Agente, constituye en favor de este último y en contra del comitente título ejecutivo.

Artículo 11.—Las Agencias o Corredurías de Aduanas establecidas o que en el futuro se establecieren, quedan obligadas solidariamente a satisfacer al Ferrocarril Eléctrico al Pacífico, los derechos correspondientes a los servicios de Muelle de Puntarenas con motivo de la importación o exportación de mercaderías que ellas desalmacenen. Asimismo, las Aduanas no permitirán el desalmacenaje de mercaderías si el valor de tales servicios no ha sido pagado previamente al Ferrocarril Eléctrico al Pacífico.

Artículo 12.—Todo pago por concepto de fletes hecho por el Agente de Aduanas se presume autorizado por el cliente. El documento o documentos que lo acrediten tendrá el carácter de título ejecutivo contra el último, a condición de que ahí aparezcan claramente especificados, tanto el nombre de la persona por quien se hace el pago, la clase y cantidad de mercancías transportada, precio pagado, persona que pagó y firma del transportador.

Todas las acciones que procedan de lo establecido en el párrafo anterior y del artículo 10 de esta ley, se prescriben a los cuatro años, contados desde que la Agencia verifique el pago o desde el acto que haya interrumpido la prescripción.

Tiene carácter de título ejecutivo también la certificación extendida por el Jefe de la Aduana, de la cual resulte que en virtud de recalificación del impuesto pagado, la persona a que el documento se refiere es deudora del Fisco por la suma que ahí se indique.

En el caso del párrafo primero de este artículo el deudor podrá excepcionarse dentro de la ejecución, demostrando que pagó al transportador directamente.

Artículo 13.—Los Agentes no podrán sustituir el mandato o encargo que se les haya conferido, ni tampoco endosar un conocimiento cuando no medie autorización expresa y por escrito del comitente.

Artículo 14.—Los Agentes de Aduana debidamente patentados y facultados por el Ministerio de Economía y Hacienda, tienen derecho a prestar su propia garantía, por falta de documentos o a hacer el depósito de ley ante las aduanas, siempre que carezcan de facturas para efectuar sus desalmacenajes.

Los comerciantes a que se refiere el artículo 4 de esta ley deberán presentar fiador abonable a juicio del Ministerio de Economía y Hacienda, de preferencia una Institución Bancaria, en el primer caso, y en el segundo, o

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

sea por falta de facturas, únicamente harán el depósito de ley.

Artículo 15.—Los agentes y su personal deberán desarrollar en sus oficinas las actividades propias de su gestión y formular ahí toda la documentación que el trámite aduanero requiera.

Artículo 16.—Los Agentes Aduaneros deberán facilitar la práctica de las visitas oficiales que se les hagan y mantener un estrecho entendimiento de facilidades entre ellos y las autoridades aduaneras, para el mejor desarrollo de sus actividades y mostrar a sus comitentes, cuando lo pidan, los documentos relativos a los encargos que les hubieren conferido.

Artículo 17.—Cuando menos por los cinco años anteriores, los Agentes de Aduana deben conservar en su archivo los documentos relativos a las operaciones aduaneras en que hubieren intervenido.

Artículo 18.—Los Agentes de Aduana están obligados a mantener constantemente a disposición de las autoridades aduaneras toda correspondencia y documentos comerciales relacionados con las operaciones en que intervengan, y coadyuvar con las mismas autoridades en todas las diligencias para las que sean requeridos.

Artículo 19.—Trimestralmente y en la segunda quincena siguiente al pago hecho, los Agentes de Aduana deben remitir al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Contaduría Mayor de la República, los recibos cancelados que acrediten el pago de sus impuestos. En tales dependencias se tomará nota de tal presentación y se hará la devolución de los recibos al interesado.

Artículo 20.—Los Agentes Aduaneros y los comerciantes con autorización de conformidad con el artículo 4 de esta ley, están obligados a comunicar por escrito a la Aduana en que actúan, quiénes de sus empleados quedan autorizados para representarlos en todos los actos de desalmacenaje y despacho. En el mismo escrito deberán ser registradas las firmas de esos empleados. Siempre que tales servidores del Agente y el comerciante firmen algún documento aduanero, lo harán indicando que actúan en nombre de aquél, y en seguida pondrán la firma.

Los Jefes de Aduana pueden oponerse, pero por causas justificadas, a que en las oficinas a su cargo actúen los representantes aduaneros. La decisión es apelable por el Agente o por el servidor afectado ante la Contaduría Mayor de la República. De lo resuelto por la Contaduría cabrá apelación ante el Ministerio de Economía y Hacienda.

Artículo 21.—Los Agentes Aduaneros deben comparecer y declarar ante las autoridades del ramo respecto del asunto manejado, sin que puedan excusarse. Igualmente deben expedir las cuentas de gastos correspondientes a cada una de las operaciones que realicen.

Artículo 22.—La Contaduría Mayor de la República gozará de un término de treinta días a partir de aquél en que se retire la mercadería de la Aduana, para recalificar o modificar los impuestos erróneamente tasados. Igual plazo tendrán los Agentes de Aduana para reclamar a sus clientes la diferencia de impuestos que le sean cobrados por la Contaduría Mayor de la República. Es entendido que el plazo de los Agentes corre desde el momento en que les fuere notificada la recalificación por la Contaduría Mayor de la República.

Artículo 23.—Si un importador deseare la separación y traslado directo de mercadería importada por Puntarenas, con el objeto de que sea registrada y desalmacenada en San José, dicha mercadería puede ser separada y trasladada a la Aduana Auxiliar del Ferrocarril al Pacífico en San José, bajo póliza general emitida por este último.

Si del ejercicio de las facultades aquí otorgadas al Ferrocarril, resultaren afectados trabajadores de Puntarenas que, en forma permanente u ocasional presten sus servicios al Ferrocarril Eléctrico al Pacífico, éste queda obligado a buscar soluciones adecuadas al problema social que se haya creado, sin perjuicio del pago de las prestaciones legales.

Artículo 24.—El Ferrocarril Eléctrico al Pacífico continuará en sus funciones como Agente Aduanero en Puntarenas, conforme las ha venido ejerciendo, de conformidad con el Decreto Ejecutivo núm. 99—H de 16 de marzo de 1954, sujetándose a todas las disposiciones que establece la presente ley.

CAPÍTULO III
De las sanciones

Artículo 25.—Prevención, suspensión y cancelación son las sanciones que, fuera de los casos en que exista responsabilidad penal, caben contra los Agentes de Aduana. A solicitud de la Contaduría Mayor de la República, el Jefe de la Aduana respectiva, de cualquier interesado o bien de oficio, el Ministerio de Economía y Hacienda aplicará tales sanciones. La suspensión y la cancelación deberán ser publicadas en "La Gaceta" Oficial, y desde entonces comenzarán a surtir efecto. El Agente puede continuar en sus actividades, pero únicamente respecto de los desalmacenajes que tenga en trámite. Al Agente y al Jefe de la Aduana respectiva deberán serles comunicadas la suspensión o la cancelación de la patente.

Artículo 26.—En los casos que contempla el artículo 7 de la presente ley, previa la audiencia de setenta y dos horas al Agente, si efectivamente no está cumpliendo con las obligaciones ahí consignadas, el Ministerio de Economía y Hacienda acordará suspensión de la patente, bajo el apercibimiento de cancelarla si dentro de ocho días no se le ha dado cumplimiento a la previsión o previsiones quebrantadas. Vencido el plazo sin que el Agente haya cumplido, el Ministerio le cancelará la patente.

Artículo 27.—Además de los casos citados, la cancelación de la patente procede:

a) Cuando el Agente renuncia su patente;

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

b) Por muerte del beneficiario;
c) Cuando la patente sea explotada por sociedad en que la mayoría de los socios no sean costarricenses, o en que las acciones tengan carácter de al portador;
d) Cuando en virtud de sentencia ejecutoria el Agente ha sido condenado por los hechos criminosos a que se refiere el inciso e) del artículo 6 de esta ley;
e) Por no ocuparse personalmente, si se trata de personas físicas, en las actividades propias de su encargo, ya sea en la Aduana de su adscripción o en sus oficinas;
f) Cuando el Agente deje de reunir las condiciones que exige el artículo 5 de esta Ley;
g) Por prestar el Agente Aduanero su nombre o servicios a algún intermediario o Agente Aduanero extranjero.

En los casos contemplados por los incisos c), e), f) y g), antes de proceder a la cancelación de la patente, el Ministerio de Economía y Hacienda concederá a la parte interesada un plazo de cinco días para que alegue lo que a bien tenga. Vencido ese plazo, sin necesidad de trámite alguno, dicho Ministerio procederá a cancelar la patente.

Artículo 28.—Acordada la cancelación de una patente, si el Agente pretende de nuevo continuar en el ejercicio de sus funciones tendrá que solicitar una nueva y ajustarse a los trámites preinsertos aquí. En los casos que contemplan los incisos d) y g) del artículo 27, no podrá otorgársele nueva patente al Agente.

CAPÍTULO IV
De la solicitud de la patente

Artículo 29.—Toda solicitud de patente deberá ser presentada ante el Ministerio de Economía y Hacienda con las pruebas que sean necesarias conforme las disposiciones de la presente ley.

Artículo 30.—Si la solicitud comprueba las exigencias que resultan del artículo 5 de esta ley y no se está en ninguno de los casos del artículo 6, el Ministerio ordenará la publicación de un edicto en "La Gaceta" Oficial para que dentro del término de ocho días hábiles puedan ser formuladas, por cualquier persona, las objeciones o la oposición que tenga a bien formular. Vencido el plazo el expediente pasará a la Contaduría Mayor de la República, quien estudiará las probanzas acompañadas y rendirá un informe que será confidencial. Este informe deberá producirse dentro de los ocho días siguientes al recibo del expediente. El Ministerio deberá resolver la solicitud a más tardar quince días después de que la Contaduría Mayor haya informado.

Artículo 31.—El Ministerio de Economía y Hacienda llevará un registro de patentes, en el cual se asignará a cada una su número de registro de acuerdo con la fecha del otorgamiento.

Artículo 32.—Las patentes no podrán ser trasladadas ni tampoco canceladas para ser usadas en otra Aduana. En tales casos deberá solicitarse una nueva.

Artículo 33.—En los casos de cancelación de la patente por muerte del Agente, los herederos no podrán exigir el otorgamiento de otra nueva en favor de la sucesión, o de alguno, algunos o todos los herederos. Mientras se tramita el juicio sucesorio se mantendrá en vigencia la patente. Sin embargo, si ha transcurrido más de un año desde la fecha en que la mortual fue iniciada sin que ésta haya concluido, deberá procederse a la cancelación de la patente.

Artículo 34.—Para entrar al ejercicio de sus funciones, una vez extendida la patente, el Agente deberá ser autorizado por el Ministerio de Economía y Hacienda, quien no dará la autorización si el solicitante no comprueba:

a) Mediante constancia del Jefe o Jefes de Aduana respectivas, que ha cumplido con las obligaciones consignadas en la presente ley. Lo aquí dispuesto no comprende a los comerciantes a que se refiere el artículo 4 de esta ley.
b) Con certificación notarial de la escritura respectiva, de la que conste que tiene el apoderado que prescribe el artículo 7 de esta ley, y que éste ha aceptado el poder.

Artículo 35.—Probados los extremos que contempla el texto anterior, el Ministerio de Economía y Hacienda dará la autorización solicitada y ordenará su publicación en "La Gaceta" Oficial.

Artículo 36.—Esta ley deroga el Decreto Ejecutivo núm. 322 de 27 de noviembre de 1932.

Artículo 37.—Esta ley entrará en vigencia el 1 de enero de 1960.

TRANSITORIOS

I.—Tratándose de personas jurídicas establecidas antes de la promulgación de la presente ley, las cuales estén en el ejercicio de actividades de Agencia Aduanera, no se les exigirá que la mayoría de sus socios sean costarricenses.

II.—Las Agencias Aduaneras establecidas que se encuentren ejerciendo sus actividades, quedan obligadas a cumplir con los requisitos que esta ley establece en un plazo de noventa días a partir de la fecha en que entre en vigencia.

III.—La presente ley no tendrá aplicación, en cuanto atañe a la Aduana de Paquetes Postales. En tanto ley expresa no venga a disponer lo contrario, en esa Aduana se mantendrá, respecto de las actividades de los Agentes, la situación existente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Comuníquese al Poder Ejecutivo

Dado en el Salón de Sesiones de la Asamblea Legislativa.—San José, a los siete días del mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

FERNANDO GUZMÁN MATA,
Vicepresidente.

HERNAN GARRÓN SALAZAR,
Segundo Secretario.

RAFAEL LÓPEZ GARRIDO,
Segundo Prosecretario.

Casa Presidencial.—San José, a los diecinueve días del mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

Ejecútese y Publíquese

MARIO ECHANDI

El Ministro de Economía y Hacienda,
A.E. HERNÁNDEZ.

"La Gaceta" núm. 5 de 9 de enero de 1960.

LEY REGULADORA DE LAS AGENCIAS DE VIAJES

Núm. 5339 de 23 de agosto de 1973

CAPÍTULO I
Disposiciones generales

Artículo 1.—Se consideran agencias de viajes y quedan sujetas a los preceptos de la presente ley, todas las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente al ejercicio de actividades mercantiles, dirigidas a servir de intermediarios entre los viajeros y los prestatarios de los servicios utilizados por los mismos, poniendo los bienes y servicios turísticos a disposición de quienes deseen utilizarlos.

Artículo 2.—Las agencias de viajes tendrán carácter mercantil y sólo podrán operar legalmente mediante la obtención de un título-licencia que, una vez llenados los requisitos que esta ley determina, otorgará el organismo competente y regulador de los mismos.

Artículo 3.—Corresponde al Instituto Costarricense de Turismo conocer y resolver de todo asunto relacionado con la aplicación de esta ley. Contra sus resoluciones definitivas no cabrá más recurso que los señalados en el Título Tercero, Capítulo Primero de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

CAPÍTULO II

Artículo 4.—Las agencias de viajes podrán desarrollar sus actividades en relación con las funciones siguientes:

a) La venta de toda clase de servicios sueltos, como simples intermediarios entre los prestadores y los usuarios de los mismos, que los hace asumir la condición de comisionistas.
b) La elaboración, organización y realización de proyectos, planes e itinerarios encaminados a la prestación de cualquier género de servicios combinados, ejecutando una tarea típicamente profesional que les caracteriza específicamente.

Artículo 5.—Son actividades propias de las agencias de viajes, que califican su actuación al ser realizadas profesionalmente, las siguientes:

a) La reserva de plazas de viajeros en toda clase de medios de transporte, así como la mediación en la venta de los títulos para su utilización y el depósito, expedición y transferencia de equipajes relacionados con dichos títulos de transporte.
b) Las reservas de habitaciones y servicios en establecimientos hoteleros y similares.
c) La organización y realización de visitas a lugares

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

turísticos, así como de viajes y excursiones de carácter individual o colectivo, con o sin inclusión de todos los servicios propios de los denominados viajes "todo pagado".

d) La recepción y asistencia de turistas en los viajes y excursiones expresados o durante su permanencia en el país, y la prestación a los mismos de los servicios de intérpretes o acompañantes con fines turísticos.

e) La representación de otras agencias, tanto nacionales como extranjeras a objeto de prestar en su nombre cualesquiera de los servicios enumerados.

f) La realización de todas aquellas otras actividades económicas-comerciales y de facilitación de servicios al usuario relacionados con los fines anteriores.

CAPÍTULO III
Del título-licencia

Artículo 6.—Para el cumplimiento de sus fines y ejercicio de sus propias actividades, las agencias de viajes deberán proveerse de un título-licencia que, una vez llenados los requisitos de esta ley, expedirá el Instituto Costarricense de Turismo.

Artículo 7.—Las personas físicas o jurídicas que soliciten un título-licencia para funcionar como agencias de viajes, deberán cumplir con las siguientes formalidades:

a) Indicar nombre, nacionalidad, estado civil, profesión, y cédula de identidad del solicitante, si se trata de una persona física. Si es extranjero, acreditar su derecho de residencia en el país.
b) Certificado demostrativo de carencia de antecedentes penales del lugar en donde se ha residido durante los últimos cinco años.
c) Presentar tres constancias demostrativas de su experiencia y capacidad en materia de viajes y turismo. Si se tratare de una persona jurídica, dichas constancias deberán acreditar la misma experiencia y capacidad de sus administradores.
d) Acreditar debidamente tener establecidas corresponsalías o representación con agencias de viajes en el exterior.
e) Tratándose de personas jurídicas, presentar certificación textual del acta constitutiva de la sociedad expedida por el Registro Público.
f) Tratándose de solicitantes nacionales y con administradores costarricenses, poseer capital totalmente pagado no inferior a veinticinco mil colones.
g) Tratándose de entidades extranjeras, funcionar con un capital suscrito y pagado en dinero efectivo de un mínimo de doscientos mil colones, de los cuales no menos del cincuenta y uno por ciento deberá pertenecer a accionistas costarricenses.
h) Presentar un balance de situación del estado de sus negocios debidamente autorizado y firmado por un Contador Público Autorizado y por el propio interesado.
i) Hacer una relación de los proyectos iniciales de viajes y turismo que pretende desarrollar, así como también de los relativos a promoción y propaganda en su caso, y al funcionamiento de sus actividades, haciendo énfasis en el fomento del turismo receptivo.

Artículo 8.—Al resolver sobre la solicitud de un título-licencia, el Instituto Costarricense de Turismo tendrá plena facultad para apreciar las pruebas y atestados recibidos del interesado y considerará como factor predominante de su decisión el índice de saturación de servicios para lo que podrá oír el criterio de las líneas de transporte internacionales y de los hoteleros establecidos.

Artículo 9.—Las agencias de viajes autorizadas deberán iniciar sus actividades dentro de los tres meses posteriores a la fecha de expedición de su respectivo título-licencia. La omisión de lo anterior acarreará la cancelación inmediata y definitiva de la respectiva licencia.

Cada vez que una agencia de viajes autorizada introduzca planes y modalidades no reportados o calificados dentro de los requisitos que establece el artículo 7 de esta ley, deberá solicitar la respectiva autorización al Instituto Costarricense de Turismo, quien tendrá la facultad de resolver de acuerdo con su propio criterio.

CAPÍTULO IV
De las atribuciones del Instituto Costarricense de Turismo

Artículo 10.—Corresponde al Instituto Costarricense de Turismo, como organismo regulador de las agencias de viajes, aparte del otorgamiento del título-licencia citado en los artículos anteriores, el cumplimiento de las siguientes funciones:

a) Velar porque las agencias de viajes cumplan y mantengan los requisitos y obligaciones señalados en la presente ley.
b) Comprobar y vigilar por todos los medios a su alcance que las agencias de viajes realicen su pro-

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

paganda, publicidad y promoción éticamente y de acuerdo con los precios, términos, fechas y condiciones que para sus respectivos proyectos deben registrar con anticipación a su ejecución en el Instituto.

c) Comprobar la vigencia de la garantía que debe mantener cada agencia de viajes y llevar un expediente de cada una de ellas.

d) Requerir de los administradores de las agencias de viajes toda la información que juzgue necesaria para la comprobación de los cargos que se les hubieren formulado o de incorrecciones que hayan llegado a conocimiento del Instituto.

e) Aplicar el régimen de sanciones que la ley establece a las infracciones que cometan las agencias de viajes en el ejercicio de sus actividades.

Artículo 11.—El Instituto Costarricense de Turismo tratará de evitar que se produzca una saturación de las agencias de viajes, en detrimento de la calidad de los servicios que éstas prestan.

CAPÍTULO V
Obligaciones de las agencias de viajes

Artículo 12.—Son obligaciones de las agencias de viajes:

a) Contar con personal idóneo, técnicamente preparado.

b) Cumplir con la presente ley, sus reglamentos y demás disposiciones legales y administrativas conexas, así como con las recomendaciones del Instituto Costarricense de Turismo.

c) Acatar estrictamente las tarifas que para turismo receptivo y para operaciones locales haya autorizado debidamente el Instituto Costarricense de Turismo.

d) Reportar al Instituto Costarricense de Turismo las deficiencias que advierta en la prestación de cualquier servicio turístico.

e) Otorgar las garantías que les fije el Instituto Costarricense de Turismo conforme se dispone en esta ley.

Turismo conforme se dispone en esta ley.

f) Tener oficinas adecuadas y permanentes en el lugar en que estén domiciliadas.

g) Cumplir en todas sus partes los convenios que celebren con los turistas y demás entidades relacionadas con la misma actividad.

h) Hacer constar su nombre o razón social y en su caso, el de las subagencias, en anuncios, propaganda, membretes y demás impresos que utilicen con la frase "Autorizada por el Instituto Costarricense de Turismo".

i) En la prestación de sus servicios extender recibos con referencia exacta al contrato que se obligan a realizar.

j) Proporcionar, dentro del plazo que al efecto se señale y que no excederá de diez días hábiles, los informes que por escrito les solicite el Instituto Costarricense de Turismo.

k) Ocupar, salvo caso de inopia, únicamente guías de turismo autorizados por el Instituto Costarricense de Turismo, en los servicios que por su naturaleza deban ser desempeñados por personal especializado.

l) Los demás que les fijen las leyes y reglamentos.

Artículo 13.—Cuando una agencia de viajes prepare un viaje todo pagado para turismo receptivo, deberá darlo a conocer al Instituto Costarricense de Turismo, recabando la constancia correspondiente de recibo. El Instituto podrá objetarlo fundamentalmente en un plazo prudencial que no exceda de diez días hábiles, contados a partir de la presentación de la documentación respectiva. Transcurrido ese término sin objetarlo, se tendrá por aceptado el mismo y la agencia lo podrá poner en conocimiento del público.

Artículo 14.—Cuando las agencias de viajes cancelen cualquier viaje todo pagado para turismo, deberán ajustarse a las condiciones particulares consignadas en el folleto o convenio respectivo aceptado por el Instituto Costarricense de Turismo.

Deberán quedar claramente estipulados en los convenios o folletos respectivos, los caos en que la agencia de viajes contraiga responsabilidad cuando se cancelen los viajes contratados, la cual únicamente le será atribuible por hechos propios.

Artículo 15.—En el caso de que el cliente desista de la realización de un viaje convenido, dentro de los términos fijados en el folleto o convenio respectivo, la agencia de viajes deberá reembolsarle la cantidad recibida como anticipo deduciéndole el 20% por concepto de daños y perjuicios.

Artículo 16.—En los casos de fuerza mayor no previstos en el folleto o convenio respectivo y comprobado por el Instituto Costarricense de Turismo, se cancelará la excursión o viaje y la agencia notificará personalmente a los interesados o por correo certificado, con acuse de recibo, reintegrándoles las sumas que éstos les hubiesen anticipado menos los gastos efectuados, en el curso de diez días posteriores a la cancelación.

Artículo 17.—Las agencias de viajes pagarán al Instituto Costarricense de Turismo, en concepto de título-licencia, la suma de un mil doscientos colones anuales. Ese pago podrá hacerse semestralmente en los meses de enero y junio de cada año. De no efectuarse en el plazo estipulado, se cancelará automáticamente la respectiva licencia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CAPÍTULO VI
Garantías para el desempeño de actividades

Artículo 18.—Las agencias de viajes deberán otorgar a favor del Instituto Costarricense de Turismo, la garantía que éste les fije de conformidad con las disposiciones siguientes:

a) A efecto de asegurar el cumplimiento de las agencias de viajes para con los clientes que para viajar utilicen sus servicios, el Instituto Costarricense de Turismo fijará como garantía mínima la cantidad de cincuenta mil colones. Dicha garantía estará vigente todo el tiempo que la agencia ejerza las funciones que se le hubieren autorizado.
b) Las agencias de viajes aumentarán en diez mil colones la garantía que hubieren otorgado conforme al inciso anterior, por cada subagencia que constituyan, las que se considerarán comercial y jurídicamente como partes integrantes de la principal y no como entidades distintas.
c) El Instituto Costarricense de Turismo establecerá el tipo de garantías usuales en el comercio y en las relaciones de éste con el Estado, que a su juicio satisfagan plenamente los aspectos previstos en los artículos precedentes.

El establecimiento de subagencias estará sujeto a las disposiciones del artículo 7 de esta ley.

CAPÍTULO VII
Sanciones y responsabilidades

SECCIÓN PRIMERA
Del procedimiento

Artículo 19.—Cuando un turista resultare perjudicado por incumplimiento de lo pactado con la agencia o subagencia de viajes, podrá ocurrir al Instituto Costarricense de Turismo, a sus representantes en el extranjero o a autoridades diplomáticas o consulares costarricenses, a establecer la denuncia correspondiente. En todo caso deberá aportar las pruebas que tuviere en su poder.

Artículo 20.—Recibida por el Instituto Costarricense de Turismo la denuncia, concederá una audiencia a la agencia o subagencia respectiva, para que dentro del plazo improrrogable de treinta días haga la presentación que estime pertinente y aporte las pruebas necesarias.

Artículo 21.—Concluida la información, el Instituto Costarricense de Turismo procurará avenir las partes en sus diferencias y de no lograrlo, formulará la acción penal en representación del denunciante ante el Tribunal respectivo. Cuando así proceda, se hará notificar a la entidad fiadora de la agencia o subagencia de viajes, a los efectos del resultado económico correspondiente.

SECCIÓN SEGUNDA
Sanciones y responsabilidades

Artículo 22.—El Instituto Costarricense de Turismo, ordenará la clausura de locales, oficinas, establecimientos y demás dependencias en las que funcionen agencias o subagencias de viajes que carezcan de la autorización respectiva.

Artículo 23.—Asimismo, se suspenderá los efectos de la autorización, cuando las agencias de viajes:

a) Incurran en violaciones a lo dispuesto en las leyes o reglamentos vigentes.
b) Incumplan las recomendaciones del Instituto, dadas de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes, después de haber sido apercibidas por escrito para ello.

Los efectos de la suspensión implicarán el retiro de formularios que se hubieren suplido a la agencia de viajes para el cobro del impuesto del 5% sobre pasajes internacionales.

El término de la suspensión lo fijará el Instituto Costarricense de Turismo, y nunca será inferior a quince días, pudiendo extenderse hasta tanto la agencia no normalice sus actividades.

Artículo 24.—El Instituto Costarricense de Turismo cancelará la autorización a las agencias de viajes, en los siguientes casos:

a) Si no regulariza su funcionamiento dentro del plazo que al efecto señala el articulado de esta ley.
b) Cuando realicen actos que puedan lesionar la dignidad nacional, independiente de la responsabilidad penal en que incurran.
c) Cuando se acuerde la disolución de la sociedad.
d) Por ceder, enajenar o aportar en sociedad, la autorización del funcionamiento de la agencia o alguno de los derechos derivados de la misma sin previa autorización del Instituto Costarricense de Turismo.
e) Por no otorgar las garantías señaladas en esta ley.
f) Por haber sufrido la sanción en concepto de reincidente, con base en sentencia firme de tribunal competente, y continuar cometiendo la misma violación.
g) En los demás casos previstos por la ley.

Artículo 25.—Incurrirá en responsabilidad propia la agencia de viajes que hubiere vendido al público servicios

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

de transporte, hoteleros u otros servicios turísticos sin el consentimiento expreso de quien deba prestarlos.

La propaganda sobre excursiones deberá especificar, con toda claridad, el nombre de los porteadores, hoteles y empresas dueñas de los vehículos que proveerán los servicios, e indicar la categoría en que cada servicio se encuentre clasificado, así como las fechas en que éstos se realizarán.

Artículo 26.—Nadie, con ánimo de lucro, podrá invadir las funciones de las agencias de viajes, según se establecen en esta ley, ni podrá anunciarse como agencia de viajes en forma alguna. Quien lo hiciere incurrirá en violación del artículo 216 del Código Penal y el Instituto Costarricense de Turismo lo denunciará a los tribunales competentes. Se exceptúan de esta ley las empresas de transportes internacionales que podrán directamente vender y promover sus propios servicios o los de otras empresas de transporte, hoteleras o turísticas y similares de cualesquiera clases.

Artículo 27.—El Instituto Costarricense de Turismo, contará con la colaboración de las autoridades de Policía para el efectivo cumplimiento de las resoluciones que dictare, en uso de las facultades que le encomienda esta ley.

Queda a juicio del Instituto publicar un extracto de la resolución que acuerde la clausura, suspensión o cancelación, en el diario oficial o medios de prensa escrita de mayor circulación.

Disposiciones generales

Artículo 28.—Se autoriza a las agencias de viajes la circulación de vehículos aptos para excursiones de turismo exclusivamente, con placas especiales de turismo que extenderá la Dirección de Transporte Automotor, previa recomendación del Instituto Costarricense de Turismo.

De comprobarse un uso distinto al señalado, el Instituto cancelará de inmediato la concesión otorgada.

Transitorio.—Las agencias de viajes que operan en el país en un plazo de noventa días a partir de la vigencia de esta ley, deberán presentar al Instituto Costarricense de Turismo la documentación necesaria ajustada a la presente ley, que ampare debidamente sus respectivas solicitudes de título-licencia.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA APARIENCIA DE LA SITUACIÓN JURÍDICA

(Análisis de la apariencia que deriva de situaciones de hecho)*

LIC. JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ

AGRADECIMIENTO:

Al maestro Diego Baudrit Carrillo, quien tuvo a su cargo la dirección de la presente tesis, contribuyendo con su crítica constante a su perfeccionamiento. A él debo la valiosa sugerencia de investigar sobre el presente tema.

Al Dr. Víctor Pérez, cuyas ideas determinaron en gran medida el contenido de esta investigación.

A la licenciada Rita Maxera, por su estímulo y a los licenciados Rogelio Fernández Moreno, Juan Vicente Durán Víquez, Mario Hernández Ureña, que en su calidad de jefes colaboraron conmigo en este trabajo. A la licenciada Anayansy Valverde Chaves, por su amistad y ayuda.

DEDICATORIA:

A mis padres, Edwin y Flor, a quienes debo lo que soy;

A Catalina, por quien veo el presente y el futuro.

CONTENIDO

Pág.

Presentación 168

Introducción general 169

Capítulo I: Presupuestos para un concepto de la apariencia 170

Introducción 170

Sección I: La teoría de las dimensiones jurídicas como presupuesto de la teoría de la apariencia 170

A) Planteamiento del problema 170

B) La apariencia como objeto de la Teoría General del Derecho y la dogmática jurídica 171

Sección II: La concepción orgánica del Derecho, como presupuesto de la teoría de la apariencia 172

A) Consideraciones previas acerca de la estructura general de la norma jurídica 172

B) La relación de la norma con el sistema. 173

Capítulo II: Perfil objetivo de la apariencia. 175

Introducción 175

Sección I: Problemas generales. 175

A) El concepto estructural-objetivo de apariencia de la situación jurídica 175

B) Apariencia y supuesto de hecho 182

Sección II: Problemas específicos 187

A) Estudio del elemento manifestante 187

B) Estudio del elemento manifestado 191

*El presente artículo corresponde a la introducción general y al capítulo primero del trabajo final de graduación del autor. Es la primera de una serie de entregas que se publicarán en esta Revista.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

La teoría de la apariencia es uno de los temas menos explorados en Derecho costarricense. Se han aplicado, acaso, conceptos suyos en algunas decisiones judiciales, sin criterio sistemático y, presumiblemente, en apoyo de soluciones a problemas prácticos con metas de equidad.

A pesar de ese escaso tratamiento, la apariencia es un fenómeno que no puede pasar inadvertido al Derecho. La apariencia de situaciones jurídicas es un fenómeno social, que alguna incidencia tiene en la satisfacción de los intereses de la sociedad que son, en último análisis, el contenido de las reglas de Derecho.

Juan Marcos Rivero se ha interesado en la teoría de la apariencia. En el trabajo que presentamos, discute ampliamente los diferentes conceptos que al respecto se han dado, para esbozar una tesis muy personal sobre el concepto, los elementos y, sobre todo, sobre los efectos jurídicos de las situaciones aparentes.

La fundamentación del trabajo del señor Rivero es admirable. Es un ejemplo la revisión bibliográfica llevada a cabo, lo que constituye la primera labor del investigador. El autor ha recorrido las principales exposiciones sobre la teoría de la apariencia, para concluir en un inventario crítico (en que expresa su posición personal). Sobre esa revisión bibliográfica el señor Rivero construye su tesis, orientada en la perspectiva de la visión real objetiva del Derecho.

Es pertinente señalar que este estudio fija su atención en los terceros, los sujetos que serían perjudicados o beneficiados con la situación aparente. El análisis del señor Rivero es una llamada de atención para profundizar estudios sobre la oponibilidad de situaciones jurídicas, contraria al principio *res inter alios acta. . .* consagrado en el artículo 1025 del Código Civil. La protección de los terceros, hasta ahora dejada casi exclusivamente a cargo de la publicidad registral, sería el tema central de este trabajo. Hay formas de protección a los terceros que en este examen se indican, con fundamentos diversos a la apariencia, y que sirven de puntos de referencia para comprenderla.

Ha sido tradicional la referencia a situaciones específicas de apariencia: el heredero aparente, el mandatario aparente Juan Marcos Rivero amplía mucho ese panorama, al entender a la apariencia como un fenómeno general de la realidad jurídica, que, bajo determinados requisitos, tiene efecto **"saneante"** (una suerte de confirmación muy peculiar) de actos jurídicos incompletos, defectuosos y —aún— no sobrevenidos.

La lectura de este trabajo debe hacerse paso a paso. Cada párrafo debe reflexionarse detenidamente, por tener una redacción muy densa. Es indispensable la lectura —también meditada— de las notas muy profusas que tiene el texto. Podrá el lector estar de acuerdo o diferir de las conclusiones del autor, pero se habrá enfrentado a un trabajo metódico, sólidamente razonado, que desde ahora es imprescindible en la literatura jurídica costarricense.

Esta obra, que publica la Revista Judicial, fue el trabajo final de graduación del autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Tuve el honor y la satisfacción de ser su director. El tribunal de tesis, al aprobarla, hizo mención especial de distinción y recomendó su publicación, lo que constituye el galardón más alto conferido a una tesis en la Universidad de Costa Rica.

Sirvan estas líneas para presentar la obra del Lic. Rivero, un inmejorable trabajo de graduación y un aporte muy significativo para el avance de la doctrina jurídica nacional.

Mayo de 1986.

Dr. Diego Baudrit
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCIÓN GENERAL

1. La confrontación entre la apariencia externa de los fenómenos jurídicos y su naturaleza interna plantea, en el terreno jurídico, los más intrincados problemas. Así, por ejemplo, en el plano negocial el conflicto se presenta claramente en la confrontación entre la voluntad real del sujeto (fenómeno interno) y su declaración (que tiene carácter externo). En el terreno de las situaciones jurídicas, la contraposición se origina toda vez que la verdadera naturaleza de la situación jurídica de la persona que con nosotros contrata o negocia, no puede ser percibida, ya que determinadas circunstancias externas —sensorialmente perceptibles—, la esconden bajo una aparente existencia y legitimidad.

2. El problema de la apariencia de la situación jurídica es relativamente nuevo. Efectivamente, el desmesurado desarrollo que han tenido las relaciones comerciales y, en general, todas las manifestaciones del tráfico jurídico, desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días, ha dado como resultado la proliferación de normas destinadas a proteger los intereses de aquellos que, fiándose de la apariencia exterior de las cosas, llevan a cabo una determinada transacción con un sujeto que carece de los presupuestos necesarios para ello. Esta orientación legislativa, que ha encontrado eco en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, ha impuesto una amplia tutela de los intereses de "los terceros", aún en desmedro de los derechos preexistentes y de las situaciones jurídicas consolidadas.

3. La tutela de los intereses de los terceros, se verifica en virtud de diversos mecanismos: a) mediante el recurso a la Publicidad registral; b) en virtud del formalismo jurídico documental y c) gracias a un conjunto de normas específicas, muy variado, que cumplen una función tutelar de los intereses de los terceros, en aquellos casos en que la apariencia de la situación jurídica se haya originado en una "situación de hecho". La doctrina se ha ocupado con profundidad de los dos primeros remedios. No obstante, parece haber relegado a un segundo plano el estudio del tercero, sobre el que existen escasos estudios sistemáticos, tanto a nivel nacional como internacional.

4. Los comentarios antes desarrollados, denotan la necesidad de realizar un estudio profundo sobre el problema de la apariencia de la situación jurídica que deriva de situaciones de hecho. Es necesario verificar si las normas jurídicas referentes a este problema, tienen algo en común y precisar si son susceptibles de diferenciarse —en conjunto—, de los restantes mecanismos que el Derecho dispone para la tutela de los terceros.

5. En este sentido, la presente investigación se dirige a determinar si el conjunto normativo referente al objeto de este trabajo, puede ordenarse en un todo coherente de doctrina y legislación y, por otra parte, a determinar si tales disposiciones no son sino la expresión de un principio general, de aplicación necesaria en toda hipótesis de situación jurídica aparente derivada de situaciones de hecho.

6. Desde un punto de vista sustancial nuestro tema presupone el estudio de la estructura (que se agota en el análisis fenomenológico) y la función (que se resuelve en el estudio de los efectos jurídicos), de las normas relacionadas con el objeto de nuestro estudio. No obstante, por razones sistemáticas, hemos ordenado, desde un punto de vista formal, el plan de trabajo en cuatro capítulos, cada uno de los cuales está destinado a estudiar el problema de la apariencia desde una perspectiva o perfil distinto: a) metodológico; b) objetivo; c) subjetivo y d) efectual. Los apartes b) y c), corresponden, sustancialmente, al problema estructural, en tanto que el d), se refiere al plano funcional. El aparte a), se dedica a determinar la manera en que es posible sistematizar las normas y opiniones doctrinales en un todo coherente y a fijar el punto de partida de la investigación.

Se advierte al lector que, aun cuando la doctrina utiliza el concepto de apariencia para designar por igual las más variadas cuestiones, en la presente investigación este se utilizará en todo caso para designar únicamente la apariencia de la situación jurídica derivada de situaciones de hecho.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Capítulo I

PRESUPUESTOS PARA UN CONCEPTO DE LA APARIENCIA

INTRODUCCIÓN

7. Este capítulo se dedica al estudio de los presupuestos que permiten el análisis del conjunto de opiniones doctrinales y de disposiciones normativas que están relacionadas, de una u otra manera, con nuestro objeto de estudio.

8. Uno de los mayores problemas que se topa al investigar el tema de la apariencia de la situación jurídica, es que los autores que de ella se ocupan entran de lleno al análisis de las cuestiones sustanciales a ella referentes, pasando por alto el estudio del aspecto metodológico y que es en definitiva, el que faculta su estudio sistemático.

9. Debe tenerse presente que, como el Derecho es un fenómeno social muy vasto, que no se agota en la mera normativa sino que trasciende al plano de los hechos y de los valores, toda cuestión relacionada con el mundo de lo jurídico puede ser analizada desde tres perspectivas: a) la normativa; b) la axiológica y c) la fáctica. Esto plantea al investigador la necesidad de elegir un método que, permitiendo elegir un punto de partida de la investigación, guarde el necesario equilibrio en la relación a las restantes perspectivas del Derecho.

10. Así el estudio de la apariencia debe partir del análisis de los presupuestos que facilitan su consideración unitaria. Estos presupuestos son dos: a) La teoría de las dimensiones jurídicas y b) La concepción orgánica del sistema jurídico. Mediante el primero, precisamos el punto del que debe partir el estudio ulterior; por el segundo, obtenemos la clave para sistematizar los principios jurídicos y normas legales referentes al objeto de nuestra investigación, en un cuerpo de doctrina coherente.

SECCIÓN I: La teoría de las dimensiones jurídicas como presupuesto de la teoría de la apariencia.

A) Planteamiento del problema:

11. Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza del Derecho. Así, a la pregunta: ¿Qué clase de objeto es el Derecho?, se han formulado tradicionalmente cuatro respuestas distintas: i) el Derecho es sólo norma; ii) es sólo valor; iii) es sólo lo que efectivamente se observa en la sociedad o bien; iv) es una síntesis omnicomprensiva de normas, hechos y valores, es decir, la suma de aquellos tres elementos.[1]

12. Un sector de la doctrina resuelve la naturaleza del Derecho en la norma jurídica. El Derecho será entonces la norma que, respaldada por el poder coactivo del Estado, regula la conducta humana exteriormente manifestada.[2] Opuestamente, se ha sostenido durante mucho tiempo que la verdadera naturaleza del Derecho es ideal: se resuelve en una serie de criterios axiológicos de carácter sustancial.[3] Al lado de estas dos posiciones, se encuentra la teoría que acentúa el carácter sociológico del Derecho. Se sostiene así que el Derecho es fundamentalmente conducta humana, que tiene lugar en virtud de un complejo de causas con vistas a una finalidad específica y que se enmarca en el complejo juego de la causalidad social para producir toda una serie de fenómenos sociales que a su vez serán causa de otros. En última instancia esta teoría pretende demostrar la vinculación del Derecho con los hechos.[4]

13. La circunstancia innegable de que el Derecho está relacionado a un tiempo con las normas, los hechos y los valores, impidió que los juristas adquirieran durante un cierto tiempo un concepto unita-

---

1. Para un análisis más completo del punto, ver así, RECASENS SICHES (Luis), *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, sexta edición, 1978, págs. 153-164.

2. Se trata del positivismo normativo que equipara la ley al Derecho.

3. Esta postura, recoge a todas aquellas doctrinas, que, de una u otra forma, se denominan iusnaturalistas.

4. Pertenecen a esta tesis, fundamentalmente las distintas escuelas del positivismo jurídico sociológico.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

rio de lo jurídico. Incluso la doctrina llegó a sostener la necesidad de tener tres acepciones distintas del Derecho, por considerar que se estaba ante tres realidades distintas e irreductibles entre sí. Se trata —se dijo—, de tres objetos de conocimiento diversos.[5]

14. La cuarta teoría acerca de la naturaleza del Derecho, pretende superar la visión unilateral de las tres anteriores, según una concepción global de lo jurídico. Esta tesis, ha sido denominada "Concepción Tridimensional del Derecho", que recalca la ilegitimidad del procedimiento por el cual se define el Derecho según una sola de sus manifestaciones.[6] La consideración del problema, teniendo presente que la región ontológica en que se ubica el Derecho es la de la vida humana, no puede ser menos que general. Se afirma, consecuentemente, que el Derecho es una compleja trama de hechos, normas y valores unidos de modo indisoluble en un conjunto en el cual cada uno conserva su individualidad. Así, la concepción tridimensional del Derecho se reduce a la afirmación de que las dimensiones (axiológica, normativa y sociológica) de lo jurídico son tan solo perspectivas de un mismo objeto de estudio: *el Derecho.*

15. El reconocimiento de esta circunstancia no impide que, para efectos de estudio, cada una de las tres dimensiones jurídicas origine una disciplina particular. El rigor científico y la seriedad de una exposición, así lo demandan. Toda investigación debe por tanto, determinar previamente el punto de partida de su desarrollo ulterior, tanto en lo que aspectos teóricos como prácticos se refiere. Así, el estudio del Derecho como valor, desde el punto de vista teórico, origina la denominada *axiológica jurídica* y desde el punto de vista práctico, la *política jurídica,* que busca determinar cuáles criterios de valor deben guiar la elaboración normativa. Paralelamente, el estudio del Derecho como norma, conduce en el plano teórico a la *teoría general —o fundamental— del Derecho* y en la perspectiva práctica a la *dogmática del Derecho.* Finalmente, el estudio de la dimensión fáctica del Derecho, se resuelve a nivel teórico en la *culturología jurídica* y a nivel práctico, en *la historia del Derecho* por un lado y en la *sociología jurídica* por otro.[7]

B) La apariencia como objeto de la Teoría General del Derecho y la dogmática jurídica.

16. El estudio que nos proponemos, tiene carácter esencialmente normativo. No se trata, por tanto, de hacer un análisis exhaustivo de criterios de valor, ni una exposición detallada de los problemas sociológicos que la apariencia plantea. Se trata, entonces, de determinar qué aspectos de la Teoría General del Derecho pueden ser usados para el análisis de nuestro problema y de hacer un estudio de los preceptos aplicables al caso. Esto no implica ignorar la necesaria interdependencia que guardan entre sí, las dimensiones jurídicas. Ni siquiera es legítimo ignorar, como tesis de principio, la vinculación que tiene el Derecho con las otras ramas del saber humano. Se plantean entonces, dos exigencias aparentemente contradictorias: a) determinar una perspectiva de lo jurídico que sirva como punto de partida para la investigación y b) encontrar el criterio que permita mantener un equilibrio en la consideración de las restantes dimensiones del Derecho. La solución se encuentra fácilmente si se tiene presente que el análisis de toda norma debe presuponer la existencia de un interés (valor) (que le sirve a aquella de base), que solo puede ser comprendido mediante la referencia a una realidad social determinada (plano fáctico). Esta idea, ha sido desarrollada por los teóricos de la metodología real-objetiva.[8] Corolario de lo dicho hasta el

---

5. Sobre este punto, ver RECASENS SICHES (Luis), *op. cit.*, pág. 157.

6. "En esta concepción se conservan las tres dimensiones de las que se ha venido hablando —valor, norma y hecho— pero indisolublemente unidas entre sí en relación de esencial implicación. El Derecho no es un valor puro, ni es una mera norma con ciertas características especiales, ni es un simple hecho social (hecho) de forma normativa encaminada a la realización de unos valores". *Ibíd.*, pág. 159.

7. Ver RECASENS SICHES (Luis), *op. cit.*, págs. 160-163.

8. Esta concepción, admite que el Derecho es una realidad que se manifiesta en la vida del hombre y que se define en una cultura determinada. Se ha dicho que "La consecuencia metodológica fundamental ha sido puesta en claro por la *interessen-jurisprudenz*, aunque con cierto exceso y no sin unilateralidad. En la base de toda norma —se sostiene, siguiendo a Ihering—, debe discernirse un problema de la vida y de intereses vitales que no puede ser ni entendido ni resuelto por el jurista sin una referencia a la realidad social y a sus existencias. En otros términos, el significado de las normas se extiende a la sustancia de los intereses sociales cuya tutela persigue la comunidad, Estado o lo que sea". Ver así, FALZEA (Angelo), *Efficacia Giuridica,* Voci di Teoria Generale del Diritto, Milano, Giuffrè Editore, 1970, págs. 236-238.

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

momento, es que nuestro estudio, si bien se sitúa en la dimensión normativa, debe reconocer que, en este nivel, todo problema tiene existencia en relación con un determinado efecto de Derecho, en el cual se manifiesta la tutela que el ordenamiento jurídico le dispensa a un específico interés, puesto en evidencia en una circunstancia social dada.

SECCIÓN II: La concepción orgánica del Derecho, como presupuesto de la teoría de la apariencia.

A) Consideraciones previas acerca de la estructura general de la norma jurídica.

17. La teoría de las proposiciones normativas, parte del estudio de las relaciones entre el hecho y el efecto jurídico, y de la constatación de que ambos tienen distinta "carga" de juridicidad.[9] Las conexiones que se suscitan entre ambos, se han pretendido explicar en virtud de diversas concepciones causalísticas.[10] En este sentido, se ha evolucionado desde una visión de la causalidad jurídica burdamente asimilada a la causalidad de los fenómenos físicos, a una en la que, si bien se reconoce que las leyes relativas al mundo físico y las jurídicas tienen en común la circunstancia de que son reductibles a proposiciones en las que se verifica un esquema general de condicionalidad, existen diferencias bien marcadas entre ambas. Se dice así, que las proposiciones enunciativas valen en virtud de su coincidencia con lo que efectivamente ocurre en el mundo de las conexiones empíricas, en tanto que las proposiciones normativas no enuncian la realidad de los hechos, ni la manera en que acaecen efectivamente, sino tan solo determinan un deber ser.[11] Las proposiciones normativas valoran una determinada conducta mediante un efecto jurídico. Son por tanto de naturaleza axiológica, en contraposición a las leyes físicas que son anaxiológicas.[12]

18. A nivel físico, la relación de condicionalidad se establece entre dos fenómenos; en cambio, en el mundo del Derecho toda condicionalidad se da entre un fenómeno de la esfera física y un valor, que ontológicamente pertenece a una esfera diversa.[13]

---

9. Así, *ibíd.*, pág. 194, donde se señala que: "Se ha visto que *hecho jurídico* y *efecto jurídico* tienen —permítase la expresión— *una carga de juridicidad muy diferente.* El hecho jurídico queda siendo esencialmente el mismo hecho que es en el plano prejurídico. *La relevancia que el Derecho acuerda a un evento físico,* a un acto del hombre, a una declaración de voluntad, *no muda esencialmente su naturaleza. No ocurre así para el efecto jurídico: un vínculo jurídico no es pensable fuera del plano jurídico*".

10. Ver así, FALZEA, *op. cit.*, págs. 209-216; para quien en tesis de principio, pueden darse tres maneras de comprender el significado de la palabra causalidad en el cuadro de las relaciones condicionales entre el hecho y el efecto: a) como carácter exclusivo del condicionamiento físico; b) como carácter comprensivo de todo condicionamiento real, aún no físico —en contraposición a la idea de un condicionamiento meramente ideal— y c) como término equivalente a condicionalidad, real o ideal, física o no. Este autor considera que la causalidad puede tener sentido fuera del plano físico, sin agotarse en una mera condicionalidad ideal: los efectos de las normas jurídicas, son valores reales condicionados, en última instancia, por una común experiencia y cultura; por las exigencias de la vida humana.

11. En este sentido, señala GUTIÉRREZ (Carlos José), *Lecciones de Filosofía del Derecho,* San José, Costa Rica, EDUCA, 1976, pág. 151 que: "Las proposiciones enunciativas se acostumbra expresarlas en la forma lógica por medio de la fórmula 'S es P', siendo 'S' el sujeto, 'P' el predicado y 'es' la cópula". Además, señala que "Contrastando las normas con las proposiciones enunciativas, podemos señalar, en forma provisional, que el esquema lógico de las primeras sería 'S debe ser P' o 'A debe ser B' ". Ver así págs. 153, 157 y 159.

12. Así, FALZEA, *Efficacia Giuridica, op. cit.*, pág. 204.

13. Se sigue aquí, la dirección doctrinal planteada por Falzea, quien pretende ver en el efecto jurídico algo más que una mera idealidad. Este considera, consecuentemente que resulta ". . .presupuesto necesario para que los valores definidos en los efectos de las normas jurídicas puedan configurarse como valores reales condicionados, que la relación general entre realidad y valor sea interpretada no como contraste irreductible entre dos mundos, —uno solamente real, el otro solamente ideal— sino como distinción que surge del mismo mundo real, una distinción que se plantea eventualmente como oposición en razón de una tensión dinámica interna de determinadas esferas de realidad. A quien observe que la esfera de realidad en que el Derecho se encuentra es la esfera de la vida humana, le resultará más bien sencillo suponer que los valores de la vida humana están en el origen de los valores del Derecho. Estos últimos. . .se presentan como exigencias, y también los valores de la vida humana se manifiestan como exigencias. Toda vida tiene sus valores porque tiene sus exigencias, las cuales sin duda vienen condicionadas por las variables situaciones de hecho, de manera que una misma necesidad vital asume contenidos diversos y se especifica en exigencias diversas, temporalmente circunstanciadas a medida que cambian las situaciones de hecho. La realidad de la vida aclara llanamente no solo el momento exigencial y el carácter condicionado de los valores, sino también y sobre todo, la tensión dinámica interna de donde surge la separación entre el ser y el deber ser. En sí mismas, las exigencias son absolutamente reales. Lo que en cambio puede o no ser real es su satisfacción". Así, FALZEA, *op. cit.*, págs. 215-216. En síntesis, esta tesis señala la diferencia existente entre el plano meramente físico y el plano real: aquel guarda con éste una relación de género a especie. Por otra parte, si nos atenemos a la clasificación tradicional de la ontológica, que distingue una esfera de las cosas reales, otra de los objetos ideales, una esfera de los valores y la general de la vida humana, aparecerá clara, en este sentido, la diferencia que media entre el mundo de los fenómenos —ubicable según esta teoría en la primera esfera— y el de los valores que conforman una esfera aparte. Así, ver GARCÍA MORENTE (Manuel), *Lecciones preliminares de Filosofía,* México, Editorial Porrúa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Por no existir causalidad física entre hecho y efecto, las relaciones que los vinculan se establecen únicamente merced a una norma jurídica que los conecta condicionalmente. Dentro de la norma, la descripción hipotética del hecho funciona como proposición condicionante de un efecto, que por ese hecho funciona como una proposición condicionada. Consecuentemente, se puede distinguir en la norma de Derecho, una proposición condicionante, una proposición condicionada y una relación de condicionalidad establecida entre ambas.[14] Cada una de las proposiciones (condicionante y condicionada), tiene por contenido una determinada situación, que será jurídica en el primer caso y de hecho en el segundo.[15]

B) La relación de la norma con el sistema.

19. El cuerpo normativo en que consiste el ordenamiento jurídico no es monolítico, sino que puede dividirse sucesivamente en partes hasta llegar cuando menos en teoría, a una proposición normativa indivisible.[16] Sin embargo, estas particiones no tienen que verse como unidades aisladas, susceptibles de considerarse independientemente, sin referencia al entero sistema positivo. Antes bien, en el concepto de sistema está implícita la idea de la unidad de sus particiones y de sus recíprocas relaciones.[17] Ahora bien: siendo esto así, ¿Cómo pueden relacionarse las normas jurídicas unas con otras? y ¿Qué facilita la paulatina inserción de la norma en el sistema? Para responder a estos interrogantes, debe tenerse presente que todo fenómeno jurídico se compone de un elemento material y otro formal. El primero, es lógicamente preexistente a la norma jurídica, pero adquiere juridicidad cuando se inserta en la estructura condicional de un precepto de Derecho. En el elemento material se muestra un fenómeno que incide en un interés que la comunidad considera relevante a efectos de su protección.[18] El elemento formal, es la calificación jurídica que se le otorga al elemento material y que se revela en los conceptos de eficacia o relevancia en sentido estricto.[19]

20. La constatación de que en la base de toda norma se encuentra un interés calificado en abstracto por un efecto jurídico, permite afirmar que las normas jurídicas, en su proceso de integración en el ordenamiento jurídico, es decir, en su tránsito de la particularidad que las caracteriza hacia la generalidad propia del sistema jurídico globalmente considerado, pueden integrarse previamente en grupos homogéneos de normas, bastando para ello que revelen por un lado: a) una comunidad por el

---

14. Así, FALZEA, *op. cit.*, pág. 281.

15. "Situación es todo lo que puede constituir contenido de toda proposición de nuestro lenguaje y correlativamente (puesto que toda proposición expresa un juicio) de todo juicio de nuestro pensamiento. . .". Así, *ibíd.*, pág. 274. Como la norma tiene internamente tres componentes lógicos, la proposición condicionante, la condicionada y la relación de condicionalidad, es lícito distinguir dos situaciones: a) la de hecho, relativa al contenido de la proposición primera y la jurídica relativa a la segunda.

16. Así, *ibíd.*, pág. 247, quien señala que: "La idea lógica de sistema corresponde a una realidad empírica efectiva: por experiencia real no menos que por reflexión lógica, un sistema jurídico, en cuanto no es una unidad indivisible, es una totalidad divisible en partes. Pero lógicamente las partes del sistema se encuentran también ellas expuestas al dilema: o son divisibles o indivisibles en ulteriores partes, las cuales a su vez o serán indivisibles o deberán todavía dividirse en otras partes. Así, procediendo a particiones, cada vez menores ¿nos detendremos en algún punto, o iremos al infinito? Habida cuenta de que el Derecho responde a problemas prácticos y que una solución de estos problemas no se obtendría jamás si fuere necesario buscarla en el infinito, parece obvio que el conocimiento empírico y científico del Derecho debe poder detenerse en algún punto. El punto de llegada, la unidad última indivisible del sistema jurídico será precisamente la norma. Por ello, el pensamiento jurídico tradicional tiende a considerar la norma como el átomo del sistema. Concretamente, puesto que los sistemas jurídicos modernos se expresan en el lenguaje de las leyes y de los códigos, a la norma átomo debería corresponder, lógica y realmente, la proposición atómica, es decir, absolutamente elemental del lenguaje legislativo".

17. Así, *ibíd.*, pág. 247, quien señala que "Por eso se habla de sistema: etimológicamente la palabra *sistema sugiere la idea de una totalidad compuesta o compleja que contiene y mantiene varias partes juntas y conectadas*".

18. Se ha dicho que "Todo fenómeno jurídico es el resultado de la coexistencia de dos elementos: un elemento de carácter formal, que deriva de la norma jurídica y se realiza en el proceso de calificación jurídica cuyo objeto es el segundo elemento; este segundo elemento tiene carácter material, no deriva de la norma jurídica, sino que es a ella preexistente, o bien, simplemente a ella externo, se especifica como presupuesto y objeto de la calificación jurídica". Así, PÉREZ VARGAS (Víctor), *Existencia y capacidad de las personas*, San José, Costa Rica, Lex. Lic. Cuarta edición, 1977, pág. 28. Además se dice que "El elemento material indica la presencia de un interés. Se trata de un interés cuya satisfacción beneficia a la comunidad; esta es la razón por la cual es tomado en cuenta por el Derecho", *ibíd.*, pág. 28.

19. "La calificación que realiza el Derecho sobre los intereses humanos puede revestir dos modalidades fundamentales: por una parte, puede consistir en una atribución de relevancia jurídica a la situación de hecho, caso en el cual puede hablarse de 'reconocimiento formal' o bien, puede consistir en una atribución de específicas consecuencias jurídicas al hecho relevante que ha sido reconocido, caso en el cual se habla de eficacia jurídica". *Ibíd.*, pág. 29.

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

objeto tutelado (que en última instancia consistirá siempre en un interés relevante para el Derecho) y una comunidad de estructura en lo que toca a los fenómenos hipotizados en sus supuestos normativos; y por otra parte b) que sea posible realizar una síntesis omnicomprensiva de todas las calificaciones formales contenidas en las normas particulares. En todo caso, lo relevante es constatar que las normas, en virtud de su comunidad de objeto y estructura, se relacionan con mayor fuerza con determinados preceptos que con otros y que en estas hipótesis es posible prever que, ante la similitud de los supuestos, el Derecho les otorgará a todos ellos similares consecuencias. En esta circunstancia, es sencillo darse cuenta de que el conjunto de supuestos homogéneos por el objeto tutelado y el fenómeno hipotizado, funcionan como una única proposición jurídica condicionante de la síntesis omnicomprensiva de las calificaciones que el ordenamiento le asigna a cada supuesto individualmente considerado, síntesis que funciona como proposición jurídica condicionada. Paralelamente, se percibe que se crea entre ambas proposiciones una relación de condicionalidad de naturaleza lógico-jurídica, que las enlaza en un todo coherente y sistematizado. Puede darse incluso un paso más adelante y convenir en denominar a este todo coherente como "instituto jurídico".[20]

21. Si proseguimos en el proceso de integración de la norma en el sistema, podríamos percatarnos de que cuando existe un común denominador entre varios institutos jurídicos tiene lugar el nacimiento de una rama del Derecho y que, de la unión de determinadas ramas jurídicas, según una concepción unitaria, surge un sistema jurídico.

22. Las consideraciones antes expuestas, nos permiten encontrar ahora la solución del problema que señalamos en un principio: determinar la manera de emprender un estudio sistemático de la apariencia. Entonces: ¿Qué significa estudiar el problema de la apariencia según la metodología que nos hemos propuesto? Significa lo siguiente:

a) Determinar si las normas que contemplan problemas de apariencia de la situación jurídica, derivados de situaciones de hecho, tienen una comunidad por el objeto regulado y por la estructura del fenómeno hipotizado. Aquí deberá tenerse presente que el éxito de esta tarea sólo puede ser logrado si se lleva a cabo la labor en dos sedes diversas pero complementarias: 1) Lógica y 2) dogmática. En efecto, la naturaleza prejurídica del fenómeno regulado, impone una necesaria labor de conceptualización a su respecto, que debe llevarse a cabo mediante recursos lógico-doctrinales. En la terminología de HANS WELZEL, se hablaría de determinar la estructura lógico objetiva regulada por el Derecho. Una vez cumplido este punto, podrá determinarse de qué manera el concepto antes elaborado (y de naturaleza prejurídica) es recibido por el Derecho positivo, es decir, en sede dogmática. El procedimiento inverso, es decir, el que pretende extraer el concepto de realidades prejurídicas de la norma jurídica, implica un error metodológico: se trata de un intento de forzar la realidad dentro de los reducidos esquemas normativos.

b) Estudiar si de los efectos particulares que el Derecho liga a través de las normas concretas a los supuestos de situaciones jurídicas aparente derivadas de situaciones de hecho, es posible extraer una síntesis omnicomprensiva, que funcione como

---

20. La idea del instituto jurídico, entendida como un *grupo homogéneo* de normas por el objeto regulado, no es nueva. Ha sido desarrollada con éxito por los estudiosos de la teoría general del Derecho y, modernamente, por los teóricos del Derecho Agrario. Utilizamos el término "instituto jurídico" en la acepción que clásicamente ha tenido en la doctrina italiana que sigue las direcciones sentadas por FINZI y anteriormente por SAVIGNI, y que entiende que el nombre de instituto debe reservarse para designar un complejo de "determinaciones normativas, —no necesariamente emanadas todas del ordenamiento estatal— y ligadas en vista de un interés superior respecto a aquellos propios de cada norma singular. . ., más de cualquier modo homogéneo respecto a aquellos". Así ver CARROZZA (Antonio), *L'individuazione del Diritto Agrario por mezzo dei suoi istituti.* Estratto dalla Rivista di Diritto Civile, Padova, núm. 2, parte prima, anno XXI, 1975, págs. 107-108. La precisión conceptual —que siempre es deseable y científicamente indispensable— es mayormente necesaria en este punto, dado que la terminología usada en los distintos sistemas jurídicos no es siempre uniforme. *El concepto de instituto, tal y como lo hemos propuesto, es designado muchas veces con el nombre de institución, cuando se la quiere poner como fundamento de una construcción sistemática.* En todo caso, *debe distinguirse la noción de instituto de la de institución, tal y como la define Maurice HAURIOU, quien considera que tiene dos significados uno amplio y otro técnico.* En el primer sentido será *toda organización creada por la costumbre y por la ley,* aun cuando sea un simple medio de la técnica jurídica; en el segundo, será *el conjunto de elementos de las organizaciones sociales.* Estas ideas, pueden ampliarse en HAURIOU (Maurice), *Les principes de Droit Public,* Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1916. Para un resumen de las principales ideas al respecto, ver DE LA CUEVA (Mario), *La idea del Estado,* México, U.N.A.M., segunda edición, 1980, págs. 153-156.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

común denominador de todas las calificaciones jurídicas particulares y,

c) Precisar si puede establecerse una relación de condicionalidad entre los supuestos homogéneos y la síntesis omnicomprensiva, en forma tal que ante la constatación del primero, el jurista pueda descubrir o predicar una genérica dirección de la eficacia calificadora del supuesto en cuestión.

CONCLUSIONES

23. El estudio de la apariencia, tal y como lo hemos propuesto, debe tender a la individualización de lo que funciona como su proposición jurídica condicionante, así como de su proposición jurídica condicionada y a la determinación de la relación de condicionalidad que media entre ambos.

Capítulo II

PERFIL OBJETIVO DE LA APARIENCIA

INTRODUCCIÓN

24. En este capítulo, se pretende analizar la estructura de la apariencia, en sus aspectos objetivos. Para tal fin, entenderemos como "objetivo", aquello que se da como objeto de conocimiento, sea que pertenezca a la esfera de la realidad, la idealidad, de los valores o la vida humana. Por el contrario, entenderemos como "subjetivo", todo lo relacionado con los elementos propios del siquismo humano, que son necesarios para conocer los aspectos del universo que se ofrecen a su consideración. Esta tarea, pretende poner en claro el concepto prenormativo, estructural y objetivo de la apariencia de la situación jurídica que deriva de situaciones de hecho. Para ello, se tratará de elaborar un concepto de carácter general, para luego pasar al análisis de cada uno de sus términos integrantes. Como paso previo, se partirá de la diferenciación entre apariencia y aparecer; luego, se analizarán aquellos supuestos en que la teoría de la apariencia puede constituirse en deudora de la teoría de la manifestación. Finalmente, se estudiarán las principales cuestiones que presenta la idea de un supuesto de hecho de la apariencia, así como los principales problemas relativos a los componentes de la definición general de apariencia de la situación jurídica.

SECCIÓN I: Problemas generales.

A) El concepto estructural-objetivo de apariencia de la situación jurídica.

25. El primer paso hacia la determinación efectiva del concepto de apariencia de la situación jurídica, es diferenciarlo de la categoría general del aparecer. Si actualmente la apariencia es una de esas palabras *passepartout* o conceptos comodines, es debido al uso indiscriminado al que ha estado sujeta por parte de la doctrina. En general, se ignora la relación que la apariencia guarda con aquella categoría que, en tesis de principio, engloba cinco hipótesis diversas: a) el parecer de lo irreal como real; b) el parecer de lo real como irreal; c) el parecer lo real como real; d) el parecer de lo irreal como irreal; e) el parecer "neutro", indiferente a toda realidad o irrealidad.[21] En la literatura jurídica, se ha utili-

21. Sobre el punto, ver FALZEA (Angelo), Apparenza, *Voci di teoria generale del Diritto, op. cit.*, pág. 46, quien señala que ". . .es claro que el Aparecer, en cuanto denominador universal de los fenómenos, es una categoría mucho más amplia que la apariencia. . .". El autor no contempla el caso del Aparecer de lo real como irreal. Nosotros lo incluimos porque estimamos que algunos problemas jurídicos solo se comprenden si se admite su existencia. Piénsese, por ejemplo, en la declaratoria de presunción de muerte —regulada por el Código Civil, artículos 60-61— en donde se producen específicas consecuencias jurídicas en virtud de una presunción: La inexistencia del sujeto de Derecho. Ahora bien: si el que se presume muerto reaparece, tendremos un típico caso del Aparecer de lo real (existencia de la persona) como irreal. Lo propio sucede en los casos de declaratoria de la simple ausencia, si posteriormente reaparece el sujeto en cuestión. Así, MESSINEO (Francesco), *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas América-Europa, 1971, pág. 138, señala que "El retorno del ausente o la prueba de que vive todavía durante el período de ausencia. . .restablece todo derecho de él, haciendo cesar los efectos de la declaración de ausencia". En igual sentido, ver artículo 59 del Código Civil costarricense. Claro que algunos podrían pensar que se trata de un caso del Aparecer de lo irreal (muerte o ausencia) como real. Sin embargo, a ello cabe replicar que, en Derecho, todo asunto debe ser analizado desde el punto de vista de relevancia específica. Así, en los casos analizados,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

zado el término apariencia para designar, alternativamente cada una de estas hipótesis. Sin embargo, el concepto de apariencia de la situación jurídica está referido estrictamente al primer caso: es el problema del parecer de lo irreal como real.[22] Las restantes hipótesis no pueden ser asimiladas a la primera, a efecto de recibir un tratamiento sistemático y unitario; porque tienen estructuras diferentes. Así, en tanto que la primera hipótesis solo se presenta cuando un elemento fáctico evoca como real a otro que no lo es, los restantes supuestos se refieren, ya a fenómenos que se limitan a revelarse únicamente a sí mismos tal cual son casos c)[23] y d)[24] o bien, cuya estructura fáctica no es apta siquiera para revelar su propia naturaleza (caso b),[25] o para evocar realidad o irrealidad alguna (caso e).[26]

26. De la apariencia en sentido estricto[27] es decir, entendida como el parecer de lo irreal como real, existe una acepción vulgar y otra jurídica. En el lenguaje corriente, aparente es todo fenómeno que se ofrece a la consideración de los sentidos como verdadero, siendo ficticio. Aparente es, desde esta perspectiva, aquello cuya naturaleza ilusoria afecta la actividad sensible —y por tanto, la discursiva e intelectiva— del sujeto, que conoce, en virtud de una confrontación entre lo que externa y materialmente percibe y el dato que por ello viene evocado.[28] Pueden aparecer, sin ser reales, fenómenos

---

el punto de específica relevancia lo constituye la existencia, del sujeto de Derecho que parece dudosa e incierta. "Esta situación de hechos tiene relevancia jurídica pues, dudándose de la misma existencia de un sujeto que es titular de situaciones jurídicas activas o pasivas, el Derecho interviene regulando lo relativo a los intereses de este sujeto y de los demás sujetos jurídicamente relacionados con él, que por el mismo hecho de esta incerteza serían generadores de un estado de inseguridad que podría poner en peligro los mismos intereses de estos sujetos y los de otros sujetos con ellos ligados". Así, PÉREZ VARGAS (Víctor), *Domicilio y Ausencia*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, s.f., pág. 13.

22. ". . .es sobre todo importante decir que la apariencia no es un aparecer opaco, un puro hecho que se revela a sí mismo, pues un fenómeno que se limita a mostrarse a sí mismo no puede nunca ser aparente: se da tal como es; solo cuando un fenómeno, además de mostrarse a sí mismo, hace aparecer otro fenómeno y lo hace aparecer como real, siendo irreal, surge la apariencia". Así, FALZEA, Apparenza, *op. cit.*, pág. 46.

23. El parecer de lo real como real, ha sido usado repetidamente en doctrina como sinónimo de un sentido de apariencia: como aquello que "aparece y se muestra a la vista". Este sentido del término, tiene especial relevancia en otros campos del Derecho, en donde se usa para designar, por ejemplo, una determinada clase de servidumbre. En este sentido, BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratado de los bienes*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, quinta edición, 1981, pág. 109 señala que: "Las servidumbres se dividen también en aparentes y no aparentes. Pertenecen al primer grupo las que se enuncian por obras exteriores: una puerta, una ventana, una atarjea. Corresponden al segundo, aquellas cuya existencia no se revela a la simple vista, por carecer de obras externas que las indiquen. . .". También en GHESTIN (Jacques) y GOUBEAUX (Gilles), *Traité de Droit Civil*, Introduction generale, París, L.G.A.J., T.I, 1977, pág. 856, se señala que de apariencia se puede hablar en este sentido. Sin embargo, es en todo caso claro que se trata de dos cosas distintas, denominadas con una sola palabra: el parecer de lo irreal como real y el de lo real como real.

24. Dentro de esta categoría podemos ubicar las hipótesis de inexistencia. Así, BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratado de las obligaciones*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, cuarta edición, 1977, pág. 202, señala que: "Llámanse actos inexistentes o no acaecidos aquellos que aunque se ajusten en algo a las formas de los actos jurídicos o de las convenciones normales, están desprovistos de manera *evidente* (el subrayado es nuestro) de todo valor. . . Tal sucedería respecto a una sentencia de divorcio dictada por un diputado, a un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, y a una venta en que no se consignara cuál es la cosa vendida. Los actos inexistentes son más que nulos, no existen, son nada ante la ley y ante el sentido común. Por lo mismo no se necesita para desconocerlos o rechazarlos, declaración judicial en ninguna forma.". La inexistencia, es siempre un juicio ontológico. Lo importante, es constatar que lo característico de la inexistencia es el mostrarse tal cual es; esto es, inexistencia irreal. De este hecho, deriva su naturaleza.

25. Caso ya analizado en *supra*, nota 21.

26. Se trata del caso del fenómeno desconocido. La hipótesis puede distinguirse de la del parecer de lo irreal como irreal, si se tiene en cuenta que ésta es un problema ontológico, en tanto que aquella, es siempre un problema epistemológico.

27. El propósito de la delimitación del concepto es lograr una mayor precisión conceptual, dada la multiplicidad de sentidos en que la palabra es usada.

28. Que la apariencia se manifiesta en virtud del aspecto externo de las cosas, es reconocido por el *Diccionario de la Real Academia Española*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, Decimonovena edición, 1983. También en este sentido puede consultarse: CABANELLAS (Guillermo), *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta. Decimosexta edición, T.I. (a-b), 1983. Además desde un punto de vista filosófico, se ha dicho que "Aparecer significa 'dejarse ver', 'manifestarse', Apariencia significa 'aspecto que ofrece una cosa cuando se deja ver, se manifiesta, se presenta' (generalmente a la vista). Este significado puede interpretarse de tres modos: a) la apariencia de una cosa es lo mismo que su realidad; la cosa es como aparece, esto es, se deja ver en su aparecer; b) la apariencia es algún aspecto de la realidad de una realidad; c) la apariencia de una cosa es distinta de su realidad y hasta puede ocultar esa realidad". Así, FERRATER MORA (José), *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Alianza Editorial, cuarta edición, T.I. A-D, pág. 175.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

temporales —como eventos y comportamientos—[29] y fenómenos espaciales —como objetos y sujetos—.[30] Y la inversa también es cierta: todo fenómeno, sea espacial o temporal, es potencialmente apto para revelar la existencia de otro fenómeno y por tanto, para integrar el supuesto material de la apariencia.[31]

27. La apariencia no pierde su naturaleza al pasar al terreno jurídico, plano en el cual se puede estudiar a la luz de los resultados obtenidos por la teoría de la manifestación.[32] En general, podemos decir que la teoría de la apariencia es tributaria de la teoría de la manifestación, en tres aspectos: i) En primer término, la formulación del concepto técnico de apariencia, se puede obtener a partir de la idea de la patología de la relación de manifestación; ii) en segundo lugar, el esquema general de representación de los supuestos de apariencia, se puede tomar del concepto de manifestación y iii) a la interpretación objetiva de este esquema, se puede llegar —en parte—, en virtud de las observaciones hechas por los teóricos de la teoría de la manifestación.

28. i) Debemos partir de una observación preliminar: en el género de la manifestación es posible distinguir solo dos figuras definidas que son, a saber: la declaración y la manifestación en sentido estricto. Toda otra distinción se revela artificial, por no guardar correspondencia con la realidad de las cosas.[33] No obstante, a nivel teórico se presenta el problema de encontrar un seguro criterio de distinción entre ambas especies de manifestación.

29. Las orientaciones doctrinales más avanzadas, se dirigen en el sentido de buscar en los elementos de la relación de manifestación, las pautas que permitan establecer las diferencias existentes entre ambos supuestos.[34] Así, por estar constituida la relación de manifestación, por tres elementos, se ha procurado fijar en cada uno de ellos el criterio de distinción. Hoy puede decirse, sin embargo, que los intentos por separar a la manifestación en sentido estricto, de la declaración, en virtud de las

---

29. Ejemplo de los primeros, los podemos encontrar en el espejismo; con respecto a los segundos, los ejemplos son bien conocidos para los estudiosos del Derecho. Piénsese al respecto en el caso de los comportamientos inmateriales en los cuales se hace referencia a un comportamiento que en realidad no se ha verificado nunca. Así, el caso de la declaración falsa en la cual se le imputa a un sujeto la comisión de un hecho punible.

30. Debe aclararse aquí que, salvo el caso en que exista algún trastorno síquico de la percepción, como los que suelen observarse en los fármaco-dependientes (que efectivamente perciben objetos y sujetos que no existen en la realidad) lo que sucede en estas hipótesis es que son específicas características de los sujetos u objetos las que aparentan ser reales.

31. Al respecto se ha dicho que "Todo signo, es un estímulo asociado. Pero hay dos grandes tipos de asociaciones significantes: los signos naturales y los signos artificiales. Los primeros están basados en relaciones de fenómenos que se localizan en la naturaleza, la asociación 'nube-lluvia' por ejemplo: todos nuestros conocimientos, nuestras técnicas, nuestras ciencias, equivalen a percatarse de modo más o menos sutil y más o menos preciso de estas relaciones naturales, que adquieren valor de signo en la medida en que las asociamos en nuestra mente. Los signos artificiales son de factura humana (o animal) y se subdividen a su vez en dos grupos: unos sirven, para representar lo real —un dibujo, un plano, un registro fonográfico, por ejemplo— otros sirven para comunicarse con otro ser". Así, GUIRAUD (Pierre), *La semántica*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1960, pág. 17.

32. "Con estas reflexiones, la figura de la apariencia se reconduce a un esquema general de relación: la relación por la que un fenómeno materialmente presente e inmediatamente real, hace aparecer —o podemos decir (con un término más acostumbrado entre los juristas)— manifiesta otro fenómeno no materialmente presente y no inmediatamente real". Así, FALZEA, *Apparenza, op. cit.*, pág. 47.

33. Se ha hablado, tradicionalmente de "declaración expresa y declaración tácita", expresiones que se consideran faltas de precisión y contradictorias. Sobre todo se dice que por partir del concepto de declaración se deja por fuera los comportamientos que no consisten en declaraciones, sino en actos reales autónomos o de ejecución. Se habla también de "manifestación directa o inmediata" y "Manifestación indirecta o mediata". A ésta se le critica el ser la traducción en términos semánticos del criterio que, en la clasificación, de los comportamientos significantes, hace referencia a la destinación del comportamiento a exponer directamente o no la intención del agente. Para una exposición más detenida de estas ideas, ver SCALISI (Vincenzo), *Manifestazione in senso stretto*, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè Editore, vol. XXV, 1958, págs. 476-479.

34. Esto no ha sido siempre así. En un tiempo la doctrina de la "concepción subjetiva de la manifestación" pretendió hacer depender el carácter declarativo o manifestativo del comportamiento, de una valoración finalística del obrar humano. Si el fin único del comportamiento es revelar o manifestar una determinada voluntad, tendremos —según esta teoría— una declaración en sentido propio; manifestación en sentido estricto, se tendrá en los casos en que el comportamiento persigue algo diverso. Esta tesis ignora que incluso la manifestación en sentido estricto, puede realizarse con el exclusivo propósito de externar la voluntad. Además, la difícil determinación de los fines del sujeto, la hace aparecer como científicamente inaceptable. Sobre el tema ver SCALISI, *op. cit.*, págs. 479-480.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

características del elemento manifestante[35] o del elemento manifestado[36] están plenamente superados. Por tanto, es la relación de manifestación la única que puede fundamentar exitosamente una adecuada clasificación.[37]

30. Desde el punto de vista del Derecho, toda relación de manifestación consiste en un juicio en virtud del cual se establece una ilación lógico-jurídica entre el fenómeno manifestante y el manifestado.[38] Los autores pretéritos, estimaron que esta ilación debería ser absoluta y necesaria.[39] Actualmente, al repararse en el hecho de que el vínculo lógico-jurídico tiene por supuesto una común experiencia y cultura (que en última instancia depende de índices espacio-temporales), se dice que la ilación solo puede ser relativa.[40]

31. Ahora bien, los estudios semánticos señalan que los medios artificiales de significación, que se usan en la comunicación, se reducen a dos: símbolos y señales.[41] El primero se caracteriza por tener estructura representativa, ya que evoca la imagen ideal del fenómeno manifestado. Tiene un origen convencional, reducido a un determinado grupo de sujetos entre los cuales deviene sustituto de la realidad. Su función sustitutiva, le otorga autonomía de las sucesivas experiencias particulares y por tan-

---

35. Se trata del criterio de "la naturaleza del medio expresivo empleado del cual existen dos tendencias principales: a) la que se fija en la objetividad del medio manifestativo, que es la que cuenta con mayores seguidores y b) la que se fija en su composición morfológica. Para la primera, expresa o directa es la declaración (o manifestación) que utiliza signos declarativos objetivos, (es decir, signos que tienen un valor expresivo fijo sea gracias a la conforme valoración del tráfico jurídico o por acuerdo interpartes) o bien signos que así deben ser considerados en relación con el destinatario del comportamiento; tácita o indirecta sería toda otra declaración (o manifestación). La otra dirección, sostiene que hay declaración si se usan palabras y manifestación, si se usan signos no lingüísticos. A la primera se le critica, entre otras cosas, que la objetividad es una constante de todo comportamiento manifestativo, y, por tanto, no puede ser privativa de una particular forma de manifestación. A la segunda, se le señala que las palabras en determinadas ocasiones pueden adquirir valor de manifestación en sentido estricto (es decir, no declarativo) y que, algo que de ordinario sería una señal, podría, en una hipótesis concreta, adquirir valor declarativo, por ser idóneo para asimilarse a un hecho de lenguaje. Ver así, SCALISI, *op. cit.*, págs. 480-491.

36. Se trata de la teoría que parte de la circunstancia de que la manifestación esté dirigida a exponer directamente la intención del agente o no, para fundar la distinción. Para esta tesis, manifestación en sentido estricto sería aquella que es, al mismo tiempo, manifestación de dos actitudes volitivas del sujeto, distintas, pero conexas entre sí, de suerte que de una se deba inferior necesariamente la otra y la manifestación directa de una importe la indirecta del otro. Así, la manifestación en sentido estricto se caracterizaría por la duplicidad de significados. Allí donde el comportamiento sea capaz de un solo significado y se expone en forma directa e inmediata, se tendrá declaración en sentido propio. Esta distinción se revela incorrecta. Si se repara en el hecho de que la declaración se vale siempre de símbolos y que éstos son sustitutos de actos originales de experiencia, fuerza es reconocer que la declaración solo indirectamente alude a la realidad declarada. Para una crítica más detenida de esta teoría, ver: SCALISI, *op. cit.*, págs. 481-483. Debe anotarse, finalmente, que si bien esta posición recurre a un elemento subjetivo (voluntad) para fundar la distinción, no es estrictamente subobjetivista. La novedad que le es propia y la diferencia de otras metodologías, reside en el hecho de pretender integrar en la teoría de la manifestación, la objetividad de sus elementos con la intención del agente en un todo coherente.

37. *Ibíd.*, pág. 484.

38. *Ibíd.*

39. *Ibíd.*

40. *Ibíd.*

41. El problema es en realidad complejo. Según lo señalamos (ver *supra*, nota 1, pág. 22), los signos pueden ser naturales o artificiales —de factura humana—. Estos últimos pueden ser a su vez reproducciones de los caracteres naturales de la realidad (íconos), o bien signos de naturaleza convencional (símbolos). "Y aquí surge una nueva distinción ciertos símbolos evocan los caracteres naturales de las cosas, como sucede con las señales de tránsito, mientras que otros son puramente convencionales. Hay símbolos motivados o iconográficos y hay símbolos arbitrarios o puros; son convencionales en ambos casos, pero la asociación convencional no excluye (ni tampoco postula) la existencia de asociaciones naturales entre el signo y la cosa significada. Los códigos de urbanidad, las modas, los ritos, las convenciones sociales, son símbolos iconográficos o motivados; aquí se inclina la cabeza como signo de sumisión, allí se eructa como signo de buena digestión; hay pues una liga natural entre el signo y su sentido, pero que no es suficiente y ni siquiera necesaria para evocar el sentido, ya que de todas maneras estriba en una convención". Ver así, GUIRAUD, *op. cit.*, pág. 19. Lo que en Derecho se conoce como símbolos y señas, puede ser reconducido a esta última diferencia entre símbolos puros e iconográficos. Si se usa la primera nomenclatura, es tan solo para no inducir a error. El Derecho, desvinculado tan a menudo de los desarrollos alcanzados por otras disciplinas del saber humano, parece reposar en este punto en la tranquila y cómoda creencia de que existe una distinción tajante en lo que atañe a los distintos tipos de signos aquí analizados. En realidad nada es más ajeno a la verdad. La clásica tricotomía de PEIRCE de los tipos de signos, que distingue entre: a) símbolos (relacionados arbitrariamente con su objeto) b) Íconos (semejantes a su objeto) c) índices (relacionados físicamente con su objeto), es fuertemente criticada por los autores modernos, por considerarse que es imposible establecer una tajante distinción. Ver así, ECO (Umberto). *Tratado de semiótica general*, Barcelona, Editorial Lumen, 1977, pág. 304. Las observaciones que siguen, tienen todas por supuesto, esta observación fundamental.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

to, aunque asume su significado en virtud de un contexto espacio-temporal determinado, permanece siendo tal en tanto conserve la base convencional que le dio origen, sin importar la variación de las circunstancias especiales en que se coloque.[42]

32. Las señales en cambio, dejan inferir de manera más o menos directa, la realidad del hecho manifestado.[43] Sin embargo están motivadas por un acto de experiencia original y requiere como justificación una experiencia posterior.[44] Así, por depender en gran medida de aspectos empíricos, su significado se pierde o varía según las diversas circunstancias. Las señales son fenómenos originalmente neutros, que carecen de una significación preestablecida.

33. Precisa recalcar el hecho de que no es la naturaleza del medio expresivo adoptado —palabras específicas, señas determinadas— lo que califica a una relación simbólica o significante en sentido estricto. Quienes así lo sostienen olvidan el hecho de que, por una parte, las palabras concretas pueden asumir valor meramente significativo (además del usual) en una determinada circunstancia y que por otra, las señales pueden asumir un carácter simbólico si media el acuerdo respectivo.[45] Lo que hace entonces que un medio expresivo sea tenido como símbolo o señal en sentido estricto, no es su naturaleza material sino la específica relación de manifestación en que se inserte. Cualquier comportamiento humano, incluso el silencio, puede adquirir valor simbólico si existe el acuerdo necesario para habilitarle para tal fin. Paralelamente, un medio expresivo simbólico puede adquirir valor significativo en sentido estricto si permite inferir la realidad además de evocar la estructura ideal del fenómeno que ordinariamente evoca.[46]

34. A la diferencia aquí apuntada, entre símbolos y señales, reconduce la doctrina la distinción última entre declaración y manifestación en sentido estricto.[47] Estaremos en presencia de la primera, cuando la relación de manifestación se establezca según un esquema de significación simbólica y ante la segunda, cuando la significación se realice por intermedio de señales. Por esta razón, la declaración participa de las características de los símbolos y tiene, por tanto, un significado propio y unívoco. La manifestación en sentido estricto, en cambio, solo en determinadas y específicas circunstancias, y de acuerdo con criterios empíricos, puede adquirir significados precisos. Esto es así, en virtud de que una misma señal puede tener diversos significados y también, un mismo significado puede denotarse por diversas señales.[48]

---

42. Así, ver SCALISI, *op. cit.*, pág. 486.

43. De manera "más o menos directa" porque, como señala GUIRAUD, en última instancia hay una base convencional que liga el signo a su sentido. Salvo que se trate de un "incono puro" esto es, una reproducción exacta de la realidad, vg. una fotografía. Pero aun en esta última hipótesis, puede que utilicemos un ícono para comunicar y entonces habría de nuevo una base de asentamiento que permita la comunicación. "No hay límite tajante entre ambas funciones, pues utilizamos frecuentemente signos de representación para comunicar. . .". Así, GUIRAUD, *op. cit.*, pág. 17.

44. Así, SCALISI, *op. cit.*, pág. 486.

45. "SAUSSURE, distingue en la palabra, dos partes, una expresión y un contenido, significante y significado. Significante es sinónimo de imagen acústica, por ejemplo, la serie de sonidos m+e+s+a. Sin embargo, esta serie de sonidos no llega a ser palabra hasta que no se le asocia una determinada representación, precisamente un significado. Así, pues, palabra o signo lingüístico es imagen acústica+representación (significación). Mesa evoca en español, la representación más o menos esquemática de un mueble, por consiguiente una imagen esquemática (hablará hoy de un objeto mental). Gracias a ella, mesa es para un español una palabra, para un alemán, no. Por tanto, una palabra tiene siempre dos partes: una forma significante y un contenido. . . A estos dos elementos, la imagen acústica y la representación esquemática evocada, se une aún en tercer lugar, un fenómeno extralingüístico, la realidad misma". Ver así, BALDINGUER (Kurt), *Teoría Semántica: Hacia una semántica moderna.* Madrid, Ediciones Alcala, 1970, págs. 24-26. Estas observaciones, demuestran que la estructura externa, formal de la palabra no le convierte por sí sola en un símbolo. Esto sucede solo cuando esa estructura está ligada a un determinado objeto mental, momento en el cual tal forma se inserta en una específica relación de significación. Tenemos así, una relación "triangular" en la que 1) la imagen acústica juega el papel de elemento significante que simboliza a 2) un concepto u objeto mental que actúa como elemento manifestado que se refiere siempre a 3) una determinada realidad. Así, *ibíd.*, págs. 26-27. No existe relación directa entre el significante y la realidad. Aquel no está "motivado" por ésta —a diferencia de lo que sucede con los símbolos iconográficos. En el símbolo, el campo semasiológico es amplio y el significado preciso, que será siempre un concepto—, se determina en la estructura sintagmática concreta.

46. Así, SCALISI, *op. cit.*, pág. 489.

47. Así, SCALISI, *op. cit.*, pág. 486. En igual sentido, ver UMAÑA ROJAS (Ana Lorena) y PÉREZ VARGAS (Víctor), *Elementos del negocio jurídico*, Revista Judicial, San José, núm. 12, junio 1979, pág. 87.

48. Así, SCALISI, *op. cit.*, pág. 488.

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

35. La declaración es un hecho del lenguaje. Por ello, y debido a la trascendencia que aquél tiene en la comunicación, se le asigna un trato privilegiado en el sistema normativo-positivo, en relación con la manifestación en sentido estricto.[49] Sin embargo ésta tiene sobre aquel la ventaja de que su esquema de significación guarda mayor correspondencia con la realidad. Sin embargo, el riesgo de que el esquema de significación social no se ajuste a lo que efectivamente ocurre en el mundo de las conexiones reales, está presente de manera más o menos frecuente, en los dos tipos en que se divide el género de la manifestación. Ni la declaración, ni la manifestación en sentido estricto, son garantía de correspondencia con la realidad. Por tanto, la posibilidad de que el vínculo lógico-jurídico en que consiste la relación de manifestación esté afectado por una determinada patología, es consustancial a toda hipótesis de manifestación. Es así como, según un sector de la doctrina, a nivel normativo, esa patología origina dos institutos: la falsedad y la apariencia.[50] La primera pretende dar solución a los problemas que plantea la patología de los símbolos; la segunda atiende a la patología de las señales. Los símbolos, por su propia naturaleza, están destinados a evocar situaciones que pueden ver verdaderas o falsas. En este último caso se planteará un problema práctico que dará lugar a una hipótesis de falsedad (entendida de manera genérica).[51] Paralelamente, la manifestación en sentido estricto, a pesar de sus características, puede dar lugar a relaciones de significación imperfectas, defectuosas, incompletas. Puede ser, que, en una determinada circunstancia, las señas no permitan inferir correctamente la realidad; en otros términos, si bien las señas son motivadas por la realidad, su función puede estar desvirtuada en casos específicos. Cuando sucede que un cuadro fáctico da lugar a una relación de manifestación por señales, que evoca defectuosamente la situación jurídica de un sujeto, tendremos un caso de apariencia en sentido estricto.

36. Resta tan solo señalar que la apariencia da lugar, a un específico régimen jurídico que tiene la misión de solucionar, según efectos jurídicos el problema práctico que ésta plantea. Este problema se presenta cuando un sujeto es llamado a engaño por la apariencia creada, la que a su vez repercute en el tráfico jurídico, por afectar la exigencia de certeza inherente a toda actividad jurídica.[52]

37. Estamos en grado ahora, de poder dar una definición de lo que constituye a nivel estructural,

---

49. Se ha dicho que ". . .el lenguaje tiene por lo menos, cinco funciones en la sociedad: i) Transmitir información (informativa); ii) controlar o influir en la conducta de los demás (conativa); iii) expresar los sentimientos y actitudes del hablante o del escritor (expresiva); iv) crear un fenómeno artístico (estética); v) mantener los vínculos sociales (fáctica). Ver así: LEECH (Geoffrey), *Semántica*, Madrid, Alianza Universidad, 1977, pág. 87. Por su parte, puede consultarse también a: M. COPI (Irving), *Introducción a la Lógica*, Buenos Aires, Eudeba, vigésima edición, 1979, págs. 47-58, quien por su parte señala que las funciones típicas o básicas del lenguaje son tres: i) informativa (comunicar información); ii) expresiva (comunicación de sentimientos y actitudes) y iii) directiva (originar o impedir una acción manifiesta).

50. En este sentido, ver expresamente: SCALISI, *op. cit.*, págs. 496-498.

51. No es el propósito de esta investigación, demostrar la posibilidad de que la falsedad pueda constituirse en un instituto determinado, sino tan solo señalar el hecho —de por sí evidente— de que hay casos en que estamos en presencia de un defecto de significación simbólica y en otro ante una patología de la relación de significación por señales y demostrar que un estudio claro de la apariencia no debe confundir ambos supuestos. Una confusión en este sentido, sería sistemáticamente inaceptable. Sobre la tesis de la falsedad, como figura unitaria, ver: *ibíd.*, pág. 494.

52. Tenemos así, que la especie fáctica de la apariencia está constituida por dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero, es la situación de hecho generadora de apariencia. El segundo, el engaño actual a que es llamado un sujeto por aquella situación de hecho. La sola apariencia del elemento objetivo, no es suficiente para integrar el supuesto de hecho de la apariencia; por eso, el Derecho le asigna tan solo una genérica relevancia, por su potencial aptitud para lesionar la seguridad de las transacciones y la buena fe de los terceros. Estos intereses (seguridad y buena fe) se completan y se hacen acreedores de una específica tutela, tan solo cuando al momento objetivo, se le une el momento subjetivo. Al estudio de este último, se dedicará el tercer capítulo. Por ahora, vale decir que estas afirmaciones tienen un doble sustento: a) teórico-doctrinal y b) dogmático-positivo. Este último punto de vista, que surge del análisis de los textos, será analizado más adelante. Por ahora, basta señalar que la doctrina que se ha ocupado del problema objeto de nuestra investigación, reconoce de manera más o menos constante, la presencia de estos dos componentes del supuesto de la apariencia (aún cuando no hayan sido sistematizados —como lo hacemos nosotros— en un elemento objetivo y uno subjetivo). En este sentido, pueden consultarse, entre otros, a: D'AMELIO (Mariano), Apparenza del Diritto, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, U.T.E.T., terza edizione. Vol. I, 1968, págs. 714 y ss., CECCHERINI (Grazia), Il principio di apparenza secondó la giurisprudenza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Anno XXX, I, núm. 2 Giugno, 1977, págs. 876 y ss. FALZEA, *Apparenza, op. cit.*, págs. 39-84. BIGLIAZZI (Gina), *Istituzioni di Diritto Civile*, Parte Generale, Fotocopias, S.E., S.F., pág. 181, cap. X. CARIOTA FERRARA (Luigi), *Il negocio giuridico nel Diritto Privato italiano*, Napoli, Morano Editore, SE y SF, págs. 66-68, principalmente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

un problema de apariencia en sentido propio. Se trata de una relación patológica de manifestación por señales en la cual, un conjunto de fenómenos materialmente presentes permite inferir como real, sin serlo, la situación jurídica de un sujeto determinado. Se trata en todo caso, de la atribución de un efecto de Derecho a sujetos específicos que, en virtud de una relación de significación social defectuosa, parece existente sin que la haya en realidad.[53]

38. ii) En el concepto arriba señalado, podemos en todo caso descubrir tres elementos claramente diferenciados: uno material y directamente presente, otro no material ni directamente presente y, finalmente, una ilación lógico-jurídica establecida entre ambos. El primero es siempre de carácter fenomenológico: se trata de la situación de hecho generadora de apariencia; el segundo (de naturaleza inmaterial y presente indirectamente, por alusión), es la situación jurídica; y el elemento que los vincula, es la relación de manifestación patológica en virtud de la cual el segundo adquiere un carácter aparentemente real. Se comprende, por tanto, que desde el punto de vista formal, la apariencia no se diferencia en nada de un esquema ordinario de manifestación.[54]

39. iii) Ahora bien: todo esquema de manifestación, puede ser analizado según puntos de vista subjetivos y objetivos. Desde el primer ángulo, el estudio se remite una consideración de elementos propios del siquismo humano, especialmente volitivos (llegándose por este camino a la valoración de los fines del sujeto)[55] y cognoscitivos (en donde cobra vigencia el problema del error).[56] Desde la segunda perspectiva, se propone una superación del mero análisis de los sujetos individuales, en favor de la adopción de dos criterios: i.—el de la valoración de los problemas de manifestación según parámetros de significación social y ii.—el criterio del "hombre medio", en la consideración y ponderación de cada circunstancia en particular.[57]

40. Así, por tener el esquema de una relación de manifestación, es lícito en vía de principio, hablar de apariencia en sentido subjetivo y objetivo. Desde el primer punto de vista, dos son las posiciones que, en general, pueden encontrarse en la doctrina. Por un lado, se reduce el problema a un caso de dis-

---

53. Se trata de una definición de lo que es la apariencia a nivel estrictamente estructural objetivo. En un estudio por institutos, según el método que nos hemos propuesto, debe darse también una definición funcional, extraída de la síntesis omnicomprensiva de calificaciones particulares de las normas homogéneas por el objeto regulado. Esta definición se dará en el capítulo cuarto de la obra. Finalmente, el concepto "global" de apariencia se obtendrá de la unión del concepto estructural y del funcional. Otra definición estructural, es la de FALZEA, Apparenza, *op. cit.*, pág. 45, quien la define como una "situación de hecho que manifiesta como real una situación jurídica no real".

54. FALZEA, *op. cit., supra*, nota 2, pág. 22.

55. El elemento volitivo y el teleológico están estrechamente relacionados "En la volición hay una acción implícita o conación y una acción explícita o acción propiamente dicha. La acción implícita comprende los aspectos subjetivos desde que surge el deseo de actuar, se cristaliza en un propósito (fin —lo escrito entre paréntesis es nuestro—) y éste se concreta en una decisión. La conación es la necesidad urgente que tiene la personalidad de expresarse y contiene componentes afectivos e institutivos, aunque le falta el grado de conciencia habitual en la acción explícita. Los efectos y la conación explícita es la exteriorización del acto propiamente dicho, con la ayuda de los sistemas neuromusculares". Ver así, VARGAS ALVARADO (Eduardo), *Medidina legal, compendio de ciencias forenses para médicos y abogados*, San José, Costa Rica, Lehmann Editores, tercera edición, 1983, pág. 324. Analizar el esquema de manifestación, desde un punto de vista teleológico, presupone en la teoría del negocio jurídico, analizar la intención del manifestante (en sentido lato) para determinar a) si la manifestación pretendía revelar única y exclusivamente la voluntad y b) si la manifestación fue puesta en existencia con el único fin de que siendo divergente con la voluntad interna y real, causara confusión a terceros. Para la teoría de la apariencia, analizar teleológicamente el esquema de manifestación, presupone estudiar el comportamiento del agente, a fin de determinar si su intención fue la de crear una situación de hecho generadora de apariencia.

56. El error, aunque se estudia en la teoría de negocio jurídico, con relación al tema de la voluntad, es esencialmente un problema del conocimiento. Ver así, por ejemplo: OSPINA FERNÁNDEZ (Guillermo) y OSPINA ACOSTA (Eduardo), *Teoría de los actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Editorial Temis, segunda edición, 1983, pág. 187. FALZEA, Apparenza, *op. cit.*, pág. 47 ha dicho que el esquema puede ". . .ser aplicado sobre el plano subjetivo y ser interpretado subjetivamente. En efecto, en el lenguaje común, la voz apariencia denota un fenómeno subjetivo, una situación análoga, sino idéntica, a la situación subjetiva del error".

57. ". . .en el fondo, la manifestación objetiva de que se habla se levanta sobre una realidad que no es nunca meramente material: la realidad de un hecho social humano y más específicamente de una relación de significación socialmente apreciable, que se sustrae en gran medida de las apreciaciones individuales de los singulares objetos". Así, FALZEA, *Apparenza, op. cit.*, págs. 48-49.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tribución de responsabilidades intersubjetivas que puede resolverse, en última instancia, de conformidad con las reglas de la buena fe.[58] La otra tesis, sostiene que la apariencia es una hipótesis de error.[59] La teoría objetiva, sin pretender ignorar la importancia del momento subjetivo,[60] conduce a una valoración diversa de la situación. El problema se plantea aquí no en términos de sujetos individualmente considerados, sino según un punto de vista "social", en donde el énfasis recae en el estudio de la relación de manifestación aparente, como un problema de significación social. En otros términos, habrá apariencia, no cuando un sujeto quiere que exista o cuando otro cree que la hay, sino solo cuando una relación de significación socialmente apreciable denota, objetivamente, el hecho por el cual un fenómeno manifiesta como real a otro que no lo es.[61]

41. Por varias razones, la adopción de un criterio objetivo de apariencia se impone. En primer lugar, el análisis subjetivo se revela incompatible con una adecuada técnica jurídica.[62] Tanto es así, que la actual teoría de la manifestación —de la cual, según vimos, es tributaria la teoría de la apariencia— admite casi sin discusión el carácter objetivo de la relación de significación en que ella consiste.[63] Además, los teóricos del negocio jurídico usan también un criterio objetivo al distinguir, entre la voluntad —que es subjetiva y al fin de cuentas, un fenómeno del siquismo humano— y su manifestación, que es objetiva, socialmente apreciable.[64] Por otra parte, el hecho, de que en la manifestación no todos sus términos sean materiales, no implica que venga a menos su carácter objetivo, a no ser que se quiera confundir la materialidad con la objetividad. En la objetividad de la manifestación precisa distinguir, entonces, el elemento objetivo-material (o elemento manifestante), del elemento objetivo-inmaterial (o elemento manifestado) y la relación de manifestación (que es objetiva en términos de apreciación.[65] Por tanto, de conformidad con los ejemplos arriba expuestos, queda demostrado que, en el estado actual de los estudios, el criterio subjetivo de la manifestación es inadecuado y que su aplicación a la teoría de la apariencia debe ser superado. Se trata entonces, de interpretar a la apariencia en términos objetivos y de integrar el momento o momentos subjetivos en el esquema objetivo a fin de otorgarles la justa relevancia que les corresponde.

42. Finalmente, se debe señalar que, cuando el legislador recoge a nivel normativo el problema que hemos analizado, para darle el tratamiento que juzgue oportuno a fin de asegurar la tutela de los intereses sociales en juego, tendremos un supuesto de hecho de apariencia. Este, por su propia naturaleza, plantea especiales problemas teóricos.

B) Apariencia y supuesto de hecho.

43. Precisa distinguir ahora, en el concepto de

---

58. Así, por ejemplo, ver: PUGLIATTI (Salvatore), *La trascripzione*, Milano, Giuffrè Editore, 1957, págs. 257-258, quien al respecto señala que: "Los que sostienen el principio de la apariencia elevan la buena fe a elemento lógico de la especie fáctica, por una consideración obvia: quien de mala fe conoce la realidad no puede invocar una tutela basada en la apariencia. De aquí se sigue que el centro de atribución de la tutela jurídica deviene la buena fe: así conviene hablar sin más de tutela de la buena fe, más bien que de la apariencia".

59. Así por ejemplo: MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, págs. 136-137, citado por PUGLIATTI, *op. cit.*, pág. 254.

60. Así, FALZEA, Apparenza, *op. cit.*, págs. 47-48. La teoría objetiva, por su parte, no pretende ignorar la importancia de los momentos subjetivos (error, buena fe, etc.) sino que pretende integrarlos en una sistemática en la cual tenga el lugar que les pertenece y no más. Incluso se ha dicho —desde otra perspectiva— que: Las controversias sobre la interpretación subjetiva y objetiva del negocio jurídico no pueden hacer dudar de la relevancia, en la disciplina del Instituto, de vastos temas subjetivísticos. . .". Así, FALZEA, (Angelo), Manifestazione (Teoria Generale) *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1975, vol. XXV, pág. 465. El problema de las relaciones entre error y apariencia, será estudiado en el capítulo siguiente.

61. Así, FALZEA, *Apparenza, op. cit.*, pág. 50.

62. Esto es así, en virtud de que el subjetivismo por lo general, ignora la estructura autónoma de la apariencia y la reduce a elementos subjetivos de difícil determinación. Ver así SCALISI, *op. cit., supra*, nota 1, pág. 24.

63. Siendo el esquema de la manifestación valorado por la moderna doctrina en términos netamente objetivos, es correcto que lo mismo se haga con los problemas de apariencia, dado que, según lo vimos, ésta no se diferencia en nada de un esquema ordinario de manifestación —claro está, desde el punto de vista estrictamente formal—. Así, SCALISI, *op. cit., supra*, nota 1, pág. 24. También FALZEA, Apparenza, *op. cit.*, págs. 48 y ss.

64. Esta es otra prueba indudable de que el esquema general de la manifestación es interpretado modernamente en términos claramente objetivos.

65. Así, si bien, el esquema de significación social en que consiste toda manifestación, —y por tanto los problemas de apariencia— es objetivo, no puede decirse que todos sus componentes sean materiales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

apariencia, a) lo que puede constituir el contenido jurídicamente relevante de su supuesto normativo; b) correlativamente, es necesario determinar cuál es la justificación estructural, de la tutela jurídica que se le otorgue a tal contenido.

44. a) La determinación del contenido relevante de la proposición normativa condicional, presupone la remisión al concepto de especie fáctica, de la cual se han propuesto numerosas acepciones a nivel doctrinal. Etimológicamente, el término proviene del latín *facti Specie* que significa figura, imagen, especie del hecho.[66] Designa, desde este aspecto, aquello que ejemplifica o sirva de paradigma de un fenómeno determinado. Al pasar al terreno jurídico, se ha usado el concepto en otros sentidos. Se señala con este término, según una dimensión estrictamente procesal, a la parte de la sentencia en la que se expone el hecho y los términos del conflicto, lo que en nuestro Derecho equivale al "resultando". También se ha utilizado en el sentido en que la doctrina penalística alemana usa el concepto de *Tatbestand.*[67]

45. Algunos autores equiparan el concepto de especie fáctica al de hecho jurídico y, por esta vía, se le considera en función meramente causal.[68]

46. Una más moderna formulación doctrinal, mantiene siempre la idea de la especie fáctica relacionada a la idea de la causalidad, aunque distingue entre la posibilidad de que el término se refiera a la realidad concreta o la normativa.[69] En realidad, en el fondo del problema se encuentra una genuina disputa, ya que con el mismo nombre se trata de designar dos problemas distintos: el del hecho y el del supuesto de hecho. El concepto de especie fáctica se ha considerado comprensivo de ambos, circunstancia de la cual se deriva toda la confusión doctrinal. Ciertamente entre el hecho y el supuesto de hecho existen diferencias que no conviene olvidar. En tanto el primero es concreto y supone la presencia de un sujeto real, portador de un interés actual que requiere la tutela del ordenamiento jurídico, el segundo es tan solo abstracto y por tanto el interés se encuentra en él enunciado de manera potencial, como hipótesis que carece de una determinación actual e inmediata. El supuesto es, por tanto, la hipotización del hecho.[70]

47. La distinción entre los hechos y los supuestos, puede verse claramente si se considera que, mientras que los primeros pueden ser analizados tanto desde un punto de vista causal como efectual (e incluso, pueden darse hechos a los que no les corresponda una determinada eficacia jurídica —entendida— en sentido estricto), los segundos solo pueden ser comprendidos (dentro de una específica relación de condicionalidad normativa), en función estrictamente condicionante.

48. La doctrina moderna, con algunas excepciones, considera el término especie fáctica como sinónimo de supuesto de hecho.[71] Es, por tanto, el contenido abstracto de la proposición jurídica condicionante; el conjunto de fenómenos que condicionan de manera abstracta al efecto jurídico.

49. Establecida la diferencia entre el hecho y el supuesto, precisa determinar ahora la manera en que el uno se relaciona con el otro para, finalmente, comprender claramente qué es lo que puede constituir el contenido jurídicamente relevante de una proposición jurídica condicional.

---

66. Así, CATAUDELLA (Antonio), Fattispecie, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, vol. XVI, 1967.

67. "La palabra *Tatbestand* es en alemán un sustantivo compuesto de *Tat* (hecho) y *Bestehen* (consistir). De modo que el *Tatbestand* de un delito, por ejemplo, hurto, es aquello en que el delito consiste, su esencia o conjunto de elementos que lo constituye". Ver así: CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco). San José, Tesis para optar por el título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1967, pág. 13. Por esta vía, el *Tatbestand* pasa a ser sinónimo de supuesto de hecho. Así, PÉREZ VARGAS (Víctor), *Los hechos jurídicos*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1979, pág. 13, nota 13. Sin embargo debe señalarse que, originariamente para una dirección doctrinal, el *Tatbestand* fue empleado como sinónimo de hecho jurídico. A: MAIORCA (Carlo), Fatto giuridico-Fattispecie. *Novissimo Digesto italiano*, Torino, U.T.E.T., terza edizione, 1968, pág. 113.

68. Sobre el tema, ver CATAUDELLA, *op. cit.*, pág. 927, quien señala que "La doctrina tradicional, define la especie fáctica como. . . causa de efectos jurídicos.

69. Cuando el término es usado ". . .para designar la causa de los efectos jurídicos, puede ser referido a la realidad concreta o bien a la abstracta formulación normativa; de aquí la necesidad de una neta distinción entre especie fáctica concreta y especie fáctica abstracta". CATAUDELLA, *op. cit.*, pág. 927.

70. PÉREZ VARGAS, *Los hechos jurídicos*, *op. cit.*, págs. 13-15.

71. PÉREZ VARGAS, *Los hechos jurídicos*, *op. cit.*, pág. 13, nota 13.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

50. La realidad que se contempla de manera abstracta en un supuesto de hecho, es siempre de carácter social. Su naturaleza deriva del complejo juego de la causalidad social. La realidad sustancial, es decir, los fenómenos materialmente considerados, son la base sobre la que se elabora la norma. Esta, por su parte, le da forma a la realidad material,[72] hipotizándola en supuestos específicos y asignándole una determinada calificación jurídica. Si comprendemos que la naturaleza del Derecho, desde la óptica meramenre normativa, es exclusivamente formal,[73] podremos entonces decir que, en última instancia, las relaciones entre el supuesto de hecho y el hecho, se reducen a las relaciones entre la forma y la materia. Un supuesto de hecho (que es una realidad jurídica formal) no referido a un hecho o fenómeno específico (realidad jurídica sustancial) es del todo impensable, un sinsentido incluso, una contradicción en los términos. Paralelamente, si bien los fenómenos son lógica y temporalmente anteriores a la realidad jurídica formal o normativa, solo adquieren carácter jurídico en el momento en que son contemplados en el supuesto de hecho de una norma. Un fenómeno es jurídico, porque su potencial realización ha sido prevista de manera abstracta en una norma de Derecho, como susceptible de afectar o revelar determinados intereses jurídicos. El legislador, previo análisis de la realidad, selecciona, entre el amplio panorama de los fenómenos, aquellos que pueden incidir en los intereses que la comunidad considere relevantes en un momento determinado y les asigna, de conformidad con la valoración que les otorgue, la calificación jurídica que juzgue oportuna para tutelar los intereses por ellos revelados.[74]

51. Se comprende, de lo dicho hasta el momento, que el contenido de un supuesto de hecho (en virtud de las relaciones entre el aspecto formal y sustancial del Derecho), solo puede ser un fenómeno cuya potencial realización incida en intereses que el ordenamiento, según criterio de carácter social, considere merecedores de tutela. Solo los fenómenos en que se manifiesta un interés, son contemplados en las proposiciones condicionales de las normas de Derecho. De manera paralela, puede afirmarse también que los intereses se relacionan siempre —y necesariamente—, con un fenómeno y por tanto en última instancia, con la esfera de la realidad.[75] Por tanto, la irrealidad, la ficción, no puede ser por sí sola merecedora de tutela jurídica, debido al hecho de que no puede portar intereses jurídicamente relevantes. Lo irreal, entra en contacto con el mundo del Derecho en el momento en que se relaciona de alguna manera con el mundo de los fenómenos; sin embargo, en este caso, lo tutelado será el interés revelado en la situación fáctica concreta, no la irrealidad en sí y por sí. Pretender lo irreal, como objeto de la tutela jurídica, implicaría en el fondo, postular, a nivel formal, una doble realidad como objeto de calificación jurídica: a) aquella que de conformidad con las leyes jurídicas es potencialmente capaz de portar intereses jurídicamente relevantes y b) aquella que de conformidad con esas mismas leyes carece de esa posibilidad por ser, contradictoriamente, pura apariencia.[76] En consecuencia, la sola apariencia de la realidad, por más que se la califique de jurídica, no puede ser nunca por ella misma objeto de calificación o valoración. Lo que constituye el contenido tutelado por el Derecho en las hipótesis de apariencia no es, por tanto, lo que hemos denominado el "elemento manifestado", que es tan solo aparentemente real. Este elemento, entra al mundo jurídico solo porque un fenómeno o conjunto de fenómenos lo hace aparecer como real. De esta

---

72. Por este hecho, la realidad material, se torna a su vez una realidad jurídica, es decir, ontológica —y axiológicamente—, existente para el Derecho. La hipótesis de que la realidad material es siempre a su vez una realidad jurídica, conduce a un "panjurismo" que algunas posiciones filosóficas, sociológicas y jurídicas, consideran hoy día superado. Sobre el punto, puede consultarse a: CARBONNIER (Jaen), *Derecho flexible*, Madrid, Editorial Tecnos, segunda edición, 1974, págs. 31 y ss.

73. La simple norma, es también una realidad jurídica, pero tan solo de naturaleza formal. Esto es así, dado que si bien ontológicamente tiene supuesto en el ordenamiento, no es portadora por sí sola de los intereses que constituyen, en última instancia, la parte sustancialmente relevante del Derecho.

74. Calificación que, como dijimos anteriormente, puede consistir en la atribución específica de relevancia o de plena eficacia. Ver así: PÉREZ VARGAS, *Existencia y capacidad de las personas*, *op. cit.*, *supra*, nota 18.

75. Que el interés tiene un marcado carácter real, es afirmado por FALZEA, *Efficacia Giuridica*, *op. cit.*, págs. 234 y ss.

76. Así, PUGLIATTI, *op. cit.*, pág. 253. Además, puede consultarse: PUGLIATTI (Salvatore), *Conoscenza, Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, vol. IX, 1961, pág. 89, quien al efecto señala que: "Un principio general de tutela de la apariencia (adecuado a la expresión *Rechtsschein ist alles)* debería ser formulado en los siguientes términos: el ordenamiento jurídico (debe tutelar y) tutela únicamente la apariencia, (no la realidad). Principio injustificable en su formulación, además que desconcertante y ambiguo, pero sobre todo desmentido por la experiencia".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

manera, debemos considerar que lo que es relevante para el Derecho es la situación de hecho, en tanto que se manifiesta apta para crear esa apariencia de realidad en lo que respecta al término manifestado.[77] No hay fuerza alguna, en el mundo del Derecho, capaz de legitimar la apariencia, en términos de transformarla en una auténtica realidad desde el perfil jurídico formal.

52. b) La apariencia se da, por definición, en un conjunto de fenómenos a los cuales les falta "algo" para producir el efecto jurídico típico. Por tanto, podría creerse que, en virtud de esta circunstancia, todo supuesto de apariencia debería estar excluido de una específica calificación jurídica: si lo que parece real, no existe efectivamente, nunca podrá integrarse el hecho con todos los elementos que requiere el supuesto y la eficacia, en consecuencia, quedaría impedida por esta razón. Esto, sin embargo, no es así. Toda hipótesis de apariencia recibe calificación jurídica por parte del ordenamiento, siendo contemplado de manera abstracta como supuesto de cuya realización dependerá la producción de una específica eficacia jurídica. Ahora bien, las normas tienen, por lo general, una *ratio essendi*, una específica fundamentación[78] que ampara su inclusión en el ordenamiento jurídico. Una correcta inteligencia de las relaciones entre el hecho y el supuesto de hecho, nos permitirá determinar qué es, a nivel estructural, lo que constituye la justificación de la tutela que se le brinda, a los casos de apariencia. Para ello, se debe recurrir a la teoría de las conexiones externas de las figuras jurídicas.[79]

53. Según lo dijimos en su oportunidad, un hecho es hipotizado en una norma cuando el legislador estima que su potencial verificación afectará determinados intereses. Por ello, cuando un fenómeno coincide plenamente con el supuesto de hecho que lo contempla, se hace acreedor a una determinada calificación que consiste en la relevancia o la eficacia que el Derecho le asigna, según que solo estén presentes fácticamente los elementos necesarios para que se revele parcialmente el interés digno de tutela o el conjunto de circunstancias necesarias para que se complete el supuesto y el interés quede determinado de manera completa.[80] Sin embargo, puede que el hecho no se ajuste al supuesto. En esta coyuntura, pueden suceder dos cosas: i) puede suponerse que del conjunto de los fenómenos sociales emerjan algunos que vengan a completar el cuadro fáctico previsto en el supuesto: en este caso se tratará de un supuesto en vía de integración y tan solo cabrá esperar que se complete el proceso para que los fenómenos alcancen algún grado de calificación jurídica y ii) puede suceder, finalmente que exista un defecto de tal magnitud que la posibilidad de que se integre normalmente el hecho en su supuesto, quede excluida. Aquí, dos son también las posibilidades con que contamos: i) que el hecho no haya alcanzado un desarrollo

---

77. En este sentido, PUGLIATTI, *Conoscenza, op. cit.*, pág. 90, señala que: "Si se desea, pues, considerar este concepto atentamente, se deberá arribar a esta conclusión: que no se puede hablar, legítimamente, . . .de tutela de la apariencia, sino más bien de tutela de particulares intereses en relación con datos objetivos, reales, es decir, de una realidad jurídica como todas las otras". Vale hacer notar, que el hecho de que la apariencia, —entendida como la ficción o irrealidad— no sea tutelada, no implica que la apariencia, como instituto jurídico, deba ser eliminada del Derecho por ser ambigua e incierta su apreciación. Casualmente, de la falta de distinción entre los dos significados de apariencia aquí apuntados, deviene parte de la confusión doctrinal y la actitud de rechazo que algunos autores muestran en lo que a la admisión de la apariencia se refiere.

78. Se trata de la razón de ser material, es decir, de la fundamentación sustancial, que en última instancia es el resolver un determinado problema práctico.

79. Las figuras jurídicas son de dos tipos a) primarias (casual o condicionante) y b) secundarias (o efectuales). En cada una de ellas, pueden darse específicas conexiones. Así, por ejemplo, a nivel interno, en la figura jurídica primaria, se dan conexiones entre los elementos principales (causas de eficacia) y los secundarios (concausas de eficacia). A su vez, y siempre a nivel interno, en la figura jurídica secundaria, las conexiones se establecen entre el componente de hecho y el componente de valor del efecto jurídico. "Las conexiones externas de las figuras jurídicas son admisibles a partir de dos presupuestos esenciales: la ambivalencia de toda figura efectual y la eficacia de toda situación de hecho que revele la existencia actual de un interés jurídico. Por el primero de estos presupuestos toda situación jurídica (efecto concretizado en un sujeto) puede llegar a formar parte —en virtud de otra previsión normativa— de una diversa figura jurídica primaria, bastando para ello, según el segundo postulado, que sirva para revelar la existencia de un interés jurídico que exige satisfacción". Así, PÉREZ VARGAS, *Los hechos jurídicos, op. cit.*, pág. 25.

80. "Mientras no es completada y reintegrada en la totalidad del ordenamiento jurídico, la especie fáctica parcial no es capaz de expresar plenamente el interés tutelado por el Derecho ni puede producir sus efectos típicos y fundamentales. Pero, si bien es incapaz de portar consigo el interés del sistema jurídico entero, indica ya al menos un núcleo central de intereses que, cuando en el proceso de reintegración llegue a completarse o no contraríe a otros intereses prevalentes es capaz de ameritar o exigir la tutela del Derecho". Así, FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, pág. 304. A la especie fáctica parcial le corresponde por tanto, la relevancia y a la especie fáctica completa, la eficacia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

suficientemente amplio para mostrar o revelar —aunque sea parcialmente— un interés relevante para la comunidad y ii) que a nivel fáctico, se revele un interés que requiere ser tutelado. En el primer caso, los fenómenos que se hayan verificado no alcanzará un carácter jurídico. Se tratará de realidades materiales no jurídicas. En el segundo caso, por el contrario, la mera existencia de un interés (revelado aunque sea de manera parcial o incompleta), exigirá del Derecho una específica calificación.[81] Toda situación de hecho que manifieste de alguna manera la presencia de un interés socialmente relevante, postula la necesidad axiológica de su calificación. Esta exigencia puede satisfacer de tres maneras distintas: i) puede que el hecho guarde similitud con algún otro contemplado abstractamente en un supuesto del ordenamiento y entonces quedará equiparado a él;[82] ii) puede ser que concurran circunstancias anormales que suplan artificial y parcialmente la ausencia de los elementos faltantes, en términos de permitir que el hecho se equipare al supuesto al que debió asimilarse, en la medida necesaria para que quede protegido el interés relevante en el caso concreto y iii) finalmente, si el vicio es tan significativo como para impedir que el interés se tutele mediante la calificación autónoma del fenómeno o fenómenos en cuestión (por los dos medios antes enunciados), el hecho pasará a formar parte, en general, de otro supuesto de hecho en el que conjuntamente con otros elementos recibirá la calificación que protegerá de manera genérica, el interés que porta. Estas tres hipótesis de conexiones, entre figuras jurídicas, pueden reducirse a dos: casos de equiparación de las figuras jurídicas primarias hipótesis i) y ii) y casos de composición de las figuras jurídicas primarias (hipótesis iii).

54. En los casos en que la norma tiene como supuesto, la hipótesis de una situación de hecho que revela como real a una situación jurídica irreal, en virtud de una relación de significación social patológica, la tutela de los intereses se asegura determinando la irrelevancia del elemento faltante o excedente del cual la apariencia (de su existencia) sería su equivalente jurídico.[83] Se comprende entonces que, (en los casos típicos de apariencia), la tutela del contenido jurídicamente relevante de la proposición normativa condicional se asegura en virtud de una equiparación del hecho al supuesto, gracias a la concurrencia de circunstancias anormales que suplen los elementos faltantes de manera artificial.

Finalmente, puede afirmarse que en todos aquellos casos en que el hecho se verifica faltando uno de los elementos para que devenga incondicionada la valoración, pero con la concurrencia de otros datos que contribuyen a dar la apariencia de que el supuesto está totalmente integrado, el ordenamiento jurídico se inclina, en la medida de lo posible, por la adaptación de la realidad jurídica (contemplada de manera formal en el supuesto) a la realidad jurídica material (revelada en el mundo fenomenológico portador de intereses socialmente relevantes). Por ello, en realidad, la justificación estructural de la tutela que se le otorga a los casos de apariencia —tal y como se ha entendido— se reduce a un problema de adaptación de la forma a la sustancia.[84]

---

81. Así, PÉREZ VARGAS, *Los hechos jurídicos*, *op. cit.*, *supra*, nota 2, pág. 46.

82. En rigor, la hipótesis es un caso de analogía.

83. Así, PUGLIATTI, *La trascripzione*, *op. cit.*, pág. 253. Debe señalarse que la apariencia recupera, parcialmente, la especie fáctica defectuosa, solo en función del interés del tercero. No se trata entonces de una equivalencia total, sino tan solo parcial entre el elemento faltante y la apariencia de su existencia. Una total analogía, sanearía por completo el supuesto defectuoso. FALZEA, Apparenza, *op. cit.*, pág. 79, considera que ". . .el fenómeno de la apariencia no puede explicarse recurriendo al principio de los hechos equivalentes. El rígido mecanismo de la subrogación legal de elementos de la especie fáctica no refleja el modo de operar del fenómeno de la apariencia". En nuestra opinión, la crítica de Falzea se puede mantener únicamente si se ignora la diferencia que existe entre las dos hipótesis de equiparación de las figuras jurídicas primarias que distinguimos en el numeral 44. Así, en tanto la hipótesis i) implica una equiparación total, la hipótesis ii) conlleva tan solo a una equiparación parcial. En rigor, los casos de apariencia se subsumen en la última de estas hipótesis e implican, evidentemente, una equiparación parcial entre el elemento faltante y la apariencia de su existencia.

84. Sobre el principio de adaptación de la forma a la materia —o de "adaptabilidad del efecto"—. Ver FALZEA, *Efficacia giuridica*, *op. cit.*, págs. 244 y 246. Debe repararse, por su parte, en el hecho de que el que hayamos configurado los problemas de apariencia como hipótesis de equiparación de figuras jurídicas primarias, específicamente, aquellas en que circunstancias "anormales" suplen artificial y parcialmente la ausencia de los elementos faltantes en un determinado supuesto, tiene una particular importancia, cual es la de poder afirmar, consecuentemente, que la especie fáctica de la apariencia no es una autónoma, sino que está siempre en relación con otra especie fáctica; precisamente, la de un negocio jurídico en el cual uno de los negociantes acusa un defecto en su situación jurídica. La apariencia, tiene una estructura propia y un supuesto propio; no obstante, este último no puede ser considerado con independencia del supuesto de un negocio jurídico imperfecto. Esto ha sido reconocido por FALZEA, Apparenza, *op. cit.*, pág. 77.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

SECCIÓN II: Problemas específicos:

A) Estudio del elemento manifestante:

55. Precisa determinar en este punto, las siguientes cuestiones: a) el concepto de elemento manifestante (globalmente considerado) y b) las características de sus componentes, contemplados de manera individual.

56. A) En la teoría del negocio jurídico, en un principio, la voluntad jugó el papel de elemento manifestado y la declaración, el de elemento manifestante. Posteriormente, el descubrimiento de que en ocasiones la declaración puede estar ligada a fenómenos del siquismo humano diversos de la voluntad, permitió que la idea de elemento manifestado se ampliara hasta incluir al sentimiento y al conocimiento. En adelante, la doctrina admitió que las declaraciones podían ser no solo de voluntad, sino también de ciencia y sentimiento.[85] El desarrollo de este proceso concluyè en la afirmación, de que, en realidad, el elemento manifestado puede ser todo aquello que pueda tener un interés relevante para el Derecho, sea o no un fenómeno aislado.[86] Contrariamente, en lo tocante al elemento manifestante, la doctrina ha mantenido una posición menos flexible. Aquí, el papel que se le asigna a la conducta humana y, en definitiva, a los comportamientos, sigue siendo preponderante. Así, si bien, hoy se reconoce que el comportamiento manifestante puede ser no solo simbólico (como se afirmó en una época) sino también manifestativo en sentido estricto, no se admiten todavía, dentro del concepto de elemento manifestante, otros fenómenos diversos de los comportamientos.[87]

57. Una superación de este planteamiento, se hace indispensable para un correcto entendimiento del problema que se plantea en los casos de apariencia. Ya los mismos autores que acogen la tesis de la reducción fenomenológica del elemento manifestante en términos de comportamientos, admiten, en principio, que nada impide que se hable de manifestación en relación con fenómenos distintos de las iniciativas humanas. Si se habla de manifestación en términos tan estrechos, es entonces tan solo con el propósito de sacar consecuencias metodológicas aplicables sistemáticamente a los problemas que plantea el negocio jurídico.[88] Por otra parte, es claro que desde el punto de vista semántico, no existe razón suficiente para considerar que el concepto de significante sea sinónimo de comportamiento.[89]

58. Ahora bien, según lo señalamos en su oportunidad, el elemento manifestante en la hipótesis de apariencia es siempre una situación de hecho que revela como real, una situación jurídica que no lo es. Por definición, una situación no es un fenómeno aislado, sino un conjunto de elementos que conforman todos, un específico estado de hecho.[90] Se ha dicho que, así como un nombre (propio o común) denota siempre un fenómeno concreto y aislado, una proposición se referirá a caracteres globales del universo lógico que se considera y por tanto, en última instancia, a una situación.[91] En consecuencia, desde un punto de vista fenomenológico es impropio considerar que el elemento manifestante de la apariencia, pueda reducirse a un único dato aislado. Es imposible reducir una situación de hecho, que es una realidad compleja, a uno solo de sus componentes. Quienes así lo hacen, se dejan seducir por la dirección doctrinal que asimila, todo caso de manifestación, a un problema de comportamiento y que aquí criticamos por no guardar relación con la realidad de las

85. Así, FALZEA, *Manifestazione, op. cit.*, pág. 442.

86. *Ibíd.*

87. La manifestación, desde el punto de vista fenomenológico, se reduce al comportamiento. *Ibíd.*, pág. 443.

88. FALZEA, *Manifestazione, op. cit.*, pág. 442. Se comprende entonces que, si la circunscripción del concepto llega a parecer inadecuada, deberá ampliarse en los términos que la investigación lo exija, pues, en tal caso, habrá desaparecido la justificación de la delimitación conceptual impuesta anteriormente.

89. Según lo señalamos anteriormente (ver así, *supra*, notas 1, pág. 22 y 2, pág. 26) el problema de la significación es muy amplio y puede estar referido a objetos —como es el caso de los signos artificiales e iconográficos— o a comportamientos).

90. Ver así, FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, pág. 274, quien señala que: "Entendida en el sentido que venimos precisando, situación no es nunca un fenómeno aislado y parcial, una cosa o un grupo de cosas, un hecho o un grupo de hechos aisladamente considerados. Más bien es necesario pensar en una configuración global de fenómenos, un estado de cosas globalmente considerado, un estado de hecho completo. En el mismo sentido los ingleses hablan de *state of affairs* y los alemanes de *Sachverhalt*.

91. FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, pág. 274.

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

cosas, ni con las exigencias de un correcto planteamiento sistemático del problema. Si en los casos de apariencia, el elemento manifestante es una situación de hecho, es porque todos los elementos que lo integran conforman, en la circunstancia concreta, una unidad de significación.[92]

De esta manera al igual que al fenómeno simple y aislado le corresponde un significado concreto, a la entera unidad significante le corresponde un único y específico significado. Esto es posible, gracias a que los fenómenos que determinan la situación de hecho conforman, en la relación de significación social, una estructura que se diferencia claramente de sus componentes, sin que pueda ser por tanto asimilada a ninguno de ellos.[93] En síntesis, las hipótesis de apariencia contemplan un elemento manifestante complejo, que no se agota en fenómenos aislados e independientes, sino en complejos de significación en donde concurren simultáneamente fenómenos espaciales y temporales. Un determinado análisis demostrará que, en todo caso nos encontraremos necesariamente con un comportamiento atribuido a un sujeto concreto y eventualmente con uno o más objetos.[94] Puede ser que la situación de hecho se componga, en un caso específico, tan solo de un sujeto al que se le imputan uno o varios comportamientos. Basta tan solo que la situación sea idónea para crear esa relación de manifestación social-patológica en que la apariencia consiste. Sin embargo, en aquellos casos en que la situación fáctica contempla también objetos, el complejo de significación tiende a ser más perfecto y por tanto, a revelar una mayor aptitud para funcionar como unidad significante. Esto es así, debido a que son los fenómenos espaciales —sujetos y objetos— los que, gracias a su capacidad de permanencia en el tiempo, permiten ligar distintos fenómenos temporales unos con otros.[95] Así, entre mayores puntos de conexión existan, más cohesión interfenomenológica habrá y mayor será a su vez la unidad de significante. Advertimos entonces que sin estos puntos de conexión, el concepto de situación de hecho sería imposible.

59. b) Según lo señala la doctrina, la apariencia de la situación jurídica es fundamentalmente un problema del tráfico jurídico, que atañe por tanto, a la fase dinámica del Derecho, no a la estática.[96] La apariencia, entendida en su sentido técnico, recae en el momento en que se relacionan dos o más sujetos, a efecto de llevar a cabo una negociación que dé por resultado la transformación de sus situaciones jurídicas preexistentes. Hasta tanto no

92. No es el fenómeno aislado lo que va a revelar como existente sin serlo, la situación jurídica de otro sujeto, sino solo el conjunto de elementos que integran la situación de hecho y que actúan, en la hipótesis, como una unidad.

93. La idea de estructura, nos remite a una totalidad que, si bien no equivale a la suma de sus partes, no puede existir sin los miembros que la componen; los que, por su parte, no son homogéneos, sino de naturaleza heterogénea. La comprensión de una estructura, no puede obtenerse, por tanto, del análisis particular de cada uno de sus componentes aisladamente considerados. No parece, por tanto, aventurado aplicar el concepto de la *Gestalt* al problema que aquí analizamos.

94. Casos de complejos de significación, en el sentido que aquí lo entendemos, existen varios en el sistema jurídico costarricense. Entre muchos otros —que serán estudiados detenidamente más adelante, según se dijo anteriormente— podemos citar los siguientes: 1) artículo 481 del Código Civil (en adelante CC) in fine: es ejemplo típico el caso del mercader que vende una cosa robada en una feria o venta pública. Aquí una situación de hecho —en la que encontramos comportamientos, sujetos y objetos— se muestra como una unidad de significante para manifestar como real, la titularidad del bien que se vende por parte del mercader; 2) en un sentido similar, artículo 449 del Código Mercantil; 3) artículo 1287 del C.C. en tanto señala que "Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con tercero de buena fe. . .". Es fácil darse cuenta que, en este caso, también hay una situación de hecho —integrada por dos fenómenos cuando menos: sujetos y comportamiento— que, como complejo de significación revela como existente, sin serlo, la legitimación del mandatario para actuar a nombre y por cuenta del mandante.

95. Así, FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, pág. 272.

96. En este sentido, se manifiestan varios autores, entre los cuales podemos citar a los siguientes: FALZEA, *Apparenza, op. cit.*, pág. 39 (entre otros); 2) PIETROBON (Vittorino), *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista del Derecho Privado, 1971, pág. 254, quien señala que la doctrina plantea ". . .el problema de la apariencia jurídica y de su tratamiento, como problema de conflicto entre el principio de tutela de los derechos, en virtud del cual no puede realizarse transmisión o modificación alguna de derechos subjetivos sin una actividad o participación del titular, y el principio de la tutela del tráfico que se orienta, o parece orientarse, en sentido opuesto. Partiendo de esta distinción, el objeto de la fiducia, tutelada por el principio de la apariencia, puede concretarse con exactitud en una situación jurídica, que corresponderá generalmente a la (aparente) titularidad de un derecho, en particular de aquel derecho que es objeto de un acto de disposición". Por otra parte, mucho se ha hablado acerca del tráfico jurídico, pero son pocos los autores que han reparado en el estudio profundo y científico del concepto. Para precisar el concepto de tráfico jurídico, quizás sea útil remontarse a la terminología que, al respecto, se ha usado por parte de la doctrina que tiene sus primeras formulaciones en PERASSI (Tomaso), *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Cedam, terza edizione, 1967, págs. 56 y 58 ss. Este autor señala que hecho jurídico, en su signi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

se trate de ejercer el poder o de cumplir el deber en que se resume la situación jurídica que se manifiesta patológicamente, no habrá problema alguno de apariencia. Se trata entonces de algo que recae finalmente en un comportamiento. Por tanto, si bien los comportamientos no son los únicos fenómenos que cabe distinguir en el elemento manifestante, ellos tienen una particular importancia por ser los que facilitan el tráfico jurídico.[97] Además son los medios de que dispone el Derecho para satisfacer los intereses de la comunidad y las fuerzas sociales que permiten la efectividad de las valoraciones normativas.[98]

60. No es, entonces, cualquier comportamiento el que puede formar parte de la situación de hecho, sino solo aquel que esté dirigido al tráfico jurídico. Todos los demás deben entenderse, en principio, excluidos. Esta observación, nos permite aclarar con mayor precisión, la especie a la que pertenecen los aquí estudiados. Se ha dicho que los comportamientos pueden ser materiales o inmateriales, según que su estructura sea homogénea (relevándose totalmente en un tiempo y espacio bien determinados, y agotándose en su completa materialidad) o heterogénea, (por constar de un elemento material inmediatamente presente y una parte inmaterial, no presente inmediatamente, que es un significado preciso.[99] Los comportamientos también pueden ser *actuosos o inactuosos,* según que sean capaces de causar una inmediata y actual lesión o realización de los intereses jurídicamente relevantes.[100] No debe creerse que un comportamiento que sea calificado como inactuoso, no puede influir de alguna manera en intereses. Lo que sucede es que, en tanto los comportamientos *actuosos* se relacionan directa e inmediatamente con un específico interés, los inactuosos lo hacen de manera indirecta y mediata. No existe, por otra parte, una correspondencia entre los comportamientos materiales e inmateriales y los actuosos e inactuosos.[101] En general, los comportamientos

---

ficado más general, es todo acontecimiento o evento en cuanto es objeto de una valoración jurídica. Se encuentra, por tanto, considerado en relación con los efectos jurídicos que le atribuye el ordenamiento jurídico. Ahora bien: la variedad de los efectos que el ordenamiento liga a los hechos jurídicos, hace necesario que se les clasifique con base en el criterio de una uniformidad de efectos. Estas categorías son, en general, tres: a) hechos de producción jurídica (a los que les corresponde el nacimiento, modificación o extinción de normas jurídicas); b) hechos de comercio jurídico (que generan el nacimiento, modificación o extinción de obligaciones jurídicas o de derechos subjetivos o estados jurídicos subjetivos) y c) hechos de realización del Derecho (que producen, como su nombre lo indica, la realización del Derecho). Los hechos del comercio jurídico, se caracterizan por "tener efectos que se concretan respecto de personas determinadas. Son fuentes de derechos y obligaciones subjetivas no, de Derecho objetivo. En esta categoría entran los hechos en los que se manifiestan las relaciones jurídicas de los individuos en la sociedad", *ibíd.*, pág. 58. Para el autor, los hechos aquí analizados pueden dividirse en hechos de la naturaleza y hechos de las personas, que son dominados de manera más o menos general, por la característica de la voluntad. Los hechos de las personas, pueden ser a su vez lícitos o ilícitos según que se conforme o no con los valores generales del ordenamiento. Si se nos pide definir ahora lo que entendemos por tráfico jurídico, diremos que se trata de un hecho de comercio jurídico, llevado a cabo mediante acciones de sujetos determinados, —hoy diríamos comportamientos— de carácter lícito. Esta definición, conviene al significado etimológico del término: traficar proviene del italiano *trafficare,* que a su vez viene del latín *transficare,* que significa cambiar de sitio. En este sentido, ver: CABANELLAS, *op. cit.*, y *Diccionario de la Real Academia Española, op. cit.* En la terminología de FALZEA, el tráfico jurídico quedaría constituido por el conjunto de fenómenos a los que se les asigna una eficacia genéricamente denominada como "innovativa", esto es, que originan la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas. En aquellos casos en que se verifican fenómenos a los que se les asigna una eficacia "declarativa" se produce ciertamente una transformación, solo que se trata de una transformación interna (verificada dentro de la preexistente situación jurídica). Por tanto, en rigor no podríamos decir que hay aquí "movimiento", cambio de situaciones jurídicas de naturaleza externa. No hay por tanto tráfico jurídico. Pertenecen a este tipo de transformaciones, los hechos fortalecedores, debilitadores y especificadores de la situación jurídica en cuestión. Ejemplos de cada uno de ellos, son, por su orden, el reconocimiento de la deuda, la constitución de una hipoteca y las órdenes que da el patrono al trabajador en la ración individual de trabajo. Ver así: PÉREZ VARGAS, *Los hechos jurídicos, op. cit.*, pág. 39. Los fenómenos a los que les corresponde una eficacia preclusiva, no producen tampoco hipótesis de tráfico, pues a lo único que dan lugar es a una situación originaria de certeza. Solucionan tan solo el problema de la incertidumbre debida al tiempo (usucapión y prescripción) o debido a la controversia (sentencia y transacción). Es decir, no innovan ni conservan (o debilitan y especifican) la situación jurídica. Simplemente crean una nueva situación de certeza, que anteriormente no existía. Sobre el tema de las transformaciones jurídicas, ver FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, págs. 322 y ss.

97. Así, PERASSI, *op. cit.*, pág. 58.

98. Por eso es que el "componente de hecho del efecto jurídico" es siempre un comportamiento. Así, FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, pág. 289.

99. Así, PÉREZ VARGAS, *Los hechos jurídicos, op. cit.*, págs. 65 y 66.

100. *Ibíd.*, págs. 66 y 67. También FALZEA, *Manifestazione, op. cit.*, pág. 473.

101. Así, PÉREZ VARGAS, *Los hechos jurídicos, op. cit.*, pág. 67. Debe señalarse por otra parte, que los términos actuoso e inactuoso, no son castizos. Provienen de la traducción directa del vocablo italiano *attuoso*, que tampoco parece ser castizo. No obstante, el autor sugiere que se acepten a título de "neologismos", toda vez que su significado difícilmente puede lograrse a través del uso de palabras castellanas puras, tales como "actuante" o "inactuante".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

materiales son actuosos y los inmateriales inactuosos. No obstante, puede encontrarse casos en que un comportamiento inmaterial incida directamente sobre un específico interés, siendo por consecuencia actuoso.[102]

61. En la clasificación general que hemos transcrito arriba el comportamiento que se contempla en los supuestos de hechos de la apariencia, se cataloga como inmaterial, toda vez que está destinado a manifestar, junto con otros fenómenos, un elemento no materialmente presente. Se trata de un comportamiento significante en sentido estricto, esto es, no simbólico, en el tanto en que evoca al término significado en virtud de una relación de manifestación por señales. Por otra parte, como lo propio del tráfico jurídico es el producir transformaciones jurídicas, el comportamiento a él dirigido será siempre de naturaleza necesariamente actuosa, porque afecta directa e inmediatamente, intereses relevantes.

62. Ahora bien, un comportamiento no puede ser concebido sino en referencia a un sujeto determinado. Y como los problemas de apariencia —entendida en sentido estricto— están siempre relacionados con el tráfico jurídico, es menester distinguir en estos supuestos al menos dos sujetos: aquellos entre los cuales el tráfico se establece. Tenemos entonces al sujeto cuya actividad se incorpora a la situación de hecho generadora de apariencia y aquel que es afectado por esta circunstancia, creyendo que la situación jurídica del conegociante es real, sin que lo sea efectivamente. *Al primero,* lo denominaremos el "Agente" y al segundo, siguiendo una dirección doctrinal generalizada, "el tercero", que es, desde esta perspectiva, todo sujeto ajeno a la aparente situación jurídica en que se encuentra el agente a la hora de negociar.[103] Esta noción, es distinta del concepto de tercero que se tiene en la teoría general de las obligaciones y contratos, en donde el término designa a todo aquel que es extraño a una determinada relación jurídica.[104] En otros términos no es que el tercero sea ajeno al negocio que celebra con el agente, —porque ello sería imposible—, sino que es ajeno a la situación jurídica de aquél (manifestada aparentemente por la situación de hecho).

63. En lo tocante al objeto, se debe hacer una aclaración. Debe distinguirse entre aquel del que se dispone en el tráfico y aquel que se integra en la situación de hecho generadora de apariencia. En ambos casos, la función que cumplirá será diferente. En la primera hipótesis, se tratará de la cosa cuya propiedad se transmite o es objeto de algún gravamen determinado. En el segundo actuará como punto de vinculación de los diversos fenómenos que integran el elemento manifestante, contribuyendo a que se integren en una unidad de significación. Puede el objeto figurar en cualquiera de las dos posiciones, con tal de que sea lícito y por tanto, posible su inclusión en el tráfico. La ilicitud es una valoración legal negativa, que se incorpora a la naturaleza del bien y que lo acompañará en todas las vicisitudes por las que transite; esto, en virtud del deber de respeto a las leyes y al principio general de publicidad de que están acompañadas.[105] Por tanto, si un objeto ilícito se incorpora a la situación de hecho, su carácter contrario al Derecho se comunicará a la entera situación que desde el punto de vista jurídicamente relevante, perderá valor como unidad de significante.[106] En cambio, si la ilicitud es la del objeto de disposición, lo que sucederá es que tan solo en el caso concreto se impedirá que se apliquen las reglas de la apariencia,

---

102. Por ejemplo, los comportamientos que lesionan valores morales. Así, PÉREZ VARGAS, *Los hechos jurídicos, op. cit.*, pág. 67.

103. Así, PIETROBON, *op. cit.*, pág. 260, quien señala que "Los problemas de la apariencia van de este modo circunscritos al nacimiento de un estado de fiducia en la existencia de una situación jurídica que integra el presupuesto de la eficacia negocial o del acto jurídico, y respecto a la cual . . .toda persona distinta de su titular asume la posición de tercero".

104. Así, expresamente, BAUDRIT CARRILLO (Diego), *Teoría general del contrato,* San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1982, pág. 64.

105. Sin embargo, es más propio decir que "La ilicitud es la posibilidad jurídica del objeto del negocio, que debe valorarse a la luz no solo de la ley, sino de los principios de orden público y las reglas de la buena costumbre". PÉREZ VARGAS, *Elementos del negocio jurídico, op. cit.*, pág. 387. Vale decir que la ilicitud del objeto presupone siempre un comportamiento ilícito previo.

106. Es decir, aun cuando de una u otra manera, el sujeto fuere llamado a error en virtud de una específica relación de manifestación patológica, el caso no podría llegar a constituir una hipótesis de apariencia, entendida como instituto jurídico, dado que la ilicitud deriva siempre de normas imperativas (de rango legal o constitucional —las buenas costumbres se toman en cuenta solo porque así lo disponen la ley y la constitución—) que son de observancia obligato-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sin que esto prejuzgue acerca de la posibilidad de que en el futuro, la situación de hecho genere un auténtico caso de apariencia. En síntesis, la existencia de un contenido ilícito, hace desaparecer la presencia del interés relevante que justifica, según lo vimos en su oportunidad, la tutela que se le otorga al contenido jurídicamente relevante de los supuestos de apariencia.

64. Finalmente, debe decirse que dos son las razones por las cuales se excluye a los eventos como partes integrantes de las situaciones de hecho creadoras de apariencia. . . En primer lugar, desde el punto de vista dogmático, la apariencia se relaciona (según lo vimos) con el tráfico jurídico, plano en el cual nada tienen que ver los eventos. En segundo término, los eventos son fenómenos que se agotan en su acontecer y que cuando inciden sobre los intereses, originan por lo general, determinadas conductas que tienden a satisfacer la exigencia que plantea la presencia del interés afectado. Se comprende entonces, que desde el punto de vista de la teoría de la apariencia (que es un fenómeno que se manifiesta en la fase dinámica del Derecho) lo relevante será en última instancia, la conducta (aunque hipotéticamente pueda estar, de alguna manera, relacionada con un evento), y será ella la que forme parte de la situación de hecho en cuestión.

B) Estudio del elemento manifestado.

65. La palabra alemana *rechtsschein,*[107] ha sido traducida de diferentes maneras. Entre sus diversas acepciones, podemos citar las siguientes: 1) apariencia del Derecho; 2) apariencia de Derecho; 3) apariencia en el Derecho; 4) *Aparentia a iuris* y 5) apariencia jurídica. Todas ellas, implican de una u otra manera la idea de una confrontación entre lo que es la atribución efectiva de un efecto de Derecho a un sujeto y la atribución meramente ficticia que, en virtud de especiales circunstancias, parece real.[108] Por tanto, no es aventurado señalar que el desarrollo de esta idea —desde su formulación alemana— ha ligado el problema de la apariencia al de la situación jurídica. En este sentido, la apariencia es la apariencia de la situación jurídica. No obstante, la formulación expresa de esta noción no fue lograda inmediatamente, sino solo después de un largo trabajo doctrinal. Incluso hoy día se encuentra rodeada de ambigüedad e imprecisión. Por esta razón el estudio de la apariencia a nivel del elemento manifestado, debe dilucidar dos problemas: a) el de la determinación de lo que se debe entender por situación jurídica y b) el de precisar hasta dónde puede aplicarse coherentemente la noción de la apariencia a la situación jurídica.

66. a) El estudio de la teoría de la norma jurídica revela que, en principio, el término "situación jurídica" puede tener tres significados diversos. Dado que la estructura de la norma se compone internamente de proposiciones y que, en general, situación es el contenido de toda proposición, sería lícito considerar que situación jurídica es el contenido de toda proposición jurídica, sea que se trate de la proposición condicionante de la norma, de la proposición condicionada o bien, hipotéticamente, de la proposición generalísima en que consiste la

---

ria. Los casos de apariencia, presupone siempre un objeto lícito, tanto si juega el papel dentro del complejo unitario de significación, o si es tomado en cuenta a efectos de su disposición. Así, no puede hablarse de apariencia, en el sentido técnico que le asignamos, en el caso en que el objeto de disposición sea, por ejemplo, una droga enervante; ni tampoco en el supuesto de que se le compre a un "topador" un artefacto cualquiera, aun cuando la compraventa se realice en un establecimiento "mercantil". En este último caso, el objeto (es decir, el establecimiento) no es apto para ligar todos los fenómenos en un complejo de significación idóneo para crear una situación de hecho generadora de apariencia.

107. El concepto que aquí se estudia, ha sido primeramente desarrollado por la doctrina alemana de principios de siglo. Parece que la paternidad de la expresión, le corresponde a OTTO FISCHER, el cual la usó por vez primera en su obra *Bürgeliches Gesetzbuch,* publicada en 1900, con el propósito, de explicar el fundamento de varios institutos, como el certificado hereditario, la condición de heredero aparente, los efectos de la declaración judicial de muerte, y, sobre todo, la eficacia de la posesión y la adquisición de los derechos reales por usucapión. Posteriormente usaron la expresión, JACOBI, en su *Wertpapiere,* publicado en 1901; WELLSPACHER, en *Das Vertrauen auf äussere Tatbestande im BR,* publicado en 1906; HERBERT MAYER en *Das Publizitätsprinzip in deutschen bürgelichen Recht,* publicado en 1910; KRUCKMANN, en *Jahrbücher f. die Dogmatitk,* publicado en 1912. En Italia, los primeros en acoger el término, fueron MOSSA, en *Ordinamento cambiario dello check,* publicado en 1930 y LORDI, en *Rivista di Diritto Commerciale,* 1931. La anterior cronología pertenece a MESSINEO (Francesco), *I titoli di credito,* Padova, Casa Editrice Antonio Milani, Ristampa della seconda edizione, vol. I, 1964, págs. 27 y ss. Sobre los diversos modos en que ha sido traducida la expresión ver PUGLIATTI, *La trascripzione, op. cit.,* pág. 252.

108. La expresión, ". . .trae consigo, sobreentendida, la confrontación entre situación jurídica real y situación jurídica aparente; y en este sentido significa apariencia de la situación jurídica. . .". Así, PUGLIATTI, *La trascripzione, op. cit.,* pág. 252.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

entera relación de condicionalidad normativa.[109] A pesar de ello, la doctrina es más o menos uniforme en su afán de aplicar el concepto de situación jurídica al contenido de la proposición jurídica condicionada o efectual.[110] Se tratará entonces, de toda situación en que se encuentre un sujeto en virtud de un efecto de Derecho. Situación jurídica, es todo efecto jurídico concretizado, atribuido a sujetos determinados.[111]

67. Desde un punto de vista general, es posible reducir las situaciones jurídicas fundamentales a dos: el deber y el poder.[112] No obstante, debe reconocerse que cada una de ellas, puede subdividirse en varias hipótesis. De esta manera, por ejemplo, podemos distinguir dentro de la categoría general del deber, (o como lo denomina un autor, "de la necesidad axiológica de la acción")[113] a las figuras de la obligación —que se caracteriza por tener un contenido económico—, y la figura del deber, entendido en sentido estricto, que hace referencia a todos aquellos casos en que se postula axiológicamente la necesidad de una acción no valorable económicamente.[114] Caen en este supuesto todas aquellas acciones de carácter moral —como las que se contraen en virtud del matrimonio— o algunas derivadas de deberes de carácter público o cívico.[115]

68. La figura del poder (también entendida como la posibilidad axiológica de la acción,[116] no es menos compleja. Dentro de esta hipótesis, se agrupan figuras más o menos homogéneas dentro de las cuales es posible distinguir en primer lugar, a la figura del poder libre —o mera libertad, que se da en todas aquellas circunstancias en que el sujeto tiene la posibilidad de actuar en cualquier sentido, sin que tenga el deber de actuar en uno precisamente.[117] Se ha hablado también de la existencia de un poder-deber, aunque la categoría parece incierta.[118] El término se emplea para designar aquella situación jurídica en que se coloca un sujeto que, pudiendo actuar en un sentido determinado, está al mismo tiempo en el deber de hacerlo. Un ejemplo típico lo podemos encontrar en el concepto de Derecho Administrativo de "la competencia". El funcionario público tiene la posibilidad de actuar, pero al mismo tiempo está en el deber de hacerlo porque la competencia que tiene para ello es de ejercicio obligatorio. Puede observarse que, en última instancia, se tratará de un deber de actuar ya que donde existe necesidad, no hay por definición, posibilidad. También se habla de "poder discrecional", de Derecho subjetivo —cuando se ve reforzado por el deber correlativo de otro sujeto, origina una relación jurídica— y, finalmente se hace alusión a la idea de la "potestad jurídica".[119]

69. A despecho de las específicas distinciones que separan a las hipótesis en que se subdividen las dos categorías generales comentadas, podemos señalar

---

109. Así, FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, págs. 294-295. Sin embargo, algunos hablan también de situación jurídica, con respecto a la proposición condicionante. Ver así, OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, *op. cit.*, pág. 4.

110. Así, FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, pág. 295.

111. *Ibíd.*

112. Esta afirmación, se obtiene mediante la abstracción de las características elementales de todas las situaciones jurídicas posibles y su clasificación en grupos homogéneos, tarea que ha sido llevada a cabo con éxito por FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, pág. 300.

113. *Ibíd.*, pág. 297.

114. "Los anteriores conceptos acerca del valor económico de la obligación, que son los tradicionales, han sido objeto de contradicción de parte de los juristas alemanes IHERING y WINDSCHEID, quienes sostienen que hay obligaciones sin valor económico, como las derivadas del matrimonio relativas a la vida común de los cónyuges y a la mutua asistencia. Más a esto hay que hacer notar que en tales casos no se trata de obligaciones en el sentido estricto del Derecho, sino de "deberes", de prestaciones de carácter moral". Así, BRENES CÓRDOBA, *Tratado de las obligaciones, op. cit.*, pág. 19.

115. BRENES CÓRDOBA, *Tratado de las obligaciones, op. cit.*, pág. 19.

116. FALZEA, *Efficacia giuridica, op. cit.*, pág. 300.

117. *Ibíd.*, pág. 301.

118. *Ibíd.*

119. Se ha dicho que "El contenido propio del Derecho subjetivo es, ante todo, un poder jurídico (o dominio) de la voluntad, concedido por el ordenamiento jurídico al sujeto. Poder implica posibilidad de dirigir la propia voluntad de ciertas maneras determinadas. . . implica, por tanto, relevancia de la voluntad del sujeto. El poder se puede manifestar: a) o como un señorío (sobre un objeto del mundo exterior), o bien b) como una pretensión a que otro (sujeto pasivo de una relación jurídica) se comporte de un modo determinado. Cuando se menciona el poder de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

que la apariencia de la situación jurídica puede estar referida, de manera general, tanto a la figura del poder, como a la del deber. El único requisito que cabe exigir, a priori, para que se configure un supuesto de apariencia —tal y como aquí lo entendemos—, es que el poder o el deber que tiene un sujeto para actuar se manifieste, en virtud de una relación de significación social-patológica, como real siendo, por el contrario inexistente.[120]

70. B) Es posible distinguir en el efecto jurídico dos componentes claramente diferenciados: 1) el componente de valor y 2) el componente de hecho. Ambos se encuentran íntimamente entrelazados: el efecto no es simplemente un valor, sino el valor atribuido a una conducta determinada.[121] Cuando este efecto se concretiza y se le atribuye a un sujeto específico, surge a la vida una situación jurídica.[122] Ahora bien, esta situación hace referencia a un determinado comportamiento, desde un punto de vista perspectivístico, como conducta que virtualmente puede llegar a plasmarse en el terreno de los fenómenos jurídicos. Por ello, es perfectamente posible distinguir a la situación jurídica, de su efectividad. La diferencia se puede observar si se repara en que, según un criterio lógico-jurídico, la situación jurídica puede representarse según el siguiente esquema: el sujeto "a", puede (o debe) ejecutar (o cumplir) el comportamiento "b"; en cambio, la efectividad de la situación jurídica adopta el siguiente esquema proposicional: el sujeto "a", ejecutó (o cumplió) el comportamiento "b". A la efectividad de la situación jurídica, le corresponde, por tanto, una naturaleza dinámica. En cambio, a la sola situación jurídica —vista desde una perspectiva fundamentalmente axiológica—, le corresponde un carácter estático. La efectividad se realiza necesariamente mediante comportamientos, los cuales tienden a producir determinadas transformaciones jurídicas.[123] No obstante, cuando la efectividad genera el tráfico jurídico, se resuelve en comportamientos que constituyen, modifican o extinguen situaciones jurídicas. En todo caso, lo relevante es hacer notar que, de conformidad con este criterio, el tráfico jurídico se resuelve siempre dentro de la órbita de efectividad de una situación jurídica. Consecuentemente, si se considera que la apariencia de la situación jurídica recae directamente en el tráfico jurídico, debe reconocerse paralelamente que la apariencia es algo que surge de los comportamientos en que aquél se resuelve. Concretamente, es necesario afirmar, de acuerdo con este desarrollo, que la apariencia se hace patente en virtud de la órbita de efectividad de la situación jurídica.

---

voluntad, como contenido del Derecho subjetivo, se quiere aludir a voluntad potencial no necesariamente actual. Esto explica cómo el Derecho subjetivo, aunque sea potestad de querer, pueda corresponder también al incapaz de entender y de querer". Así, MESSINEO (Francesco), *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. II, 1971, pág. 9. Por su parte, el autor citado propone una distinción entre la potestad jurídica y el Derecho subjetivo, diciendo que esta constituye un momento lógico intermedio entre la capacidad y el Derecho subjetivo, que sigue a la primera pero que precede al segundo. Se concibe ésta sin que se la refiera necesariamente a un objeto o persona determinada y queda fuera de la relación jurídica. Domina, por el contrario, a las relaciones jurídicas singulares. Se trata de algo más comprensivo que el Derecho subjetivo y hasta puede decirse que el poder contenido en el Derecho subjetivo, es una especificación de aquella. Tienen el contenido técnico de potestades, no de derechos subjetivos, la patria potestad, la potestad marital, la potestad del tutor, la representación y similares. Ver así, *ibíd.*, pág. 15.

120. "Mientras la situación manifestante puede estar constituida por un hecho cualquiera, la situación manifestada —que aparece, pero sin ser real— está constituida necesariamente por una situación jurídica: normalmente por la titularidad de un Derecho subjetivo. Eso no significa que el falso reenvío, operado por la situación generadora de apariencia, no pueda atañer a otra situación de hecho; se tratará, no obstante, de un hecho jurídico que es tomado en consideración exclusivamente por los efectos que produce, con que, en definitiva, se dará lugar siempre a una situación jurídica". Así, FALZEA, *Apparenza, op. cit.*, págs. 58 y 59. Se trata como es claro, de una situación jurídica que "circunstancias de hecho hacen parecer existente, sin que exista en la realidad jurídica. No se considera inútil volver a recalcar la inexistencia de la realidad jurídica manifestada, porque a menudo la doctrina, cediendo a las fáciles sugestiones de las fórmulas y falseando por la raíz la perspectiva jurídica del fenómeno, ha convertido la inexistente titularidad del Derecho subjetivo, en la efectiva titularidad de otra posición subjetiva-poder jurídico o facultad jurídica y la inexistente legitimación en una efectiva legitimación naciente de la situación de apariencia; siguiendo, también en eso, una dirección muy difundida en la doctrina alemana, la cual tiende a identificar los fenómenos de la apariencia y la legitimación". Así, *ibíd.*, pág. 60. El vicio lógico que se manifiesta en esta tesis, es claro: en el plano jurídico positivo es absurda la noción de un poder o facultad cuyo ejercicio esté condicionado a la existencia de un estado subjetivo de otra persona: esto es, la buena fe. Y precisamente en las hipótesis de apariencia, se exige buena fe en el tercero, para que se perfeccione la hipótesis en cuestión. El problema del momento subjetivo, será estudiado más adelante (capítulo tercero). Sobre el punto, puede verse: *ibíd.*, pág. 60-63.

121. FALZEA, Efficacia giuridica, *op. cit.*, págs. 284 y ss.

122. *Ibíd.*

123. Sobre el punto, consultar a: FALZEA, Efficacia giuridica, *op. cit.*, págs. 325 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

71. De esta forma, podemos afirmar que hay apariencia de la situación jurídica cuando se ejecuta o cumple un comportamiento sin que exista la posibilidad o la necesidad axiológica de la acción en que consiste; pero que, en virtud de especiales circunstancias,[124] tal valoración parece existente sin serlo efectivamente.

Estimamos que el defecto de la situación jurídica,[125] puede ser de naturaleza originaria o sobrevenida. En el primer caso, el sujeto desde un principio participará en el tráfico jurídico sin que exista la calificación previa de su comportamiento. En el segundo, el sujeto continuará actuando aún después de que la valoración de que previamente gozaba su conducta, se haya eliminado. Esta distinción es útil tan solo a efecto de desarrollar una visión analítica de lo que podríamos llamar "la patología de la situación jurídica", ya que prácticamente ambos supuestos deben estimarse equiparados: lo que importa desde el punto de vista de la teoría de la apariencia es, en principio, que la situación jurídica parezca real sin serlo.

72. Por otra parte, las situaciones jurídicas pueden ser negociales y no negociales, según que tengan su causa eficiente en la voluntad de los sujetos o en la ley. Esto, claro está, no pretende ignorar el hecho de que el Derecho objetivo es siempre garantía genérica de que el contenido de determinada situación jurídica será respaldado y tutelado por el poder coactivo del Estado.[126] Se trata tan solo de señalar que, en su caso, el efecto atribuido a un sujeto es el resultado *directo* e inmediato de una programación voluntaria de intereses y en otro, es el resultado directo o inmediato de una calificación legal. Paralelamente, desde el punto de vista del negocio jurídico, puede hablarse de tres tipos de situaciones: i) Prenegociales, ii) negociales y iii) posnegociales. Las primeras, son aquellas sobre las cuales se monta la negociación; aquellas en las que encuentra al sujeto antes de negociar. Pertenecen, por decirlo así, el momento pregenético del negocio. Las segundas, son todas aquellas que se dan a partir de las génesis del negocio y durante todo su desarrollo funcional. Se resuelven en el conjunto de poderes y deberes que se pueden ejercitar en el contexto de una relación jurídica. Finalmente, las situaciones del tercer grupo son aquellas en las que se encuentra el sujeto una vez que queda concluido el negocio jurídico por el realizado. La anterior clasificación, útil desde el punto de vista sistemático, es tan solo una representación esquemática de lo que sucede en la realidad. En ella, cada uno de los tres tipos enunciados puede darse simultáneamente con alguno de los otros dos. Además, la distancia entre unos y otros disminuye si se tiene en cuenta que toda situación negocial, en virtud del principio de certeza de las situaciones jurídicas,[127] está llamada a transformarse en una situación posnegocial y ésta, a su vez, es potencialmente apta para pasar a jugar el papel de una situación jurídica del primer grupo o prenegocial.

73. No consideramos correcto afirmar que la apariencia se localiza siempre en el tipo de situaciones jurídicas prenegociales.[128] En sustento de esta tesis, se señala que son los presupuestos subjetivos los que permiten que el negocio (y por tanto el tráfico jurídico) se constituya adecuadamente, en tanto que las situaciones negociales y posnegociales son consecuencias tan solo de las primeras.[129] No obstante una aplicación coherente de la teoría de las situaciones jurídicas debe conducirnos a superar este planteamiento. Tráfico jurídico hay en todo momento en que se ejercita un comportamiento apto para producir una transformación jurídica externa. Y este tipo de comportamiento puede ser hallado tanto en situaciones prenegociales, como

---

124. Aquellas que conforman, precisamente, la situación de hecho generadora de apariencia.

125. En tesis de principio, el defecto debe estimarse total. Por ello, ha de entenderse el término como indicador de la ausencia total de la situación jurídica de que se trate en el caso concreto.

126. Así, MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, *op. cit.*, pág. 8.

127. El principio de certeza, que informa de manera general al Derecho, se resiste a la admisión de situaciones jurídicas en las cuales de por vida pueden las partes exigirse recíprocamente determinadas prestaciones. Para un análisis detallado del principio de certeza; ver: PUGLIATTI, *Conoscenza*, *op. cit.*, págs. 52-55 y 56-58.

128. La apariencia sería entonces localizada en la situación jurídica en que se encuentra el sujeto antes de entrar al tráfico jurídico, y desde allí afectaría a toda la negociación. Este es el sentido usual en que se la utiliza.

129. Ver, sobre el tema de los presupuestos subjetivos negociales, UMAÑA ROJAS y PÉREZ VARGAS, *Elementos del negocio jurídico*, *op. cit.*, págs. 70 y ss. Estos son, en general, cuatro: capacidad, legitimación, titularidad y compatibilidad. El error de esta teoría está en considerar que los presupuestos del sujeto de la negociación tienen solo importancia genética y no también funcional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

en las negociales y posnegociales. Por tanto, todas ellas son potencialmente aptas para dar a luz específicas hipótesis de apariencia. Los supuestos del pago al acreedor aparente y de la obligación aparente (que serán estudiados detenidamente más adelante) muestran claramente que de apariencia puede hablarse con relación al momento funcional del negocio. Es claro que en ambos casos, ya existe un negocio jurídico preexistente y que por tanto el problema de la apariencia se presenta aquí dentro del marco de una relación jurídica supuestamente normal.

74. De lo dicho hasta el momento, pueden extraerse los siguientes corolarios:

i) En primer lugar debe señalarse que la apariencia de la situación jurídica se va a referir siempre a los presupuestos que debe asumir el sujeto para expresar, mediante un comportamiento propio, intereses jurídicamente relevantes.[130] Es decir, se refiere a aquellos presupuestos que debe tener el sujeto para iniciar, desarrollar y concluir válidamente un negocio jurídico. Se tratará en todo caso, de la titularidad, de la legitimación, de la capacidad y de la compatibilidad. Vale señalar que, en general, la doctrina habla de apariencia en relación con los dos primeros presupuestos subjetivos. No obstante, no existe razón suficiente para excluir de su campo de aplicación a las dos restantes. Por otra parte, una correcta inteligencia de este desarrollo, debe conducirse al siguiente postulado: los casos de apariencia no deben estudiarse aisladamente, sino que deben agruparse alrededor de los presupuestos subjetivos de la negociación, a fin de que reciban un tratamiento uniforme. La práctica, tan generalizada en doctrina, de hablar de figuras individuales de apariencia, es impropia. No debe hablarse por ejemplo de propietario aparente, de heredero aparente, de pago al acreedor aparente, de mandatario aparente, etc., sino que lo propio es hablar de titularidad aparente, de legitimación aparente, de capacidad aparente y de compatibilidad aparente.

ii) En segundo término, debe tenerse presente que la titularidad, según lo reconoce ampliamente la doctrina, es la posición de un sujeto como destinatario actual de determinados efectos jurídicos. Como tal, es posible hablar de titularidad tanto en relación con los poderes, como en relación con los deberes. Por tanto, nada obsta para que se hable de apariencia, al respecto de las obligaciones. En realidad, el problema de la "obligación aparente", puede verse desde una doble perspectiva: la del deudor y la del acreedor. Desde la primera óptica, tendremos el caso de un sujeto que paga creyendo que la obligación existe, sin que la haya efectivamente. En el segundo, tendremos la hipótesis de un sujeto que demanda el cumplimiento de una obligación que no existe. Bien entendido, el problema es uno de legitimación: en la primera hipótesis, se tratará, desde el punto de vista jurídicamente relevante, de un caso de legitimación aparente para recibir, en la segunda circunstancia, el problema cobra relevancia desde el ángulo estrictamente procesal, en donde la apariencia de la obligación justifica la toma de medidas cautelares, como el embargo preventivo.[131]

iii) Finalmente, la categoría de la apariencia, según este desarrollo, debe quedar excluida de los presupuestos objetivos de negociación, que son, a saber: la existencia, la posibilidad (física o jurídica), la determinabilidad y el valor exigible.[132] Esto es así, en virtud de que las situaciones jurídicas están referidas siempre a los sujetos, no a los objetos. Y la apariencia es algo que atañe a las situaciones jurídicas.

75. CONCLUSIONES.

A) Un concepto estrictamente estructural de la apariencia de la situación jurídica, entendida como un problema del aparecer de lo irreal como real, es aquel que la configura como una hipótesis de relación de manifestación por señales, de carácter patológico. Se trata, desde el punto de vista estrictamente formal, de un simple esquema de relación de manifestación, en donde podemos observar un elemento manifestante —que es siempre una situación de hecho—; un elemento mani-

130. El concepto es de PÉREZ VARGAS (Víctor), *Ideas básicas del Derecho Privado. Apuntes para el Curso de Derecho Privado II*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1973, pág. 2, tema 4, ideas generales.

131. Ver así, *Código de Procedimientos Civiles*, artículos 172 y ss.

132. Así, UMAÑA ROJAS y PÉREZ VARGAS, *Elementos del negocio jurídico*, *op. cit.*, págs. 74 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

festado —que es siempre una situación jurídica—; y una relación de manifestación establecida entre ambos. Sin embargo, desde el punto de vista sustancial se tratará de un esquema en el cual la función significante de las señales se ha desvirtuado, en términos de que el elemento manifestante tan solo "aparentemente" manifiesta al segundo. Cuando se revela un vicio de este tipo en una relación significante, se plantea un problema específico, cual es el de que determinados sujetos pueden ser llamados a engaño por la estructura viciada que se ofrece a su actividad cognoscitiva. Esto, por su parte, repercute de manera negativa en la exigencia de certeza y seguridad que debe imperar en todas las negociaciones jurídicas.

B) El problema de la apariencia, a pesar de que involucra elementos subjetivos, debe ser estudiado desde una óptica meramente objetiva. Esto, porque si su esquema formal es el de una relación de manifestación —que no es sino un problema de significación social—, debe también tener sus características formales: esto es, objetividad. Además, la metodología objetiva, no ignora la relevancia del momento subjetivo; tan solo, le otorga el lugar que le corresponde.

C) Cuando un problema de apariencia es contemplado por las normas jurídicas, tendremos enfrente un típico supuesto de hecho de apariencia. En él, lo que se hipotiza, no es ciertamente la irrealidad, la ficción, la sola apariencia de la realidad, sino tan solo un conjunto de fenómenos en tanto se muestran aptos para crear una apariencia de realidad. En última instancia, lo tutelado será el interés que se revela en el mundo fenomenológico. Esta observación, nos lleva a postular la diferencia entre la apariencia, entendida como ficción —que carece de tutela en el ordenamiento jurídico— y la apariencia como instituto, que tiene su puesto en el sistema de Derecho y la calificación que se le otorga, es coherente con los principios de la ciencia jurídica.

D) A pesar de que, por definición, en los casos de apariencia hay un supuesto de hecho incompleto, la eficacia no viene a menos. Este se explica, a nivel estructural, en virtud de una aplicación conjunta de la teoría de las conexiones externas de las figuras jurídicas y de la equivalencia de las especies fácticas. En última instancia, la justificación estructural de la apariencia, descansa en el principio de adaptación de la forma de la materia.

E) El elemento manifestante, en los casos de apariencia, es siempre de naturaleza compleja. Se tratará de un complejo de significación no de un fenómeno. Desde este punto de vista, la apariencia es un problema del tráfico jurídico. Este estará constituido en todo caso, por hechos de "comercio jurídico", que tienen por causa eficiente la voluntad de los sujetos de Derecho, según una valoración general de licitud.

F) El elemento manifestante, será una situación jurídica, esto es, un efecto concretizado atribuido a un sujeto específico. Ahora bien: como en la situación jurídica podemos distinguir un plano de eficacia y uno de efectividad, según que se le considere en términos estrictamente axiológicos o bien fenomenológicos, y como el problema de la apariencia se presenta en virtud de la relación por la cual un conjunto de fenómenos hace aparecer como real sin serlo al término evocado, habremos de concluir que ésta atañe a la fase de eficacia y no tanto a la de efectividad: se trata de la ejecución de un determinado comportamiento sin que exista la valoración previa de su necesidad o posibilidad.

Lo aparentemente real, es el plano de eficacia de la situación jurídica, no su plano de efectividad que fenomenológicamente hablando, se verifica en la situación de hecho.

G) Por otra parte, debe rechazarse la inclusión de un caso dentro de las hipótesis de apariencia, cuando lo contemplado no es una situación jurídica, sino tan solo un hecho concreto. Así, no hay apariencia de la situación jurídica en los casos en que se exige el cumplimiento de la obligación a una persona que no ha concluido el contrato, pero que "aparece" como titular del interés regulado. Por ejemplo: a) caso del mecánico que, habiéndole hecho reparaciones a un automóvil, pretende la retribución del propietario, mientras la obra había sido encargada por otra persona; b) caso de aquel que proporcionó un servicio público y le exige el pago al que "aparecía" como titular del permiso de venta, en tanto que fue el gerente el que realmente había hecho uso del servicio.[133] En estos

133. Los ejemplos son de PIETROBON (Vittorino), *op. cit.*, págs. 261-262.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

casos —y en muchos otros de la misma naturaleza— "...se trataba de averiguar la persona que debía reputarse parte contraria en el contrato, comprobación de un hecho al que no es posible aplicar los principios de la apariencia".[134]

H) La naturaleza compleja, propia del elemento objetivo de la apariencia, hace que se afirme la necesidad procesal de admitir todo tipo de prueba —incluso la indiciaria—, que pueda ser usado por las partes para demostrar la existencia de una situación de hecho que manifieste como real, sin serlo; una situación jurídica determinada. Esto es simple y llana aplicación de los principios que regulan la Teoría General de la Prueba.

***

134. *Ibíd.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DE LA "CONTRECTATIO" AL "APODERAMIENTO". NOTAS SOBRE EL MOMENTO DE CONSUMACIÓN DE LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO DE VEHÍCULOS

SUMARIO

Pág.

1. Premisa metodológica. 200
2. Introducción 200
3. Las diversas posiciones sobre el momento de consumación de los delitos de hurto y robo 201
   1) Tocar la cosa 201
   2) Mover la cosa 201
   3) Sustraer la cosa 202
   4) Apoderarse de la cosa. 203
   5) Esconder la cosa 204
4. En el "Common Law" 204
5. Conclusiones 205
6. Consideraciones finales. 207
7. Bibliografía básica 207

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL MOMENTO DE CONSUMACIÓN DE LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO DE VEHÍCULOS

Premisa metodológica.

Toda conducta delictiva de tipo penal se define en función del verbo que caracteriza el tipo previsto en el respectivo Código. El texto legal habla de "el que se apoderare. . ." con relación al hurto y al robo.

El criterio exegético gramatical debe complementarse con la perspectiva sustancial: el bien jurídico lesionado: la propiedad (o alguna de las facultades que esta comprende), si bien, la moderna doctrina tiende a hacer referencia a la detentación (como situación de hecho jurídicamente valiosa lesionada con estos delitos).

De la síntesis de sustancia y forma podrá emerger el tratamiento integral de la figura.

Introducción.

El debate sobre el tema que nos ocupa tiene un lugar preferente en la historia de la doctrina jurídica; sobre el momento de consumación de los delitos de hurto y robo se han dado diversas soluciones que en definitiva han tratado de desentrañar el alcance del concepto de "apoderamiento" (común a los dos tipos penales).

Si bien el hurto y el robo han recibido tratamiento positivo en las más diversas culturas y hay ejemplos de esto tanto en el Código de Hamurabi como en el Código de Manú, la verdad es que, dentro de la tradición occidental, los orígenes de la polémica se sitúan en la figura del jurisconsulto romano Paulo, uno de los más fecundos de los clásicos (considerado por algunos autores[1] como de estilo "algo complicado y oscuro"), quien prácticamente determinó con su definición de hurto una polémica doctrinal y jurisprudencial que todavía hoy se proyecta. Paulo parece haber usado, para definir la conducta ilícita las expresiones "contrectatio" y "contrectatione":

> "Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendigratia, vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve" (Hurto es el "apoderamiento" fraudulento de una cosa, para lucrarse con ella, con la cosa misma, con su uso o con su posesión).[2]
>
> "Furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittur" (No puede cometerse el hurto sin *"tocar"* la cosa; no con sólo el ánimo se incurre en hurto).[3]

Los conceptos de Paulo expuestos, en su traducción, nos revelan que el punto es tan ambiguo que el mismo tratadista Cabanellas, en un caso traduce la expresión por "apoderar" y en el otro caso por "tocar".

Un breve vistazo histórico nos revela que la definición de Paulo ha sido objeto de muy diversas interpretaciones. "A oscurecerlo todo viene el gigantesco esfuerzo que a partir de la decadencia del Derecho Romano se palpa en las obras de los glosadores, postglosadores y prácticos, quienes sin unidad ni suficiencia y con el solo prestigio de sus nombres, autorizan la traducción, sentido, vigencia y significación del verbo definitorio de la acción".[4] La discusión ha llegado al punto de dudarse sobre la autenticidad de la definición de Paulo; se ha puesto en duda su paternidad. Sin embargo, dos autorizadas opiniones consideran que "las palabras citadas son genuinas"[5] y que si bien se consideró un tiempo que únicamente pertenecía a la definición de Paulo las primeras palabras (contrectatio rei fraudulosa), la crítica más reciente, haciendo un reexamen de los textos ha llegado a la conclusión de que la definición, si bien retocada por los recopiladores, muestra el pensamiento de Paulo.[6]

Hoy se duda si las múltiples y discordantes opiniones doctrinales y jurisprudenciales agotan la gama de las posibles interpretaciones[7] y se afir-

---

1. ARIAS RAMOS, *Derecho Público romano e historia de las fuentes*, Ceres, Valladolid, 1964, p. 124.
2. PAULO, Lib. XLVII, tít. II, Ley 1, III. Cit. p. CABANELLAS, *Repertorio Jurídico.*
3. PAULO, Lib. XLI, tít. II, Ley 3, v. cit. p. CABANELLAS, *Repertorio Jurídico*, 33.
4. VALENCIA, Jorge Enrique. *La acción material constitutiva del hurto en el nuevo Código Penal colombiano*. Revista Judicial, núm. 27, Corte Suprema de Justicia, San José, diciembre de 1983, p. 103.
5. ALBANESE, Bernardo, Furto. *Introduzione storica.* Enciclopedia del Diritto, tomo 18, Giuffrè-ed., Varese, 1969, p. 317.
6. BRASIELLO, Ugo, Furto. *Diritto Intemedio*, Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, p. 692.
7. MANTOVANI, Ferrando, Furto. *Diritto Penale Comune.* Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, p. 696.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ma que "la determinación del elemento material del hurto sigue siendo todavía uno de los puntos más delicados y controvertidos".[8]

Actualmente se pueden distinguir por lo menos cinco posiciones diversas sobre el sentido de la "contrectatio". La división ha dependido de la fijación del momento de consumación:

a) tocar la cosa
b) moverla
c) sacarla de la esfera de poder
ch) ponerla en la propia esfera de poder
d) ponerla en lugar seguro.[9]

Si bien, cada uno de estos momentos ha sido afirmado como consumativo del hurto o robo, la verdad es que la mayor polémica se ha dado entre los que afirman que basta la remoción de las cosas (por ejemplo, el ladrón que apila las cosas que saca del armario) y los que sostienen que al menos debe sacarse de la esfera de poder o de custodia del propietario (o de quien lo tenga); para estos autores, en el ejemplo citado, el ladrón comete el hurto hasta que sale con su bolsa y se aleja de la esfera de custodia de la cosa. El mayor representante de la primera posición ha sido Carrara y de la segunda Pessina.[10]

Modernamente tiende a afirmarse la idea de que el apoderamiento es "la acción de *romper el poder de hecho* que alguien tiene legítimamente sobre la cosa y de traerla a la propia esfera de dominio";[11] de modo que "la apropiación, elemento esencial del hurto simple, tiene un lado positivo (Aneignung) y un lado negativo (Enteignung).[12]

Las diversas posiciones sobre el momento de consumación de los delitos de hurto y robo.

Los diversos criterios utilizados dependen de la ubicación del momento de consumación: para algunos basta con que el ladrón toque el objeto, para otros basta que lo mueva, para otros se requiere que se saque de la esfera de poder o de custodia del detentador, para otros se requiere el apoderamiento entendido como facultad de disponer del ladrón y para otros se requiere que el ladrón ponga las cosas en lugar seguro.

Veamos separadamente las diversas tesis:

1. Algunos autores han sostenido que las palabras deben entenderse como *el "contacto"* fraudulento con una cosa.[13] Aunque esto fuera cierto, se referiría a la definición de Paulo y a las necesidades del Derecho Romano. Esta primera tesis no tiene reflejos jurisprudenciales en Costa Rica. En ninguno de los casos que tuve oportunidad de estudiar se ha considerado existente el delito cuando se toca el objeto.

2. Para otro sector, en el que se encuentra Carrara, basta que el ladrón *mueva* el objeto; es la llamada teoría de la *"amotio"*.

Esta segunda tesis, de que basta que las cosas se muevan del lugar, no tiene apoyo en la jurisprudencia reciente examinada; antes bien, se encuentran casos de *vehículos movidos de lugar cincuenta y cien metros,* donde esto no ha sido considerado suficiente para que pueda hablarse de hurto; a lo sumo se ha admitido la tentativa.

En efecto; se ha expresado:

> "el imputado, aprovechando que el ofendido dejó su motocicleta estacionada, la condujo como *unos cien metros* sin montarse en ella, donde trató de encender el motor, lo que no logró. . . en estado de tentativa. . ."[14]

> "los imputados, aprovechando que el vehículo de la ofendida tenía una aletilla defectuosa, lo abrieron y lo empujaron *más o menos cincuenta metros* del lugar donde estaba aparcado, para ponerlo en conexión directa, lo que no lograron, en la especie se configura el delito de hurto agravado *en grado de tentativa".*[15]

---

8. **Op. ult. cit., p. 705.**
9. **Con algunas variantes v. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, tomo IV, p. 157. (TEA, Buenos Aires, 1963). El "iter criminis" puede descomponerse en varios momentos: el agente puede tocar la cosa, moverla y ponerla en otro lugar, *ponerla fuera de la esfera de voluntad y acción* del sujeto despojado, hacerla entrar en la propia esfera de disponibilidad y ponerla en lugar seguro, MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 706.**
10. **SOLER, op. cit., p. 158.**
11. **Así GILKA, p. 33, GARCON, II p. 574, NOETZEL, 3. cit. p. CASTILLO, Francisco, *El hurto de uso*, Revista Judicial núm. 15, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo, 1980.**
12. **Op. ult. cit.**
13. **ALBANESE, op. cit., supra 5, p. 317.**
14. **Tribunal Superior Penal, Limón, núm. 199 de 11 hrs. de 20 de setiembre de 1978.**
15. **Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, núm. 177 de 9:45 hrs. del 13 de noviembre de 1979.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

> "Fue el imputado quien lo condujo hasta ahí aprovechando el declive de la calle. . . tentativa de hurto agravado".[16]

Lo más interesante ha sido que la jurisprudencia también ha hablado de que no hay salida del "dominio" si el vehículo se encuentra *cerca:* "el vehículo no había salido del dominio del ofendido *por la cercanía* del lugar donde se encontraba él".[17]

En todos los casos citados se ha producido la AMOTIO, pero el delito no se perfeccionó. Esto revela que *no es el criterio del "movimiento" el que ha sido acogido por los Tribunales.* Esta es en síntesis la posición de la jurisprudencia al respecto.

La doctrina, por su parte, revela una clara tendencia a la superación del criterio de la "amotio". Lo mismo ocurre en el Derecho Comparado. En Italia, por ejemplo, el viejo Código de 1889 hacía consistir el elemento material del hurto en el apoderarse de la cosa mueble ajena *"quitándola del lugar donde se encontraba";* el nuevo Código de 1930 *ha abandonado el viejo criterio espacial;* en lugar de la fórmula dicha, habla de *"sustrayéndola a quien la detenta".*[18]

En contra del criterio de la "amotio", la doctrina ha expresado:

> "la usurpación de la posesión en materia penal no puede subordinarse al mero desplazamiento físico o material del bien, olvidando que el delincuente *no se apodera* del mismo mientras el legítimo detentador de la cosa prolonga en el tiempo y en el espacio las expectativas de su autoridad y señorío. . . el ladrón debe hacer algo más que mover la cosa".[19]

El movimiento del objeto se ha dejado como criterio válido para la determinación del momento de consumación del hurto o del robo, dado que ni siquiera es algo necesario para la existencia de la sustracción. Puede haber sustracción sin desplazamiento, como en el caso de quien quema leña ajena para calentarse: "el hurto puede consumarse prescindiendo del movimiento material de la cosa".[20]

En conclusión: Jurisprudencia, Derecho Comparado y Doctrina se oponen a la idea de que el hurto se perfecciona con el movimiento del objeto.

3. La tercera tesis es la del desapoderamiento. Desde este punto de vista, el hurto se produce cuando el bien sale de la esfera de poder o esfera de custodia del propietario. Aunque algunos autores afirman que sustracción y apoderamiento son concomitantes, en realidad entre ellos hay una sucesión lógica y cronológica.

Esta teoría se denomina también "de la ABLATIO" o "de la sustracción"; "subraya el menoscabo del bien jurídico resguardado por el legislador cuando el autor simplemente priva al tenedor de la custodia de la cosa. Con arreglo a ella, la acción material del hurto está completa por el desapoderamiento del agraviado con intención del delincuente de apoderarse de la cosa ajena. . . esto sucede cuando, según las circunstancias del evento, a causa del acto de apoderamiento, la cosa ya no es portada o conducida por la víctima, o ya no está en la esfera o ámbito de custodia del agraviado".[21]

Sustracción, etimológicamente significa "quitar a otro una cosa".[22] La doctrina ha usado varios sinónimos: "privación de la posesión" (para ANTOLISEI), "rescisión" (para PEDRAZI), despojo (para NUVOLONE). Ella *"se verifica cuando el detentador haya perdido la posibilidad de establecer, cuando quiera, el contacto material con la cosa"*[23]. Esto es algo necesario para que pueda hablarse de hurto o robo; *"un hurto sin sustracción no es un hurto".*[24]

En nuestra jurisprudencia encontramos manifestaciones de esta tercera teoría:

> "Si los bienes salieron de la esfera de custodia, aun cuando el procesado no entró en ningún

---

16. **Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, núm. 4 de 17:05 hrs. del 7 de enero de 1981.**
17. **Tribunal Superior Penal, núm. 24 de 10 hrs. de 31 de enero de 1979.**
18. **PECORELLA, Gaetano, Furto. *Enciclopedia del Diritto*, tomo 18, Giuffrè-ed., Milano, 1969, p. 356 y MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 699.**
19. **VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 104.**
20. **MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 706.**
21. **VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 107.**
22. **MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 701.**
23. **Op. ult. cit., p. 706.**
24. **PECORELLA, op. cit., supra 18, p. 354.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

momento en condiciones de disponer de ellos, se considera hurto y no tentativa".[25]

Obsérvese que el criterio determinante es "la esfera de custodia"; de este modo, considera la doctrina que *"la sustracción no se configura* cuando la cosa se encuentre en la *esfera de vigilancia* del detentador, pues en tales casos *subsiste la posibilidad de éste de restablecer el contacto material con la cosa"*.[26]

Este punto de vista "importa una superación de los puntos de vista materiales y empíricos"[27] en los que se basaba la teoría de la "amotio". "Es importante establecer, a los fines de apreciar correctamente esta teoría, que ella *no se guía por la materialidad de los lugares,* sino que apela al concepto abstracto de *"esfera de actividad del detentador* de la cosa o esfera de custodia".[28] Continúa aclarando el ilustre autor: "Esfera de custodia es un concepto jurídico *no solamente referido a la casa,* sino que encierra la posibilidad de ser determinado en cada situación y de acuerdo con las reales relaciones objetivas".[29] En nuestra jurisprudencia, por ejemplo, se ha considerado que un vehículo "en la vía pública puede estar bajo la esfera de custodia del propietario".[30]

Esta teoría (de la sustracción) ha sido objetada en el sentido de que la ley penal habla de "apoderarse", no simplemente de "sustraer". Desde un punto de vista real objetivo podría pensarse que ya con la simple sustracción se ha lesionado el valor jurídico; esto es cierto, pero en materia penal, el principio de tipicidad nos obliga a tomar en cuenta el verbo definitorio de la acción: "apoderarse". Con la sustracción se dispone en cierta forma del bien, pero no hay realmente facultad (de hecho) de disponer; la facultad de disposición es un momento lógico y cronológicamente ulterior.[31]

4. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia pone énfasis más bien en la posibilidad de disponer del bien que haya tenido el delincuente: "la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos".[32] Mientras el poder de realizar actos de disposición no exista, "no parece que el hurto esté consumado".[33]

En el elenco de elementos del hurto la doctrina pone la sustracción y el apoderamiento, además del fin de obtener provecho:[34] "El hurto *no es solamente sustracción,* sino además "apoderamiento"; él no se agota en la mera privación de la disponibilidad de la cosa, sino que requiere además el paso de la cosa de patrimonio a patrimonio".[35]

La relación entre sustracción y apoderamiento es clara: se trata de una relación de medio a fin. La sustracción aparece en la estructura del hurto como el medio a través del cual el agente realiza el presupuesto material del apoderamiento, entendiendo por éste la disponibilidad autónoma de la cosa, la adquisición de una nueva posesión.

En doctrina parece preferirse, como elemento material del hurto, el poder de disponer sobre el mero sacar de la esfera de custodia: "El delito-tipo de hurto, examinado el verbo rector, núcleo del tipo legal, ha sido acuñado sobre la base de considerar preferente la conducta ejecutiva del autor, sobre el despojo antijurídico de la cosa".[36] Cuando se produce la convergencia del momento pasivo (desposesión del objeto) con el activo (poder de disposición) se integra el delito.[37]

Reafirmando lo expuesto, el ilustre jurista colombiano citado expresa: "Lo definitivo en la materia no es el desapoderamiento o la sustracción

---

25. **Sala Segunda Penal, núm. 74—F de 16 hrs. del 17 de octubre de 1979.**
26. **MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 707.**
27. **SOLER, op. cit., supra 9, p. 159.**
28. **Op. ult. cit., p. 158.**
29. **Loc. ult. cit.**
30. **Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Segunda, núm. 56 de 16:30 hrs. de 15 de marzo de 1982.**
31. **Sobre la distinción entre sustracción y apoderamiento v. VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 103.**
32. **SOLER, op. cit., supra 9, p. 165.**
33. **Op. ult. cit., p. 169.**
34. **MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 695.**
35. **Op. ult. cit., p. 709.**
36. **VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 107.**
37. **Así, loc. ult. cit.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de la cosa, si el agente carece de la idoneidad, capacidad o posibilidad de disfrutar a su talante, aun por breve tracto y sin solución de continuidad, del bien ilegalmente apropiado. El criterio de disponibilidad (posibilidad *real* de disponer de la cosa) y no el desapoderamiento (mero desplazamiento del objeto) define la acción típica".[38]

También la jurisprudencia nacional parece participar mayoritariamente de este criterio; se ha hablado de la "posibilidad de disponer como dueños" como momento de perfeccionamiento del delito. Transcribo, a continuación, algunos fallos:

> "Si los agentes estuvieron *en condición de disponer como si fueran dueños* del producto de su actividad ilícita, en la especie se configuró hurto agravado".[39]

> "Hurto, pues tuvieron *tiempo para disponer* del mismo".[40]

> "posteriormente fueron recuperados, pero ya cuando los indiciados *habían tenido posibilidad de disponer* de los mismos".[41]

> *"pudo disponer* del vehículo".[42]

Es igualmente significativo que la mayor parte de los códigos penales usa el verbo apoderar (no el verbo sustraer o el verbo mover); además del nuestro tenemos, por ejemplo, el de Colombia (art. 349) el de Italia, el de Argentina (art. 162) el de México (art. 367) y el de Perú (art. 237).

También en doctrina se considera que este momento es esencial: "el hurto es, en su esencia jurídica, una forma de apoderamiento; el requisito es esencial pues sin él habría delito de daños o apropiación indebida."[43]

De acuerdo a lo expuesto, doctrina, legislación y jurisprudencia coinciden en determinar el momento consumativo del hurto en el *hecho* de la facultad de disposición del agente.

5. Finalmente tenemos la llamada teoría de la "Illatio".

Esta teoría es generalmente rechazada por extrema. No parece necesario que el ladrón haya ocultado los bienes hurtados o robados para que el delito exista.[44]

Sin embargo, en ocasiones nuestra jurisprudencia ha utilizado este criterio, que elimina toda duda sobre si hay hurto o tentativa:

> "como los acusados ya habían dispuesto de uno de los bienes, pues *lo tenían escondido* en un potrero cercano, no se configura el hurto en grado de tentativa".[45]

> "es constitutivo de robo. . . toda vez que estos lograron disponer de los bienes indicados *al esconderlos* antes de que fueran detenidos".[46]

En el "Common Law":

En el Derecho Anglosajón el sentido que se ha dado a la expresión "contrectatio" no es claro. Black, por ejemplo, al traducir a Paulo (Contrectatio rei alienae animo furandi est furtum) habla de "tocar o mover la propiedad ajena" (touching or removing of another's property). Este autor dice que "contrectare" es un término latino que en el Derecho Civil y en el viejo Derecho inglés significa "manosear" (to handle) o tomar (to take hold).[47]

Con relación al hurto y al robo buena parte de las definiciones encontradas utiliza la expresión "carrying away", con lo que el punto tampoco queda claro a nivel teórico, si bien la casuística se ha ido encargando de perfilarlo, pues esta expresión tiene dos significados (tanto el significado de la "amotio" como el de la "ablatio"): si "away" se define como "at or to a distance",[48] significa llevar a diferente lugar o dirección; pero, significa "sacar de la esfera de dominio" si se define

---

38. Op. ult. cit., p. 108.
39. Tribunal Superior Primero Penal, Sec. Primera, núm. 105 de 16:45 hrs. del 2 de mayo de 1978.
40. Tribunal Superior Penal de Limón, 149 de 11 hrs. de 28 de agosto de 1979.
41. Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Segunda, núm. 100 de 16:50 hrs. de 21 de junio de 1979.
42. Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Segunda, núm. 160 de 13:50 hrs. de 11 de setiembre de 1979.
43. PECORELLA, op. cit., supra 18, p. 311.
44. Esta teoría se considera "desactualizada y sin ningún anclaje científico", BLACK'S VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 104.
45. Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Primera, núm. 112 de 10:10 hrs. de 19 de marzo de 1980.
46. Tribunal Superior Primero Penal, Sec. Segunda, núm. 156 de 10:45 hrs. del 24 de agosto de 1981.
47. BLACK, Henry. *Black's Law Dictionary*. West Publ. Co. St. Paul. Minn, 1979, p. 297.
48. *The American Heritage Dictionary*. Dell, New York, 1984. p. 48.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

"away" como "from one's presence or possession".[49] Este último parece ser el sentido de la expresión cuando se define el hurto o robo de automóviles. Hemphill define el hurto como "taking and carrying away"[50] y en términos análogos se expresa Black: "Larceny: the unlawful taking and carrying away of property of another with intent to appropiate it to use inconsistent with latter's rights".[51]

El hurto de vehículos es conceptualizado en los mismos términos: "the taking and carrying away of a motor vehicle".[52]

El apoderamiento es un tomar posesión. La posesión en cuanto hecho toma en cuenta dos aspectos: detentación y control; es precisamente este control el requerido para que pueda hablarse de "apoderamiento".[53]

En síntesis, el concepto de hurto en el Common Law oscila entre el "llevarse" (sustraer) y el "controlar" (facultad de disponer).

CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones expuestas es posible pasar a contestar el cuestionario planteado:

A) Sobre el momento de perfeccionamiento del hurto y del robo no hay acuerdo en la doctrina (en una polémica milenaria):

1. La posición mayoritaria exige el apoderamiento, entendido como la posibilidad que haya tenido el agente de disponer del bien como propio, sin obstáculos.

Sobre este primer punto conviene precisar:

a) No basta que el agente haya tenido la posibilidad de destruir el bien:

"La disponibilidad objetivamente necesaria para la consumación del hurto es la mera posibilidad de disponer de la cosa, pero hay que tener en cuenta que esto no puede reducirse a la posibilidad de que el sujeto destruya la cosa. Cuando el sujeto ha tenido únicamente la posibilidad de destruir la cosa y ninguna otra más (usarla, consumirla, donarla, venderla, etc.) no puede considerarse que el delito se haya consumado".[54]

b) La posibilidad de disponer de la cosa por parte del ladrón debe ser real, sin tropiezos, sin obstáculos.

"La tenencia de la cosa debe reflejar para el hurtador un real estado de opción y libertad, donde sin interferencias ni estorbos pueda privilegiadamente por sí y ante sí, ejercer actos de potestad, imperio y dominio como si se tratara del legítimo señor del bien, posibilidad que correlativamente pierde el derechohabiente toda vez que resulta imposible admitir que la cosa se halla bajo el poder coetáneo y excluyente de dos individuos".[55] "Lo que interesa es que el autor pueda disponer. . . sin nudos ni tropiezos".[56]

c) Si bien es cierto que para que haya apoderamiento debe haber sustracción (de la esfera del propietario) y si bien en realidad ya con el "desapoderamiento" (o sustracción) puede haber lesión de valores jurídicos, la ley habla de "apoderarse" (y no simplemente de "desapoderar" a otro), lo que significa que exige una toma de titularidad aparente de situaciones jurídicas (carente de eficacia saneante por su ilicitud radical).

La ley no exige, evidentemente, una verdadera (jurídica) facultad de disposición; esto no es posible; no puede haber titularidad válida donde hay vicio. Lo que en realidad interesa es el apoderamiento material con apariencia de legítimo; es la posibilidad que tenga el ladrón de aparecer como

---

49. Loc. ult. cit.
50. HEMPHILL, *The dictionary of practical Law*, Prentice Hall, 1979, p. 214.
51. BLACK, op. cit., supra 47, p. 792.
52. Op. ult. cit., p. 123.
53. Op. ult. cit., p. 1047.
54. VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 110 cit. a ZAFFARONI.
55. VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 108.
56. Op. ult. cit., p. 109.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

propietario para disponer del bien hurtado o robado.

2. Otra posición, bastante generalizada considera consumado el delito cuando la cosa sale de la esfera de custodia del propietario (o detentador), entendiéndose "esfera de custodia" en sentido jurídico. La cosa no se considera "salida" de esta esfera cuando el detentador puede ejercitar materialmente actos sobre el bien, si está a su alcance y a su disposición.[57]

Sobre el concepto de "esfera de custodia" conviene precisar:

a) Que uno de los criterios reiteradamente usados por nuestra jurisprudencia es el de si el bien está o no "a la vista".

En efecto, se ha expresado:

> "el automotor fue sustraído de la esfera de poder del damnificado en *forma total,* a más de que cuando se inició la persecución *ya no tenían a la vista el vehículo".*[58]

> "debe tenerse como autora responsable de hurto consumado y no en grado de tentativa, ya que por la distancia a que fue detenida, *luego de haber sido perdida de vista,* bien pudo realizar actos dispositivos".[59]

b) El hurto es típicamente un delito contra la propiedad. El bien jurídico tutelado es una de las manifestaciones de la propiedad; ésta, más que un derecho, es un conjunto de derechos (usar, vender, donar, arrendar, defender, construir, transformar, perseguir el bien, poseerlo, usufructuarlo, etc.). Mientras el propietario no haya sido privado de estas prerrogativas, o sea, mientras el propietario pueda seguir ejercitanto sobre el bien los atributos del dominio, no puede decirse consumado el hurto.

3. La teoría de la AMOTIO, según la cual, con el movimiento de la cosa se cumple el supuesto penal típico, no parece tener gran apoyo actualmente, inclusive se considera abandonada legislativa, jurisprudencial y doctrinalmente.

Sobre esta doctrina conviene precisar:

a) La simple amotio no responde al concepto de "apoderarse":[60] la adquisición del poder de disponer sobre una cosa no se logra por el simple hecho de tocarla o moverla, como se pretendía antiguamente.

b) De acuerdo con Jiménez de Asúa (análisis del tomo IV de la obra de Gómez) "la cuestión no está en el espacio, sino en los actos jurídicos del agente".[61]

c) No constituye hurto consumado la "amotio" preparatoria.[62]

En conclusión:

Para el perfeccionamiento del hurto (y del robo) son en mi criterio necesarios dos momentos: la sustracción y el apoderamiento. Mientras el ladrón no se haya llevado la cosa de la esfera de custodia del propietario o detentador (la que no coincide con su casa, como se ha aclarado, pues inclusive la calle puede considerarse parte de la esfera de custodia y actividades) y mientras no tenga la libre disponibilidad no hay hurto ni robo; a lo sumo habrá tentativa, si no otro delito.

B) El segundo punto ya ha sido contestado: validez de la doctrina de la "amotio": ya se aclaró que hoy se considera superada y empírica.

C) En cuanto a los criterios hoy prevalecientes, también ya se aclaró que son el del apoderamiento (en primer lugar) y el de la sustracción de la esfera del detentador (en segundo lugar).

Ch) El último punto consultado debe ser contestado negativamente:

De acuerdo con los términos de la póliza existe como *exclusión* "el forzamiento o robo parcial de cualesquiera de los accesorios o partes útiles del automóvil, cuando no sea consecuencia del robo total del vehículo".

---

57. SOLER, op. cit., supra 9, p. 165.

58. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. B. núm. 289 de 16 hrs. de 22 de diciembre de 1981.

59. Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Primera, núm. 191 de 13:50 hrs. del 24 de agosto de 1981. Obsérvese que se usa también el criterio de apoderamiento (facultad de disponer).

60. Así SOLER, op. cit., supra 9, p. 163.

61. Op. ult. cit., p. 165.

62. Op. ult. cit., p. 166.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En consecuencia, no puede cumplirse el supuesto indemnizatorio del seguro de robo cuando el vehículo sigue dentro de las posibilidades de establecer materialmente contacto con él, no se ha perdido de vista, no ha salido de la esfera del propietario y mucho menos ha entrado dentro de la libre y sin obstáculos posibilidad de disposición del agente. Esto es así cuando el vehículo se mueve *cerca* de la cochera donde estaba estacionado, aunque se le extraigan algunos accesorios. En este ejemplo se produce la "amotio preparatoria" (antes aludida), pero no se produce la "ablatio" (sustracción) ya que el vehículo sigue a la disposición de su detentador, pues no ha salido de su esfera de custodia, ya que ésta no se identifica con un recinto determinado, sino que tiene que ver, como se ha estudiado, con la facultad del detentador de restablecer contacto con la cosa en cualquier momento, por tenerla a su vista y a su alcance.

D) **Consideraciones finales:**

Para concluir conviene recordar tres detalles:

a) en caso de duda sobre si un hecho es hurto o tentativa de hurto debe estarse por lo segundo en virtud del principio "in dubio pro reo".

"Si no resulta suficientemente indicado el delito que se proponía realizar el agente, se presumirá que sus actos se dirigían a cometer el de menor gravedad".[63]

b) El seguro de robo presenta un especial riesgo moral que exige la mayor cautela.
"Una de las más inusuales características de los seguros de hurto y robo es el *alto grado de riesgo moral* y la creciente posibilidad de pérdidas, por causa de fraude o deshonestidad de los mismos asegurados".[64]

c) De acuerdo a la lógica de la póliza carecería de sentido la exclusión comentada si se indemnizaran los casos de robo parcial donde por una simple "amotio" se considera consumado el delito, sin que el bien haya realmente salido de la posibilidad del propietario de retomarlo inmediatamente y sin que se haya producido verdaderamente el apoderamiento que exige la ley. La amotio preparatoria es considerada acto instrumental, no consumativo; ella puede configurar tentativa (u otro delito) pero no hurto o robo consumados.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALBANESE, Bernardo, Furto. *Introduzione storica.* Enciclopedia del Diritto, tomo 18, Giuffrè-ed, Varese, 1969.

ARIAS RAMOS, *Derecho Público romano e historia de las fuentes,* Ceres, Valladolid, 1964, p. 124.

BICKELHAUPT, David, *General Insurance.* Irwin, 1983.

BLACK, Henry, *Black's Law Dictionary,* West Publ. Co. St. Paul. Minn. 1979.

BRASIELLO, Ugo, Furto, *Diritto Intermedio.* Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino.

CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio jurídico,* Heliasta, Buenos Aires, 1974.

CASTILLO, Francisco, *El hurto de uso,* Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 15.Corte Suprema de Justicia, Revista Judicial, San José, marzo de 1980.

HEMPHILL, *The dictionary of practical Law,* Prentice Hall, 1979.

MANTOVANI, Ferrando, Furto, *Diritto penale comune,* Novissimo Digesto italiano, UTET, Torino.

PECORELLA, Gaetano, Furto, *Enciclopedia del Diritto,* tomo 18, Giuffrè-ed, Varese, 1969.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino,* TEA, Buenos Aires, tomo IV, 1963.

VALENCIA, Jorge Enrique, *La acción material constitutiva del hurto en el nuevo Código Penal de Colombia,* Revista Judicial, núm. 27, Corte Suprema de Justicia, San José, diciembre de 1983.

63. Sala de Casación, 10:05 hrs. de 23 de marzo de 1949, I.s, I.T., p. 282.

64. BICKELHAUPT, David. *General Insurance.* Irwin, 1983, p. 646.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PSICOLOGÍA FORENSE (JUDICIAL-LEGAL): SUS ORÍGENES, CONFIGURACIÓN, FUNCIONES, MÉTODOS Y FINALIDAD

LIC. JORGE ALBERTO GONZÁLEZ PINTO
Psicólogo Clínico Forense

CAPÍTULO I

ORIGEN Y CONFIGURACIÓN DE LA PSICOLOGÍA FORENSE

SUMARIO

Pág.

Introducción 212

I. Breve reseña histórica de la Psicología 212
A. Origen de la Psicología 212
a) Etapa precientífica 213
b) Etapa científica. 214
B. Definición y relación con otras ciencias 216

II. Origen y desarrollo de la intervención de la Psicología en la administración de la justicia 217

III. Áreas o esferas psicológicas configurativas de la Psicología Forense 218
A. Psicología Experimental 218
B. Psicología Social 219
C. Psicología de la Personalidad 222
D. Psicología Evolutiva. 224
E. Psicología Clínica 226
a) Psicodiagnóstico y evaluación 226
b) Psicoterapia 229
c) Programas comunitarios de salud mental 231
d) Investigación 231

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

INTRODUCCIÓN

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

En las últimas décadas la ciencia psicológica ha tomado un considerable auge que le ha permitido, gracias a los modernos medios de comunicación, al desarrollo y experimentación de nuevas técnicas y a una mayor producción literaria, gozar de identidad profesional propia, definiendo así su función, utilidad y relevancia en el mundo de hoy.

Podemos decir que en la actualidad, gran cantidad de países cuentan con los servicios de los profesionales en Psicología y que éstos a su vez, o bien se dedican a aspectos generales y experimentales de la misma, o bien se han especializado en las áreas de Clínica, Laboral-Industrial y Educativa-Escolar, las cuales se encuentran claramente enmarcadas en campos definidos de acción.

Sin embargo, año tras año, surgen nuevas necesidades y la Psicología, como ciencia dinámica que es, no escapa a estas demandas, debiendo revisar constantemente sus funciones y métodos, extendiéndose, si fuese del caso, hacia nuevos horizontes de acción.

Desde hace mucho tiempo, y como expondré con detalle más adelante, el Derecho en sus diversas áreas, y como profesión encargada de los complejos mecanismos de las leyes y de la administración de la justicia, ha hecho uso en forma empírica de nociones y conceptos de claro contenido psicológico como auxiliar en sus funciones, obteniendo beneficios de importancia y resultados en general positivos.

Actualmente, y debido a un conocimiento más amplio de las posibilidades y funciones del psicólogo, el Derecho y la administración de la justicia han hecho uso de éste, pero con el inconveniente de que, a pesar de que este profesional tiene real formación en el área psicológica, no la tiene en su relación con el Derecho, por lo que, si bien se elimina la práctica empírica para dar paso a la aplicación científica, quedan hondos baches por falta de especialización en la materia.

Por esta razón, y por la importancia que reviste para la administración de la justicia la intervención del psicólogo en diversas fases del proceso judicial, hecho que explicaré y trataré de demostrar en el momento oportuno, creo de vital importancia la colaboración y la especialización del psicólogo en esta área, para que, junto con otros profesionales ajenos al Derecho, presten la colaboración necesaria en el complejo campo de la justicia.

II. OBJETIVOS.

Por tanto, el presente trabajo tiene cuatro objetivos básicos:

1. Configurar la psicología forense (judicial-legal).
2. Delimitar sus funciones, metodología y finalidad.
3. Determinar los requisitos del psicólogo especialista en materia forense. Y
4. Lograr mediante la obtención de los dos objetivos anteriores, señalizar y fijar un nuevo campo de acción para el, psicólogo y brindar una fuente de información y consulta para los abogados y para otros tantos profesionales involucrados en la difícil y ardua tarea de ayudar a construir un mundo mejor, a través de una sana y científica administración de la justicia.

I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA PSICOLOGÍA

A) Origen de la Psicología.

Es necesario señalar en forma concisa los aspectos más sobresalientes referentes al desarrollo histórico de la Psicología con sus principales tendencias ideológicas y áreas de estudio, ya que de este modo el lego en la materia podrá comprender de manera clara y ordenada los orígenes, fundamentos y campo de acción de esta ciencia, para así exponer posteriormente lo que a la Psicología Forense (judicial-legal) como tal se refiere. La palabra psicología se compone de elementos griegos, aunque no se originó en Grecia. Fue creada en el siglo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

XV para referirse a un aspecto del estudio del ser espiritual. Dicho estudio, como un todo, se llamaba Neumatología y la psicología era la parte de él que se ocupaba del alma humana.

En 1732, CHRISTIAN VON WOLFF usó esta palabra para denotar el análisis filosófico secular y la interpretación de los fenómenos mentales. Luego DAVID HARTLEY en 1748 la empleó con el mismo significado.

No fue sino hasta mediados del siglo XIX cuando su referencia se desplazó del estudio predominantemente filosófico de los fenómenos mentales a uno predominantemente científico.

Por lo tanto, la historia de la Psicología la podemos dividir en dos grandes periodos:

- La precientífica que se expande desde el trabajo de los filósofos griegos hasta la segunda mitad del siglo XIX y
- La etapa científica que se extiende desde el año 1879 hasta la actualidad.

a) Etapa precientífica.

Entre las teorías desarrolladas en la etapa precientífica por los filósofos griegos para explicar la conducta, se encuentra la de los *"Tipos Constitucionales"*, la cual en sus inicios fue llevada a cabo por HIPÓCRATES, médico griego, aproximadamente 400 años antes de Cristo.

HIPÓCRATES sostenía que el cuerpo humano estaba compuesto de 4 líquidos o *"humores"*: la sangre, la bilis amarilla, la bilis negra y la flema. El creía que cuando uno u otro de estos líquidos tenía predominancia en la economía del organismo, el exceso de líquido producía una conducta particular. Por ejemplo, si una persona sufría de exceso de bilis amarilla se creía que era agresiva y excitable; mientras que otra que tenía predominancia de bilis negra, se pensaba que era tranquila y retraída.

Otro problema que atrajo el interés de los filósofos griegos de la época remota, y de muchos filósofos de épocas posteriores estaba relacionado con las vinculaciones existentes entre la *"mente"* y el cuerpo. Algunos filósofos creían que existían profundas relaciones entre las dos cosas, mientras que otros tenían la tendencia a pensar que eran relativamente independientes. Así, HERÁCLITO DE EFESO consideraba que el alma no era más que una emanación del fuego, de la que también estaba constituido el cuerpo, siendo la diferencia entre una y otra el grado de desarrollo que aquél había alcanzado. Según PLATÓN, el alma debería ser considerada como descompuesta en una parte *terrestre* y otra *ulterior.* FILO, posteriormente, mantiene el criterio de que el alma sería originada del *"pneuma divino"* mientras que el cuerpo procedería de la tierra.

Por otra parte, DESCARTES, frecuentemente considerado como el primer gran filósofo moderno, estableció una diferencia entre la sustancia pensante y la extensa, y creía que gran parte de nuestro conocimiento era innato; o sea, que el hombre nace con ciertas ideas, por ejemplo, la de Dios. De manera opuesta, JOHN LOCKE pensaba que el hombre al nacer era una *"tábula rasa"*, es decir, una pizarra en blanco sobre la cual escribe la experiencia. Sostenía que la justificación de nuestras creencias debe hallarse en la experiencia sensorial.

Por otro lado y en cuanto a la naturaleza humana, ROUSSEAU mantenía la posición de que el hombre es básicamente bueno, y que solamente se hace malo por la influencia de la sociedad. Otros, como SPENCER, mantenían lo contrario, es decir, que el egoísmo y la agresividad del hombre, que se creían innatos, y otras características, son dominadas únicamente por el control ejercido por la sociedad.

Sin embargo, dos aspectos de interés, uno de la Filosofía y otro de las ciencias biológicas y físicas han tenido que ver probablemente más que cualquier otra cosa para transmitir a la Psicología inicial su primitiva naturaleza. El primero lo encontramos en la Filosofía inglesa del siglo XIX y se refiere al carácter de las ideas, y a saber cómo las ideas se asocian en la mente. El segundo se encuentra en las creencias biológicas, surgidas en aquella época en Alemania y se refiere a los procesos sensoriales.

Entre los filósofos ingleses del siglo XIX tenemos a JOHN STUART MILL, quien desarrolló una teoría, en la que *"las ideas complejas no siempre son asunto de composición; se puede decir que resultan de las ideas simples, que son generadas por ellas, pero que no consisten en ellas, justamente como en los complejos químicos en que aparece algo que no estaba presente en los elementos tomados separadamente"*.[1]

1. STUART MILL, cit. por WHITTAKER, J. *"Psicología"*. Nueva Editorial interamericana, segunda ed. México, 1970. pág. 4.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

El segundo problema de interés que influyó considerablemente sobre el desarrollo inicial de la Psicología se refiere al funcionamiento de los órganos de los sentidos: WEBER mostró gran interés en el estudio de las relaciones que existen entre los cambios en el ambiente físico y la capacidad humana para advertir tales cambios. Descubrió que en realidad no existía una relación de uno a uno entre las dos esferas. En otros términos, existe la tendencia a advertir diferencias no en términos de magnitud absoluta, sino en términos de la relación existente entre las diferencias y el *standard.*

Este descubrimiento de WEBER fue considerado por FECHNER como una revelación en la que vio la relación matemática que existe entre lo físico y lo psicológico, quedando demostrado por primera vez que los fenómenos psicológicos pueden ser cuantificados e investigados por medio del empleo del método científico.

b) Etapa científica.

De esta manera se da paso a la Psicología científica, siendo WILHELM WUNDT, considerado como el padre de la misma, su impulsor al establecer en Leipzig en el año 1879 un laboratorio de Psicología.

El sistema de Psicología fundado por WUNDT, que tuvo como defensores y expositores, entre otros, a OSCAR KULPE, EDWARD TITCHENER, EBBINGHAUS y MULLER, es conocido por el nombre de *"estructuralismo"*, ya que sus miembros se interesaban por el descubrimiento de la estructura o anatomía de los procesos conscientes. La materia del estructuralismo era, pues, la conciencia.

En muchos aspectos, el interés de los primeros estructuralistas era paralelo al de muchos filósofos ingleses del siglo XIX. Sin embargo, diferían en los métodos de investigación, ya que mientras los filósofos empleaban los métodos tradicionales de la Filosofía, los estructuralistas usaban el método experimental, siendo el más conocido el de *"introspección"*. El significado literal del término es *"ver hacia adentro"*: en los experimentos realizados por WUNDT un sujeto recibía instrucciones para relatar tan objetivamente como fuera posible, su experiencia consciente durante el proceso de captar y juzgar los estímulos. En resumen, el sujeto examinaba y descubría sus propias experiencias conscientes en condiciones controladas de laboratorio. La conclusión a que llegaron después de muchos experimentos fue que todos los procesos conscientes consisten básicamente en tres elementos: sensaciones, imágenes y sentimientos; diciendo además que estos elementos se combinan de tal manera en la mayor parte de las actividades conscientes, que el resultado final significa, no simplemente la suma de estos elementos, sino algo totalmente diferente de los elementos que intervienen. Los estructuralistas estaban interesados en saber qué es lo que sucede y cómo, pero no por qué sucede.

A raíz de esto, surgieron otros psicólogos como WILLIAM JAMES (iniciador del desarrollo de la Psicología en Norteamérica), JOHN DEWEY, CATTELL, y otros que estaban interesados en la utilidad de los procesos conscientes y no simplemente en el estudio de estos procesos por sí mismos, naciendo entonces el *"Funcionalismo"*, cuyo objeto se definía como *"la utilidad fundamental de la conciencia"*. Sus métodos eran experimentales, usando incluso la introspección, pero sin limitarse a ella. El funcionalismo, reforzado por la Psicología Médica y Diferencial encontró puesto para el individuo, el niño, el adolescente, el anciano, el anormal (en términos sociales, intelectuales y emocionales) y la mente animal.

Así mismo, se hace necesario mencionar la contribución de la corriente existencialista, con representantes como MARTIN HEIDEGGER, que plantea en la investigación del sentido del Ser, lo que ha llamado el carácter del *"dasein"*, que trata de la estructura del *"existente que yo soy"*. El dasein determina el *"ser en el mundo"*. El hábito, emprender, ejecutar, informarse, preguntar, decidir, permitir, son algunas de las formas del *"ser en"* del dasein. Otros importantes representantes de esta corriente son SARTRE y JASPERS. El primero, contemplando siempre en primer plano el tema de la libertad y el segundo, sosteniendo que el misterio de la existencia está constituido por la trascendencia.

En último término, para finalizar esta breve reseña histórica, es fundamental señalar la existencia de tres escuelas de la Psicología contemporánea, que con sus aportaciones han logrado afianzar esta ciencia, y juegan un papel preponderante en el mundo del Psicólogo actual. Dichas escuelas son: la Gestalt, el Psicoanálisis y el Conductismo.

La palabra alemana *"Gestalt"* se puede traducir como *"forma"*, *"organización"* o *"configuración"*. Entre los principales representantes de esta escuela figuran WERTHEIMER, KOFFKA, y KOHLER, siendo el primero, quien en el año 1912

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

llevó a cabo un importante trabajo sobre el estudio del movimiento aparente (fenómeno PHI), que es el movimiento captado sin que se capte lo que se mueve, mostrando con esto que el movimiento aparente provocado por estímulos sucesivamente desplazados, no puede ser el resultado de ninguna clase de composición de las experiencias parciales. Por otra parte, sostenían que el intento de comprender los fenómenos por medio del análisis de los elementos que lo constituyen resultaría estéril.

Según KOFFKA, la Psicología de la Forma intenta aportar explicaciones para los procesos más complejos, mediante conceptos que son aplicables a los procesos más sencillos, sin destruir lo más mínimo la diferencia entre ambos procesos. Un concepto fundamental de la Gestalt es que el todo es más importante que la suma de las partes que lo componen.

Una gran parte del trabajo de los psicólogos de la Gestalt se refiere a la percepción, área en la que formularon seis leyes fundamentales:

1. Ley de la proximidad: *"La unión de las partes que constituyen la totalidad de un estímulo tiene lugar, en igualdad de condiciones, en el sentido de la mínima distancia".*
2. Ley de la igualdad: *"Si son varios los elementos activos de diferente clase, entonces hay una tendencia a reunir en grupo los elementos de igual clase".*
3. Ley del cerramiento: *"Las líneas que circundan una superficie son, en idénticas circunstancias, captadas más fácilmente como unidad que aquellas otras que se hallan unidas entre sí".*
4. Ley de la Buena Curva o del Destino Común: *"Aquellas partes de una figura que forman una buena curva o tienen un destino común forman con facilidad unidades".*
5. Ley del Movimiento Común: *"Se reúnen aquellos elementos que, conjuntamente se mueven del mismo modo o que se mueven reposadamente en oposición a otros".*
6. Ley de la Experiencia: *"La Psicología de las formas reconoce el valor de la experiencia conjuntamente a los factores citados. Para la Psicología de la Forma, experiencia individual quiere decir tanto como 'constancia' de una reacción en y para sí, natural del sistema óptico".*[2]

La Psicología de la Forma se ha ocupado además de los fenómenos perceptivos, de otros importantes procesos en el campo psicológico. Entre ellos tenemos los fenómenos mnémicos, los fenómenos de evocación, la voluntad y sentimiento, la conducta social, el aprendizaje y el pensamiento.

El psicoanálisis: Es un método de observación, una terapia y una teoría fundada y desarrollada por SIGMUND FREUD. Para éste, la mente se componía de dos partes: consciente e inconsciente. En el consciente están las ideas y sentimientos que pueden expresarse libremente por medio del lenguaje. El inconsciente es la parte desconocida del funcionamiento mental.

FREUD estableció tres estructuras de importancia para explicar la personalidad: id, ego y superego.

El id o lo impersonal son las tendencias instintivas con que nace el individuo, las cuales proporcionan la energía psíquica necesaria para el funcionamiento del ego y el superego. El id es inconsciente y *"el principio del placer"* es el que determina el trabajo de éste. Esta parte de la personalidad por consiguiente se refiere sólo a la satisfacción de las necesidades biológicas básicas y de evitación al dolor.

El ego o el yo se deriva del id. Su función principal es la de servir de mediador entre las demandas instintivas del id y la realidad. *"El principio de realidad"* es el medio por el cual opera el ego, siendo éste en general consciente o accesible a la consciencia.

El superego o superyo es la parte moral de la personalidad y es el último en desarrollarse. Representa lo ideal y tiende a la perfección. Consiste en restricciones y obstáculos a la satisfacción de las necesidades biológicas, especialmente sexuales.

Existe así un equilibrio entre las tres partes de la personalidad, determinándose ésta no sólo por la interacción de dichas partes, sino también por los procesos que aparecen durante las sucesivas etapas del desarrollo psicosexual. Estas etapas, de acuerdo a la teoría psicoanalítica, las atraviesa el individuo durante sus cinco primeros años de vida y son: oral, anal, fálica, latente y genital.

A su teoría FREUD añadió la interpretación

2. Cfr. PIGA SÁNCHEZ-MORATE, B. *"Psicología y psiquiatría en el procedimiento penal"*. Editorial Marbán, Madrid, 1953. Págs. 65-66.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de los sueños, la explicación de los *"lapsus linguarum"* y de los errores en la escritura y una versión de los orígenes psíquicos del arte, de la religión y de la sociedad.

Luego vendrían los Neofreudianos representados entre otros por KAREN HORNEY, FROMM, SULLIVAN, JUNG y ADLER, quienes difieren de las ideas de FREUD en el sentido de que dan mayor importancia al papel que juega la cultura en el desarrollo de la personalidad, que a los instintos o procesos biológicos.

El Conductismo: La ciencia moderna de la conducta se inició en realidad a principios del siglo XX con las investigaciones de I.P. PAVLOV, que demostró cómo gran parte de la conducta animal se podía estudiar y explicar sin necesidad de conceptos mentalistas y realizó estudios sobre los reflejos condicionados, y con las de E.L. THORNDIKE con su Ley del Efecto: *"De las distintas respuestas adoptadas frente a una misma situación, las que acompañan a la satisfacción del animal, o las que se presentan inmediatamente después de tal satisfacción, si las otras circunstancias no varían, quedarán más firmemente conectadas a esta situación, de manera que cuando ésta se presente de nuevo, habrá mayores posibilidades de que se presenten las mismas respuestas; las respuestas que se acompañan de algún malestar, también en igualdad de circunstancias, sufrirán una debilitación de sus conexiones, de manera que si esta misma situación vuelve a presentarse, habrá menor número de probabilidades de que esas respuestas se presenten. Mientras mayor sea la satisfacción o el malestar, mayor será el fortalecimiento o la debilitación de ese lazo".*[3]

Luego aparecería JOHN WATSON quien tomó a PAVLOV como el patrono de la revolución conductista. WATSON clamaba que la predicción y el control habrían de ser la base de cualquier ciencia efectiva de la conducta humana, que en esa época sólo era un artículo de fe y no una realidad demostrable, pero WATSON probó que sus afirmaciones no tenían nada de inverosímiles, al comprobarlo experimentalmente aplicando los principios de condicionamiento de PAVLOV.

Más adelante, B.F. SKINNER llevó a cabo el condicionamiento operante y aplicó la Ley del Efecto, a fin de obtener experimentalmente un control poderoso sobre la conducta de organismos particulares. Él y sus colegas analizaron las propiedades de control que tienen las contingencias de reforzamiento especializadas, que se conocen con el nombre de programas de reforzamiento, y defendieron con éxito, la proposición de que es el medio lo que moldea y controla la conducta. El reforzamiento permitió que hubiera un grado elevado de predicción y de control sobre la conducta del animal particular con el que se estaba trabajando. Este tipo de resultados permitió que se argumentara con fuerza en pro de la aplicación de los principios de reforzamiento a la condición humana.

Es así como a partir de sus comienzos en el laboratorio, el análisis experimental de la conducta ha recibido una ampliación tan grande, que ahora se emplea en hospitales para enfermos mentales, instituciones para retardados, guarderías, centros de estudio, centros de adiestramiento, prisiones, instituciones educativas y clínicas para pacientes externos. Actualmente no sólo se investigan técnicas para modificar problemas conductuales, sino que también se están sugiriendo nuevas tácticas para prevenir los problemas de la conducta.

B) Definición y relación con otras ciencias.

Una vez señalados en forma breve los aspectos históricos y las principales escuelas de la Psicología contemporánea, cabe recordar que ésta está íntimamente relacionada en mayor o menor intensidad con otras disciplinas, tales como la Medicina, la Antropología, la Sociología, la Biología, la Fisiología, la Economía, las Ciencias Políticas, la Bioquímica, etc. . . y puede ser definida como la ciencia que estudia la conducta de los organismos; entendiendo por conducta o comportamiento aquellos actos que puedan ser observados, registrados y estudiados.

En lo que concierne a las diferentes áreas de estudio que comprende la Psicología, por ahora sólo bastará apuntar que el psicólogo es ante todo un psicólogo, ya que no existe una línea divisoria que separe absoluta ni exactamente los aspectos de las especializaciones según el entrenamiento o los intereses de la investigación. Los distintos especialistas y de acuerdo a las necesidades de cada investigación o trabajo en particular, pueden usar diver-

3. THORNDIKE, E., cit. por WHITTAKER, supra nota 1. pág. 211. El primer autor en 1911 formuló la citada *"Ley del Efecto"*.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sos métodos tales como de escrutinio y de campo, los clínicos, los psicométricos, etc.

En el momento oportuno, se hará un detenido análisis de aquellas esferas de estudio en Psicología, que en mayor o menor grado conforman la especialización forense (judicial-legal), campo que en adelante ocupará nuestra atención.

II. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA INTERVENCIÓN DE LA PSICOLOGÍA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA

A lo largo de la historia y con el móvil de esclarecer la verdad, un conjunto de nociones, pruebas y conceptos de evidente contenido psicológico, han sido utilizados por personas ajenas a esta disciplina, en su gran mayoría encargados de la administración y aplicación de leyes y castigos.

Ejemplo de lo anterior, son relatos tan conocidos como la *"prueba del arroz"* que empleaban en la remota antigüedad los jueces persas. Dicha prueba consistía en hacer tragar rápidamente cierta cantidad de arroz inmediatamente después de finalizada una declaración. Se decía que por voluntad de los dioses todas las personas que hubiesen dado una falsa declaración no podrían tragar el cereal. El fundamento científico de esta prueba, aparentemente ingenua, consiste en que todo estado emocional intenso inhibe la secreción salival, por lo que resulta imposible el tragar arroz seco. Si bien no servía para detectar la veracidad del testimonio, sí era de utilidad para conocer el estado emocional de la persona al declarar.

No es sino hasta finales del siglo pasado cuando se da la intervención del psicólogo en los asuntos relacionados con la administración de la justicia, aunque en esa época dicho profesional sólo disponía de escaso material empírico. Por otra parte, los expertos en Psicología raras veces eran requeridos por los tribunales de justicia y, por consiguiente, se presentaban escasas oportunidades de reunir *"casos"* en gran escala. Asimismo, si alguien les solicitaba ayuda, generalmente se trataba de la defensa, de manera que se encontraban con una selección unilateral. Su actividad, por tanto, se limitaba a investigaciones de laboratorio o a problemas de naturaleza psicológica general.

En los inicios del presente siglo se planteaba la deficiencia de los testimonios, por lo que en el año 1902 W. STERN manifestaba: *"El recuerdo defectuoso es la excepción, no la regla".*[4] Sin embargo, prácticamente no se hizo esfuerzo de ningún tipo para establecer mediante criterios científicos la credibilidad de los testimonios.

Fue hasta más tarde cuando los expertos en Psicología empezaron a reunir a través de la práctica, una amplia gama de material empírico. Inicialmente el interés se centró en los testimonios de los jóvenes, principalmente en los casos de delitos sexuales, para posteriormente abordar otros campos, una vez que se estableció que los psicólogos podían prestar gran ayuda en la aclaración de los hechos de un caso concreto.

Es así como hoy día, el psicólogo puede y debe jugar un importante rol en el campo de la administración de la justicia, haciendo uso de una serie de métodos tales como la comprobación minuciosa de la anamnesis, el análisis de la situación social desde el punto de vista psicológico-social, el examen con procedimientos de *tests* psicométricos y de psicodiagnóstico de máxima validez y otros que serán analizados más adelante, para de este modo poder dar su aporte y colaborar en aspectos tan relevantes como peritajes sobre la veracidad del testimonio, responsabilidad penal, obtención de la evidencia delictiva, comprensión del delito (motivación psicológica del mismo), responsabilidad civil, asuntos laborales, rehabilitación social mediante tratamiento, entrenamiento del personal de prisiones, medidas educativas y ocupacionales, prognosis de la excarcelación, asesoramiento de grupo e individual, programas profilácticos y otros, que conjuntamente con los ya citados, serán analizados y desarrollados donde corresponda a través del presente estudio.

Conforme a lo anterior y de acuerdo con la

4. STERN, W., cit. por ARNOLD, W. y otros. *"Diccionario de psicología"*. Ediciones Rioduero; Madrid, 1979. III Pág. 107.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

nómina parcial de aspectos del campo de la justicia en los que el psicólogo puede intervenir prestando su colaboración, se puede observar que el éxito en su participación implica la necesidad de conocer diversas áreas o esferas del ámbito psicológico (además de las de otras profesiones), las cuales, en su conjunto, vendrían a configurar la especialización forense y darían los fundamentos para la perfilización del profesional que la ejerce.

III. ÁREAS O ESFERAS PSICOLÓGICAS CONFIGURATIVAS DE LA PSICOLOGÍA FORENSE

Dentro del terreno psicológico, las áreas más importantes para establecer la función psicológica forense son:

A) Psicología experimental.

En los últimos 25 años la Psicología ha ampliado su campo de acción y el impacto social de sus investigaciones ha sido notablemente reconocido.

En esta etapa, la Psicología Experimental o el Método Experimental, como en la actualidad es más válido reconocer, ya que no se limita a estudios sobre la percepción, el aprendizaje y las bases fisiológicas del comportamiento que antes constituían su interés primordial, ha atravesado por una serie de acontecimientos importantes que la han ubicado en un lugar privilegiado en el mundo psicológico de hoy.

Entre los eventos más relevantes citaremos los siguientes:

a) Ampliación del campo de trabajo.

El método experimental se ha extendido a una gran cantidad de ramas de la Psicología, apareciendo así estudios sobre Psicología Social Experimental, Psicología Infantil Experimental, Psicología Experimental de la Motivación, Psicología Experimental de la Personalidad, Psicología Experimental del Desarrollo, Psicología Experimental del Pensamiento, Psicología Experimental del Aprendizaje, etc.

Es necesario aclarar que este método no es el único utilizado en Psicología, existiendo otros como el método Correlacional, la Observación Controlada y otras técnicas no experimentales de gran validez. Así mismo es importante no confundir experimental con laboratorio, ya que muchas investigaciones que utilizan el método experimental se llevan a cabo en situaciones de la vida real y no formalmente en un laboratorio.

b) Refinamiento tecnológico.

A pesar de la no equivalencia entre Psicología Experimental y Psicología de Laboratorio, los psicólogos han aprovechado el avance tecnológico y el desarrollo de la Ingeniería y la Bioingeniería para aplicarlos a sus problemas, considerándose la construcción de importantes aparatos mecánicos, eléctricos y electrónicos, como de gran utilidad para lograr una mayor exactitud en los datos obtenidos en las investigaciones. Hoy por hoy los laboratorios de Psicología cuentan con gran refinamiento tecnológico.

c) Creación de grandes centros de investigación.

Actualmente existen estos centros en una considerable cantidad de países entre los que se destacan Estados Unidos, Canadá, Alemania, Japón, Inglaterra, Holanda, Francia, Argentina, México y Brasil.

En dichos centros se utiliza el método experimental para abordar problemas en las diversas áreas de la Psicología ya mencionadas con anterioridad.

d) El análisis experimental del comportamiento.

La investigación y la aplicación de técnicas derivadas de los trabajos de B.F. SKINNER sobre condicionamiento operante, ha constituido uno de los desarrollos más importantes de la Psicología Experimental en los últimos tiempos, por su utilidad tanto como ciencia de laboratorio, como por su aplicabilidad a una amplia gama de problemas conductuales.

e) Psicología Experimental Aplicada.

Implica no sólo la aplicación de los hallazgos experimentales a problemas prácticos, sino también el diseño de equipos y sistemas de acuerdo con

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

las capacidades humanas en condiciones especiales, principalmente de estrés.

De acuerdo a la breve exposición sobre el método experimental en Psicología y al desarrollo sufrido en los últimos años, que le ha permitido afianzarse y extenderse por su aplicabilidad a amplios horizontes de acción en el mundo psicológico, podemos contemplar que, su importancia en la función psicológica-forense radica, en que gracias al avance tecnológico y a cuidadosas investigaciones, le permite gozar de mayor validez y fiabilidad en el empleo de sus principios técnicos al complejo y delicado campo de la justicia.

B) Psicología Social.

El interés primordial de la Psicología Social es la conducta social del hombre y el psicólogo social contemporáneo se encuentra atraído principalmente por el estudio de cómo interactúan en grupo los seres humanos, cómo afectan al hombre en su conducta las cosas que ha creado, cómo se forman y cambian las actitudes y cómo surgen los conflictos sociales.

Podemos definir Psicología Social como *"La ciencia que estudia aquellos aspectos de la conducta individual a los que afectan o sobre los que influyen estímulos sociales como son otras personas o los productos de la conducta".*[5]

Hablamos de *"ciencia"* ya que generalmente se acepta que este término significa un conjunto de conocimientos alcanzados gracias a la aplicación de una metodología particular que se conoce con el nombre de *"método científico"* y gran parte de lo que hoy denominamos Psicología Social, ha sido adquirido mediante tal método, al igual que es empleado por la Química, la Física o la Biología para la obtención de conocimientos.

El individuo constituye la unidad primordial de análisis para el Psicólogo Social, aunque también se interese por el estudio de grupos, ya sean grandes o pequeños, formales o informales. En otros téminos, lo principal es la atención que se presta a los efectos que un individuo ejerce sobre los grupos y los efectos que, a su vez, los grupos ejercen sobre él.

Por otra parte, el término *"conducta"* se refiere a aquellos actos de un organismo susceptibles de ser observados, registrados y estudiados; no limitándose a los actos verbales ni únicamente denotando conducta humana, ya que algunos datos experimentales se obtienen a través de estudios realizados con animales.

Asimismo, es importante la exactitud en las predicciones sobre la conducta y el control de la misma. En cuanto a la exactitud en la predicción, el psicólogo social revisa todo el espectro de la existencia humana en lo que se refiere a motivación por lo que resulta de mayor validez que la que se limita a una propia experiencia individual obtenida por un sujeto determinado. Cuando habla de *"controlar"* la conducta humana, el psicólogo social se refiere a alcanzar objetivos tales como eliminación de guerras, enfermedades, delincuencia, pobreza, racismo, etc. . . .

La Psicología Social estudia las relaciones interpersonales y al individuo como partícipe en situaciones de grupo, incluyendo situaciones intra e intergrupo, así como situaciones sociales donde participan personas que no constituyen grupos. Asimismo, constituyen su atención los efectos de los aspectos materiales y no materiales de la cultura. Por aspectos materiales se entienden los productos tangibles como las ciudades, los aeroplanos, las armas, etc. . . y por aspectos no materiales los valores, el lenguaje, las normas sociales, etc. . .

En lo referente a su desarrollo histórico, el estudio científico de la conducta social es relativamente reciente, a pesar de que F. ALLPORT en 1954 expresaba que *"el interés por el problema clave de la Psicología Social —la naturaleza social del hombre— es a la vez antiguo y persistente",*[6] cosa que se puede observar en La República de PLATÓN, en la que éste comenta que las naciones surgen porque los individuos no se bastan por sí mismos, afirmando que los grupos sociales se formaban ya que eran necesarios para el hombre. Asimismo, ARISTÓTELES manifestaba que el vivir en comunidad estaba en nuestra naturaleza innata y le atribuía al instinto el carácter gregario del hombre.

De acuerdo con HOLLANDER, la historia de la Psicología Social puede dividirse en tres períodos traslapados. El primero la *"Filosofía Social",* que se extiende desde la antigüedad hasta el presente, encontrándose su énfasis en la conjetura. El segundo llamado por dicho autor *"Empirismo So-*

5. Véase WHITTAKER, J. *"La psicología social en el mundo de hoy".* Editorial Trillas, México, 1979. pág. 24.
6. ALLPORT, F. cit. por Ibíd. pág. 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cial", abarca desde mediados del siglo XIX hasta el presente y su interés se centra en la descripción de la conducta social del hombre. El tercer período denominado *"Contemporáneo"*, empezó a principios del siglo XX y hace hincapié en el *"análisis social"*, primordialmente en las causas de la conducta social del hombre.

La Filosofía Social: Desde la antigüedad se ha especulado sobre la conducta social del hombre, pero fue en los siglos XVII y XVIII cuando los filósofos ingleses mostraron gran interés sobre el particular, surgiendo entonces los análisis sobre la naturaleza básica humana. Al respecto y como ya se describió en el apartado dedicado a una breve reseña histórica de la Psicología, ciertos filósofos como ROUSSEAU consideraban que el hombre es básicamente bueno, atribuyéndole a la sociedad su corrupción, mientras que otros como HOBBES, pensaban que el hombre era por naturaleza *"solitario, pobre, sucio y animalesco"*, siendo la sociedad la que lograba doblegar su naturaleza animal.

Posteriormente en Francia, A. COMTE afirmaba que en grupos, los hombres adquirían una *"mente de grupo"*, por lo que esto disminuía su autonomía individual y LE BON trataba de explicar la conducta social en base a lo que consideraba la propensión natural del hombre a imitar y dejarse influir. En la actualidad y como lo ha expresado HOLLANDER, estas ideas carecen de prestigio científico.

Empirismo Social: A partir de 1850 aumentaron los esfuerzos por describir la conducta humana. EMILE DURKHEIM, sociólogo francés, hizo uso de hallazgos empíricos para elaborar una teoría sobre la conducta social, insistiendo, en lo particular, en la importancia de lo que él denominaba *"representaciones colectivas"*, refiriéndose mediante este término a los valores o normas sociales (normas de conducta) que podían ser estudiadas por derecho propio. Así mismo afirmaba que tales valores eran en un principio, externos al individuo y funcionaban para *,"constreñirlo"*.

En Inglaterra Sir FRANCIS GALTON intentó aplicar las ideas de DARWIN al hombre mismo y confeccionó algunas de las primeras *"pruebas de inteligencia"*. Gracias a sus experimentos se preparó el escenario para una gran parte de la metodología de investigación a desarrollarse en el siglo XX. GALTON fue uno de los primeros en intentar medir o cuantificar sistemáticamente las diferencias psicológicas individuales.

Por otra parte, los antropólogos MALINOWSKI y BOAS, contribuyeron notablemente a la creación de la Psicología Social, por sus descripciones acerca de la gran diversidad de la conducta humana, que proporcionaron buena parte de las bases para el análisis social.

Análisis Social: La Psicología Social como se conoce hoy día comenzó en 1908 cuando se publicaron los primeros libros sobre el tema, como el de ROSS que estaba escrito de acuerdo a la tradición de sociólogos como LEBON Y DURKHEIM, y el de WILLIAMS MC DOUGALL que enfocaba al individuo.

Una de las personalidades más sobresalientes en el inicio de la Psicología Social moderna, F.H. ALLPORT, en un texto publicado en 1924 afirmaba que la conducta social es, en mucho, aprendida. Así mismo hacía énfasis en la importancia de una experimentación rigurosa en el campo, aunque no fue el primero en adoptar esta posición, ya que MOEDE, psicólogo alemán, alrededor de 1920 realizó un experimento para investigar los efectos que ejercían la presencia de otras personas sobre la ejecución individual.

Por esa misma época, el método de la medición de actitudes constituyó un factor importante para el ulterior desarrollo de la Psicología Social. BOGARDUS en 1925 creó una escala para cuantificar la *"distancia social"* o prejuicio. THURSTONE, poco después, publicó su técnica de medición de la actitud.

En las décadas de 1920 y 1930 los sociólogos contribuyeron mucho a la Psicología Social; ejemplo de esto, fue la publicación en la Universidad de Chicago, de excelentes estudios empíricos dedicados al funcionamiento de los grupos pequeños.

Tres contribuciones de importancia en este período fueron:

1. La *"sociometría"*, técnica para diagramar los patrones de elección y rechazo existentes en los grupos pequeños. Con dicha técnica, inventada por J.L. MORENO, se hizo posible el estudio sistemático de la estructura de cohesión de los grupos.

2. El primer estudio experimental de M. SHERIF lo realizó sobre la manera en que se conforman las normas sociales. Mediante el efecto de autocinesis (ilusión de movimientos que se manifiesta cuando en total oscuridad se presenta un punto de luz estacionario) estudió los modos en que *"los individuos llegan a percibir aspectos del*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

mundo de igual modo a otros miembros de sus grupos sociales"[7].

3. KURT LEWIN, psicólogo gestaltista y uno de los primeros en aplicar los principios de esta escuela a la conducta social, realizó gran cantidad de experimentos y entre otras cosas, estudió los efectos de la *"atmósfera de grupo"* sobre la ejecución individual y la de grupo, así como métodos de grupo para cambiar actitudes.

En la actualidad la tendencia iniciada en 1920 hacia la experimentación rigurosa continúa, y la Psicología Social moderna utiliza el método científico tanto en el laboratorio como en el campo. Por otra parte, a diferencia de los autores anteriores que hacían énfasis en el individuo o en el grupo, hoy día se toma en gran medida a la conducta social, como función de la interacción de influencias surgidas de ambos aspectos.

Los grupos constituyen amplio interés, particularmente la formación y el funcionamiento de grupos pequeños e informales. Así mismo, el papel de los factores sociales en procesos psicológicos fundamentales como la cognición, la motivación, la socialización, el lenguaje y la comunicación, son temas de gran atención para la Psicología Social Contemporánea, al igual que las actitudes, el cambio de actitud, el papel de las influencias sociales en la organización y funcionamiento de la personalidad, los determinantes sociales de habilidades humanas como la inteligencia, el prejuicio, la conducta colectiva y los conflictos de grupo. Recientemente el tema del cambio social ha tomado considerable importancia.

En cuanto a su vinculación con otras ciencias, la Psicología Social se encuentra en íntima relación con la Sociología y la Antropología y, en menos grado, pero significativo, con las ciencias sociales tales como la Historia, las Ciencias Políticas y la Economía. Además hace uso de datos provenientes de la Física y de la Biología.

Por otra parte considera básico el enfoque interdisciplinario para el estudio de la conducta, ya que el trabajo en colaboración y en equipo logrará la obtención de una idea más totalizadora de la misma.

Para finalizar, los métodos de investigación empleados para el estudio de la conducta social se pueden clasificar de la siguiente manera: a) El método experimental; b) Los estudios de campo; c) Las técnicas de encuesta y entrevista; y d) Las simulaciones por computadora.

a) El método experimental: es el que ofrece un mayor control sobre las variables participantes. Cuando se incluye este método, el investigador crea una situación cuando los efectos de las variables específicas en que se encuentra interesado quedan aisladas de los efectos ejercidos por otras variables.

b) Estudios de campo: estos estudios se realizan cuando no existen condiciones de laboratorio o cuando resulta imposible investigar un problema particular en esas condiciones. La principal ventaja de los estudios de campo la constituye el hecho de que se realizan en condiciones reales, similares a las de la vida real, consistiendo su desventaja en que el investigador comúnmente no puede controlar o manipular las variables participantes.

c) Técnicas de encuesta y entrevistas: GEORGE GALLUP fue el iniciador en 1935 de las encuestas o investigaciones sobre la opinión pública y hoy día estas técnicas han sido refinadas de tal modo, que ofrecen un elevado grado de precisión.

De acuerdo con HENNESEY (1965) la opinión pública se investiga con el objeto de *"obtener de un número selecto de personas (la muestra) respuestas a preguntas uniformes; de acuerdo con criterios considerados atingentes, esas personas representan a todo el grupo de personas (el universo) sobre las que se desea tener información"*.[8]

La metodología para realizar encuestas es la siguiente:

1. Se aclara el tipo de información que se busca; 2. Se identifica el universo o la población a la que se va a dirigir la encuesta; 3. Se determina el tamaño y las características de la muestra; 4. Se confecciona el cuestionario; 5. Se contratan y adiestran entrevistadores; 6. Se lleva a cabo el trabajo de campo, y por último, 7. Se procesan y analizan los datos obtenidos por los entrevistadores.

d) Simulación por medio de computadoras:

---

7. SHERIF, M., cit. por WHITTAKER, *supra* nota 5, pág. 22. Este estudio fue realizado por SHERIF en 1956.
8. HENNESEY, cit. por WHITTAKER, supra nota 5. pág. 38.

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

dicho método de investigación surgido recientemente en la Psicología Social, consiste en simular la conducta mediante el empleo de computadoras. En una simulación por computadora la conducta es representada por medio de símbolos matemáticos, los que varían paso a paso para representar cambios en la conducta real, de acuerdo van actuando sobre estas variables conocidas.

De acuerdo con lo expresado, se puede observar que la Psicología Social comprende un amplio terreno de acción, contemplando primordialmente una serie de aspectos de la conducta individual sobre los que influyen un conjunto de estímulos sociales y tomando la conducta social como función de la interacción de influencias surgidas tanto del individuo como del grupo.

Investiga, gracias al uso de una metodología científica bien definida, las relaciones interpersonales y al individuo como partícipe en situaciones de grupo, incluyendo situaciones intra e intergrupo, así como situaciones sociales donde participan personas que no constituyen grupos.

Atraen su atención, tanto los aspectos materiales como los no materiales de la cultura y el papel de los factores sociales en procesos psicológicos fundamentales como la cognición, la motivación, la socialización, el lenguaje y la comunicación. Así mismo, las actitudes, el cambio de actitud, el papel de las influencias sociales en la organización y funcionamiento de la personalidad, los determinantes sociales de habilidades humanas, el prejuicio, la conducta colectiva, los conflictos de grupo y el cambio social, son temas de gran interés para la Psicología Social.

Su vinculación con las ciencias conductuales y sociales es estrecha, siendo una esfera que ofrece amplia contribución a la función psicológica-forense, donde la conducta individual, grupal y su mutua influencia e interacción, son temas que captan su atención, por constituir importante parte de su campo de interés y de acción.

C) Psicología de la personalidad.

La multilateral individualidad psico-física total, conocida generalmente con el nombre de personalidad, es algo que llama poderosamente la atención del psicólogo.

Persona, en los dramas griegos, denominaba la máscara teatral, cuya designación era *"prosopon"*, palabra que tiene una vaga similitud con ésta, que fue acogida por los actores romanos aproximadamente un siglo antes de Cristo. A pesar de que algunos estudiosos afirman que el término latino es un derivado directo del griego, se observa la improbabilidad de una alteración tan notable en la forma de la palabra.

Ciertos filólogos sostienen que persona se deriva de *"perisóma"* (alrededor del cuerpo), mientras que otros afirman que proviene de la palabra etrusca *"persum"* (cabeza o rostro). Así mismo se atribuye su origen al latín *"per se una"* (completa por sí misma), aunque la mayor parte de las autoridades opinan que su antecedente es la expresión latina *"per sonare"* (sonar a través de), estando todos de acuerdo en que en un determinado momento designaba la máscara teatral.

En cuanto a su significado indicaremos:

- Los teleológicos, que se dieron cuando algunos representantes de la Iglesia hicieron uso del término persona para designar los Miembros de la Trinidad, observándose con ésto un claro avance de la equivalencia entre persona y el yo interior.
- Los filosóficos, que se iniciaron con BOECIO quien en el siglo VI dio la definición: *"Persona est substantia individua rationalis naturae"*, [9] afirmando la naturaleza sustancial de la persona y su racionalidad, dando la base para un conjunto de posteriores definiciones filosóficas de la personalidad.

Los jurídicos, que surgieron a partir del establecimiento de la concepción jurídica de la persona con el Código romano, ya que de acuerdo a éste, sólo los ciudadanos libres de nacimiento podían ser sujeto de derechos y requerir los privilegios de la ley, resultando entonces que una persona era todo individuo que gozaba de un estado legal. Posteriormente y con significativa influencia de la doctrina moral cristiana, se amplió la concepción legal de la naturaleza de la persona y todos los individuos pudieron requerir la protección de la ley.

Actualmente es persona legal *"todo ser dotado de vida, inteligencia, voluntad y existencia individual separada, que como tal se distingue de un animal irracional y de una cosa inanimada; un ser humano, que posee cuerpo y mente; un individuo*

9. BOECIO, cit. por ALLPORT, G. *"Psicología de la personalidad"*. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1965, pág. 47.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la raza humana, una persona viva, compuesta de cuerpo y espíritu, una mujer o un niño; un agente moral; un ser consciente de sí mismo; el hombre total".[10] Se puede observar con la anterior definición la equivalencia de persona con el ser humano vivo en su totalidad.

Los sociológicos, que se contemplan con la definición de E.W. BURGESS: *"La personalidad es la integración de todos los rasgos que determinan el papel y el status de la persona en la sociedad",*[11] implicando pues que la personalidad podría definirse como la eficacia social.

Por último, los significados psicológicos, que se dan a través de diversos tipos de definiciones como las aditivas, las cuales en su mayoría hablan de personalidad como la suma de. . ., siendo inconsistentes y definiendo sólo por enumeración; las integrativas configuracionales que acentúan la organización de los atributos personales; las jerárquicas que se caracterizan por la demarcación de varios niveles de integración u organización; las definiciones en términos de ajuste y las basadas en la distintividad.

Para fines del presente trabajo adoptaremos la de G. ALLPORT, una de las más aceptadas en el mundo psicológico actual, que contiene los principios de las clases jerárquica, integrativa, adaptativa y distintiva de definición.

De acuerdo a este autor, de hecho uno de los mayores contribuyentes al campo de la personalidad, ésta se define como: *"La organización dinámica, dentro del individuo, de aquellos sistemas psicofísicos que determinan sus ajustes únicos a su ambiente".*[12]

Desglosando:

Organización dinámica, ya que uno de los problemas cruciales en Psicología es la organización mental, la cual es dinámica, puesto que se debe considerar como algo en constante desarrollo y cambio, que es motivacional y se autorregula.

Sistemas psicofísicos, puesto que los hábitos, las actitudes específicas y generales, los sentimientos y las disposiciones de otras órdenes, son sistemas psicofísicos; refiriéndose *"sistema"* a rasgos o grupos de rasgos en estado activo o latente y *"psicofísicos"* a que la personalidad no es exclusivamente mental ni exclusivamente neural. La organización agrupa la actividad del cuerpo y de la mente que se dan intrincadamente unidas en una unidad personal.

Determina, porque la personalidad es algo y hace algo. Son tendencias determinantes los sistemas por los que está constituida la personalidad y cuando son excitadas por estímulos adecuados, provocan aquellos actos de ajuste y expresivos, por los que se torna observable la personalidad.

Únicos, puesto que todo ajuste de una persona es único en el tiempo, en el espacio y en cualidad.

Ajustes a su ambiente, ya que la personalidad es una forma de supervivencia. El término *"ajuste"* debe ser interpretado en forma amplia para que incluya las inadaptaciones y *"ambiente"* debe incluir tanto el ambiente conductual significativo para el individuo como el ambiente geográfico que lo rodea. El problema crítico de la Psicología de la Personalidad lo constituye la naturaleza del crecimiento, primordialmente en dilucidar cómo el organismo biológico que encontramos en el momento del nacimiento, llega a transformarse en la persona adulta, con capacidad de asumir un papel en las complejas actividades sociales propias del mundo civilizado que la circunda. El desarrollo de la personalidad es continuo desde la infancia hasta la muerte, y aunque cambia, persiste.

Para explicar una personalidad dada, se puede recurrir, por una parte, a la teoría genética que gracias a su flexibilidad, permite considerables combinaciones para dar cuenta de las similitudes familiares y de las peculiaridades individuales, mientras que por otra, en el curso de la existencia el ambiente activamente estimulante influye a toda cualidad. Es por eso que resulta imposible atribuir a la herencia o al ambiente cualquier rasgo de la personalidad, y se debe interpretar la influencia de estos factores no en términos de suma, sino en forma de interrelación como multiplicador y multiplicando. Si alguno de estos dos factores estuviera ausente, no se podría dar la personalidad.

Las unidades o subestructuras naturales de la personalidad son disposiciones neuropsíquicas complejas, que han sido denominadas genérica-

---

10. Cfr. ALLPORT, G. *"Psicología de la personalidad"*. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1965, págs. 52-53.

11. BURGESS, E., cit. por *ibíd* pág. 55.

12. Cfr. ALLPORT, Supra nota 10, pág. 65.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente rasgos. Son disposiciones internamente generalizadas, interdependientes, flexibles, sintonizadas con un conjunto de estímulos equivalentes y de las que resulta una serie equivalente de respuestas, siendo su función la de garantizar la estabilidad y la economía en la vida personal.

En cuanto a los objetivos de la Psicología de la Personalidad, la predicción, como en toda ciencia, es uno de los principales y sólo es posible con base en el conocimiento del individuo en particular, lo que supone en cierto sentido una generalización, que se aplica a las equivalencias presentes en la conducta de una persona y no a las uniformidades entre todos los seres humanos.

El ayudar a comprender formas individuales de la vida mental es su objetivo primario y la comparación de una persona con otra respecto a sus rasgos comunes es su objetivo secundario. El poder comparar a seres humanos, aunque en el sentido estricto siempre sigan siendo únicos, es posible gracias a la yuxtaposición de ciertos principios culturales y evolutivos.

La Psicología de la Personalidad es esencialmente, una codificación moderna del conocimiento respecto a la naturaleza humana en sus aspectos concretos. Lo anterior es posible gracias a la aplicación de estrictas normas de recolección de hechos e inducción crítica, desarrolladas principalmente por la Psicología Experimental en los últimos años.

Para la Psicología Forense es fundamental esta área, ya que la comprensión, el estudio, el diagnóstico, el tratamiento y la predicción de la personalidad, son imprescindibles para su colaboración en aspectos tan relevantes como la responsabilidad penal y civil, la comprensión del delito, la veracidad del testimonio, la rehabilitación mediante tratamiento (rehabilitación social, la toma de medidas ocupacionales y educativas, los programas profilácticos y otras funciones atinentes a la administración de la justicia en sus diversas fases.

D) Psicología Evolutiva.

La Psicología Evolutiva es una rama de la Psicología Experimental y del estudio individual del hombre, que considera el desarrollo del ser humano normal en todas sus etapas, desde su concepción hasta su muerte.

Genéricamente su objeto es el hombre y específicamente lo es su evolución en cuanto a ser en desarrollo. Para tal fin, la Psicología Evolutiva puede hacer uso del método vertical que estudia los elementos del individuo en cada momento de su desarrollo y del horizontal que juzga cada elemento independientemente, como una unidad aislada que se desarrolla a lo largo de la existencia del sujeto.

En cuanto a su desarrollo histórico, los antecesores de esta ciencia vivieron en las primeras décadas del siglo XIX, sobresaliendo ENRIQUE PESTALOZZI, pedagogo suizo, cuyo sistema educativo estaba basado en el gradual y armonioso desarrollo de las facultades del niño y los alemanes J.F. HERBART, F. FROEBEL y D. TIEDMANN.

La publicación de la obra *"Origen de las especies"* de DARWIN en 1859, que traería consigo una revisión y aclaración del concepto de evolución y el establecimiento de su escuela, dio entre otros frutos la creación por E. HAECKEL y H. SPENCER de la Ley Biogenética Fundamental o Ley de Recapitulación: *"La ontogénesis es una recapitulación de la filogénesis"*,[13] que fue aplicada por S. HALL a la Psicología Infantil.

El concepto de *"evolución"* se expandió con prontitud, hasta que nuevas experiencias y descubrimientos contribuyeron a subsanar sus errores y a perfilar sus verdaderos aportes.

En 1882 GUILLERMO PREYER publicó *"El alma del niño"* y en 1914 aparece *"Psicología de la primera infancia"* de W. STERN, obras que ayudan a configurar el campo de la Psicología Evolutiva.

Sin embargo FÉLIX KRUGER, psicólogo alemán, es considerado como el fundador de esta área y afirmaba que la Psicología Evolutiva debía llegar al conocimiento del objeto y debería prever la dirección que sigue el curso de la vida psíquica.

Por esa misma época (primeras décadas del siglo XX) NICOLÁS PENDE abre el paso a la Endocrinología, lo que será determinante para la explicación de la pubertad, etapa evolutiva descuidada hasta entonces.

Por otra parte en Francia, BINET y SIMON construyen la primera escala intelectual; J. WATSON en Estados Unidos aplica sus experiencias conductistas a la explicación del niño; S. FREUD en Austria crea la teoría psicoanalista;

13. HAECKEL, E. y SPENCER, H., cit. por PEDROSA, C. *"La psicología evolutiva, desarrollo del individuo normal"*. Editorial Marova, S.L., Madrid, 1976, pág. 19.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

E. CLAPAREDE en Suiza, da las bases de la Psicología Infantil para la educación; y las escuelas fundadas por O. KULPE en Alemania y por A. GEMELLI en Italia, son determinantes en el estudio de las primeras etapas de la evolución psíquica del niño y de otros campos afines.

En los últimos decenios, la Psicología Evolutiva ha contado con la presencia de dos grandes investigadores, que han dedicado todos los esfuerzos a esta área. Por un lado, ARNOLD GESSELL, médico partidario del conductismo que construyó con los resultados de un estudio descriptivo del desarrollo psicomotor del niño las *"escalas del desarrollo"* dedicadas a las primeras semanas de vida, alcanzando luego sus estudios la etapa de la adolescencia y el desarrollo de los valores, gracias a la realización de serias investigaciones psicofisiológicas y, JEAN PIAGET, psicólogo suizo que planteó la *"TEORIA OPERATIVA DE LA INTELIGENCIA"*, producto de un intenso estudio realizado sobre la génesis y el desarrollo del pensamiento infantil.

El aporte de estos dos grandes valores no se limita a lo expuesto, ya que con sus amplias y serias investigaciones, han abordado una considerable temática relacionada con el campo de la Psicología Evolutiva.

Para la comprensión de la conducta humana existen tres conjuntos de factores determinantes:

1. La Herencia, de cuyo estudio se ocupa la Genética que es *"la ciencia que estudia la transmisión de las características físicas o la estructura de los padres a los hijos por medio de los genes"*.[14]
   Los rasgos genéticamente transmitidos pueden ser: *"específicos"* que son propios de la especie biológica a la que pertenece el individuo; *"particulares"*, que son propios de una raza o exclusivos de los progenitores y; *"nuevos"*, que son adquiridos por mutación o aparición súbita externa en un individuo y que se convertirán luego en rasgos particulares de su grupo o raza al ser transmitidos a sus sucesores.
2. Maduración, que se refiere a *"los procesos de crecimiento físico que de manera importante influyen para dar lugar a un desarrollo de conducta ordenado o sujeto a un tipo conocido"*.[15]
3. El ambiente, definido por A. ANASTASI como *"la suma de estimulación total que recibe el individuo desde el momento de la concepción hasta su muerte"*.[16]
   Aquí son importantes todas las influencias que han formado al individuo desde su concepción. Tenemos así, el ambiente biológico, ya que la primera célula del nuevo ser y el embrión después, dependen en buena parte de la naturaleza y funcionamiento del organismo materno; el ambiente físico, puesto que el clima y la alimentación, para citar algunos ejemplos, son factores que influyen en la formación psíquica del individuo; el ambiente familiar, porque es decisivo para la posterior conducta del sujeto la presencia o ausencia de uno o de los dos padres, la existencia de hermanos, el grado de afectividad que recibe, la situación socioeconómica y cultural en que vive, etc. . . ; el ambiente escolar, ya que la relación interpersonal con maestros y compañeros influirá en la formación, desarrollo y conducta del niño; y el ambiente social, puesto que la influencia de la sociedad laboral, vecinal, política, etc. es importante para el comportamiento del individuo.

Es necesario dejar claro que tanto la herencia como el ambiente contribuyen para todo tipo de conducta, y es evidente que estos dos factores interactúan de modo tal, que la influencia de cada factor depende de la contribución del otro. Al actuar estos factores de manera recíproca, es difícil la valoración relativa de cada uno de ellos.

Ahora bien, para estudiar el proceso evolutivo del ser humano, es necesaria su división en períodos, etapas o estadios, con fines metodológicos para la investigación, para la docencia y para la discencia.

De hecho, existen épocas distintas a lo largo del desarrollo, que se rigen por unas normas constantes dentro de la fluctuación que dé cabida a todas las diferencias individuales juzgadas normales. En todo ser humano, usualmente la misma función primera precede a la segunda, en un

14. Cfr. WHITTAKER, supra nota 1, pág. 70.
15. *Ibíd*, pág. 82.
16. ANASTASI, A., cit., por PEDROSA, supra nota 13, pág. 52.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mismo sector orgánico o físico; de etapa a etapa se accede dentro de un mismo ritmo, aunque se presentan diferentes velocidades individuales y; existe un equilibrio cinergético que asegura la asociación de los mismos órganos, en cada sujeto, para la realización de una misma función.

Son muchos los autores representantes, no sólo de las diversas tendencias psicológicas actuales, sino también de la Biología y de la Psicopedagogía, que han elaborado una serie de etapas evolutivas del ser humano, razón por la cual se omite una exposición de las mismas.

En lo que a métodos de investigación se refiere, la Psicología Evolutiva al provenir de la Psicología Experimental, utiliza los de ésta, aunque les da una orientación específica, dado el concreto objeto que la ocupa.

Entre sus principales métodos se encuentra la observación científica que puede ser pura, cuando se limita a escoger los momentos y las personas en estudio, sin provocar situaciones; de situaciones, cuando dada la naturaleza del sujeto o el aspecto que se requiere estudiar del mismo, se consideran de más interés; y de situaciones provocadas, que es cuando un problema colectivo es creado para obtener reacciones interesantes.

Para finalizar, al ser el hombre el objeto material de la Psicología Evolutiva, ésta se encuentra íntimamente relacionada tanto con las ciencias conductuales, como con las sociales, sirviéndose de ellas por un lado y proporcionándoles los resultados de sus investigaciones y descubrimientos por otro.

Su contribución a la Psicología Forense es clara, ya que para la realización de sus funciones y el logro de sus objetivos, ésta requiere el estudio y la comprensión de los aspectos evolutivos del ser humano y de los determinantes de su conducta o comportamiento.

Una vez expuestos de manera concisa los aspectos históricos y los fundamentos teórico-prácticos más sobresalientes de estas cuatro esferas que ayudan a conformar la Psicología Forense, pasaremos a abordar una última área de especialización: La Psicología Clínica, la cual, entre otras cosas contempla a fondo y entrelaza las aportaciones de las ya mencionadas, abarcando un amplio campo de acción que incluye su aplicabilidad al área judicial, siempre y cuando tome en cuenta la participación de otras esferas no psicológicas fundamentales, básicas para configurar al psicólogo especialista en materia forense.

E) Psicología Clínica.

La Psicología Clínica es una ciencia aplicada que se funda en la metodología de las disciplinas sociológicas y psicológicas fundamentales y comprende la aplicación de los principios psicológicos para la investigación, el diagnóstico y el tratamiento de los problemas emocionales y de conducta, tales como las enfermedades mentales, la delincuencia, el retardo mental, el alcoholismo, etc. . .

Sus raíces brotaron en el contexto de una Psicología en desarrollo y expansión, cuyo pensamiento estaba representado por W. JAMES, G.S. HALL y otros grandes psicólogos de esa generación, correspondiéndole al desarrollo de los instrumentos para los *tests* psicológicos y la medición de la conducta, como técnicas diferentes de los métodos psicofísicos, ser una de sus fuentes fundamentales, que a su vez formaba parte de la tradición científica del siglo XIX.

Es hasta la década de 1930, aunque principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la Psicología Clínica adquirió su forma actual, llegando a definir en forma clara, sus métodos y funciones al servicio de la sociedad.

Actualmente, el psicólogo clínico se encuentra preparado para la investigación de la conducta normal y anormal, para el psicodiagnóstico y para la prevención y tratamiento psicoterapéutico de diversos trastornos conductuales, tratando además de extender la precisión de los instrumentos, mediciones y elaboración de datos, hacia fenómenos complejos de conducta.

Las funciones principales de la Psicología Clínica son:

a) Psicodiagnóstico y Evaluación.

Estas funciones se derivan de las tradiciones históricas de la disciplina. Gracias a ellas, el psicólogo clínico, a partir de los datos obtenidos por medio de entrevistas y técnicas estandarizadas de *tests* objetivos y proyectivos, desarrolla sus inferencias respecto a la probable etiología de la conducta que investiga, de las variables de complicación que existen en la vida del paciente, de sus capacidades para manejar las situaciones de la vida y del tipo probable de tratamiento.

Las técnicas y capacidades del Psicodiagnóstico y Evaluación, proporcionan una serie de datos objetivos y sistemáticos en gran cantidad de zonas de la respuesta psicológica y en muchos campos de la conducta normal y anormal, lo que implica una

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

real ayuda en la búsqueda de una mejor comprensión de la conducta y el medio.

Su desarrollo histórico está íntimamente ligado al de la Psicometría, fuente principal de la que se nutre.

Para hablar de Psicometría (aplicación práctica de los *tests),* es necesario remontarse a la historia de la humanidad, donde ya el hombre reconocía y utilizaba las diferencias individuales, encontrándose en *"La República"* de PLATÓN uno de los primeros ejemplos de ese conocimiento.

Los comienzos del estudio científico de las diferencias individuales empiezan a partir de la Astronomía, gracias a que en el año 1816 un astrónomo alemán llamado BESSEL, se interesó en un incidente ocurrido en el año 1796 en el Observatorio de Greenwich, en el cual, MASKELYNE, astrónomo principal, había despedido a su ayudante KINNEBROOK por *"errores"* cometidos en las observaciones, ya que obtenía unas determinaciones del paso de los astros por el retículo del telescopio, que diferían hasta ocho décimas de segundo de las de él. BESSEL llevó a cabo una serie de experimentos, de cuyos resultados los astrónomos desarrollaron la *"ecuación personal",* lo que quiere decir que el *"tempo psíquico"* varía de un individuo a otro, explicando el motivo de divergencia en las mediciones astronómicas. De acuerdo con A. ANASTASI: *"esto representa el primer registro publicado de datos cuantitativos sobre diferencias individuales".*[17]

Posteriormente en Inglaterra, en los últimos años del siglo XIX, Sir FRANCIS GALTON desarrolló sus *"Pruebas sensitivomotoras",* abriendo el campo de la Psicometría; siendo uno de sus discípulos JAMES CATTELL, quien en el año 1890 introdujo el término *"tests mentales",* en un artículo publicado en la revista Mind, que describía las pruebas que había usado en la Universidad de Pennsylvania.

En 1905 BINET y SIMON publican la primera escala de inteligencia, lo que marca el camino para que la Psicometría quede definitivamente establecida en el año 1917, cuando al entrar Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, se nombra a una comisión de psicólogos para la selección y promoción de los reclutas. El éxito obtenido en esta primera selección y clasificación profesional; la aplicación de técnicas matemático-estadísticas, en especial del Análisis Factorial creado en 1904 por CHARLES SPEARMAN; la utilización en 1917 por R. WOODWORTH del primer cuestionario de personalidad; y la publicación por H. RORSCHACH en 1922 del *"Psicodiagnostik",* llevaron a la Psicometría a sus cauces contemporáneos y a su posterior madurez científica, para que, principalmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, se desarrollaran una gran cantidad de *tests* de distinto orden, que constituyen en la actualidad una herramienta básica para el Psicodiagnóstico.

Una prueba o *test* psicológico constituye algo mucho más complejo que una compilación de preguntas, cuyas respuestas se interpretan sobre la base del *"sentido común"* o de una observación informal. En esencia, una prueba constituye un patrón de medida aplicada de manera uniforme y sistemática de la misma manera a todas las personas sujetas a la evaluación. Dicha evaluación se lleva a cabo con base en una escala común de conformidad con la cual las personas son ordenadas a lo largo de una serie continua del rasgo o la característica que se evalúa por medio de la prueba.

De acuerdo con EMILIO MIRA y LÓPEZ los *tests* son *"todo medio y proceso de evaluación objetiva de determinada habilidad reaccional (inteligencia, aprendizaje, condición física, aptitud, personalidad, etc. . .).".*[18]

Los *tests* son instrumentos de medida y deben poseer una serie de características. En primer término deben ser de coste reducido, no sólo económicamente hablando, sino que principalmente en cuanto a ser lo suficientemente breves para su aplicación práctica y para no llegar a producir cansancio en los sujetos a los que se administra. En segundo lugar es necesaria la estandarización, objetividad y claridad de las instrucciones y de las normas de valoración e interpretación, las cuales deben adaptarse a la muestra de población que se va a examinar. En tercer término tenemos la validez, o más claramente expresado, los estudios de validez de las pruebas previos al empleo, que tienen por objeto demostrar que, en realidad, las calificaciones de la prueba tienen correlación con

17. ANASTASI, A., cit., por GONZÁLEZ PINTO, J. *"Perfil profesiográfico del investigador de la Sección de Inspecciones y Recolección de Indicios del Organismo de Investigación Judicial".* Imprenta Poder Judicial, San José, 1978, pág. 10.

18. MIRA Y LÓPEZ, E. *"Manual de orientación profesional".* Editorial kapelusz, Buenos Aires, 1965, pág. 253.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un criterio de desempeño obtenido posteriormente (validez de predicción) o con una medida de criterio que se puede obtener al mismo tiempo que la calificación de la prueba (validez concomitante).

Existen diversos tipos de validez, siendo los más importantes: a) Validez aparente, que implica que un *test* no sólo debe ser válido, sino que también aparente serlo, con el fin de reducir tensiones y acrecentar el interés del sujeto examinado; b) Validez empírica, que se trata de la validez comprobada mediante métodos matemáticos-estadísticos; c) Validez factorial, que se refiere a la conformidad del *test* con un criterio elaborado de acuerdo con las técnicas del análisis factorial; y d) Validez de hipótesis de trabajo, que se refiere a la validez de la hipótesis que le sirve al *test* de fundamento.

Por último citaremos a la fiabilidad, y diremos que un *test* o prueba fiable, es aquella que suministra un patrón de medición consistente. Por lo tanto, uno de los objetivos fundamentales de los estudios de fiabilidad consiste en demostrar que las calificaciones de las pruebas no fluctúan en forma indebida como resultado de algo inherente a la propia prueba (incluyendo la subjetividad del calificador), de la naturaleza de la función que se evalúa, o de factores ajenos a la conducta determinada que la prueba está destinada a evaluar.

La fiabilidad se puede medir por varios procedimientos: a) Constancia *test-retest,* que consiste en aplicar a los mismos sujetos el mismo *test,* después de cierto intervalo de tiempo, ya sea a corto o a largo plazo. La correlación entre las dos series de medidas se llama coeficiente de fiabilidad. (índice numérico de la fiabilidad de un *test).* El coeficiente depende a la vez del *test* y de la estabilidad del rasgo psicológico en los sujetos. b) Homogeneidad (método *Split-half),* que consiste en dividir el *test* en dos partes equivalentes y en calcular la correlación entre los resultados obtenidos en las dos mitades por los mismos sujetos. Este método es muy empleado a causa de su facilidad. c) Equivalencia, que es un método que consiste en construir dos *tests* llamados *"paralelos",* o sea, que comprendan preguntas de naturaleza y dificultad análogas, y en calcular la correlación entre los resultados de los mismos sujetos en ambas formas.

Los *tests* pueden clasificarse de muchas maneras. Para el presente trabajo, tomaremos la clasificación propuesta por el Dr. ÁLVAREZ VILLAR,[19] que es múltiple y contempla las siguientes dimensiones: el objeto material, el número y tipo de sujetos a los que se puede aplicar el *test,* su composición material y la clase de respuestas que debe dar el examinando.

- Clasificación por el objeto material: Aquí se toman en cuenta aquellos aspectos de la conducta humana que intentan medir. Se da una triple clasificación:
  a) *Tests* de aptitudes, que incluyen *tests* de inteligencia y de aptitudes mecánicas, burocráticas y especiales.
  b) *Tests* de aprovechamiento; y
  c) *Tests* de personalidad que se pueden dividir en objetivos (cuestionarios, inventarios, *tests* psicomotores, etc. . .) y proyectivos.
- Clasificación por el número de sujetos: En este sentido sólo existen dos tipos de *tests:* individuales y colectivos.
- Clasificación por el tipo de sujetos: podemos distinguir entre *tests* libres de influencias culturales, que pueden ser aplicados a todos los seres humanos independientemente de factores sociales y culturales y, *tests* de poblaciones específicas, cuya finalidad queda limitada a un sector, más o menos amplio, de la población general. Se puede hacer una distinción entre *tests* infantiles, para adultos, etc. . ., en lo que se refiere a la variable edad; y entre *tests* para normales, para enfermos mentales, para selección de personal y *tests* adaptados para una determinada población.
- Clasificación por la composición material: aquí tenemos a los *tests* verbales que incluyen aquellos cuyos ítemes y elementos se hallan formados por caracteres (letras y números); los *tests* gráficos que incluyen grabados y material *"representativo"* (dibujos, esquemas, fotografías, etc. . .); y los *tests* de materiales en los que se incluyen tanto los *tests* elaborados con material de carpintería, como otros más complicados en los que ha intervenido la mecánica electrónica.

19. La clasificación a que hacemos mención es tomada del autor ÁLVAREZ VILLAR, A. *"Psicodiagnóstico clínico"*: Editorial Aguilar, Madrid, 1972, pág. 21.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

- Clasificación por la clase de respuestas: existen dos clases de *tests: tests* verbales en los que el sujeto tiene que responder verbalmente o por escrito y, *tests* de ejecución en los que el sujeto tiene que realizar una manipulación de materiales.

Una vez expuesto lo referente a la historia, al concepto, a las características y a la clasificación de los *tests* o pruebas psicológicas, procederemos a establecer la utilidad y metas del Psicodiagnóstico.

El psicodiagnóstico es una función exclusivamente psicológica, para cuya realización únicamente el psicólogo posee los conocimientos, formación profesional y metodología adecuados. Los *tests* psicológicos juegan un papel preponderante y cuando han sido debidamente construidos, científicamente validados y estandarizados y adecuadamente aplicados e interpretados (para lo que se requiere intensa formación en el área psicológica), contribuyen en forma notable, junto con la entrevista, a configurar el psicodiagnóstico y a darle su carácter objetivo y científico.

El psicodiagnóstico, frecuentemente confundido con otros tipos de diagnósticos emitidos por profesionales en ciencias afines a la Psicología, no debe perseguir en sus conclusiones el *"rotular"* las manifestaciones conductuales del sujeto sometido a estudio o *"etiquetar"* al mismo con base en algún manual clasificatorio de enfermedades mentales (que varía en las concepciones gnoseológicas de acuerdo con las diferentes escuelas), sino que, principalmente debe detallar en forma clara, tanto las conductas, rasgos o características *"positivas"* (adaptativas, adecuadas), como las *"negativas"* (desadaptativas, inadecuadas) que presenta el examinado y debe contemplar la existencia de déficit conductuales que le impidan su adaptación al medio, contribuyendo de esta forma, no sólo a una exposición más clara de la *"problemática"* o *"situación"* del sujeto, con terminología asequible, sino que también marcando las pautas para su rehabilitación mental y/o social, con base en las características comportamentales del estudiado.

Sobre el respecto, más adelante se expondrá lo relativo a las consideraciones técnicas para redactar un informe de Psicodiagnóstico para fines judiciales, donde se analizará la importancia de este tipo de conclusiones en base, no a una *"etiqueta"* clasificatoria, sino a todas las conductas manifestadas por el examinado y a la ausencia de aquellas requeridas para su adaptación social e individual.

En resumen, para llegar al Psicodiagnóstico, el psicólogo hace uso de técnicas de análisis y entrevistas psicológicas (basadas en los principios y fundamentos de esta ciencia), así como de instrumentos de medición *(tests),* tanto para factores intelectuales, visomotores y de personalidad, como para la detección de intereses y aptitudes de distinto orden, cuya validez científica y fiabilidad haya sido comprobada. Sus conclusiones deben señalar toda la gama de conductas (entendiendo por conducta aquellos actos que puedan ser observados, registrados y estudiados), manifestadas por el examinado, así como la carencia de aquellas necesarias para su adaptación social e individual, para contribuir a orientar en forma clara, la toma de medidas educacionales, ocupacionales y rehabilitatorias en general.

Para finalizar, el psicodiagnóstico puede ofrecer:

a) Medición de la amplia gama de factores o aptitudes intelectuales.
b) Medición de factores visomotrices y maduracionales.
c) Detección de una gran variedad de conductas, rasgos o características, presentes o ausentes, atinentes a la personalidad, a su estructura y a sus ajustes.
d) Determinación de intereses y aptitudes tanto sociales, vocacionales como ocupacionales.
e) Con base en todo lo anterior se puede ayudar a establecer: la etiología; la evolución de la problemática; el grado de responsabilidad psíquica; el pronóstico mediante la medición cualitativa de aquellas manifestaciones conductuales que tienden a restablecer un estado de ajuste satisfactorio en el sujeto; el tratamiento a seguir; la detección del curso del tratamiento, valiéndose en gran parte, de la Psicometría para la medición objetiva del recorrido en sentido progresivo o regresivo de la enfermedad o problemática; la recuperación social y laboral del sujeto; y su susceptibilidad para desempeñar determinadas funciones.

b) Psicoterapia.

Podemos definir psicoterapia como el conjunto de técnicas utilizadas en el tratamiento de las enfermedades mentales y de los trastornos conductuales, por medio de procedimientos psíquicos. Se distinguen la psicoterapia individual y la psicoterapia colectiva, la cual comprende además, los mé-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

todos de reeducación social y las terapéuticas mediante ocupación y trabajo.

A pesar de que algunos han intentado reclamar para sus profesiones este campo, partiendo de una concepción sojuzgadora y generalizadora de la responsabilidad médica, la psicoterapia es de hecho una función compartida por muchos y pocas de sus formas son propiedad de una sola profesión.

Tanto el psicólogo clínico como otros especialistas de la Psicología han hecho importantes contribuciones tanto a la metodología y al proceso de la terapia, como a la evaluación de ese proceso y al resultado de la misma.

En el campo de la terapia, la psicología conoce varios enfoques que en su origen son específicos de ella, por lo que para finalizar citaremos dos orientaciones psicoterapéuticas de gran importancia y de claro origen psicológico.

a) Psicoterapia del diálogo centrada en el cliente: Esta psicoterapia data del año 1942, cuando CARL ROGERS publicó su libro *"Counseling and Psychotherapy"*, cuyas hipótesis son:

"1. La orientación directa de los clientes a cargo del psicoterapeuta a base de consejos, recomendaciones, indicaciones, etc. . . es desfavorable para la reducción de su psiconeuroticismo.

2. La atención prestada por el especialista a los sentimientos de los pacientes y su aceptación comprensiva son elementos esenciales de los cambios constructivos que éstos experimentan durante la conversación.

3. La psicoterapia, en principio, es empíricamente comprobable como fenómeno de interacción entre dos seres humanos".[20]

Por Psicoterapia del diálogo se entiende: *"una forma concreta de interacción social y de comunicación verbal entre dos o varias personas, definidas fundamental y sistemáticamente por ciertas características de la conducta del psicoterapeuta. La finalidad de esta interacción social y de esta comunicación verbal consiste en modificar el psiquismo (contenidos vivenciales, actitudes y modos de conducta) del cliente, o sea, el individuo que se encuentra con ciertos problemas emocionales y de comportamiento y que desea claramente introducir un cambio en los mismos. Las mutaciones obedecen primordialmente a determinadas experiencias y actividades (sobre todo en lo que va ligado al efecto psicológico de los contenidos verbales) así como a los procesos de aprendizaje".*[21] Para obtener modificaciones de la conducta y para provocar en los sujetos cambios constructivos de la personalidad, ROGERS estableció como condición en un artículo publicado en 1957, el establecimiento de tres variables de la conducta del psicoterapeuta: a) Apreciación positiva y calor emocional del psicoterapeuta respecto del cliente; b) Comprensión profunda del punto de referencias internas del cliente y esfuerzo por comunicar a éste lo comprendido; y c) Congruencia (autenticidad e integración) en la conducta del psicoterapeuta frente al cliente.

Investigaciones empíricas al respecto, confirmaron la necesidad de estas tres variables de la conducta del psicoterapeuta, ya que la realización de las mismas se relaciona íntimamente con las modificaciones constructivas de la personalidad.

Finalmente, de acuerdo a TAUSCH, los cambios producidos por la psicoterapia centrada en el cliente pueden describirse así: *"considerable disminución de las tensiones internas, mayor paz interior, más confianza en sí mismo, mayor independencia respecto del juicio y de la apreciación de los demás, mayor flexibilidad, menor rigidez, mayor apertura con respecto a las experiencias, una percepción del mundo más realista y menos desfigurada, más aceptación de sí mismo, mayor seguridad y serenidad, menos actitudes defensivas y menos agresiones, índice de rendimiento más en consonancia con las facultades intelectuales y físicas".*[22]

b) Terapia de la Conducta o del Comportamiento: el desarrollo de la Terapia del Comportamiento fue influido notablemente por la existencia de tres fuentes principales de insatisfacción con respecto a la aproximación psicodinámica tradicional:

---

20. ROGERS, C., cit. por SCHRAML, W. *"Psicología clínica"*. Editorial Herder, Barcelona, 1975, pág. 354.

21. *Ibíd.*, pág. 355.

22. TAUSCH, cit. por *Ibíd.*,pág. 373.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Insatisfacción con la aproximación psiquiátrica ortodoxa.
2. Insatisfacción con la aproximación psicodinámica.
3. Insatisfacción con el rol del Psicólogo Clínico (funciones tradicionales del Psicólogo Clínico).

Fuentes fundamentales de su desarrollo fueron entre otras, los experimentos sobre condicionamiento clásico realizados por PAVLOV y sus colegas y de los de BECHTEREV y colaboradores acerca del condicionamiento instrumental; la influencia de la Teoría del Aprendizaje; el establecimiento por parte de B.F. SKINNER del condicionamiento operante; el rechazo de WOLPE a la teoría y a la técnica psicoanalíticas que culminó en la aparición de su libro sobre psicoterapia por inhibición recíproca; y los trabajos realizados por SHAPIRO y colegas en la sección clínico-docente del departamento de psicología del Hospital de MAUDSLEY en Inglaterra.

La terapia del comportamiento se puede definir como *"el intento de utilizar sistemáticamente aquel cuerpo de conocimientos empíricos y teóricos que han resultado de la aplicación del método experimental en Psicología y sus disciplinas íntimamente relacionadas (Fisiología y Neurofisiología) con el fin de explicar la génesis y el mantenimiento de patrones anormales de comportamiento; y de aplicar dicho conocimiento al tratamiento o prevención de esas anormalidades por medio de estudios experimentales controlados del caso individual, tanto descriptivos como correctivos".*[23]

Entre sus principales técnicas para el tratamiento de diversos trastornos conductuales tenemos la desensibilización sistemática con sus distintas variaciones; el condicionamiento clásico aversivo; el condicionamiento instrumental de escape; el condicionamiento instrumental de evitación; la práctica masiva; la imaginación aversiva (sensibilización encubierta); las técnicas de aversión-alivio; las técnicas de control de retroalimentación; y una gran variedad de procedimientos operantes.

La terapia de comportamiento se emplea en hospitales para enfermos mentales, en instituciones para retardados, en guarderías, en centros de estudio y adiestramiento, en prisiones, en instituciones educativas y en clínicas para pacientes externos. Así mismo, actualmente se están investigando y sugiriendo nuevas tácticas para la prevención de los problemas de conducta.

c) Programas comunitarios de salud mental.

De acuerdo a CARTER, psicólogo clínico, *"un programa comunitario de salud mental incluye responsabilidades en tres amplias zonas de actividades: a) la programación de la salud mental, para lo cual se ayuda a la población a adquirir conocimientos, actitudes y conductas que estimulen, mantengan y mejoren su salud mental; b) la prevención de perturbaciones mentales por medio de la eliminación de factores biológicos, interpersonales y sociales que pongan en peligro la salud mental; y c) el restablecimiento de la salud de las personas con enfermedades mentales, por medio del tratamiento, los cuidados posteriores y los servicios de rehabilitación".*[24]

Su función pues, es la de prevenir y la de complementar los hospitales y clínicas tradicionales, siendo el papel de asesor el principal para el psicólogo clínico.

d) Investigación.

La investigación es un rol fundamental del psicólogo clínico, ya que a éste debe importarle de modo especial, el desarrollo de teorías del comportamiento anormal, a las que sólo se puede llegar a través de un extenso conocimiento de los hechos y teorías del comportamiento normal y debe profundizar y dedicarse a la aplicación de los hallazgos empíricos y de las teorías de la Psicología General al paciente individual.

La investigación constituye un importante terreno de su actividad. Así pues, el proceso de estandarización de pruebas psicológicas, la evaluación del proceso y de los resultados de la psicoterapia, el estudio de los alucinógenos, etc. . ., son ejemplos de áreas en las que se realiza investigación, como función determinante para establecer

---

23. YATES, A. *"Terapia del comportamiento"*. Editorial Trillas, México, 1973, pág. 31.

24. CARTER, cit. por MENSH, I. *"Psicología Clínica: Ciencia y profesión"*. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971, pág. 40.

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

la validez y fiabilidad de la metodología aplicada por el psicólogo clínico en sus distintos campos de acción.

Para finalizar, a pesar del corto camino recorrido, ya que de acuerdo a la aceptación general de los psicólogos, el caso que llevó a la fundación de la primera clínica de Psicología fue tratado por L. WITMER en 1896 en la Universidad de Pennsylvania, siendo éste el primero en hablar de la *"Clínica Psicológica"*, de la *"Psicología Clínica"* y del *"método clínico en Psicología"* y tomando en cuenta su lento desarrollo durante las primeras décadas del siglo XX, la Psicología Clínica ha experimentado un acelerado crecimiento y expansión hacia diversas zonas de la sociedad, teniendo la oportunidad de servir en una amplia gama de situaciones, contribuyendo además a la aceptación por el psicólogo de una serie de responsabilidades, tales como un código ético, la promoción de leyes para el control de la práctica psicológica y la certificación de la competencia profesional.

La importancia de la Psicología Clínica como esfera que ayuda a configurar la Psicología Forense y que contempla las otras áreas psicológicas que la conforman, es clara y fundamental, ya que su concurso es esencial para la realización de las funciones en dicho campo, donde la investigación, la prevención, el psicodiagnóstico, la evaluación, la programación y el tratamiento por medios psicoterapéuticos, juegan un papel preponderante para el logro exitoso de las mismas.

Una vez expuesto en forma breve lo concerniente a las principales esferas psicológicas que conforman la Psicología Forense (judicial-legal), que en adelante denominaremos Forense, procederemos a definir ésta, como una rama de la Psicología Aplicada que trata de esclarecer todos aquellos problemas psicológicos que se producen en relación con las personas implicadas en un caso judicial; o en general aquellos problemas de tipo psicológico que surgen en la práctica forense.

A continuación procederemos a exponer las principales funciones y la metodología del psicólogo forense en su relación con el Derecho y la Administración de la Justicia, así como su finalidad y utilidad en dicho campo de acción.

***