CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XI — Núm. 38 — Setiembre, 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

Sección I: Estudios

Derecho espacial y satélites de telecomunicaciones. 11
Dr. Jorge Rojas Solórzano

Perspectivas para una política criminal en Costa Rica 37
Dr. Daniel Gadea Nieto

Recurso de Casación 47
Dr. Luis Guillermo Herrera Castro

"Sociología de la burocracia" o "sociología de la organización" 67
Dr. Bernardo Baruch

Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina: IV Derechos económicos. 79
Dr. Enrique P. Haba

Alcances y limitaciones del tratamiento penitenciario en Costa Rica 93
Ms. Mario Alberto Víquez Jiménez

Normalidad e ideología: el ejemplo de la tentativa de suicidio 97
Licda. Alexandra Pérez Johnston

Los derechos humanos en el Ordenamiento costarricense 105
Licda. Marta Odio Benito

La pesca y la caza marítimas 117
Lic. Róger Bravo Álvarez

Los actos de la policía judicial. Sumario de prevención 131
Licda. Patricia Lorena Hidalgo Somarribas

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia

La psicología forense (judicial-legal): sus orígenes, configuración, funciones, métodos y finalidad. (Capítulo II) 141
Lic. Jorge Alberto González Pinto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera

Coexistencia del embargo y la prenda o la hipoteca: un aparente conflicto de normas procesales 163

Dr. Jorge Antonio Zepeda

Sección IV: Reseña Bibliográfica

Libro en homenaje al maestro Mario de la Cueva 179

Dr. León Cortiñas-Peláez

Sección V: Información Normativa 191

Licda. Ana Rita Valverde Zeledón

Sección VI: Pronunciamientos especialmente relevantes

Contenido de votos salvados 203

Licda. Cecilia Sánchez Romero

Sección VII: Jurisprudencia 207

Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

La Revista Judicial, al tiempo que invita una vez más a los señores abogados y funcionarios judiciales a colaborar con estudios, reseñas legislativas extranjeras, reseñas bibliográficas o comentarios de jurisprudencia reciente, ofrece, en esta ocasión, trabajos en materia de Derecho de satélites de telecomunicaciones, política criminal, Derecho Procesal, filosofía jurídica, derechos humanos, caza y pesca marítimas, junto a sus secciones usuales.

El **Dr. Jorge Rojas Solórzano** profesor de la Universidad de Costa Rica, contribuye con su novedoso estudio titulado **Derecho espacial y satélites de telecomunicaciones,** campo de gran actualidad. El autor nos introduce al tema con el examen de la regulación internacional de las actividades en el espacio ultraterrestre, citando el Tratado de 1967 (que incorpora principios de resoluciones de las Naciones Unidas) y sus antecedentes de 1963 y 1966, de los que hace notar la ausencia de disposiciones relativas a los satélites, así como de otros convenios posteriores. Explica el principio de la libertad y no apropiabilidad del espacio ultraterrestre, su contraposición con la soberanía, su contenido discutible y su alcance limitado, a lo que se suman el factor político y los desfases tecnológicos. Nos da cuenta de los criterios científicos y políticos sobre el "espacio ultraterrestre" y de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales; justifica el carácter normativo general del principio y se cuestiona si se trata de una norma imperativa del Derecho Internacional. En el capítulo segundo se refiere a los límites del principio y la significación de la utilización pacífica del espacio, mostrándonos la controversia sobre la legalidad del reconocimiento por satélites. Sostiene la aplicabilidad de los principios espaciales a los satélites de telecomunicaciones. En sus conclusiones destaca la inexistencia de un régimen jurídico completo y congruente y comenta acertadamente que la regulación existente está predeterminada por la bipolarización entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, por lo que no responde a las necesidades de todos los países, en particular aquellos en desarrollo.

Perspectivas para una política criminal en Costa Rica, es el nombre de la colaboración del **Dr. Daniel Gadea Nieto.** El profesor Gadea inicia su ilustrativa exposición con el concepto de política criminal que, a su juicio debe integrar diversos elementos; hace referencia al papel del criminólogo y pasa enseguida a los problemas de fondo y forma de la política criminal. Al tratar los primeros comenta los distintos sistemas: el clásico (cuya solución es represiva), el positivo (que propone medidas preventivas), el de defensa social (de contenido humanista) y los sistemas neoclásicos (que dan importancia a la pena fundada en la libertad y la responsabilidad, teniendo en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuenta el valor psicológico del individuo). Con relación a los segundos, nos habla de temas como el papel de la ley, el equilibrio del procedimiento y la persecución judicial. La segunda parte está dedicada al tema de la prevención y planificación de la política criminal. Sobre la prevención nos da el concepto, naturaleza y directrices. Acerca de la planificación nos indica los aspectos que se deben tomar en cuenta (objetivos, medios y capacidad de aplicación y transformación social). Concluye asegurando que el problema del crimen debe ser enfrentado científicamente.

El **Dr. Luis Guillermo Herrera Castro** nos habla en esta oportunidad sobre **El Recurso de Casación,** del cual nos narra los antecedentes en Francia y su desarrollo en Costa Rica incluyendo las reformas de 1937 y de 1969. Juzga que el nuestro es un sistema bastante rígido. El autor demarca el contenido filosófico de la institución y especifica sus notas distintivas. Se dedica seguidamente a la legitimación, a la oportunidad para la presentación del recurso y su admisión. Traza luego un cuadro de los motivos (falta de emplazamiento, falta de recibimiento a pruebas cuando proceda con arreglo a Derecho, falta de notificación del auto de apertura a pruebas, falta de citación para alguna diligencia probatoria, la denegación de pruebas admisibles, los vicios del fallo relacionados con los límites del poder decisorio del Juez y luego se refiere a los de fondo: violación y aplicación indebida de la ley, interpretación errónea, fallo contrario a la cosa juzgada, infracción de normas relativas al valor probatorio). El profesor Herrera se refiere entonces a la indicación de la norma infringida. Concretamente, sobre el procedimiento, habla de los trámites para la sustanciación del recurso, su ampliación, facultades decisorias y efectos de la sentencia. Finalmente, distingue los casos en que el recurso procede contra resoluciones que no son sentencias dictadas en juicio ordinario.

Presentamos el estudio **Sociología de la burocracia** o **Sociología de la organización,** del **Dr. Bernardo Baruch.** Después de una introducción en la que da cuenta del desarrollo histórico de la materia, el autor plantea el tema de la sociedad como organización, con particular referencia a la sociedad moderna y al Estado para pasar luego al tema de la sociedad "burocratizada", partiendo de las ideas de Weber y Hyneman. En las conclusiones asevera que la burocracia es parte vital de la estructura social, admite sus inconvenientes, pero los atribuye a los burócratas, más que a ella misma y ve por ello la posibilidad de mejorarla en su grado de eficacia, de acuerdo con Blau.

El **Dr. Enrique P. Haba** prosigue con su estudio sobre **Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina,** serie de la cual nos ofrece ahora: **(IV) Derechos económicos.** El autor señala que, dado el carácter básicamente programático que la enunciación de los derechos llamados "económicos, sociales y culturales" suele presentar en las constituciones, se fijará ante todo en el tratamiento que allí se le brinda a dos de ellos, el derecho de sindicalización y el de huelga. Subraya que se detiene más en estos, no por estimar que sean los más importantes en sí mismos, sino por su carácter sintomático e instrumental en relación con toda esa categoría de derechos, como así también porque ambos tienen la ventaja, en cuanto a sus alcances preceptivos, de no poder ser considerados como simplemente "programáticos". El trabajo contiene además, para cada país examinado, una visión sintética sobre cómo la respectiva constitución trata los derechos económicos en general.

El **Ms. Mario Alberto Víquez Jiménez** participa con **Alcances y limitaciones del tratamiento penitenciario en Costa Rica.** En su introducción enfatiza la necesidad de no perder de vista la perspectiva histórica. Enuncia las diversas modalidades de reac-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciones penales; a pesar de la universalidad de la pena privativa de libertad reconoce que ésta tiene diversas formas (prisión-empresa, institución terapéutica, etc.). Recalca luego la necesidad de superar la concepción de la pena como castigo y la importancia de inclinarnos más hacia medidas de desinstitucionalización con programas preventivos de base comunitaria en sus diversos niveles de integración. Relata las diversas concepciones en Costa Rica: de la idea de venganza sobre el cuerpo del condenado, pasando por el aislamiento y el surgimiento de la idea de readaptación, hasta la reforma penitenciaria actual. Sobre el modelo de tratamiento actual, aclara sus alcances y limitaciones y plantea diversos interrogantes, reconociendo las dificultades de aplicación práctica.

Normalidad e ideología: el ejemplo de la tentativa de suicidio es el título de la profunda e interesante colaboración de la **Licda. Alexandra Pérez Johnston.** La autora propone una lectura "sintomal" del artículo 114 del Código Penal, en expresión de Althuser, que busque la problemática en la que el texto se inscribe y a la que él pretende responder. La licenciada Pérez utiliza la forma del ensayo por considerarla más apta para percibir matices y detectar fallas. Su aporte analiza la indefinición conceptual de la noción de tentativa de suicidio, comenta la presunción de locura que presenta el texto y plantea el tema del "adecuado tratamiento psiquiátrico" en términos de "disidencia-represión". Toca importantes temas como la ausencia de un concepto indubitable de suicidio, la ausencia de parámetros de clasificación, el contenido ideológico de la calificación del que intente suicidarse como enfermo mental y la violencia frente a quien no se conforma con los parámetros oficiales de normalidad. En sus conclusiones reafirma la necesidad de formular interrogantes.

De nuestra colaboradora, la **Licda. Marta Odio Benito,** ofrecemos **Los derechos humanos en el Ordenamiento costarricense,** investigación que tiene el propósito de dilucidar la forma como el Estado hace efectiva su obligación internacional, mediante la adopción de medidas legislativas o administrativas que dan contenido a su responsabilidad. La autora aclara algunos conceptos centrales y examina el papel del Estado costarricense en la promoción y protección de los derechos humanos; además delimita los consagrados en la Constitución y los mecanismos para su tutela, comentando su caracterización como "fundamentales" y los alcances de ésta. Se refiere, más adelante, a la relación "Estado-Derechos Humanos", mostrando que el Estado tiene la obligación no sólo de respetarlos, sino también la de asegurarlos. Afirma que es el Estado de Derecho moderno el que ofrece mayores posibilidades y garantías para su protección. Cita el control de las leyes y de las actuaciones administrativas, lo mismo que el Hábeas Corpus y el Amparo. En materia de responsabilidad menciona algunos textos positivos y el papel especial de la Procuraduría General de la República. En su conclusión retoma los aspectos que considera importante destacar y aporta algunas observaciones críticas.

La pesca y la caza marítimas; se denomina el artículo de gran actualidad que publicamos del **Lic. Róger Bravo Álvarez,** quien se propone determinar, a través del análisis de los datos positivos, si existe algún tipo de política ecológica. Después de revisar algunos conceptos básicos, como espacios marítimos, alta mar, mar territorial, plataforma continental, zonas de pesca y zona económica pasa a una revisión histórica de los desarrollos de estas actividades, en especial en Europa. De Costa Rica se ocupa de su historia constitucional, hasta el texto actual al cual le formula algunas observaciones. Se refiere a los problemas de sobreexplotación, la destrucción y la alteración de los ecosistemas. Desemboca en las bases sobre las cuales se asienta la actual

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

legislación de pesca, indicando sus omisiones y la insuficiencia de la ley de fauna silvestre; considera que las reformas han sido producto de criterios económicos y no de políticas ambientales.

La Licda. **Patricia Lorena Hidalgo Somarribas** aparece con **Los actos de la policía judicial. Sumario de prevención.** Primeramente nos brinda el concepto de "policía judicial", caracterizada por su función auxiliar. Nos narra sus antecedentes y explica la distinción entre función administrativa y función judicial de policía, la primera preventiva, la segunda para descubrir la verdad de los hechos punibles acaecidos. Deslinda seguidamente las características de la policía judicial, mostrando cuáles son sus actuaciones en las diversas etapas procesales. Determina la naturaleza jurídica de sus actividades con base en su carácter de auxiliar judicial, indicando cuáles son sus actos. Expone seguidamente sobre el sumario de prevención, que en la práctica se concreta en un informe y describe su naturaleza jurídica de información preliminar que da lugar a una acusación formal o motiva el inicio de un proceso penal y revela sus fases (iniciación, desarrollo, clausura, remisión).

En la Sección La Ciencia al Servicio de la Justicia, continúa colaborando el **licenciado Jorge González Pinto,** especialista en Psicología Clínica y en Psicología Criminológica y Forense, esta vez con **Funciones y metodología de la Psicología Forense.**

En la Sección "Reseña Legislativa Extranjera" nos honra la participación del **Dr. Jorge Antonio Zepeda** con **Coexistencia del embargo y la prenda o la hipoteca: un aparente conflicto de normas procesales.**

En la "Reseña Bibliográfica" presentamos el comentario del **Dr. León Cortiñas Peláez** sobre el **Libro en homenaje al maestro Mario de la Cueva.**

Víctor Pérez Vargas

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

conoce los límites de uno y otro y porque en realidad existe un solo medio, el *coelum*, que rodea la tierra y se pierde en el espacio.

Por otro lado, los conceptos de libertad del espacio y de soberanía aérea deben entenderse en un sentido funcional. La primera debe entenderse como libertad para ciertas funciones y la segunda como el poder sobre el tráfico aéreo en su territorio que reconoce el derecho de defensa así como el de libre acceso al espacio, el cual es tan derecho natural como el que permite a los Estados acceder a alta mar.[35]

Siguiendo esta teoría, los Estados admiten la regulación de las actividades en el espacio, en lugar del espacio considerado como lugar donde se desarrollan. El problema dejaría de ser el de la delimitación de la frontera en el espacio para transformarse en el de las actividades, en un apropiado ejemplo de reciprocidad y potenciales concesiones.[36]

Para algunos debería tenerse en cuenta los dos elementos, esto es, no sólo el lugar donde se desarrollan las actividades sino también el tipo de actividad previendo la eliminación de aquellas que pudieran poner en peligro la seguridad de los Estados.[37]

Se critica esta teoría por cuanto no prevé claramente la influencia de los adelantos técnicos en la construcción de los aviones y vehículos espaciales,[38] y porque presupone un balance funcional entre Estados, difícil de realizar.[39]

SECCIÓN SEGUNDA: Posición internacional y valor jurídico del principio de libertad en el espacio.

A. Práctica de los Estados y labor de las organizaciones internacionales.

1) La práctica de los Estados.

Antes de la era espacial, la concepción de las dos potencias espaciales sobre un eventual límite en el espacio se manifestó en el caso de los globos meteorológicos. Los Estados Unidos lanzaron una gran cantidad de globos desde Noruega y Turquía que se desplazaron, guiados por el viento, hacia Escandinavia, los países de Europa del este y la Unión Soviética.

Algunos globos estaban equipados con instrumentos de meteorología y reconocimiento, y otros portaban panfletos de propaganda[40] que se desplazaron a una altura de 40 kilómetros.

Después de varias protestas la Unión Soviética envió sendas notas a los gobiernos de Estados Unidos y Turquía, entre otros, manifestando que dichos globos constituían una violación a su soberanía. En una declaración del Secretario del Estado Dulles, se argumentó que no existía al momento una clara disposición de Derecho Internacional que regulara la franja de aire usada por los globos, ya que la misma se encontraba encima de las zonas normalmente utilizadas por los aviones. Sin embargo, la tesis implícita de que la soberanía estatal no se extiende a la altitud de vuelo de los globos no tuvo aceptación, por lo que su lanzamiento fue suspendido y la mayoría de los comentarios indicaron que dicha zona de vuelo estaba bajo la soberanía del Estado subyacente.

En un siguiente caso, ocurrido apenas iniciada la era espacial, un avión de reconocimiento americano U—2 fue abatido el 1 de mayo de 1960 en la Unión Soviética. Los Estados Unidos esta vez no negaron el hecho de la violación del espacio aéreo soviético, no obstante que el avión volaba a una altitud parecida a la de los globos, pues no había duda de que el avión se encontraba en territorio soviético cuando cayó,[41] aunque se considerara que fue injustamente abatido por no haberse recurrido a medidas menos dañinas.[42]

Igual actitud de protesta del gobierno soviético se externó en nota dirigida a Washington el 4 de

---

35. MATEESCO, N., *supra*, nota 23, ps. 62-4.
36. Mc DOUGAL-LIPSON, *Perspectives for a Law of Outer Space*, AJIL, 1958, V. 52, p. 426. En igual sentido ver: QUADRI, R., *Droit International Cosmique*, DC, 1959, III, T. 98, p. 590. Y, SCHICK, F.B., *Space Law and Space Politics*, ICLQ, 1961, V. 10, ps. 692-706.
37. GOEDHUIS, D., *Some Trends in the Political and Legal Thinking on the Conquest of Space*, NILR, 1962, V. IV, p. 133.
38. ZHUKOV, G., *Outer Space: Legal Aspects*, IJIL, 1968, V. 8, No. 2, p. 244.
39. RIPHAGEN, W., *Some reflections on functional sovereignty*, NYIL, 1975, V. VI, p. 164.
40. GUETTARD, J., *Les ballons météorologiques*, AFDI, 1956, V. II, ps. 302-8.
41. WRIGHT, Q., *Legal Aspects of the U-2 Incident*, AJIL, V. 54, p. 853.
42. HINGORANI, R., *Aerial intrusion and International Law*, NILR, 1961, V. XIV, No. 1, ps. 165-9.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

setiembre de 1962, denunciando el sobrevuelo de otro avión estadounidense. En este caso los Estados Unidos consideraron que de haber existido una violación del territorio soviético, la misma sería inintencional y debida a un error de ruta.[43]

Una actitud diametralmente opuesta fue adoptada por las dos potencias espaciales desde el inicio de sus actividades en el espacio. A partir de entonces, tanto los Estados Unidos, como la Unión Soviética han enviado al espacio numerosos satélites y otro tipo de instrumentos que han circulado libremente por el espacio aéreo de otros Estados. Los Estados de lanzamiento no han creído estar violando la soberanía de los otros Estados y, por lo mismo, no han solicitado permiso de sobrevuelo alguno; y los Estados sobrevolados no han protestado contra esa práctica o argüido en alguna forma (con la excepción ya citada) por el respeto de sus soberanías.

Sin embargo, por otro lado se señala que ese consentimiento tácito no puede ser interpretado como un reconocimiento de los Estados porque, entre otras razones, no existe manifestación oficial expresa por parte de los Estados en ese sentido.[44] Además, la actitud de los Estados en punto a la delimitación del espacio es divergente y contrastante, tanto, como los diversos criterios expuestos. Más aún, países como Francia y Canadá han asumido diversas actitudes, lo que permite concluir que en la práctica internacional "se refleja la imposibilidad temporal de llegar a un acuerdo sobre la definición del espacio extra-atmosférico".[45]

2) Labor de las organizaciones internacionales.

La labor de las Naciones Unidas en el campo espacial se inició poco tiempo después del lanzamiento del primer satélite. Por medio de algunas resoluciones adoptadas en el seno de su Asamblea General ya mencionadas, se indicaban los principios generales que debían regir esa nueva actividad humana. Su importancia fue inmediatamente percibida y así se creó, con base en la resolución 1472 de 12 de diciembre de 1959, teniendo en cuenta la recomendación formulada por un precedente Comité ad hoc, el Comité para el Uso Pacífico del Espacio Ultraterrestre.[46]

Una de las tareas asignadas a este Comité fue la de estudiar los problemas jurídicos que suponía la exploración y utilización del espacio. En 1962 dicho Comité del Espacio (como lo llamaremos en adelante para abreviación) estableció dos subcomités: uno jurídico y otro técnico y científico. Es en el Subcomité Jurídico Espacial donde se ha conducido la mayoría del trabajo de la elaboración de los convenios en la materia, tanto el Tratado del Espacio como los siguientes específicos.

La cuestión de la delimitación del espacio ha estado en la agenda del Subcomité Jurídico Espacial por un largo período[47] y permanece todavía. Las diversas opiniones expresadas han permitido centrar el análisis sobre dos aspectos del problema: el establecimiento de un límite y su necesidad o urgencia. En cuanto a este último, un creciente número de Estados está en favor de una pronta solución. Un menor número, entre los cuales las potencias espaciales, no la consideran una tarea urgente. En un reciente reporte del Subcomité Jurídico del Espacio se observa que las delegaciones, sin decir cuáles, mantienen su criterio.[48]

En cuanto a la delimitación, los criterios prevalecientes son el espacial y el funcional. El apoyo a este último ha disminuido bastante últimamente, mientras que el criterio espacial ha recibido gran soporte sobre todo con la presentación, en fecha 20 de junio de 1979 al seno de dicho Subcomité, de un borrador de trabajo en el cual, reconociendo que una gran mayoría de los delegados se han manifestado por una pronta delimitación del espacio, proponen que la misma sea lograda con base en los siguientes términos: "1. La región sobre 100 (110) km de altitud sobre el nivel del mar de la tierra es el espacio ultraterrestre. 2. El límite entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre deberá quedar sujeto a un acuerdo entre los Estados y deberá subsiguientemente, ser establecido por

---

43. Véase texto de la nota soviética y la respuesta americana en Relazioni Internazionali, 1962.

44. GAL, *supra*, nota 20, p. 103.

45. DURANTE, *supra*, nota 19, ps. 385-90.

46. BENTIVOGLIO, L., *Le Nazioni Unite e la conquista dello spazio*, CI, 1970, V. XXV, Nos. 3-4, p. 545.

47. GORBIEL, A., *Twenty years of the international space law development in the United Nations*, NTIR, 1981, V. 50, Nos. 1-2, p. 52.

48. Report of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, ONU, AG, Doc. No. 20 (A/39/20), ps. 11-2.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

medio de un tratado a una altitud que no exceda 100 (110) km sobre el nivel del mar".[49]

Aunque criticada por la delegación americana, esta propuesta tiende la balanza del lado de la tesis espacial, que ya había sido apoyada por la Asociación de Derecho Internacional que por unanimidad había sostenido como límite el más bajo perigeo de un satélite.[50]

No obstante los esfuerzos realizados en doctrina, en la práctica internacional y la labor de las citadas organizaciones, no se ha llegado todavía unánime y consensualmente a una delimitación del espacio.

Ese resultado no es de extrañar. Para los Estados, la delimitación implica, en cierta medida, un replanteamiento del concepto de soberanía estatal sobre el espacio aéreo y una nueva valoración del principio de seguridad nacional. Se entra en la crisis de encontrar a la soberanía límites verticales que nunca habían sido reconocidos.[51]

La influencia de la actividad espacial sobre la noción de soberanía es evidente.[52] Sin duda las nuevas experiencias espaciales y los progresos técnicos obtenidos han puesto en crisis no sólo esos principios que informan el derecho aéreo, sino los esquemas mismos en que se habían forjado. La distinción entre espacio soberano y espacio libre es el reflejo más claro de esta contraposición. Sólo un nuevo examen del concepto de soberanía puede, tal vez, guiar a una solución de este "aparentemente inexplicable problema",[53] el cual no existiría si, como se ha propuesto, se pensara en una sola doctrina que rija el espacio, basada en el principio de libertad de todo el espacio sujeta a restricciones convenidas en un solo tratado multilateral.[54] Ya que, en todo caso, una demarcación visual, auditiva o material de un límite no es posible y la única solución del problema de la delimitación del espacio aéreo y ultraterrestre es un régimen jurídico común.[55]

B. Valor jurídico del principio de libertad del espacio.

1) Justificación de su carácter normativo general.

La controversia de la delimitación de las fronteras del espacio parte de la premisa de la aplicación contemporánea de dos principios diversos: el principio de la soberanía del espacio aéreo y el de libertad en el espacio ultraterrestre. Ahora bien, admitida su existencia, cabe preguntarse si el principio de libertad y no apropiación del espacio ultraterrestre es una norma de derecho consuetudinario internacional de aplicación obligatoria, aun para aquellos Estados que no han ratificado el Tratado del Espacio; o si, por el contrario, su valor normativo se reduce a los derechos y obligaciones respecto de aquellos Estados que lo han ratificado o se han adherido a él.

El principio de que el espacio es libre y no puede estar sujeto a reclamo de soberanía por parte de los Estados se funda, inicialmente, en la imposibilidad física de su apropiación; de la cual se desprende que el espacio es una *res extra commercium*, incapaz de estar sujeta a apropiación por extensión o proyección de la soberanía estatal hacia arriba.[56] Contra esto se ha observado que la misma objeción de imposibilidad física de apropiación podría levantarse también en relación con el espacio aéreo que, como hemos dicho, está sometido a la soberanía nacional.[57] A cambio se arguye que el espacio aéreo *sí* está obligado en forma constante al Estado subyacente por el hecho de que la atmósfera participa de los mismos movimientos de rotación de la tierra —lo cual no sucede con el espacio ultraterrestre— y por lo mismo puede afirmarse que la libertad del espacio "es una consecuencia jurídica proveniente de la naturaleza misma de las cosas y no de un postulado ideológico del todo creado".[58]

La doctrina ha tratado de justificar el princi-

---

49. Texto en inglés citado en ILA, *Report of 59th Conference*, Belgrado, 1980, p. 198.

50. *Ibíd.*, *Report of the Conference of Buenos Aires*, 1968, p. XXII.

51. VAGO, G., *Spazio aereo: sovranità o libertà*, IDA, 1964, Anno III, p. 350.

52. PAPACOSTAS, A., *L'influence de l'activité spatiale sur la notion de souveraineté*, RFDA, 1968, V. XXI, p. 259.

53. SAUVEPLANNE, J., *Freedom and sovereignty in air and outer space*, NILR, 1965, V. XLL, No. 3, p. 241.

54. BINET, H., Toward solving the Space Sovereignty Problem, *Second Colloquium*, *ibíd.*, *supra*, nota 22, p. 16.

55. SMIRNOFF, M., *Le régime juridique commun de l'espace aérien et cosmique comme la seule solution du problème de la délimitation de ces espaces*, RFDA, 1971, V. XXV, ps. 20-31.

56. CHENG, B., *International Law and activities in Space*, ICLQ, 1956, V. 5, ps. 103-4.

57. SAUVEPLANNE, *supra*, nota 53, p. 242.

58. MARCOFF, *supra*, nota 21, ps. 47 y 50.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pio de la libertad y no apropiación del espacio con otro tipo de argumentos. A sólo seis años del inicio de la actividad espacial ya se afirmaba que una norma "de derecho consuetudinario internacional se había establecido en relación con el derecho, de todo Estado, de poner satélites en órbita con propósitos pacíficos y científicos",[59] en virtud de la ausencia de protesta por el sobrevuelo de satélites. Pero, como dijimos, esta falta de protesta podría explicarse en parte por el hecho de que los Estados no tenían la capacidad de impedir el paso de satélites[60] y no significa necesariamente un consentimiento tácito. Aunque podría argumentarse que en cierta medida un consentimiento expreso puede encontrarse en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU ya citadas, que contienen ese principio y que fueron aprobadas por unanimidad.[61]

De ahí que generalmente se afirme que el Tratado del Espacio vino a consolidar en norma "pacticia" una práctica internacional que ya estaba admitida como consuetudinaria y había adquirido una "universalidad de aplicabilidad muy amplia y obliga aun a los Estados externos al Tratado, . . . La fuerza obligatoria universal de las normas fundamentales incorporadas en el Tratado viene también de la falta de reservas formuladas en la debida forma en relación con aquéllas".[62]

Gran parte de la doctrina confirma que los principios de libertad y no apropiación del espacio, en tanto que normas de derecho consuetudinario, se habían formado y funcionado aun antes de la entrada en vigor del Tratado de 27 de enero de 1967. Ellos se habían formado en los años siguientes al lanzamiento del primer vehículo espacial como resultado de la práctica de los Estados.[63] Se afirma además, que esta aceptación universal es un ejemplo de cómo una norma de derecho consuetudinario puede venir a existir en un muy corto período, o aún instantáneamente, cuando el requisito del consenso u *opinio juris generalis* se ha manifestado.[64]

2) El principio de libertad y no apropiación del espacio: ¿Norma imperativa de Derecho Internacional?

Aceptado por vía de hipótesis que se trata de una norma consuetudinaria, surge la duda de si la libertad y no apropiación del espacio es, a su vez, una norma del *ius cogens.* Las normas del *ius cogens* "se caracterizan por el hecho de proteger intereses fundamentales de la comunidad internacional, intereses que la comunidad retiene tan esenciales que no admiten derogatoria a la norma que los protege, golpeando, a la inversa, de invalidez los pactos en contrario".[65]

Si bien es bastante admisible reconocer el carácter consuetudinario del principio de la libertad del espacio, resulta muy difícil decir lo mismo en cuanto al elemento psicológico que diferencia una norma consuetudinaria de una norma imperativa, esto es, la convicción de la inderogabilidad de la misma.[66] La reclamación de soberanía de los Estados ecuatoriales sobre la órbita geoestacionaria localizada sobre sus territorios, hace difícil, si no imposible, sostener que el principio de libertad y no apropiación del espacio constituye una norma del *ius cogens.*

Dicha declaración es una negativa expresa de la existencia de una convicción unánime en tal sentido. En contra se argumenta, sin embargo, que es más bien la actitud de los países ecuatoriales la que es inadmisible si se asume que con anterioridad esos principios ya habían asumido el carácter de normas perentorias del Derecho Internacional general *(ius cogens),* como está establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[67]

En todo caso, habría que determinar si la

---

59. Mc MAHON, *supra,* nota 26, p. 353.

60. GOEDHUIS, *supra,* nota 37, ps. 122-3.

61. En el mismo sentido puede citarse también la resolución 1721 de 20 de diciembre de 1961.

62. MARCOFF, *supra,* nota 6, p. 40.

63. GORBIEL, *supra,* nota 47, p. 47.

64. GOEDHUIS, *supra,* nota 25, p. 32.

65. RONZITTI, N., La disciplina dello jus cogens nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, en *Estratto del Volume XV della Raccolta "Comunicazioni e Studi"*, 1978, p. 261.

66. RONZITTI, *ibíd.*, p. 262.

67. GORBIEL, *supra,* nota 47, p. 48. En igual sentido, DE LA PRADELLE, *La Charte de l'Espace et des Corps Célestes,* RGAE, 1967, No. 2, p. 133.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Declaración de Bogotá puede considerarse un "tratado" al cual le sería aplicable la Convención de Viena; o si se admite que las normas del *ius cogens* tienen una incidencia práctica que trasciende de la validez de los acuerdos internacionales.[68]

Se podría considerar también que la Declaración de Bogotá constituye una manifestación de la génesis de una costumbre espacial particular.[69] La actitud de los Estados ecuatoriales encuentra efectiva justificación en el incumplimiento de la condición resolutoria a que está sujeto, en el Tratado del Espacio, el principo de libertad y no apropiación, cual es la de que la exploración y utilización del espacio debe beneficiar a todos los Estados. El incumplimiento de esta condición tiene un efecto abrogativo sobre la precitada norma, y por lo tanto, se vuelve al statu quo anterior, es decir, al principio de soberanía estatal vertical sin las limitaciones específicas del derecho espacial.[70]

Aunque calificada de insólita y de dudosa validez jurídica, la Declaración de Bogotá refleja las grandes deficiencias del Tratado del Espacio que procura "una ilusoria protección contra los riesgos de dominación o de presión que crea un monopolio (o duopolio) de hecho, aunque abierto, en principio, a la competencia y a la cooperación".[71]

CAPÍTULO SEGUNDO

LÍMITES AL PRINCIPIO DE LIBERTAD Y NO APROPIACIÓN DEL ESPACIO

SECCIÓN PRIMERA: El principio de la utilización pacífica del espacio.

A. La controversia sobre el significado del término "uso pacífico".

1) Uso pacífico como sinónimo de no agresivo.

El principio de libertad y no apropiación del espacio no es absoluto sino que está sujeto a limitaciones. Una de las más importantes y controversial es la prohibición de utilizar el espacio para fines militares. El artículo IV del Tratado del Espacio contiene una prevención en tal sentido. Esta restricción, dadas sus implicaciones sobre todo para las grandes potencias, ha sido objeto de interpretaciones divergentes en cuanto a su verdadero significado, y sobre esa base se ha desarrollado también una práctica internacional que tiende a reducir casi completamente su valor. A esto contribuye también la deficiente formulación del citado artículo.

A pesar de ser repetidamente utilizado en el texto del Tratado del Espacio y en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU ya citadas, el término "uso pacífico" no ha sido claramente definido. Esto contribuye al surgimiento de una disparidad de criterios. Los Estados Unidos y parte de la doctrina han sostenido que el término pacífico significa "no agresivo". Cualquier actividad civil o militar, mientras no sea agresiva, puede libremente llevarse a cabo en el espacio. Admitir lo contrario, sería hacer imposible toda actividad espacial ya que gran parte de la misma, como se sabe, es llevada a cabo por personal militar o por medios militares.[72]

Se argumenta además, que interpretar el término pacífico en el sentido de no militar llevaría a la consecuencia de que ninguna acción militar es pacífica, lo cual es contrario a la práctica. "Las maniobras armadas que son ordinarias en tiempo de paz cuando no afectan a otro Estado en forma hostil, deben ser consideradas pacíficas a pesar del hecho de que toda maniobra militar al final sirve a

---

68. BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, Claredon Press, 2a. ed., Oxford, 1973, p. 501.

69. MARCOFF, *supra*, nota 6, p. 68.

70. *Ibíd.*

71. DE LA PRADELLE, en ILA, *Report of the 58th Conference*, Manila, 1978, ps. 168-9.

72. PAZARCI, H., *Sur le principe de l'utilisation, Pacifique de l'Espace Extra-atmosphérique*, RGDIP, 1979, T. 83, No. 4, p. 988.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la preparación de la guerra".[73] Por otro lado, quienes sostienen esta tesis insisten en el hecho de que usualmente en Derecho Internacional y en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas, pacífico es sinónimo de no agresivo.[74]

Si pacífico significara no militar y con ello el espacio pudiera ser utilizado únicamente para fines pacíficos, ¿qué sucedería, se preguntan algunos, con el derecho inherente de los Estados a su defensa, garantizado por el artículo 51 de la Carta de la ONU y el Derecho Internacional general? La prohibición de utilización militar del espacio sería contraria a ese derecho esencial, ya que dichos ordenamientos regulan también el espacio y por tanto admiten como legítimas las actividades militares en general, con las salvedades en caso de expresa prohibición por medio de un tratado o de una norma de derecho consuetudinario internacional.[75]

Esta interpretación surge en parte, por contraposición a la otra tesis que interpreta el término uso pacífico con el significado de no militar; y en parte para solventar o premunirse contra las consecuencias que derivan de la misma, especialmente la que permite concluir que el uso de satélites de reconocimiento, por ser de uso militar, estaría prohibido.

Se estimaba, en efecto, que "el lanzamiento en el espacio de instrumentos designados a recoger y transmitir información de reconocimiento sobre el territorio de otros Estados y la contaminación del espacio extra-atmosférico con objetos deberían (entre otras) ser tenidas como delitos por los que el respectivo Estado debería soportar la responsabilidad en todas formas previstas por el Derecho Internacional contemporáneo".[76] Sobre este aspecto volveremos más adelante; por el momento baste decir que los americanos, habiendo sido los primeros en lanzar satélites de reconocimiento, no estaban dispuestos a admitir que dicha actividad fuese contraria al ordenamiento jurídico internacional, a pesar de que, en todo caso, los soviéticos atribuían a dichos satélites también el carácter de agresivos.[77]

Se sugiere en fin, que esta interpretación, desde un punto de vista práctico, facilita el control del espacio, ya que es más fácil o al menos no especialmente difícil, distinguir entre uso agresivo y uso no agresivo.[78] Mientras que la estrecha relación entre actividad militar y la que no lo es impide ciertamente su distinción, dado que existe una extraordinaria interdependencia entre los objetivos puramente científicos y los militares en el uso del espacio. Los satélites de telecomunicaciones son un claro ejemplo de la diversa utilización que se puede dar a las actividades espaciales, pues pueden usarse tanto para fines civiles, comerciales o militares.

De ahí la insistencia por una regulación o convención que garantice que los satélites de telecomunicaciones sean utilizados únicamente con fines pacíficos, según un reporte de la UNESCO a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Utilización Pacífica del Espacio de Viena, 1968.[79] Este objetivo se logra parcialmente en INTELSAT, cuyos satélites son sólo para fines pacíficos.

Sin embargo la interdependencia existe y es casi imposible disociar ambas facetas de la actividad espacial; tanto, como distinguir un satélite de reconocimiento de uno meteorológico o de telecomunicaciones. De donde se concluye que si pacífico significara no militar, se estaría convirtiendo imposible o prohibitiva la exploración espacial. Y de ahí que el único significado posible sea el de no agresivo, que permite toda la actividad militar defensiva y que es consonante con el objetivo básico del Tratado, de mantener una separación entre

---

73. MEYER, A., Legal Problems of Outer Space, *Journal of Air Law and Commerce*, 1961/62, p. 341. Cit. por GAL, *supra*, nota 20, p. 167.

74. Mc MAHON, *supra*, nota 26, p. 360. Sin embargo, este autor posteriormente opinó, cuando el Tratado del Espacio fue concluido, que el artículo IV en comentario interpretó el término "pacífico" en el sentido de no militar, en lugar de simplemente no agresivo, inspirándose para ello en el artículo I del Tratado de la Antártida. Véase, Mc MAHON, J., *Legal Aspects of Outer Space: recent developments*, BYIL, 1965-6, V. XLI, p. 422.

75. FELDMAN, G., The Report of the United Nations Legal Committee on Peaceful Uses of Outer Space: A Provisional Appraisal, *Second Colloquium*, *ibid.*, *supra*, nota 22, p. 23.

76. SHUKOV, G., *Problems of Space Law at the present stage, Proceeding of the Fifth Colloquium on the Law of Outer Space*, ed. A. Haley, Varna 1962, p. 348. Cit. por Mc MAHON, *supra*, nota 26, p. 361.

77. Mc MAHON, *supra*, nota 26, p. 362.

78. FEDELMAN, *supra*, nota 75, p. 23.

79. KISS, A., *La Conférence des Nations Unies sur l'utilisation pacifique de l'espace*, AFDI, 1968, V. XIV, p. 759.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el régimen armamentista del espacio que circunda la Tierra y el de los cuerpos celestes.[80]

Esta primera interpretación ha sido ampliamente criticada. Se señala que la condición formal de civil o militar de una persona o de un material que se utilice no permiten calificar, en derecho, la actividad de esa persona como militar o a la inversa. Un funcionario civil, por ejemplo, utilizando medios no militares puede desarrollar una actividad agresiva difundiendo propaganda bélica por radio contra otro Estado. No es entonces la forma sino la finalidad y el contenido de la actividad humana la que le confiere el carácter de civil o militar.[81]

En segundo lugar, si se hubiera querido entender que el artículo IV del Tratado del Espacio se refería a la prohibición de propósitos agresivos, hubiera bastado la referencia que se hace a la Carta de las Naciones Unidas y al Derecho Internacional contenida en el artículo III del mismo Tratado, normas éstas que evidentemente prohíben los propósitos agresivos en el medio terrestre y que con esa referencia se hacen extensivas al medio espacial. Si así se considerara esta prohibición del artículo IV, las palabras adicionales "para fines pacíficos" serían simplemente redundantes. Sin embargo, dicha frase se consignó expresamente en los instrumentos internacionales básicos que rigen esta materia, y por ello, difícilmente puede considerarse algo sin sentido, como si fuera la expresión de un deseo piadoso, carente de efectos legales.[82] Lo que se ha querido excluir, obviamente, es la actividad militar en el espacio.

2) Uso pacífico como sinónimo de "no militar".

Gran parte de la doctrina considera que el término "uso pacífico" significa no militar. Las razones en sustento son de diverso origen, por lo que nos limitaremos a esbozar algunas para no repetir los argumentos ya presentados en la crítica a la primera interpretación.

Desde un punto de vista etimológico, pacífico significa algo más que simplemente la paz caracterizada como antítesis de la guerra. La naturaleza pacífica de una actividad no proviene de la ausencia o falta de agresión, sino de la intención de promover una pacífica cooperación y coexistencia internacional.[83] En ese sentido la esencia del término pacífico debe extraerse de su raíz en conexión con un estado de paz, y no con un estado de no guerra o no agresión.

Por otro lado, en modernos tratados internacionales como el Tratado de Washington sobre el Estatuto de la Antártida, de diciembre de 1959, y la Carta de la Agencia Internacional de la Energía Atómica de 1956, el concepto de uso pacífico quiere decir no militar. El primero de ellos se considera pertinentemente aplicable por analogía al espacio ultraterrestre.[84]

Asimismo, el propio Tratado del Espacio en su artículo IV, inciso 2, menciona y prohíbe específicamente toda una serie de actividades militares no agresivas. Lógicamente esta prohibición carecería de sentido si dichas actividades fueran verdaderamente pacíficas, como se esfuerza en demostrarlo la tesis de la no agresividad.[85]

Esta controversia interpretativa ha tenido lugar, indudablemente, no por el simple debate de ideas sino por razones prácticas. En gran medida la interpretación americana encuentra su justificación en que estaba en juego el uso de los satélites de reconocimiento que, con otra interpretación, entrarían en la categoría de actividades prohibidas.[86]

La actitud en la práctica de las dos potencias espaciales muestra con mayor claridad el alcance de las diversas posiciones, su evolución y la actualidad de la controversia.

B. Actitud de las potencias espaciales en cuanto a la actividad militar en el espacio.

1) Controversia sobre la legalidad del reconocimiento por satélite.

Después del lanzamiento de los primeros saté-

---

80. DORE, I., *International Law and the preservation of the ocean, space and outer space as zones of peace: Progress and Problems*, CILJ, 1982, V. 15, No. 1, p. 49.

81. MARCOFF, M., *Sur l'interpretation juridique de l'article IV du Traité régissant les activités spatiales des États*, RGAE, 1968, No. 1, p. 37. En igual sentido SAUVEPLANNE, *supra*, nota 53, p. 237.

82. LACHS, M., El Derecho del Espacio Ultraterrestre, trad. del Ingl., *Fondo de Cultura Económica*, Madrid, 1977, p. 141.

83. GAL, *supra*, nota 20, O. 168.

84. GAL, *ibíd.*, p. 120.

85. MARCOFF, *supra*, nota 21, p. 75, nota 73.

86. GOEDHUIS, *supra*, nota 25, p. 26.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lites, la Asamblea General de la ONU aprobó la resolución 1148 en la cual se urgía a los Estados para que llegaran a un acuerdo de desarme que previera un estudio de conjunto de un sistema de inspección diseñado para asegurar que el envío de objetos en el espacio fuera "exclusivamente con propósitos pacíficos y científicos". Sin embargo, ya desde 1958 se comenzaron a realizar en el espacio pruebas de carácter militar por parte de ambas potencias espaciales. No es de extrañar entonces, que la palabra "exclusivamente" no volvió a figurar en las resoluciones sucesivas.

La creación del Comité ad-hoc del Espacio al que ya aludiéramos, se fundamentó también en la creencia de los Estados participantes, de que el programa de desarrollo de las actividades espaciales debía ayudar a lograr el objetivo de que el espacio fuera utilizado solamente para fines pacíficos. En igual sentido la resolución 1472 ya citada, reconoce e insiste en la necesidad de la utilización pacífica del espacio. Se emplea esta expresión al menos cinco veces en esa resolución, aunque ya no aparece precedida del adverbio "solamente".

Es claro que la idea inicial en el seno de las Naciones Unidas fue la necesaria utilización del espacio para fines pacíficos. De ahí toma su nombre el Comité encargado de promover la acción de la ONU para la Utilización "Pacífica" del Espacio.

No obstante, ni en la Asamblea General ni en dicho Comité se ha llegado a una definición del concepto "uso o propósitos pacíficos". El Subcomité Jurídico, que cuenta entre sus miembros a las dos potencias espaciales, se ha convertido en el foro donde éstas proponen sus puntos de vista sobre el significado de dichos términos. Pero esa discusión teórica no ha impedido que las potencias espaciales, y otros países tanto del Este como del Oeste, hayan preparado y ejecutado programas militares en el espacio. El uso de satélites para fines militares se ha ampliado cada vez más.[87] Según un estudio del SIPRI de Estocolmo, desde el inicio de la era espacial hasta 1976 habían sido lanzados 1.386 satélites militares, de los cuales 563 de USA, 899 de URSS, 5 para el Reino Unido, lanzados por USA, y también 3 para Francia y 4 para la NATO; 5 por Francia y 2 por China. Y sólo en 1978 se habían lanzado 112 de este tipo de satélites.[88]

En la práctica, la posición de las dos potencias espaciales inicialmente se centró sobre el problema de los satélites de reconocimiento. La Unión Soviética insistía en la prohibición de este tipo de satélites a los cuales consideraba una amenaza para la seguridad nacional ya que constituían espionaje,[89] y se les compara con un acto de agresión contrario a la coexistencia pacífica internacional.[90]

Los Estados Unidos, desde un principio sostienen la tesis contraria. Para ellos, tanto un satélite con propósitos científicos como uno expresamente con objetivos de espionaje son congruentes con el Derecho Internacional y, por lo mismo, consideran que también la Unión Soviética podía hacer uso de los mismos.

No sorprende entonces, que desde 1960 se pusiera en órbita el primer satélite de reconocimiento americano cuya misión declarada era la de espiar y reportar las actividades militares sobre el territorio soviético, lo cual provocó vivas protestas por parte de ese país;[91] aunque las mismas nunca fueron oficializadas por la vía diplomática y se limitaron a objeciones oficiosas, expresadas especialmente en el seno del Comité del Espacio, lo cual contrasta con la actitud beligerante asumida en relación con los aviones de reconocimiento americanos, según se explicó.

2) La aceptación soviética de la legitimidad de los satélites de reconocimiento.

Dado que la Unión Soviética sostenía que el espionaje por satélite era ilegítimo y contrario a los principios fundamentales de Derecho Internacional, en un primer momento se esforzó por obtener una afirmación, dentro de la Declaración de Principios de la Asamblea General de la ONU, en el sentido de prohibir el uso de satélites de reconocimiento. A pesar de no haberlo logrado, la Unión Soviética aprobó la resolución que contiene esa Declaración. A partir de ahí, se afirma que dio una aceptación implícita de los satélites de reconocimiento, a lo cual se agrega que se dejó de protestar contra su uso.

Esta actitud se debió seguramente a que la

87. LAY, F., *Usi pacifici dello spazio extra-atmosferico*, CI, 1979, V. XXXIV, Nos. 2-3, p. 389.

88. SIPRI, World Armaments and Disarmament, *Yearbook*, 1979, ps. 4 y 257.

89. RUSSELL, M., *Military activities in Outer Space: Soviet Legal Views*, HILJ, 1984, V. 25, No. 1, p. 177.

90. Mc MAHON, *supra*, nota 26, p. 374.

91. DAUSES-WOLF, *L'espionage par satellites et l'ordre international*, RGAE, 1973, No. 3, p. 283.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Unión Soviética había ya perfeccionado su tecnología en ese campo. Por esa época en efecto, había logrado un sistema de vigilancia espacial con la ayuda de los satélites Cosmos que tenía diferentes usos, uno de los cuales era filmar todo lo que pasaba por debajo de ellos.[92]

Posteriormente, el tratado entre los Estados Unidos y la Unión Soviética sobre la limitación de los sistemas de misiles antibalísticos, firmado en Moscú el 26 de mayo de 1972 constituye, en esta evolución, la consagración formal de la legitimidad de la utilización de los satélites de reconocimiento. El artículo XIII de ese tratado establece que cada una de las partes podrá utilizar cualquiera de los medios de verificación (a los efectos del tratado) de que disponga, en conformidad con los principios de Derecho Internacional y sin interferir con los medios técnicos que la otra Parte tenga también a su disposición. En ese sentido, este acuerdo no pudo haber sido negociado "sin un formal conocimiento de que los Estados Unidos están autorizados a operar con satélites de reconocimiento sobre las instalaciones rusas".[93]

En realidad las potencias espaciales antes y después de la firma del Tratado del Espacio han explorado y utilizado el Espacio con propósitos militares, aunque insistiendo en que la misma es pacífica.[94] A tal punto que los satélites hoy se han convertido en los ojos y oídos de las naciones, especialmente para sus fuerzas armadas. Una amenaza a los satélites estratégicos de un Estado podría poner en tremendo peligro la seguridad nacional,[95] ya que se han convertido en indispensables para la verificación preventiva de ataques, para la guía y control de los sistemas de armas estratégicas, para la transmisión y recepción de las comunicaciones, y para el control del respeto de las limitaciones acordadas en relación con los armamentos, etc.[96]

Dada esta efectiva utilización militar del espacio, no debe extrañar que el análisis del texto del artículo IV del Tratado del Espacio no responda totalmente a las expectativas iniciales proclamadas en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que sólo contenga una desmilitarización parcial. Existe además el convencimiento de que para las potencias espaciales y militares actualmente es inaceptable la desmilitarización total del espacio, salvo por un acuerdo dentro del marco de un desarme general.[97]

SECCIÓN SEGUNDA: Límites de contenido y de la finalidad del Tratado del Espacio.

A. La desmilitarización del espacio.

1) El contenido del artículo IV del Tratado del Espacio.

Es fundamentalmente en el artículo IV del Tratado del Espacio donde se regula en concreto lo concerniente al uso pacífico del espacio. Dice textualmente: "Los Estados Partes en el Tratado se comprometen a no colocar en órbita alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares ni de ningún otro tipo de armas de destrucción en masa, a no emplear tales armas en los cuerpos celestes y a no colocar tales armas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma.

La Luna y los demás cuerpos celestes se utilizarán exclusivamente con fines pacíficos por todos los Estados Partes en el Tratado. Queda prohibido establecer en los cuerpos celestes bases, instalaciones y fortificaciones militares, efectuar ensayos con cualquier tipo de armas y realizar maniobras militares. No se prohíbe la utilización de personal militar para investigaciones científicas ni para cualquier otro objetivo pacífico. Tampoco se prohíbe la utilización de cualquier equipo o medios necesarios para la exploración de la Luna y otros cuerpos celestes con fines pacíficos".

De la lectura transcrita se imponen dos observaciones preliminares. En primer lugar, se distinguen netamente tres sectores u objetos: la Luna, los cuerpos celestes y el espacio ultraterrestre,

---

92. MATEESCO, *supra*, nota 23, p. 265, nota 9. En igual sentido, GOEDHUIS, *supra*, nota 25, p. 26 y COURTEIX, S., *Les "Satellites Bleus" au service de la Paix et du Désarmement*, GYIL, 1981, V. 24, ps. 249-250, con sumario en inglés.

93. GOEDHUIS, D., *Some Recent Trends in the Interpretation and the Implementation of the Rules of International Space Law*, CJIL, 1981, V. 19, No. 2, p. 229. En igual sentido, COURTEIX, *supra*, nota 92, p. 250.

94. GOEDHUIS, *supra*, nota 25, p. 24.

95. RUSSELL, *supra*, nota 89, p. 153.

96. LAY, *supra*, nota 87, p. 391.

97. CHENG, *supra*, nota 18, p. 605.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aunque dentro de este último habría que distinguir además, lo que se ha denominado como "órbita alrededor de la Tierra", la cual sólo en este artículo del Tratado se menciona. En segundo término, dicha disposición viene dividida en dos párrafos de contenido diverso. En el primero se establece la desnuclearización del espacio orbital de la Tierra, del espacio ultraterrestre y de los cuerpos celestes; y en el segundo la prohibición de utilizar la Luna y los cuerpos celestes a otros fines que no sean pacíficos.

La redacción del artículo citado está llena de inconsistencias derivadas de la distinción antes señalada. En la mayoría de los otros artículos del Tratado se hace poca mención al "espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes", como un sólo concepto. En cambio, en el artículo IV el uso separado de esos términos lleva a resultados paradójicos. En el párrafo primero no se menciona la Luna. ¿Significa eso que no existe al respecto la prohibición de instalar armas nucleares o de destrucción masiva en la Luna? Y si no es así, ¿por qué no se mencionó?

En el párrafo segundo, se destina al uso pacífico solamente la Luna y otros cuerpos celestes, excluyendo el espacio ultraterrestre. Este viene excluido también de la prohibición de instalar bases militares o ejecutar maniobras militares. ¿Cuál es entonces el verdadero alcance del artículo en mención?

2) Alcances del artículo IV del Tratado del Espacio.

En cuanto al párrafo primero, para algunos la desafortunada redacción podría ser subsanada por la evidencia de que de la intención de las Partes del Tratado se deduce que cuando el término "cuerpos celestes" es utilizado solo, comprende también la Luna que es un cuerpo celeste.[98] El argumento no es satisfactorio si se toma en cuenta que en el contexto la Luna siempre se menciona expresa y no implícitamente,[99] aunque una propuesta americana preliminar podría ser interpretada como incluyendo la Luna.[100]

Igual argumento podría esgrimirse en relación con la prohibición de instalar bases militares o conducir maniobras, respecto de las cuales tampoco se menciona expresamente la Luna sino sólo los cuerpos celestes, lo cual constituye una significativa omisión.[101] Vale agregar también que en los demás artículos del Tratado se menciona la Luna y "otros" cuerpos celestes, lo cual significa que en el Tratado la Luna es también un cuerpo celeste.

En cuanto al segundo párrafo del artículo en comentario, en relación con el espacio ultraterrestre, debe reconocerse que viene excluido del texto. No está claramente formulada una desmilitarización total del espacio. Más aún, de las discusiones y de los trabajos preparatorios se desprende que el texto se quería tal y como está y que no existe, sobre todo por parte de las grandes potencias, una intención diferente[102] o una omisión involuntaria.

Por lo expuesto, gran parte de la doctrina concluye que la no militarización del espacio es incompleta y parcial.[103] Sin embargo, algunos autores consideran que el principio de la libertad y no apropiación del espacio así como el artículo IV del Tratado del Espacio deben ser analizados con base en y respetando los fines esenciales del Tratado, con lo cual son posibles otras conclusiones.

En la actualidad es de sumo interés el problema de la militarización del espacio. Como se sabe, el Presidente Reagan de los Estados Unidos de América ha anunciado que su gobierno pretende investigar y formular un programa de defensa espacial a base de alta tecnología en materia de cohetes, que le permitiría interceptar y destruir los misiles balísticos estratégicos antes de que puedan llegar a su objetivo. Ya se afirma que este nuevo tipo de cohetes antibalísticos basados "en láser o técnicas de irradiación de partículas no son armas de destrucción de masa. Como pretende ser un sis-

---

98. GOEDHUIS, *supra*, nota 25, p. 29.

99. Mc MAHON, *supra*, nota 74, p. 423.

100. Mc MAHON, *ibíd.*, p. 423, nota 4.

101. SHARMA, *supra*, nota 2, p.191.

102. VERPLAETSE, J., Autour de l'article IV du *Traité de Droit Cosmique de 27 Janvier 1967*, RGAE, 1968, No. 1, ps. 48-9.

103. *Ibíd.*, p.50. En igual sentido, SHUKOV, G., *Tendances contemporaines du développement du Droit Spatial International*, RC, 1978, III, T. 161, p. 247. MENTER, M., *Peaceful Uses of Outer Space and National Security*, IL, 1983, V. 17, No. 3, p. 583. LACHS, M., *Le premier traité sur l'espace extra-atmosphérique*, CI, 1967, V. XXII, No. 2, p. 272. GOEDHUIS, *supra*, nota 25, p. 35. CHENG, *supra*, nota 18, p. 603.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tema defensivo, por definición no agresivo, su colocación en órbita terrestre no representaría una violación del derecho internacional del espacio".[104]

Un reorientamiento de los fines del Tratado del Espacio podría dar la pauta jurídica necesaria para evitar que se proceda a una indiscriminada militarización del espacio.

B. Los fines del Tratado del Espacio.

1) El principio del interés común de la humanidad.

El principio de la libertad del espacio encuentra también un límite en el principio del interés común de la humanidad. Se sostiene que la exploración y la utilización del espacio debe hacerse "en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la Humanidad", tal como lo dispone el párrafo primero del artículo I del Tratado del Espacio.

Ese párrafo contiene una norma que impone la obligación de utilizar el espacio únicamente en el interés de todos los países del mundo y que como tal existe sólo en el Derecho Internacional del espacio. Con base en ella se afirma que toda actividad espacial debe ser no militar porque "no existen actividades militares, ni siquiera las no agresivas, que puedan servir, hoy, a la Humanidad entera";[105] de tal forma que ninguna actividad de naturaleza militar, aun cuando fuera meramente defensiva, puede satisfacer esta "condición primordial introducida de manera formal por el derecho espacial positivo".[106] De donde se concluye que todo el espacio ultraterrestre, y no sólo parte, está sujeto a los efectos de la regla de la utilización pacífica.

Ahora bien, este principio finalístico del interés común de la humanidad influye también en la interpretación del Tratado del Espacio en su globalidad, ya que sus normas solamente tienen sentido en correlación con el principio de la utilización del espacio por el bien y en el interés de todos los Estados.[107] Se llega hasta a afirmar, dada su importancia, que ese principio condensa una norma de un verdadero *ius cogens espacial.*[108]

La relevancia de este principio viene confirmada en la lectura del preámbulo del mismo Tratado, en el cual se reconoce también el interés común de la humanidad en las actividades espaciales. Por otro lado, en su artículo XI las Partes se comprometen a informar al Secretario General de la ONU, así como al público y a la comunidad científica internacional, a la mayor brevedad y dentro de lo viable y factible, acerca de la naturaleza, marcha, localización y resultados de las actividades espaciales; los cual da la idea de su carácter común y de interés de la humanidad.

Asimismo, el artículo V del Tratado del Espacio considera a los astronautas como "enviados de la Humanidad" en el espacio, y como tales se obliga a prestarles toda la ayuda posible. Este artículo ha sido además completado con un acuerdo específico sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, de 22 de abril de 1968, que desarrolla y da expresión más concreta a esos deberes para cuyo cumplimiento, se retiene, sólo se puede contar con la probidad y moralidad de las Naciones.[109]

No obstante lo sugestivo de la argumentación basada en el principio del interés común de la humanidad, se critica su carácter general y enunciativo, más que dispositivo o prohibitivo, y por lo tanto, su incapacidad de dar nacimiento a derechos precisos de carácter jurídico, aunque pudiera crear una obligación moral.[110] Para algunos, su inclusión en el Tratado sirve como enunciación del principio de igualdad y no discriminación en el libre acceso al espacio.[111]

Las dificultades que surgen en la aplicación

---

104. MEREDITH, P., *The Legality of a High-Technology Missile Defense System: the ABM and Outer Space Treaties*, AJIL, 1984, No. 2, V. 78, p. 423.

105. MARCOFF, *supra*, nota 81, p. 40.

106. MARCOFF, *supra*, nota 21, p. 74.

107. PAZARCI, *supra*, nota 72, p. 997.

108. DE LA PRADELLE, *supra*, nota 67, p. 113. En contra VERPLAETSE, *supra*, nota 102, p. 51.

109. JACQUEMIN, G., *Le traité du 27 Janvier 1967 sur les principes devant régir l'exploration de l'Espace et celui du 22 Avril 1968 sur l'assistance aux astronautes. Leur signification et leur portée*, RFDA, 1971, V. XXV, p. 267.

110. CHENG, *supra*, nota 18, p. 579. Asimismo, PAPACOSTAS, A., *Quelques remarques sur le traité sur les principes devant régir l'activité des États dans le domaine de l'exploration et de l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes*, RFDA, 1967, V. XXI, p. 125.

111. DORE, *supra*, nota 80, ps. 53-4.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

concreta de este y los otros principios espaciales, sobre todo en áreas tan específicas como la de los satélites de telecomunicaciones, confirman su carácter vago y confuso que da lugar a las opiniones más dispares.

2) Aplicación de los principios espaciales a los satélites de telecomunicaciones.

a) Libertad en el espacio e interés común de la humanidad.

Los principios espaciales hasta ahora mencionados no se refieren específicamente a los satélites de telecomunicaciones, aunque tienen relevancia en relación con las telecomunicaciones por satélite. Su aplicación en este campo presenta sin embargo, problemas interpretativos y prácticos que se derivan tanto del desarrollo real que ha tenido la utilización práctica de los satélites de telecomunicaciones como de la existencia, en esta materia, de algunos principios consolidados de Derecho Internacional que podrían eventualmente entrar en conflicto con los innovadores principios de Derecho Espacial.

Aplicado al campo específico de las telecomunicaciones por satélite, el principio de la libertad en el espacio equivale a decir que todos los Estados son libres de lanzarse en alguna forma en las actividades de comunicaciones por satélite, con respeto lógicamente, del Derecho Internacional en la materia.[112] Pero existe una limitación más concreta. En conformidad con el artículo I del Tratado del Espacio esa libertad debe ejercerse "sin discriminación alguna en condiciones de igualdad" entre los Estados. Esta aseveración es significativa en varios aspectos; el más importante es que representa una reafirmación del concepto de que "no debe haber un monopolio de las comunicaciones espaciales de un Estado o un grupo de Estados".[113] Hasta ahora en realidad, el principio de libertad en el espacio ha venido a sustentar la creación de un monopolio de hecho en las telecomunicaciones por satélite por parte de unos pocos Estados tecnológicamente avanzados. Más aún, la Organización Internacional de las Telecomunicaciones por Satélite (INTELSAT) está dominada por los Estados Unidos, que tiende a mantener esa dominación.[114]

El principio de no discriminación aplicado a las telecomunicaciones podría igualmente significar dos cosas: primero, que la participación en un sistema global de telecomunicaciones por satélite no puede estar limitada a ciertos Estados; y segundo, que a todo Estado se le debe dar igual voz y voto en la operación de un sistema global de telecomunicaciones por satélite. La realidad de INTELSAT demuestra la situación contraria en ambos casos.

Por otro lado, si se acepta que esa libertad de los Estados está restringida por la condición del interés común y del beneficio de todos, y que el espacio es una *res communes humanitatis,* ello significaría que todo Estado que emprenda la tarea de explotación y utilización del espacio lo hace como representante de la humanidad y en consecuencia, "todas las Naciones deben tomar parte en los beneficios así como en los gastos involucrados. . ." de tal forma que "los productos obtenidos deben ser compartidos no sólo desde el punto de vista científico o cultural, sino también comercial e industrial".[115]

Ahora bien, muchas de las actividades pioneras en el campo espacial no llenan ese requisito. Volvemos aquí a INTELSAT —aunque se pueden citar otras organizaciones en igual sentido— que, tal y como están concebidas su organización y funcionamiento, tiene en mira el provecho de los países a ella adheridos y no el interés de toda la humanidad. De tal forma que la aplicación irrestricta del principio del interés común comportaría la ilegalidad de esas actividades.[116]

Serían igualmente ilegales, con base en dicho principio y según se dijo, la utilización de satélites militares. Esta sin embargo, es una actividad que se desarrolla corrientemente en la actualidad. Podría decirse que la permisión de las telecomunicaciones militares constituye en cierta medida un principio consolidado en la materia, en tanto en cuanto siempre se ha reconocido que los miembros de la

---

112. D'ARCY, J., L'organisation des Nations Unies et les communications par satellites, Les Télécommunications par satellite, aspects juridiques, ed. del CNRS, Cuyas, París, 1968, p. 221.

113. VALTERS, E., *Perspectives in the Emerging Law of Satellite Communications,* SJIS, V. V, 1970, p. 62.

114. SCHILLER, D., L'espace, nouveau tremplin de la puissance americaine, Comment perpéteuer la domination sur les télécommunications? , *Le Monde Diplomatique,* Fevrier, 1985, ps. 14-5.

115. COCCA, A., *Determination of the meaning of the expression "res communes humanitatis" in Space Law,* IDA, 1963, Anno II, p. 413.

116. GOEDHUIS, *supra,* nota 93, p. 221.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Unión Internacional de Telecomunicaciones conservan entera libertad en relación con las instalaciones radioeléctricas militares.[117]

Puede entonces concluirse, que mientras no se aclaren conceptos tan abstractos como el del interés común de la humanidad, frente a actividades tan concretas como la explotación comercial o militar de los satélites de telecomunicaciones, el problema de la aplicación de dichos principios no puede considerarse resuelto.[118] Pero ello no debe conducir a olvidar la influencia benéfica que la enunciación de ese principio ha ejercido en el establecimiento de nuevas normas concretas de Derecho Internacional de las telecomunicaciones en general; y en particular, de las telecomunicaciones por satélite.

b) No apropiación del espacio y la aplicabilidad del Derecho Internacional.

La lógica contrapartida del principio de la libertad de exploración y utilización del espacio es la prohibición de la apropiación nacional o reclamo de soberanía sobre el mismo. El artículo II del Tratado del Espacio expresa en concreto este principio estipulando en forma categórica que "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso o ocupación, ni de ninguna otra manera".

En cuanto a los satélites de telecomunicaciones no sólo cabe preguntarse, sino que efectivamente se discute, si los satélites geoestacionarios que se encuentran colocados en órbita estacionaria sobre el ecuador terrestre constituye o no una apropiación de hecho de ese punto orbital. Aunque se afirma que nadie tiene el derecho de prevalerse de una posición privilegiada en el espacio, proveniente simplemente del hecho de que tiene ya "estacionado" un satélite en ese lugar,[119] la realidad es que la saturación de la órbita geoestacionaria prácticamente convierte esa ocupación en una verdadera apropiación de hecho por ocupación. Es esta una de las razones que justifica precisamente la reclamación de soberanía de los Estados ecuatoriales sobre la órbita geoestacionaria de sus territorios.

Por otro lado, vale decir que no todo ejercicio de soberanía viene suprimido en el espacio, como lo entienden algunos que consideran que el citado artículo "excluye absolutamente toda referencia (en el espacio) a la idea de soberanía".[120] Una atenta lectura del texto transcrito permite concluir que su objetivo es la prohibición de apropiación nacional por cualquier medio, incluyendo la reivindicación de soberanía, el uso o la ocupación, pero no el ejercicio de derechos soberanos o prerrogativas.[121] Esta puntualización viene avalada por otros artículos del Tratado del Espacio que claramente otorgan al Estado el ejercicio de su jurisdicción sobre los vehículos y personal espaciales, así como la responsabilidad por eventuales daños causados: prerrogativas y deberes que suponen el ejercicio de poderes soberanos.

La libertad del espacio está también limitada a su "conformidad con el Derecho Internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y del fomento de la cooperación y la comprensión internacionales".[122] Evidentemente, el Derecho Internacional no se aplica en su integridad y debe entenderse que sus disposiciones han sido modificadas o reemplazadas por las normas especiales *(lex specialis)* del Derecho Espacial.

Surge aquí precisamente el dilema jurídico de saber cuáles normas de Derecho Internacional son aplicables a las actividades espaciales, sin entrar en conflicto con los principios propios del Derecho del Espacio, y en qué medida aquéllas han sido modificadas por éstos.

Dentro de ese marco se plantea el problema de la utilización de los satélites para la televisión directa. Estos satélites permitirán a todo poseedor de un aparato receptor de televisión normal, con pequeños ajustes, captar directamente y sin con-

---

117. LAFFERRANDERIE, G., Le statut juridique du satellite de télécommunications, en *Les Télécommunications par satellites, Aspects Juridiques*, ed. del CNRS, Cuyas, París, 1968, p. 117.

118. MATEESCO, M., L'exploitation commerciale des satellites de télécommunications, en *Les Télécommunications par satellites, Aspects Juridiques*, ed. del CNRS, Cuyas, París, 1968, p. 173.

119. D'ARCY, *supra*, nota 112, p. 223.

120. DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., *Las conventions sur l'internationalisation de l'espace*, AFDI, 1967, V. XIII, p. 629.

121. GOROVE, S., *Sovereignty and the Law of Outer Space*, AASL, 1977, V. II, p. 314.

122. Artículo III del Tratado del Espacio.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trol alguno (a diferencia de lo que sucede en la actualidad) las emisiones difundidas por un satélite. Esta nueva técnica ya ha generado una acre discusión sobre la relación y prevalencia entre el principio de la libertad en el espacio y el principio de la soberanía nacional. Aquélla —se afirma— no es irrestricta y no debe ser utilizada como pretexto para violar derechos soberanos de los Estados en la Tierra.[123]

Los poderosos intereses que gravitan alrededor de este enfrentamiento han dado lugar al surgimiento de dos tesis, hasta ahora irreconciliables. Ello ha impedido la conclusión de un convenio sobre la utilización de esta novedosa técnica facilitada por los satélites de telecomunicaciones.

Finalmente, el ejercicio de la libertad en el espacio conlleva la responsabilidad internacional del Estado. Esta, dada la particularidad de los medios, el ambiente donde se desarrolla y las eventuales consecuencias de la actividad espacial, está sujeta a un régimen especial que abordaremos en un próximo artículo.

CONCLUSIONES

A pesar de la cotidiana y creciente utilización de los satélites para las telecomunicaciones, y de la enorme importancia adquirida por este rápido y eficiente medio de comunicación, apto especialmente para las telecomunicaciones internacionales, no existe en la actualidad un régimen jurídico internacional completo y congruente que tenga en cuenta sus especiales características.

Los principios del Derecho Espacial aplicables a los satélites de telecomunicaciones son muy generales y no se refieren específicamente a esos satélites. El principio de la libertad en el espacio tiende a justificar y legitimar la actividad de las grandes potencias en ese ámbito. Los límites a que está sujeta esa libertad no son importantes. La desmilitarización del espacio es parcial e incompleta y el principio del espacio como patrimonio común de la humanidad es tan ambiguo que no permite extraer una consecuencia práctica, y es generalmente considerado como privado de valor vinculante.

Por otro lado, la enunciación de esos principios, a su vez, ha sido predeterminada por la bipolarización entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, y por lo tanto no responde a las necesidades de todos los países, sobre todo de los países en desarrollo que por la ausencia de capacidad técnica y económica dependen totalmente de los países desarrollados.

El Tratado del Espacio, en síntesis, es un fiel reflejo de lo que sucede en otros ámbitos del Derecho Internacional, el cual viene determinado por las fuerzas prevalecientes en la Comunidad Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

BENTIVOGLIO, L., Esiste un confine dello stato nello spazio verticale? *Diritto Internazionale,* 1970, V. XIV, No. 2.

BERESFORD, S., The future of national sovereignty, en *Second Colloquium of the law of outer space, Proceedings,* London, 1959.

BINET, H., Toward solving the Space Sovereignty Problem, *Second Colloquium of the law of outer space, Proceeding,* London, 1959.

BOUCHEZ, L., The concept of Effectiveness as applied to territorial sovereignty over sea areas, air space and outer space, *Netherland International Law Review,* 1962, V. IX.

BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law,* Claredon Press, 2a. ed., Oxford, 1973.

CHENG, B., From Air Law to Space Law, *Current Legal Problems,* 1960, V. 13.

CHENG, B., Le Traité de 1967 sur l'Espace, *Journal de Droit International,* 1968, V. 95.

123. VERESHCHETIN, V., *On the principle of state sovereignty in International Space Law,* AASL, 1977, V. II, p. 429.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CHENG, B., International Law and activities in Space, *The International and Comparative Law Quarterly,* 1956, V. 5.

COCCA, A., Determination of the meaning of the expression *res communes humanitatis* in space law, *Il Diritto Aereo,* 1963, Anno II.

COOPER, J., Flight-Space and the satellites, *The International and Comparative Law Quarterly,* 1958, V. 7.

COURTEIX, S., Les "Satellites bleus" au service de la Paix y du Désarmement, *German Year Book of International Law,* 1981, V. 24.

D'ARCY, J., L'organisation des Nations Unies et les communications par satellites, *Les Télécommunications par satellite, Aspects Juridiques,* ed. del CNRS, Cuyas, París, 1968.

DAUSES-WOLF, L'espionage par satellites et l'ordre international, *Revue Général de l'Air et de l'Espace,* 1973, No. 3.

DE LA PRADELLE, P., La Charte de l'Espace et des Corps Célestes, *Revue Général de l'Air et de l'Espace,* 1967, No. 2.

DORE, I., International Law and the preservation of the ocean space as zones of peace: Progress and Problems, *Cornel International Law Journal,* 1982, V. 15.

DURANTE, F., Definizione e delimitazione dello spazio extra-atmosferico, *Rivista di Diritto Internazionale,* 1971, V. LIV.

DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., La convention sur l'internationalisation de l'espace, *Annuaire Français de Droit International,* 1967, V. XIII.

FELDMAN, G., The report of the United Nations Legal Committee on Peaceful Uses of Outer Space: A Provisional Appraisal, *Second Colloquium on the law of outer space, Proceedings,* London, 1959.

GAL, G., *Space Law,* A.W. Sijthoff, Leyden, 1969.

GOEDHUIS, D., Air sovereignty and the legal status of Outer Space, *The International Law Association,* 48a. Conference, New York, 1958.

GOEDHUIS, D., An evaluation of the leading principles of the Treaty on Outer Space of January 1967, *Netherland International Law Review,* 1968, V. XVI, No. 1.

GOEDHUIS, D., Some observations on the problems of the definition and on the delimitation of Outer Space, *Annals of Air and Space Law,* 1977, V. II.

GOEDHUIS, D., Some Recent Trends in the Interpretation and the implementation of the Rules of International Space Law, *Columbia Journal of International Law,* 1981, V. 19, No. 2.

GOEDHUIS, D., Some Trends in the political and legal thinking on the conquest of Space, *Netherland International Law Review,* 1962, V. IX.

GOEDHUIS, D., The problem of the frontiers of Outer Space and Air Space, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (La Haya),* 1982, V. I.

GORBIEL, A., Twenty years of the international space law development in the United Nations, *Nordisk Tidsskrift for International Ret,* 1981, V. 50.

GOROVE, S., Sovereignty and the law of Outer Space, *Annals of Air and Space Law,* 1977, V. II.

GUETTARD, J., Les Ballons metéorologiques, *Annuaire Français de Droit International,* 1956, V. II.

HALEY, A., Space Exploration-The problems of Today, Tomorrow and in the future, *Second Colloquium on the law of outer space, Proceedings,* London, 1959.

HINGORANI, R., Aerial intrusion and International Law, *Netherland International Law Review,* 1961, V. XIV, No. 1.

JACQUEMIN, G., Le traité du 27 Janvier 1967 sur les principes devant régir l'exploration de l'Espace et celui du 22 avril 1968, sur l'assistance aux astronautes, Leur signification et leur portée, *Revue Française de Droit Aérien,* 1971, V. XXV.

JENKS, W., International law and activities in space, *The International and Comparative Law Quarterly,* 1956, V. 5.

KELSEN, H., *Principles of International Law,* Rinehart & Company Inc., 2a. ed. New York, 1956.

KISS, A., La Conférence des Nations Unies sur l'utilisation pacifique de l'espace, *Annuaire Français de Droit International,* 1968, V. XIV.

KOROVINE, E., La conquête de la stratosphère et le Droit International, *Revue Général de Droit International Public,* 1934, V. XLI.

LACHS, M., El Derecho del Espacio Ultraterrestre, *Fondo de Cultura Económica,* Madrid, 1977.

LACHS, M., Le Premier traité sur l'espace extra-atmospherique, *La Comunità Internazionale,* 1967, V. XXII, No. 2.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LACHS, M., The Outer Space Treaty and its Impacts on International Law, *Annuaire de la Asociation d'Anciens Auditeurs,* 1967-1968, V. 37-8.

LACHS, M., The International Law of Outer Space, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (La Haya),* III, T. 113.

LAFFERRANDERIE, G., Le statut juridique du satellite de télécommunications, *Les Télécommunications par Satellites, Aspects Juridiques,* ed. CNRS, Cuyas, París, 1968.

LAY, F., Usi pacifici dello spazio extra-atmosferico, *La Comunità Internazionale,* 1979, V. XXXIV.

MARCOFF, M., La délimitation de l'Espace Extra-atmosphérique, *Revue Général de l'Air et de l'Espace,* 1969, No. 4.

MARCOFF, M., Le régime juridique international de l'Espace Extra-atmosphérique, *Annuaire Suisse de Droit International,* 1968, V. XXV.

MARCOFF, M., Sources du Droit de l'Espace, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (La Haya),* 1980, III, T. 168.

MARCOFF, M., Sur l'interpretation juridique de l'article IV du Traité régissant les activités espatiales des Etats, *Revue Géneral de l'Air et de l'Espace,* 1968, No. 1.

MATEESCO, M., L'exploitation commerciale des satellites de télécommunications, *Les Télécommunications par Satellites, Aspects Juridiques,* ed. CNRS, Cuyas, París, 1968.

MATEESCO, M., *Aerospace Law,* The Canwell Company Limited, Toronto, 1969.

Mc DOUGAL-LIPSON, Perspectives for a Law of Outer Space, *American Journal of International Law,* 1958, V. 52.

Mc MAHON, J., Legal Aspects of Outer Space, *British Year Book of International Law,* 1962, V. XXXVIII.

Mc MAHON, J., Legal Aspects of Outer Space: recent developments, *British Year Book of International Law,* 1965-66, V. XLI.

MENTER, M., Peaceful Uses of Outer Space and National security, *The International Lawyer,* 1983, V. 17, No. 3.

MEREDITH, F., The legality of a High-Tecnology Missile Defense System: the ABM and Outer Space treaties, *American Journal of International Law,* 1984, V. 78, No. 2.

MONACO, R., *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico,* UTET, Torino, 1980.

MONACO, R., Sovranità e spazio superatmosferico, *Rivista di Diritto Internazionale,* 1958, V. XLI.

PAPACOSTAS, A., Quelques remarques sur le traité sur les principes devant régir l'activité des États dans le domaine de l'exploration et de l'utilisation de l'espace estra-atmosphérique,y compris la Lune et les autres corps célestes, *Revue Française de Droit Aérien,* 1967, V. XXI.

PAPACOSTAS, A., L'influence de l'activité spatiale sur la notion de souvraineté, *Revue Française de Droit Aérien,* 1968, V. XXI.

PAZARCI, H., Sur le principe de l'utilization pacifique de l'Espace Extra-atmosphérique, *Revue Général de Droit International Public,* 1979, V. 83, No. 4.

QUADRI, R., Droit International Cosmique, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (La Haya),* 1959, III, T. 98.

QUADRI, R., *Prolegomeni al Diritto Internazionale Cosmico,* Ispi, 1960.

RIPHAGEN, W., Some reflections on functional sovereignty, *Netherland Year Book of International Law,* 1975, V. VI.

RONZITTI, N., La disciplina dello jus cogens nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, *Estratto del Volume XV della Raccolta "Comunicazione e studi",* 1978.

RUSSELL, M., Military activities in Outer Space: Soviet Legal Views, *Harvard International Law Journal,* 1984, V. 25, No. 1.

SAUVEPLANNE, J., Freedom and sovereignty in air and outer space, *Netherland International Law Review,* 1965, V. XII, No. 3.

SCHICK, F., Space Law and Space Politics, *The International and Comparative Law Quarterly,* 1961, V. 10.

SCHILLER, D., L'espace, nouveau tremplin de la puissance americaine, Comment perpétuer la domination sur les télécommunications? *Le Monde Diplomatique,* Fevrier, 1985.

SHARMA, F., International law of the Outer Space (:) A policy oriented study, *Indian Journal of International Law,* 1977, V. 17, No. 2.

SHUKOV, G., Tendances contemporaines du developpment du Droit Spatial International, *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (La Haya),* 1978, III, T. 161.

SMIRNOFF, M., Le régime juridique commun de l'espace aérien et cosmique comme la seule solution du problème de la délimitation de

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ces espaces, *Revue Français de Droit Aérien,* 1971, V. XXV.

VAGO, G., Spazio aereo: sovranità o libertà, *Il Diritto Aereo,* 1964, Anno III.

VALTERS, E., Perspectives in the Emerging Law of Satellite Communications, *Stanford Journal of International Studies,* 1970, V. V.

VERESHCHETIN, V., On the principle of state sovereignty in International Space Law, *Annals of Air Space Law,* 1977, V. II.

VERPLAETSE, J., Author de l'article IV du Traité de Droit Cosmique de 27 Janvier 1967, *Revue Général de l'Air de l'Espace,* 1968, No. 1.

VERPLAETSE, J., Sur les Sources du Droit de l'Espace Exterieur, *Revue Française de Droit Aérien,* 1966, V. XX.

WRIGTH, Q., Legal Aspects of the U-2 Incident, *American Journal of International Law,* 1960, V. 54.

ZHUKOV, G., Outer Space: Legal Aspects, *Indian Journal of International Law,* 1968, V. 8, No. 2.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DERECHO ESPACIAL Y SATÉLITES DE TELECOMUNICACIONES

DR. JORGE ROJAS SOLÓRZANO
Profesor de Derecho Internacional
Universidad de Costa Rica

ÍNDICE

Pág.

Introducción 13

Capítulo primero: El principio de libertad y de no apropiación del espacio ultraterrestre

Sección primera: Delimitación del espacio ultraterrestre y el problema de la soberanía.

A. Formulación del principio de libertad en el espacio y criterios de delimitación 14
   1) Surgimiento del principio de libertad en el espacio y su contraposición con el derecho de soberanía aérea 14
   2) Interpretación sobre el significado del término "espacio atmosférico" en el Derecho Internacional convencional 15

B. Criterios de delimitación del espacio ultraterrestre 16
   1) Criterios científicos 16
      a. El criterio de la atmósfera
      b. El criterio biológico
      c. El criterio de la "línea de von Karman"
      d. El criterio gravitacional
   2) Criterios jurídico-políticos 17
      a. El criterio espacial o de la órbita más baja
      b. El criterio del control efectivo
      c. El criterio de la seguridad estatal
      d. El criterio funcional

Sección segunda: Posición internacional y valor jurídico del principio de libertad en el espacio

A. Práctica de los Estados y labor de las organizaciones internacionales 19
   1) La práctica de los Estados 19
   2) Labor de las organizaciones internacionales 20

B. Valor jurídico del principio de libertad en el espacio 21
   1) Justificación del carácter normativo general 21
   2) El principio de libertad y no apropiación del espacio: ¿Norma imperativa de Derecho Internacional? 22

Capítulo segundo: Límites al principio de libertad y no apropiación del espacio

Sección primera: El principio de la utilización pacífica del espacio

A. La controversia sobre el significado del término "uso pacífico" 23
   1) Uso pacífico como sinónimo de no agresivo 23
   2) Uso pacífico como sinónimo de "no militar" 25

B. Actitud de las potencias espaciales en cuanto a la actividad militar en el espacio 25
   1) Controversia sobre la legalidad del reconocimiento por satélite 25
   2) La aceptación soviética de la legitimidad de los satélites de reconocimiento 26

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sección segunda: Límites de contenido y de la finalidad del Tratado del Espacio 27
A. La desmilitarización del espacio 27
1) El contenido del artículo IV del Tratado del Espacio 28
2) Alcances del artículo IV del Tratado del Espacio 29
B. Los fines del Tratado del Espacio 29
1) El principio del interés común de la humanidad. 30
2) Aplicación de los principios espaciales a los satélites de telecomunicaciones
a) Libertad en el espacio e interés común de la humanidad
b) No apropiación del espacio y la aplicabilidad del Derecho Internacional
Conclusiones 32
Bibliografía 32

SIGLAS UTILIZADAS EN LAS CITAS BIBLIOGRÁFICAS

AASL.	Annals of Air and Space Law
A de la AAA.	Annuaire de l'Asociation d'Anciens Auditeurs
AE	Annuaire Européen
AFDI.	Annuaire Français de Droit International
AJIL	American Journal of International Law
ASDI	Annuaire Suisse de Droit International
ASIL	American Society of International Law
BYIL.	British Year Book of International Law
CI.	La Comunità Internazionale
CILJ	Cornel International Law Journal
CJIL	Columbia Journal of International Law
CJTL.	Columbia Journal of Transnational Law
CLP.	Current Legal Problems
CYIL.	Canadian Year Book of International Law
DI.	Diritto Internazionale
DRT	Il Diritto delle Radiodiffusione e delle Telecomunicazione
GYIL.	German Year Book of International Law
HIJL	Harvard International Law Journal
ICLQ.	The International and Comparative Law Quarterly
IDA.	Il Diritto Aereo
IL.	The International Lawyer
ILA.	The International Law Association
IJIL.	Indian Journal of International Law
JDR.	Journal de Droit International
JT.	Journal de Télécommunications
NILR.	Netherland International Law Review
NYIL.	Netherland Year Book of International Law
NTIR.	Nordisk Tidsskrift for International Ret
PYIL	Polish Year Book of International Law
RC	Recueil des Cous de l'Academie de Droit International (La Haya)
RDI.	Rivista di Diritto Internazionale
REDI.	Revista Española de Derecho Internacional
RFDA	Revue Français de Droit Aérien
RGAE	Revue Général de l'Air et de l'Espace
RGDIP.	Revue Général de Droit International Public
RHDI.	Revue Hellénique de Droit International
SJIL	Stanford Journal of International Law
SJIS.	Stanford Journal of International Studies
TJ.	Telecommunications Journal
VJIL	Virginia Journal of International Law

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Las actividades espaciales se iniciaron el 4 de octubre de 1957 cuando el Sputnik I fue lanzado como satélite artificial de la Tierra. Por primera vez se venció la fuerza de la atracción terrestre y se dio inicio a las actividades en el espacio ultraterrestre. Estas encontraron una primera regulación internacional en el Tratado sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes, el cual fue simultáneamente abierto a su firma en Washington, Moscú y Londres, el 27 de enero de 1967 y entró en vigor el 10 de octubre de ese mismo año.[1]

En este Tratado se definen los principios básicos que rigen las actividades de los Estados en el espacio. A esta disciplina quedan sujetos los satélites de telecomunicaciones que constituyen uno de los medios más importantes de la actividad espacial. El lanzamiento, la utilización, puesta en órbita, recuperación y toda otra vicisitud que pueda acaecer a un satélite de telecomunicaciones en particular, como a cualquier otro tipo de vehículo espacial en general, quedan sujetos a los principales orientamientos jurídicos del Tratado. No existen en éste, ni en los sucesivos convenios internacionales, disposiciones específicas en relación con los satélites de telecomunicaciones que son los que nos interesan. Por ello debe estarse a la normativa espacial general que, aunque como tal no se adecua a las necesidades de estos objetos espaciales, constituye un punto de referencia esencial.

La aprobación del Tratado del Espacio estuvo precedida de dos actos de la Asamblea General de la ONU bastante significativos. La adopción de la "Declaración sobre los Principios Jurídicos que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre", resolución 1962 de 13 de diciembre de 1963 y la aprobación, también por unanimidad, de la resolución 2222 de 19 de diciembre de 1966 que contiene el texto del Tratado del Espacio. Este vino en parte a clarificar el contenido normativo de esas y otras resoluciones que, además de las normas de Derecho Internacional general, eran la única base normativa. Sin embargo, en cuanto a las primeras surgen serias dudas sobre su autoridad legal,[2] aun cuando se trate de resoluciones aprobadas unánimemente.[3] Y por otro lado, el naciente estado de la actividad espacial no había permitido vislumbrar con claridad la existencia, en este campo, de una práctica internacional suficiente ni la evidencia de una *opinio iuris* absolutamente cierta como para que surgiera con claridad una norma de Derecho Internacional consuetudinario, por lo que se imponía proceder con prudencia al respecto.[4]

El mayor aporte del Tratado del Espacio, es precisamente, el de haber incorporado la mayoría de los principios ya contenidos en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, dándoles una indudable fuerza legal obligatoria aunque el mismo no está exento de lagunas e imprecisiones que, unidas a posteriores interpretaciones restrictivas, merman notablemente su significado y alcance.

No obstante las válidas críticas, el Tratado del Espacio constituye una de las mayores contribuciones al progresivo desarrollo del Derecho Internacional cuyos principios más avanzados se encuentran confirmados en dicho Tratado.[5] Además, es un firme punto de partida para una más completa regulación de la actividad espacial que se ha visto efectivamente complementado por el Acuerdo sobre el Salvamento y la Devolución de Astronautas y la Restitución de Objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre, de 22 de abril de 1968; el Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños causados por Objetos Espaciales, de 29 de marzo de 1972; el Convenio sobre el Registro de Objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre, de 14 de enero de 1975; y el Acuerdo que debe regir las

---

1. Por abreviación en adelante lo denominaremos Tratado del Espacio.
2. SHARMA, S., *International Law of the Outer Space (:) A Policy Oriented Study*, IJIL, 1977, V. 17, No. 2, p. 189.
3. SCHICK, F., *A subjective approach to the work of the United Nations Committee on the peaceful uses of Outer Space*, IDA, 1966, V. v, p. 225. Contiene resumen en italiano.
4. VERPLAETSE, J., *Sur les Sources du Droit de l'Espace Exterieur*, RFDA, 1966, V. XX, p. 286.
5. LACHS, M., *The Outer Space Treaty and its Impacts on International Law*, A de la AAA, 1967-68, V. 37/38, p. 191.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

actividades de los Estados sobre la Luna y los otros Cuerpos Celestes, de 18 de diciembre de 1979.[6] Estos[7] son la principal fuente normativa internacional en los cuales se establecen los principios que rigen la actividad espacial y por ende el uso de los satélites de telecomunicaciones.

El principio fundamental establecido en dichos tratados es sin duda el de la libertad y no apropiación del espacio ultraterrestre, el cual fue inicialmente objeto de práctica internacional y luego consagrado en el Tratado del Espacio. El contenido de dicho principio, sin embargo, es bastante discutible ya que la delimitación del espacio ultraterrestre y el problema de la soberanía estatal no facilitan una uniformidad de criterios al respecto. Su alcance está también limitado por otros principios colaterales tal como, el del uso pacífico del espacio ultraterrestre, que por su propia indefinición hacen que el primero carezca de contornos precisos. La aplicación de ese principio fundamental a los satélites de telecomunicaciones, como veremos, resiente lógicamente de esa incertidumbre.

A lo expuesto se suma el factor político. El interés de las dos grandes potencias espaciales: la Unión Soviética y los Estados Unidos de América, que por mucho tiempo han gozado del monopolio tecnológico sobre todo en lo que respecta al poder de lanzamiento de satélites, ha influido en forma determinante en la elaboración de los principios del Derecho Espacial. Asimismo, el desfase tecnológico entre los países desarrollados y los países en desarrollo se revela tan importante en esta materia, que se ve inmersa en los mismos problemas de las relaciones Norte-Sur.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD Y DE NO APROPIACIÓN DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE

SECCIÓN PRIMERA: Delimitación del espacio ultraterrestre y el problema de la soberanía.

A. Formulación del principio de libertad en el espacio y criterios de delimitación.

1) Surgimiento del principio de libertad en el espacio y su contraposición con el derecho de soberanía aérea.

Los párrafos segundo y tercero del artículo I del Tratado del Espacio estipulan que el "espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estarán abiertos para su exploración y utilización a todos los Estados sin discriminación alguna en condiciones de igualdad y en conformidad con el Derecho Internacional, y habrá libertad de acceso a todas las regiones de los cuerpos celestes", que estarán también "abiertos a la investigación científica, y los Estados facilitarán y fomentarán la cooperación internacional en dichas investigaciones". El artículo II del mismo Tratado enfatiza y agrega que el "espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrán ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera".

De su lectura el texto parece claro y categórico, sobre todo en cuanto al párrafo último transcrito. No obstante, el problema surge cuando se quiere concretar el significado del término "espacio ultraterrestre", sobre el cual el Tratado no contiene una definición y por lo mismo se afirma que viene a "fundar el propio régimen sobre una noción jurídica y científicamente inexistente.[8]

Es necesario entonces, precisar el concepto de

---

6. MARCOFF, M., *Sources du Droit de l'Espace*, RC, 1980, III, T. 168, ps. 40-8.

7. El texto en español de dichos convenios se encuentra en anexo en: LACHS, M., El derecho del espacio ultraterrestre, *Fondo de Cultura Económica*, Madrid, 1977, ps. 197-248.

8. BENTIVOGLIO, L., *Esiste un confine dello stato nello spazio verticale?*, DI, 1970, V. XXIV, No. 2, p. 204.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

espacio ultraterrestre.[9] La complicación proviene en parte del hecho de que, antes de la consagración del principio de la libertad del espacio, era ampliamente admitido el principio de la soberanía estatal sobre el espacio aéreo. Tanto la Convención de París de 1919 como la de Chicago de 1944, ambas sobre el espacio aéreo, estipulan que todo Estado tiene completa y exclusiva soberanía sobre el espacio atmosférico en su territorio. Además, esta era considerada como una norma de Derecho Internacional general.[10]

Debe señalarse que entre los juristas de principios de siglo se discutió si aceptar el principio de la libertad del aire o el de la soberanía sobre el territorio del Estado. Este último se consolidó, sobre todo en la Convención de París de 1919, fundamentalmente por el temor del empleo de la aviación para fines militares, como había sucedido en la Primera Guerra Mundial. La aprobación de esa Convención presenta "históricamente un nexo muy estrecho con exigencias de naturaleza bélica, con exigencias de seguridad como las que se habían manifestado en el curso de la primera guerra mundial y particularmente en el campo de la neutralidad".[11] Desde entonces, tanto la práctica internacional como la mayoría de las legislaciones internas confirman, y otros elementos determinan, la convicción actual de que "el espacio atmosférico en su conjunto está sujeto al derecho real de Dominio del Estado subyacente".[12]

2) Interpretación sobre el significado del término "espacio atmosférico" en el Derecho Internacional convencional.

Ahora bien, según una interpretación del artículo 1 de la Convención de París, el término "espacio atmosférico" comprende no sólo la atmósfera propiamente tal, sino que se extiende ilimitadamente en sentido vertical y con ella la soberanía del Estado subyacente. Partiendo de la idea de que dicho artículo no hace distinción alguna en cuanto al límite de la atmósfera, se afirma que "en el espacio aéreo que se encuentra sobre un Estado, la autoridad soberana de este último irradia sin límite de altura, en la medida necesaria para asegurar la plenitud de su soberanía sobre el territorio subyacente".[13]

Esta tesis contrasta con el principio de libertad y no apropiación del espacio. Por ello ha sido duramente criticada por los precursores del Derecho Espacial, para quienes la misma está en contraposición con hechos astronómicos fundamentales que indican que la Tierra modifica cada momento su posición en el espacio debido a su movimiento de rotación sobre su propio eje, alrededor del Sol y como parte del sistema solar dentro de nuestra galaxia. En razón de ese movimiento incesante resultaría posible delimitar una específica relación entre el territorio del Estado y el espacio más allá de la atmósfera sólo por una insignificante fracción de tiempo ya que no sería jamás constante. De ahí que el concepto del cono de soberanía espacial pierde todo sentido y es una peligrosa abstracción.[14]

Por otro lado, desde un punto de vista estrictamente jurídico, se sostiene que estaba lejos del espíritu de la Convención de Chicago la intención de establecer un principio aplicable al espacio ultraterrestre.[15] Y, aun antes de iniciarse la era espacial, se plantearon diversas tesis para demostrar por qué el concepto de soberanía no era aplicable al espacio. Sobre la base de una interpretación de la propia Convención antes citada, se afirma que la atmósfera comprende únicamente aquella parte sobre la faz de la tierra en la cual el aire gaseoso es suficientemente denso como para soportar globos y aeroplanos que eran los únicos tipos de naves aéreas entonces existentes.[16] Sobre esa

---

9. El análisis gramatical no es de gran ayuda. Los textos oficiales del francés (espace extra-atmospherique) y del inglés (outer space) pueden más bien crear alguna confusión porque en sí mismos y en sus traducciones al español (espacio extraatmosférico y espacio exterior o externo, respectivamente) no coinciden ni entre sí ni con el término usado en este último idioma que es el de espacio ultraterrestre. En su lugar, para simplificar, en adelante utilizaremos el término "espacio", salvo cuando se requiera de su calificativo para una exacta comprensión.

10. OPPENHEIM, L., *International Law*, 8a. ed. de H. Lauterpacht, Longmans, Green and Co., 1955, V. 1, p. 523.

11. QUADRI, R., *Prolegomeni al Diritto Internazionale Cosmico*, Ispi, 1960, p. 25.

12. MONACO, R., *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, UTET, Torino, 1980, p. 390.

13. KOROVINE, E., *La conquête de la stratosphère et le Droit International*, RGDIP, 1934, T. XLI, p. 682.

14. JENKS, W., *International Law and activities in space*, ICLQ, 1956, V. 5, ps. 103-4.

15. MONACO, R., *Sovranità statale e spazio superatmosferico*, RDI, 1958, V. XLI, p. 587.

16. COOPER, J., *Flight-Space and the Satellites*, ICLQ, 1958, V. 7, p. 85.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

misma idea se considera que espacio aéreo y espacio atmosférico son términos sinónimos, y en consecuencia la soberanía se limita a la atmósfera y no alcanza al espacio ultraterrestre. Así, la resolución de la Conferencia de Nueva York de 1958 de la Asociación de Derecho Internacional comparte esta tesis.[17]

En la actualidad prácticamente existe consenso en admitir que el régimen aéreo no se aplica al espacio ultraterrestre. Pero surge entonces el problema de su delimitación. Si tanto el espacio aéreo como el espacio ultraterrestre están sujetos a un régimen jurídico internacional diverso el uno del otro, es preciso delimitar sus respectivos ámbitos de aplicación.

A tal efecto el espacio ultraterrestre podría ser definido por exclusión. El mismo artículo VII del Tratado del Espacio utiliza el término espacio ultraterrestre en contraposición con el de espacio aéreo, por lo que se debería concluir que el primero se inicia donde termina el segundo, sin zona intermedia.[18] Pero la confusión no queda resuelta porque tampoco el espacio aéreo ha sido definido. Ninguna norma internacional convencional que afirma el principio de la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo de su territorio fija un límite máximo en sentido vertical, más allá del cual pueda afirmarse que cesa la exclusión del poder estatal. Los Estados, por otra parte, tampoco han fijado unilateralmente tal límite.[19]

B. Criterios de delimitación del espacio ultraterrestre.

Diversos criterios se han propuesto para señalar la línea de confín entre el espacio sujeto a soberanía y el espacio libre. Se pueden distinguir dos grupos de proposiciones principales: las fundadas esencialmente en criterios de orden físico, como la presencia del aire, etc., y las inspiradas en razones de orden político o jurídico. La distinción como veremos es relativa, en el sentido de que algunas teorías se basan en criterios de ambos tipos.

1) Criterios científicos.

a) El criterio de la atmósfera.

Partiendo de la idea de que los conceptos naturales contenidos en las normas jurídicas deben ser interpretados ante todo en su sentido natural, se estima que el límite del espacio aéreo es la atmósfera, más allá de la cual se encuentra el espacio ultraterrestre. Pero no siempre el sentido natural es preciso. La atmósfera, por ejemplo, está dividida en diferentes estratos en los cuales diversos gases en diversa cantidad, dan lugar así a la troposfera, la estratosfera, la ionosfera, etc. No hay, entonces, un criterio uniforme en cuanto a qué es lo que distingue la atmósfera por su naturaleza.

b) El criterio biológico.

Esta tesis identifica el espacio aéreo con el estrato de la atmósfera donde la vida humana es posible, llamada por lo mismo biológica. Pero como no tiene relación alguna con el tema, no se puede considerar seriamente para definir el espacio.[20]

c) El criterio de la "línea de von Karman".

Esta línea —se explica— corresponde al punto en el espacio en el cual el aire deja de servir de soporte material a la propulsión aeronáutica y comienza, al mismo tiempo, la posibilidad para un objeto a la velocidad cósmica de dar al menos una vuelta a la Tierra sin quemarse por fricción con las partículas aéreas.[21] Esta línea se encontraría aproximadamente a 83 kilómetros de la superficie terrestre, pero podría desplazarse dependiendo de los adelantos tecnológicos de materiales contra el calor, entre otros, por lo que sería igualmente inestable y sujeta a modificaciones. Aunque, como se afirma, la "existencia de la línea es cierta y dondequiera que sea finalmente dibujada, será el lugar donde el espacio aéreo termina".[22]

d) El criterio gravitacional.

Se afirma también que la frontera entre el

---

17. GOEDHUIS, D., *Air sovereignty and the legal status of Outer Space*, ILA, 48a. Conferencia, New York, 1958, p. 330. En igual sentido, CHENG, B., *From Air Law to Space Law*, CLP, 1960, p. 229.

18. CHENG, B., *Le Traité de 1967 sur l'Espace*, JDI, 1968, V. 95, p. 563.

19. DURANTE, F., *Definizione e delimitazione dello spazio extra-atmosferico*, RDI, 1971, V. LIV, ps. 382-3.

20. GAL, G., *Space Law*, A.W. Sijthoff, Leyden, 1969, p. 91.

21. MARCOFF, M., *Le régime juridique international de l'espace extra-atmosphérique*, ASDI, 1968, V. XXV, p. 66.

22. HALEY, A., Space Exploration: The problems of Today, Tomorrow and in the Future, *Second Colloquium on the law of Outer Space, Proceedings*, London, 1959, p. 50. Comparte también esta teoría PRINCE OF HANOVER, W.H., *Circle of thoughts, ibid.*, p. 59.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

espacio aéreo y el espacio ultraterrestre se encuentra ahí donde el peso deja de manifestarse. A. Ambrosini, partidario de esta idea, considera que "el criterio basado en la fuerza de la gravedad, como un indicador de soberanía, es el más objetivo, el más racional y seguro".[23]

Sin embargo, para algunos habría que evitar sustancialmente escoger un criterio de distinción basado en datos científicos que no son suficientemente evidentes, precisos, o que en todo caso, no corresponden a las necesidades prácticas que se deben afrontar.[24] Esta opinión ha sido en cierta medida confirmada por el Subcomité Científico y Técnico para la Utilización Pacífica del Espacio que, a solicitud del Subcomité Jurídico, concluyó consensualmente que no era posible por el momento identificar criterios científicos y tecnológicos que puedan permitir una precisa y duradera definición del espacio ultraterrestre.[25] Esta insuficiencia de los criterios científicos explica, en parte, el surgimiento de los criterios jurídico-políticos que en algunos casos toman ideas de los primeros.

2) Criterios jurídico-políticos.

a) El criterio espacial o de la órbita más baja.

Según este criterio los Estados pueden ejercer su soberanía en la atmósfera hasta el límite de la órbita más baja en la cual un satélite artificial podría ser puesto alrededor de la Tierra. O sea, al más bajo perigeo a que puede llegar un satélite y que puede considerarse se encuentra a una altura entre 70 y 100 millas.[26]

El fundamento de esta tesis es la práctica internacional de los Estados. Desde que se inició la era espacial miles de satélites han sido lanzados y permanecen en órbita. En general cada satélite pasa sobre el territorio de una gran cantidad de países de tal forma que actualmente podría decirse que casi todos los Estados del mundo han sido circunvolados por un satélite. A pesar de ser este un hecho ampliamente conocido, por mucho tiempo ningún Estado protestó contra el lanzamiento de tales satélites o alegó violación de su espacio aéreo sujeto a soberanía. Asimismo, ni la Unión Soviética ni los Estados Unidos de América, que son las dos potencias que iniciaron la exploración y utilización del espacio por medio de esos satélites, ni otros países posteriormente, han considerado necesario pedir la autorización antes del lanzamiento a los países sobre cuyo territorio era previsto que pasara el satélite.

Por otro lado, antes de la Declaración de Bogotá de diciembre de 1976, de algunos Estados ecuatoriales que reclaman su soberanía en cuanto a la órbita geoestacionaria, ningún Estado había catalogado el paso de los satélites como violación de soberanía;[27] y más bien los Estados habían afirmado, tanto individual como colectivamente, que el espacio ultraterrestre era libre para uso de todos y que ninguno podía legítimamente apropiárselo.

Si, por el contrario, se hubiera considerado que el área en la cual el satélite orbita estaba sometida al poder soberano del Estado, las protestas por violación del territorio se hubieran manifestado desde el inicio de la era espacial y los Estados hubieran podido potencial y jurídicamente impedir las actividades espaciales de otros Estados; es decir, en síntesis, no se podría afirmar el principio general según el cual el vuelo de vehículos espaciales sobre el territorio de Estados diversos a aquel que ha efectuado el lanzamiento o que lo controla, es lícito y no puede ser impedido por los Estados así sobrevolados.

Es fundamentalmente sobre este criterio que se discute en la actualidad para tratar de llegar a un convenio internacional al respecto. Recientemente, luego de un prolongado análisis se ha concluido que este criterio espacial es el más racional y práctico.[28]

b) El criterio del control efectivo.

Según esta teoría el espacio soberano se extiende hasta donde el Estado subyacente puede ejercer

---

23. Cit. por MATEESCO, N., *Aerospace Law*, The Canwell Company Limited, Toronto, 1969, p. 31.

24. CHAUMONT, Ch., *Les problèmes de Droit International de l'Espace Extra-atmosphérique*, Ed. de la Association d'Etudes Internationales, París, p. 13.

25. GOEDHUIS, D., *An Evaluation of the Leading Principles of the Treaty on Outer Space of 27th January 1967*, NILR, 1968, V. XV, No. 1, p. 30.

26. Mc MAHON, J., *Legal aspects of Outer Space*, BYIL, 1962, V. XXXVIII, p. 343.

27. GOEDHUIS, D., *Some observations on the problems of the definition and on the delimitation of Outer Space*, AASL, 1977, V. II, p. 297.

28. GOEDHUIS, D., *The problems of the frontiers of Outer Space and Air Space*, RC, 1982, 1, T. 1974, p. 403.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un control efectivo, término éste que significa, en general, el poder de prevenir vuelos no autorizados. Se basa en un replanteamiento de la vieja máxima de Bynkershoek según la cual *dominium terrae finitur ubi finitur armorum vis*. Se explica diciendo que un Estado podría cumplir acuerdos internacionales o las normas de su régimen interno solamente en aquella parte del espacio aéreo sobre el cual tiene un control efectivo, más allá de cuya esfera no puede extenderse la validez de ningún ordenamiento jurídico. Kelsen, partidario de esta tesis, afirma que el artículo 1 de la Convención de París de 1919 ignora el principio de la efectividad, pero bajo el Derecho Internacional general es difícilmente posible sostener que el espacio bajo y sobre el territorio pertenezca al Estado independientemente de su efectivo control.[29]

Un control efectivo, sin embargo, no es susceptible de aplicación en el espacio ultraterrestre, aunque lógicamente se requiere de un régimen jurídico internacional en esa esfera a fin de evitar serios conflictos entre Estados.[30] Debe tenerse presente, por otro lado, que la amplitud del control varía en razón de los adelantos de la técnica que le permite a los Estados ejercerlo. Consecuentemente, unos Estados tendrían un espacio aéreo más amplio y otros menos, dependiendo de su desarrollo tecnológico, creándose así una desigualdad innecesaria que prácticamente beneficiaría a las dos grandes potencias espaciales.

Por ello esta doctrina ha sido muy criticada, ya que su aplicación a cualquier problema de orden jurídico en la comunidad internacional contemporánea sería sin duda, "muy peligrosa para la soberanía de muchos países subdesarrollados que se extendería (la soberanía), hasta la copa de los árboles, mientras que para un reducido número de los más poderosos Estados ni siquiera el cielo sería un límite".[31]

c) El criterio de la seguridad estatal.

La defensa o seguridad estatal es uno de los elementos que los Estados consideran como esencial a su propia existencia. Por lo mismo constituye un principio jurídico-político que debería ser tomado en cuenta para la delimitación del espacio. No obstante, este criterio no da una pauta segura de delimitación. ¿Hasta qué altura puede un Estado considerar que protege su seguridad prolongando hacia arriba su soberanía? Es difícil dar una respuesta adecuada a esa pregunta, sobre todo porque los adelantos técnicos han hecho que la distancia no sea ya más un criterio importante de defensa. Basta pensar en los misiles intercontinentales o en los submarinos atómicos que, fuera del límite territorial de otro Estado, pueden golpear prácticamente cualquier objetivo en tierra independientemente de la distancia a que se encuentre.

La seguridad de un Estado no depende entonces, de la distancia a la que se pueda encontrar el eventual poder militar de otro Estado. Y lo mismo sucede en el espacio, donde los satélites podrían estar equipados con proyectiles y bombardear objetivos estratégicos por medio de radio comando, de tal forma que el concepto de soberanía nacional tradicional "no comprende protección alguna contra ese tipo de amenazas, a menos que la misma (soberanía) se extienda a extremos fantásticos".[32] Dicho en otros términos, los esquemas tradicionales de seguridad y soberanía estatales no son válidos en el espacio ultraterrestre,[33] y de ahí que toda tentativa para determinar un límite vertical de la soberanía de los Estados sea prácticamente inútil.[34]

d) El criterio funcional.

En parte por esa dificultad de delimitación, la teoría funcionalista lleva a la conclusión de que no hay necesidad de establecer un límite entre espacio aéreo y espacio ultraterrestre. De acuerdo con la misma, las normas jurídicas no pueden ser asociadas a determinados lugares, sino a la actividad que regulan. A partir de esta premisa se llega a las consecuencias siguientes: se suprime la división entre espacio aéreo y ultraterrestre por cuanto nadie

---

29. KELSEN, H., *Principles of International Law*, Rinehart & Company Inc., 2a. ed., New York, 1956, p. 226.

30. BOUCHEZ, L., *The Concept of Effectiveness as applied to territorial sovereignty over sea-areas, air space and outer space*, NILR, 1962, V. IX, p. 182.

31. Mc DOUGAL, LASSWELL and VLASIC, *Law and Public Order in Space*, New Haven and London, 1963, p. 342. Cit. por GAL, *supra*, nota 20, p. 93.

32. BERESFORD, S., The future of national sovereignty, en *Second Colloquium*, *supra*, nota 22, p. 8. Igual crítica ver: MARCOFF, M., *La délimitation de l'Espace Extra-atmosphérique*, RGAE, 1969, No. 4, p. 388.

33. GAL, *supra*, nota 20, p. 108.

34. LACHS, M., *The International Law of Outer Space*, RC, 1964, III, T. 113, p. 39.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PERSPECTIVAS PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL EN COSTA RICA

DR. DANIEL GADEA NIETO

PLAN

Pág.

Introducción 38

Primera parte: Ubicación de la política criminal

Capítulo I: Los problemas de fondo

A. El sistema clásico. 38
B. El sistema positivo. 39
C. El sistema de defensa social 40
D. Los sistemas neoclásicos 40
E. El declive de los sistemas. 40

Capítulo II: Los problemas de forma 41

A. El papel de la ley. 41
B. Equilibrio del procedimiento 41
C. La persecución judicial 41

Segunda parte: Prevención y planificación de la política criminal

Capítulo I: La prevención 42

A. Definición 43
B. Naturaleza de la prevención. 43
C. Directrices 44

Capítulo II: La planificación 44

A. Análisis de los objetivos y los medios. 44
B. Capacidad de aplicación 44
C. Transformación social 44

Conclusión. 45

Bibliografía 45

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Se conoce como política criminal, el conjunto de procedimientos susceptibles de ser propuestos al legislador o efectivamente utilizados por éste en un momento determinado en un país dado para combatir la criminalidad.[1]

Para Stefani, Levasseur y Jambu-Merlin, la política criminal se refiere a la organización de la lucha contra una criminalidad previamente definida.[2] Estas definiciones resaltan como se observa un elemento represivo dentro de la política criminal, en el sentido de que el Estado debe castigar a todos aquellos violadores del ordenamiento jurídico penal.

Genéricamente también podemos hablar de política criminal como la reacción social ante un hecho delictuoso, siendo esta reacción ejecutada por una serie de entes complejos del Estado.[3] Hablamos aquí entonces de una verdadera reacción de tipo institucional que viene a tomar a su cargo las preocupaciones individuales por la producción de conductas desviadas.

Por otra parte adquiere singular importancia la presencia del criminólogo dentro de cualquier política criminal, pues éste debe tomar parte mediante una visión descriptiva del fenómeno criminal, estudiando científicamente los mecanismos de represión y prevención y una parte evaluativa, que tiene por objeto evaluar su eficacia respecto de las normas fijadas por la ley.[4]

También podría en cierto sentido señalarse que la política criminal busca en la justicia, la paz y la seguridad dentro de toda sociedad.[5]

Creemos, recogiendo todas estas definiciones que la política criminal debe enfocarse desde una perspectiva costarricense en el siguiente sentido: la política criminal es el estudio científico de los comportamientos desviados que amenazan un perjuicio grave a las personas o a la colectividad; dicho estudio debe ser ampliado hacia la reacción social, tanto individual como institucionalizada y debe tomarse como último elemento importante de esta trilogía la víctima. La víctima será objeto de la política criminal desde el punto de vista de la posibilidad de reconciliación de ella con la sociedad y el ofensor, así como para otorgarle compensación por el perjuicio causado a la víctima.

Estos tres elementos de la política criminal deben además integrarse en un sistema de prevención y planificación, sin lo cual no tendrían sentido.

La política criminal también plantea problemas de fondo y de forma, así como toda una temática de análisis y reflexión sobre la forma práctica de llevar adelante una determinada política criminal.

PRIMERA PARTE
UBICACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

CAPÍTULO I
LOS PROBLEMAS DE FONDO

Los problemas de fondo de la política criminal se refieren a todos los sistemas que desde diferentes perspectivas han dado un enfoque doctrinario de lo que debe ser la lucha contra el crimen.

A. El sistema clásico.

El Derecho Penal clásico es aquel que introduce la solución represiva para el fenómeno criminal.[6] Este tipo de enfoque es el más antiguo, el más per-

---

1. MERLE, R. y VITÚ, André. *Traité de Droit Criminal*, Cujas, París, 1978, pág. 96.
2. STEFANI, LEVASSEUR y JAMBU-MERLIN. *Criminologie et Science Penitentiaire*, Dalloz, París, 1976, pág. 12.
3. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología*, Universidad Externado de Colombia, 1980, pág. 309.
4. IZABO, Denis. *Criminología*, Siglo XXI, Editores, México, 1980, pág. 102.
5. GOUVERNEMENT DU CANADÁ. *Le droit penal dans la société canadienne: faits saillants*, Otawa, 1982, pág. 24.
6. MERLE y VITÚ, *op. cit.*, pág. 98.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

manente y el más universal de todos los que se han pensado para luchar contra la criminalidad.

Se le conoce a este sistema como clásico por tratarse de un sistema tradicional.

Cuando surge el ser humano sobre la tierra, la idea de crimen va paralela a dicha creación; cometido un crimen, el delincuente es objeto de una reacción sea individual o grupal (familia o clan) dirigida en diversos sentidos contra la persona. En sus inicios tal reacción fue una especie de venganza privada y el ofendido se hacía justicia por su propia mano. El objetivo de este tipo de reacciones se centraba, sea en la vida del sujeto, su libertad, bienes o sus derechos.

Para mejor comprender el sistema clásico va a ser necesario analizar los aspectos políticos, criminológicos y técnico-jurídicos de tal sistema.

1) Los aspectos criminológicos de la teoría clásica.

Estos aspectos están más que todo enmarcados ya de una manera más específica dentro de lo que es la ciencia penitenciaria, de donde surgen dos posiciones importantes: la escuela neoclásica y la escuela penitenciaria.

La escuela neoclásica se encargó de desarrollar dos aspectos esenciales: el problema de la eficacidad de la pena como medio de lucha contra la criminalidad y el problema del libre arbitrio del ser humano. Estos postulados estaban basados en la idea aquella de un contrato social, según el cual el hombre era el dueño de sus actos, en tanto que ser responsable.

La escuela penitenciaria se dedicó por su parte a realizar un estudio práctico de la pena, tratando de buscar una salida curativa dentro de la sanción, todo ello, con fines terapéuticos.

2) Los aspectos políticos de la teoría clásica.

Montesquieu, Rousseau, Bentham, Feuerbach, impulsados por César Beccaria, con su célebre *Tratado de los delitos y las penas,* de 1764, comenzaron a preocuparse por cuestiones esencialmente políticas. Los discursos políticos de tales pensadores hacían un llamado al orden: se señaló la idea de que la misión del Derecho Penal no consistía tanto en la lucha contra la delincuencia, sino que más bien éste debía canalizar, limitar y controlar la distribución de las sanciones.[7]

La dimensión política de este tipo de discurso se centraba en un análisis del crimen, esencialmente jurídico. La realidad que los citados autores referían no era una realidad concreta, sino que era una realidad abstracta y elaborada. Por tal razón, su análisis del crimen se aparta de la realidad y se convierte en una concepción espiritual e incorporal del crimen y de la pena (es una concepción objetiva).

3) Los aspectos técnico-jurídicos de la teoría clásica.

El sistema clásico se basa en la protección de la libertad individual contra los abusos de la represión y el uso arbitrario de las acciones coercitivas. Se habla de que la libertad es uno de los principales derechos del hombre; por ello, toda la represión penal va a girar alrededor de la privación de la libertad.

Se establece una verdadera barrera con el concepto de infracción, entidad jurídica y abstracta que dependía del legislador, antes de llegar al juez, el cual debía aplicarla como un aspecto objetivo, siguiendo criterios jurídicos: no es el mal en sí lo que se castiga *(mallum in se),* sino el mal que está prohibido *(mallum qui a prohibitum).*

B. El sistema positivo.

La criminología positiva surge en Italia bajo la influencia de la filosofía de Augusto Comte, con la aparición en 1876 de la obra *El hombre criminal* de César Lombroso. El hombre criminal positivo no es libre de sus actos, pues de acuerdo con esta posición, está determinado como toda la humanidad.

La noción de defensa social aparece por primera vez dando importancia primordial a la protección de la colectividad sobre cualquier otra consideración.

El sistema positivo propone la eliminación del peligro criminal mediante medidas tendientes a corregir a los delincuentes.

1) Medidas preventivas.

Se dice que la misión más urgente del legislador consiste en suprimir en la medida de lo posible las ocasiones para el crimen, es decir, las situaciones criminógenas.

---

7. MERLE y VITÚ, *op. cit.*, pág. 104.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) Intervención "ante delictum".

Para Enrico Ferri es lógico que el Estado intervenga en todas aquellas situaciones criminógenas, antes de que tales circunstancias se traduzcan en conductas delictivas.

3) Las medidas de defensa.

Paralelamente la escuela positiva precomisó la aplicación de medidas de defensa, conocidas hoy como medidas, de seguridad que se distinguían de las penas, por su denominación, por la ausencia de fin aflictivo, por la duración indeterminada y por sus modalidades de aplicación.

C. El sistema de defensa social.

Impulsada por Felippo Gramática, la nueva defensa social no busca la defensa social contra los delincuentes, sino que más bien se trata de defender a los delincuentes mismos, contra una sociedad que los desconoce o rechaza comprenderlos.

Por otro lado, la nueva defensa social inspirada en Marc Ancel busca promover en la ciencia criminal un humanismo jurídico-moral.[8]

1) La acción social realista de la justicia penal.

Se señala que cada delincuente tiene una personalidad diferente. Entonces, el estudio de la personalidad del delincuente es fundamental y por ello debe establecerse un expediente de personalidad del delincuente por medio de un grupo de técnicos: médicos, psicólogos, criminólogos, sociólogos, etc.

2) Desjuridizar el Derecho Penal y promover la responsabilidad.

Se trata de mantener un mínimo de reglas jurídicas y dar una verdadera pedagogía de la responsabilidad que muestra al delincuente la noción de deber frente a sus semejantes.

3) Negación de una sociedad opresiva.

Hay una serie de juristas como Versele que se oponen por un Derecho Penal opresivo y denuncian la óptica fundamentalmente opresiva de los legisladores, de los magistrados y del personal penitenciario.

D. Los sistemas neoclásicos.

Aquí se pueden enmarcar todos aquellos autores que manteniéndose fieles a los principios clásicos, tratan de perfeccionar la solución represiva del fenómeno criminal.[9]

Se trata de darle importancia a la pena fundada en un concepto de libertad y responsabilidad, teniendo en cuenta el valor psicológico del individuo.

1) Tratamiento penitenciario y personalidad.

La doctrina neoclásica contemporánea se muestra favorable a la adopción de criterios científicos en la organización del tratamiento penitenciario, lo cual supone un tratamiento criminológico conforme a cada personalidad.

2) Protección de la libertad individual.

La doctrina neoclásica pretende también resguardar al máximo la libertad de los ciudadanos contra los peligros de una intervención arbitraria del poder público.

E. El declive de los sistemas.

El declive de los sistemas ha dado paso a un enfoque del fenómeno criminal, dentro de la perspectiva de una nueva política criminal.

Los juristas han tendido a confundir la política criminal con el Derecho Penal y se trata ahora de evitar los sistemas.

El programa de la nueva política criminal consiste en descriminalizar ciertos comportamientos desviados que no deberían interesar al Derecho Penal, a distinguir los comportamientos absolutos intolerables y a hacer del Derecho Penal algo residual. En ese mismo sentido se trata de desprogramar la mente de las personas que ven en cada sujeto que les parece más o menos sospechoso a sus ojos, un criminal en potencia.

---

8. MERLE y VITÚ, *op. cit.*, pág. 127.
9. MERLE y VITÚ, *op. cit.*, pág. 135.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPÍTULO II
LOS PROBLEMAS DE FORMA

A. El papel de la ley.

La ley puede influir en forma considerable, con respecto al modo de funcionamiento de los diversos elementos de la justicia penal y por ello, esto puede traer consecuencias importantes para el sistema. Hay que decir que es la ley la que fija la organización de la policía y de todo el sistema represivo en general. La ley, por otro lado, establece el funcionamiento de los tribunales, señalando cuáles son los jueces competentes para los diversos asuntos. Así, por ejemplo, los asuntos de citación directa son conocidos por el juez penal, mientras que asuntos considerados más graves serán de conocimiento de un tribunal integrado por tres jueces superiores.

La ley como elemento del desarrollo de un país debe ser dinámica, siendo permanentemente revisada y actualizada; lamentablemente nuestros países, mantienen disposiciones legales que no responden a la realidad del momento.[10] Por eso es muy importante que la legislación penal de cada país se incorpore y se adecue a las necesidades de cada época.

B. Equilibrio del procedimiento.

Toda política criminal debe tener dentro de sus objetivos el hecho de que el procedimiento penal mantenga un equilibrio entre la necesidad de proteger convenientemente a los inocentes y garantizar la condena y el castigo del verdadero culpable. Ese equilibrio se logra cuando se establece para el procesado una adecuada defensa de parte de un profesional en Derecho de una parte y la imposición de una sanción penal efectiva para el condenado.

El equilibrio del procedimiento también debe apuntar hacia una igualdad de oportunidades para los imputados en torno al acceso de cierto tipo de beneficios, como el de la excarcelación.

El procedimiento nos plantea un problema serio de lentitud y de saturación.

1) Lentitud del procedimiento.

Generalmente el sistema de justicia penal es muy lento. "La aplicación de una justicia pronta y cumplida que pregona la constitución política de muchos países, no pasa de ser un mito, que no se ha podido destruir".[11] Esto es muy lamentable desde muchos puntos de vista: desde el punto de vista de la prueba, los testigos luego de cierto tiempo pierden interés en el asunto o sencillamente olvidan parte esencial de los hechos. La lentitud del proceso se torna dramática para los casos de todos aquellos imputados no excarcelados, que además de producir un exceso en la población penal, el sujeto va a ser apartado por un período extenso de su familia.

Por ello, dentro de una política criminal efectiva e integrada, deben buscarse con respecto del procedimiento, soluciones ágiles que aligeren los procesos y establecer un control real, para que el procedimiento transcurra dentro de límites aceptables.

2) La saturación de procesos.

El procedimiento presenta un grave problema que es el exceso de casos que son puestos en conocimiento de los sujetos procesales, sean jueces, defensores públicos, ministerio público, etc. Para el juez, el exceso le provoca falta de tiempo para analizar un caso, tomando en cuenta todos los factores criminológicos pertinentes.

Por otro lado, la saturación procesal puede llegar a formar en el juez o agente fiscal una mente netamente estigmatizante e inquisitiva, en donde se convencen cada vez más, que talvez el mejor juez es el que condena o el que no concede una ejecución condicional.

C. La persecución judicial.

Toda política criminal debe definir de antemano qué tipo de delincuentes serán objeto de ordenamiento jurídico penal. El Derecho Penal

---

10. MONTERO, Jorge A. *Problemas y necesidades de la política criminal en América Latina*, Ilanud, pág. 11.
11. MONTERO, Jorge A., *op. cit.*, pág. 12.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

moderno tiene que llegar a establecer una verdadera noción de crimen: "Revisando el Derecho Penal será necesario establecer criterios que permitan diferenciar el verdadero crimen de la infracción reglamentaria".[12]

Siguiendo dicho razonamiento se puede tener luego más claro cuáles son las infracciones que deben interesar al universo penal y cuáles son los sujetos que la sociedad denominará delincuentes.

Este proceso exigirá que haya un cambio de mentalidad en la gente. En efecto, el Derecho Penal, tradicionalmente ha dado mayor relevancia al aspecto de la responsabilidad y al castigo de los infractores, lo cual no parece ser la respuesta más eficaz y más apropiada para todas las formas de comportamiento criminal.[13]

En todó caso, lo que la reacción social debe tener en cuenta es establecer un límite o una frontera entre el crimen y el no crimen. Se debe evaluar la gravedad del comportamiento con relación a la severidad de la sanción, de manera tal que el Derecho Penal sea reservado a las conductas verdaderamente perjudiciales. El Derecho Penal sólo debe ser utilizado en última instancia para aquellos hechos graves, en los cuales nada se soluciona con otro tipo de medida.

"La libertad del enorme contingente de pequeños delincuentes tendría consecuencias insoslayables: descongestionaría las cárceles, ahorraría gastos y permitiría ocuparse minuciosamente de los criminales auténticos".[14]

Por otra parte, no puede haber bajo ninguna perspectiva, política criminal, si no hay prevención y planificación del fenómeno criminal.

SEGUNDA PARTE
PREVENCIÓN Y PLANIFICACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL

CAPÍTULO I
LA PREVENCIÓN

A. Definición.

En sentido amplio, la prevención consiste en preparar y disponer lo necesario anticipadamente para evitar un riesgo.[15]

"Etimológicamente la prevención es lo que viene antes. Por extensión es aquello que al venir antes, impide que se produzca alguna cosa".[16]

Desde el punto de vista criminológico podemos definir la prevención como un conjunto de medidas (que presuponen un análisis de la realidad social), destinadas a impedir que ciertas conductas se conviertan en actos criminales.

Se trata pues de "un conjunto de medidas que impiden el surgimiento de la delincuencia".[17]

La prevención está entonces dirigida a enfrentar dentro de la sociedad el problema de la delincuencia, para tratar desde diversas perspectivas, de resolver o enfrentar de manera efectiva dicha delincuencia.

Así podemos entonces establecer que la prevención es una fase necesariamente previa y un elemento integrante del control social que lleva a cabo la reacción social. En ese mismo sentido la prevención puede ser enfocada como un elemento importante que busca o pretende realizar un análisis de cuáles son las deficiencias y obstáculos que imperan en un sistema dado y que son los que de una u otra forma llevan a la gente a delinquir.

En última instancia la prevención es un elemento que permite por medio de un procedimiento científico buscar la conservación y el desarrollo pleno de la sociedad.

---

12. GOUVERNEMENT DU CANADÁ, *op. cit.*, pág. 19.
13. GOUVERNEMENT DU CANADÁ, *op. cit.*, pág. 19.
14. DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. *Evolución penal e inflación punitiva*, Ponencia en reunión preparatoria al IX Congreso Internacional de Criminología, Panamá 25-27 de agosto, 1982.
15. REYES ECHANDÍA, *op. cit.*, pág. 311.
16. GALLEGOS GUTIÉRREZ, Margarita. *Planificación y prevención en la Ciudadela León XIII*, San José, Tesis de grado, Facultad de Derecho, U.C.R., 1985, pág. 146.
17. MARK, Ivonne. ¿Qué es la prevención?, *Revista Prevención del delito*, Caracas, núm. 1, 1970, pág. 15.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

B. Naturaleza de la prevención.

"En el campo de la delincuencia, la criminalidad y los comportamientos individuales que simplemente faltan, infringen o atentan contra las costumbres y normas con estatuto de ley, intervienen factores y circunstancias que le asignan una notable complejidad al problema sobre el cual se desplegaría la función preventiva".[18]

La naturaleza de la prevención hay que buscarla entonces en la diversidad de elementos que intervienen en su explicación, en donde encontramos, lógicamente tomando como base el conglomerado social, grupos familiares, grupos de producción, grupos de presión, opinión pública, diversas organizaciones gremiales y sindicales, etc. De la interrelación de estos diversos sectores se debe tratar de articular una política preventiva coherente y dinámica para poder establecer cuáles son los posibles factores o indicadores que determinan un aumento o disminución de la delincuencia.

La naturaleza de la prevención tiene entonces su explicación en el seno mismo de la realidad social, de donde surge una idea de democratización de la prevención para evitar que la prevención sea un mecanismo de control sólo para las clases desfavorecidas, porque también se debe luchar contra cierto tipo de actos ilícitos cometidos por gente de poder y que son difícil de controlar.

La prevención tiene su origen en las preocupaciones legítimas de los ciudadanos de encontrar indicadores que reflejen en cierta medida de dónde proviene la delincuencia.

"Se trata, entonces, de un problema cuya naturaleza es eminentemente histórica y social, en donde los esquemas aplicados y los modelos explicativos conocidos de la situación delictiva dejan de ser un simple requisito académico que justifica algún programa de acción".[19]

Esta acción es precisamente la que busca llevar adelante la prevención en su lucha por el control de la criminalidad.

C. Directrices.

Entendemos por directrices todas aquellas acciones o políticas que deben seguirse en materia de prevención, para lograr que ciertos focos criminógenos sean resueltos.

Las directrices deben estar primeramente encaminadas a todos aquellos sectores de la población que se encuentran más expuestos al riesgo de integración a la vida delictiva: grupos marginados, grupos de hijos de madre soltera, personas desocupadas o subempleadas (ganando sueldos menores al mínimo establecido), etc.

En segundo lugar las directrices deben tratar de ubicar los espacios para tratar de determinar si la arquitectura urbana responde bien o no al problema de la prevención o si más bien ciertos lugares contribuyen o son una invitación a la actividad delictiva.

En tercer lugar deben dirigirse acciones profundas y conscientes hacia el campo económico tratando de establecer de qué forma pueden tener acceso todos los sectores de la población, sin distinción, de los productos de consumo básico.

En fin, directrices que deben buscar un desarrollo amplio y total de la personalidad humana para que todo sujeto sienta que vive dentro de un contexto social que lo trata con dignidad y ofrece igualdad en la expectativa de triunfo y superación.

CAPÍTULO II
LA PLANIFICACIÓN

Para que la política criminal pueda ser bien aplicada en un país determinado, es necesario que haya una planificación de todas las medidas que van a ser tomadas.

En ese sentido debe haber "una preparación racional de los objetivos y de los medios necesarios para llevar a cabo una política criminal de justicia, socialmente eficaz y justa".[20]

---

18. GONZÁLEZ, Vinicio, CHANG, Rosa A. y ROJAS FRANCO, Grace. *Políticas de prevención dentro de un esquema de control de la delincuencia y criminalidad en Costa Rica*, Ponencia en primer congreso de evaluación al sistema penitenciario costarricense, agosto, 1984.

19. GONZÁLEZ, Vinicio, CHANG, Rosa y ROJAS FRANCO, Grace, *op. cit.*

20. VERSELE, Carlos. *Conceptos fundamentales sobre planificación de la política criminal en América Latina*, Ilanud, Costa Rica, pág. 10.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La planificación dentro de la política criminal debe tomar en cuenta los siguientes aspectos: análisis de los objetivos y los medios, capacidad de aplicación y transformación social.

A. Análisis de los objetivos y los medios.

Toda sociedad debe hacer un análisis de los objetivos que hay que trazar para aplicar una determinada política criminal. El análisis de los objetivos debe hacerse con base en las necesidades de cada comunidad. Dicho análisis debe ser realizado en forma metódica y a partir de una especie de división en sectores, que podría darse a través de cada provincia.

Una vez que los objetivos han sido trazados, se debe hacer un recuento de los medios con los que el país cuenta para llevar adelante cualquier plan. En tal sentido, los organismos ligados a la justicia criminal, deben trazar un plan serio sobre todos los recursos existentes y faltantes, para con ello ser congruentes con la política a seguir.

Además se deben establecer los mecanismos necesarios que permitan influir adecuadamente en el poder político, para que se dé la voluntad política necesaria que permita cumplir con cualquier política criminal trazada.

Para que la política criminal sea coherente, es necesario que se dé una congruencia entre los objetivos y los medios.

B. Capacidad de aplicación.

Dentro de la planificación de la política criminal debe haber un estudio sobre el elemento humano que va a llevar a la práctica los diversos objetivos. Con esto se tratará de establecer si los individuos están o no capacitados para cumplir con determinadas labores. Si no hay competencia en los sujetos llamados a ejercer los planes de una política criminal, el Estado y las comunidades deben hacer todo lo posible para capacitar a sus agentes.

Es evidente que cuando existe gente capacitada para diversas labores, éstos pueden cumplir mejor las tareas que les son encomendadas dentro del esquema de un determinado plan.

C. Transformación social.

Una de las fallas o de los errores más grandes que se pueden cometer al planificar en política criminal es el hecho de no tomar en cuenta el contenido social de un pueblo.

La planificación no debe jamás tomar en cuenta el concepto en frío, sino que se debe ir más allá para investigar las raíces profundas del desequilibrio social que puede ser muchas veces el causante de muchas conductas criminales.

El problema de la planificación no se refiere entonces sólo a las estadísticas delictivas que dan un "indicador oficial" de la delincuencia de un país determinado, sino que también debe incluir aquellos sectores de la población en riesgo de empobrecimiento o estancados en situación llena de pobreza.

Es evidente que si en un país como Costa Rica se planifica en el sentido de aliviar la carga de las clases más necesitadas, mucho se estará haciendo para disminuir el riesgo de criminalidad: "la formulación precisa de políticas públicas que privilegiando el carácter social del concepto de planificación, constituyen directrices claras y viables de instrumentación".[21]

CONCLUSIÓN

El delito es dentro de toda sociedad una realidad cotidiana y por ello es que es necesario profundizar sobre las diversas modalidades a que éste puede llegar y cómo puede evolucionar. Las soluciones según lo hemos visto están al alcance de todos los pueblos, soluciones que de ningún modo vendrían a eliminar totalmente el delito de nuestras comunidades, pero que sí vendrían desde cierto punto de vista a eliminar las posibilidades de delincuencia y con ello a producir un efecto de disminución del crimen.

El problema del crimen debe entonces ser seria y científicamente enfrentado por nuestra sociedad, no con medidas espectaculares y ligeras, sino por medio del estudio amplio y profundo de cada realidad social, porque es ahí, en ese análisis metódico en donde se pueden encontrar muchos de los males sociales y sus posibles remedios.

---

21. GONZÁLEZ, CHANG y ROJAS, *op. cit.*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

DE LA BARREDA SOLÓRZANO, Luis. *Evolución penal e inflación punitiva,* Ponencia en reunión preparatoria al IX Congreso Internacional de Criminología, Panamá, 25-27 de agosto, 1982.

GALLEGOS GUTIÉRREZ, Margarita. *Planificación y prevención en la Ciudadela León XIII,* San José, Tesis de grado, Facultad de Derecho, U.C.R., 1985.

GONZÁLEZ, Vinicio, CHANG, Rosa A. y ROJAS FRANCO, Grace. *Políticas de prevención dentro de un esquema de control de la delincuencia y la criminalidad en Costa Rica,* Ponencia en primer congreso de evaluación al sistema penitenciario costarricense, agosto, 1984.

GOUVERNEMENT DU CANADÁ. *Le droit penal dans la société canadienne: faits saillants,* Otawa, 1982.

IZABO, Denis. *Criminología,* Siglo XXI, Editores, México, 1980.

MARK, Ivonne. ¿Qué es la prevención?, *Revista Prevención del Delito,* Caracas, núm. 1, 1970.

MERLE, R. y VITÚ, André. *Traité de Droit Criminal,* Cujas, París, 1978.

MONTERO, Jorge A. *Problemas y necesidades de la política criminal en América Latina,* Ilanud, Costa Rica.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología,* Universidad Externado de Colombia, 1980.

STEFANI, LEVASSEUR y JAMBU-MERLIN. *Criminologie et Science Penitentiaire,* Dalloz, París, 1976.

VERSELE, Carlos. *Conceptos fundamentales sobre planificación de la política criminal en América Latina,* Ilanud, Costa Rica.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

RECURSO DE CASACIÓN*

DR. LUIS GUILLERMO HERRERA CASTRO

I. Breve reseña histórica.

1) Antecedentes próximos.

Señalaré tan solo algunas notas importantes de la Historia General de la Casación, y en el punto siguiente, una breve reseña de la historia en nuestro país, para tratar de perfilar el verdadero contenido de esta institución procesal.

En el análisis teórico de esta institución se ha pretendido verla como una simple institución del Derecho Procesal, cuando en realidad tiene un contenido político y sociológico de gran importancia.

Históricamente es una institución que marca el punto a partir del cual desaparece "l'ancien régime" (monárquico-feudal), y se inicia el nuevo régimen desarrollado inmediatamente después de la Revolución Francesa. En el viejo régimen era el soberano el encargado de resolver los recursos de casación en contra de las resoluciones dictadas por sus propios delegados. Posteriormente en la Monarquía se especializó una sección "Conseil des parties"; órgano a partir del cual comenzó a delinearse el moderno instituto de la Casación.

No obstante, cuando la Revolución sobrevino, fue factor influyente las ideas de los filósofos de la Luz, Rousseau, Montesquieu, etc.,[1] pues se intentaba dar independencia al Poder Judicial, para garantizar una correcta aplicación de la ley, y así hacer efectivas las garantías individuales tales como la igualdad ante la ley, y de paso, lograr un adecuado equilibrio entre el interés individual y el interés de la colectividad.

Fue con el decreto de 27 de noviembre de 1790 que se creó el "Tribunal de cassation",[2] aun cuando continúa subsistiendo el esquema de la Casación del antiguo régimen.

La Casación en Francia evolucionó de un órgano no judicial a un órgano jurisdiccional colocado en la cúspide de la jerarquía judicial, como regulador positivo de la jurisprudencia,[3] a tal punto que se puede hablar del sistema francés o de reenvío. La Corte de Casación anula la sentencia (iudiciums rescindens) y reenvía la causa a otro tribunal diferente del que la dictó (juez de reenvío) para que este dicte de nuevo la sentencia (iudiciums rescissorum). El juez de reenvío deberá dictar la sentencia dentro de los límites que fija la sentencia de la Corte de Casación. Como se dice, a este juez se le asigna una competencia funcional.[4]

---

* *El presente estudio recoge parte del curso de Procesal Civil impartido en el año 1985 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el cual será ampliado oportunamente en un estudio que pretende recoger en forma sistemática la evolución de la jurisprudencia de Casación sobre los diversos puntos que constituyen el contenido jurídico-formal del recurso.*

1. MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes.*
2. El desarrollo histórico de la Casación ha sido expuesto magistralmente por Piero Calamandrei en su obra *La Casación Civil*, EJEA, 1959, págs. 21 sigs.
3. CALAMANDREI, Piero, *ob cit.*, pág. 35.
4. *Ídem*, pág. 188.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La Casación francesa penetró profundamente en toda Europa,[5] siguiéndose en algunos de ellos la misma institución, por lo menos en sus elementos fundamentales. Otros países como Alemania han creado un sistema que se dice es sustitutivo de la Casación, hablándose de una tercera instancia limitada al reexamen de Derecho (revisio in iure).[6]

En España el sistema sufrió modificaciones. Se afirma con autoridad que las bases de la Casación española se encuentran en la Constitución de Cádiz de 1812,[7] bajo el nombre de "recurso de nulidad". El sistema español, podríamos decir, es mixto, al recoger elementos de la Casación francesa y del sistema alemán. Del sistema francés, toma el reenvío unicamente cuando el recurso es por motivos de forma (in procedendo); cuando los motivos son de fondo (in iudicando), la Corte de Casación sustituye al tribunal de instancia dictando el fallo correspondiente.

2) Historia de la Casación en Costa Rica.

En nuestro país el antecedente más inmediato lo ha sido el llamado recurso extraordinario de nulidad establecido por primera vez en el Código de Carrillo del año 1842. En el título II de la Parte Tercera *"De los Recursos Extraordinarios"*, Capítulo I, se habla de la *Nulidad.* El artículo 1149 dispone que "la ley concede á los litigantes el derecho de quejarse de las sentencias ejecutoriadas, por infracción de ley expresa o terminante, ya sea en la decisión de la acción, ó ya en los procedimientos judiciales. El ejercicio de este derecho se llama recurso extraordinario de nulidad".

Por las características esenciales de dicho recurso podemos deducir que fue la legislación española la que influyó, pero no obstante esta afirmación, sí es claro que el recurso extraordinario de nulidad no se fundamentó ni en el llamado recurso de suplicación[8] ni en el llamado "recurso de injusticia notoria" frecuentemente considerado el antecedente de la casación civil española,[9] sino en el *Recurso de Nulidad* que se estableció en el decreto de 4 de noviembre de 1838, que atribuía el conocimiento del mismo al Tribunal Supremo. En este recurso se distinguía claramente entre los vicios in iudicando y los vicios in procedendo. Se autorizaba este recurso cuando la sentencia fuese contraria a la ley clara y terminante, o cuando en las instancias se hayan infringido las leyes de enjuiciar por defecto del emplazamiento, falta de personalidad o poder, falta de citación o denegación de recibimiento a prueba, denegación de la prueba conducente y admisible, falta de notificación del auto de pruebas o de la sentencia definitiva, denegación de súplica procedente e incompetencia de jurisdicción".[10]

Al examinar el Código de Carrillo, me he podido dar cuenta, que el "recurso extraordinario de nulidad" (art. 1149) era casi idéntico al recurso de nulidad del decreto español de 1838, por lo menos en cuanto a los motivos. En el artículo 1149 del Código de 1842, se concede el recurso por "infracción de ley expresa y terminante, ya sea en la decisión de la acción, o ya en los procedimientos judiciales". La diferencia fundamental resulta de que en el Código de Carrillo no se hace la clasificación clásicamente conocida: vicios in procedendo y vicios in iudicando, sino que cada caso de nulidad se

---

5. En los países que pertenecen al sistema del Common law, no existe propiamente la Casación, sino que la sentencia puede ser revisada en principio en cualquier momento, por lo que se habla de la fragilidad de la cosa juzgada. La reconsideración de fallos es posible por medio de las "motions for a rehearing, motions to set aside a verdict" ANGELO PIERO SERENI, *El proceso civil en los E.U.* trad. Sentís Melendo, EJEA, 1958, pág. 111; ANDRÉ TUC *"Le Droit des États Unis"*, Presses Universitaires de France, 1983, págs. 90, 91. Sobre la Casación en Francia se puede consultar el artículo del Dr. Diego Baudrit, Revista Judicial núm. 17, págs. 76 y sigs.

6. CALAMANDREI, Piero, *ob. cit.*, pág. 19. Sobre el sistema alemán, puede consultarse Manuel de la Plaza, *La Casación Civil*, Revista Derecho Privado, 1944, págs. 73, 74.

7. FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Temas del ordenamiento Procesal*, Tecnos, 1969, tomo I, pág. 201.

8. Este recurso, dice MANUEL DE LA PLAZA, fue establecido por Juan I de Segovia en el año 1390, cuyos detalles se encuentran regulados en el título 22 del Libro XI de la Novísima Recopilación, y se trataba "en suma, de un recurso supremo contra las sentencias de revista dadas por las audiencias o tribunales superiores en pleitos comenzados en ella por nueva demanda si tales pleitos fuesen muy grandes o de cosa ardua" (*ob. cit.*, pág. 91).

9. Este recurso según el citado autor español, no se definió bien en las leyes. El mismo se otorgaba para impugnar las sentencias cuando la "injusticia resultaba notoriamente en los autos, bien porque los jueces juzgasen arbitrariamente, contra lo que de éstos resultaba, o porque hubiesen infringido abiertamente las disposiciones del Derecho" (*ob cit.*, pág. 93). En este recurso aún no se distinguía entre vicios in procedendo y vicios in iudicando, sino que la nulidad era genéricamente regulada.

10. *Op. ult. cit.*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

señala específicamente, como por ejemplo la omisión de notificar a los interesados (art. 132), la omisión de citar "para los actos en que la ley lo requiere expresamente" (art. 148). Si la nulidad no es de las expresamente previstas, no debe declararse la reposición de trámites, sino tan solo "castigada por el tribunal, con la reparación de ellos, á costa de los culpados, sin reponerse la causa" (art. 1165).

Cuando se trata de infracción de una ley de fondo, "los tribunales en el caso del artículo 1161, revocarán la sentencia, pronunciando la conveniente, sin anular los procedimientos" (art. 1163).

El Código de Carrillo sufrió la desmembración con la vigencia del Código Civil en 1886 y el Código de Procedimientos Civiles en 1887. En éste, se establecían tres tipos de infracción: la violación de la ley en la parte dispositiva de la sentencia en cuanto al fondo del negocio; violación de leyes en cuanto al procedimiento y, contra la sentencia dictada por los árbitros (art. 962). En los artículos 963 se hacía la enumeración de los motivos en cuanto al fondo (in iudicando) y en el 964 los vicios in procedendo.

Posteriormente mediante decreto núm. 8 de 29 de noviembre de 1937 se hicieron algunas reformas importantes al recurso, las cuales fueron explicadas por el Lic. Antonio Picado en su obra "Explicaciones de las reformas al Código de Procedimientos Civiles", Imprenta Nacional, 1937 ps. 387 y sigs. No obstante estas reformas en donde se suprimieron algunos motivos, la estructura que prevaleció siguió siendo la del Código de1887.

Finalmente en el año 1969 mediante Ley núm. 3917 de 8 de agosto, el recurso fue objeto de nuevas reformas, y entre las más importantes puedo señalar las siguientes: el inciso c) del artículo 904, relativo al error de hecho, al preceptuarse que no era necesario indicar la norma legal infringida relativa al valor probatorio; pero, si se reclaman ambos errores (de hecho y de derecho) sí deben citarse las leyes que en cuanto al fondo resulten infringidas; en cuanto al término de interposición se unificó en el artículo 909 en 15 días, salvo los casos especiales que pueda señalar la ley, eliminándose la diversidad de términos que se señalaban: tres, diez y quince días; en el artículo 916 se estableció que la vista una vez pedida era irrenunciable; se incorporó el principio de la *reformatio in peius* en el artículo 920; etc.

No obstante las dos grandes reformas sufridas por el Capítulo VI del Título I del Libro Cuarto, es evidente que el esquema del Código del 87 se mantiene, que es un esquema bastante rígido, que impide en la mayoría de los casos la tutela de los derechos; ya que, el formalismo del mismo, su costo y tecnificación, son factores que obstaculizan para que la gran mayoría de los ciudadanos obtengan la completa tutela de sus derechos.

II. Naturaleza. Fines.

Como he dicho anteriormente en la reseña histórica, el origen mismo de la casación recoge su contenido esencial y filosófico. Este instituto cuya configuración realmente se puede ubicar en el año 1970 en Francia surge como una de las respuestas que los juristas de ese momento daban al nuevo orden que reemplazaba "l'ancien régime", sea la monarquía absolutista, cuya concentración del poder generaba las violaciones más graves a los derechos de los ciudadanos. Precisamente al sobrevenir la Revolución Francesa, los pensadores de la época, como por ejemplo Montesquieu, planteaban la necesidad de la separación del poder (ejecutivo, legislativo y judicial) para obtener un verdadero equilibrio y así, evitar la arbitrariedad.

La casación dentro de la estructura procesal-judicial, es el instituto de la mayor importancia, porque en virtud de él, no se persigue tanto la reparación del agravio particular, sino, principalmente, para obtener una "recta, verdadera, general y uniforme aplicación de leyes o doctrinas legales".[11] Por ello se señala como notas distintivas de la casación el *interés público* y lo *extraordinario* del recurso para diferenciarlo del resto de los recursos ordinarios; al abrir la posibilidad del mismo bajo ciertas causales expresamente reguladas, tanto en lo que se refiere a los motivos de fondo como de forma.

Dichas notas distintivas, son la manifestación de la casación cuando se refiere a los vicios *in iudicando,* pues en la violación de la ley es donde se

11. DE LA PLAZA, *ob. cit.*, pág. 11. La jurisprudencia ha reconocido reiteradamente que la Sala de Casación es un tribunal de derecho (Morice Martínez vs. Cía. Nac. Fuerza Luz, núm. 33,1953, I sem. t. I. P. 657). El objeto primordial de casación, ha dicho la jurisprudencia es establecer el imperio de la ley que los jueces obligados a aplicarla han transgredido (Díaz Campos vs. Díaz Campos, núm. 119 de 1965, II sem. II tomo, p. 735).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

produce la injusticia y se altera la seguridad del sistema jurídico. Por ello, en el recurso por el fondo, es donde sobresale la característica apuntada, sobre la correcta y uniforme aplicación de la ley; ya que, en el recurso por motivos de forma (in procedendo), lo que se manifiesta es un control sobre la legalidad del proceso, principio esencial de nuestro estado social de derecho.

III. Legitimación.

De conformidad con los artículos 907 y 908 en relación con el 864, pueden presentar el recurso de casación, tanto las partes formalmente constituidas en el proceso, como los terceros que se sujeten a las condiciones establecidas en el artículo 864, especialmente el afianzamiento del resultado.[12] Sin embargo cuando el recurrente lo hace por motivos de forma, es necesario que hubiere ejercido todos los recursos procesales que hubiesen sido legalmente procedentes.[13]

Aun cuando en el Código no se señala expresamente como lo hace el anteproyecto, de exigir que el recurrente en casación haya tenido que presentar recurso de apelación o adhesión, debemos entender que tal exigencia no se aplica. Creo que esta condición tiene sus matices, que hacen que la norma pueda convertirse en una disposición injusta. Si en un proceso en que intervienen varias personas una de ellas no apela por considerar que el resultado desfavorable es aceptable, pero con motivo de la apelación de otro se le agrava la situación anterior en segunda instancia, por qué le vamos a negar el recurso de casación. Por ello, estamos más de acuerdo con la disposición vigente, sea el artículo 907.

IV. Requisitos de admisibilidad.

Podría decir que el recurso de casación no solamente es extraordinario en cuanto a las causales que abren paso a su interposición, sino en cuanto a las exigencias formales del mismo. Creo, que a veces, el rigor es excesivo no solo de la ley misma sino de las interpretaciones de la Sala de Casación. En realidad, si examinamos bien la finalidad esencial de la Casación, y la enfrentamos al rigor formal, nos daremos cuenta, que existe un desequilibrio entre aquella (interés general; aplicación correcta de la ley, uniformidad de la jurisprudencia), y las limitaciones impuestas por la propia ley para impedir que los ciudadanos realmente puedan anular los fallos contrarios a la ley por infracción de leyes de fondo o, de las que se refieren a la validez y eficacia de los actos procesales.

En el sistema del *common law,* como hemos anotado atrás, es posible revisar los fallos contrarios a derecho en cualquier momento, haciendo de la cosa juzgada un efecto frágil. Es cierto, que este sistema es explicable al tenor de los principios particulares del sistema, así como por su evolución histórica. Pero, el sistema no es totalmente malo y probablemente, satisface mejor la finalidad de protección a la constitución y a la ley. Claro está, este no es nuestro sistema, ni podemos adaptarlo a nuestra realidad, pero, sí nos sirve como institución de Derecho Comparado, para examinar la eficacia de nuestro sistema, y admitir la posibilidad de flexibilizar la entrada a Casación, tal y como ocurre en materia laboral,[14] donde sin duda alguna, el recurso satisface más plenamente sus fines esenciales, al abrir la posibilidad para que un mayor número de ciudadanos afectados por fallos dictados en contra de las leyes, puedan realmente obtener del Estado la corrección necesaria.

Sin duda alguna el recurso de casación es un resabio que persiste fuertemente en los países de tradición latina, pues, es posible encontrar los antecedentes de la casación en instituciones del Derecho Romano.

En la forma que se plantea el recurso de casación y con ese rigor sacramental, es indudable que interesa más la forma, el rito, que el fin esencial: obtener las enmiendas de un alto tribunal para adecuar el fallo al ordenamiento jurídico.

Los requisitos formales y obligatorios del recurso son:

a) *Identificación:* debe indicarse la clase de juicio, nombre y apellidos de las partes, hora y fecha de la resolución recurrida y naturaleza de ésta;

---

12. En el anteproyecto se mantiene la misma norma, aun cuando se establece una nueva condición, quien no hubiere apelado o adherido a la apelación de la sentencia, no puede presentar casación (art. 610 anteproyecto CPC).

13. Es necesario que quien interpone el recurso tenga interés, no bastando el simple interés científico (Castillo Valencia vs. Parra Reyes, núm. 115 de 1963, II sem. II tomo, pág. 933).

14. Artículos 549 sigs. del Código de Trabajo.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) Mención de las leyes infringidas, expresándose con claridad y precisión en qué consiste la infracción, sin que el recurso deje de ser atendible porque no se indique concretamente el párrafo o el inciso del artículo infringido, cuando éste tuviere varios párrafos o incisos, o porque en la indicación del artículo violado haya error material, si en cualquier de esos casos el contexto se desprendiere cuál es la norma infringida.[15]

c) Desde luego el escrito debe contener los demás requisitos generales sobre la admisibilidad de escritos ante los tribunales (1050 CPC).

V. Presentación. Oportunidad.

El recurso de casación tal y como él lo indica el CPC debe interponerse ante la Sala de Casación dentro del término de quince días hábiles posteriores a la última notificación (art. 909 CPC).[16]

VI. Admisibilidad.

La Sala de Casación al tener que resolver sobre la admisibilidad del recurso, debe examinar que el mismo reúna los requisitos formales antes enunciados, y desde luego, todas las consideraciones exigidas que demuestren con precisión en qué consiste la infracción. La Sala puede rechazar de plano el recurso si falta alguno de dichos requisitos o en los casos previstos por el artículo 911 o bien cuando ha sido presentado en forma extemporánea (art. 911 párr. final).

Si el recurso reúne todos los requisitos exigidos, sin necesidad de providencia, solicitará al tribunal a quo el expediente. El tribunal al recibir la nota, emplazará a las partes para que dentro del tercer día se apersonen ante la Sala de Casación (912 y 913 CPC).

VII. Objeto procesal.

No debemos confundir la pretensión procesal del recurso de casación con los fines generales del recurso[17] examinado páginas atrás, la cual consiste en la solicitud que se hace al tribunal para que anule la sentencia y dicte la que corresponde, sin necesidad de reenvío como en la casación francesa, y cuando el motivo invocado es in iudicando; si es por motivos de forma, la pretensión no sólo se dirige a anular la sentencia, sino las etapas del proceso que se encuentren viciadas de nulidad conforme a las causales expresamente establecidas (arts. 919 y 920).

VIII. Vicios in procedendo.[18]

No vamos a entrar a considerar la clasificación de los vicios en consideración al orden del proceso, como por ejemplo errores en la constitución de la relación procesal, errores en el desenvolvimiento de la relación jurídico-procesal y errores en la fase de decisión;[19] que para efectos didácticos consideraremos una sola categoría: errores in procedendo referidos a todos aquellos vicios que se presentan en el proceso y que afectan a éste en su validez y eficacia.[20] La distinción entre este tipo de errores y los de juicio (in iudicando) es consecuencia del paralelismo consustancial al Derecho: Derecho material y Derecho formal procesal o adjetivo. Tal bifurcación del Derecho obedece no solo a razones históricas, sino a razones filosóficas, que son las que determinan al fin y al cabo la naturaleza misma del Derecho. En el Derecho material o de fondo encontraremos pues, relaciones jurídicas con esa naturaleza; si se trata del Derecho Procesal, las relaciones tendrán entonces esta naturaleza, relaciones jurídico-procesales, que precisamente es la que ha servido como tesis pre-

---

15. Existe mucha jurisprudencia sobre la obligatoriedad de indicar la norma infringida, como por ejemplo, el rechazo del recurso por indicar un grupo de normas sin hacer referencia particular a cada una (Nicolás Arrieta vs. Obando Zúñiga, núm. 116, II sem. t. II pág. 948; Registro Público núm. 130, II sem. II t. pág. 1663); o el rechazo por citar normas derogadas (Salazar Zúñiga vs. Carmona Pastrana, núm. 62, I sem. III tomo, pág. 1667, etc. (Véase Digesto de Jurisprudencia, Revista Colegio de Abogados edición especial, págs. 254 y sigs.).

16. En el anteproyecto se establece el llamado recurso de casación "per saltum", en virtud del cual las partes pueden presentar el recurso contra la sentencia de primera instancia, si renuncia al recurso de apelación. En tal evento el recurso solamente puede fundamentarse en motivos de fondo (artículo 604 anteproyecto).

17. Sobre cuál debe ser el objeto de casación, existen abundante jurisprudencia (Digesto de Jurisprudencia, *ob. cit.*, págs. 19, 20).

18. Llamados por CALAMANDREI "vicios de actividad" *(ob. cit.*, págs. 76 sigs.).

19. DE LA PLAZA, Manuel, *ob. cit.*, págs. 272 y sigs.

20. Sobre el tema de las nulidades puede consultarse mi libro *"Las Nulidades en el Proceso Civil costarricense"*, *op. cit.*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dominante, para explicar el proceso. Efectivamente, la relación jurídico-material viene a constituirse en el objeto de conocimiento del proceso, sean, las personas que están unidas en dicha relación material (legitimatio ad causam activa y pasiva), que como objeto del proceso (relación jurídico-procesal con elementos institucionales) los legitima (activa o pasivamente) para generar la relación procesal.[21]

Tampoco vamos a negar la importancia de dicha clasificación, pues, en una buena técnica jurídico-procesal, la misma nos serviría para diferenciar los vicios en la constitución por ausencia de *presupuestos procesales* de los vicios que se producen a lo largo del desarrollo del proceso; pues, en definitiva veremos, son los primeros a los que se les da preferencia para efectos de la impugnación extraordinaria de casación. Sin embargo, por no formar parte de este estudio, no entraremos al examen del tema de los presupuestos procesales.[22]

Vamos a examinar cada uno de los motivos conforme al orden seguido en el artículo 903 del CPC.

a) Falta de emplazamiento: Para que el vicio pueda ser impugnado en Casación, la ley exige que se omita el emplazamiento a los que debieron ser citados a juicio.

En la legislación española que es en la que se basa la Casación costarricense se regula esta causal, pero se dispone expresamente que la falta del emplazamiento se puede producir tanto en primera como en segunda instancias.[23] En consecuencia, debemos entender, que la omisión del emplazamiento sólo se refiere al traslado inicial de la demanda (arts. 209 y 101 del CPC), todo en consideración al texto de la ley. Sin embargo, creo que es posible admitir como causal la ausencia del emplazamiento con motivo de la apelación de una sentencia, si impugnado el vicio el Tribunal de segunda instancia deniega declarar con lugar la nulidad promovida por la vía incidental. La omisión de tal trámite con motivo de la apelación del fallo, sin duda alguna es un vicio de tal magnitud, que perfectamente es posible incluirla en el inciso a) del artículo 903.

En lo que se refiere a la omisión del traslado de la demanda, el vicio es de extrema gravedad, en cuanto afecta en forma esencial la constitución de la relación jurídico-procesal, impidiendo que ésta nazca válida y eficazmente, pues, en realidad tanto el acto de la demanda como el traslado son verdadero presupuesto del proceso.[24] Así es como ha dicho Casación, que esta causal está referida al hecho de no se llame a juicio a quienes figuran como partes o interesados directos en la causa, en términos de producírseles indefensión.[25]

En realidad, esta causal y las del inciso b) del artículo 903 van a requerir de tres condiciones que han sido explicadas ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia: la indefensión,[26] la oportuna reclamación en las instancias, y que el motivo perjudique "realmente" al recurrente. Estas tres condiciones están expresamente consideradas en los artículos 903 inc. b) y 907 del CPC.

b) En cuanto a la prueba: En esta causal se contemplan varios supuestos que abren la puerta a la Casación, y que son los siguientes:

1) Falta de recibimiento a pruebas cuando proceda con arreglo a derecho: se debe entender "la falta de recibimiento a pruebas" como la falta u omisión de abrir a pruebas el juicio ordinario según lo ordena el artículo 230 del CPC y además con la falta de recibimiento de pruebas o sea, omitir pronunciamiento sobre pruebas ofrecidas en segunda instancia (arts. 888 y 889 CPC).

---

21. Claro está, no olvidemos una vieja discusión en el Derecho Procesal sobre quienes pueden ejercer la acción. Es posible, que una relación procesal se desarrolle incluso, sin existir verdaderamente la relación jurídico-material, como cuando se promueve un proceso simulado.

22. Sobre presupuestos y excepciones procesales, puede consultarse mi tesis de Doctorado, Madrid, 1976.

23. Artículo 1693 inciso 1): "por falta de emplazamiento, en primera o segunda instancias, de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio". (Ley Enjuiciamiento Civil de España). En el anteproyecto se mantiene la causal pero se adicionan dos elementos: uno, la "notificación defectuosa" de la resolución que emplaza; y el otro la omisión del emplazamiento del interviniente principal.

24. Sobre este tema puede consultarse:

25. Digesto de Jurisprudencia, *ob. cit.* pág. 122.

26. HERRERA CASTRO, Luis G., *ob. cit.*, Digesto de Jurisprudencia, *ob. cit.*, págs. 121, 122 y 123.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) Falta de notificación del auto que abre a pruebas el juicio. Es un motivo bien específico y referido a la notificación. En este se supone que se ha dictado la resolución que abre a pruebas, pero el juzgado omite notificárselo a alguna de las partes. Recordemos que es obligación del tribunal notificar de toda resolución que se dicte en el juicio a todas las partes, entendiéndose que esta obligación se exige cuando las partes han señalado un lugar para recibirlas (arts. 90 y 95 del CPC).

3) Falta de citación para alguna diligencia probatoria. Es un principio esencial del proceso el contradictorio, de tal forma que toda cuestión planteada en el proceso (entre ellas las pruebas) debe ser puesta en conocimiento de las partes a fin de que hagan las objeciones pertinentes. Por ello el artículo 243 del CPC dispone que "toda diligencia de prueba se practicará en audiencia pública y previa notificación a las partes con un día de anticipación por lo menos"; lo mismo ocurre con el traslado que obligatoriamente debe darse en incidentes de hechos nuevos (art. 240, CPC). Si examinamos los diversos medios de prueba nos vamos a encontrar con las citaciones obligatorias de las partes: por ejemplo en la confesión (art. 253); el traslado de cinco días con respecto a documentos presentados después de contestada la demanda (art. 199); la audiencia en la prueba pericial (art. 298); el señalamiento de la inspección ocular que debe hacerse con tres días de anticipación (302); el señalamiento para la recepción de la prueba testimonial que debe hacerse con tres días de anticipación (307); la audiencia a la parte contraria sobre pruebas ofrecidas en segunda instancia (art. 889).

4) Denegación de pruebas admisibles. En este supuesto se exigen dos condiciones: una, que la prueba sea admisible conforme a las leyes, y la otra, que la denegatoria haya producido indefensión. En otras palabras, se refiere a aquellos casos en que el juez deniega admitir una prueba que es admisible conforme a nuestras leyes, como por ejemplo, denegar de plano la admisión de documentos que se encuentren en los supuestos del artículo 198; o bien cuando deniega cualquiera de los medios de prueba previstos por el CPC para el juicio ordinario. Alguna jurisprudencia ha reconocido con razón, que este supuesto de impugnación en casación, queda supeditado "a la posibilidad de que la justificación del hecho que se desea comprobar surta efecto práctico en el resultado del litigio".[27]

En este supuesto de denegatoria, la jurisprudencia también ha dicho, que no es motivo de casación "cuando se ha denegado la diligencia de prueba admisible, pero no cuando los juzgadores la estimen impertinente o inadecuada para la demostración que se busca en el juicio, circunstancia esta última que puede dar lugar al recurso por motivo de fondo".[28]

c) Vicios del fallo relacionados con los límites del poder decisorio del juez: La sentencia es el acto último del proceso y el más importante de todos los actos del proceso. En el fallo es donde se manifiesta en toda su plenitud el poder jurisdiccional, al resolver el objeto el proceso manifestado en las pretensiones del actor. Esta debe resolver, "todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate ni puede comprender otras cuestiones que las demandadas, ni conceder más de lo que se haya pedido" (art. 84 CPC). Como ha dicho Guasp, "debe recaer la sentencia sobre un objeto posible, idóneo y justificado, es decir, congruente con la pretensión y la oposición que se han deducido en el proceso".[29] Por estas razones es que si el juez rebasa los límites del objeto de la relación jurídico-procesal, la ley concede la posibilidad de su impugnación, al producirse un vicio de forma en la constitución (o nacimiento) del fallo.

En el inciso c) del artículo 903 podemos distinguir los siguientes supuestos:

1) Incongruencia: Esta debe darse con respecto a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, es decir, por el actor o el contrademandante.

Casación la ha definido como "el desajuste o falta de armonía entre la parte petitoria de la de-

---

27. Digesto de Jurisprudencia, Chinchilla Córdoba vs. Sucesión Traube B. Sent. núm. 46 de 1953, I. Sem., II. T., pág. 1046.

28. Zúñiga Blanco vs. Zúñiga Blanco, de 10 hrs. del 8 de setiembre de 1950. (Digesto de Jurisprudencia, *ob. cit.*, pág. 125).

29. GUASP, Jaime, *ob. cit.*, pág. 75. Sobre la necesaria relación que debe existir entre la acción y la sentencia, es decir, la coincidencia entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia, puede consultarse ROCCO, Ugo, *Teoría General del Proceso Civil*, PORRÚA, México, 1959, págs. 484, 485.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

manda y la parte dispositiva del fallo".[30] De lo anterior resultará que no existe incongruencia cuando esa falta de armonía se da entre la parte considerativa y el por tanto.[31]

Si observamos la redacción del inciso en estudio (art. 903 inc. c) nos daremos cuenta que se hace una confusión conceptual al separar la incongruencia de los demás supuestos. Sin embargo, podríamos decir que todos los supuestos pueden entrar dentro del concepto único de *incongruencia,* pues si el juez otorga más de lo pedido (ultra petita) u omite pronunciarse sobre extremos específicos o concede extremos que no forman parte de las pretensiones (extra petita), o existe contradicción, entre lo pedido y lo resuelto; en cualquiera de estos supuestos se está produciendo la incongruencia entre las pretensiones de la demanda y lo resuelto en la parte dispositiva del fallo.[32]

No obstante lo anterior, seguiremos el orden de los supuestos enumerados en el artículo 903 inc. c) e intentaremos dar una sistematización conforme a la doctrina científica y a la doctrina legal de la Sala de Casación.

1) Incongruencia: Casación ha señalado, que se da este primer supuesto de "incongruencia" cuando se "concede cosa distinta a lo pedido",[33] es decir, cuando el juez se pronuncia a favor de una de las pretensiones (o de varias) deducidas por el actor, pero, concediéndola en forma diversa a lo demandado.

El supuesto de la extra petita no está expresamente previsto en el inc. c) del artículo 903, razón por la cual debemos considerarlo incluido dentro del concepto general de incongruencia, en cuanto, el juez, rebasando sus límites se pronuncia sobre extremos totalmente ajenos a las pretensiones de la demanda, produciendo una desarmonía entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia.

2) Omisión de pronunciarse sobre pretensiones deducidas: Este vicio es lo que algunos procesalistas llaman "defecto de poder",[34] entendiéndose por tal, la omisión que hace el juzgador de pronunciarse sobre una o varias de las pretensiones solicitadas oportunamente. Por esta razón, como se ha dicho en la antigua Sala de Casación, "si de acuerdo con la ley toda resolución judicial debe ser clara, precisa y congruente con las cuestiones que decida, cuando el fallo de segunda instancia omita alguno de tales requisitos, el recurso por la forma procede ante casación".[35] La identidad entre el objeto de la acción y la sentencia está regulada en el párrafo primero del artículo 84 al exigir que se resuelvan "todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate, con la debida separación del pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos, cuando hubiere varios. No pueden comprender otras cuestiones que las demandadas, ni conceder más de lo que se haya pedido".[36]

Se puede afirmar, que este vicio puede presentarse bajo tres supuestos:

a) Cuando el juez omite pronunciarse en forma total sobre una o varias de las pretensiones;
b) Cuando el juez pronunciándose sobre las pretensiones deducidas, deja de resolver parcialmente parte de una o de varias pretensiones; y
c) Cuando el juez omite pronunciarse sobre todas las pretensiones, el cual es un caso hipotético. Lo usual es que cuando se da una denegatoria total, se diga expresamente que se declara sin lugar la demanda en todos sus extremos.[37]

En el supuesto b) se debe tener presente que nuestros tribunales generalmente utilizan una

---

30. Conejo Chavarría vs. Ruiz Cerdas, núm. 69 de 1966 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 133).
31. Baltodano Briceño vs. Estrada Baldioceda, núm. 33 de 1966 (Digesto, pág. 133).
32. MANUEL DE LA PLAZA hace esta crítica a la legislación española, *ob cit.*, pág. 332. El anteproyecto corrige esta situación (art. 606, inc. 3).
33. Dirección General de Hacienda vs. Cía. Empacadora de C.R., núm. 56 de 1968, (Digesto, *ob. cit.*, pág. 127).
34. DE LA PLAZA, *ob. cit.*, pág. 332.
35. Casación ha precisado que la incongruencia debe darse entre la parte dispositiva y las pretensiones y no entre la parte dispositiva y la parte considerativa, Feoli Tufi vs. Cía Nac. Fuerza y Luz, núm. 13 de 1959 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 136).
36. Zumbado Moya vs. Murillo Delgado, núm. 11 de 1966 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 128).
37. En este sentido París Francheschi vs. el Estado, núm. 23 de 1954.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fórmula: "Se acoge la demanda en los extremos que se dirán, entendiéndose denegada en todo lo demás"; de tal forma que mientras ésta se cumpla, aquellos extremos no indicados en forma expresa y precisa, deben entenderse realmente denegados. En realidad tal vicio se vendría a presentar en el caso de no existir dicha fórmula, es decir, cuando se omite el pronunciamiento sobre pretensiones deducidas, sea en sentido positivo o negativo.[38]

Finalmente, es importante anotar que para poder impugnar en Casación omisiones como las apuntadas, el interesado debe necesariamente ejercer los recursos y medios procesales que la ley permite (art. 907 CPC). Así, si la omisión se produce en primera instancia, debe solicitar la adición del fallo (art. 86 CPC) y en caso de rechazarse, apelarse posteriormente el fallo. Si la omisión se produce en el fallo de segunda instancia, necesariamente debe pedirse la adición.[39]

3) Ultra petita: Se refiere este vicio a aquella situación en que el juez concede más de lo pedido, ya sea en cuanto a la cantidad o a la calidad. El exceso del poder decisorio del juez consiste en conceder (*ex officio*) más allá de los límites fijados en la petitoria en cuanto a la cantidad y la calidad. Como se ha dicho en un fallo del Tribunal Superior de Trabajo, la ultra petita es cosa diversa de la extra petita,[40] en cuanto en ésta, el juez se pronuncia sobre extremos totalmente ajenos a la acción. Este es un vicio de incongruencia que debe incluirse en el punto número 1 (véase supra pág. 13), aun cuando, como hemos afirmado, todos forman parte del vicio genéricamente denominado "incongruencia", que consiste en un desajuste entre la petitoria de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia. En lo que se refiere a la ultra petita, el juez puede incurrir, bien, porque se excede la cantidad solicitada por el actor, sobrepasando el límite máximo de las pretensiones conforme al artículo 187 del CPC. Pero, no siempre el vicio se presentará en pretensiones cuantificables en cifras numéricas, pues, podría incurrir en el mismo, también cuando una o varias pretensiones corresponden no a cifras representativas de dinero, sino de medidas, unidades, cubiertas todas por un límite máximo que es la estimación de la demanda. Por ejemplo, se trata de resolver un contrato de venta y la consiguiente devolución de dos reses, estimada la demanda (total en cien mil colones). El juez, decide la devolución de tres reses en lugar de las dos pedidas. El vicio se produce por la evidente falta de armonía entre el número de reses solicitadas en la petitoria de la demanda, y el número que se ordena devolver en la parte dispositiva de la sentencia.

También se puede presentar este vicio en cuanto a la cualidad, es decir en cuanto a los caracteres o circunstancias distintivas de las cosas o bienes solicitados. Por ejemplo: A promueva demanda para obtener la resolución de un contrato de compraventa de un vehículo marca Toyota año 1980, y el juez, ordena en sentencia devolverle un vehículo marca Mercedes Benz año 1980.

4) Disposiciones contradictorias: Manuel de la Plaza nos habla refiriéndose a este vicio, como el vicio que se produce en la actividad lógica, es decir, en el proceso lógico-jurídico que realiza el juez para llegar a la conclusión (fallo). Por ello, el artículo 903 inc. c) nos habla de cuando "el fallo. . . contiene disposiciones contradictorias", es decir, cuando en la sentencia se producen mandatos, reglas o decisiones que por su contradicción son incompatibles, de tal forma que no pueden cumplirse independientemente o al mismo tiempo. Un ejemplo nos aclara la situación: en la parte considerativa del fallo se declara con lugar una demanda en donde se condena al accionado pagar el valor de un bien que fue destruido totalmente por él. Sin embargo en la parte dispositiva se ordena al accionado la devolución del bien, el cual es inexistente por haberse probado su pérdida.

Sí ha quedado bien claro en la jurisprudencia de Casación, que quien promueve recurso de casación basado en este motivo de forma, necesariamente debe indicar la disposición que indica cómo deben ser las resoluciones judiciales (las sentencias); CPC, que dispone que las "resoluciones de los Tribunales de Justicia deben ser claras, pre-

---

38. Se ha considerado por la jurisprudencia, que omitir pronunciamiento sobre una excepción de fondo, como la de cosa juzgada, es motivo de casación: Castiglioni Feroli vs. Molina Abarca, núm. 54 de 1951 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 130).

39. En ese sentido sentencia de las 15 hrs. del 20 de setiembre de 1950 (Digesto, pág. 130); de la Sala Primera Penal, sent. de 15:15 hrs. del 30 de julio de 1976.

40. T.S.T. núm. 3886 de las 9:20 hrs. del 9 de octubre de 1975.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cisas y congruentes con las pretensiones que decidan".[41]

5) Casos en que no se puede alegar el vicio: En el párrafo 2 del incico c) del artículo 903 del CPC se regulan tres supuestos excepcionales en virtud de los cuales no es posible impugnar la sentencia mediante el recurso de casación:

a) La omisión de pronunciamiento en el fallo en cuanto a costas y a tachas;
b) Cuando se omita pronunciamiento sobre incidentes que no incidan en forma directa en la resolución de fondo:
c) Cuando habiéndose presentado omisiones en el fallo, la parte interesada no hubiere solicitado la adición de conformidad con el artículo 86 del CPC;

d) Incompetencia: El inciso d) del artículo 903 del CPC señala, que constituye motivo por la forma, cuando el negocio no es competencia de los tribunales civiles, ya sea por razón del territorio nacional, ya por razón de la materia.

La jurisdicción y la competencia son dos presupuestos esenciales para la validez y eficacia del proceso.[42] La jurisdicción es el poder deber general (función constitucional) que corresponde a uno de los poderes para la administración de la justicia en todos los conflictos que surjan entre particulares o entre éstos y el Estado o sus instituciones. La competencia, como se ha indicado en un fallo de casación acogiendo la definición de Alsina, es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado.[43] La competencia es la distribución que generalmente hace la ley (algunas veces lo hace la propia constitución), de los conflictos de intereses, atendiendo a la naturaleza de la relación jurídico-material. Así se puede hablar del criterio más importante que es el que separa dichas relaciones, dividiéndola en materias: Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Laboral, etc. A su vez por disposición de la propia ley, en cada materia se utilizan diversos criterios para distribuir el conocimiento particular de los diversos casos de una misma materia: el territorio, la materia, la cuantía, la jerarquía (funcional).

La falta de jurisdicción de los tribunales costarricenses para conocer de un determinado negocio o la falta de los tribunales civiles por razón de la materia legal, son cuestiones que necesariamente deben ser planteadas en las etapas preliminares del proceso, es decir, en los dos primeros tercios del emplazamiento (art. 214 CPC), por tratarse de cuestiones de previo y especial pronunciamiento.[44]

Vemos que en el inciso en estudio, solamente se contemplan dos supuestos: uno que en realidad corresponde a la falta de jurisdicción nacional por no haber realizado el negocio o el acto jurídico en nuestro territorio nacional; y el segundo, cuando existe incompetencia en consideración a la materia legal (Derecho Penal, Civil, etc.).

En ambos casos, si la resolución que se dicta en alzada declara positivamente la falta de jurisdicción nacional o de competencia de los tribunales civiles, puede ser impugnada por la vía de casación. Se trata pues de uno de los casos excepcionales, en que la ley autoriza el ejercicio del recurso contra una resolución que no es una sentencia, sino un auto, que desde el punto de vista formal, pone término al proceso sin pronunciamiento en cuanto al fondo, sino por las razones apuntadas.

No obstante, si la resolución en alzada declarare sin lugar la excepción de incompetencia, el interesado podrá posteriormente gestionar la nulidad del fallo cuando impugne el mismo por alguno de los motivos a que se refiere el artículo 904, inciso 5 del CPC.[45]

---

41. Digesto de Jurisprudencia, *ob. cit.*, págs. 46, 47.

42. HERRERA CASTRO, Luis G. *Los presupuestos y las excepciones procesales*, Tesis de grado, págs. 233 sigs.

43. Digesto de Jurisprudencia, *ob. cit.*, pág. 387.

44. En el anteproyecto se cambia falta de competencia de los tribunales civiles por "órganos jurisdiccionales" (art. 303 anteproyecto). Yo creo, que en modificaciones es más imprecisa, pues pareciera plantear el problema de la incompetencia cuando ésta se da entre tribunales jurisdiccionales y tribunales no judiciales (por ejemplo, el de Servicio Civil). En la forma que actualmente lo plantea el CPC, da margen a que la incompetencia se refiera tanto a la situación antes dicha, como cuando se produce entre tribunales judiciales, pero de diversa materia a la civil.

45. Por Ley núm. 3917 de 8 de agosto de 1967 se reformó el capítulo relativo al recurso de casación. La enumeración de los motivos de fondo (antes artículo 903) pasó a formar el actual artículo 903. Con esta reforma, desapareció el inciso 5 del viejo artículo 904, razón por la cual, debemos entender que el artículo 221 se refiere no al artículo 904 inciso 5 sino al artículo 903 inciso d), que es el que se refiere a la falta de jurisdicción nacional y a la falta de competencia de los tribunales civiles por razón de la materia. Tal error no fue percibido por los redactores de la citada ley.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

e) Fallo dictado por un tribunal sin reunir el número de integrantes exigido en la ley: Debemos entender que el vicio se puede presentar en dos situaciones: una, cuando el tribunal ha dictado la sentencia sin haber concurrido uno de los jueces superiores integrantes; y la otra, cuando estando todos, se dicta la sentencia sin reunirse la mayoría conforme al artículo 67 del CPC.

IX. Vicios de fondo (in iudicando).

En el artículo 904 del CPC se enumeran tres supuestos, bajo los cuales se puede impugnar una sentencia por cuestiones que afectan el fondo, es decir, el juicio propiamente dicho;[46] vamos a examinar cada uno de ellos.

A. Violación de leyes.[47]

1) Concepto de ley: Fue en el año 1855 en que en España se introdujo el concepto de infracción, ya no de infracción de ley expresa y terminante, sino de "violación de una doctrina legal recibida, a falta de ley, por la jurisprudencia de los tribunales, relativa al fondo o substancia de la cuestión, resuelta por el fallo que se pretende anular".[48] El concepto de infracción de ley expresa o terminante lo encontramos en el Código de Carrillo, pero excluyendo la infracción de la doctrina legal, lo que actualmente se mantiene en el Código vigente; de tal forma que en nuestro país solamente es posible impugnar una sentencia por vicios de fondo, cuando existan "violación de leyes".

En consecuencia se hace necesario tratar de delimitar el concepto de ley, para saber si únicamente se comprende dentro de ese concepto, la ley ordinaria emanada de la Asamblea Legislativa, o dentro de ese concepto se deben incluir las infracciones a las normas constitucionales, a los principios generales del Derecho, a los convenios y tratados internacionales, a los usos y a las costumbres, las leyes extranjeras, los decretos-leyes, los reglamentos a las leyes del Poder Ejecutivo, y otras normas, que desde el punto de vista material tienen la eficacia de una ley ordinaria, como son las convenciones colectivas y los estatutos de los entes autonómicos como son las universidades.

El ordenamiento jurídico costarricense sigue los lineamientos esenciales del sistema jurídico escrito de tradición francesa, especialmente a partir del Código napoleónico, cuyas bases se remontan al Derecho Romano-Germánico.

Es característica esencial de nuestro sistema, el ordenamiento jerárquico de las normas, de tal forma que en primer lugar está la Constitución Política, le siguen los convenios y tratados internacionales (art. 7 Const. Pol.); las leyes de la Asamblea Legislativa o disposiciones equivalentes como los decretos, leyes; los reglamentos de ejecución de las leyes emanados del Poder Ejecutivo; los reglamentos y estatutos de los entes descentralizados; y finalmente los acuerdos y demás disposiciones de los entes del Estado.

No obstante lo anterior existen normas, reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, que no son escritas, pero, que surten los mismos efectos que aquellas. En otras ramas del Derecho, como es el Derecho Administrativo, existe una expresa clasificación de las fuentes (arts. 6 y 7 Ley Gen. Adm. Púb.). Lo mismo ocurre en el Derecho del Trabajo (art. 15 C. Trabajo), pero, variándose la jerarquía al dársele prioridad a los principios generales, la equidad, la costumbre y los usos locales, sobre los convenios internacionales de la O I T. En el Derecho Comercial, se establece que en ausencia de leyes mercantiles que regulen el caso, se aplicarán supletoriamente el Código Civil, los usos y las costumbres mercantiles y los principios generales del Derecho (art. 2. C. Com.).

En ramas como el Derecho Civil no existen normas generales que hagan referencia al problema de las fuentes y su jerarquía, aun cuando sí normas especiales que incorporan las fuentes no escritas como elementos eficaces sobre los contratos, como es el artículo 1023 del Código Civil, que incorpora a la "equidad" y a los "usos". Podemos afirmar en consecuencia que no existe en el Derecho Civil un marco jurídico positivo que defina el problema de las fuentes y su jerarquización, debiendo recurrir necesariamente a las explicaciones doctrinales, pues, en definitiva, siempre

---

46. En el anteproyecto del CPC se mantiene el artículo 904 (art. 607).

47. En la redacción del artículo 903 inciso 1 antes de la reforma hecha por la ley 3917 de 8 de agosto de 1967, se hablaba de ". . .violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes". Mediante esta reforma, los motivos de forma pasaron a constituir el actual artículo 904, pero quedó reducido a tres incisos.

48. DE LA PLAZA, (Manuel *ob., cit.*, pág. 169).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

habrá el juez de resolver el caso que se le someta a su consideración, incluso, ante la ausencia de normas escritas (art. 5 Ley Org. Poder Judicial).

En consecuencia, dentro del concepto de ley, debemos entender incluidas la Constitución Política,[49] los convenios y tratados internacionales, la ley dictada por la Asamblea Legislativa, los decretos-leyes que aún se encuentran vigentes, los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes, los principios generales del Derecho, los usos y las costumbres.

Equiparados a las leyes ordinarias desde el punto de vista material, habría que considerar a aquellas normas generales que definen la organización y la actividad de los entes autonómicos, como son las universidades.

Igualmente debemos admitir la posibilidad de violación de leyes extranjeras que ha sido probada su existencia y en consecuencia la obligación de aplicarlas (art. 11 C. Civil).

Podríamos afirmar en conclusión, que en nuestro país existen dos tipos de fuentes, en lo que se refiere al Derecho Civil las escritas (Constitución, convenios internacionales, leyes y decretos-leyes, los reglamentos a las leyes); y las fuentes no escritas, tales como los principios generales del Derecho, la costumbre y los usos.[50] En el proceso de aplicación de una norma jurídica al caso concreto y dentro de la actividad lógica que debe realizar el juez (silogismo), el juez deberá siempre resolver el litigio sometido a su conocimiento, no pudiendo negarse a hacerlo.

En este proceso, deberá aplicar como fuente directa o inmediata, las normas escritas, y en ausencia de éstas o bien para completar aquellas cuando su contenido es impreciso u oscuro, puede aplicar los principios generales del Derecho, la costumbre y los usos, todo de conformidad con el valor que se le asigne en el ordenamiento positivo. Así, debemos tener presente el valor y la jerarquización que en el Derecho Mercantil se hace con respecto a las normas no escritas; o la regulación expresa que se hace en la Ley General de la Administración Pública con respecto al Derecho Administrativo, todo lo cual lo hemos explicado al comienzo de este tema.

B. "Violación de leyes." Alcance.

En el inciso a) del artículo 904 no se precisa cuáles son las diveras formas en que el juez puede infringir las leyes sustantivas pese a que el artículo 910 obliga al recurrente a señalar "en qué consiste la infracción". No obstante, la jurisprudencia de las salas de casación a lo largo de muchos años, han ido creando una verdadera doctrina legal en torno a este concepto, precisando los diversos modos de infracción, y que a saber son: violación de ley, aplicación indebida e interpretación errónea.

4) Violación de ley: Toda ley vigente en nuestro ordenamiento jurídico, debe ser aplicada. Claro está debemos recordar de nuevo, que existen normas no escritas que deben también ser aplicadas, y cuyo contenido no se encuentra en forma explícita en normas escritas, sino que, su contenido se ha ido construyendo a lo largo de muchos años por la aplicación permanente a casos particulares referidos a situaciones más o menos semejantes. No obstante, debemos admitir tanto la violación de la ley escrita, como la de la norma no escrita.

Toda ley tiene su existencia (jurídica), es decir, se le reconoce en una realidad concreta (ordenamiento jurídico). Tal existencia se manifiesta en dos aspectos esenciales: el tiempo y el espacio. Un tercero, serían las reglas o pasos a que debe someterse dicha norma para su validez y eficacia.

En consecuencia, el juez, a la hora de aplicar una ley, debe tener plena certeza de que la norma existe, es decir, está vigente y por ser aplicada al caso concreto. En consecuencia, si el juez no aplica la ley a que está obligado a hacerlo, incurre en este vicio. Casación, ha dicho, que se

---

49. Debemos señalar que aun cuando exista una ley contraria a la Constitución, la misma deberá aplicarse siempre que no haya sido declarada inconstitucional por la Corte Plena.

50. No vamos a entrar a un análisis de cada una, por no formar parte del tema. Sin embargo, en lo que se refiere a las fuentes y los métodos de interpretación en el ámbito civil, puede consultarse: ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones del Derecho Civil*, REUS, Madrid, págs. 76 y sigs.; MANUEL BORJA SORIANO, *Teoría General de las obligaciones*, Porrúa, México 1966, págs. 35 sigs.; en el Derecho Administrativo, RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, Bs. Aires, 1955, págs. 59, 61 y 86 y sigs.; EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1982, vol. I, págs. 241 y sigs.; Sobre los principios generales, Buena Fe, LUIS DÍEZ PICAZO. *"La Doctrina de los propios actos"*, Bosch, Barcelona, 1962, págs. 125 sigs.; ANDRÉS VON THUR, *Parte general del Derecho Civil* Juricentro, págs. 7 sigs. ML. DE LA PLAZA, *op. cit.*, págs. 167 sigs.; CALAMANDREI, Piero, *Casación Civil, ob. cit.*, págs. 92, 93.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

produce la violación, "cuando se falla contra lo que ésta dispone, o cuando dejándola de aplicar, no se acata lo que manda".[51]

En consecuencia, el juez debe revisar previo a la aplicación de la ley:

a) Vigencia: Es decir, si la norma no ha sido derogada, abrogada o modificada;

b) Límites temporales: Sea, examinar problemas sobre retroactividad (art. 34 const. Pol.) y si se trata de normas transitorias;

c) Validez y eficacia: Fundamentalmente, el juez debe revisar que la ley haya sido publicada (art. 129 const. Pol. y 1 CC), o bien, que haya sido declarada inaplicable en virtud de un recurso de inconstitucionalidad (96 sgtes. CPC);[52]

ch) Límites espaciales: Es decir, tener presente al ámbito de aplicación de la ley (arts. 1 y sgtes. del C.Civil);

d) Sujetos: Debe tenerse presente además quienes son los sujetos a los cuales se aplica ley, en especial, cuando algunas personas especialmente jurídicas quedan amparadas a normas especiales tales como convenios internacionales.

Sobre la violación de leyes, debemos considerar dos aspectos de mucha relevancia, y sobre los cuales la jurisprudencia ha dado sus lienamientos. Me refiero a la violación de normas procesales que abren paso o autorizan el recurso de casación y el modo de plantear la infracción.

En cuanto a lo primero, se ha dicho reiteradamente, que la norma que contempla los vicios de fondo, no pueden ser violadas por los tribunales de instancia, por ser una norma que solamente puede ser aplicada y eventualmente violada, por la Sala de Casación.[53]

En cuanto al segundo aspecto, es si se puede impugnar en casación por el fondo, un fallo por violación de ley, aplicación indebida y errónea interpretación de la norma. Como lo vamos a exponer a continuación, al examinar los dos vicios que nos falta, nos daremos cuenta que, cada uno tiene su propia fisonomía y alcances, de tal forma que, son incompatibles entre sí, es decir, que sobre una misma norma jurídica no pueden concurrir los tres vicios. Sí es posible que en un mismo fallo se produzcan los tres vicios pero sobre leyes o normas diferentes aplicadas al mismo caso.[54]

2) Aplicación indebida de la ley: Realmente de acuerdo con la doctrina se hace difícil determinar con certeza cual es el verdadero concepto de "aplicación indebida", y así, poderlo diferenciar adecuadamente de la "violación de ley" y de la "errónea interpretación". En realidad, todos vienen a constituir una violación de la ley, que es el concepto genérico. Sin embargo, por las precisiones que los juristas han hecho, han creado los otros conceptos, pero haciendo difícil su entendimiento.

Para nuestra jurisprudencia, la "indebida aplicación" ha sido conceptuada cuando se aplica una ley que no debió ser aplicada[55] o bien cuando al aplicarse una ley, el caso resuelto no está previsto dentro de las disposiciones contempladas en la ley.[56] Lo anterior nos conduce a que existe indebida aplicación en tales situaciones, porque el juez no ha aplicado la ley que corresponde.

Vemos pues, que en la concepción de la Sala, el vicio in iudicando recae sobre la premisa mayor (la norma jurídica) y no sobre la premisa menor (los hechos); aún, cuando algun autor[57] estima lo contrario. Yo estimo, que siguiendo el criterio de Casación y el orden de los motivos establecidos en el artículo 904, el vicio por indebida aplicación de la ley recae sobre la premisa mayor; pues, lo contrario sucede en los vicios que se enumeran en el inciso c), donde el yerro se produce en la premisa menor (hechos).

---

51. Alpízar Mendoza vs. Sucesión Rivera Mata, núm. 94, año 1959 (Digesto. *ob. cit.*, pág. 431). En el mismo sentido Acosta Cubero vs. Loaiza, núm. 96, año 1953.

52. En este sentido González Flores vs. Sucesión de Alfredo González Flores núm. 136 de 1965 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 113).

53. En este sentido Dorado Romero vs. Salazar Carvajal, núm. 121 de 1963. Otras sentencias, se pueden consultar en el Digesto, *ob. cit.*, págs. 112 y 113.

54. Véase la jurisprudencia de casación citada en el Digesto, *ob. cit.*, págs. 113, 114. En una de estas sentencias se ha llegado a decir, que "Es legalmente imposible que ocurra a la vez interpretación errónea, violación y aplicación indebida de algún artículo (López Calleja y otro vs. Albertazzi Avendaño, núm. 7 año 1956).

55. Alpízar Mendoza vs. Sucesión Rivera Mata, núm. 94, 1959 (Digesto, pág. 431).

56. Casación, núm. 96 de 1953, Acosta Cubero vs. Cordero Loaiza. (Digesto, pág. 432).

57. Manuel de la Plaza al referirse a este vicio, dice que el mismo se produce sobre la premisa menor y no sobre la mayor, pues el juez yerra en el proceso de subsumir los hechos en la norma correcta (*ob. cit.*, págs. 216, 217).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3) Interpretación errónea: El otro de los vicios es la interpretación errónea, el cual recae no ya en la existencia misma de la norma, sino sobre su contenido. Como dice Calamandrei , este vicio se produce cuando el juez declara erróneamente una ley sustancial, por no haber juzgado exactamente como la ley lo determina.[58]

Bien sabemos que en la mayor parte de los procesos, el juez se ve obligado a interpretar las normas jurídicas, cuando la misma es oscura u omisa, como lo dice García Maynez: desentrañar el sentido de una expresión.[59] Entre los métodos de interpretación conocemos el exegético, el método histórico, el método lógico.

Pero, la interpretación es el último recurso a que debe recurrir el juez, si el texto de la ley es claro, de tal forma, que se haga efectivo el aforismo ampliamente acogido por la jurisprudencia, de que "no es lícito distinguir donde la ley no ha distinguido".[60]

El vicio en examen, que repito se produce sobre el contenido de las normas, solamente puede darse, cuando el juez ha interpretado equivocadamente la norma que ha aplicado, de tal forma que se le da un sentido diferente,[61] o cuando se le asigna un sentido inadecuado.[62]

En la interpretación errónea no está en entredicho el problema de la existencia de la norma (si está vigente o no), ni el problema de una indebida aplicación (aplicación de una ley que no debió aplicarse), sino, que el vicio (in iudicando) se desarrolla a partir del momento en que el juez comienza a hacer efectivo el lenguaje de la norma, su texto, y se encuentra con que éste no es suficientemente claro como para hacer una simple aplicación, sino que debe desentrañar algunas frases o palabras cuyo sentido no está bien precisado. El yerro se da pues, en ese contenido que el juez entiende es el correcto, pero, que en realidad es erróneo al haberle dado un sentido diferente, bien por uso inadecuado del método de interpretación, bien por errores lingüísticos-sintácticos, bien por una incorrecta utilización de la doctrina legal (jurisprudencia) o de una inadecuada doctrina científica.

B) Cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada: No vamos a entrar a un análisis pormenorizado de la cosa juzgada, no solo por no ser tema específico del curso, sino, por su complejidad y extensión.[63] Limitémosnos a resaltar los principales elementos que delimitan su contenido en nuestra legislación civil.

La cosa juzgada, dice el artículo 721 del CC hace legalmente cierta la existencia o la no existencia de la relación jurídica que ella declara. La garantía de la cosa juzgada la encontramos a nivel constitucional (art. 42 CPC). La disposición del Código Civil hace referencia exclusivamente a la cosa juzgada material o sustancial, lo que se confirma en la norma siguiente, artículo 722, que dispone: solamente las sentencias definitivas dadas en materia de jurisdicción contenciosa y en vía ordinaria, pasan en autoridad de cosa juzgada. En otras palabras, en todos aquellos procesos especiales regulados en el CPC la sentencia adquiera la autoridad de cosa juzgada formal, de tal forma que es posible la revisión en proceso ordinario.[64] Claro está, para que la cosa juzgada se produzca se requiere de la concurrencia de tres elementos (art. 724 CC):

1. Identidad de partes;
2. Identidad del objeto;
3. Identidad de la causa.

La cosa juzgada constituye una de las excepciones de fondo o materiales (arts. 223 y 224 CPC), y la parte interesada o beneficiada de la excepción, debe necesariamente oponerla, para que la misma sea objeto de debate en el proceso. Solamente de esta forma podrá posteriormente impugnar en casación el fallo por concurrencia del vicio en estudio.[65]

---

58. CALAMANDREI, *ob. cit.*, págs. 85, 86.
59. GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho.* Porrúa, México, 1968, pág. 325.
60. Casación núm. 118 de 1967, García Arguedas vs. el Estado.
61. Casación núm. 8, 1965, Sociedad Murciélago Ltda. vs. Sociedad "Sun Coast S.R.Ltda.".
62. Casación núm. 96 de 1953.
63. Este tema lo ampliaré en una monografía que sobre la casación estoy preparando.
64. No debemos olvidar que en casos especiales, la ley otorga ese carácter a ciertas decisiones, como por ejemplo lo resuelto en incidente privilegiado de cobro de honorarios (art. 153 L.O.P.J.).
65. Así se ha pronunciado casación en sentencia de las 14:30 hrs. del 1 de abril de 1948.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Casación ha definido reiteradamente en sus fallos, que si no se indican en el recurso las normas específicas sobre cosa juzgada, que han sido infringidas, el recurso es improcedente;[66] reiterándose lo dispuesto en el artículo 910 que exige indicar con claridad y precisión las normas infringidas.

C) Infracción de normas relativas al valor probatorio: error de hecho y error de derecho:[67] Como ha dicho Calamandrei, la impugnación en casación no solamente puede darse por vicios en cuanto a la violación de la norma en abstracto, como hipótesis legal (premisa mayor), sino, "tambien el juicio individual con que el juez, en las premisas menores, establece la relación que media entre la norma jurídica y la concreta relación controvertida; es decir, que forma un juicio concreto sobre la coincidencia o no coincidencia que existe entre la hipótesis legal, imaginada en abstracto por la norma, y la hipótesis concreta jurídicamente calificada".[68]

Siguiendo la legislación española, nuestro Código autoriza que la sentencia se pueda impugnar en dos casos, el llamado error de derecho y el error de hecho. Un examen de cada uno y la orientación dada por la jurisprudencia de casación, nos conducirá a una concepción más o menos clara.

1) Error de derecho: Se produce éste cuando "en la apreciación de la prueba haya habido error de derecho, con infracción de las leyes relativas al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente". En otras palabras, el vicio se produce en el proceso de apreciación y valoración de la prueba para comprobar los hechos a que se refiere, cuando el juez, debe subsumir los hechos en las normas que regulan el contenido de los diversos medios de prueba, de tal forma, que en ese proceso, el juez se equivoca al apreciar (erróneamente) los elementos probatorios a que se refiere la norma. Se trata en realidad de un error de apreciación en cuanto al contenido de la norma. Por ello, como ha dicho casación reiteradamente, se produce el vicio: cuando se atribuye o se niega "ilegalmente valor demostrativo o determinado o determinados elementos probatorios y debe estar referido a la apreciación de los mismos en el caso de haberse inobservado el supuesto enunciado".[69]

En síntesis, Casación ha determinado que este vicio se produce cuando se niega el valor legal que le corresponde a los elementos de juicio de un proceso.[70]

Bien sabemos que en la legislación procesal civil se sigue un sistema de la prueba tasada o legal, a diferencia del sistema de apreciación en conciencia en materia laboral y de la sana crítica seguido en la legislación procesal penal.[71]

En los artículos 719 y siguientes del Código Civil encontraremos todas las disposiciones concernientes al valor probatorio de los diversos medios de prueba; disposiciones que, se complementan con las disposiciones del CPC (arts. 230 sgtes.).

2) Error de hecho: Se produce el error de hecho en la apreciación de las pruebas, si el error "resulta de pruebas constantes en el juicio y es evidente la equivocación del juzgador. Casación ha precisado los alcances de este error, poniendo de manifiesto la equivocación en cuanto al contenido de la prueba. Dice, que "el error de hecho cuando se incurre en equivocaciones materiales al evaluar los medios de convicción poniendo en boca de los confesantes, de testigos o peritos, lo que éstos no han dicho, o que han informado de modo diferente, leyendo lo que un documento no expresa o lo consigna en otro sentido, sacando de los indicios y presunciones consecuencias que evidentemente los contradicen, dando por cierto un hecho no probado o negando su existencia a pesar de estar en forma acreditado".[72]

Para que el error de hecho se produzca se requiere que sea notorio o evidente,[73] es decir, que

---

66. Casación de las 14:30 hrs. del 1 de abril 1948; núm. 52 de 1961.
67. Es importante citar el artículo del CPC que corresponde al actual artículo 904 inciso c); antes de la reforma hecha por Ley núm. 3917 de 8 de agosto de 1967.
68. CALAMANDREI, *ob. cit.*, pág. 96.
69. Casación núm. 24 de 1965 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 57).
70. Véase jurisprudencia en el Digesto, *ob cit.*, págs. 56, 57, 58.
71. Sobre los sistemas de valoración de las pruebas, puede consultarse COUTURE, Fundamentos, *ob. cit.*, pág. 268.
72. Casación núm. 42,1953 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 56).
73. Manuel de Plaza dice que debe ser "evidente" (*ob. cit.*, pág. 227), Casación también ha sostenido lo anterior: sentencia de las 15:15 hrs. del 28 de abril de 1950 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 62).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se manifiesta la equivocación del juzgador al apreciar las pruebas. Lógicamente en cada prueba específica, la equivocación presenta sus particularidades como resultado de la naturaleza de ese medio de prueba, no obstante, en todos el error se genera cuando el juez aprecia equivocadamente el contenido de la prueba: en el caso de la prueba testimonial, tener probados hechos con base en afirmaciones que no han sido dichas por el testigo que se cita; en la prueba documental, por tener como probado determinados hechos o circunstancias con base en un texto que no corresponde al documento, etc.

3) Indicación de la norma infringida: En el párrafo final del inciso c) del artículo 904 se señala, que en el caso del error de hecho no es necesario indicar el precepto legal infringido concerniente al valor probatorio mal apreciado. Esto se debe, a que en realidad el vicio no se produce en una incorrecta aplicación de la norma relativa a la prueba, como en el error de derecho, sino únicamente en el contenido fáctico. Por ello, en el error de derecho sí es necesario citar la norma relativa al valor del elemento probatorio mal apreciado.

Tanto, el error de hecho como el de derecho se producen en el momento de la apreciación de las pruebas ofrecidas, admitidas y evacuadas oportunamente. Por ello, como ha dicho la jurisprudencia, estos errores no pueden cometerse en las leyes de fondo propiamente dichas, sino que a consecuencia del vicio (error de hecho o de derecho) se produce la infracción de la ley (material). En otras palabras, las leyes de fondo resultan infringidas y en consecuencia motivo de impugnación en casación, cuando ha habido error en la apreciación de la prueba (error de hecho o error de derecho), por violación de ley, aplicación indebida por interpretación errónea.[74] Por ello es que en el inciso en estudio (inc. c, art. 904) se dispone, la obligación del recurrente, de indicar también las leyes que en cuanto al fondo, resultan infringidas como consecuencia de los errores de apreciación reclamados.

X. Procedimiento.

En páginas atrás hicimos un examen sobre los requisitos formales de admisibilidad y su revisión por la Sala de Casación, dando lugar al rechazo de plano por falta de dichos requisitos; o bien, admitiendo el mismo (véase supra IV, V y VI).

Interpuesto el recurso, si no fuere el caso rechazar el recurso de plano, la Sala de Casación pedirá el expediente al tribunal de instancia mediante una simple nota, recibida la cual, obligará al tribunal de instancia a emplazar a las partes dentro de un término de tres días (arts. 912 y 913 CPC). Una vez que los autos han sido recibidos, la Sala podrá prevenir el papel necesario, bajo pena declarado desierto (arts. 886 y 915).[75]

En cuanto a la sustanciación del recurso, son posibles dos trámites:

1) Si el recurrente hubiere solicitado en el escrito de interposición, vista la Sala fijará fecha para su celebración. Fijada ésta, no se puede renunciar a la misma (art. 916). En este caso, la vista se regirá por lo dispuesto por los artículos 46 y siguientes del CPC. Se trata de una audiencia oral, donde las partes no pueden presentar contención, sino tan sólo informar verbalmente al tribunal de casación sobre los fundamentos del recurso; cuando se refiere al actor; o a su rechazo cuando se refiere a la parte contraria. Vencida la vista, el tribunal cuenta con mes y medio para resolver. Previamente el presidente pasará el expediente a estudio a cada magistrado. El plazo para redactar el fallo no puede exceder de 15 días (art. 60, párrafo final). La resolución tiene que ser conforme de toda conformidad de la mayoría absoluta de los magistrados (art. 67).

2) Si el recurrente no hubiere solicitado vista, el Tribunal de Casación citará partes para sentencia y a partir de su firmeza, corre el referido término para resolver. En esta segunda posibilidad procesal se aplica todo lo referente al estudio, plazo de redacción y votación.

---

74. Así, se pronunció casación en sentencia núm. 12 de 1968, Vargas Alfaro vs. Capitán Capitán (Digesto, *ob. cit.*, pág. 59).

75. Reitero la advertencia de que actualmente no es necesario presentar papel del valor correspondiente por haber sido derogada la norma por la Ley de Equilibrio Financiero.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

XI. Ampliación del recurso.

De conformidad con el artículo 917 es posible la ampliación del recurso de casación. La jurisprudencia ha interpretado que la misma solo procede en cuanto a sentencias definitivas en que sea obligatorio el trámite de vista o la citación de partes para sentencia[76] de tal forma que queda excluida la posibilidad de ampliar recursos en cuanto a la impugnación de otras resoluciones, aun cuando el recurso fuere únicamente de fondo, como en el caso del recurso autorizado por el artículo 1019 del CPC.

Debemos señalar en torno a la ampliación los siguientes aspectos:

1) *Oportunidad:* La ampliación necesariamente debe presentarse hasta ocho días hábiles anteriores a la vista, excluyendo del cómputo del término el día de la presentación y el de la vista.

Si no se hubiere solicitado el trámite de vista, entonces procede la citación de partes para sentencia, en cuyo caso la ampliación podrá hacerse en cualquier momento antes de la citación para sentencia.

2) *Contenido:* La ampliación puede producirse en dos situaciones:

a) Si el recurso ha sido interpuesto por el fondo, el recurrente podrá hacer la ampliación en cuanto a nuevos motivos y señalar nuevas disposiciones infringidas, siempre que se refieran al fondo. Casación ha sido clara en afirmar, que el recurso se ha presentado únicamente por el fondo, no es posible ampliarlo posteriormente por la forma.[77]

b) Si el recurso se fundamentare "por motivo de nulidad de forma", el recurrente podrá ampliarlo en cuanto al fondo, pero no podrá ampliarlo en cuanto a la forma. En este sentido la jurisprudencia de casación ha sido determinante.[78]

XII. Fase decisoria del recurso. Efectos de la sentencia.

En cuanto a la sentencia en casación interesa examinar tres aspectos: la forma de la sentencia, los "límites de cognición" y sus efectos.

A) Forma: En el capítulo relativo al recurso de casación no aparece norma expresa que consigne cuáles deben ser las formalidades que debe reunir el fallo de casación; razón por la cual, deberá aplicarse el artículo 84 del CPC

B) Límites de la cognición: Se puede decir, que los poderes de cognición (de ejercicio de la jurisdicción) en la sede de casación, se manifiesta en tres diversas situaciones: a) Conocimiento y resolución de todas las incidencias ocurridas durante el desarrollo del trámite en casación; b) La decisión de casación cuando el recurso presentado ha sido por la forma; y c) Cuando el recurso lo es por el fondo.

a) Atribuciones durante la sustanciación: Como hemos visto, la ley establece un procedimiento especial para la sustanciación del recurso de casación, y a cargo del respectivo tribunal de casación. Corresponde a este mediante el dictado de providencias de trámite, ir realizando los diversos actos conforme precluyen los anteriores, hasta dejar el expediente en estado de definición. Aunque la ley no es clara al respecto, podemos decir que salvo la interposición del recurso, todos los demás actos son oficiosos del tribunal.

Durante ese trámite, pueden presentarse diversas incidencias, algunas de las cuales se pueden referir a vicios causantes de nulidad absoluta que pueden afectar el trámite, correspondiendo a la respectiva sala, la decisión definitiva.

b) Límites de cognición: Con este nombre Calamandrei hace un preciso análisis sobre los poderes de la Corte de Casación al tener que pronunciarse sobre la pretensión del recurso,[79] es decir, hasta donde llega el poder jurisdiccional. Dicho poder tiene relación directa con el tipo de recurso que se trate, es decir, según se fundamente en motivos de forma (in procedendo) o en motivos de fondo (iudicando).

Si se tratare de vicios formales, la casación en el caso de los vicios enumerados en los incisos a, b, c y e, decretará la nulidad no solo de la sentencia impugnada, sino que de conformidad con el

---

76. GUARDIA CARBALLO, núm. 35 de 1952 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 188).

77. BERMÚDEZ GIUSTE vs. Sucesión Bermúdez, sent. núm. 69 de 1961 (Digesto p. 187).

78. Sentencia núm. 81 de 1958. En la núm. 56 de 1952, se dijo que "el recurso de casación por la forma no puede comprender otros motivos que los alegados en el escrito mismo en que tal recurso se interpone" (Digesto, pág. 18).

79. CALAMANDREI, *ob. cit.*, pág. 148.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

artículo 919 ordenará devolver los autos para que el tribunal reponga los autos al estado que tenían cuando se cometió la falta, para que el expediente se tramite nuevamente conforme a derecho y sea fallado de nuevo. Si nuevamente se volvieren a cometer vicios de forma (y de fondo), los interesados podrán recurrir nuevamente de conformidad con lo que hemos examinado. Sí es importante anotar, que si el recurso de casación se ha fundamentado en motivos de forma y de fondo, la Sala de Casación necesariamente debe examinar de primero, los reclamos de forma (art. 918).

En cuanto a los vicios de fondo, el poder de la Sala se extiende a la anulación del fallo dictado en segunda instancia; que puede ser total o parcial. Es total, si el recurso promueve la anulación del fallo en su totalidad, para afectar totalmente las pretensiones deducidas por el actor; de tal forma que podrían presentarse dos supuestos:

a) Si la sentencia recurrida acogió la totalidad de las pretensiones del actor, el recurso pretende la anulación total del fallo, para que la Sala dicte nuevamente el fallo, declarando la demanda sin lugar en todos sus extremos;

b) Si la sentencia recurrida en segunda instancia ha denegado totalmente las pretensiones del actor, éste recurre para que casación se pronuncie sobre todas las pretensiones formuladas en la demanda.

Si el recurso de fondo lo que pretende es afectar una o varias de las pretensiones, y no la totalidad, la sentencia de casación deberá limitarse a pronunciarse en cuanto a las pretensiones específicas, no pudiendo hacerlo en lo que ha quedado firme.[80] De producirse esta situación, en que no se anula el fallo de instancia en su totalidad, debemos admitir, que el de Casación no es un fallo diferente, sino que viene a integrar o complementar el fallo de instancia.

XIII. Recurso de casación contra resoluciones que no son sentencias dictadas en juicio ordinario.

Los motivos de forma y de fondo a que se refieren los artículos 903 y 904 y el procedimiento que se regula en las normas siguientes, se refieren al recurso cuando se interpone en contra de sentencias definitivas dictadas en segunda instancia en juicio ordinario. No obstante, existen otras resoluciones contra las cuales la ley autoriza la interposición del recurso pero sometido a ciertos límites especiales, razón por la cual se trata de casos excepcionales. Vamos a ver brevemente cada uno, y las disposiciones generales que los rigen.

A) Reglas generales: El procedimiento es sumamente sencillo. Solamente existe el trámite de admisión (arts. 925 en relación con 912, 913 y 914 del CPC), de tal forma que vencido el término del emplazamiento el Tribunal deberá dictar sentencia dentro de los quince días siguientes, sin que exista posibilidad de vista, ampliación del recurso.

La sentencia que resuelva el recurso de casación deberá reunir las mismas formalidades exigidas en el artículo 84 del CPC.

B) Casos especiales.

a) El laudo arbitral: Recordemos que cuando examinamos el arbitraje dijimos que contra el laudo procedían todos los recursos que ordinariamente conceden las leyes en contra de las sentencias definitivas dictadas en juicio ordinario, salvo que las partes renunciaren a dichos recursos (art. 404 párr. 6, CPC).

Si el recurso se interpusiere contra un laudo dictado por un árbitro de Derecho se aplicará el procedimiento estudiado para el juicio ordinario (art. 926), incluso el término para resolver y redactar el fallo y las causales.

Si el recurso se interpusiere contra el laudo dictado por un árbitro arbitrador se aplicarán en lo que fueren aplicables las reglas comunes y las establecidas en los artículos 928 y 931 del CPC.

Las causales por las cuales se puede presentar recurso, son las enumeradas en el artículo 421 del CPC, de tal forma que si resultare procedente, se anulará únicamente en cuanto a los puntos en que consista el exceso.[81]

b) Ejecución de sentencia: Otro recurso especial es el otorgado en contra de las resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores en el trámite de ejecución de sentencia en juicio ordi-

---

80. Así se ha pronunciado casación, sentencias números 127 de 1954 y 31 de 1956 (Digesto, *ob. cit.*, pág. 167).

81. En el anteproyecto se mantiene más o menos la misma situación prevista en el CPC vigente, pero se ordenan las disposiciones en forma más técnica, de tal forma que quedan refundidas en solamente dos disposiciones.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nario de mayor cuantía. El recurso queda sujeto a lo siguiente:

a) Siempre que la cuantía exceda de veinte mil colones;

b) Procede por dos motivos únicamente:

1) Cuando la resolución impugnada haya resuelto puntos esenciales no controvertidos, no discutidos en el juicio ni decididos en sentencia;

2) Cuando se prevea en contradicción con lo ejecutoriado, es decir, cuando en ejecución de sentencia se hagan liquidaciones sobre extremos que contradicen lo ya resuelto en sentencia firme, violándose en consecuencia el principio de la cosa juzgada (arts. 721 y sgtes. del CC).

3) El procedimiento queda sujeto a lo dispuesto en el artículo 925;

4) En el escrito de interposición del recurso aparte de los requisitos generales sobre admisibilidad de escritos, deberá indicarse "cuáles son los puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o cuáles han sido resueltos en contradicción con lo ejecutoriado, y reclamarse la violación de las leyes relativas al valor de la cosa juzgada, es decir, los artículos 721 y siguientes del Código Civil.

C) Ocursos: Contra las resoluciones que dicten los Tribunales Superiores Civiles en los ocursos de conformidad con el artículo 25 de la Ley número 38830 de 30 de mayo de 1967 y sus reformas procederá de recurso de casación únicamente en cuanto al fondo, sujetándose al procedimiento especial regulado en el artículo 924 del CPC.

CH) Marcas: Igualmente procede el recurso en el trámite de inscripción de una marca, de conformidad con el artículo 122 de la Ley número 559 de 24 de junio de 1946, quedando legitimados para promoverlo tanto el Registrador como los interesados que se hayan apersonado al expediente.[82]

El recurso procede únicamente en cuanto al fondo y el trámite queda sujeto a lo prescrito en el artículo 925 del CPC.

D) Otros casos: La ley concede el recurso también en contra de la resolución que dicte el Tribunal Superior Civil en incidente privilegiado de cobro de honorarios (art. 153 LOP), debiéndose entender que el mismo procede solo en cuanto al fondo y que el trámite es especial conforme al artículo 925 del CPC.

También procede el recurso en contra del auto que resuelve positivamente excepción de incompetencia por razón de la materia o bien por falta de jurisdicción nacional conforme al artículo 22 del CPC.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

"SOCIOLOGÍA DE LA BUROCRACIA" O "SOCIOLOGÍA DE LA ORGANIZACIÓN"

DR. BERNARDO BARUCH

ÍNDICE

Pág.

Introducción 68

1. La sociedad como organización

a) La sociedad humana. 70

b) La sociedad contemporánea. 70

b-a) El concepto de sociedad moderna. 70

b-b) El problema de la "modernidad" 70

b-c) El reto, fabricante y motor de las organizaciones 71

2. El Estado como organización

a) El Estado organización perfecta 72

b) La división del trabajo en las tareas del Estado 72

c) Organizaciones, coadyuvantes del Estado 72

3. La sociedad "burocratizada"

a) La definición de "burocracia" 73

a-a) La determinación 73

a-b) La delegación 73

a-c) La formulación de normas. 73

b) La "burocratización" de la responsabilidad. 74

c) Las organizaciones burocráticas 74

4. Conclusiones 75

Y... algo más. 76

Bibliografía 76

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"SOCIOLOGÍA DE LA BUROCRACIA"

"Entre las diversas actividades del hombre, una de las de tipo de vitalidad más bajo es la burocracia. Por sus características peculiares es limitada, monótona, fría y gris".
(Aurelio Ras, Reflexiones sobre la burocracia)*

INTRODUCCIÓN

La idea general del hombre común, y en especial cuando tiene que acudir a oficinas públicas burocratizadas en exceso, reacciona violentamente con repudio hacia aquel grupo de personas que "ajustados" a este engranaje de la organización social que ha sometido al hombre en sociedad, a una dependencia insoslayable de este ser "monótono, frío y gris" que es el burócrata.

Sin embargo, si analizamos al hombre en sociedad, que implica vida organizada, y organizaciones que se entrelazan, es imposible pensar una sociedad posible sin el burócrata, sin la burocracia, que sojuzga al burócrata, al hombre y a la sociedad, pero al mismo tiempo es motor y vida que agita y "empuja" el engranaje de la organización social, como bien lo afirma Renate Mayntz que:

> "La vida del individuo en la sociedad organizada está marcada con el sello de la peculiaridad ambiental, que se manifiesta principalmente en las organizaciones;. . ."[1]

Somos parte de este mundo "organizado" y la burocracia es parte de nosotros, y somos parte de ella, y como todo quehacer humano, éste también está lleno de imperfecciones, aunque el ideal burocrático es una feliz idea del hombre para organizarse en orden, como dice el viejo adagio popular, que: "Donde hay orden, allí está Dios" —Ser Supremo o la naturaleza, para los filósofos vacíos de Dios— pero a todos interesa el orden, la buena organización, que hace más fácil, o ayuda a la mejor ejecución de las tareas, que la vida social —y aun la primitiva— le han asignado al hombre en todas las latitudes donde hay vida, y hay hombres.

No podemos adelantar criterio, del enfoque que daremos a esta exposición, —que por supuesto es sobre la burocracia — como herramienta, utensilio, o engranaje —motor social de nuestras sociedades— que se "apellidan" de distintas y variadas maneras: "sociedad de consumo", "sociedad de masas", "sociedad materialista" o como quieran denominarla, de cuya definición muchos quieren "culpar" a la burocracia, nos interesa aclarar, que este "mal" o "bien" que significan los burócratas, no fue invento de la "sociedad avanzada", moderna, sino, que ya los antiguos tenían problemas "burocráticos", conforme nos lo atestigua la Biblia. Ya en aquellos remotos tiempos, al inicio de la formación del pueblo hebreo, Moisés tuvo problemas de organización burocrática, a quien su suegro aconsejó:

> ". . .No haces bien; Desfallecerás del todo, tú y también este pueblo que está contigo; porque el asunto es demasiado pesado para tí; no podrás hacerlo tú sólo"
>
> (Éxodo 18:17;18)

> ". . . Y escogió Moisés varones de virtud de todo Israel, y púsoles por cabezas sobre el pueblo, caporales sobre mil, sobre ciento, sobre cincuenta y sobre diez".
>
> (Éxodo 18:25)[2]

Estos "nombramientos" de funcionarios "públicos" primitivos "burócratas" quienes, fueron encargados de las ejecuciones de organización y administración.

Sabemos de otros pueblos antiguos que administraron sus imperios mediante "burocratización organizada" como la organización de las veintisiete

---

* RAS, Aurelio, "Reflexiones sobre la burocracia" citada por Sintes Pros. Jorge "Diccionario de frases célebres" , tomo I (pág. 107) Ed. Sintes, Barcelona, 1960.

1. MAYNTZ, Renate, *Sociología de la organización*, Alianza Universidad, Editorial, Madrid, 1977.
2. BIBLIA: *Libro de Éxodo*, traducido del hebreo Ed. Yehoash Ferlag Gezelsehaft, Forvard Edition, New York, 1957.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

satrapías —provincias— en la antigua Persia, organizada "burocráticamente", administrativamente jerarquizada, sujeta al "rey de reyes", el Chatra, o Cha. Con fines de recolectar los impuestos, fue nombrado un sátrapa para cada satrapía o provincia. Para controlar a ese sátrapa, Darío I (521-486 a Cr.) instauró el "sistema" de enviar un general a cada satrapía, —burócrata militar— separado y autónomo del sátrapa "civil", y a un secretario, enviado por el "poder central" para que controlara a ambos; al general militar, y al gobernador sátrapa civil, quien actuaba como contralor-espía, denominado vulgarmente con el nombre de "ojos y oídos del Rey".[3]

Es interesante mencionar el "servicio civil" de la China que fue originado en el año 125 anterior a nuestra era, y después del año 165 de la era cristiana, ya existía una "organización" reglamentada mediante requisitos de duros estudios para los aspirantes a ocupar cargos burocráticos de los servicios públicos. Los exámenes civiles fueron ideados por Confucio para dotar a la administración pública de un alto nivel cultural.[4]

Hemos hecho estas referencias históricas sobre la "burocratización" y "organización", aunque antiguamente tal vez no hayan recibido estos distintivos o calificativos en el lenguaje estereotipado que usamos hoy, pero sin duda alguna tenían significados equivalentes. Esto, no para contradecir a Mayntz su excelente análisis de la sociología de la organización actual, pero sí manifestar un desacuerdo sobre el enfoque que se da en esta obra de todos los "créditos y débitos" de la organización burocratizada como "hechura exclusiva" de nuestra sociedad contemporánea, lo que merece recibir lo que los abogados llamamos "el beneficio de la duda" de que sea una verdad absoluta que nuestra sociedad contemporánea es la titular exclusiva de "sociedad organizada" como la califica Renate Mayntz.[5]

Hemos de analizar el fenómeno burocrático y organizacional, no con el sentimiento ético kantiano de "lo que debe ser" —aunque no sea— y de lo que "no debe ser" —aunque sea—, sino más enfocado hacia la filosofía de J.F. Herbart; que la ética no puede inventar o construir racionalmente el bien; —ha de limitarse a describirlo, como describe un viajero la energía y la belleza de un paisaje— y ver la organización y la burocracia como expresión o medio —"herramienta" "palanca"— del hombre, dentro de su sociedad de la cual no puede salirse, como atinadamente cita Ortega y Gasset a un proverbio árabe que:

> ". . .el hombre no puede saltar fuera de su sombra. La idea sobremanera dramática. Vivimos prisioneros de nuestra sombra, que vigila a la puerta de nosotros mismos para no dejarnos escapar. Tiene, en efecto, la sombra junto al hombre un aire de centinela que, arma al brazo, pasea en torno a su garita."[6]

lo que nos enseña a mirar este aspecto a través de ojos más objetivizados, ver a la burocracia como una expresión humana y natural, como una metodología de vida social, que el maestro José Castán citado por Lino Rodríguez observó que "La metodología —dice— descansa sobre bases filosóficas como la concepción de la naturaleza y el fin del Derecho"[7] sea que la burocracia es un "auxiliar" para realizar el derecho —que en sentido ético debe conducir a la justicia de la vida humana en sociedad—.

---

3. GUIER, José E., *Historia del Derecho*, Ed. Costa Rica, San José, 1968, (págs. 48, 49).
4. GUIER, José E., *ob. cit.*, (pág. 121).
5. MAYNTZ, Renate, *ob. cit.*, (pág. 11).
6. ORTEGA Y GASSET, José, *Ideas y creencias*, Revista de Occidente, Madrid, 1965, (pág. 141).
7. RODRÍGUEZ, ARIAS, Lino, *Ciencia y filosofía del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. LA SOCIEDAD COMO ORGANIZACIÓN

"El género humano ha nacido con el instinto de la unión, de la asociación y de la comunidad".
(Cicerón)[8]

a) LA SOCIEDAD HUMANA

Debemos partir del concepto sociedad libre, amparada por el Derecho natural, tan defendido por Cicerón en su tiempo y por muchos, antes y después de él, y lo que modernamente llamamos sociedad libre, en oposición a otras sociedades limitadas en sus libertades. Trataremos de obviar los problemas ideológico-políticos de cuál sistema de la sociedad humana es el ideal o apropiado para cumplir con el enunciado citado, y no nos ahondaremos en el problema ideológico que el mundo —la humanidad— no ha podido resolver, ya que desde las guerras del Peloponeso, continúan luchando las ideas o sistemas de organización social, de la Atenas democrática con Esparta totalitaria, que tienen efecto y causa en la interpretación de la organización de la sociedad moderna. Partimos, pues, del supuesto que el análisis que contenga el presente trabajo, es en el marco de la sociedad de lo que se ha dado en llamar de tradición occidental que ha evolucionado históricamente dentro del marco greco-romano, asimilado por la evolución judeo-cristiana que creó la "cultura occidental".

Dentro de este contexto, la sociedad debe asentarse —y así organizarse— sobre las bases de la justicia, que es el fin último del régimen o sistema de derecho. A medida que se generaliza esta noción, y en la medida que los pueblos interpretan y entienden este concepto, se hacen mejores y más felices, y comprenden más la necesidad de su organización, que en cumplimiento de estos postulados crean instituciones "organizadas" que requieren de burocracia, o lo que modernamente se denomina "ejecutivos" que mueven el motor de la burocracia.

Debemos entender también que la calificación de una determinada sociedad, no es más, ni menos, que el resultante de las creencias y acciones de los individuos que la integran, y de la forma como se organizan. Así pueden ser débiles o fuertes, inteligentes o necios, justos o injustos, activos o inertes, y de muchos otros calificativos antagónicos, puede también ser neutralizada o estimulada por la oposición interna o externa. El resultado de la obra total, siempre dependerá del acierto o desacierto de su organización.

b) LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

b-a) El concepto de sociedad moderna

No podemos concordar con Mayntz en su enfoque sobre el desarrollo de las organizaciones y la poca importancia que otorga a las formaciones organizativas en las culturas antiguas. Como hemos hecho mención en la introducción, existen muestras o indicios de "seriedad científica" en las formaciones antiguas de las organizaciones sociales para efectos civiles y militares. Si estamos de acuerdo que la sociedad actual ha madurado las formas de organización, no en el fondo, sino en el procedimiento, resultante del natural-biológico desarrollo de los pueblos. Hay ahora más personas, más tierras cultivadas, más edificaciones, gigantescas maquinarias, e instalaciones que necesitan ser operadas por una organización de conjunto, y toda la tecnificación, que continúa su avance han complicado la problemática humana y por ello hay más necesidades de organización para realizar una adecuada interrelación e interacción entre las aumentadas estructuras sociales, empresariales, institucionales y políticas.

b-b) El problema de la "modernidad"

Consideramos racionalmente fundamentado el enunciado bíblico —en cuanto a la esencia de fondo— de "Nihil novum sub sole" (Eclesiastés 1:9) que nada nuevo —intrínseco— bajo el sol, en cuanto a los fundamentos de necesidad de vida social

8. CICERÓN, Marco Tulio, *Antología del pensamiento jurídico*, Selección de materiales de estudio, Curso filosofía del Derecho, Univ. de Costa Rica, 1971.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para realizarse el hombre, y lo que hay nuevo es el cambio o ajuste —aumento o disminución— de las circunstancias.

El problema siempre complejo, para conceptualizar o teorizar lo "moderno" o la "modernización". Con mucha facilidad se usa inapropiadamente. Muchas veces es tan impreciso el término que es confundido con desarrollo, aumento de producción per cápita, o industrialización, lo que puede satisfacer a muchos como avance de modernización social. Para otros sin embargo no podría llamarse "sociedad moderna" a las sociedades que no han alcanzado un grado satisfactorio de participación popular en la política y gobierno, al estilo democrático-occidental, lo que probablemente Mayntz da por un "supuesto legal", lo cierto es que estas libertades son las que generan esta proliferación de las organizaciones.

Sin embargo el principio de "sociedad organizada" puede darse en cualquier sistema político, y no es necesario, ni lo es en la realidad de que el desarrollo económico y democrático vayan por caminos paralelos. Lo cierto es, como lo afirma La Palombara, que expone la hipótesis de que el grado de modernización política, crea un determinado grado de estructura burocrática.[9]

b-c) El reto, fabricante y motor de las organizaciones

Igual que el individuo en su actividad diaria, las sociedades deben afrontar los retos, que los problemas del vivir y crecer en el individuo, en proporción agigantada del vivir y desarrollo de las sociedades y naciones. Ya lo decían los historiadores como Spengler y Toynbee. El primero con su concepto "cíclico" de la historia de las civilizaciones, asevera que,

> "Las civilizaciones pasan por la Primavera en su origen primitivo, maduran en el Verano de sus logros físicos, engrandecen en Otoño de sus grandes alcances intelectuales, declinan en el Invierno de su civilización, y al final mueren" [10] (que es semejante a la idea Hegeliana de Infancia, Juventud, Adolescencia, Madurez, Vejez y Muerte).

Toynbee enfocó el mismo problema con un criterio de concepto "lineal" de la historia. Según su "A Study of History" afirma que,

> "una civilización no es una totalidad independiente, sino progresiva —una evolución— de más baja a más alta forma de cultura, que muere solamente a falta de un 'challange', —un reto—" (traducción no literal, del inglés[11] sea que una civilización puede seguir eternamente, si constantemente tiene que afrontar el reto.

Nosotros queremos aplicar estas teorías o hipótesis al campo que nos ocupa, las organizaciones, que nacen y crecen dentro de las sociedades humanas conforme se presentan los "retos" y se llega a formas más altas de cultura, se crean las "necesidades" de continuar el desarrollo "cíclico" o "lineal" de las sociedades.

Los retos, —que crecen con la humanidad—, y al tiempo que se amplía el conglomerado, se amplían los "intereses" individuales en grupos de comunidad, para resolver los problemas comunes que crea el reto, o para agruparse en la realización de las tareas comunes, nace la organización de la misma imperfección de los individuos, imposibilitados a realizar las tareas gigantes o afrontar los retos.

Para dejar un poco más claro este criterio en el sentido humano que "empuja" a la ampliación de las organizaciones, y el consecuente aumento en la burocracia, que debe cumplir las tareas, en la búsqueda del mejor orden, citaremos a Francisco Javier Conde:

> "...La perfección del orden interhumano, es 'histórica', el hombre va modulando históricamente diferentes tipos de orden político, pero esa perfección está siempre en función de la perfección humana. Cobra aquí nueva importancia la conexión estructural entre la perfección del orden y la perfección del hombre. De la misma manera que el hombre va definiendo en cada instante un tipo de humanidad, va también definiendo su modo de estar en orden. El carácter perfectivo del hombre afecta a su propia naturaleza, que es una naturaleza abierta. El orden interhumano es también perfectivo en función de la perfectividad humana".[12]

---

9. **LA PALOMBARA, Joseph, *Burocracy and Political Development*. Princeton University Press, New York, Jersey, 1963, (pág. 11).**
10. **SPENGLER, Osvald, La Decadencia de occidente tomado de *Jews God and History*, de Max I. Dimant Ed. Signet, 1964.**
11. **TOYNBEE, Arnold, *A Study of History*, tomado de la fuente citada bajo núm. 10.**
12. **CONDE, Fco. Javier, *El hombre, animal político*, Artes Gráficas, Madrid, 1957.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. EL ESTADO COMO ORGANIZACIÓN

"Todo lo que se llama Estado se nos presenta como una especie de comunidad, y toda comunidad, como una institución humana que existe para un propósito superior. Porque todos los hombres hacen todo cuanto emprenden porque lo considera conveniente y útil. En el supuesto, pues, de que todas las comunidades persiguen un fin superior, un provecho mayor, ello ha de ser cierto, evidentemente, de un modo muy especial y digno, en cuanto a aquella comunidad que es la más noble de todas y la que abarca a todas las demás; el así llamado Estado y la comunidad del Estado, que es el máximo bien".

(ARISTÓTELES, Politics).[13]

a) EL ESTADO ORGANIZACIÓN PERFECTA

Nadie pone en duda que los hombres no pueden vivir sin organización, y no importan las ideas de "quién y cómo debe gobernar", en todos los sistemas —aun en el anarquista—, se reconoce al Estado como una entidad ideal, inevitable e imprescindible, de vida perpetua.

b) LA DIVISIÓN DEL TRABAJO EN LAS TAREAS DEL ESTADO

Ya Aristóteles, ampliando las ideas del ideal platónico de La República, intuyó en el Estado esta institución con fines del máximo bien, como la cúspide de todas las comunidades y sociedades. No podremos analizar aquí los criterios de "cómo y quién" es o representa al Estado, pero sí la idea consensual de la obligatoriedad del Estado de realizar las tareas del bien común, y que éste para poder ejecutar y cumplir su fin, necesariamente debe organizarse para cumplir con la perfección el modo de estar en orden, —conforme citamos a Francisco Javier Conde— cree así el marco de las organizaciones, asignando las tareas parciales a cada organización determinada para que el conjunto de sus realizaciones conforme el fin del Estado, como totalidad de realizaciones perpetuas que es el fin del Estado.

c) ORGANIZACIONES, COADYUVANTES DEL ESTADO

El fundamento y justificación racional-filosófica, que el género humano ha aceptado por su instinto de unión de fuerzas y asociarse para realizar las tareas gigantes y afrontar los retos, y dentro de la idea de división del trabajo, instintivamente también ha ideado esos coadyuvantes del Estado en forma de Instituciones del Estado e Instituciones y organizaciones mixtas —del estado en cooperación con personas privadas—, y las instituciones y organizaciones privadas, tuteladas o solamente toleradas por el Estado. Pero todas en conjunto cumplen tareas de responsabilidad ideal del Estado.

---

13. ARISTÓTELES, *On Man in the Universe*, Ed. Walter J. Black, Inc. Roslyn N.Y., 1943, Book I Politics (pág. 247).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. LA SOCIEDAD "BUROCRATIZADA"

"Por todas partes, con una tendencia universal irresistible, el hombre, en cada uno de sus aspectos —ciudadano, hijo, padre, esposo, patrono, empleado y obrero— se encuentra envuelto en una red inextricable de leyes, decretos, órdenes, disposiciones, que se cruzan y se entrecruzan, se contradicen, se anulan y se desbordan".

". . .Porque cuando las acciones inocentes en sí se convierten en delictivas, por obra y gracia de las disposiciones burocráticas, la sensibilidad ética se atrofia".[14]

a) LA DEFINICIÓN DE "BUROCRACIA"

Max Weber, cuyos escritos sociológicos dieron origen al estudio de la burocracia, se preocupó para definir este fenómeno surgido de las sociedades, en la siguiente forma:

a-a) La determinación:

El Estado y organismos determinaron como deberes, todas las actividades corrientes y necesarias para cumplir sus fines.

a-b) La delegación:

Ya lo citamos que desde tiempos bíblicos (cita 2) la autoridad —Jefe, Cacique, General o Capataz—, para ejercer su cometido, necesita delegar atribuciones y obligaciones, en forma constante. Esta necesidad obligó a los legisladores, demarcar clara y estrictamente el ejercicio de la función de autoridad delegada, mediante leyes y reglamentos para garantizar el cumplimiento de lo delegado y encomendado.

a-c) La formulación de normas:

Un sistema burocrático, necesariamente debe tener normas formuladas, para garantizar, que personas idóneas desempeñen bien, correcta y constantemente sus funciones.

Las definiciones anteriores atañen por igual a la "autoridad burocrática" de la Administración —la delegada por el Estado— como a la "gerencia burocrática" de las empresas e instituciones privadas ya que la burocracia no es exclusiva del Estado. Se extiende a muchas y variadas instituciones donde, igual que en el gobierno se ha hecho indispensable, como lo afirma William A. Robson de la Universidad de Londres:

". . .que la burocracia constituye una fuerza racionalizadora de la gestión pública y privada".[15]

Vemos así, que la intricable burocracia, tiene su fundamento en los fines más altos de logros del bien común para la sociedad. El problema consiste —como todos los problemas serios del hombre— no en el fundamento y sus normas, sino en los hombres que las deben ejecutar y el uso que le den a su autoridad. En la confiabilidad, y en el grado de su lealtad dependen las realizaciones de su alto fin.

El profesor Charles S. Hyneman nos indica al respecto sus postulados de importancia, que se pueden resumir: 1. Que la burocracia debe ser juzgada y criticada por la manera que usa su poder. 2. Que quienes retengan autoridad gubernativa usen su poder dentro de normas aceptadas por toda la nación. 3. Que hay siempre un gran peligro que el poder de la burocracia puede ser encaminado hacia fines contrarios a los intereses y deseos de la sociedad, y que hasta puede ser dirigido en su contra, si no se ejerce sobre la administración, su aparato burocrático, la dirección y vigilancia acertadas y, 4. Que la dirección y responsabilidad deben ser confiadas principalmente en funciona-

---

14. **RAS, Aurelio,** ***Reflexiones sobre la burocracia*** **(cit. en Sintes Pros., Jorge** ***ob. cit.*****, (pág. 167).**

15. **ROBSON, William A.,** ***Burocracia y democracia*****, Imp. Nacional, San José, C.R., 1962.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rios de elección popular, sean los ministros y funcionarios de confianza de alta jerarquía, para que lleven a cabo las tareas de vigilancia y dirección.[16]

En el mismo sentido, la idea y los postulados se pueden aplicar, no Hyneman —sino también a la empresa, a las Asociaciones, organizaciones, partidos y todo grupo organizado—. Lo importante de la tesis de Hyneman es que surge la necesidad de establecer si es posible dirigir y controlar a la burocracia, a despecho de su dimensión.[17] Dimensión que a veces exageran algunos autores, porque dentro de las teorías administrativas de las subdivisiones, no se llega a magnitudes dimensionales inoperantes.

El análisis anterior viene para aludir al problema medular de la cita con que hemos enunciado este capítulo, que es el peligro de la influencia en la vida ética y moral que las disposiciones burocráticas inadecuadas pueden infligir a la sociedad.

b) LA "BUROCRATIZACIÓN" DE LA RESPONSABILIDAD

La preocupación del profesor Hyneman sobre la dirección y vigilancia de la burocracia estatal, que nosotros aplicamos a todo tipo de organización para cumplir logros o fines, que sin duda alguna, requieren en la "cúspide" gentes leales, abnegadas, de plena confianza y capaces de dirigir y vigilar esa inextricable red que es la burocracia.

Lo cierto, en la vida moderna pragmática, es que, los jerarcas que tienen las cargas de la responsabilidad de dirección y vigilancia "por exceso de trabajo o de responsabilidad" han ido "burocratizando" esta responsabilidad, a veces justificada y necesaria también, pero a fin de cuentas aumentan esa "red inextricable" en lo que las sociedades "crecidas" han ido sucumbiendo o elevándose. Vemos así, que en el Estado, el máximo jerarca además de delegar responsabilidades en los ministros, se rodea de grandes "cuerpos asesores" entre los cuales diluye sus responsabilidades específicas. Los ministros a su vez hacen lo mismo, con su parte de responsabilidad, y así sucesivamente, lo que hace que se "burocratice" la responsabilidad de dirección y vigilancia.

Lo mismo sucede en todo tipo de organizaciones que ejecutan sus labores mediante una "maquinaria burocrática". Para dar un ejemplo de esta "burocratización de la responsabilidad", queremos referirnos al otro extremo de organizaciones de todo tipo caritativo y voluntario.

Para cumplir los fines de la sociedad o coadyuvar con esos fines, se agrupan personas en organizaciones burocratizadas que prestan servicios al grupo y a la sociedad: organizaciones de ayuda, comunidades religiosas, logias, asociaciones de servicio, instituciones y empresas educativas, etc.

La responsabilidad de dirección y vigilancia está a cargo de Consejos Directores. Notamos un auge muy grande en la proliferación de "ejecutivos"; jerarcas delegados por los "responsables" en quien delegan sus obligaciones y atribuciones, sea en el ejecutivo y su equipo que es un grupo de burócratas lo que nos da la idea de llamarla "burocratización de la responsabilidad", o en términos de Mayntz, podríamos llamar este fenómeno "burocratización de la estructura de la autoridad".[18]

c) LAS ORGANIZACIONES "BURÓCRATAS"

El enjambre burocrático de las organizaciones que parte de la necesidad de afrontar los retos y mantener en acción perpetua a la sociedad, en cuya cúspide se encuentra el Estado, que son del enjambre social, y sus funciones los hacen o convierten en "entes burócratas" dentro de la red inextricable de la burocracia total. Así, las empresas, la iglesia, la escuela, la prisión, el hospital, las asociaciones son "entes burocratizados" dentro de la gran burocracia nacional, que día a día cumple el destino de cada sociedad, bajo el imperio del Estado. Sea, que las organizaciones nacen por decreto, ley, espontaneidad social , interés común, etc., las organizaciones, reciben "hálito de vida" por orden, instancia, tutela o tolerancia del Estado que, para ordenar, instar, tutelar o tolerar toma en consideración la realización de los fines del Estado, e incorpora así a las organizaciones al aparato burocrático de la nación.

---

16. HYNEMAN, Charles S. *Burocracy in a Democracy*, Ed. Harper & Bros. New York, 1950 (págs. 5, 6).
17. HYNEMAN, *ob. cit.*, (pág. 10).
18. MAYNTZ, R., *ob. cit.*, págs. 125, 128.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4. CONCLUSIONES

Nos hemos impuesto "frenos de abstención" para no desbordar en exceso el material analizado para este trabajo o bosquejo. Fue tarea muy dura, porque se trata de un tema que absorbe. Nos toca muy de cerca, pues vivimos cotidianamente dentro del aparato burocrático de la sociedad. El Estado —y todos vivimos dentro de un Estado— es el máximo generador de las burocracias, y es muy frecuente oír decir, con sinceridad algunos, otros en despliegues demagógicos, a los presidentes, jefes de estado, y a dictadores, que usan la frase "Soy el primer servidor del Estado", o "Soy un funcionario público, al servicio de mi pueblo", en alguna medida herencia de los "servidores del Rey" —soberano absoluto— cuya soberanía tiene en teoría el pueblo. Lo cierto es, que dentro de las estructuras de la autoridad, o estructuras de la responsabilidad, el Primer Mandatario, es el primer burócrata, y de su autoridad y su responsabilidad se van diluyendo, —aplicando la división del trabajo—, las formaciones burocráticas hacia todos los niveles.

La burocracia es parte vital dentro de la estructura social, ya, podríamos decir no es "parte", sino la sociedad misma, sea es la vida social en esencia.

La evolución del Estado, desde "Estado gendarme" del "laissez faire, laissez passer" —dejad hacer, dejad pasar—, al Estado actual, intervencionista, regulador y contralor de todas las actividades y hasta en "Estado-empresario" para satisfacer las necesidades de prestaciones de servicios cada vez en mayor escala, lo cual necesariamente debe ser "administrado" y "organizado" por muchos nuevos entes y organizaciones, ha proliferado el aparato burocrático en tal amplitud que, directa e indirectamente los individuos se están "burocratizando", en las mismas dimensiones, de las demandas y ofertas de nuevos servicios, y solución de los problemas administrativos.

No podemos ver con "malos ojos" a las formaciones burocráticas, como un "azote" de la sociedad. Claro que tiene grandes inconvenientes, y produce trastornos cotidianos, pero no suceden por la organización burocrática, sino por los burócratas, o la insuficiente preparación y educación de ellos. El problema de las sociedades contemporáneas, es la interpretación del vocablo "moderno" o "modernización", que muchos entienden por simple "nuevo" o "cambio" en lo que consiste el error, y un error muy caro. Sin embargo, si lo entendemos por "mejor" e inventamos la definición "mejorización", no nos bastará ser modernos, —que se satisface con cualquier cambio— sino mejores, volveríamos a la educación de la burocracia, lo que ya practicaban los chinos desde hace mucho tiempo (ver cita 3), donde el "servicio civil" —la burocracia— era ejercida por los ciudadanos más aptos y eficientes, con exigencias de "trainning" —preparación— de muchos años, para poder optar al título de "burócrata" nos acercaríamos más al ideal platónico de ser gobernados por los mejores, porque en nuestras estructuras, quien gobierna es la burocracia.

No hay duda que una burocracia de alto nivel educativo y tecnificada en cada rama de actividad, con espíritu de neutralidad impersonal y trato equitativo elevaría la eficacia de los individuos y de la organización como tal, como bien apunta P.M.Blau:

> "Desde el punto de vista estrictamente técnico, la experiencia demostraría, en forma universal que la organización administrativa de tipo burocrático puro, es capaz de proporcionar el más alto grado de eficiencia".[19]

La burocracia ha de cambiar sus características de limitada, monótona y fría, en el cumplimiento del fin supremo de la sociedad, como nos ha enseñado Cicerón que, "el género humano ha nacido con el instinto de la unión, de la asociación, y de la comunidad" (cita 8) que es la felicidad de la sociedad.

---

19. BLAU, P.M., *La Burocracia en la sociedad moderna*, Chicago, University, Ed. Paidós, Bs. Aires, 1971, (pág. 28).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Y. . . ALGO MÁS. . .

A vía de epílogo, addenda, o postdata, —después de haber concluido este trabajo— se nos ocurre presentar, un esquema, surgido del estudio de otro tema, pero bien puede ser ilustrativo a vía de ejemplo para el análisis de la organización, la burocracia, o del resultado del conjunto o la "organización burocratizada" queremos adjuntar un organograma del Poder Ejecutivo de nuestro país; Costa Rica, que evolucionó desde los primeros presidentes, quienes con unos pocos secretarios, que luego se convirtieron en ministros, hacia la vasta red organizativa actual.[20] En las mismas dimensiones se han ido burocratizando en la medida de su crecimiento todas las estructuras organizadas, en todas las latitudes, que con la expansión generan otras organizaciones. Debemos necesariamente considerar a la burocracia e identificarla con la búsqueda del orden, de vivir en orden en la sociedad humana, que conforme al adagio citado que, "Donde hay orden, está Dios", es una manera de la búsqueda de Dios, que el hombre persigue en la búsqueda del orden humano, la imitación del orden cósmico —tan infalible— que muchos hombres inteligentes, que se proclaman ateos, sin percatarse, buscan en el orden ese fin, que es el anhelo de todas las sociedades, vivir en paz y orden dentro y a semejanza del orden cósmico.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ARISTÓTELES, *On Man in The Universe,* Ed. Walter J. Black, Inc. Roslyn N.Y., 1943, Book I Politics.

BENAVIDES, Leandro, *Política y cambio social,* Ed. Gunsa, Pamplona, 1975.

BIBLIA, *Libro de Éxodo,* traducido del hebreo, Ed. Yohoash Ferlag Gezelsehaft, Forvard Edition, New York, 1957.

BLAU, P.M., *La burocracia en la sociedad moderna,* Chicago University, Ed. Paidós, Bs. Aires, 1974.

CARRERAS JIMÉNEZ, Rodrigo, *Algunos aspectos de la socialización política de una sociedad en transición:* El caso de Costa Rica, Tesis, Escuela de Ciencias Políticas, U. de Costa Rica, 1975.

CICERÓN, Marco Tulio, Antología del pensamiento jurídico. Selección de materiales de estudio. *Curso de Filosofía del Derecho.* Univ. de Costa Rica, 1971.

CONDE, Fco. Javier, *El hombre, animal político,* Artes Gráficas, Madrid, 1957.

COT, Jean Pierre, con Jean Pierre Mounier, *Sociología política,* Ed. Blume, Barcelona, 1978.

EISENSTADT, Shmuel Noe, *From Generation to Generation,* Ed. Routledge & Kegan Paul, London, 1956.

ELORZA, Antonio, *Socialismo utópico español,* (selección y prólogo de) Alianza Editorial, Madrid, 1970.

FEIBLEMAN, James K., *The institutions of Society,* Ed. George Allen & Urvin Ltd. London, 1956 (Aut. de Tullane University).

FROM, Erich, *Socialist Humanism, An international Simposium,* Arthur Books Ed., 1966.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos,* Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1974.

GUIER, José E., *Historia del Derecho,* Ed. Costa Rica, San José, 1968.

GONZÁLEZ CASANOVA, José A., *Comunicación humana y comunidad política,* Ed., Tecnos, Madrid, 1968.

HOROVITZ, Inving Louis, *Fundamentos de sociología política,* Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977.

JACOBY, Henry, *La burocratización del mundo,* Ed. Siglo XX, 1972.

20. Ver anexo.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA: (IV) DERECHOS ECONÓMICOS

DR. ENRIQUE P. HABA
Catedrático de la Facultad de Derecho (U.C.R.)
Investigador honorario de la Alexander von Humboldt-Stiftung.

SUMARIO

Pág.

(i) Brasil 81

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

(ii) Colombia. 82

— Derecho de huelga
— Derecho sindical
— Síntesis

(iii) Costa Rica 82

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

(iv) Cuba 83

— Generalidades
— Derechos sindical y de huelga
— Síntesis

(v) Chile 84

— Generalidades
— Derecho de huelga
— Derecho sindical
— Síntesis

(vi) Honduras. 85

— Generalidades
— Derecho de huelga
— Derecho sindical
— Síntesis

(vii) México 86

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

(viii) Perú. 87

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(ix) Uruguay 89

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Actos Institucionales
— Síntesis

(x) Venezuela 90

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

Anexo: Índice analítico del capítulo IX 92

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Nota.
Los tres artículos anteriores de esta serie se publicaron en la *Revista Judicial,* respectivamente en los núms. 35 (diciembre 1985, ps. 53-75), 36 (marzo 1986, ps. 81-100) y 37 (junio 1986, ps. 65-89). 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) por el mismo motivo, las notas comienzan con la número 32. Pero ninguna de estas reservas afecta de manera sustancial la inteligibilidad de lo que ahora presentamos. Los comentarios de Wálter ANTILLÓN MONTEALEGRE (ex Catedrático de la Universidad de Costa Rica) y Domingo GARCÍA BELAÚNDE (Universidad Católica de Lima) presentados en las notas 34, 39 y 42, fueron efectuados por ellos oralmente en la Segunda Reunión Regional de Expertos (San José de Costa Rica, 22-26 de agosto de 1983) del Proyecto de Investigación en cuyo marco se realizó este trabajo.
Advertencia complementaria: al transcribir disposiciones constitucionales, las cursivas no pertenecen al propio texto de esos artículos, sino que las agregamos para subrayar algunas expresiones especialmente sintomáticas.
Acaban de aparecer los dos primeros tomos de la obra de donde hemos extraído lo que en forma de artículos integra la presente serie: Enrique P. Haba, ***Tratado básico de derechos humanos,*** vols. I (Conceptos fundamentales) y II (Indicadores constitucionales), Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986. Dicha edición no incluye lo que se publica en la *Revista Judicial.*

***

Dado el carácter básicamente *programático* que por lo habitual ostenta la manera en que los derechos llamados "económicos, sociales y culturales" se formulan en las Constituciones (cf. § § 82 y 83), aquí nos detenemos sobre todo en el tratamiento que estas le brindan a dos de ellos: el derecho de sindicalización y el de huelga. Destacamos estos dos, no por entender que sean los más importantes en sí mismos (no lo creemos), sino porque: a) son bastante *sintomáticos* en relación con los derechos económicos de que en general puedan disfrutar los sectores mayoritarios en un país dado, ya que la libertad de huelga y la de sindicalización constituyen un instrumento insustituible de defensa para esos sectores, tanto en los regímenes capitalistas como en los llamados "socialistas"; y b) el pleno reconocimiento de ambos derechos, sin limitaciones estatales que hagan muy difícil o imposible su ejercicio legal, presenta la peculiaridad de que, a diferencia de otros derechos económicos, no tiene por qué ser sólo "programático", basta con que el Estado *no lo coarte.* (Otros de esos derechos, en cambio, dependen mucho menos de la "voluntad" del Estado; no exigirían meras abstenciones por parte de este, sino que él proporcionara una plétora de bienes y servicios que, tal vez, en realidad no es posible lograr allí, por el hecho de que el nivel económico de la respectiva colectividad es insuficiente para ello.) No obstante, en el renglón de **Generalidades** señalado respecto a cada país trazamos, de todos modos, también un breve panorama acerca de la manera en que su Constitución encara otros derechos económicos.

(i) BRASIL

Generalidades. Las principales disposiciones relativas a los derechos de que nos estamos ocupando se encuentran en el Título III de la Constitución brasileña: Da ordem Econòmica e Social (arts. 160 y sigs.). El art. 160 señala algunos principios generales en la materia, por medio de conceptos muy indeterminados ("valorização do trabalho como condição da dignidade humana", "harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção", etc.). El art. 165 indica de una manera específica los principales derechos de los trabajadores, ya sea en forma más indeterminada (por ejemplo: "salario mínimo capaz de satisfazer, conforme as *condições* de cada região, as suas necessidades *normais* e as de sua familia", "salario de trabalho noturno *superior* ao diurno", etc.) o de manera más concreta (por ejemplo: "duração diária do trabalho nao excedente a oito horas. . .", "proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de doze anos", etc.). En realidad, la mayor parte de estos derechos dependerán, en cuanto a determinar las condiciones y posibilidades de su ejercicio, de lo que al respecto disponga la ley, tanto para precisar sus alcances sustantivos como también para fijar eventuales vías jurídicas que permitan lograr su efectividad.

Derecho sindical. Aunque como principio se establece que la sindicalización es "libre", de inme-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

diato se agrega que ella queda sometida a "regulación" por medio de ley: "E livre a associação profissional ou sindical; a sua *constituição,* a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão *regulados* em lei" (art. 166 *in limine).* Esas "funções delegadas" permiten a los sindicatos recaudar en forma obligatoria fondos para sus actividades (art. cit., inc. 1); además, se establece como "obligatorio" el voto en las elecciones sindicales (art. cit., inc. 2). Todo esto hace que, en definitiva, los interesados no tengan una verdadera libertad de entrar (o no) o de crear *cualquier* sindicato, ya que se encuentran sometidos a las mencionadas obligaciones, además de todas las demás regulaciones que el legislador quiera establecer en la materia.

Derecho de huelga. Si bien se encuentra reconocido entre los derechos que la Constitución dice "asegurar" a los trabajadores (art. 165.XXI), ella misma se encarga de establecer asimismo que: "Não será permitida greve nos *serviços públicos* e atividades *essenciais,* definidas em lei" (art. 162). De modo que, en definitiva, la posibilidad del ejercicio de ese derecho no solo se encuentra negado para todos los sectores de actividades que el propio Estado toma a su cargo, sino incluso en la actividad privada, para todo aquello que el legislador juzgue "esencial" o permita que sea calificado como tal por las autoridades.

En síntesis. La Constitución brasileña, sin perjuicio de presentar una serie de principios favorables al establecimiento de derechos económicos y sociales, es muy restrictiva en cuanto al derecho de huelga y también peligrosamente intervencionista en materia de actividad sindical.

(ii) COLOMBIA

La Constitución colombiana es, en líneas generales, bastante parca en la materia que nos ocupa. Le dedica apenas unos pocos artículos.

Derecho de huelga. En lo relativo a este derecho, el texto dice simplemente que lo "garantiza. . . salvo en los servicios públicos" y que será la ley quien *"reglamentará* su ejercicio" (art. 18). Nos encontramos pues, en ese breve texto, con una formulación bastante típica respecto a la manera en que las Constituciones encaran la cuestión de las huelgas.

Derecho sindical. La Constitución no lo nombra. Por tanto, cabe pensar que al respecto rige la norma general sobre derecho de asociación. Esta dice que las asociaciones se permiten, siempre y cuando "no sean contrarias a la *moral* o al orden *legal"* (art. 44). Sobre todo esta última expresión, "orden legal", es un concepto indeterminado por medio del cual se le daría, del mismo modo que para reglamentar el derecho de huelga, un amplio margen de libertad a la ley. Sería esta, entonces, quien determinaría bajo qué condiciones se permiten las asociaciones sindicales. Por tanto, resultaría legítima toda limitación legal destinada a que los sindicatos sean de naturaleza tal que no violen el "orden", sobre todo el que se establezca para las huelgas: que no promuevan huelgas "ilegales", etc. Como se ve, entramos en una especie de círculo vicioso, en donde un concepto indeterminado remite a otro, y este. . .

En síntesis. La Constitución de Colombia otorga una protección muy débil en materia de derechos económicos. Sin embargo, lo cierto es que tampoco establece unas normas que sean impeditivas, ellas mismas, respecto al ejercicio de los medios específicos de defensa de esos derechos por parte de los afectados, salvo en el sector público; todo eso lo deja librado a la ley.

(iii) COSTA RICA

Generalidades. La Constitución se refiere con detalle a esos derechos en el Título V. Muchas de sus normas son de carácter programático, muy vagas (cf., por ejemplo, el texto del art. 56, relativo a la condición del trabajo), o se remiten a la ley (cf., por ejemplo, los arts. 57 —relativo al salario mínimo— y 73 —sobre seguros sociales—). Pero también hay algunas disposiciones de contenido preceptivo más concreto: por ejemplo, fijación de la jornada de trabajo (art. 58) y de períodos de descanso (art. 59), cosa que en ambos casos se establece mediante cifras. En el orden programático, cabe agregar que esta Constitución presenta una disposición singular: su cláusula expansiva hace referencia al "principio cristiano de justicia social", y a otros conceptos indeterminados ("soli-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

daridad nacional"), pero asimismo se remite a la ley (art. 74).[32]

Derecho sindical. El derecho de sindicalización se halla establecido en una forma que, aunque en principio parece ser muy amplia, queda sujeta a la eventualidad de peligrosas limitaciones. En efecto, aun cuando se dice que "los trabajadores podrán sindicalizarse libremente", de inmediato esta "libertad" es recortada al establecerse asimismo que ella no puede ser ejercida sino "con el fin *exclusivo* de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales" (art. 60.1). Si bien estos tres tipos de "beneficios" pueden ser interpretados de una manera amplia, sobre todo los "sociales" (rubro cuya semántica autoriza a que dentro de él se ubique prácticamente cualquier actividad humana), resulta también posible, e incluso probable, que la interpretación apunte en el sentido de excluir del terreno sindical las actividades de tipo "político". Mas este rubro, el de lo "político", es un concepto ambiguo, como sabemos *(supra,* § 40). Sea como sea, difícilmente se conciba alguna actividad para obtener unos "beneficios" colectivos que no tenga implicancias desde el punto de vista de tales o cuales ideologías políticas. Por tanto, pretender que en los sindicatos no se haga "política", en realidad equivale a pedir que no hagan *determinada* política, vale decir, alguna que no concuerda con la ideología de los gobernantes.

Continuación. El artículo de la Constitución costarricense permite, pues, discriminar entre los sindicatos por razones ideológicas; esto es, se autorizará o no su funcionamiento según se juzgue que la ideología política de ese sindicato —imposible sería que no tenga alguna— es o no es "admisible". Una disposición semejante viene a desempeñar, en este terreno, función semejante a la de la censura sobre la prensa. Permite (aunque no obligue) a ejercer una "censura" de esa índole, en materia sindical, siempre que los gobernantes o los jueces se decidan a interpretar en algún sentido estrecho la expresión constitucional "beneficios... sociales".

Derecho de huelga. La Constitución admite este derecho, pero sujeto, al parecer, a las restricciones corrientes. En efecto, dice reconocerlo "salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las *regulaciones* que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar *todo* acto de *coacción* o violencia" (art. 61). El texto presenta cierta ambigüedad: no está claro si la prohibición de huelga en los servicios públicos se refiere a todos ellos o solo a algunos que determinará la ley. De todos modos, parece que la interpretación prevaleciente es la restrictiva, o sea, que en principio se puede negar el derecho de huelga en cualquier servicio público.

Continuación. Sería solo para el sector privado, pues, que la ley ha de regular bajo qué condiciones puede llegar a ejercerse dicho derecho. Pero tal "regulación", a su vez, sirve para legitimar restricciones, con el apoyo, por ejemplo, de un concepto indeterminado bastante amplio que trae el texto constitucional: *"todo* acto de coacción" (art. 61). Bajo este rubro se pueden introducir limitaciones estrechas para lo que se permita hacer en calidad de huelga, ya que cabe "desautorizar" incluso actos que *no* sean de "violencia", sino de simple "coacción" (aunque fuera pacífica). Dado que la diferencia entre "coacción" (pacífica) y mera "presión" es muy difícil de trazar, y como difícilmente exista una huelga en donde no se ejerce algún tipo de "presión" —sobre la parte patronal, sobre las autoridades públicas e incluso sobre trabajadores—, la terminología de este artículo abre las puertas para una legislación que permita declarar "ilegal" cualquier huelga, incluso en el sector privado.

En síntesis. La Constitución de Costa Rica, en general no protege propiamente los derechos económicos, aunque declara algunos. Y en lo que particular relación dice con el derecho de sindicalización y el de huelga, no solo omite el otorgarles unas condiciones de protección expresas, sino que subordina su ejercicio a ciertos conceptos indeterminados de peculiares virtualidades restrictivas.

(iv) CUBA

Generalidades. La Constitución cubana se refiere a esta materia en el art. 8.b y, en forma más

32. En realidad, hay allí una ambigüedad sintáctica. Ese artículo dice que la enumeración de "derechos y beneficios" efectuada "no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y *que* indique la ley". Es dudoso si esa "y" tiene sentido copulativo o alternativo.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

particularizada, en los arts. 44 a 49. Desde el punto de vista gramatical, esas disposiciones se caracterizan por estar redactadas en el presente del indicativo, o sea, que mencionan las respectivas tareas del Estado y en general los derechos correspondientes como si ello fuera algo existente *ya* en la realidad o de cumplimiento indefectible. Pero esto no es sino una manera de presentación (lingüísticamente incorrecta) de aquello que, por su carácter normativo, no puede significar sino un *deber ser;* en una redacción más pertinente, tendría que estar expuesto con un "debe" o al menos en una modalidad del futuro. De cualquier manera, fuera de esa particularidad de orden retórico,[33] el contenido mismo de dichas normas es de carácter programático, son disposiciones de la clase *(i) (supra,* §87).[34] No contienen delimitaciones precisas, con la sola excepción de los arts. 45 (jornada laboral y descanso) y 49 (asistencia médica gratuita); pero aun estos preceptos, y con mayor razón todos los demás, no vienen vinculados a ningún sistema de recursos conferidos al particular para que, si el Estado es omiso, aquel pueda reclamar jurídicamente el ejercicio de tales derechos. Cabe acotar, también, que la enumeración de ellos en el texto cubano es menos amplia que la del programa contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Derechos sindical y de huelga. El reconocimiento de una libertad sindical y el ejercicio de la huelga son posibilidades que no se encuentran siquiera mencionadas en el texto constitucional. Atento al sistema general de dicha Constitución, cabe pensar que, en el marco de ella, tales libertades son inconcebibles. Esto sin perjuicio de que, naturalmente, puedan existir unos sindicatos organizados para llevar adelante las directivas del gobierno. Así, la Central de Trabajadores de Cuba, que es una de "las organizaciones sociales y de masas. . . que. . . agrupan en su seno a los distintos sectores de la población", tiene por objeto, como todas ellas, el coadyuvar "a las tareas de la edificación, consolidación y defensa de la sociedad socialista"; y tales organizaciones "cumplen directamente las funciones estatales que conforme a la Constitución y la ley convengan en asumir" (art. 7). Todas esas tareas, como sabemos, se orientan según lo que decida el Partido Comunista (art. 5: *supra,* cap. III: Ap., iv).

En síntesis. Puede decirse que la Constitución cubana representa el grado máximo de restricciones que en materia de libertad sindical y derecho de huelga se halla registrado en cartas constitucionales: los sindicatos son órganos del Estado, enteramente sometidos a las directrices del Partido que lo domina, y el ejercicio del derecho de huelga es una posibilidad que ni siquiera se concibe. Otros derechos económicos se encuentran reconocidos, sí, pero casi todos ellos mediante normas de tipo programático y sin el respaldo de garantías jurídicas constitucionales. Este tipo de Constitución corresponde a modelos de organización de carácter "socialista" (en sentido leninista-stalinista).

(v) CHILE

Generalidades. Con ser, también ella, netamente restrictiva en materia sindical, la Constitución chilena no lo es en un grado tan total —por lo menos de acuerdo con la letra de sus disposiciones— como la Constitución cubana. Aquella contiene, en realidad, muy pocas disposiciones relativas a derechos económicos, y son más bien de tipo programático: cf., por ejemplo, los arts. 19.9 (derecho a la protección de la salud) y 19.6 (libertad de trabajo y su promoción). Bastante concretas son, en cambio, las disposiciones relativas a sindicatos y huelga.

Derecho de huelga. La restricción de este derecho es clara: "No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen

---

33. También en documentos jurídicos de otros países se localizan a veces giros análogos, sean o no tributarios de intenciones retóricas. Caso análogo, por ejemplo, es el del art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: comienza en tiempo de *es* ("nacen", "están"), y luego, más ilógicamente aún, pasa a hacer una inferencia del *es* al *debe*. El mismo tipo de lenguaje asoma también en los Preámbulos constitucionales.

34. Comentario.
"En el caso de Cuba, es evidente que el Estado, las organizaciones populares, etc., han atendido con privilegio a la satisfacción de estos derechos económicos, sociales y culturales. La Constitución, ciertamente, usa también aquí normas con conceptos indeterminados; pero los programas no son indeterminados; son reales y positivos, y se cumplen. Y no solo se cumplen, han producido un cambio espectacular en la realidad cubana" (ANTILLÓN).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de *utilidad* pública o cuya paralización cause *grave daño* a la salud, a la *economía* del país, al abastecimiento de la población o a la *seguridad nacional*" (art. 19.16 *in fine*). Obviamente, lo que sea de "utilidad pública" o "cause grave daño", etc., lo determinarán las autoridades. Por ende, si bien no se niega, en principio, todo derecho de huelga, en la práctica este queda reducido a su mínima expresión.

Derecho sindical. Se dice que hay "derecho de sindicarse en los *casos* y *forma* que señale la ley" (art. 19.19.1). Ni siquiera queda señalado, como lo hacen Constituciones más liberales, que ese derecho es de principio y que la ley viene solo a "reglamentarlo"; el derecho se halla, incluso por principio, *enteramente* sometido a lo que establezca la ley. Por otra parte, se subraya que "las organizaciones sindicales y sus dirigentes no podrán intervenir en actividades político partidistas" (art. 19.19 *in fine*). Y recuérdese que son "inconstitucionales" las organizaciones "que por sus *fines* o por la actividad de sus adherentes" tiendan a propugnar "una *concepción* del Estado o del orden jurídico, de carácter *totalitario*" (art. 8, incs. 1 y 2; *vid.* también *supra*, cap. VIII, Ap.: v *in limine*). Es obvio, por tanto, que no serán admisibles como sindicatos sino aquellos a quienes no se acuse de cualquiera de esas cosas, o sea, los intachablemente apolíticos; "apoliticidad" que deberá entenderse, por supuesto, en el preciso sentido de que sus actividades no obstaculicen en nada lo que deseen llevar adelante las autoridades estatales.

En síntesis. La Carta chilena representa con claridad el tipo de las Constituciones que, sin perjuicio de no decidirse a prohibir en forma absoluta la existencia de sindicatos no estatales ni el derecho de huelga, empero comprimen estos principios dentro de un marco de restricciones tales que la aplicación de ellos se hace excepcional, o su ejercicio normal queda sujeto a unas órbitas de acción tan limitadas que resulta prácticamente inútil. Dicho tipo corresponde a modelos de organización política no pluralista, con infraestructura de capitalismo.

(vi) HONDURAS

Generalidades. La Constitución hondureña presenta un detallado conjunto de disposiciones para el rubro de los derechos económicos, sociales y culturales: nada menos que siete capítulos (Título III, caps. III a IX: De los derechos sociales - De los derechos del niño - Del trabajo - De la seguridad social - De la salud - De la educación y cultura - De la vivienda), que abarcan un total de setenta artículos (arts. 111 a 181). Buena parte de esos preceptos son meramente programáticos o se remiten a la legislación.[35] Pero los hay también de contenido más concreto: por ejemplo, los dos primeros incisos del art. 128 establecen con precisión unos límites para la jornada de trabajo, los incisos 8 a 11 del mismo artículo le fijan al legislador pautas bastante firmes para regular lo relativo al descanso, etc. En líneas generales, puede estimarse que ese conjunto de disposiciones cumple en forma amplia con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, e incluso va más allá de él. En lo que específicamente se refiere al derecho de huelga y al sindical, la Constitución establece las restricciones corrientes.

Derecho de huelga. Es reconocido, pero será la legislación quien "*reglamentará* su ejercicio y podrá someterlo a restricciones especiales en los servicios públicos que determine" (art. 128.13). A pesar de su virtualidad limitativa respecto a este derecho, cabe señalar que, de todos modos, el texto es menos restrictivo que el de otras Constituciones, pues no prohíbe por principio la huelga en los servicios públicos, sino que se limita a admitir la posibilidad de imponer al respecto *algunas* restricciones y ni siquiera es indispensable que estas se apliquen a la *totalidad* de dichos servicios.

Derecho sindical. En esta materia, en cambio, la disposición constitucional aplicable es señaladamente limitativa. Las asociaciones sindicales no se toleran sino "para los fines *exclusivos* de su actividad económica-social" (art. 128.14). La posibilidad de prohibir sindicatos porque sus fines no sean "exclusivamente" esos —por ejemplo, pretextando que son "políticos"— queda, pues, a la entera disposición del legislador, del juez y hasta de las auto-

35. *Vid. supra*, § 89.III, la discusión que tuvo lugar en torno a ello.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ridades administrativas. El angostamiento del derecho de sindicalización es análogamente peligroso, pues, al que establece la Constitución costarricense *(supra,* iii *in fine).*

En síntesis. Puede decirse que la Constitución de Honduras es amplia en materia de derechos económicos programáticos,[36] pero contiene una disposición que puede perjudicar en alto grado la libertad sindical.

(vii) MÉXICO

Generalidades. El Título Sexto de la Constitución mexicana, denominado Del Trabajo y de la Previsión Social, contiene un solo artículo (el 123), pero muy extenso y con regulaciones extremadamente detalladas en varios de sus numerales. A ello cabría agregar aun lo dispuesto en materia de propiedad por el art. 27 (todavía más detallado) y sobre monopolios en el art. 28. Los derechos económicos básicos que se le reconocen a los individuos están consignados en el primero de dichos artículos. Si bien corresponde señalar que, en general, el texto presenta un aceptable grado de determinación, sobre todo en razón de su detallismo, empero subsisten dudas acerca de los medios para controlar que esos derechos se hagan realmente efectivos, pues una serie de determinaciones quedan en manos del legislador y de otros órganos, cuya integración puede no arrojar las suficientes garantías de ejecutividad; pero esto habría que examinarlo antes bien en el nivel pragmático que en el meramente semántico.[37]

Derecho sindical. El precepto constitucional que de manera específica se refiere a este punto consagra tal derecho sin someterlo a ninguna clase de restricciones: "Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc." (art. 123.A.XVI); "Los trabajadores tendrán el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes" (art. 123.B.X *in limine);* el primero de estos textos se refiere sobre todo al sector privado y el segundo al público. Como se ve, ninguno de los dos preceptos establece prohibiciones o límites para el ejercicio de ese derecho, salvo que como tales se entendiera la referencia a los "intereses" de que ahí se trata; por ejemplo, si dicho término se interpretara en una forma muy estrecha, considerando que debe tratarse de unos intereses *específicos,* no "políticos", etc. Pero el texto constitucional mismo no efectúa tales distinciones. Cabe entender, pues, que corresponderá a los sujetos mismos, los titulares de ese derecho, el determinar cuáles son (y cuáles no son) *sus* propios "intereses".

Continuación. En ese mismo sentido cabría interpretar lo que la Constitución dice acerca del derecho de asociarse en general, el cual puede ejercerse "con cualquier objeto *lícito*" (art. 9 *in limine).* Estando a los artículos antes mencionados, habría que considerar como "lícita" toda finalidad de defensa, por parte de un sindicato, de cualesquiera "intereses" que sus miembros consideren tener en relación con su situación laboral. Y a este respecto, los únicos llamados a juzgar serían los propios miembros del sindicato en cuestión. (Todo esto, si nos atenemos estrictamente al texto *mismo* de las disposiciones comentadas.)

Derecho de huelga. Este derecho, en cambio, se encuentra seriamente amenazado por los límites que para él establece la Constitución mexicana. Si bien es afirmado como principio (art. 123, incs. A.XVII y B.X), su "licitud" queda subordinada a condiciones como las siguientes: "Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el *equilibrio* entre los diversos factores de la producción, *armonizando* los derechos del trabajo con los del capital" (art. 123.A.XVIII *in limine);* y solo se permite a los trabajadores "hacer uso del derecho de huelga previo el cumplimiento de los *requisitos* que determine la ley, respecto de una o varias dependencias de los Poderes Públicos, cuando se violen de manera *general y sistemática* los derechos que este artículo les consagra" (art. 123.B.X).

Continuación. El texto constitucional dice también —aunque esto se aplica primordialmente al sector privado— que "Las huelgas serán consideradas como ilícitas *únicamente* cuando la mayo-

36. Téngase en cuenta, sin embargo, la observación de PAZ al respecto: *supra,* § 89.III *in fine.*

37. Por tal motivo, y por el mencionado detallismo, limitamos nuestros análisis al derecho sindical y al de huelga; *vid.* también *supra,* § 89.I-II.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ría de los huelguistas ejerciera *actos violentos* contra las personas o las propiedades, o, en caso de guerra. . ." (art. 123.A.XVIII *in fine*).[38] Por otro lado, empero, señala que "Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la *decisión* de una Junta de Conciliación y Arbitraje" (art. 123.A.XX). No queda claro, en consecuencia, qué pasa cuando una huelga *no* tiene "por objeto conseguir el equilibrio", etc., *ni* se sujeta la "decisión" de la Junta, mas los huelguistas se *abstienen* de ejercer "actos violentos". Pues si el incurrir en esto es, como dice el precepto transcrito, la *única* hipótesis donde una huelga —al menos si es en el sector privado— puede declararse "ilícita", entonces aquellas otras condiciones perderían importancia. Podríamos afinar todavía en el análisis de estos intríngulis semánticos, pero con lo señalado basta para hacer ver que, en definitiva, no hay una nítida protección del derecho de huelga por parte de esos preceptos; sus contradicciones siempre podrán ser interpretadas de una u otra manera. Y menos aún la hay en el sector público al que se refiere el inc. B.X del artículo examinado. (Pero cabe anotar que, al menos, ellas no son *necesariamente* ilícitas en tal sector, ya que el inc. A.XVIII se refiere a la posibilidad de una "suspensión" en "servicios públicos" y el inc. B.X admite "huelga previo cumplimiento de los requisitos. . . respecto de. . . dependencias de los Poderes Públicos".)

En síntesis. La Constitución mexicana tiene, sobre la mayoría de las estudiadas, la ventaja de que, en vez de conformarse con presentar una serie de principios generales meramente programáticos, ofrece una reglamentación detallada de los aspectos que desea regular. Claro que desde el punto de vista técnico puede discutirse si es esta la mejor solución para el nivel constitucional, porque también podría pensarse en la formulación de soluciones de principio relativamente precisas sin necesidad de tanto detallismo, o aun en soluciones de fondo que dicha Carta no contiene. Sea como sea, el texto mexicano garantiza *jurídicamente* de una manera más firme los derechos allí reconocidos que, en líneas generales, la forma en que lo hacen aquellas otras Constituciones. No obstante, él es un tanto indeciso (o ecléctico) en cuanto a la amplitud de su reconocimiento al derecho de huelga. El derecho de sindicalización, en cambio, se encuentra afirmado de un modo prácticamente irrestricto.

(viii) PERÚ

Generalidades. La enumeración de derechos es bastante amplia: cf. el Título I, caps. II a V (De la familia - De la seguridad social, salud y bienestar - De la educación, la ciencia y la cultura - Del trabajo), arts. 5 a 57. Las características generales de esa enumeración son similares a las de la Constitución hondureña, aunque la formulación venezolana es menos detallada en algunos aspectos: cf., por ejemplo, los arts. 43 (sobre "remuneración justa" al trabajador) y 44 (sobre jornada de trabajo), ambos con remisiones a la ley. Por lo demás, la Disposición Transitoria Sexta aclara que aquellos preceptos constitucionales —es decir, los programáticos— "que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican *progresivamente*", serán contemplados de una manera que lleve a su "cumplimiento *gradual*"; la obligatoriedad jurídica de dichas disposiciones queda subordinada a lo que en la materia vaya estableciendo (o no) el legislador, particularmente en la Ley Anual de Presupuesto.

Continuación. Es peculiar una norma que la Carta contiene en cuanto a la interpretación del articulado programático relativo al trabajo: "En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de *cualquier* disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más *favorable* al trabajador" (art. 57.2).[39] Claro que, por más que esté allí un precepto que ordena tal cosa, él no podrá tener la "fuerza" necesaria como para hacer que la Administración y los jueces procedan *siempre* de tal manera justamente; entre otros motivos, porque también puede quedar sujeto a duda si cabe una "duda" sobre tal o cual disposición aplicable, e incluso sobre qué será lo "más favorable al trabajador" en

38. Hay también una disposición relativa a la licitud o ilicitud de los paros patronales (art. 123.A.XIX).

39. Téngase en cuenta también lo que dispone el inc. 1 del mismo artículo, que declara "irrenunciables" los derechos constitucionalmente reconocidos a los trabajadores y "nulo" cualquier acuerdo que pueda celebrarse en contrario, aunque sin prever otras sanciones (*supra*, poco antes de la n. 20). Mas con respecto a esto último, el pensar que sería aún mejor si la Constitución previese unas sanciones más drásticas, comentó GARCÍA B.: "Esto está en las leyes laborales, y las multas a empresas se aplican todos los días; creo que esto no es un tema constitucional".

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

circunstancias dadas. Sin embargo, dentro de lo viable en el plano de la semántica normativa, el incorporar un texto de ese tenor es muy aconsejable para la causa de los derechos humanos, por cuanto aquel puede servir, si también otras condiciones están dadas, para *reforzar* la tendencia hacia interpretaciones jurídicas no restrictivas de los derechos económicos de los sectores populares; en particular, de sus derechos laborales. Aunque dicha disposición contiene conceptos que no carecen de indeterminaciones, las cuales resultarán mayores o menores según los casos, eso no quita que allí, por ser esos conceptos del tipo *(a) (supra,* § 20 *in limine),* sus virtualidades jurídicas puedan en general resultar beneficiosas para aquella causa.

Derecho sindical. El precepto constitucional peruano relativo al "derecho a la sindicalización" tiene una redacción favorable para proteger la efectividad de ese derecho. En efecto, le impone al Estado que lo reconozca *"sin* autorización previa. *Nadie* está *obligado* a formar parte de un sindicato *ni impedido* de hacerlo" (art. 51 *in limine);* por tanto, dicho sea de paso, tampoco cabría colegialización obligatoria.[40] El mismo artículo agrega aún: "Los dirigentes sindicales de todo nivel gozan de garantías para el desarrollo de las funciones que les corresponden" (inc. 3); mas no se indican cuáles serían esas garantías ni cómo hacerlas efectivas. Incluso llega a reconocerse *a texto expreso* "los derechos de sindicalización y huelga de los *servidores públicos",* con algunas pocas excepciones (art. 61).[41]

Continuación. El texto constitucional prevé también, a pesar de lo anterior, que "las organizaciones sindicales se *disuelven. . .* por resolución en última instancia de la Corte Suprema" (art. 51.2). Esta disposición, que no deja de ser alarmante, además resulta un tanto misteriosa, ya que no se señala por qué causales podría proceder una tal disolución, la cual en principio contradiría lo irrestricto del derecho acordado antes.[42] Podría entenderse, acaso, que allí es de aplicación el precepto genérico relativo a la libertad de asociación: "Toda persona tiene derecho: A asociarse y a crear fundaciones con fines *lícitos,* sin autorización previa. Las personas jurídicas se inscriben en un registro público. No pueden ser disueltas por resolución administrativa" (art. 2.11). Parecería, pues, que se puede proceder a disolverlas cuando no cumplen con esos "fines lícitos". La cuestión es, naturalmente, saber quién determinará cuáles fines son "lícitos" y cuáles no: por ejemplo, ¿podría fijarlo *libremente* el legislador?

Continuación. A pesar de todo, la disposición peruana tiene la ventaja, sobre lo que al respecto establecen la mayoría de las otras Constituciones, de obligar a que la disolución de un sindicato no pueda ser decidida sino por vía judicial, jamás mediante una resolución administrativa; e incluso, el que eso no pueda ser ordenado sino por el supremo órgano de aquella vía. Si a esto agregamos la orientación interpretativa que formula el art. 57.2 *(supra,* a la altura de la n. 39), cabe concluir que los criterios para proceder a una tal disolución tendrían que ser realmente excepcionales. Deberían ajustarse a unas causales de extrema gravedad y sometiéndolas a interpretación muy estricta. Por lo demás, el propio texto constitucional "ratifica el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección del derecho de sindicalización" (Disposición Transitoria Decimosétima).

Derecho de huelga. Se encuentra reconocido sin más, pero ha de ejercerse "en la *forma* que establece la ley" (art. 55). Esta remisión a la ley introduce, por supuesto, una vía que puede ser propicia para establecerle *condiciones* a dicho ejercicio que perjudiquen las posibilidades de hacerlo efectivo en la práctica. Pero lo cierto es que esas restricciones no están impuestas por la Constitución misma y, aún más, su contexto general apunta antes bien en un sentido contrario: téngase en cuenta que dicho derecho se reconoce inclusive a "los servidores públicos" (art. 61: *supra,* a la altura de la n. 41).

---

40. Sin embargo, la legislación peruana establece la colegiatura obligatoria para poder ejercer ciertas profesiones: por ejemplo, para realizar actividades calificadas de "periodismo".

41. *Vid. supra,* n. 21, el texto completo de dicha disposición constitucional.

42. Comentario.
"¿Esto es grave?: ¿por qué es grave? ¿Por qué se hizo?: se hizo, justamente, porque los gobiernos militares las disolvían por ley o por resolución administrativa. Ahora ya no pueden ser disueltas por mandato administrativo. Entonces, ¿en quién confiar?: ¡en el juez!" (GARCÍA B.).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En síntesis. La Constitución peruana no solo establece una buena gama de derechos programáticos, sino que también —lo que es más inusual— reconoce en forma bastante amplia, esto es, sometiéndolos a limitaciones menos severas que las establecidas en otros textos constitucionales, el derecho sindical y el de huelga. Esta Constitución representa bien las posibilidades jurídicas que ofrece, en la materia, un modelo pluralista de organización política, con infraestructura capitalista.

(ix) URUGUAY

Generalidades. La Constitución uruguaya se refiere en varios artículos al tipo de derechos que estamos considerando, disposiciones que inserta (sin mucho orden) entre las comprendidas en el Capítulo II de la Sección II, titulada: Derechos, Deberes y Garantías. En general, dichas disposiciones son de orden programático, de modo que todo pasa a depender, al fin de cuentas, de la manera en que logre (o no) concretar esos propósitos la regulación legislativa pertinente; pero corresponde tener en cuenta asimismo que, según el art. 332 de esa Constitución, aquellos preceptos "que reconocen derechos a los individuos... no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva" *(supra,* cap. III: Ap., ix *in limine).*

Derecho sindical. En principio, el texto constitucional parece favorable al derecho de sindicalización, establece incluso que los sindicatos serán "promovidos" por la legislación: "La ley *promoverá* la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando *normas* para reconocerles personería jurídica" (art. 57.1). Claro que el final de esta formulación puede levantar ciertas dudas, pues, a diferencia de la disposición peruana, parece que no es completamente libre el constituir un sindicato, sino que ello se subordina al cumplimiento de las "normas" establecidas por la ley "para reconocerles personería jurídica". Sin embargo, atento al tenor básico de dicho inciso, no parece razonable interpretarlo en el sentido de que tales "normas" pudieran ser de naturaleza tal que obstaculicen la formación de sindicatos, sino que más bien han de referirse a trámites de orden formal y que estén realmente al cómodo alcance de todos aquellos que deseen sindicalizarse.

Continuación. No obstante, hay un precepto que, si bien no llega a prohibir lisa y llanamente la sindicalización de los funcionarios públicos, de todos modos es lo bastante ambiguo como para ser susceptible de dar lugar a interpretaciones en tal sentido: "Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de *proselitismo* de *cualquier* especie" (art. 58.1). Y es solo a título excepcional —según parece— que se admite, dentro de la función pública, una "representación" de los funcionarios: "La ley *podrá autorizar* que en los Entes Autónomos se constituyan comisiones representativas de los personales respectivos, con fines de *colaboración* con los Directores..." (art. 65 *in limine).* Por todo ello, la existencia de sindicatos independientes en el sector público, es decir, capaces de llegar a disentir respecto a las autoridades, no aparece asegurada en la Constitución uruguaya.

Continuación. Por otro lado, y ya de una manera general, se reconoce, para *"Todas* las personas", que estas "tienen el derecho de asociarse *cualquiera* sea el objeto que persigan"; mas enseguida se introduce la restricción de que ello solo cabe "siempre que no constituyan una asociación *ilícita* declarada por la ley" (art. 39). No se establecen *criterios* a los cuales tal "declaración" debería estar sometida, aunque al respecto podrían traerse a colación (¿entre otros?) unos que aparecen en las causales de suspensión de la ciudadanía: "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. Se consideran tales, a los efectos de esta disposición, *las* contenidas en las Secciones I y II [De la Nación y su Soberanía - Derechos, Deberes y Garantías] de la presente Constitución" (art. 80.6). Como dichas Secciones son precisamente las que más abundan en conceptos indeterminados, invocándolos se abrirán unas posibilidades muy amplias de declarar la ilicitud de un sindicato, por "tender" a destruir esas "bases".

Derecho de huelga. Se establece que ella "es un derecho gremial. Sobre esta *base* se *reglamentará* su ejercicio y efectividad" (art. 57.3). Si efectivamente se parte de la "base" de que existe tal derecho, es obvio que la reglamentación no podría obstaculizar "su ejercicio y efectividad". Antes bien, esta deberá asegurar que tal derecho no sea coartado por nadie, ni por el Estado ni por los particulares. La reglamentación no podría discriminar,

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pues, en cuanto al contenido u objetivos de la huelga, ni respecto a quiénes la llevan a cabo, sino únicamente establecer algunas condiciones formales para asegurar que su realización se desarrolle en forma pacífica y sin violación de otros derechos humanos. Desde ese punto de vista, el texto es de los menos insatisfactorios, si lo comparamos con los de otras Constituciones.

Continuación. Sin embargo, dicho precepto ha podido ser interpretado en el sentido de que, si bien reconoce un derecho irrestricto a la huelga en el sector privado, ello no es así para el sector público. En efecto, teniendo en cuenta lo que dice el art. 58 *(supra),* y sobre todo porque la Constitución establece como criterio que ha de partirse de "la base fundamental que el funcionario *existe para* la función y no la función para el funcionario" (art. 59 *in limine),* se ha llegado a la conclusión de que no cabe el derecho de huelga en los servicios públicos. Claro que este texto, que deja la persona del funcionario en el nivel de una especie de *instrumento* al servicio del Estado, cosificándolo prácticamente, degradando su "dignidad" al reducirlo a la categoría de un simple medio, es difícilmente conciliable con la tradición ideológica que sirve de sustento a las bases mismas de la doctrina general de los derechos humanos. Pero lo más probable es que los constituyentes uruguayos no hayan sido plenamente conscientes de estas implicaciones antihumanistas de la fórmula en cuestión. Por lo demás, hay otro artículo que refuerza las dudas, ya que él parece presuponer, por el contrario, que en los servicios públicos puedan llegar a darse paros o huelgas: "En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las *desinteligencias* entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para *mantener la continuidad* de los servicios" (art. 65.2).

Actos Institucionales. En realidad, ellos no han tocado, por lo menos en forma expresa, los artículos constitucionales señalados en el presente capítulo. El Acto núm. 9 (29 de octubre de 1979) y el núm. 13 (12 de octubre de 1982) traen una detallada reglamentación, ochenta y seis artículos, sobre cuestiones de Seguridad Social: estructura orgánica, régimen de pasividades, etc. Pero tal reglamentación cabe entender que corresponde antes bien al nivel de la legislación secundaria que al de la normativa constitucional misma (con excepción, acaso, del Título I —Principios Generales de la Seguridad Social— del Acto núm. 9, pero tampoco aquel introduce cambios en la Constitución). En lo que particular referencia dice con los derechos sindicales y de huelga, tienen que encontrarse afectados por los principios generales que en materia de derechos humanos establece el Acto núm. 5 *(supra,* cap. III, Ap: ix *in fine),* según el cual todos estos quedan subordinados a lo que las autoridades consideren oportuno ordenar "en función de la *seguridad interna"* (art. 3.2). Es obvio que, en tales condiciones, los respectivos textos constitucionales serán interpretados de la manera más restrictiva para el ejercicio efectivo de dichos derechos y de la manera más amplia para las posibilidades de intervención estatal en la materia.

En síntesis. La Constitución uruguaya contiene varias normas programáticas relativas a derechos económicos y sociales. En cuanto al derecho de sindicalización, lo protege de una manera más bien vacilante. Menos indecisa es la formulación respecto al derecho de huelga en general, que aparece básicamente reconocido; pero vacilaciones análogas a aquellas, o aún más graves, se dan en cuanto a la medida en que dicho reconocimiento incluye también a los funcionarios públicos. Luego del golpe de Estado de 1973, todas esas dudas se entienden resueltas en dirección restrictiva. [Pero a partir de 1985 se vuelve al orden constitucional.]

(x) VENEZUELA

Generalidades. La Constitución tiene un capítulo, el IV del Título I (arts. 72 y sigs.), donde se hallan registradas una serie de disposiciones programáticas afines a las del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De ellas, la más concreta —aunque no descarta la posibilidad de "excepciones" (¿cuáles?)— es la referente a la duración máxima de la jornada de trabajo: "Salvo las excepciones que se prevean, la duración normal del trabajo no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho semanales, y la del trabajo nocturno, en los casos en que se permita, no excederá de siete horas diarias ni de cuarenta y dos semanales" (art. 86.1). De todos modos, el propio texto constitucional no oculta ese carácter simplemente "progresivo" que adjudica a la generalidad

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de esos derechos: "En forma *progresiva* se desarrollará un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra infortunios del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualesquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar" (art. 94.1).

Derecho sindical. Se señala que los requisitos a que según la ley estarán sometidos los sindicatos no pueden establecerse sino "con el objeto de asegurar la mejor realización de sus funciones *propias* y garantizar los derechos de sus miembros" (art. 91 *in limine).* Suponiendo que la mejor solución fuese admitir que la ley intervenga en materia sindical, esa redacción es ciertamente de las menos restrictivas en la materia. Sin embargo, la alusión allí a la existencia de unas "funciones propias" puede también dar lugar a interpretaciones peligrosas, pues no está descartado que por "propias" se entienda, por ejemplo, que tales funciones deban ser "apolíticas", con todas las consecuencias limitativas que ello acarrea *(vid.* las observaciones efectuadas sobre la Constitución de Costa Rica y la de Honduras: *supra,* iii y vi). De todos modos, hay que tener en cuenta asimismo que la continuación de este precepto trae una norma que es de singular valía orientadora, pues está inequívocamente orientada hacia la protección del fuero sindical: "La ley protegerá en su empleo, de manera específica, a los promotores y miembros directivos de los sindicatos de trabajadores durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para asegurar la libertad sindical" (art. 91 *in fine).*

Derecho de huelga. La Constitución lo establece, pero "dentro de las *condiciones* que fije la ley" (art. 92 *in limine).* Una delegación tan amplia ("condiciones". . .: ¿cualesquiera?) a lo que el legislador tenga a bien establecer al determinar la regulación respectiva, naturalmente que es peligrosa para la realización de ese derecho. Por otra parte, en principio se admite que sea prohibida en los servicios públicos, ya que allí solo "se ejercerá en los *casos* que aquella [la ley] determine" (art. 92 *in fine).* No obstante, por el hecho de que esta prohibición no es absoluta, sino que presupone la posibilidad también de que haya casos (señalados por esa ley) de servicios públicos donde tal derecho se admita, se abre la posibilidad de que el legislador resuelva el asunto en forma no demasiado restrictiva, vale decir, que solo se prohíba en servicios donde una huelga provocaría perjuicios realmente insoportables para el mantenimiento de la vida en colectividad.

En síntesis. Puede decirse que la Constitución venezolana no solo contiene un buen número de disposiciones programáticas para la materia, sino que incluso ella es de las que presentan un tenor menos peligroso para coartar el empleo de los medios sindicales de defensa de dichos derechos. Esta Constitución es otro buen ejemplo de aquel tipo que también representa la peruana *(supra,* viii *in fine).*

*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ANEXO

Índice analítico del capítulo IX

EL CAMPO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS

Nota: este capítulo se encuentra en el vol. II del *Tratado* (cf. *supra,* p. 81, la Nota *in fine),* p. 881-959.

Sección A): **MARCO CONCEPTUAL**

§ 82. **Generalidades**
- dificultades para una categorización general de estos derechos [I]
- dos definiciones estipulativas; discusión [II]
- viabilidad (límites materiales) y justicia distributiva (voluntad política) [III]

§ 83. **Conceptualización jurídica**
- carácter programático de tales derechos [I]
- una posibilidad semántico-dogmática [II]
- conclusión [III]

§ 84. **Conflictos entre derechos humanos** (la supuesta antinomia entre derechos económicos y libertad de expresión)
- planteamiento general de la problemática [I]
- falsas oposiciones y contradicciones reales [II]
- el engaño de la tradición antiliberal; conclusión [III]

§ 85. **Instrumentos internacionales**
- Declaración universal; Pacto de derechos económicos; Convención americana [I]
- comentario [II]

§ 86. **Heurística**

Sección B): **LA ESFERA DE LAS CONSTITUCIONES**

§ 87. **Tipos de normas**

§ 88. **Panorama general de las Constituciones de América Latina**

§ 89. **El derecho de huelga y el de sindicalización** (como índices)
- carácter "sintomático" de estos derechos [I]
- papel restrictivo de la intervención estatal; conclusión [II]
- discusión [III]
- posición de las Constituciones [IV]

§ 90. **De la normativa constitucional a la realidad**
- pistas para la investigación empírica [I]
- derecho de huelga y de sindicalización (cuatro situaciones) [II]

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

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
'FERNANDO COTO ALBÁN'

ALCANCES Y LIMITACIONES DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN COSTA RICA

MS. MARIO ALBERTO VÍQUEZ JIMÉNEZ

"De esa prisión, con todos los asedios políticos del cuerpo que en su arquitectura cerrada reúne, es de lo que quiero hacer historia. ¿Por puro anacronismo? No, si se entiende por ello hacer la historia del pasado en términos del presente".
(M. Foucault, *Vigilar y castigar*, p. 37).

I. Introducción.

Ingresar con pretensiones de evaluación en el mundo del tratamiento penitenciario costarricense, requiere de algunas consideraciones previas.

En primer término, creemos necesario establecer que cualquier evaluación de un fenómeno social en general y del sistema de tratamiento penitenciario en particular, debe ser abordado sin perder la perspectiva histórica. Es decir, que las ideas e instituciones hoy constituidas, tienen que ser entendidas dentro de un proceso históricamente devenido. La razón del argumento se fundamenta, por un lado, en el hecho de que las instituciones sociales no están sujetas a la simple voluntariedad de los hombres o de su buena fe, sino que están estrechamente vinculadas a las condiciones económicas, sociales y políticas que las sobredeterminan en un contexto dado. Por otro lado, tal y como lo señala Foucault, nos ha parecido fácil caer en la tentación de querer establecer los hechos del pasado en términos del presente, o viceversa. Una segunda consideración previa, la dirigimos en el sentido de que no basta una simple enunciación de que el sistema de reacciones penales persigue la resocialización. Es por el contrario indispensable para que esta se acerque más a la realidad, que exista una política criminal integral, dentro de un todo armónico que incluya los diversos elementos del sistema de justicia penal. Porque ¿De qué sirve evaluar y planificar el subsistema penitenciario, cuando la concepción policial sigue persiguiendo fines eminentemente represivos y el subsistema judicial sigue enmarcado dentro de una lógica retributiva? En sentido positivo esto significa que cualquier política de planificación penitenciaria, tendrá necesariamente que estar engarzada dentro de una política criminal integral y dentro de los planes de desarrollo a nivel nacional.

II. Antecedentes históricos.

El sistema de reacciones penales históricamente en nuestro país, ha tenido diversas modalidades, utilizándose medidas como la pena capital, el exilio, la deportación y diversos castigos corporales.[1] Una de estas supuestas soluciones de reacción social frente a la delincuencia y por consiguiente no la única, es la pena privativa de libertad. Lo curioso de la misma es que además de tener más de dos siglos de ser el eje de las políticas criminales, tiene una utilización casi universalizada, pasando a ser uno de esos fenómenos que nosotros concebimos como "sin fronteras"; es decir, que son aplicadas en diversas formas de organización social y política, como violencia institucional hacia los otros seres humanos, con objetivos cada vez más contradictorios y complejos. Una de las posibles razones de la vigencia de esta institución en sus diversas formas de presentación (prisión-empresa, educación-formación, institución terapéutica, etc.) está vinculada a que la prisión es probablemente el principal instrumento de reacción social con que cuenta el Estado para la represión y formulación de intenciones de resocialización del interno. Esto nos permite, de antemano, sacar algunas enseñanzas; por un lado, nos permite comprender que en nuestro país, en la "progresiva humanización" del sistema de reacciones penales, ha sido preciso

1. Ver al respecto: JINESTA, Ricardo, *La evolución penitenciaria en Costa Rica*. Editorial Imprenta Falcó, Costa Rica, 1940.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

superar una concepción donde la pena se identifica con "castigo", permitiéndonos en la actualidad inclinarnos más hacia la búsqueda de nuevas medidas alternativas donde, sin detrimento de la utilización de un sistema cerrado de tratamiento, se utilicen medidas de desinstitucionalización, conjuntamente con programas preventivos de base comunitaria en sus diversos niveles de integración.[2]

Igualmente se nos hace evidente que cualquier política criminal que aspire a que la diversidad no tenga que estar sujeta al poder de criminalizar, de unos seres humanos sobre otros, deberá buscar formas más elevadas de organización social, donde la planificación tenga no sólo de base la investigación científica, sino la participación plena y democrática de los diversos sectores sociales.

En Costa Rica, como veníamos mencionando, la ejecución de la pena ha estado ligada a diversas concepciones de reacción penal, que a su vez correspondían a formas concretas de organización social. Este proceso, creemos puede resumirse en un ciclo recurrente de "iniciativas", presentadas casi siempre con un carácter humanizador. Es así como de la colonia a 1871 van a prevalecer las ideas de castigo y venganza dirigidas al cuerpo del condenado, donde el suplicio era parte integrante de la pena. Para 1874 esta época era recordada oficialmente, como inhumana y degradante, proponiéndose la idea de "aislar a los prisioneros y sacarlos de la vista pública, recluyéndolos, en un acto de bondad, en la Isla de San Lucas".

La solución de San Lucas para 1906 era ya presentada por los sectores gobernantes como inefectiva, plantéandose la creación de una penitenciaría central donde nos dicen ". . .finalmente se podrá readaptar al delincuente para hacerlo un ciudadano de provecho y de bien".[3]

Lo cierto es que la penitenciaría se denunciará para 1960 como la vergüenza nacional, implementándose La Reforma Penitenciaria actual, que se inicia en su fase de ejecución a partir de 1975.

Es así como nuestro Sistema Penitenciario actual tiene como antecedentes todo un proceso de modificación de teorías de la pena, que se empieza a evidenciar a partir de 1881, pasando de una concepción de la justa retribución, que presupone la culpabilidad basada en el libre albedrío, a una concepción más correccionalista, que renunciando a los fundamentos éticos de la pena, sostiene que se trata de un instrumento del Estado, fundamentalmente para impedir el delito. El objetivo fundamental de este sistema así concebido es evitar la reincidencia. Surge así la idea de que el sistema deber estar al servicio de la resocialización.

Como consecuencia de todo esto, podemos decir que a nivel jurídico, el abandono paulatino de las concepciones talionarias y expiatorias ha coadyuvado a humanizar la ejecución penal y más específicamente el Sistema Penitenciario.[4]

III. Alcances y limitaciones del modelo de tratamiento actual.

La implementación del sistema penitenciario actual, a pesar de las barreras superadas y del salto cualitativo que significa, nos deja sin embargo sin resolver los límites de la intervención estatal. Las preguntas que podríamos formular son: ¿Quiénes son readaptados? ¿En qué medida? ¿Debe ser readaptado el sujeto con deficiencias de socialización, que no hizo nada?

La respuesta en nuestro caso es que no puede el Estado, con el pretexto de la prevención de conductas futuras, restringir los derechos de los sujetos que no han cometido delito alguno.

En realidad, tal y como mencionan algunos autores, la pregunta central es: ¿Existe derecho a resocializar? Es así como dejando de lado el poco menos insuperable problema de delincuentes por convicción, se presentan otros problemas de respuesta nada sencillos. Así, por ejemplo, ". . .la prostituta que quiere seguir siéndolo, puede considerar legítimo que la castiguen, si la mayoría del conjunto social la considera 'asocial'; pero no que se le manipule su personalidad, para obligarla a dejar de ser lo que quiere".[5]

Ahora bien, con esto lo que queremos es evidenciar la necesidad de establecer las contradicciones y limitaciones del sistema de tratamiento penitenciario para que no sea depositario de

---

2. La Dirección General de Adaptación Social ha iniciado en 1985 un Programa de Prevención del Delito de base comunitaria, que presupone metodológicamente la coordinación interinstitucional.

3. VÍQUEZ, Mario, *La prisión, posición y función en la sociedad costarricense.* Tesis-Maestría, México, D.F., 1982.

4. RIGHI, Esteban, *Documento interno del Instituto de Formación Profesional,* Procuraduría de Justicia del D.F., México, D.F. 1980.

5. RIGHI, Esteban, *op. cit.*, 1980.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

potencialidades mágicas de resocialización, ni de las incongruencias del sistema de justicia penal. Es así como nos encontramos con casos que siendo considerado el delito por el marco jurídico y el contexto social como muy graves o producidos dentro de un contexto social irreparable, la clínica criminológica centrada en el sujeto y su proceso de socialización, determina que no existe necesidad de readaptación social. Poniéndose así en evidencia la necesidad de clarificar cuál es la finalidad que persigue el Estado cuando impone sanciones; porque tan peligrosa es la manipulación de la personalidad de sujetos con acciones de escaso contenido injusto, que se detectan con graves problemas de socialización, como la ausencia de reacciones penales en aquellas acciones definidas como graves pero de las que el sujeto no requiere resocialización.[6]

En cuanto al carácter ideológico del tratamiento penitenciario, es decir, la fundamentación en nociones ideológicas, podemos partir del objetivo principal del sistema penitenciario, que es la adaptación social de los internos sentenciados y la custodia de los sujetos a proceso.[7]

Esta acción de ejecución de las medidas privativas de libertad se sustenta a partir de dos premisas no siempre confirmadas. La primera de ellas sostiene que la sociedad está organizada en términos de un consenso; es decir, se presupone que hay un sistema de normas unitario y compartido por todo el grupo social, que justifica las reacciones contra los supuestos grupos minoritarios que lo infringen.[8]

En segundo término nos encontramos con la concepción y abordaje del interno como si se tratara de un ser *patológico,* es decir, como un enfermo, confundiéndose el "consecuente" con el "antecedente", como si la conducta desviante y la singularidad del sujeto tuvieron su origen en el sujeto mismo y, por consiguiente, tiene origen en sí mismo, encubriéndose el carácter social de toda conducta individual.

Por lo demás, la prisión como institución total y totalitaria, siempre tendrá serias dificultades para reproducir las condiciones de vida en libertad, requisito fundamental para poder preparar a un sujeto para la libertad.

En todo caso, no conocemos ningún sistema de tratamiento que, para ser eficaz, no presuponga la voluntariedad sincera del sujeto para modificar su proyecto de vida, requisito difícilmente alcanzable en las prisiones por su carácter represivo, donde son constantes las pugnas entre los fines "readaptadores y los fines de seguridad y custodia".

Igualmente deben ser señaladas como dificultades de aplicación práctica de nuestro sistema de tratamiento penitenciario, las carencias de una organización sistemática de investigación, ausencia de un marco jurídico congruente y actual, las dificultades presupuestarias y de planificación, ausencia de una política clara de personal, para finalmente dejar señalado que los efectos del tratamiento readaptador son impredecibles y difícilmente mensurables; teniendo tan sólo como indicadores la innegable existencia de un importante esfuerzo económico, humano e intelectual, dirigido a la readaptación de los sujetos sometidos a penas privativas de libertad.

Nuestra visión del tratamiento penitenciario así expuesto no pretende, desde ningún punto de vista desalentar ese esfuerzo económico y moral y en especial el compromiso de un personal penitenciario que ha expresado una gran mística; pero no por ello dejar de puntualizar los límites de la prisión para que sea evaluada en su justa medida como parte de un sistema de justicia penal, de la que es tan sólo su último eslabón.

Queremos finalmente plantear una nueva premisa para el tratamiento penitenciario, resumida en una frase de Esteban Righi que nos dice lo siguiente:

> "El Estado puede utilizar el remedio penal para rehabilitar al condenado y es saludable que lo haga. Pero lo que no se puede admitir es que en su preocupación preventiva, acentúe tanto el 'tratamiento' hasta convertirlo en algo peor que la pena".[9]

---

6. Esta contradicción nos marca la discusión entre una lógica penitenciaria centrada en el actor y la lógica judicial centrada en la acción.
7. Ver al respecto la Ley núm. 4762 de 1971.
8. Al respecto es interesante la obra de Lolita Aniyar de Castro, *La realidad contra los mitos*, Maracaibo, Venezuela, 1982.
9. RIGHI, Esteban, *ídem*.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Oscar, *Evolución política constitucional de Costa Rica.* Editorial Lehmann, San José, C.R., 1978.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.* Editorial Siglo XXI, México, 1982.

JIMÉNEZ, Mario Alberto, *Desarrollo constitucional de Costa Rica.* Editorial Costa Rica, San José, 1973.

JINESTA, Ricardo, *La evolución penitenciaria en Costa Rica.* Editorial-Imprenta Falcó.

Programa de Prevención del Delito, Dirección General de Adaptación Social. Documento interno, 1986.

RIGHI, Esteban, *Documento interno del Instituto de Formación Profesional.* Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., 1980.

TAYLOR, Ian et al, *Criminología crítica.* Editorial S. XXI, México, 1977.

VÍQUEZ, Mario Alberto, *La prisión, posición y función en la sociedad costarricense.* Tesis-Maestría. México, D.F., 1982.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

NORMALIDAD E IDEOLOGÍA: EL EJEMPLO DE LA TENTATIVA DE SUICIDIO*

LICDA. ALEXANDRA PÉREZ JOHNSTON

"Enfocar un texto (no importa el tipo) desde la óptica de la locura es arriesgarse a que ese texto nos enfoque la propia locura (la de nuestro discurso)".

Manuel Picado, **El envés de la red**

Mientras la mayor parte de los escritos de Derecho Penal y disciplinas conexas se caracterizan por utilizar métodos exegéticos clásicos, la intención de este texto es realizar otro tipo de análisis: lo que se ha dado en llamar lectura sintomal.[1]

En términos tal vez demasiado simplistas podríamos hablar de que la ley es el equivalente del "consciente" del sujeto, pero que existe también un "inconsciente" de la ley, que para hacerse discurso requiere de todo un proceso de lectura inquisitiva y violenta.

El propósito de este texto es tomar, en este caso, el artículo 114 del Código Penal y hacerle lectura sintomal. ¿De qué se habla cuando se alude a "el que intentare suicidarse"? ¿Qué se está diciendo al imponer una medida de seguridad? ¿Qué punto de referencia tiene el adjetivo "adecuado", con que se califica el tratamiento psiquiátrico que se le adjudica al que intenta suicidarse? ¿Cuál es, en última instancia, el valor funcional para el sistema de esta norma? Estas son sólo algunas de las interrogantes que plantea una lectura sintomal del artículo 114 del Código Penal.

Ahora, ¿para qué hacer lectura sintomal? Quizá para descubrir los mecanismos ideológicos que subrepticiamente nos controlan; tal vez para subvertir el sentido de un orden que, de tan evidente, deviene invisible; o aun por el simple propósito de pervertir el discurso y jugar con el lenguaje, deslizándose hacia la locura.[2]

A la hora de leer el artículo 114[3] en esta forma, nos enfrentamos a varios problemas: unos de carácter puramente conceptual, como la tautología circular dentro de la que se define sin definir la noción de suicidio; y otros de carácter ideológico, como el hecho de que se considere fuera de los parámetros de normalidad el que alguien no escoja siempre lo que usualmente se conoce como vida. Es aquí donde la lectura sintomal se impone, para hurgar en las verdaderas motivaciones de este proceder y mostrar la parte sumergida del iceberg.

El suicidio ha sido tema ubicado en zonas de alto voltaje, donde cualquier cambio o cuestionamiento de la evidencia suscita reacciones generalizadas de oposición y escándalo. Por ello, nuestro enfoque podrá en algún momento hacer violencia

---

* (Una novísima y abreviada versión de la tesis "Suicidio, ideología y ley: disertaciones sobre la locura" presentada por la misma autora para optar al grado de licenciada en Derecho en la Universidad de Costa Rica).

1. Término acuñado por Althusser, que alude a una forma de tomar el texto, el discurso que se nos enfrenta, como síntoma de algo que le precede, que le subyace, que está latente. "Para la lectura sintomal lo que está escrito es un efecto, un producto de una serie de determinantes cuyo mecanismo debe esclarecer. El problema para una lectura sintomal es el de llegar a saber cuál es la problemática en la que el texto se inscribe y a la que él pretende responder... Esta lectura es inquietante, intranquilizadora, en un cierto sentido es una lectura maldita". BRAUNSTEIN (Néstor), *Psicología: Ideología y Ciencia*, Siglo XXI Editores, México, 1982, pág. 332.
2. El lenguaje de la locura es el perpetuo deslizamiento de las palabras en actos, hasta que llega el momento en que la palabra es puro acto. COOPER (David), *El lenguaje de la locura*. "¿Cómo habla la locura? A esta pregunta no se puede responder más que de forma contradictoria. Locura y lenguaje son concomitantes y excluyentes. La sinrazón no está ahí donde se habla de ella. La locura quizá esté simplemente ahí donde se habla, en hablar. PICADO (Manuel), *El envés de la red*, EDUCA, San José, 1985, pág. 65.
3. Art. 114. Al que intente suicidarse se le impondrá una medida de seguridad consistente en un adecuado tratamiento psiquiátrico.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en el lector, lo cual, lejos de amedrentar la escritura, la coloca en el lugar del goce.[4]

Por otra parte, el abandono de un estilo convencional de escritura jurídica podrá desconcertar al lector cuya mente oscile en la cuadratura de que los lenguajes deben dividirse según su propósito, considerando inadecuado el delirio en materias cuya cientificidad se cree o por lo menos se alega. Se usará aquí un estilo ensayístico por considerar esta forma como la idónea para nuestro enfoque. Y, según palabras robadas, "el ensayo no puede hacer concesiones a la doctrina. Su ámbito propio es el de los matices. No puede ser doctrinario porque es, ante todo, un inductor de ambigüedad. La doctrina tranquiliza; el ensayo no. En él predomina la sugerencia sobre lo unívoco. Renuncia a toda ilusoria realidad".[5] En otro aspecto también es idónea la forma del ensayo, por la ausencia de pretensiones globalizadoras. Así, "el ensayo se desinteresa del sistema. Persigue más bien el punto donde éste falla, se abre y se pierde. El trabajo del ensayo toca el sitio prohibido donde el Todo esconde el precario equilibrio que lo funda y sostiene".[6]

Después de tan insistentes advertencias, no se puede menos que comenzar la labor, pese a la tentación de permanecer en los prolegómenos (de alguna manera siempre da más placer plantear que realizar).

El ensayo se estructurará, para efectos de orden, alrededor del artículo 114, en una división tripartita que analizará en primera instancia la indefinición conceptual de la noción de tentativa de suicidio. En segundo lugar, se comentará la presunción de locura que presenta el artículo, haciendo énfasis en las relaciones estrechas entre normalidad e ideología; y finalmente, se planteará el "adecuado tratamiento psiquiátrico de que habla el artículo 114 en términos de disidencia-represión, contrapuesto esto último a la usual dualidad ideológica de locura-cura.

I. LA INDEFINICIÓN CONCEPTUAL DEL ARTÍCULO 114 DEL CÓDIGO PENAL

Desde un punto de vista histórico y doctrinal, el suicidio no es un concepto único y bien definido. Cada pueblo lo define en formas diversas dado que es un concepto que se define de acuerdo con la valoración que se le dé a los comportamiento. Así, a nosotros nos podrá parecer que un piloto japonés que se estrella contra el enemigo para eliminarlo, sabiendo que él también perecerá *(kamikaze)*, comete suicidio. Pero rehusamos aceptar que fumar tres cajetillas de cigarrillos al día sea suicidio. ¿Cuál es la diferencia? ¿Plazo? ¿Seguridad del resultado? No; simplemente cultura, valores, en resumen, ideología.[7]

Tampoco hay coincidencia si examinamos los conceptos de suicidio que se manejan en diferentes disciplinas. Dentro de la misma filosofía, el suicidio es objeto de tratamientos diversísimos, que van desde concepciones moralistas como la de Debreyne[8] o Santo Tomás, hasta las posturas existencialistas como las de Camus, que plantea el suicidio como una solución al absurdo de la vida.

Al surgir la ciencia sociológica, ésta se aboca a la construcción de conceptos. El suicidio no escapa a esto. No en vano nos dice Baechler, en su texto *Les Suicides*, que "científicamente el suicidio no existía. Debía construirse. De hecho, puede utili-

---

4. Roland Barthes habla de textos de goce y textos de placer. Así, el texto de goce sería "el que pone en estado de pérdida, desacomoda (tal vez incluso una forma de aburrimiento) hace vacilar los fundamentos históricos, culturales, psicológicos del lector, la consistencia de sus gustos, de sus valores y de sus recuerdos, pone en crisis su relación con el lenguaje". BARTHES (Roland), *El placer del texto*, Edit. Siglo XXI, México, 1980, pág. 23.
5. PICADO (Manuel), *op. cit.*, págs. 22-23.
6. *Ib.*, pág. 24.
7. En una primera acepción, ideología sería la representación del mundo de una cierta forma. Luego usaremos otras acepciones del término.
8. "El frenesí de los que voluntariamente se matan es uno de los síntomas más espantosos de la disolución que amenaza a la sociedad moderna". DEBREYNE, (P.), *El suicidio considerado bajo los puntos de vista filosófico, religioso, moral y médico*, Editorial Pons y Co., Barcelona, 1879, págs. 8-9.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zarse el suicidio para fines científicos, pues es innegable que su carácter de situación límite lo hacen un ejemplo privilegiado para probar cualquier teoría sobre el hombre y su aventura".[9]

En efecto, Durkheim fue el pionero de las teorizaciones sobre el fenómeno del suicidio, que define como "todo caso de muerte que resulte directa o indirectamente de un acto positivo llevado a cabo por la misma víctima a sabiendas del resultado".[10] Sin embargo, definiciones posteriores han señalado aspectos totalmente distintos. Así, no siempre hay muerte (caso de la tentativa) y, en todo caso, la pregunta ¿qué es muerte? es merecedora de una respuesta menos fisicalista que la que generalmente se propone. La muerte en vida también es muerte. No hay verdadera diferencia entre creer que se está muerto y estarlo.

Tampoco puede decirse categóricamente que la víctima sea ella misma la actora, ya que desde una perspectiva psicoanalítica, el sujeto no es un individuo con una voluntad libre, capaz de elegir sus actos, sino un soporte vacío de una problemática, de un entorno que lo utiliza para manifestar su desazón.[11]

El problema se tendría que enfocar como la sociedad confesándose a sí misma a través de la muerte de un individuo (o de su comportamiento tendiente a ello).[12]

De igual manera puede criticarse la frase "a sabiendas del resultado", pues a menudo no existe proporcionalidad entre el método usado y el resultado obtenido, por la ignorancia del sujeto u otras razones.

Hay muchas otras definiciones que llegan incluso a ser contradictorias, y en el campo de la psiquiatría también existe el mismo problema, sin mencionar la posición psicoanalítica.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que no existe un solo concepto de suicidio, y, a fortiori, tampoco de su tentativa, que evidentemente plantea exigencias mucho mayores a la hora de definirla.

Así, si no hay un solo concepto indubitable de suicidio, la ley, al sancionar su tentativa, debería definir el comportamiento que tipifica.

Sin embargo, no lo hace, sino que incurre en tautología con el encabezado del artículo: tentativa de suicidio. Y luego el texto habla de "el que intentare suicidarse". En otros artículos, por ejemplo el de homicidio simple, se hace al menos una definición preliminar: "el que diere muerte...". Pero en el artículo 114, nada.

Entonces, ¿cómo puede sancionarse un comportamiento indefinido? El principio de tipicidad y el de seguridad jurídica quedan completamente anulados.

II. LA PRESUNCIÓN DE ENFERMEDAD MENTAL

El artículo 114 asigna al que intente suicidarse una medida de seguridad consistente en un adecuado tratamiento psiquiátrico. Según los artículos 101 y 102 del Código Penal, este tipo de medida es de índole *curativa.*

Definitivamente el concepto de CURA remite en forma inmediata al de ENFERMEDAD y de esto se deduce la presunción *(iuris tantum,* pero presunción al fin) del artículo 114, de que el que intenta suicidarse es un enfermo mental.[13]

Esta presunción nos lleva a varios problemas. El principal es la definición de los parámetros a utilizar para ubicar qué es normal y qué es patológico. ¿Existe algo que pueda definirse como enfermedad mental? ¿Puede acaso ponerse el dedo en una llaga llamada locura?

---

9. BAECHLER (Jean), *Les Suicides*, Editions Calmann-Lévy, Poitiers, 1975.

10. BAECHLER (Jean), *op. cit.*, pág. 75.

11. "Claramente, la conciencia y la conducta individuales son transacciones del sistema con el sistema mismo (que produjo al individuo). Los sujetos singulares son, simplemente, los soportes de esas transacciones". BRAUNSTEIN, *op. cit.*, pág. 71.

12. "La sociedad reposa sobre un crimen cometido en común". ARTAUD (Antonin).

13. El estudio de las actas del anteproyecto de Código Penal de 1969 nos confirma esta afirmación. En ellas se dice que la introducción de la nueva figura de tentativa de suicidio (en los anteriores códigos penales no existía), obedece a un "afán de proteger a quien falló en tan fatal determinación y que forzosamente lo ha hecho empujado por un grave desequilibrio psíquico". (Asamblea Legislativa, Exposición de motivos, folios 128-133).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Dentro de la perspectiva de las diversas disciplinas científicas, entre ellas la psiquiatría, se percibe la locura en términos de enfermedad, ubicada en al paciente, y de cura, localizada en un determinado profesional médico. La locura se explica y clasifica, se le otorga un campo en una nosografía que a a priori nombra categorías y cuadros de síntomas.

Históricamente, el fenómeno del internamiento no surge hasta el siglo XVII (por el apogeo del racionalismo cartesiano) para todo lo que represente la sinrazón, de la cual la locura es sólo una pequeña parte. Pero aún la medicina no tenía relación determinante con la designación y ubicación de la locura, aunque ya empieza a esbozarse el *rol* del médico.[14] Es la necesidad de legitimar la marginación jurídica de algunas personas lo que eventualmente llevará a otorgar poderes extraordinarios al médico. El origen de la clasificación de la locura no obedece verdaderamente a parámetros médicos sino a demandas de poder.

Se une la figura del "perturbador social" (aspecto social de la locura) con la figura del "incapaz" (aspecto jurídico de la locura) en lo que Foucault llama una "unidad mítica".[15]

Pero en verdad no se define qué es locura. Sólo se reconoce al loco por sus diferencias de los demás, por lo que no tiene, por lo que "le falta". Así, la locura no tiene un ser, sino más propiamente un no ser.[16]

Ante esta situación, la medicina se debe abocar a encontrar signos positivos para describir su objeto. ¿Cómo podría si no curar algo que no sabe qué es? Es aquí donde surge la pasión nosográfica que habrá de caracterizar a la psiquiatría hasta nuestro días. Se empiezan a describir síntomas y especies, y se organiza todo un mundo patológico bajo un modelo taxonómico.

Este es el nuevo espacio en que se inserta la locura como enfermedad mental.[17]

El acto de clasificar en psiquiatría es altamente interrogable, ya que no es más que una forma de crear espacios apriorísticos para lograr encajonar lo inaprehensivo, lo indefinible.

Incluso se hace abstracción del enfermo para poder reconocer un límpido cuadro conformador de la enfermedad, que no existe más que en un espacio clasificatorio como concepto productor de efectos.[18]

Las clasificaciones psiquiátricas (primer instrumento que se aplica al que intenta suicidarse) han sido impugnadas desde varios ángulos. Para ejemplificar sus críticas, Braunstein compara la clasificación de enfermedades o trastornos mentales propuesta por la American Psychiatric Association con una clasificación de animales hecha por Borges en *Otras Inquisiciones.* Es tan ilustrativa que no logro resistir transcribirlas enteras:

> "En las remotas páginas de cierta enciclopedia china que se titula Emporio Celestial de Conocimientos Benévolos está escrito que los animales se dividen en a) pertenecientes al Emperador, b) embalsamados, c) amaestrados, d) lechones, e) sirenas, f) fabulosos, g) perros sueltos, h) incluidos en esta clasificación, i) que se agitan como locos, j) innumerables, k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, l) etcétera, m) que acaban de romper el jarrón, n) que de lejos parecen moscas". Jorge Luis Borges, *Otras Inquisiciones.*

> "290-294: Psicosis asociadas con síndromes orgánicos cerebrales, 295-299: psicosis no atribuidas a condiciones físicas previamente enunciadas, 300: neurosis, 301: trastornos de la personalidad, 302: desviaciones sexuales, 303: alcoholismo, 304: dependencia a drogas, 305: trastornos psicofisiológicos, 306: síntomas especiales no clasificados en otra parte, 307: perturbaciones situacionales transitorias, 308: trastornos del comportamiento de la infancia y de la adolescencia, 309: síndromes orgánicos cerebrales no psicóticos, 310-315: oligofrenias, 316: desajustes sociales sin trastorno psiquiátri-

---

14. ZACCHIAS afirma en su obra *Cuestiones Médico-legales* (1650), que "sólo el médico es competente para juzgar si un individuo está loco y qué grado de capacidad le deja esa locura", en FOUCAULT (Michel), *Histoire de la Folie a l'age classique*, Editions Gallimard, París, 1972, pág. 139.

15. FOUCAULT, *op. cit.*, pág. 146.

16. "La evidencia, sin contestación posible, de "aquel es un loco", no se apoya sobre ningún manejo teórico de qué es la locura. *Ib.*, pág. 203.

17. "A falta de suelo lesional, suelo nacional". BRAUNSTEIN (Néstor), *Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis (hacia Lacan)*, Siglo XXI, México, 1984, págs. 19-20.

18. "Que no se entienda mal. Se dijo que las "enfermedades mentales" existen en el espacio clasificatorio. No que no existan. Su materialidad es simbólica. Existen a través de sus efectos. No existían antes de que se elaborase su concepto. La misión de la epistemología psiquiátrica consiste en saber cómo fueron constituidas, según qué procesos de producción, dentro de qué coyuntura teórica y cómo se articulan con el resto de los objetos del discurso psiquiátrico". BRAUNSTEIN (Néstor), *Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis, op. cit.*, págs. 20-21.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

co manifiesto, 317: condiciones no específicas, 318: sin trastorno mental, 319: términos no diagnósticos para uso administrativo". American Psychiatric Association, *DSM of Mental Disorders.*

Lo que pretende esta comparación es resaltar el absurdo en las clasificaciones, con la diferencia de que la segunda tiene pretensiones científicas.[19]

¿Qué pretenden mostrar estas clasificaciones y qué es en realidad lo que subyace a esas pretensiones? Se presentan como conjuntos homogéneos, usando inclusive una numeración corrida para dar ilusión de continuidad cuando en realidad son conjuntos heterogéneos caracterizados por una constante ruptura: los parámetros de clasificación se pierden. No se ve qué parámetro puede haber en común al incluir en una misma clasificación el síndrome orgánico cerebral (parámetro estrictamente fisiológico) y "términos no diagnósticos para uso administrativo", o bien la absurda clasificación de "sin trastorno mental". Es tan incoherente esto, como clasificar en una misma lista los "animales pertenecientes al Emperador" (criterio de pertenencia) y "los que acaban de romper el jarrón" (criterio de acción). Lo que se da es un ocultamiento, un efecto ideológico de borramiento de diferencias.[20]

¿Qué son las verdaderas pretensiones de esta labor tan intrincada del médico psiquiatra? La medicina es una práctica social de la cual se tiene una representación ideológica que la convierte en una instancia de poder. La palabra del médico es "ciencia", es magia, es verdad. Así, para faltar válidamente al trabajo basta legitimarse con la preciosa "excusa médica". Para que alguien legalmente desaparezca de los libros del Registro Civil como ser viviente, un médico debe certificar la muerte. No se pueden comer tales alimentos porque "se lo prohibió el médico". Así, el valor de la medicina como instrumento ideológico es innarrable, especialmente la medicina mental.

Entonces, la clasificación de enfermedades mentales no clasifica objetos de una ciencia sino las demandas de intervención formuladas a la psiquiatría.[21] ¿Quién hace las demandas? El sistema. Quien no pasa por el tamiz de la "normalidad" que el sistema implanta es antisocial o loco. El antisocial se recluye; el loco se interna, pues su locura es una declaración política de inconformidad, una forma de subversión individual que es la más peligrosa porque incide en el verdadero punto de cambio, que es la subjetividad humana.[22] Así, para David Cooper, "la locura es un movimiento hacia la autonomía. Es ese el peligro real de la locura y la razón de su violenta represión".[23]

Queda entonces claro que el fenómeno de la locura es más amplio que el de enfermedad mental, pero que procesos históricos de conveniencia ideológica han reunido en un solo concepto. El interés principal de esto es conferir un *status* de legitimidad científica a la designación diagnóstica que se haga de un sujeto. Al diagnosticar a alguien como enfermo mental se le hace pasar a la esfera "científica" de la medicina, que se eleva como área incontestable y casi mítica de autenticidad a lo afirmado.

La enfermedad se reduce en la realidad a una diferencia en los códigos de comunicación: la locura se erige como un lenguaje diferente con sus propios significantes, o lo que es más, abandona el lenguaje, bordeándolo apenas.[24]

Al calificar al que intente suicidarse como un enfermo mental, se hace una categorización ideológica que en realidad dice: Usted quiere abandonar la vida pero al hacer eso está cuestionando su sociedad, su familia, sus amigos, en fin, todo un sistema de valores. Esto no conviene al sistema porque hay que mantener la creencia de que los valores de esta sociedad son los mejores. Usted es peligroso. Pero

---

19. Esta última clasificación corresponde a 1977. Desde entonces ha sufrido cambios importantes, pero las críticas que se hacen aquí, con base en el texto de Braunstein, siguen vigentes. Por ello no se transcribe la clasificación actual. BRAUNSTEIN (Néstor), *Psiquiatría, teoría del. . ., op. cit.*, pág. 11.

20. Aquí manejamos el término ideología como falseamiento de la realidad en función del mantenimiento de las relaciones de poder existentes, en perjuicio de lo que podría ser un conocimiento "científico" (lo que no implica por esto que la ciencia esté exenta de contaminación ideológica).

21. BRAUNSTEIN (Néstor), *Psiquiatría, teoría del. . ., op. cit.*, pág. 44.

22. "La locura abre un vacío, un tiempo de silencio, una pregunta sin respuesta, provoca un rasgamiento sin reconciliación, donde el individuo se ve obligado a interrogarse". FOUCAULT (Michel), *op. cit.*, pág. 21.

23. COOPER (David), *Le Langage de la Folie*, Seuil, París, 1978, pág. 21.

24. "La locura es ajena al orden de logos, refractaria a él. Es una de las formas en que lo real cruza por el campo de la lengua y lo marca de heterogeneidad". PICADO (Manuel), *op. cit.*, pág. 71.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hay que ser más sutil y no decir esta verdad. Es mejor decir: Usted es un enfermo, y como tal, debe ser curado. La sociedad, magnánimamente, ofrece (léase obliga) curarlo.

En resumen, la calificación del que intenta suicidarse como enfermo mental, es de carácter meramente ideológico, y permite ocultar la dualidad verdadera: disidencia-represión, además de colocar al individuo calificado en un mecanismo disimulado y legitimado de control social: la instancia psiquiátrica. Aquí es donde nos ubicaremos en la tercera parte.

III. EL ADECUADO TRATAMIENTO PSIQUIÁTRICO

"Todo delirio es una declaración política. . . No hay problemas personales, solo problemas políticos".

David Cooper, **Le Langage de la Folie.**

Ya vimos cómo a través de determinados procesos, el problema de la locura, y dentro de él el del suicidio, se medicaliza y pasa a ser patrimonio de la instancia psiquiátrica. En la segunda parte de este ensayo se examinó el primer término de la ecuación enfermedad-cura. Aquí analizaremos la forma en que se desarrolla el segundo de esos términos: la cura, si es que existe algo así.

Las diversas sociedades a través de la historia siempre han ejercido algún tipo de violencia sobre sus integrantes a efecto de mantener la cohesión del grupo en un marco específico de relaciones de poder. Si bien en la Edad Media existían grilletes y patíbulos, en la Revolución Francesa la guillotina, y aún hay tortura, no por ello debe pensarse que la violencia sólo puede ejercerse de esas formas. En nuestro tiempo se ejerce otro tipo de violencia, más aceptable (o al menos no tan evidente) para la opinión pública y para el carácter "civilizado" de nuestra sociedad: la violencia simbólica,[25] que se ejerce sobre el sujeto que no se conforma a los parámetros oficiales de normalidad. Una de las formas de violencia simbólica es, sin lugar a dudas, la instancia psiquiátrica.[26] Si bien ésta se enfoca como una cura, que sirve para rehabilitar al "enfermo" y para controlar su peligrosidad, la realidad es muy diversa.

Retomando el caso de la tentativa de suicidio, analicemos qué sucede cuando uno de estos casos hace su entrada (o más bien es arrastrado) a la instancia psiquiátrica. Dice el Dr. Francisco Jiménez al respecto:

> "Si la autoagresión fue severa, o si la ideación suicida es clara, el paciente es enviado a Pavas, donde usualmente es internado de inmediato... Algunos hospitales han establecido como norma hacer la referencia inmediata si se trata de un segundo intento".[27]

O sea, si no es muy grave (¿según qué parámetros?) se le da de alta, y si no, se le interna en el Hospital Psiquiátrico. Según este mismo estudio, una vez allí, el tratamiento consiste en medicamentos o terapia anticonvulsionante (electroshock). En la muestra estudiada ni uno solo de los pacientes recibió ningún tipo de psicoterapia.

El lugar de la locura es entonces el Hospital Nacional Psiquiátrico, el manicomio. ¿Qué es lo que hace una institución de este tipo? ¿Curar? No parece. El cambio del Asilo Chapuí al Hospital

---

25. "En la familia existe un modo dominante de imposición de normas que es la violencia simbólica, que recurre a coerciones ideológicas para asegurar la ubicación de sus miembros en los lugares asignados y un modo accesorio que entra en acción cuando fracasa el primero: la violencia física". BRAUNTEIN (Néstor), *Psicología: Ideología y Ciencia, op. cit.*, pág. 86. Lo mismo es aplicable a la instancia psiquiátrica, que es, al igual que la familia, un aparato ideológico de la sociedad, según la terminología de Althusser.

26. "¿El papel del psiquiatra en materia penal? No experto en responsabilidad sino consejero en castigo; a él le toca decidir si el sujeto "es peligroso", de qué manera protegerse de él, cómo intervenir para modificarlo, y si es preferible tratar de reprimir o curar". FOUCAULT (Michel), *Vigilar y Castigar*, Edit. Siglo XXI, México, 1981.

27. JIMÉNEZ MARTÉN (Francisco), *El suicidio en enfermos mentales*, Estudio de incorporación como especialista en Psiquiatría, UCR, San José, 1983, pág. 11.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Nacional Psiquiátrico no parece haber significado una gran mejora. Inclusive parece que se ha perdido la paciencia existente en aquel asilo (al menos en una época).[28] Se sigue utilizando un tratamiento de tipo "moral", donde se mide el progreso del "enfermo" según vaya logrando ajustarse a los parámetros oficiales de conducta en sociedad.

En menor medida, sigue siendo cierta la apreciación que hicieran del Asilo Chapuí los psiquiatras Guedes Arroyo y García Buñuel:

> "El Manicomio Central es lugar para disidentes, para individuos cuya conducta social no coincide con las normas de conducta de la sociedad en que viven. Fuere error grande pretender que todo residente del Manicomio Central está enfermo: alienado, es un extranjero, un prófugo transeúnte sin hogar propio. Muchos de estos alienados sufren de trastornos mentales clasificables dentro de categorías clínicas; otros no. Pero una vez dentro del Manicomio Central, la disidencia no es ya posible, pues toda la organización está dedicada a la clasificación de conductas diversas ya al alojamiento de aquellos que las demuestren dentro de compartimientos o estancos en el seno del hospital, que hagan más fácil su control y manejo".[29]

La verdad, o por lo menos, la realidad disimulada, es que el criterio de internamiento en el Hospital Nacional Psiquiátrico a menudo no se apoya en consideraciones fisiológicas sino en consideraciones sociales, porque, como lo reconocen incluso algunos psiquiatras, "la sociedad necesita protegerse de aquellos individuos que constituyan un peligro para sus integrantes, objetivo que se logra separándolos e ingresándolos en centros adecuados en donde se realice hasta donde sea factible, su rehabilitación".[30]

No es mera casualidad (y este tema merecería un ulterior desarrollo por separado) que en la misma década se hayan gestado los nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales, el traslado de la antigua penitenciaría al Centro de Adaptación Social La Reforma, y del antiguo Asilo Chapuí al Hospital Nacional Psiquiátrico. Son fenómenos que se inscriben en un mismo marco, el de instaurar mecanismos de represión y control social con nuevas fachadas legitimadoras, para que parezcan modernos y humanitarios.

Una persona que intenta suicidarse ha evadido todos los métodos de control social del mundo exterior. ¿Podría alguien creer que los mecanismos de control dentro de una institución disciplinaria como un hospital psiquiátrico pueden lograr algún tipo de beneficio para ese individuo? Creo que nadie podría creerlo sinceramente, aunque por razones ideológicas y hasta económicas puedan afirmarlo.

Además, existe en el Hospital Nacional Psiquiátrico un problema de "clientela": la persona de clase acomodada que intenta suicidarse encuentra fácilmente los medios de evadir el control jurídico, y si lo desea, asistirá a un tratamiento privado. En cambio, el pobre no cuenta con un espacio privado para vivir su inadaptación, la excentricidad le está vedada, no hay un lugar para su locura más que el oficial.[31]

Parece extraño que, si la locura es una enfermedad, ésta ataque sólo a un grupo económico de la población, o por lo menos se asigne tratamiento estatal a este sector.

Pero el asunto de la clientela es más complejo. Los verdaderos clientes del hospital psiquiátrico no son los "enfermos" sino los parientes de éstos, la policía y los jueces, y, siguiendo las leyes de mercado, la institución se mantiene por la demanda de esos clientes.[32] En última instancia, en la función custodial del hospital psiquiátrico, como dice Basaglia, "entran en juego elementos que tienen muy poco que ver con la enfermedad".[33]

---

28. "Ejercemos la sugestión lenta sobre el enfermo y usamos continuamente la persuasión". GONZÁLEZ MURILLO (Gonzalo), Breve estudio histórico sobre el quehacer médico-psicológico en Costa Rica, en *La Psiquiatría y la Psicología en Costa Rica*, EUNED, San José, 1975, pág. 167.

29. GARCÍA BUÑUEL (Leonardo) y GUEDES ARROYO (Luis), *El Hospital Psiquiátrico como centro de salud*, folleto mimeografiado, 1971.

30. GONZÁLEZ MURILLO (Gonzalo), *op. cit.*, pág. 220.

31. Según Basaglia, la función de las instituciones rehabilitadoras es procurar un "puesto institucional controlable a quien no es controlable a través de su participación en el proceso productivo". BASAGLIA (Franco), El hombre en la picota, en *Psiquiatría, Psicología y orden manicomial*, Barral Editores, Barcelona, 1975, pág. 164.

32. GOFFMAN, *Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortú Editores, Buenos Aires, 1961, pág. 376.

33. BASAGLIA (Franco), Rehabilitación y control social, en *Psiquiatría, Psicología y orden manicomial*, *op. cit.*, pág. 186.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La verdadera violencia está en el principio organizativo básico de los manicomios: el loco y su locura han de ser normalizados.[34] El problema se encuentra más bien *fuera* del manicomio, donde enfrentamos el reto de desenmascarar la ideología legitimadora.

En resumen, el artículo 114 del Código Penal, al establecer una medida de seguridad consistente en un "adecuado tratamiento psiquiátrico", lo que hace es, no asignar una curación filantrópica a un "enfermo", sino controlar por medio de la violencia más sutil (la psiquiatría y la instancia psiquiátrica) a las personas que se atreven a poner en duda al sistema, cuestionándolo a través de un comportamiento desviado.

CONCLUSIONES

"El hombre es el animal que pregunta. El día en que verdaderamente sepamos preguntar, habrá diálogo. Por ahora, las preguntas nos alejan vertiginosamente de las respuestas".

Julio Cortázar, **Rayuela.**

Típicamente, y como correspondería al sentencioso título de "conclusiones", deberíamos dar por comprobadas un par de afirmaciones y unos cuantos problemas e inconvenientes, culminando en unas recomendaciones o sugerencias para mejorarlos.

Aquí no se trata de esto. No repetiremos lo que hasta la saciedad se ha dicho (para la pena de aquellos que acostumbran limitar su lectura a la introducción y la conclusión). Interesa sobre todo señalar método, forma de hacer (o deshacer) un texto. Este ensayo tiene un hilo conductor: la tentativa de suicidio, pero su pretensión máxima es señalar la importancia de saber plantear preguntas y no respuestas. El progreso en sentido amplio, a nivel de escritura, pensamiento y acción, sólo se logra rompiendo con la costumbre ya institucionalizada en nuestro sistema educativo de responder, responder, responder, sin ocasión de pensar nuevas interrogantes, otras formas de ver los problemas jurídicos y de toda naturaleza. Principalmente se desea incitar (¿instigar?) a salir de la cuadratura que impide ver los problemas supuestamente jurídicos desde ángulos más incisivos, como cometas ideológicos.

Mejores palabras que las de Cortázar no he encontrado para resumir lo dicho: "Hay que abrir de par en par las ventanas y tirar todo a la calle, pero sobre todo hay que tirar también la ventana, y nosotros con ella".[36]

***

34. GARCÍA (Ramón), Orden manicomial y reeducación de la violencia, en *Psiquiatría, Psicología y orden manicomial*, *op. cit.*, pág. 186.

35. Más propiamente deberían llamarse "inconclusiones" pues concluir es dar respuesta, es afirmar la pregunta y afincarla en límites demasiado precisos.

36. CORTÁZAR (Julio), *Rayuela*, Editorial Bruguera, Barcelona, 1979, pág. 615.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE

LICDA. MARTA ODIO BENITO

"No existo únicamente para el Estado; pero tampoco el Estado existe solamente para mí".
HAROLD J. LASKI

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace aproximadamente seis años los derechos humanos han constituido un tema de preocupación personal por razones de índole laboral, profesional y existencial, llevándome a investigar sobre esta materia en los planos político, ideológico, ético, doctrinal y académico.

En el presente trabajo se pretende abordar algunos aspectos de la normativa jurídica costarricense que atañe a los derechos humanos, con el propósito de dilucidar la forma cómo el Estado hace efectiva su obligación internacional ante los compromisos que suscribe, mediante la adopción de medidas legislativas o administrativas que dan contenido a su responsabilidad.

El conocimiento de los mecanismos jurídicos que el sistema nacional ha creado para la protección de los derechos humanos, reviste una importancia particular por el principio general que sustenta a los instrumentos internacionales que norman esta materia, el cual señala que los medios de impugnación internos deben agotarse, antes de recurrir a la vía o jurisdicción internacional (art. 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el art. 46, inc. 1, párr. a, de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos ratificados por Costa Rica).

No obstante la riqueza del tema que puede abordarse desde distintos ángulos, se ha elegido un aspecto de entre los múltiples que podrían tratarse para satisfacer la curiosidad expresada: la Constitución Política de Costa Rica (norma fundamental que rige el modelo de organización política de la sociedad costarricense) para analizarla a la luz de los derechos humanos que ella consagra.

Pese a la delimitación anterior, es importante señalar que un adecuado tratamiento del tema de los derechos humanos debe atender tanto el aspecto internacional (universal y regional), como el nacional (Derecho interno), ya que su reconocimiento y protección exceden el ámbito territorial o espacial de un Estado y por ende, sus obligaciones también sobrepasan los límites de su soberanía.

En la consideración de este tema, no deben olvidarse los aspectos axiológicos y fácticos que su contenido y definición contiene. Sin embargo estos no se abordarán en el estudio que se centrará en los de índole normativo positivo que lo implican.

Hecha esta demarcación, conviene ahora precisar algunos conceptos e interrogantes que permitan clarificar y servir de guía en la búsqueda que se emprende, a saber:

A. ¿Qué se entiende por:
   - Derechos Humanos,
   - Ordenamiento Jurídico,
   - Estado
   - Constitución Política?

B. ¿Qué papel juega el Estado costarricense en la promoción y protección de los derechos humanos?
   ¿Qué tipo de derechos están consagrados en la Carta Magna?
   ¿Qué tipo de mecanismos ha creado el Estado para la tutela de esos derechos?

Analizando la acepción, apreciamos que está formada por dos elementos que requieren considerarse: "derechos" y "humanos". Al respecto,

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CASTÁN TOBEÑAS, opina que la frase "derechos del hombre, es un tanto redundante, porque todos los derechos son humanos".[1] Sin embargo, si bien es cierto que en última instancia, todos los derechos se refieren al hombre, no todos los derechos son humanos, ni todos los atributos del hombre han sido reconocidos como derechos, de ahí que convenga distinguirlos.

¿Cuáles son entonces los derechos humanos que tienen el rango de derechos? Siguiendo a KRIELE, quien los caracteriza como aquellos derechos que son "jurídicamente exigibles o reclamables frente a un ordenamiento jurídico que los crea o reconoce (que no están sujetos a la derogabilidad general y a la violación en casos particulares)".[2]

Son entonces derechos humanos, aquellos que han sido creados o reconocidos por una autoridad pública, elevados al rango de precepto de cumplimiento inexorable y su violación implica efectos jurídicos que no están sujetos a derogabilidad arbitraria; por estas características, tienen la potestad de ser exigidos o reclamados, ¿frente a quién?, al ordenamiento jurídico que los tutela y que los ha creado o reconocido como derechos.

El carácter jurídico significa que estos derechos están amparados por normas legales que determinan y valoran su significado, contenido y valor práctico en un particular sistema jurídico.[3]

Es importante además destacar en la definición de KRIELE, los términos *creados* o *reconocidos,* porque nos marcan la antinomia que sobre su esencia y contenido ha sido objeto de profundas deliberaciones filosóficas-ideológicas, representadas por las corrientes iusnaturalista y positivista. La primera estima que estos derechos son naturales (de creación divina o natural) de manera que al Estado sólo le compete su reconocimiento; mientras que la positivista, arguye que es el Derecho Positivo el creado por el hombre el único válido, así que estos derechos se derivan de su autoridad y debe ser el Estado su fuente de creación.

Esta discusión entre ambas corrientes, excede los límites de este estudio; por lo tanto, sólo me limito a mencionarla como un aspecto importante, pues su consideración me llevaría a una digresión del marco de análisis que me he propuesto.

En relación con el atributo de humanos, significa que estos derechos son inherentes a la condición humana e indispensables para el desarrollo pleno de la personalidad del hombre, según lo ha reconocido la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Jurídicamente reclamables, significa que pueden ser exigibles, ¿cómo?, a través de mecanismos jurídicos que son instrumentos que provee el mismo ordenamiento jurídico para dotar de efectividad los derechos y que permiten reclamar su incumplimiento en el caso de que se transgredan.

¿A dónde se elevan las denuncias de estos incumplimientos?: En el sistema jurídico interno; las controversias jurídicas pueden ser dilucidadas ante órganos jurisdiccionales o judiciales, aquellos que tienen capacidad para resolver los conflictos jurídicos de derechos humanos e imponer sanciones de reparación a los infractores.

Ordenamiento jurídico: En cuanto al ordenamiento jurídico al que se ha venido haciendo referencia en forma reiterada, es necesario darle una ubicación espacial, porque no es como categoría abstracta que se le menciona, sino antes bien, relacionado con un ordenamiento jurídico determinado, con una circunscripción territorial; es entonces un ordenamiento nacional y su valor será interno. No obstante esta calificación, es necesario señalar (aunque no se analice) que el ordenamiento jurídico nacional en esta materia, tiene una relación jurídica con la legislación internacional, en tanto el Estado es sujeto jurídico internacional, depositario de derechos y con obligaciones correlativas a éstos. Se hace necesario aclarar que en esta materia de derechos humanos, existe una amplia normativa internacional que vincula a Costa Rica, al haber el Estado expresado su voluntad de someterse a sus disposiciones (a modo de ejemplo se citan: la Carta de las Naciones Unidas de 1945; la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; la Carta de la Organización Americana de Derechos Humanos, de 1948; la Convención Ame-

1. CASTÁN TOBEÑAS (J.), *Los derechos del hombre*, Madrid, Reus S.A., 2a. edición, 1979, pág. 9.
2. KRIELE (M.), *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Ed. Depalma, traducido del alemán por Eugenio Bulygin, 1a. edición, 1980, pág. 158.
3. PERASSI (T.), *Principios de técnica jurídica*, Cedam Padova, Cap. II de la obra Introduzione alle Scienze Giuridiche.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ricana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969).

En síntesis, por ordenamiento jurídico se entiende: "el conjunto o sistema de normas jurídicas vigentes en una determinada época y en una determinada circunscripción territorial o poblacional".[4]

1. Derechos humanos fundamentales:

Otro aspecto a considerar en el contenido de los derechos humanos (que también ha generado controversias político-ideológicas), es la calificación de "fundamentales", que aunque se formule la misma reserva que se señaló sobre la antinomia a la que se hizo referencia, se debe hacer mención a este calificativo, por cuanto la Carta de las Naciones Unidas (de aprobación unánime), en su Préambulo y art. 1, numeral 3, expresa esta calidad de "fundamentales".

¿Qué alcance tiene el que los derechos humanos hayan sido proclamados también como fundamentales?

a) Porque se les concede un carácter de *esenciales* e *imprescindibles* al ser humano y por ende a su dignidad intrínseca.

Esta cualidad significa: principales, o dicho de otro modo, indispensables a la dignidad humana. La consecuencia que ello implica, es que estos derechos, escapan a la categoría de convencionales, lo cual quiere decir que no están sujetos a convenios para que se les reconozca o desconozca, sino que trascienden los límites de un contrato.

Esta condición de no convencionales, los hace imprescindibles, es decir, que el individuo no puede renunciar a ellos y que no pueden ser derogables en sentido estricto (arts. 27.1 y 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 74 de la Constitución Política de Costa Rica).

b) No todos los derechos humanos son imprescindibles y esenciales a la dignidad humana.

¿Cuáles son entonces estos derechos humanos fundamentales?

Aquellos que son:

- exigibles o reclamables jurídicamente;
- humanos, individualizables en cada ser o grupo humano y
- fundamentales, imprescindibles, irrenunciables, esenciales a la dignidad humana y no convencionales.

¿Cuáles se excluyen de esta categoría?

- Aquellos derechos que se derivan de leyes, reglamentos, que son convencionales, es decir contractuales; en síntesis, los derechos que se derivan, subordinan o complementan con otros; que son prescindibles y no indispensables a la dignidad humana.

2. Estado:

Es importante destacar que la existencia y protección de los derechos humanos no podría concebirse sin suponer la existencia de una realidad estatal, como un presupuesto innegable para la existencia real de los derechos humanos; por cuanto el Estado es la autoridad suprema que crea o legitima el régimen normativo que los regula y garantiza; como bien lo ha señalado el internacionalista GROS ESPIELL.[5]

Abundan las concepciones de Estado y múltiples teorías científicas, políticas y filosóficas y, se han ocupado en definirlo; sin embargo para los efectos de este estudio, baste decir que por Estado se va a entender la forma más completa y eficaz de organización jurídica, política y social, cuyo deber esencial es velar y garantizar el orden social en el que se fundamenta y justifica.

Relación Estado-derechos humanos:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, no señala obligaciones a los Estados, sin embargo, su considerando sexto, expresa que "los Estados se han comprometido a asegurar. . . el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre. . .". Lo anterior significa que el Estado tiene la obligación no sólo de respetar estos derechos y libertades, sino también de *asegurarlos,* lo que implica que al Estado es a quien se le demanda una actuación que para realizarla debe existir.

Conviene también mencionar que en la Carta

---

4. PIZA ROCAFORT (R.) y MONTERROSA ROJAS (H.), *Mecanismos internos de protección de los derechos humanos a la luz del Derecho Internacional*, San José, Tesis de grado para optar al título de licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, tomo I, 1983, pág. 18.

5. GROS ESPIELL (H.), *Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados*, mimeo., 1982, pág. 5.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de las Naciones Unidas, en su parte preambular "se reafirman los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana"; esta referencia la reitera en su articulado, por ejemplo, en su artículo 56 expresa que es compromiso de los Estados el tomar medidas para realizar los propósitos que consigna el artículo 55.

En el inciso c) de ese mismo artículo se refiere expresamente al "respeto universal a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos. . . y a la efectividad de tales derechos y libertades".

Se ha tomado como referencia la mención a estos instrumentos jurídicos internacionales, por la relación ya expresada entre el Estado costarricense y la normativa internacional en esta materia, que lo compromete jurídicamente en su actuación local. Estos dos instrumentos, permiten precisar la relación entre el Estado y los derechos humanos, de manera que los he utilizado en ese sentido.

II. APRECIACIONES TEÓRICO-CONCEPTUALES

A. Estado de derecho.

Con fundamento en el anterior marco de referencia, cabe ahora preguntarse ¿qué forma jurídica de Estados guarda más relación con la concepción de derechos humanos ya caracterizada?

Existe bastante coincidencia en que ese modelo de Estado, es el así llamado Estado de derecho, porque ofrece más garantías para que impere el Derecho.

LATORRE conceptúa el Estado de derecho, como "el Estado en que el ejercicio del poder en todas sus direcciones está sometido a reglas jurídicas que aseguren las libertades y derechos de los ciudadanos frente al Estado mismo. . . derechos reconocidos al ciudadano, que no son considerados como una graciosa concesión de la ley, sino como verdaderos derechos "naturales", anteriores y superiores al Estado puesto que éste se justifica precisamente en la medida en que los ampara y los hace efectivos. . .".[6]

A esta definición conviene agregarle que muchos autores (Montesquieu por ejemplo), también han considerado de especial importancia, la doctrina constitucional de la separación de los poderes estatales; separación de funciones, competencia y de órganos, con una concepción unitaria de Estado, pero representado en tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, que se manejen con relativa independencia entre sí, pero en torno de un poder de igual naturaleza.

En relación con el poder unitario, DROMI anota que no se trata de una fragmentación del poder, sino de una autoridad que se expresa en órganos diferenciados e independientes, es decir, se entiende como una autoridad descentralizada que "no altera su unidad funcional".[7]

Esta forma de organización descrita se estima saludable para la protección y garantía de los derechos humanos, porque en alguna medida ese sistema que propone Montesquieu de "frenos y contrapesos", evita la concentración de poder en una sola persona o grupo minoritario (calificada como una de las formas degenerativas del poder), que fácilmente lleva a cometer arbitrariedades que menoscaban los derechos humanos.

Sin embargo, hay que tener presente que el atropello de los derechos humanos, no son privativos de regímenes absolutistas, (llámense de derecha o izquierda), sino que también lamentablemente se producen en formas de organización social como la mencionada *supra*. No obstante la apreciación anterior, es el Estado de derecho moderno, el que ofrece mayores garantías para la protección de los derechos del hombre, porque permiten la creación y desarrollo de mecanismos que hacen posible que se dicten normas y se adopten procedimientos que controlen y limiten el poder del Estado (cuyos abusos perpetrados por sus funcionarios o representantes, lesionan estos derechos). Entre esos mecanismos o controles, se citan: el control de la constitucionalidad de las leyes y el de la legalidad de las propias funciones del Estado, así como también otros mecanismos de control directo para la protección de los dere-

---

6. LATORRE (A.), *Introducción al Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1972, pág. 49.
7. DROMI (J.), *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1a. edición, 1978, págs. 76-77.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

chos humanos. Más adelante se especificarán algunos de los mecanismos para el control de la constitucionalidad.

B. La responsabilidad del Estado.

Señala DROMI, que el fundamento ético y teórico jurídico de la responsabilidad del Estado, se encuentra en el Estado de derecho (y particularmente en la Administración Pública), en razón de que el sistema de garantías que éste define debe complementarse con su deber de indemnizar cuando causare algún perjuicio en la esfera jurídica de los particulares (los derechos humanos están en ella contenidos). Es entonces su obligación prever mecanismos jurídicos para hacer efectiva esa indemnización.[8]

C. El Estado costarricense.

De acuerdo con la caracterización que precede, el Estado costarricense puede calificarse de Estado de derecho, en tanto en cuanto sus principales funciones están descentralizadas. Al respecto, la Constitución Política, así lo expresa en su artículo 9, que a la letra dice:

> "El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los tres Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias. Un Tribunal Supremo de Elecciones, con rango e independencia de los poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes".

Empero, el principio de separación de poderes que establece formalmente el artículo en cuestión, no se cumple de manera absoluta, y esta separación es sólo de carácter orgánica.[9]

Señala MUÑOZ que desde el punto de vista constitucional no existe un equilibrio perfecto entre los tres poderes, pues hay una primacía del Legislativo y al Ejecutivo se le reconoce como el órgano motor del Estado.[10]

No obstante éstas y otras muchas reservas que se le atribuyen al principio, lo cierto es que es una norma constitucional y ello exige una separación y control de los poderes públicos.

Los acontecimientos de la Guerra Civil de 1948, trajeron como consecuencia la Convocatoria a una Asamblea Constituyente, dando nacimiento a la Constitución de 1949, que es la que está vigente en la actualidad.[11]

Esta Constitución marcó la tendencia a la descentralización del "Poder Ejecutivo, promoviendo la creación de entes autónomos que desarrollarían funciones específicas".[12]

Esta división de las funciones estatales ofrece una cierta garantía a la libertad y los derechos fundamentales del hombre.

D. Derechos humanos consagrados por la Constitución Política de Costa Rica.

1. Constitución Política:

La Constitución Política como ya se señalara, es la norma fundamental que rige la organización político-jurídica y social de los costarricenses. Constituye el vértice de la pirámide de nuestro sistema legal, del que se desprenden o derivan el resto de las disposiciones jurídicas que norman la conducta de los ciudadanos.

RECASENS SICHES, define la Constitución como "la norma que determina la suprema competencia del sistema jurídico, es decir, la suprema autoridad del Estado".[13]

Dado su rango superior que le concede esta jerarquía, en el análisis de los derechos humanos a la luz del ordenamiento jurídico costarricense se tomará la Constitución Política como referencia.

---

8. DROMI (J.), Derecho Administrativo Económico, *op. cit.*, págs. 656-662.
9. MUÑOZ QUESADA (Hugo A.), *La Asamblea Legislativa en Costa Rica*, San José, Editorial Costa Rica, 1era. edición, 1977.
10. Ver *supra*, nota 1, pág. 18.
11. MÉNDEZ (O.), La separación de los poderes y las libertades públicas, *Revista Judicial*, San José, núm. 17, Corte Suprema de Justicia, setiembre de 1980, pág. 25.
12. DE LA O RAMÍREZ (J.) e HIDALGO CORDERO (G.), *Breve reseña histórica de la Administración Pública costarricense; algunos de sus problemas (1950-1975)*, San José, Oficina de Planificación y Política Económica, ed. mimeo, 1976, pág. 4.
13. RECASENS SICHES (L.), *Filosofía del Derecho*, Argentina, México, Editorial Porrúa S.A., 1953, pág. 293.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CARLOS MANUEL ARGUEDAS, en su trabajo "Constitución Política de la República de Costa Rica (anotada y concordada)",[14] nos ofrece el siguiente índice:

Título IV, artículos 20 a 49 inclusive, define los siguientes derechos y garantías individuales: libertad personal, inviolabilidad de la vida humana; libertad de tránsito; inviolabilidad de domicilio; inviolabilidad de documentos y comunicaciones; derecho de asociación; derecho de reunión; libertad de imprenta y publicaciones; asilo político; derecho de los costarricenses a permanecer en el territorio nacional; principio de igualdad ante la ley y prohibición de discriminar; principio de irretroactividad de la ley; derecho al arbitraje para resolver diferencias particulares; derecho de propiedad privada; prohibición de monopolios; derecho de propiedad intelectual; Recurso de Hábeas Corpus y Recurso de Amparo; y Jurisdicción Contencioso-Administrativa, etc.

El Título V, artículos 50 a 74 inclusive, establece los siguientes derechos y garantías sociales: derecho a la seguridad social; derecho al trabajo y a una justa remuneración; derecho de huelga; derecho a la libertad religiosa y de culto; derecho al descanso; derecho a la constitución y a la protección de la familia, a la maternidad y a la infancia; irrenunciabilidad de los derechos y beneficios sociales, entre otros.

En el Título VII, artículos 76 a 89 inclusive, la Constitución define los siguientes derechos relacionados con la educación y la cultura (se mencionarán los más importantes): obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza, inspección del Estado; estímulo a la iniciativa privada en la educación; alimento y vestido a escolares indigentes; educación a adultos; autonomía universitaria, libertad de cátedra y fines culturales de la República.

En el Título VII, artículos 90 a 104, se reconocen los derechos y deberes políticos: entre otros, a la ciudadanía, a votar.

El Título II, también contiene normas relativas a los derechos humanos: nacionalidad por ejemplo. El Título III, se refiere a los derechos de los extranjeros y demarca sus límites.

En consecuencia puede afirmarse que el Estado costarricense reconoce y garantiza constitucionalmente los derechos humanos, desde un punto de vista formal y normativo, aunque es importante manifestar que un análisis que se refiera solo al elemento constitucional, es un análisis parcial, porque deja de lado la jurisprudencia y los principios e ideas que la inspiran.

Como se desprende de la enumeración transcrita, la Constitución Política, hace una división de los derechos humanos en: individuales y sociales. Siendo los primeros "aquellos que procuran proteger y mantener los derechos propios del individuo, en cuanto a su existencia en contacto directo a la sociedad organizada con el Estado, proporcionando un mayor entendimiento entre sus miembros y asegurando sus derechos vitales" "tales como los derechos a la libertad, la integridad personal, el patrimonio, la manifestación del espíritu. De la segunda categoría, la protección a la familia, el trabajo, la seguridad social".[15]

Esta distinción entre ambas categorías de derechos, ha llevado también a discusiones doctrinales, políticas y jurídicas en el plano internacional de vasto alcance, sin embargo en aras de la brevedad, se asumirá que tanto los derechos civiles y políticos (llamados individuales), como los económicos, sociales y culturales (también llamados colectivos sociales), están en la categoría de derechos humanos y por lo tanto pueden ser reclamados o exigidos, aunque los procedimientos de reclamo sean diferentes para unos y otros y hayan dado lugar a mecanismos disímiles de protección.

2) Lo anterior nos lleva a preguntarnos sobre ¿cuál es la consecuencia práctica del principio de la supremacía de la Constitución en un régimen de Derecho? La respuesta sin lugar a dudas es que en esa forma de organización, los mecanismos jurídicos revestidos de eficacia, se hacen necesarios para un control eficiente del cumplimiento de las normas constitucionales.

Al respecto, la misma Constitución ha dispuesto que el control de la Constitucionalidad de las leyes es privativa del Poder Judicial (párrafos segundo y tercero de la Constitución). Por otra parte, el inciso segundo del artículo 20 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, núm. 3667, de 12 de marzo de 1966, también le concede competencia a los tribunales de dicha jurisdicción para atender o conocer actos

---

14. San José, Editorial Costa Rica, s.n.e., 1981.

15. VOLIO J. (Fernando), *Algunas tipologías de derechos humanos*, San José, Universidad de Costa Rica, 1978, pág. 30.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de impugnación directa que se refieren a disposiciones de carácter general y otros actos de la Administración Pública. Tenemos entonces que la función contralora se encuentra distribuida entre la Corte Plena y los tribunales mencionados.[16]

Esta jurisdicción constitucional, pese a deficiencias naturales que se le adjudican, ofrece una garantía al principio de Estado de derecho que le otorga a la Constitución, la supremacía a las demás normas del sistema jurídico y obliga al Estado representado por sus órganos, a someterse a las disposiciones constitucionales.

Llevando estas consideraciones sobre los mecanismos de producción al terreno de los derechos humanos, cabe mencionar que además de las instituciones jurídicas consagradas en la Constitución Política: HÁBEAS CORPUS y de AMPARO (instituciones a las que se les critica que la mayor parte de los asuntos que tramitan, la Corte o los Tribunales los declaran sin lugar), se ha dispuesto que actuaciones de responsabilidad de la Administración Pública (consideradas lesivas a los derechos humanos), sean tramitadas por otros procedimientos y canales para elevarlas al conocimiento de las autoridades judiciales: la vía contencioso-administrativa.

Esta se ha constituido en una esperanza para resolver las fallas que se le han señalado a los recursos constitucionales citados. Sin embargo esta vía tiene también ciertos vicios, tales como la lentitud en los procedimientos (en condiciones normales los asuntos pueden durar en trámite de cuatro a seis años); tampoco ha sido un mecanismo ideado expresamente para atender esta clase de litigios y sucede con frecuencia que situaciones que se le presentan, escapan del amparo de esta jurisdicción.

3) ¿Cuál es la responsabilidad del Estado en lo que a derechos humanos le compete?

En materia de responsabilidad la Constitución la define en el artículo 9, al que ya se hizo referencia al determinar la forma de Gobierno de la República y sienta la responsabilidad de sus actos.

Para reforzar lo anterior, se menciona el artículo 11:

> "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública".

Todo nuestro ordenamiento jurídico abunda en disposiciones sobre esta materia.

Otros textos legales (Ley de Administración Pública), estatuyen la responsabilidad de la Administración por conducta ilícita, limitación o supresión de derechos subjetivos,[17] abusando de sus potestades.

Los artículos 210 y 205, de dicha Ley General, se refieren el primero a la responsabilidad que le compete a la Administración ante los daños que ocasione su servidor a terceros y el segundo determina que la responsabilidad será proporcional al daño y al grado de culpa de cada uno de los sujetos responsables.

En cuanto a la Constitución se refiere, es importante señalar que los Derechos Públicos subjetivos, se encuentran a lo largo de toda la Constitución, carentes de una adecuada sistematización que lleva además a mezclar las normas de tipo programático con las de índole estructural.

En esta misma dirección se señala la observación del Lic. Carlos José Gutiérrez, cuando indica que "Esta falta de sistema es el resultado de que los títulos referentes a derechos públicos subjetivos tiene distinto origen en el tiempo", así, el Título de Derechos y Garantías Individuales se trasladó de la Constitución de 1871, mientras que el Título sobre Derechos y Garantías Sociales, es producto de una enmienda de esa Constitución en 1943.[18]

Es por ello que se afirma que aunque nuestra Constitución acepta la obligación jurídica de respetar los derechos humanos, descansa sobre una base

---

16. ORTIZ ORTIZ (E.), Costa Rica: Estado social de Derecho, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, núm. 29, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, mayo-agosto de 1976, pág. 92.

17. Esta referencia a los "derechos subjetivos" es atinente a los derechos humanos reconocidos y garantizados por la Constitución.

18. GUTIÉRREZ (C.J.), *Protección constitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Primera Reunión Regional de Expertos, 23-27 agosto, edic. mimeo., 1982, págs. 235 y 236.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tradicional que ya no responde con la moderna doctrina y práctica de los derechos humanos.

En cuanto al sistema constitucional, de reconocimiento y garantía a los derechos fundamentales, el jurista mencionado, no obstante anotar sus defectos, reconoce que "no existe en Costa Rica, voluntad política de vulnerar los derechos de las mayorías o de minorías significativas".[19] Y recogiendo lo que afirma Harold Laski de que "el mantenimiento de los derechos depende mucho más de una cuestión de hábito y de tradición que de la formalidad de un estatuto escrito... En el espíritu celoso de los ciudadanos, más que en la letra de la ley, reside su salvaguardia más efectiva"; reconoce además que los juristas han contribuido poco en la protección de esos derechos, ayudando a corregir las deficiencias de ese sistema, situación que puede llevar al Gobierno de la República a responder en las instancias internacionales, si algún día fuere necesario recurrir a esa vía para la protección jurídica de los derechos humanos.

E. Los mecanismos de protección de los derechos humanos:

Los remedios procesales de protección de los derechos humanos son las garantías o recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para la defensa y promoción de los derechos y libertades de las personas, que son las formas o modos de lograr su tutela.

1) Constitucionales.

Son recursos directos: el HÁBEAS CORPUS, para la protección directa de la libertad personal; consagrado por la Constitución, así como también el Recurso de Amparo, que es aplicable a disposiciones, actuaciones y omisiones que violen o amenacen violar los derechos que establece la Constitución Política, en particular los derechos fundamentales de las personas.

El Amparo se dicta contra los órganos y agentes del Poder Público cuyos actos u omisiones, se atribuyan directamente al Estado.

2) Institucionales.

a) Antecedentes.

El 15 de enero de 1982, en la administración del presidente Rodrigo Carazo Odio, fue presentado a la Asamblea Legislativa por su Ministra de Justicia y Procuraduría General de la República, el proyecto de modificación a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en La Gaceta núm. 109 de 7 de junio de ese año. Fue aprobado el 27 de setiembre siguiente como Ley de la República núm. 6815. En la carta de remisión del Ejecutivo al Legislativo se expresa la intención de modernización de la estructura organizativa de esa institución con miras a fortalecerla.

El cuerpo dispositivo, en el Capítulo I; De los Principios Generales, en su artículo 3, inciso ch), establece lo siguiente:

> "...Poner en conocimiento de los jerarcas respectivos de la Administración Pública —haciendo las recomendaciones que estime convenientes— cualquier incorrección de los servidores públicos que encontrare la Procuraduría en los procedimientos jurídico-administrativos, lo cual se hará por medio del Procurador General o el Procurador General Adjunto...".

Este inciso le concede a la Procuraduría una función de vigilancia de los procedimientos administrativos para ejercer un control de la administración y evitar abusos de poder de los funcionarios de la Administración Pública en perjuicio de los derechos de los ciudadanos.

En el Capítulo II: De la Organización, artículo 7, inciso h), crea la Procuraduría de Derechos Humanos, como uno de los órganos constitutivos de la Procuraduría General.

Procuraduría de Derechos Humanos: Es un órgano que tiene como objetivo primordial ofrecer un mecanismo institucional que supla las deficiencias del sistema de protección específica de los derechos humanos de los habitantes de la República.

Cuando la Procuraduría recibe una denuncia (a la que no se le exige ninguna formalidad para garantizar la gratuidad del sistema), se procede en primer término a verificar la existencia de la persona y luego se le da trámite.

El trámite consiste en una investigación amplia que se denomina "instrucción" y se otorga una audiencia a la autoridad responsable, quien en ocho días hábiles debe responder a los cargos que

---

19. GUTIÉRREZ, (C.J.), La cúpula judicial, *Revista Judicial*, San José, núm. 21, Corte Suprema de Justicia, setiembre de 1981.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se le imputan. La Procuraduría se da a la tarea de buscar las pruebas y sobre éstas dicta la resolución que corresponda. Si se comprueba que efectivamente el sujeto demandante fue víctima de violación de los derechos humanos, debe además precisarse cuáles fueron los derechos lesionados.

Al declararse con lugar la denuncia, se dicta la sanción correspondiente a la norma infringida por el funcionario público. Esta sanción puede ser administrativa o judicial.

Potestades del Procurador de Derechos Humanos: Entre las potestades del Procurador, se citan las siguientes:

- Solicitar un informe sobre la denuncia,
- demandar el testimonio al denunciado; si el funcionario no responde, puede ser acusado de desobediencia ante los tribunales judiciales y si el testimonio es falso, también se le enjuicia por este delito.
- El Procurador puede realizar inspecciones y exigir los documentos que estime necesarios, aun aquellos que hayan sido declarados confidenciales (salvo los declarados como "secreto de Estado").

Competencia de la Procuraduría de Derechos Humanos: La competencia de este órgano, se encuentra enmarcada dentro del ámbito de los derechos políticos y civiles que estén contenidos en instrumentos internacionales de naturaleza universal o regional, que hayan sido firmados y ratificados con el Estado, así como también los derechos y garantías individuales que consagra la Constitución Política.

Excluye de este alcance, lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.

CONCLUSIÓN

Para concluir este breve y descriptivo recorrido por los linderos de los derechos humanos en el marco del ordenamiento jurídico costarricense, he creído conveniente retomar algunos de los aspectos que a mi juicio son importantes de destacar, a saber:

Debido a que la investigación pretendió centrarse en implicaciones jurídicas de los derechos humanos (con especial referencia al Derecho Constitucional), es oportuno caracterizar jurídicamente la naturaleza de estos derechos:

> "Se entiende por derechos humanos, aquellos derechos del hombre que el Estado reconoce o crea, los incorpora a su sistema jurídico y los dota de efectividad. Su inobservancia implica consecuencias jurídicas. Son derechos a los que el individuo no puede renunciar, son además exigibles y reclamables".

Son de dos tipos: libertades y garantías individuales (que corresponden a la esfera privada del individuo) y los derechos económicos, sociales y culturales (de orden colectivo).

Esa acepción de los derechos humanos, implica un reconocimiento a que los derechos fundamentales no son dádiva del Estado; sino que son inherentes a la naturaleza humana y en consecuencia, constituyen un mandato imperativo de la vida en sociedad. Que su existencia es anterior al ordenamiento jurídico interno y que el respeto y la protección de esos derechos constituyen una obligación para el Estado, para con todos los individuos que se encuentran en su territorio y están bajo su protección jurisdiccional.

Las normas constitucionales del Estado costarricense sobre esta materia, constituyen una reafirmación de los derechos de los habitantes de la nación; ellas contienen los derechos básicos e inalienables de los individuos. Los defectos de sistematización y otros que se le señalan a la Constitución Política, deben ser objeto de reforma según los procedimientos establecidos, de manera de adecuar las acepciones tradicionales de los derechos humanos a la nueva doctrina y dotarlos de mayor efectividad.

La protección de los derechos humanos en el territorio de cada Estado, es competencia o responsabilidad principal de cada gobierno. Su protección internacional es de naturaleza supletoria, a la que solo puede invocarse cuando se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna del Estado.

Para hacer efectiva esta protección, deben crearse mecanismos de protección jurídica (además de recursos de otra índole), para que puedan ser derechos jurídicamente exigibles y reclamables.

De la investigación realizada se desprende que

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dentro del ordenamiento jurídico costarricense, existen mecanismos que aseguran al individuo adecuada protección de los derechos humanos, aunque éstos deban perfeccionarse más hasta llegar a controlar los riesgos de las violaciones de esos derechos.

Las leyes positivas nacionales confieren entonces los medios para hacerlos efectivos, tanto en el ámbito de la acción de las autoridades administrativas, como en la esfera de competencia del Poder Judicial. Ambos campos ofrecen recursos para garantizar la vigencia y eficacia de los derechos humanos.

No obstante lo antes anotado, los derechos económicos, sociales y culturales están un tanto desprotegidos por nuestra legislación, a pesar de que se les otorga el rango constitucional de derechos humanos. Los mecanismos de protección son más débiles o difusos y deben hacerse esfuerzos para que el reconocimiento vaya acompañado por una estructura que legitime su condición.

Se quiere destacar también que para la mejor protección y vigencia de los derechos humanos, es requisito esencial un modelo o forma de Estado en el que el ejercicio de su poder y funciones esté limitado y debidamente controlado, para evitar los riesgos de los abusos de poder de los funcionarios públicos que lo detentan. Históricamente se ha comprobado que las violaciones más atroces en materia de derechos humanos, son producto de los excesos en el poder o que tienen como marco, estructuras políticas que concentra el poder en pocas manos.

En derechos humanos aún la última palabra no está dicha, es un proceso inacabable de luchas y conquistas en pos de la realización de justos y legítimos ideales.

BIBLIOGRAFÍA

ARGUEDAS (Carlos Manuel), *Constitución Política de Costa Rica,* San José, Editorial Costa Rica, 1981.

CASTÁN TOBEÑAS (J.), *Los derechos del hombre,* Madrid, Reus S.A., 2da. edición, 1979.

DE LA O RAMÍREZ (J.) e HIDALGO CORDERO (G.), *Breve reseña histórica de la Administración Pública costarricense: algunos de sus problemas (1950-1975),* San José, Oficina de Planificación y Política Económica, edición mimeo, 1976.

DROMI (J.), *Instituciones de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1a. edición, 1978.

GROS ESPIELL (H.), *Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados,* documento mimeo., sin edición, 1982.

GUTIÉRREZ (Carlos José), *Protección constitucional de los derechos humanos en Costa Rica,* San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1era. reunión regional de Expertos sobre "La protección constitucional de los derechos humanos en América Latina, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos" 23-27 agosto de 1982, edición mimeo, 1982.

KRIELE (Martin), *Introducción a la teoría del Estado,* Buenos Aires, Ediciones Depalma, traducido por Eugenio Bulygin, 1a. edición, 1980.

LATORRE (Ángel), *Introducción al Derecho,* Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.

LASKI (Harold), *Los Derechos Humanos,* San José, Editorial Universitaria de Costa Rica, s.n.e., 1978.

MÉNDEZ (Odilón), *La separación de poderes y las libertades públicas,* Revista Judicial, San José, núm. 17, Corte Suprema de Justicia, setiembre de 1980.

MUÑOZ QUESADA (Hugo A.), *La Asamblea Legislativa en Costa Rica,* San José, Editorial Costa Rica, 1a. edición, 1977.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo), "Costa Rica: Estado social de Derecho", *Revista de Ciencias Jurídicas,* San José, núm. 29, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados, mayo-agosto de 1976.

PERASSI (Tomasso), *Principios de técnica jurídica,* Capítulo II de la obra Introduzzione alle Scienze Giuridiche, Cedam, Padova, 1967.

PIZA ROCAFORT (R.) y MONTERROSA ROJAS (H.), *Mecanismos internos de protección de los derechos humanos a la luz del Derecho Internacional,* San José, Tesis de grado para

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PESCA Y LA CAZA MARÍTIMAS

LIC. RÓGER BRAVO ÁLVAREZ

Introducción.

El presente estudio consiste en una pequeña investigación sobre la legislación, reformas, y decretos que hayan sido emitidos en materia de pesca y caza marítimas, con el objeto de determinar si a través de ellos, el Estado costarricense ha desarrollado alguna política ambiental, o a lo sumo determinar en que medida la legislación vigente sobre el particular contemple o especifique algún tipo de política de orden conservativa, preservativa y bajo lineamientos sostenidos de desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales.

Se ha seguido inicialmente un método descriptivo, haciendo alusión a algunos conceptos de orden primario, pasando por una revista histórica, para luego desembocar en las bases sobre las cuales se asienta la actual legislación de pesca y caza marítimas.

Posteriormente se inician las consideraciones respectivas así como una descripción general de la legislación en materia de pesca y caza marítimas, para terminar con algunas conclusiones de orden general.

La pesca y caza marítimas.

La pesca y la caza marítimas son dos actividades que se ejercen bajo formas de vida que generalmente no son sometidas a criterios de reproducción y explotación predeterminada, más bien se trata de actividades que consisten en la extracción y aprisionamiento de formas de vida que se desenvuelven en forma salvaje y bajo criterios naturales que las enmarcan dentro de un orden científico, denominado recursos naturales. No obstante la Ley de Pesca y Caza Marítima número 190 establece alguna diferencia en cuanto a ambos términos en la medida en que señala, "Considérese acto de pesca":

a) Cualquier operación o acción realizadas con el objeto de aprehender peces, moluscos, crustáceos y otras especies de fauna y flora acuáticas con fines comerciales, industriales, científicos y deportivos; y

b) El aprovechamiento del lecho, fondos, aguas, playas, riberas, costas, y puertos para la cría, reproducción y difusión de los mismos; y

Considérese actos de caza marítima, la captura de cetáceos, pinnípedos y aves marinas, así como los aprovechamientos de los lugares de proceso y cría.

Ahora bien, después de haber visto algunas reflexiones de orden inicial y anterior a iniciar un desarrollo sobre el aspecto u objetivo central de esta pequeña investigación, sea el análisis jurídico-normativo de la caza y la pesca marítimas como materia, hemos de partir del estudio y exposición de algunos conceptos y aspectos históricos de orden inicial.

Algunos de esos conceptos que ahora nos interesan, son los relativos al medio ambiente en que se desarrolla la fauna que será objeto del ejercicio de la caza y la pesca. Ese medio ambiente, como lo califica el título de la presente investigación, es el océano en sentido amplio, y el mar en un sentido específico, ambos conocidos en sentido genérico, como espacios marítimos. Sin embargo cuando hablamos de ello aparecen entre otros, términos como alta mar, mar territorial, plataforma continental, zonas de pesca, y zonas económicas, para distinguir los lugares en los cuales se desarrollará esa actividad de caza y pesca; y aunque sean térmi-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nos que pertenezcan en cuanto a su estudio, a otras ramas del Derecho, nos referiremos a ellos como ilustración para determinar por decirlo en una frase, la materia prima sobre la cual tiene lugar la vida animal que será objeto de la pesca y la caza.

Los espacios marítimos

Se ha dicho en la doctrina del Derecho Internacional Público que "se da el nombre de alta mar o mar libre al vasto espacio marítimo situado fuera del mar territorial, es decir, de la franja de aguas marinas que,. . . se halla bajo la soberanía del Estado costero"; así el artículo primero de la Convención sobre la Alta Mar, celebrada en Ginebra en 1958, al definir el alta mar dice: "Se entenderá por alta mar la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado".[1] De forma que el alta mar será aquel espacio marítimo en donde los diferentes buques de diversas nacionalidades puedan ejercer actividades de pesca y caza, espacio marítimo que se encuentra, en cuanto a límites se refiere, al margen del límite del llamado mar territorial.[2] Desde este primer punto de vista tenemos entonces que la actividad de pesca y caza marítimas se realiza en una zona denominada alta mar. Desde un segundo punto de vista tenemos el llamado mar territorial que también viene definido por la mencionada convención de Ginebra, la cual para tal efecto establece: "La soberanía de un Estado se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, a una zona de mar adyacente a sus costas, designada con el nombre de mar territorial. . . Esta soberanía se extiende al espacio aéreo situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar".[3] Así el mar territorial será aquella franja de agua comprendida entre la costa de un Estado y una línea imaginaria que corre de esa costa hacia dentro de las aguas del mar; esa línea imaginaria por su parte tiene una medida determinada que se cuenta desde la línea de la marea más baja hasta donde llegue la medida mar adentro. En cuanto a la medida[4] esta ha variado debido a diversas circunstancias que ahora no toca entrar a analizar, sin embargo valga ilustrar que en un principio esa medida fue de tres millas, y actualmente varía entre las 3 y 81 millas; nuestro Estado costarricense la contempla en 12 millas. De forma entonces que también el espacio marítimo denominado mar territorial es una zona objeto de pesca y caza. De forma entonces que también el espacio marítimo denominado mar territorial es una zona objeto de pesca y caza. En cuanto al término plataforma continental, o plataforma submarina tenemos que se trata de aquella extensión o prolongación del territorio de un Estado bajo el agua, o extensión de territorio sumergido.[5] En cuanto al término plataforma este ha sido utilizado para calificar una zona profunda del mar que posee una configuración de meseta, zócalo, escalón o plataforma —según se le quiera llamar— configuraciones que a su vez se les agrega un adjetivo para determinar su posición con respecto al territorio insular o continental a que pertenezcan. Con respecto al término plataforma submarina se dice que el mismo constituye la mejor forma de determinar las características geográficas de esa zona marítima, a su vez que es apto para calificar la existencia de innumerables riquezas vegetales, animales y protistas dentro de esa zona determinada. Actualmente la extensión de la plataforma continental es de 200 millas.

En síntesis, la actividad de caza y pesca puede desarrollarse tanto en la zona del mar territorial, plataforma continental, como en la zona de alta mar, siendo entre ellas la única diferencia aquella que se refiere al ejercicio de la soberanía de un Estado en aquellas aguas que de acuerdo al Derecho Internacional Público le pertenezcan como territorio.

Sobre el particular nos interesa haber mencionado las diferentes denominaciones que se dan a las aguas en donde se llevará a cabo la actividad

---

1. PODESTÁ, Costa y RUDA, José M., *Derecho Internacional Público.* Quinta. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1979, pág. 251. La noción de la alta mar comenzó a afirmarse en el siglo XVII.

2. *Ib.*, pág. 254. Estos derechos pueden ser ejercidos por los Estados con litoral o sin él, fueron enunciados como libertades, respetando la denominación tradicional. Los Estados sin litoral marítimo también gozan de los mismos derechos en la alta mar que los Estados costeros.

3. *Ib.*, pág. 258.

4. *Ib.*, pág. 261. La evolución del concepto de mar territorial revela, que el objeto de su creación fue la protección de dos valores fundamentales para los Estados; la máxima posible libertad de navegación que fuera compatible con la seguridad del Estado costero.

5. CABANELLAS, G., *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual.* Dieciocho. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1981. Tomo VI, pág. 262.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pesquera y de caza. Veamos ahora punto y seguido algunos aspectos históricos tanto de orden legislativo como genéricos sobre la pesca y la caza marítimas.

Aspectos históricos

A los primeros hombres que aparecieron sobre la Tierra, el mundo les parecía misterioso y hostil, así resguardados por las rocas, las cavernas y otras formas de ocultamiento, el primer hombre u hombres, oía desorientado el mundo que le rodeaba. Sin embargo a pesar de ello el hombre necesitó nutrirse para poder sobrevivir, de allí que recurriera a la búsqueda de alimento, en un primer momento, se alimentó de las bayas, frutas, y otras cosas que recolectaba, en un segundo momento, fue la caza, y la pesca lo que condicionó su *modus vivendi*; y de allí precisamente de donde se inicia la actividad pesquera y de caza del hombre, pero sometida bajo criterios de alimentación y de no explotación y mucho menos de industrialización. Así el hombre empleó instrumentos y utensilios que le ayudaron no sólo a conseguir con mayor facilidad su alimento, sino que también le brindaron la defensa necesaria para aquella época. En materia de pesca construyeron casas con ramas de tilos y arpones, para desarrollar su actividad pesquera. Posteriormente —en épocas mucho más avanzadas— la pesca fue transformándose en cuanto a su explotación, bajo criterios de industrialización y no ya totalmente bajo criterios de alimentación en la medida de cubrir necesidades básicas, ya aparece en la historia de la pesca el criterio del acaparamiento, la ganancia, la riqueza, y por qué no decirlo, el de la intriga. Con relación a la edad media tenemos que el pescado salado constituyó una parte importante en la economía de las Naciones europeas, de tal forma que constituyó el alimento de la cuaresma en la Europa católica así como una parte importante en la dieta de los ejércitos en campaña. Así podemos caracterizar los desarrollos pesqueros en aguas europeas con mayor énfasis que las pesquerías en América, de allí que cuando se hable "del gran desarrollo industrial pesquero, se esté refiriendo el mismo al auge de las pesquerías de Europa en el siglo XX, y especialmente a la omnipresencia de los barcos pesqueros ingleses, que realizaban actividades pesqueras no sólo en el mar del norte, sino que también en aguas cercanas como las de Islandia, Noruega, y aun en las costas de Terranova".[6] Dentro de este mismo orden de ideas valga como ilustración la sentencia que pronunció la Corte Internacional de Justicia cuando se pronunció sobre una disputa entre Inglaterra e Islandia cuando esta última había extendido su territorio marítimo para someterlo a sus leyes y a su aprovechamiento propio, lo cual venía indudablemente a restringir la actividad pesquera de Gran Bretaña.[7]

Actualmente la pesca y su producto son materia prima de varias industrias como aquellas que se dedican a procesar el pescado para conservarlo en latas, o bien para aquellas que preparan alimentos para animales domésticos entre otras.

Ahora, desde el punto de vista legislativo costarricense limitaremos nuestro análisis histórico bajo una óptica constitucional; veamos.

El derecho del mar, la pesca y la caza marítimas desde la visión constitucional

Nos referimos al derecho del mar dentro de este subtítulo debido a que constitucionalmente el mar —en cuanto al derecho que se tenga sobre él— es de mucho mayor importancia para un Estado, tanto por razones de soberanía como de extensión, que la regulación específica de la actividad pesquera y de caza como a priori al marco legal dentro del cual se desarrollará esa actividad pesquera. De tal forma que lo que en primer punto preocupó al constituyente fue el problema de resolver los límites o fronteras dentro de las cuales pudiese ejercer soberanía y actividades comerciales.

Tenemos así un primer encuentro constitucional con la Carta Política de 1825 denominada Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de Concordia del primero de diciembre de 1821 que entre otras cosas se refería a la situación geográfica y limítrofe del Estado costarricense en los siguientes términos; en su artículo 15 menciona, "El territorio del Estado, se extiende, por ahora de oeste a este, desde el río del salto

6. **Enciclopedia Barsa. Encyclopedia Britannica, Inc. Buenos Aires. 1969. Tomo XII, pág. 57.**
7. *Op. cit.* **PODESTÁ.Costa, pág. 285.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que lo divide de Nicaragua, hasta el río Chiriquí término de la República de Colombia, y norte-sur de uno a otro mar, siendo sus límites en el norte de la boca del río San Juan y el escudo de Veraguas, y en el sur de la desembocadura del río Alvarado y la del Chiriquí".[8] Se observa entonces que esta demarcación territorial en un primer momento estuvo dirigida a señalar las fronteras básicamente continentales sin incluir las aguas del mar, así en el mismo plano, La Ley de Bases y Garantías del 8 de marzo de 1841, en su artículo primero inciso segundo se refirió también a los límites en el mismo orden dejando por fuera también las aguas del mar.[9] En síntesis tanto estas primeras constituciones que vinieron desde 1825, como las subsiguientes hasta la de 1871, siguieron un criterio de referencia en la medida en que se tomó a los mares (Atlántico y Pacífico) como puntos de referencia para ubicar el territorio nacional, con la evidente consecuencia de que no se incluyeron los mares, en otras palabras, el territorio costarricense quedó limitado dentro de un aspecto restringido de territorio, sea únicamente la tierra que llega hasta la costa. Con relación a la pesca de aquella época la misma se ejerció sin ninguna reglamentación específica dirigida a proteger las riquezas vegetales, animales y protistas que pudiesen haber formado parte de la conocida hoy plataforma continental. Así en un primer momento podemos decir que la pesca y la caza marítimas no estuvieron amparadas por una regulación constitucional, que directamente al regular un aspecto legal sobre las aguas del mar, indirectamente regulase la actividad pesquera y de caza al protegerla de la piratería y de otras irregularidades.

Con relación a la carta de 1871, el asunto cambió bastante con la reforma que se le introdujo a su artículo 3 por intermedio de la Ley número 33 del 7 de julio de 1937, de tal forma que aquel artículo quedó de la siguiente forma: ". . .tiene la soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio y a sus aguas territoriales para todos los fines. . .".[10]

Constitución Política de 1949

En cuanto a se refiere a los límites del Estado costarricense estos quedaron señalados en el artículo 5 de la Carta Política de 1949, mientras que el asunto referente a la soberanía se estipuló en el artículo 6 donde fueron abordados los temas de las aguas territoriales y como innovación el ejercicio del poder soberano sobre la plataforma continental. De manera entonces que con la promulgación de esta nueva Carta Política, podemos decir que el Estado costarricense ha dejado de lado los criterios constitucionales anteriores que no enmarcaban bajo sus textos las aguas del mar. Sin embargo en un primer momento se quiso pensar que fue esa la intención del legislador, incluir las aguas adyacentes al territorio costarricense como parte del mismo, pero analizando posteriormente las discusiones visibles en las actas constituyentes del 49 se nota o se perfila que no había una marcada intención de los constituyentes de incluir las aguas saladas dentro del territorio nacional, más bien pareciera ser que lo que se quiso fue introducir las islas, y no las aguas[11] lo cual se refuerza cuando se ve la redacción actual del articulado constitucional correspondiente y vigente, el cual incluye en forma expresa a la Isla del Coco al territorio nacional sin referirse a las aguas adyacentes a dicha isla, lo cual nos conduce a pensar que las aguas territoriales adyacentes a la Isla del Coco no forman parte del territorio nacional, lo cual no sería correcto ya que la plataforma puede ser insular o continental. En síntesis, el texto constitucional actual ha variado bastante con respecto a los anteriores, sin embargo, y a pesar de que mantiene criterios más acordes a una realidad jurídico-internacional, no contempla como debería ser la situación limítrofe del Estado costarricense. Con relación a la pesca y la caza marítimas tenemos que es por primera vez, en el salón de sesiones de la Junta Fundadora de la Segunda República de Costa Rica, el 28 de setiembre de 1948, que se promulga una ley sobre la materia que en su fundamento menciona, "Consi-

---

8. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Carlos J., *Costa Rica. Constitución Política, anotada y concordada.* Equidad de Centroamérica S.A. San José, 1975, págs. 1-15.

9. Así en el mismo sentido la Constitución Política de 9 de abril de 1844, la de 10 de febrero de 1847, la de 30 de noviembre de 1848, y la de 1826, y dentro de una redacción diferente, pero bajo un mismo criterio, se mantuvieron la Constitución Política de 27 de diciembre de 1859, y la del 15 de abril de 1869.

10. QUESADA, M., *Constitución Política de 1871.* Imprenta Nacional. San José, pág. 4. En igual sentido véase, PERALTA, Hernán, *Las Constituciones de Costa Rica.* Instituto de Estudios Políticos Gráficos Benzal, Madrid, 1962, pág. 462. Ver también ROMERO Pérez,J.,*Un aspecto del Derecho del mar, la plataforma continental, y sus correlatos.* Revistas de Ciencias Jurídicas. San José número 31. 1977, pág. 122.

11. Asamblea Legislativa. Actas de la Constituyente de 1949.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derando: que hecha por parte de esta Junta la declaración que incorpora la riqueza submarina que encierran nuestra plataforma continental e insular, así como la zona de mares adyacentes a las costas continentales e insulares de la Nación, conviene someter al control del Estado las actividades de pesca y caza marítimas, en razón del peligro que significa para la conservación biológica de las especies, su explotación inadecuada: que es asimismo conveniente comprender en dicho control las actividades de pesca en los ríos y lagos de la Nación; que también es de interés nacional fomentar las industrias derivadas de la pesca y de la caza marítimas: decreta. . .".

Esta Ley número 190 es la primera ley que en teoría contempla una protección ecológica adecuada hacia la fauna marítima así como una adecuada forma de explotar en la forma debida las riquezas del mar, sin embargo el problema es que siempre será una consideración de orden teórica, ya que el criterio económico siempre es la sombra que acompaña cualquier explotación que pueda producir riqueza; en el mismo orden de ideas puede verse el proyecto de modificación a la Ley de Pesca y Caza Marítima número 190 de 28 de setiembre de 1948, propuesto por el Presidente de la República de entonces, Daniel Oduber en cuanto señala que, "lo estrecho de las plataformas continentales de los litorales Pacífico y Atlántico de nuestro país hacen que la actividad pesquera costarricense se enfrente con una seria limitación para su desarrollo futuro. Para superarlas, es necesario buscar nuevas posibilidades que permitan impulsar el desarrollo pesquero en nuestro país. . . El proyecto que se somete a consideración de la Asamblea Legislativa pretende, en primer lugar, modernizar la citada ley para que contemple y estimule el desarrollo de la acuacultura como una nueva actividad productiva del sector pesquero nacional, y en segundo lugar autorizar al Poder Ejecutivo para formar el desarrollo de la misma, de acuerdo a las necesidades tecnológicas, económicas, de conservación ambiental y de los recursos pesqueros que mejor conviene a los intereses del país. . ."[12]; no obstante pareciera así a *grosso modo* que dicho proyecto contempla dentro del criterio económico de producción, una tendencia hacia la protección de la fauna marítima a través de la conservación ambiental, pero al señalar por último que todo lo dispuesto debe ejercerse en la forma que mejor convenga a los intereses del país, entonces podría pensarse que si lo que más interesa es el resurgimiento económico del país, entonces no habría por qué preocuparse de la conservación ambiental puesto que hay un interés prioritario, cual es el desarrollo económico. De tal forma que tal disposición podría presentarse para una serie de abusos, abusos que estarían en contra de los mismos recursos vivos del mar a la vez que constituirían una amenaza considerable para la fauna y flora de agua dulce [13] y con respecto a ello quizá una visión ilustre el desenlace del presente punto, "el resultado de la sobreexplotación de la pesca, pasada y presente, es que la captura mundial anual es de 15-20 millones de toneladas (sea de un 20-24 %) menor de lo que habría debido ser, y actualmente se hallan considerablemente agotadas por lo menos 25 de las más valiosas zonas pesqueras del mundo. Quedan ilustradas las consecuencias de este abuso con el caso del Atlántico del noroeste, en donde, debido a la sobreexplotación a fines de los años de 1960, las capturas de bacalao ya no ascienden a más de un tercio de su potencial estimado. . . Dicho abuso ocurre localmente en todas las regiones, pero generalmente es más pronunciado en las regiones en las que predominan los países desarrollados. . .".[14] Así nos introducimos al siguiente tema, que será el preludio para entrar a analizar la legislación de pesca y caza marítimas en concreto.

Aspectos ecológicos

Ante el desarrollo de la ciencia, de la tecnología y de la explotación irracional de los recursos naturales marítimos, no cabe la menor duda sobre cuál será el futuro que pueda recaer sobre la especie humana, así desde esta visión la ecología y la conservación de los ecosistemas biológicos, son destruidos y alterados considerablemente por las empresas industrializadoras de la fauna y flora marítimas. Así "la disminución de los recursos

---

12. **Proyecto de modificación a la Ley de Pesca y Caza Marítima número 190 de 28 de setiembre de 1948. Gaceta Alcance número 140.**
13. **Estrategia Mundial para la Conservación. Artículo publicado.**
14. *Ib.*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

naturales, el mal uso y explotación desenfrenada de los mismos, la contaminación proveniente en su mayor parte de la técnica abusivamente empleada, obedecen a factores de la condición de subdesarrollo que azota a Costa Rica: desempleo, extrema pobreza. . .".[15]

La ecología por su parte regula aspectos de la naturaleza que no tienen sustitutos, cuando se pierden o se agotan, aunque pudieren haber sido renovables, no vuelven jamás a aparecer sobre la tierra, pero desgraciadamente el hombre aún no ha comprendido eso y continúa irracionalmente explotando los recursos naturales. No obstante no es toda la humanidad la que ha caído bajo esa línea de pensamiento, existen organizaciones y políticas destinadas a luchar contra un futuro hoy en día predecible, por ejemplo La Estrategia Mundial para la Conservación hace énfasis en el problema cuando menciona "Las relaciones del hombre con la biosfera. . . continuarán deteriorándose, mientras no se haya logrado establecer un nuevo orden económico internacional, mientras no se adopte una nueva ética del medio ambiente, mientras no se estabilicen las poblaciones humanas, y hasta que un tipo sostenido de desarrollo se convierta en la regla y deje de ser la excepción".[16] Sobre el particular el aspecto ecológico debe tener controles, estrategias de explotación y conservación, debe pararse con la explotación y extracción desmesurada de las riquezas del mar, los recursos naturales renovables no siempre serán renovables cuando son alterados sus ecosistemas y en forma específica, sus hábitats, no obstante ya, a pesar de que en algunas partes del mundo el hombre no se ha dado cuenta del verdadero aprovechamiento que tienen los recursos del mar, se ha venido dando cuenta que recientemente han surgido serios temores de que la sistemática destrucción de la fauna marina puede llegar a ser perjudicial no sólo para sí misma, en la medida en que pueda perder una fuente de alimento y de riqueza para sí sino que también tal destrucción representa un peligro para la vida misma en el mar. Por otra parte, pero dentro de este mismo orden de ideas, la contaminación es un factor en un cien por ciento, alterador del sistema natural de desecho y autorrecuperación del ecosistema, se trata de un factor que quizá cause aún más daño que la explotación irracional de los recursos naturales, dado su grado de no descomposición orgánica como el caso del plástico y algunas sustancias químicas no sujetas a descomposición. Así por ejemplo el veneno que ingirió un conejo, posteriormente en la cadena depredativa, afectará a todas las comunidades animales que participen de esa cadena. En síntesis, las soluciones pueden ser varias, las políticas también, el derecho que regula los aspectos ecológicos, las estrategias miles como las que contempla la Estrategia Mundial para la Conservación dentro del capítulo de las prioridades para la acción tanto a nivel nacional, como internacional, pero desgraciadamente la teoría siempre debe recorrer un gran camino entre la letra y la práctica; quizá dentro de las soluciones esté el educar al hombre y enseñarle, como actualmente se ha estado haciendo a través de su difusión por los medios de comunicación colectiva, brindarle asesoría técnica verdadera, acorde con sistemas de producción que utilicen sistemas orgánicos, y plaguicidas controlados para el cultivo de la tierra, y cría de animales, o por qué no, implantarlo (el Derecho Ambiental) como una rama del saber obligatoria en las universidades y colegios, en fin es necesario lograr algo, algo que nos permita a nosotros de abuelos, y a nuestros hijos y nietos, disfrutar el sabor de la naturaleza a través de su aroma inconfundible.

Limitaciones y algunas generalidades sobre la pesca y casa marítimas

Se habla dentro de este subtítulo de algunas referencias a los tipos de pesca y a los procedimientos utilizados, así tenemos que se tienen tres tipos de pesca:

a) La pesca artesanal, que es aquella que se desarrolla bajo criterios llamados domésticos, es decir que es ejercida desde esta perspectiva llamada artesanal, por personas que básicamente viven de la pesca como medio de subsistencia y alimentación inmediata, se trata de pescadores que únicamente extraen el producto y lo comercializan, sin procesarlo. "Estadísticas extraoficiales del MAG mencionan que en el Golfo de Nicoya operan alrededor

15. **Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado. Breve esbozo de la situación del medio ambiente y los recursos naturales en Costa Rica. San José, 1982.**

16. ***Op. cit.*, Estrategia.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de 500 embarcaciones de pesca artesanal, y en el resto del Pacífico, 300 embarcaciones. . .".[17] El principal producto dentro de esta línea de pesca es toda clase de especies de pesca blanca.

b) La pesca semiindustrial: esta es una especie de pesca que una vez extraído el producto es sometido a algún tipo de proceso, que no puede llamarse con entereza, industrial, sino a lo sumo semiindustrial ya que el proceso es muy poco calificativo de la palabra industrial. Por ejemplo entregar el pescado limpio, destripado y descamado sin alterar las condiciones básicas de su estructura fisiológica. "En esta línea se sitúa una flota de 50 a 70 embarcaciones dedicadas especialmente a la pesca del camarón y la sardina, así como del pescado de escama"[18] y;

c) La pesca industrial, que es aquel tipo de pesca que ya procesa en forma completa el producto obtenido, generalmente es una actividad que realizan buques y empresas extranjeras, que se dedican especialmente a la pesca del atún.

Dentro de esta temática tenemos que nuestro Reglamento a la ley de pesca y caza marítimas señala tres clasificaciones sobre la pesca marítima, las cuales son:

1) Pesca de bajura, que es la que se efectúa por embarcaciones que se adentran en el mar no más de doce millas desde la costa;

2) Pesca de altura, la efectuada por embarcaciones que se adentran en el mar por más de doce millas y menos de doscientas de la costa; y

3) Pesca de gran altura que es la practicada por embarcaciones que se alejan más de doscientas millas de la costa.

En cuanto a los procedimientos que se utilizan para la captura del pez, estos son incontables, sin embargo todos constituyen variaciones de unas cuantas formas fundamentales. Quizá la más antigua sea la técnica del arpón que es lanzado para atrapar la presa. Una segunda forma es la que captura los peces en movimiento mediante algún tipo de trampa, como lo es la construcción de algún dique o algo similar que retiene al pez cuando baja la marea. Esta es una técnica prohibida en varios Estados, por ejemplo en Costa Rica el artículo 28 inciso e) de la Ley de Pesca y Caza Marítima establece de que queda prohibido el usar redes de arrastre, en aguas donde existen especies sedentarias; y una tercera forma consiste en atraer al pez mostrándole algún tipo de carnada o cebo para que pique y luego extraerlo.

Concretamente en Costa Rica y sobre el particular, el Reglamento de la Ley número 190 del 28 de setiembre de 1948 establece en sus líneas legales los siguientes criterios que vienen a ilustrar la doctrina general sobre la pesca, veamos, en su artículo 2 nos escribe sobre las "artes de pesca" estableciendo que se entiende por tales, todos aquellos artefactos formados por mallas, redes flexibles, cables provistos de flotadores, líneas o cuerpos pesados que se extiendan en cualquier sentido en el mar, a su vez en los subsiguientes artículos establece que aparejos son todos aquellos formados por cordeles, pitas, anzuelos, y alambres con flotadores o sin ellos, y porque por instrumentos de pesca se entienden todos aquellos utensilios empleados en la pesca que no estén comprendidos en las anteriores definiciones, tales como rastros, trampas, salabardos, arpones, etc. Así pues nuestro Reglamento a la Ley 190 contempla cuáles son los instrumentos o artes en sentido genérico que se utilizan para la captura y extracción de la fauna marítima. Asimismo no se queda nuestro reglamento fuera de la regulación de los sistemas utilizados para la pesca, así en su artículo 5 establece que los sistemas de pesca quedan clasificados en:

a) De aparejos, que es aquel que arrastrando por el fondo el arte con dos embarcaciones, consigue la abertura de la boca de la red;

b) El llamado de "Bou y Baca" que es aquel que arrastrando por el fondo el arte con una sola embarcación, consiguen la abertura horizontal de la red por medio de la presión del agua, sobre puertas colocadas fijas, en las mangas del arte o en sus cables;

c) El de chinchorrero que es el efectuado por embarcaciones con redes de cerco;

d) El de caña y carnada, que es el utilizado por los barcos atuneros;

e) El de arrastre con cabos a la tierra;

f) El de aparejos flotantes a la deriva; y

g) El de aparejos fijos

Posteriormente establece otras modalidades permitidas que se encuentran en los artículos subsiguientes del mismo Reglamento.

17. *Op. cit.*, Fundación.

18. *Ib.*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

En cuanto a lo que se refiere a las limitaciones que afectan la pesca se señalan por ejemplo:

1) Falta de conocimientos técnicos especializados, sobre todo referidos a hábitos migratorios de las especies;

2) La piratería que azota las costas de los Estados ribereños;

3) Limitaciones en cuanto a la capacidad de transformación industrial;

4) Alzas en los combustibles y equipos;

5) Indiferencia estatal hacia la pesca y caza marítimas;

6) Falta de políticas ambientales que permitan desarrollos y aprovechamientos sostenidos; y

7) Mal uso de los manglares.[19]

En resumen, la situación de la pesca y la caza marítimas necesita de controles, programas, y estrategias, aptos para mantener una fuente de riqueza que puede desaparecer en cualquier momento, así como la ballena está, sino ya, a punto de desaparecer de la Tierra.

Ley de Pesca y Caza Marítima número 190 de 28 de setiembre de 1948.

A priori a comentar un poco sobre la legislación de pesca y caza marítimas, es menester iniciar primero con una descripción general de la ley en cuestión, para luego dedicarnos al objetivo central de esta investigación, cual es el determinar los avances, mecanismos y métodos que puede contemplar la ley como aptos para mantener la conservación de un ecosistema que puede desaparecer, ya sea a través de políticas de desarrollo y aprovechamientos sostenidos. Sin embargo antes de arribar a lo propuesto, veamos que antes de esta ley hubo dos decretos-leyes que se referían a la pesca y la caza marítimas.

Dicho decreto-ley vino inspirado o condicionado como una reacción favorable frente a las proclamaciones norteamericanas (proclamas de Truman) sobre la soberanía de los Estados sobre la plataforma continental, Costa Rica sumada a otras reacciones[20] pronunció el 27 de julio de 1948 el decreto-ley número 116, que en su artículo primero decía, "Se confirma y proclama la soberanía nacional sobre la plataforma submarina o zócalo continental e insular adyacente a las costas continentales e insulares del territorio nacional, cualquiera que sea la profundidad a que éste se encuentre, reafirmando el derecho inalienable de la Nación en todas las riquezas naturales que existen sobre, en, o bajo dicho zócalo o plataforma conocidas o por conocer".[21] Más en concreto, sobre lo que aquí interesa destacar, tenemos que el artículo 2 de dicho decreto se refiere en forma expresa a la pesca y caza marítimas, cuando menciona que "se considera y proclama la soberanía nacional sobre los mares adyacentes. . . quedando desde ahora, bajo la vigilancia del Gobierno de Costa Rica, la pesca y la caza marítimas que se practiquen en dichos mares, con el objeto de evitar que una explotación inadecuada de sus riquezas naturales perjudique a los nacionales, a la economía de la Nación y al Continente Americano.".[22] Definitivamente tenemos dentro de esta primera manifestación jurídica un intento del legislador de proteger las especies y riquezas marinas, de protegerlas de explotaciones inadecuadas, sean de piratería o de irracional sobreexplotación ya que la frase "explotación inadecuada" contempla tanto el delito como la explotación desmesurada de las riquezas, exenta de controles y políticas sostenidas de desarrollo y aprovechamiento. Así desde esta primera visión el legislador —de acuerdo al contenido teórico del texto— se preocupó por la conservación de las especies marinas, de sus ecosistemas y hábitats, y sobre todo podríamos decir, de su existencia como apta para mantener la vitalidad dentro de las aguas saladas. Sin embargo en muchas ocasiones la realidad dista mucho del texto legal, así por ejemplo una interpretación a contrario sensu se traería abajo la interpretación inmediata anterior del texto, así por ejemplo si la explotación es inadecuada, pero beneficia a los nacionales, a la economía de la Nación, y al Continente Americano, entonces cualquier intento por preservar y mantener las riquezas marítimas sería en vano, porque al protegerlas —dentro de criterios

19. *Ib.*, pág. 16.

20. Reaccionaron favorablemente, México el 29 de octubre de 1945, Argentina el 11 de octubre de 1946, Chile el 23 de junio de 1947, y Perú el 1 de agosto de 1947.

21. Decreto-ley número 116 de 27 de julio de 1948. Asamblea Legislativa.

22. *Ib.*, artículo 2.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ecológicos— se estaría mermando con la economía en la medida en que el producto extraído de las aguas sería en mucho menor cantidad, lo cual implicaría —dentro de criterios económicos— un atraso en el desarrollo económico de la Nación. En síntesis, aún el Estado costarricense se encuentra muy lejos de mantener y desarrollar una política ambiental apta y determinante para preservar la naturaleza, como el único medio y fuente de vida del ser humano. Y pareciera que lejos no anduvo la interpretación anterior (contraria a las políticas ambientales) cuando analizamos el decreto-ley número 803 del 2 de noviembre de 1949, (dieciséis meses después) cuando la Junta Fundadora de la Segunda República cambió todo el buen sentido que pudo habérsele dado al decreto-ley 116, al pronunciar, "Que dada la política de Tratados que se celebrarán en reconocimiento de legítimos derechos de otros países y de conformidad con las prácticas internacionales, conviene aclarar el citado decreto-ley 116 que se ha prestado a torcidas interpretaciones, por lo que deberá leerse de la siguiente forma. . ."[23] lectura de la cual se desprende la sustitución de la proclamación de soberanía sobre los recursos de los mares adyacentes, por la proclamación de los derechos e intereses del Estado costarricense sobre dichos mares, continentales e insulares. Con esa nueva redacción fue indudable que cualquier interpretación a favor de una política ambiental sobre los mares de nuestro país, se vio completamente interrumpida y dejada a los intereses del Estado, que bien pueden estar a favor de la conservación ecológico-marítima o bien pueden estar en contra.

Análisis de la Ley número 190 de 28 de setiembre de 1948

Indudable es que la pesca y la caza marítimas son una actividad que produce —según el país de que se trate— una importante fuente de riqueza, tanto para el resurgimiento económico de esa Nación, como para el resurgimiento económico de los nacionales que se dediquen a ese tipo de actividades. De forma que siendo una actividad considerada importante es que la Ley 190 viene a regular junto con el Reglamento respectivo, la actividad de la pesca y caza marítimas en la República de Costa Rica.

En primer término otorga al Poder Ejecutivo, competencia suficiente para que regule la materia particular, así la ley se preocupa por señalar las condiciones para;

1) La reglamentación del derecho de explotación de los recursos marítimos;

2) La normalización de su ejercicio;

3) El aprovechamiento racional;

4) El mayor rendimiento económico; y

5) La conservación y protección de las especies cuyo medio de vida es el agua. (Artículo primero).

Después de analizar con detalle esta primera expresión legislativa, recordamos con claridad los llamados requisitos prioritarios expuestos por la Estrategia Mundial para la Conservación, que en síntesis decían, "los requisitos para el logro de los objetivos de la conservación pueden ser resumidos de la manera siguiente:

El mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales requiere ante todo un planeamiento y una asignación racionales del aprovechamiento, y un manejo de alta calidad del mismo;

La preservación de la diversidad genética requiere ante todo la colección oportuna del material genético y su protección al tratarse de la preservación in situ;

El aprovechamiento sostenido de los ecosistemas y de las especies requiere el conocimiento de la capacidad productiva de esos recursos, y las medidas apropiadas para asegurar que el aprovechamiento no rebase dicha capacidad. . ."[24].

Después de esta exposición de requisitos prioritarios necesarios para mantener los procesos ecológicos esenciales, la diversidad genética, y lograr el aprovechamiento sostenido, y luego de analizar con detalle con el artículo primero de la ley 190, no cabe la menor duda que la ley contempla textualmente una política ambiental que está destinada —dentro de sus líneas— no sólo a mantener el proceso ecológico a través del aprovechamiento racional y el ejercicio normal de la pesca, sino que también la diversidad genética y el aprovecha-

---

23. **Decreto-ley número 803 de 2 de noviembre de 1949. Asamblea Legislativa.**

24. ***Op. cit.*, Estrategia.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento sostenido, a través de la conservación y protección de las especies cuyo medio de vida es el agua, y a través del mayor rendimiento económico, que se logra a través del aprovechamiento sostenido, todo de acuerdo a los requisitos prioritarios expuestos anteriormente.

A su vez refuerzan esta interpretación, entre otras:

1) Los considerandos de un decreto sobre la Ley 190, dado en la Casa Presidencial el 24 de julio de 1961 emitido por el ex presidente de la República Mario Echandi, que en lo que interesa mencionan, "Que el decreto. . . ha cumplido sus objetivos en cuanto a proteger y conservar los distintos recursos vivos del mar que existen en la Sección interior del Golfo de Nicoya. . . Que de conformidad con los estudios llevados a cabo. . . la zona de reservas establecida. . . puede ser reducida en su área y explotada comercialmente, si la pesca se hace en forma racional y limitada. . . y Que la pesca de arrastre está comprobado que es perjudicial para las especies en sus edades juveniles. . . por tanto no se aconseja su uso. . .".

De esta primera impresión de decreto, es indudable que los gobiernos como el mencionado, no han dejado de lado el velar por las especies marítimas, a través de su protección y fomento a su diversidad genética determinada por la preservación de especies en edades juveniles;

2) Decreto Ejecutivo dado en la Casa Presidencial el dos de julio de 1965, que en lo que interesa menciona; . . .que las áreas de producción de camarones grandes son limitadas y bien conocidas. . . que un aumento desmedido del esfuerzo de extracción en las áreas de producción de camarones grandes puede llevar las poblaciones de estos camarones a niveles que no produzcan un rendimiento económico satisfactorio. . . por lo tanto el MAG únicamente concederá matrícula a trece embarcaciones nuevas que estén construidas. . . para pescar camarones. . ." y;

3) La Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos vivos de la Alta Mar, ratificada por Costa Rica, y firmada el 29 de abril de 1958 en Ginebra, y que en lo que interesa dice, "artículo primero; . . .Todos los Estados tienen derecho, . . .a reserva de. . . C.—las disposiciones sobre la conservación de los recursos vivos de la alta mar que figuran en los artículos siguientes. . . artículo segundo; a efectos de esta convención, se entenderá por conservación de los recursos vivos de la alta mar, el conjunto de medidas que permitan obtener un rendimiento óptimo constante de estos recursos, de manera que aumente hasta el máximo el abastecimiento de alimentos y de otros productos marinos. . .".

En síntesis, de la redacción de este artículo primero, que yace relacionado junto a otros decretos, y convenios internacionales, se desprende que los mecanismos y políticas ambientales (si es que podemos llamarlas así) —en cuanto a aspectos teórico-normativos— deberían ser muy diversos y de alto contenido conservativo de las riquezas marítimas, deberían tratarse de metodologías aptas para lograr verdaderos rendimientos económicos logrados a través de desarrollos y aprovechamientos sostenidos, a través de la preservación de los ecosistemas y hábitats de las especies, en fin, la normativa analizada hasta el momento nos permite prever a ciencia cierta, la existencia de una política ambiental en materia de pesca y caza marítimas, en potencia, es decir, como algo que hay que desarrollar, que está allí, y que es necesario llevarlo a la práctica para mantener hoy una realidad latente, que bien mañana puede no ser.

Por otra parte en cuanto al ámbito de aplicación, el ejercicio de la actividad que regula la ley, se extiende a todas las aguas nacionales, municipales, de propiedad privada, aguas jurisdiccionales, así como aguas pertenecientes al llamado "mar libre" o alta mar, donde barcos con bandera nacional realicen actividades de pesca y caza marítimas.

Con respecto al ámbito privado de explotación, tenemos que la ley continuando con su sentido de preservación y conservación, limita en forma expresa la actividad de pesca y caza marítimas en propiedad privada al tenor del artículo 11 que en lo conducente señala, ". . .el derecho de los propietarios sobre las aguas de su dominio, podrá ser limitado por razones de sanidad, de conservación de las especies útiles y de seguridad. . ." así el artículo en cuestión también refleja la necesidad de los requisitos prioritarios mencionados en la medida en que protege la diversidad genética.

En cuanto a las clasificaciones de la pesca, a las cuales nos hemos referido en una oportunidad, la ley toma en cuenta para su clasificación criterios de finalidad, así se clasifica, en deportiva, doméstica, de explotación y científica. En cuanto a la doméstica valga añadir que la deja exenta de toda atribución, pero a la vez la sujeta a las disposiciones reglamentarias establecidas para la pesca doméstica. Quizá el fundamento de ello sea porque la pesca doméstica, en realidad se trate de una activi-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dad caracterizada por el aspecto necesidad, condicionado a la consecución del alimento básico para sobrevivir.

Las disposiciones en síntesis de la ley número 190, pretenden cubrir un campo muy amplio, generando a su vez muy amplia, así se habla de la falta de una practicidad legal[25] principalmente al no regularse de manera separada el ejercicio de la pesca continental y marítima, es decir que la ley no distingue entre una y otra estableciendo los controles generales y los controles particulares en la misma forma sin tomar en cuenta el lugar o los lugares de pesca, tomando como base únicamente la pesca marítima. Sin embargo a pesar de ello, "hay en la ley, efectivamente, disposiciones que pueden aplicarse a la pesca continental, y a la marítima como es el caso de los artículos 28 y 29 que establecen prohibiciones a los pescadores y terceros. Pero es importante acentuar que las circunstancias de pesca y caza son distintas lo que exige una regulación especial para cada caso."[26] Con respecto al último punto expuesto, y referido en alguna forma al principio de este punto de estudio, la caza y la pesca, aunque sean marítimas o puedan ser ejercidas en los mares, son dos actividades que denotan cosas distintas, pero relacionadas de acuerdo a la ley, por el medio en que ambas se desarrollan, así la actividad de caza es una actividad que se lleva a cabo sobre animales que presentan características mamíferas, y no de pez, sobre animales sin escamas, sin agallas, con pelo y con miembros que le permitan una locomoción típica del animal terrestre, y no acuático, por su parte la pesca es una actividad a ejercerse sobre animales con características de pez, con aletas en lugar de piernas, o manos, y sobre todo, sobre animales de carne blanca, aunque existen peces con carne roja. De manera entonces que cada actividad debería tener una regulación distinta dentro de la ley, considerando punto y seguido a este efecto, que ambas actividades deben mantenerse en una legislación caracterizada por el medio ambiente en que se desenvolverán.

Por otra parte la ley es omisa en cuanto a lo que se refiere a la comercialización e industrialización de los productos marítimos, carece de normas que tiendan a proteger al pequeño pescador de los abusos de los grandes y medianos pescadores, y carece de mecanismos para controlar las ventas del producto. Con relación a los aspectos sanitarios el artículo trece establece prohibiciones a la utilización de productos que puedan afectar las comunidades biológicas, como explosivos, venenos y otros, pero desgraciadamente volvemos otra vez a la distancia entre la teoría y la práctica. En cuanto a lo que se refiere al tema de la contaminación la ley se quedó atrás salvo por un inciso que más que nada, alguna consideración mantiene sobre el punto, el artículo 28 inciso a) establece, "queda prohibido... abandonar en las playas y riberas o tirar al agua en las zonas que fije el reglamento, productos o desperdicios de la pesca...". De forma tal que sobre esta materia la ley deberá acompañarse de los convenios internacionales, y de aquellos decretos o reformas que se firmen o formulen sobre el caso en particular. Por otra parte y dada la aparición de la piratería como fenómeno intensificado hoy en día, aún más que antes, nos encontramos con que la ley también es omisa al respecto, de allí que tuviesen que formularse dos leyes específicas que vinieran a poner solución al problema, la ley número 5775 del 24 de agosto de 1975, y la 6267 del 11 de agosto de 1978, legislaciones en las cuales se estableció la obligación de los barcos de bandera extranjera dedicados a la pesca dentro de las 200 millas continentales e insulares de nuestra República, a registrarse ante las autoridades costarricenses. Sin embargo aun así el problema continúa.

Por su parte la llamada Ley de la Fauna Silvestre es un insuficiente al respecto.

Por último se establecen una serie de sanciones represivas destinadas a aquellas personas que violen las disposiciones establecidas, asimismo se faculta al MAG para que establezca los procedimientos y requisitos necesarios para el ejercicio de la pesca y la caza marítimas, para que fije las épocas permitidas para realizar la actividad, el establecimiento de las zonas de reserva y todas las demás atribuciones sanitarias que sea necesario adoptar para regular el tráfico, transporte, comercio exterior, exportación o importación de los productos marítimos.

En síntesis, los decretos y las convenciones internacionales (que por razones de espacio y de tiempo no ha sido posible traer a colación) así

---

25. *Op. cit.*, Fundación.
26. *Ib.*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como la misma ley número 190, han establecido una normativa que a pesar de que carezca de muchos o pocos elementos o criterios ambientales, se trata de una normativa que a lo sumo ha intentado dar respuesta a una exigencia consciente de la realidad ecológica nacional, y mundial, se trata de normativas que básicamente son pioneras en el camino a seguir para lograr una verdadera política ambiental, inspirada en un texto legal que regule tanto las deficiencias de esta ley de hoy, como las exigencias que mañana sean necesitadas de regulación. No obstante, en esta materia se está tratando con elementos que, si no son regulados en forma inmediata, mañana no será necesaria ninguna legislación, dado que se trata de elementos, o que no se recuperan, o su recuperación es muy lenta, como es el ejemplo de la cuasiextinción de la ballena de los mares del mundo, como la completa extinción entre otras especies, del lobo marsupial, que ya no existe. Es necesario, a pesar de que los gobiernos de turno no hagan lo mínimo para mantener los aspectos ecológicos, impulsar nuevas políticas de desarrollo condicionadas bajo criterios sostenidos, impulsar las variedades genéticas para mantener las riquezas submarinas sobre el particular, impulsar políticas destinadas a la educación de las personas que se dedican y se dedicarán a la actividad de la pesca y caza marítimas, políticas educacionales que vayan conjuntas con un desarrollo agrario general, apto para mantener la tranquilidad y la paz social de la Nación costarricense, de impulsar un sentimiento general que abogue por la vida del mañana, únicamente posible con la preservación y conservación de la naturaleza, única y posible fuente de vida hasta hoy conocida.

Sobre el particular, muchas de las reformas que se han hecho sobre la ley, por no decir su mayoría, han sido motivadas por criterios económicos, recordemos el proyecto de modificación sometido a conocimiento de la Asamblea Legislativa, por intermedio del entonces presidente Daniel Oduber, reformas y proyectos exentos de políticas ambientales, que contradicen por así decirlo, los convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado costarricense, en la medida en que en tales convenios se aboga por la preservación y conservación del medio ambiente marítimo, medidas y controles que deberían ser adoptados por nuestros legisladores, para hacer de nuestra Nación un ejemplo de Estado precursor de la vida, a través de la mantención, control, y desarrollos sostenidos de la naturaleza.

Sin embargo la lucha es dura, y a pesar de que es el criterio económico, el que hoy en día prevalece, es necesario que en nosotros mismos, siempre prevalezca la idea de luchar en defensa de la naturaleza, como una forma de adoptar una actitud responsable frente a las generaciones de humanos venideras.

Conclusiones.

Hemos llegado al momento de efectuar las últimas consideraciones referentes a este pequeño estudio, valga sin embargo mencionar, que consideraciones finales se han venido emitiendo a lo largo de estas líneas.

Veamos algunas últimas consideraciones.

Primero. Actualmente la doctrina internacional, en materia de Derecho del mar, se refiere a las instituciones del mar territorial, la plataforma continental y la alta mar, como las zonas o espacios marítimos en donde se desarrollará la actividad pesquera y la caza marítima.

Segundo. Costa Rica después de una larga evolución constitucional, adoptó dentro de sus textos los términos de mar territorial, y plataforma continental para indicar bajo ellos las zonas en donde el Estado costarricense ejercerá su soberanía, y consecuentemente para determinar la protección de las riquezas marítimas ubicadas bajo esos espacios marítimos, que en cuanto a explotación, desarrollo y aprovechamiento serán reguladas por las leyes costarricenses.

Tercero. En cuanto a los avances legislativos en materia de pesca y caza marítimas, los mismos han sido emitidos bajo criterios económicos en su mayoría, aunque algunos, principalmente en materia de decretos, lo han sido para proteger las especies marítimas, y su respectiva conservación, sin embargo valga mencionar que aun en la práctica tal protección no se respeta, sobre todo, por la falta de equipos tecnológicos, y humanos, y más que todo, por la falta de una decidida política ambiental que venga a regular la explotación masiva e irracional de los recursos naturales.

Cuarto. En lo que a la ley en sí concierne, esta contempla las vías para desarrollar una buena polí-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tica ambiental, y un verdadero programa de aprovechamiento y desarrollo sostenido, que venga bajo su efectividad, a lograr un mayor y mejor rendimiento de las especies marítimas. Sin embargo a pesar de que las vías existen, la práctica y el desarrollo continuo de la legislación en esta materia, no ha podido implantar un criterio definitivo inspirado en una política ambiental.

Quinto. La Ley de Pesca y Caza Marítima, también ha venido a ser reforzada por los instrumentos del Derecho Internacional, por ejemplo tenemos las dos convenciones de Ginebra, una de 1958, y otra de 1960, que son convenciones entre otras, que se han preocupado por regular y mantener la vida en los mares, así otras organizaciones como la FAO, y otras destinadas a velar por esta situación, han venido a promover normas, que suscritas en convenios internacionales, y ratificadas por el Estado costarricense, de acuerdo al artículo 7 constitucional se han convertido en fuente de derecho, que de una u otra forma vienen a respaldar las vías abiertas en la ley 190 de 28 de setiembre de 1948; y

Sexto. Tenemos entre otras, las reformas contempladas por la ley 2304 del 1 de diciembre de 1958; por la ley 426 del 8 de marzo de 1949; la ley 2304 de 29 de noviembre de 1958; la ley 741 de 4 de octubre de 1949; la ley número 4582 del 4 de mayo de 1970; la ley 5143 de 11 de diciembre de 1972; la ley 5775 de 14 de agosto de 1975, reformada por la ley 6267 de 29 de agosto de 1978; la ley número 3043 de 17 de octubre de 1962; y la ley número 2931 del 5 de diciembre de 1961; y entre otros decretos tenemos, el 6586 de 22 de noviembre de 1976; el 363 de 11 de enero de 1949; el 739 de 4 de octubre de 1949, el 14 de 17 de octubre de 1958; el 8 de 24 de julio de 1961; el 7 de 2 de julio de 1965; y el 9 de 24 de mayo de 1963, reformado por el 15 del 4 de junio de 1969; de todas estas normativas no hay una en específico que pueda decirse que está hecha para desarrollar una política ambiental, más bien para regular aspectos económicos, y requisitos que deben cumplir las personas dedicadas a las actividades de pesca y caza marítimas. De manera entonces, que la legislación sobre la pesca y la caza marítimas, no ha variado sustancialmente desde que fue promulgada, se trata de una legislación que contempla una serie de criterios y vías que son aptas para desarrollar una política ambiental de avanzada, pero que hasta hoy en día ni siquiera una política ambiental han podido inspirar, pero no por su falta de contenido, sino por la falta de una voluntad decidida que tome la iniciativa a través de la delicada situación que afecta a los recursos naturales marítimos.

Bibliografía.

Colección de Leyes y Decretos de la Asamblea Legislativa.

Actas de la Constituyente de 1949.

Legislación al día, 25 volúmenes.

Enciclopedia Barsa. Encyclopedia Britannica Inc., Buenos Aires. Tomos XII XIII y IV.

LA FARGE, Oliver, *Maravillas del Mundo.* Indios Americanos. Gaisa, Valencia, 1956.

BOZA, Mario, *Los parques nacionales de Costa Rica.* Incafo. Cic. Madrid, 1978.

El mundo de los animales, Anesa. Buenos Aires, 1970. Los peces invertebrados.

Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado. Breve esbozo de la situación del medio ambiente y los recursos naturales en Costa Rica. San José, 1982.

Estrategia Mundial para la Conservación. Artículo publicado.

GUTIÉRREZ, Carlos J., *Costa Rica, Constitución Política anotada.* Equidad de Centroamérica S.A., San José, 1975.

TINOCO, Luis D., *Por un nuevo Derecho del mar.* Universidad Autonóma de Centro América. San José, 1978.

ROMERO PÉREZ, J.E., *El Derecho del mar desde la perspectiva costarricense.* Universidad de Costa Rica. San José, 1979.

ROMERO PÉREZ, J.E., *Un aspecto del Derecho del mar, la plataforma continental y sus correlatos.* Revista de Ciencias Jurídicas. San José, número 31, 1977.

PERALTA, Hernán, *Las Constituciones de Costa Rica.* Instituto de Estudios Políticos Gráficos de Benzal. Madrid, 1962.

QUESADA, M. *Constitución Política de 1871.* Imprenta Nacional, San José.

PODESTÁ, Costa y RUDA, José M., *Derecho Internacional Público.* Quinta. Tipográfica editora Argentina. Buenos Aires, 1979.

CABANELLAS, G., *Diccionario de Derecho Usual.* Dieciocho. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1981, 8 tomos.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS ACTOS DE LA POLICÍA JUDICIAL. SUMARIO DE PREVENCIÓN

LICDA. PATRICIA LORENA HIDALGO SOMARRIBAS

ÍNDICE

Pág.

Introducción 132

Capítulo I

Los actos de la Policía Judicial

La Policía Judicial 132
Antecedentes históricos de la Policía Judicial 132
Distinción entre función administrativa y judicial de policía 133
Naturaleza jurídica de su actividad 134

Capítulo II

Sumario de prevención

Definición 134
Naturaleza jurídica 134
Su relevancia en el Derecho Procesal Penal 134
Fases en la elaboración del sumario de prevención 135
Conclusiones 136

Bibliografía general 137

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

El tema a desarrollar en las próximas líneas se circunscribe al Derecho Procesal Penal costarricense, dándole un análisis mesurado y práctico, de tal manera que se dé una breve visión sobre el concepto de esta institución jurídica y su relevancia conforme a su aplicación en nuestros Tribunales de justicia penal.

En razón a la escasa bibliografía existente, que se adecue a nuestro sistema jurídico en el ámbito del Derecho Procesal Penal, ha sido en parte un obstáculo para una mejor expansión del tema y en pro de un mejor tratamiento de la misma.

Debo hacer hincapié en cuanto al aspecto del "Sumario de prevención" y su aplicación, han sido frustrantes mis investigaciones para lograr jurisprudencia adecuada y atinente al caso, para llegar a obtener un claro alcance de las normas legales contenidas en el Código de Procedimientos Penales que las regula.

He evacuado entrevistas a distintos funcionarios judiciales en el área penal, tanto jueces como representantes del Ministerio Público y otros; con la finalidad de obtener un criterio al respecto. El objetivo primordial de esta tesina con relación al tema es darle un enfoque superficial de una manera adecuada y sistemática, de tal forma que sea comprensible para mis lectores.

CAPÍTULO I

LOS ACTOS DE LA POLICÍA JUDICIAL

SECCIÓN 1: La Policía Judicial.

A. Concepto.

Cuando se habla de Policía Judicial o de Función Judicial, me refiero a la autoridad con poder represivo que obstenta el Poder Judicial mediante un ente especializado estatal, denominado Organismo de Investigación Judicial, según las leyes pertinentes del país.[1] Por lo tanto debe entenderse según el jurista argentino VÉLEZ MARICONDE lo siguiente: "como auxiliar de las que cumplen el juez penal y el Ministerio Público, la policía judicial es la de investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas pertinentes, a fin de dar base a la instrucción preparatoria del juicio penal o al requerimiento fiscal de citación directa". Esta definición en parte concuerda con lo dispuesto en el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales nuestro.

B. Antecedentes históricos de la Policía Judicial.

La Policía Judicial en nuestro medio social-jurídico, consiste en una autoridad represiva que cumple distintas funciones, como la investigación de los delitos y es auxiliar de los órganos públicos encargados de administrar justicia penal, por lo que le corresponde averiguar, perseguir y reprimir los delitos cometidos; esta tarea puede ser ejecutada por iniciativa propia, por mandato judicial o por simple denuncia conforme lo dispone el artículo 161 del CPP. El poder de policía represiva era ejercido por el Poder Ejecutivo, bajo un organismo policial denominado *"Dirección de Investigaciones Criminales"*, de las Guardias Civiles y de la Guardia de Asistencia Rural.[2] A partir del 17 de junio de 1971, la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial elabora un proyecto de ley para la Creación del *"Organismo de Investigación Judicial"*, con la finalidad de que el poder represivo que lo constituye la Policía Judicial estuviera adscrita al Poder Judicial para hacer realidad el pre-

1. **Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial. Ley de Creación del Organismo de Investigación Judicial y las disposiciones legales 44-161 del Código de Procedimientos Penales nuestro.**

2. **Ley de Creación del Organismo de Investigación Judicial, p. 2.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cepto constitucional que contempla el artículo 41, "dar justicia pronta y cumplida". El 12 de diciembre de 1973, se hace ley de la república el proyecto en mención, el cual introduce una reforma al artículo 125 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; la cual expresa que el Organismo de Investigación Judicial dependerá de la Corte Suprema de Justicia y será auxiliar de los tribunales penales en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de los presuntos responsables, funcionará un cuerpo técnico de policía judicial.[3]

El 21 de mayo de 1974 entra en vigencia la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y así se culmina la tarea propuesta por nuestros magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de llegar a obtener todo un ente especializado que coadyuve a la investigación a lograr una mejor justicia penal; al principio sólo cubría la zona capital y conforme al paso del tiempo se ha expandido con delegaciones regionales a todo el territorio nacional para una mejor eficiencia.

C. Distinción entre función administrativa y judicial de policía.

El titular del poder de policía se deriva del propio sistema de gobierno establecido por la sociedad que lo integra, de conformidad con la teoría de la "División de poderes" de Montesquieu, en el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, cada uno de ellos con tareas específicas, el artículo 40 inciso 6 de la Constitución Política señala que al Poder Ejecutivo le corresponde velar por la seguridad de los ciudadanos y del territorio nacional, su función es de ser una autoridad preventiva, busca evitar la comisión de hechos ilícitos futuros. El artículo 153 de la Constitución Política establece la función del Poder Judicial; es la de administrar justicia mediante la aplicación de las leyes y ejerciendo la jurisdicción,[4] esto sucede una vez quebrantado el ordenamiento jurídico vigente.

Debe entenderse por policía administrativa como la autoridad, cuya potestad reconocida socialmente tiende a mantener el orden; en cambio la policía judicial es aquella actividad destinada a descubrir la verdad real de los hechos punibles acaecidos, es una autoridad represiva y no preventiva.[5]

D. Características.

La Policía Judicial comprende una autoridad represiva que actúa una vez que se viola el orden jurídico penal mediante la comisión de un delito. La delincuencia provoca toda una actividad investigativa que involucra a distintos órganos como el Organismo de Investigación Judicial, los Tribunales de Justicia Penal, el Ministerio Público, etc., por lo tanto hay un despliegue de actividad judicial y jurisdiccional en busca de la verdad real del hecho histórico acaecido, para asegurar la prueba, descubrir y aprehender a los presuntos culpables según sea el caso.[6] La policía judicial puede actuar en una etapa preprocesal como también en un proceso penal según sea el momento, es decir, pueden sus actos circunscribirse a la escena del crimen antes de que el hecho llegue a conocimiento del Ministerio Público o del juez de instrucción, con el fin de preservar todo indicio o evidencia que nos indique a los autores, cómplices o instigadores del hecho punible; todo ello se elabora bajo una investigación preliminar en forma científica y técnica por los oficiales o auxiliares del Organismo de Investigación Judicial.[7] Otras de sus características es que la policía judicial actúa de oficio, o sea por iniciativa propia, por denuncia o por mandato judicial, su función es de índole preprocesal y a veces procesal cuando actúa a petición del juez de instrucción o del agente fiscal para evacuar una prueba técnica o diligencia investigativa, por ende debe ser regulada su actividad por las normas del Código de Procedimientos Penales.[8]

---

3. *Ib.*, p. 7.
4. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1969, T. II, p. 301. ". . .la jurisdicción es la potestad atribuida por la Constitución a un órgano específico del Estado y disciplinada por el Derecho Procesal Penal de investigar la verdad y actuar en concreto la ley sustantiva, que se ejerce definitivamente cuando el tribunal decide el caso singular sometido a proceso y ejecuta la sentencia firme".
5. JENSEN PENINGTON, Carl, *La naturaleza jurídica de la policía judicial.* San José, U.C.R., Facultad de Derecho, 1981, p. 11.
6. PEREIRA VILLALOBOS, Magda y otros, *El Organismo de Investigación Judicial y su participación en el proceso penal.* San José, UCR, Facultad de Derecho, 1982, p. 11.
7. Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial. Ley núm. 5524 del 7 de mayo de 1974, art. 3.
8. JENSEN PENINGTON, Carl, *Op. cit.*, p. 13.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

E. Naturaleza jurídica de su actividad.

La Policía Judicial cumple un *rol* en el proceso penal, es cuando interviene inmediatamente después de acaecido un hecho ilícito o cuando se está cometiendo el hecho punible, lo cual conlleva a lo denominado "Sumario de prevención", es decir, obra como auxiliar del juez penal cumpliendo sus instrucciones o encomiendas. Lo primordial es que su función gira en torno a la comisión de un delito; en concreto con relación a un proceso penal, que se inicia con su actividad predispuesta a la represión. Por ello se deduce que su naturaleza es jurídica, en orden a un proceso penal; su función es de índole judicial y reglada por el Derecho Procesal Penal, ya que es auxiliar de los Tribunales de Justicia Penal.[9]

F. Actos de la Policía Judicial.

Es toda actuación o actividad que despliegue la policía judicial ejercida en nuestro medio por los oficiales o auxiliares del Organismo de Investigación Judicial y en forma excepcional por la policía administrativa (es decir la Guardia de Asistencia Rural, la Guardia Civil, la Unidad Preventiva del Delito. . .) en el tanto que cumplan funciones de policía judicial, cuando no pueda hacerlo inmediatamente la Policía Judicial pero desde que ésta intervenga, la administrativa, será su auxiliar y todos ellos estarán sujetos a las órdenes de los jueces y fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a que estén sometidos, su actividad tiene como finalidad investigar los delitos de acción pública e impedir que las huellas e indicios desaparezcan de la escena del delito, llegar a identificar y aprehender a los autores, cómplices e instigadores del hecho ilícito, tales actos están plenamente regulados por los artículos: 44, 97, 135, 152, 153, 160 a 167, 187, 188, 209, 212, 216, 226, 252, 269, 271, 272, 285, 404, todos ellos corresponden al Código de Procedimientos Penales, también debe tomarse en cuenta el contenido de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial.

Estos actos de policía judicial son la base para iniciar un proceso penal, actúan como actos preprocesales o bien pueden ser diligencias policiales evacuadas en el proceso a petición del juez de instrucción o del agente fiscal.

CAPÍTULO II

SECCIÓN 1: Sumario de prevención.

A. Definición:

Es un instrumento de recepción del material probatorio de todos los actos realizados por la policía judicial durante el período de la investigación preliminar.

En la práctica se concreta a un informe redactado por escrito que contempla un resumen de todos los actos y providencias atinentes al caso, que se han recabado en forma oral o escrita por los oficiales o agentes de la policía judicial; son actos preprocesales que se dan en la etapa preparatoria a cargo de la policía judicial y hacen posible el proceso penal.[10]

B. Naturaleza jurídica.

Se deriva de una de las funciones o fines de la Policía Judicial, por cuanto sus miembros cumplen una tarea en el proceso penal, es colaborador y auxiliar del juez, en la instrucción sumarial y en el desarrollo ulterior del juicio, una vez recabada la información de investigación y es del conocimiento del Ministerio Público o del Juez de Instrucción se convierte en lo que llamamos *"Sumario de Prevención o Información Preliminar Policial"*, lo que da inicio a un proceso mediante la función requirente del Ministerio Público, quien es el único sujeto apto para acusar en los delitos de acción pública, el sumario de prevención es la información preliminar que da base a una acusación formal o motiva el inicio de un proceso penal.[11]

C. Su relevancia en el Derecho Procesal Penal.

Los órganos que provocan la iniciación del proceso o promueven la acción penal mediante una actividad de naturaleza judicial en forma indirecta, son el denunciante y el sumario de prevención que

---

9. RUBIANES, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1979, T. II, p. 9.
10. PEREIRA, V., Magda, *op. cit.*, p. 480.
11. RUBIANES, Carlos, T. II, *op. cit*, p.11.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

constituye los actos de policía judicial, pero con ello no quiero menospreciar parte de las funciones del Ministerio Público; como es la de ejercer la acción penal en los delitos de acción pública, me refiero a que el Ministerio Público puede promover la acción pública y excitar la jurisdicción del juez de instrucción, artículo 5 del Código de Procedimientos Penales; pero el denunciante, la Policía Judicial ni el propio juez de instrucción pueden ejercer la acción penal pública, es decir, excitar la jurisdicción del juez, sólo el Ministerio Público mediante su función requirente y acusadora, una vez que se denuncie un delito o existe un sumario de prevención de la función policial debe remitirse al Ministerio Público, para que la *"Notitia criminis"* que contempla el requerimiento fiscal de instrucción formal excite la jurisdicción del juez de instrucción, (ejercicio de la acción penal pública, ya que en cuanto a los delitos de acción privada se requiere que la denuncia sea por actuación del ofendido, artículo 6 del Código de Procedimientos Penales) y propiamente se dé inicio a un proceso según opina Manzini,[12] artículos 170, 187, 5 del Código de Procedimientos Penales, es la regla general, el sumario de prevención inicia el proceso, promueve la acción penal en los delitos de acción pública y llega a constituir la base de la acusación formal que haga el Agente Fiscal como representante del Ministerio Público ante el juez penal competente o ante un tribunal colegiado de jueces penales, mediante el requerimiento de citación directa o el requerimiento de elevación a juicio respectivamente, el sumario de prevención no excita la jurisdicción del juez[13] sólo promueve la acción penal, como una excepción a la regla general que integra los artículos 5, 145 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales, ya que los artículos 166 y 187 del mismo cuerpo de leyes, dan la posibilidad o se contraponen a las primeras disposiciones citadas, en virtud del cual el sumario de prevención promueve la acción penal y *da inicio al proceso ante un juez de instrucción,* sin la intervención del Ministerio Público mediante su función requirente, ya que el juez de instrucción tiene la posibilidad de investigar la verdad real sobre el hecho punible que aduce tal sumario de prevención que se le remitió.

Debe tomarse en cuenta que el sumario de prevención sólo por vía de excepción contenga todos los elementos y datos básicos para que el juez pueda desenvolverse en la investigación. Para nuestro Código Procesal Penal en cuanto a los numerales 5 y 145 inciso 2, marca una regla general, que consiste en que el Ministerio Público es el único órgano jurisdiccional que puede dar inicio a un proceso mediante su función requirente, además de ser el único órgano en la relación procesal que monopoliza la función acusadora, yo diría que conforme lo explica el jurista costarricense Enrique Castillo B., ese es el alcance y la interpretación de tales normas citadas y la tesis anterior con relación al sumario de prevención de actuar por vía de excepción a la regla general bajo ciertas circunstancias como sería de que la policía judicial remitiera directamente el sumario preliminar policial al juez y no al Ministerio Público en virtud de una interpretación de los artículos 166, 187 y 188 del CPP, es errónea tal posición, la correcta es lo dispuesto en los artículos 5, 145 inciso 2. En una forma reiterada he mencionado la relevancia jurídica en el proceso que obstenta el sumario de prevención y no una falsa interpretación que le han dado varios jueces y funcionarios judiciales penales. El artículo 170 del Código de Procedimientos Penales nos dice claramente y en forma categórica que es el Requerimiento fiscal de instrucción formal el que da inicio al proceso y sólo lo puede hacer el Ministerio Público, además de que todo sumario de prevención y denuncia recibida por quienes pueden hacerlo debe ser remitida al Ministerio Público en el término de 8 días a partir del momento en que se inicia la investigación y en el término de 24 horas si se trata de denuncia recibida por el juez de instrucción.[14]

D. Fases en la elaboración del sumario de prevención.

El sumario de prevención policial es la forma escrita con que se conserva y comunica al juez de instrucción o agente fiscal de todos los actos preprocesales de la investigación judicial, apegados en lo posible a las formalidades de la instrucción judi-

12. MANZINI, Vicenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1953, T. IV, p. 145.
13. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Op. cit.*, p. 301.
14. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1a. edición, 1963, T. III, p. 17.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cial, está compuesta de 4 fases que son a saber:

1) Iniciación
2) Desarrollo
3) Clausura.
4) Remisión.

Iniciación:

El sumario de prevención se inicia con un procedimiento de oficio o mediante denuncia, se levanta un acta por escrito.

Desarrollo:

El desenvolvimiento del sumario debe ser armónico y paralelo a las investigaciones mismas, debe reflejar una secuencia lógica de los actos como: acta preliminar, declaraciones de testigos conforme a su aparición en el tiempo y no en el espacio, declaración del presunto acusado, inspecciones oculares, levantamiento de huellas dactilares latentes en la escena del crimen, recolección de indicios, evidencia, etc.

Clausura:

Constituye una diligencia final que da con la conclusión a las averiguaciones realizadas, se informa sobre la detención o no del acusado, al igual que del lugar de reclusión del preso y se deja constancia del envío de los elementos de convicción que hayan sido secuestrados.

Remisión:

Es el envío del sumario de prevención policial y cosas secuestradas a la autoridad judicial penal competente (juez de instrucción o agente fiscal). La remisión debe hacerse por vía jerárquica (por ejemplo a través del jefe del departamento, del secretario general del director o subdirector general del Organismo de Investigación Judicial).

Todos los actos realizados por la Policía Judicial, no requieren ser ratificados, salvo que el juez por razones calificadas ordene que se practiquen nuevamente.

El sumario de prevención policial debe remitirse dentro de los ocho días contados desde el inicio de la investigación (art. 8 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial).[15]

El sumario de prevención además de lo ya expuesto en cuanto a su importancia en el proceso penal, adquiere mayor relevancia en el procedimiento especial de *"citación directa"* (arts. 401 y siguientes del Código de Procedimientos Penales), la información sumaria que practica el Agente Fiscal, puede omitirse ante un sumario de prevención de gran contenido, en relación con la prueba evacuada, identificación del autor, cómplices e instigadores. . . etc., de tal suerte que no es preciso que el representante del Ministerio Público reciba nuevamente las probanzas aportadas por el sumario de prevención, sino que puede requerir de inmediato la citación directa ante el juez penal, claro está que se haya recibido indagatoria al imputado en su oportunidad.[16]

CONCLUSIONES

Se puede decir que a través de todo un análisis mesurado sobre los actos de policía judicial con relación al sumario de prevención policial, irremediablemente se llega a concluir que el primero es el contenido del segundo, en el tanto que todo acto de policía judicial es símbolo de la función judicial que cumple a cabalidad el Organismo de Investigación Judicial, como auxiliar de los tribunales de justicia en el área penal y del Ministerio Público.

Otro aspecto interesante y de gran transcendencia en la legislación procesal penal, es el papel que desempeña el sumario de prevención, el cual comprende la excepción (arts. 187, 188 166 del Código de Procedimientos Penales) a la regla general (arts. 5, 145 inciso 2 del mismo cuerpo de leyes), en el sentido que sólo el requerimiento fiscal de instrucción formal excita la jurisdicción del juez o sea el Ministerio Público bajo sus atribuciones es el único órgano que ejercita la acción penal pública y sólo cuando el sumario de prevención es remitido directamente al juez de instrucción y éste lo acepta en virtud de una interpretación de la norma

15. PEREIRA V., Magda. *Op. cit*, p. 482.
16. CASTILLO BARRANTES, J. Enrique, *Ensayos sobre la nueva Legislación Procesal Penal*, San José, 1977, p. 108.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

187-166 de nuestra ley procesal penal, puede tomarse como que da inicio al proceso penal, pero no es así, lo que hace el sumario de prevención policial es encabezar el sumario (expediente o causa) y no es en realidad una excepción a la regla general como sostiene la teoría de Leone y varios jueces de nuestros tribunales de justicia.

Hoy en día hay divergencia de opiniones en cuanto a si el sumario de prevención da inicio a un proceso penal y le da la posibilidad al juez de instrucción para investigar la verdad real sobre los hechos ilícitos puestos en conocimiento mediante el contenido del sumario de prevención y en virtud de una errónea interpretación sobre el alcance de las normas números 166, 187, 188, 169, 41, 39 del CPP. Otros opinan lo que hasta al cansancio he repetido en líneas anteriores, lo que prevalece es lo dispuesto en los artículos 5, 145 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales, porque el Ministerio Público es el único órgano que puede acusar y bajo su función requirente es el único que puede ejercer la acción penal pública y así poner en conocimiento al juez de instrucción del delito cometido, por lo tanto da inicio al proceso mediante el requerimiento fiscal de instrucción formal y así el juez de instrucción inicia la causa en virtud del susodicho requerimiento.

Sobre las investigaciones hechas sobre posible jurisprudencia atinente al tema del *"Sumario de Prevención Policial"*, fue desalentador, porque no hallé, sólo en cuanto al tema de *"Los actos de policía judicial"*, sí hay, pero muy escasa y todo redunda en cuanto a la validez de tales diligencias de investigación y su relevancia y son a saber las siguientes: 1977. Sala Primera Penal de las 10:20 hrs. del 18 de mayo, causa contra A.S.R. por el delito de *homicidio calificado* en perjuicio de M.A.R.C.

1980. Tribunal Superior Penal, Sección B, Alajuela, núm. 229 de las 10:20 hrs. del 10 de diciembre. Causa contra M.A.C.S. y otro por el delito de *robo agravado* en perjuicio de L.S.J. de A.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal,* Buenos Aires, Editorial E.J.E.A., Vol. I, 1950, pág. 339.

CASTILLO BARRANTES, J. Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,* San José, Colegio de Abogados, 1977, pág. 199.

CLARIÁ OLMEDO, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Ediar S.A., Editores, 1a. edición, T. III, 1963, pág. 473.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Ediciones Lerner, 2a. edición corregida y aumentada, 1964, T. II–I, págs. 439, 533.

RUBIANES, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979 T. II, pág. 410.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (traducción de Sentís Melendo y Ayena Redín), Edit. E.J.E.A., Buenos Aires, 1973, T. IV, pág. 550.

Tesis de grado.

JENSEN PENINGTON, Carl, *La naturaleza jurídica de la policía judicial costarricense,* San José, UCR, Facultad de Derecho, Tesis de graduación, 1981, pág. 117.

PEREIRA VILLALOBOS, Magda y otros, *El Organismo de Investigación Judicial y su participación en el Proceso Penal, San José, UCR,* Facultad de Derecho, Seminario de graduación para optar por el título de licenciada en Derecho, 1982, pág. 546.

Leyes y Códigos.

Ley de Creación del Organismo de Investigación Judicial, núm. 238 del 18 de diciembre de 1973, Gaceta núm. 238 del 18 de diciembre de 1973.

Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, núm. 5524 del 7 de mayo de 1974, Gaceta núm. 94 del 21 de mayo de 1974.

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado por Núñez Ricardo y concordado por Martínez Miguel Domingo, Córdoba-Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1978, pág. 720.

Código de Procedimientos Penales, Ley núm. 5377 del 19 de octubre de 1973, San José, Librería Lehmann, 1a. Edición preparada por el Lic. Vincenzi Atilio, 1978, pág. 102.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley núm. 8 del 9 de junio de 1939, 1983, pág. 58.

Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949, pág. 318.

Escaneado por la 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 II

FUNCIONES Y METODOLOGÍA DE LA PSICOLOGÍA FORENSE (PARTE I)

SUMARIO

Pág.

I. Introducción. . . . 142
A. Nociones generales del Derecho . . . 142
(Definición, fines, división: Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Político, Derecho Administrativo, Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo, Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Procesal).

II. Funciones y metodología psicológico-forenses . . . 144
A. Pericia . . . 144
(Definición, desarrollo histórico, naturaleza jurídica, tipos de peritos, artículos del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica en relación con los peritos).
a) Aspectos ambientales y requisitos técnicos importantes a considerar . . . 147
1) Gabinete u oficina del psicólogo forense . . . 148
2) Consideraciones de importancia previas a la pericia psicológica . . . 148
a) Tiempo transcurrido entre los hechos y la pericia . . . 148
b) Condiciones psicológicas y fisiológicas básicas en la persona a examinar . . . 149
c) Otras condiciones . . . 149
b) Metodología e instrumentación a emplear . . . 149
1) Estudio preliminar del caso . . . 149
2) Entrevista psicológica . . . 149
a) Generalidades (definición, tipos, caracterización, otras consideraciones) . . . 149
b) Preentrevista . . . 151
c) Metodología . . . 151
i. Datos personales y/o generales. ii. Narración de los hechos y/o motivo de consulta. iii. Cuadro familiar. iv. Antecedentes psicopatológicos y/o penales familiares. v. Antecedentes psicopatológicos y/o penales personales. vi. Embarazo y parto. vii. Desarrollo psicomotor. viii. Desarrollo psicosocial.
3) Examen mental . . . 152
4) Instrumentos o *tests* psicológicos en el campo forense . . . 153
a) Aspecto ético-profesional . . . 153
b) Factor a contemplar . . . 155
c) Características estructurales . . . 155
i. *Tests* proyectivos y no proyectivos. ii. *Tests* factoriales y no factoriales. iii. *Tests* individuales y colectivos. iv. *Tests* verbales y no verbales.
d) Áreas o funciones que miden los *tests* . . . 157
i. Área intelectual (factores y aptitudes intelectuales). ii. Área perceptiva, motora y maduracional. (Diagnóstico de deterioro intelectual y de lesión cerebral orgánica). iii. Área de la personalidad (detección de una gran variedad de conductas, rasgos o características, presentes o ausentes, referentes a la personalidad, a su estructura y a sus ajustes). iv. Área de aptitudes, habilidades e intereses (sociales, vocacionales y ocupacionales). v. Otras áreas.
5) Redacción del dictamen pericial (ordenamiento y otras consideraciones) . . . 159

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

Previo al abordaje de las diversas funciones y métodos psicológico-forenses y para la adecuada comprensión de las mismas, mencionaremos algunas nociones generales del Derecho.

A) Nociones generales del Derecho.

"El Derecho, en un Estado moderno, es el conjunto de normas de conducta obligatorias establecidas o autorizadas por el Estado mismo y respaldadas por su poder".[25]

Habitualmente, cuando se habla de los fines del Derecho, se citan la seguridad y la justicia. En su sentido más simple, seguridad equivale a paz, es decir, a la situación de una sociedad en que las relaciones entre sus miembros discurren habitualmente sin violencia y en que cada individuo está protegido contra la agresión de los demás. El Derecho ha de cumplir ante todo esa misión pacificadora, cuidando por un lado de la seguridad de las relaciones entre los individuos y, por otro, planteándose la cuestión de la seguridad del ciudadano frente al mismo poder del Estado. El segundo gran objetivo que se considera inherente al Derecho es la Justicia.

El Derecho en sí se divide en diferentes ramas y disciplinas jurídicas. Dentro de éste, en general, se distinguen grupos o conjuntos de normas, que, por referirse a sectores individualizados de la vida social y por apoyarse en unos principios comunes que les dan trabazón y una coherencia interna, y los diferencian de otros grupos de normas, se consideran ramas autónomas del Derecho.

A pesar de que el concepto de autonomía de una rama del Derecho y de su correspondiente ciencia es relativo, a continuación mencionaremos algunas de las ramas más importantes, tales como la del Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Político, Derecho Administrativo, Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo, Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho Procesal (penal-civil).

El Derecho Público se caracteriza porque en él existe un ejercicio del poder y del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares.

El Derecho Privado, por contraposición al anterior, es aquél que regula las relaciones entre particulares, es decir, aquéllas en que ninguna de las partes actúa revestida de poder estatal. Visiblemente, las normas de Derecho Público se entiende que están consagradas especialmente al interés de la comunidad considerada en su conjunto, mientras que las del Derecho Privado contemplan en primera línea, conveniencias de los individuos.

El Derecho interno, es decir, el sistema jurídico de cada Estado, comprende tanto su Derecho Público como Privado. Dentro del primero hay que considerar ante todo el conjunto de normas que regulan la organización y funcionamiento del poder, o sea, los elementos básicos de la vida política. Dichas normas componen el *Derecho Político* o Constitucional del Estado de que se trate.

En un sentido amplio se llama *"administración"* a la actividad que todo Estado despliega para realizar unos fines y a los órganos creados para su ejecución. En el mismo sentido amplio puede llamarse *Derecho Administrativo* a las normas jurídicas que rigen tales actividades y a la organización de esos órganos; siendo el problema tradicional de esta rama del Derecho, el de armonizar la libertad de acción que la Administración necesita para cumplir con eficacia y rapidez sus fines, con la seguridad del ciudadano y el control jurídico de la actividad administrativa que evite el riesgo de la arbitrariedad.

El Derecho Mercantil es un Derecho especial aplicable sólo a un sector determinado de relaciones jurídicas, que tiene su núcleo originario y su justificación histórica en las peculiaridades de la actividad comercial, es decir, en la actividad dirigida a facilitar la circulación de bienes entre productores y consumidores.

El Derecho del Trabajo es aquél, cuyo núcleo central viene dado por el hecho social de la prestación de trabajo por cuenta ajena, o sea, por la situación en que una persona realiza determinados servicios o actividad a favor de otra, quien ad-

25. LATORRE, A. *Introducción al Derecho.* Editorial Ariel, Barcelona, 1976, pág. 16.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

quiere el producto o resultado de ese trabajo y paga en cambio una remuneración por él.

El Derecho Civil es el Derecho Privado por excelencia y se presenta como la disciplina jurídica que tiene por objeto las normas que regulan las relaciones entre particulares considerados como personas en general y no con referencia a situaciones o actividades específicas que estén sometidas a otras ramas del Derecho. El Derecho Civil se configura en la actualidad sobre dos ideas básicas: la de ser un Derecho Privado *"general"*, es decir, aplicable como fundamento de todas las otras ramas del Derecho Privado, y la de ser un Derecho en cierto modo residual, porque entra en su esfera todo aquello que no le ha sido sustraído por otras ramas del Derecho Privado, como el Derecho Mercantil.

Su función básica es precisamente, servir de medio para que los particulares alcancen sus fines en la forma que deseen, y para que cada cual ordene como prefiera, dentro de ciertos límites generales, el haz de relaciones que le afecta. Así, el principio de *"autonomía de la voluntad"* se convierte en principio central del Derecho Civil. El orden público constituye un límite apreciable a la autonomía de la voluntad, que se manifiesta con especial amplitud en el Derecho de Familia o conjunto de normas que regulan las relaciones nacidas del matrimonio y que tienen otras manifestaciones importantísimas como las relaciones paterno-filiales o las instituciones tutelares.

El Derecho Penal es el *"conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".*[26]

Es necesario mencionar que en la construcción del Derecho Penal Liberal descuellan tres nombres: G.D. ROMAGNOSI en Italia, JEREMÍAS BENTHAM en Inglaterra, y ANSELMO VON FEUERBACH en Alemania, iniciándose y prosperando así la escuela de Derecho Penal Liberal, que más tarde había de denominarse Clásica. Sus tesis dominantes del *"restablecimiento del orden jurídico y de la tutela jurídica"* señalan una de las etapas evolutivas del periodo científico.

En 1878 el Derecho Penal sufre embate revolucionario tan relevante como el de CÉSAR BECCARIA, quien a los 25 años de edad escribió su famoso libro *"Dei delitti e delle pene"*, que anatematiza con dureza singular los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma a fondo. La Filosofía Penal Liberal se concreta en el pensamiento de BECCARIA en una fórmula jurídica, que resultaba del Contrato social de ROUSSEAU; el principio de la legalidad de los delitos y de las penas: *nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley.*

Gracias a BECCARIA nació la Escuela Positivista, con su principio de defensa social biológica, fundada por CÉSAR LOMBROSO, ENRIQUE FERRI y RAFAEL GARÓFALO. Después aparece el Positivismo Crítico y la Escuela Sociológica de Política Criminal que procura actuar la prevención general y la especial con el dualismo de penas y medidas de seguridad.

Las corrientes humanitarias que en el siglo pasado triunfaron en el Derecho Penal, han tenido una consecuencia importante que merece subrayarse. La pena es ciertamente una medida de defensa del orden jurídico, cuyos fines son impedir la reiteración del delito por parte de su autor (la prevención especial) e impedir con su ejemplaridad que otros lo cometan (la prevención general). Pero es también una medida que afecta, y en ocasiones con trágica intensidad, a un ser humano. La consideración puramente jurídica del delito no debe hacer olvidar su contorno real como acto de una persona. La tradición humanitaria y la influencia de la Sociología han fomentado el florecimiento de un conjunto de ciencias, dentro de las cuales se encuentran la Criminología, la Medicina, la Psicología y otras ciencias especializadas, cuyo objeto es el estudio del delito desde perspectivas distintas de la jurídica.

La garantía de los ciudadanos no consiste sólo en que existan tribunales independientes, con ser ésta sin duda su primera condición. También es necesario que cuando se plantee ante esos tribunales una reclamación concreta o actúen para determinar si se debe o no condenar a una pena determinada a un presunto delincuente, el funcionamiento de los tribunales y la conducta de las

---

26. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Losada, Buenos Aires, 3a. ed., 1964, I, pág. 33.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

partes que ante ellos concurren esté sometido a normas prefijadas. Ese conjunto de normas componen el *Derecho Procesal*, cuyo nombre deriva de que se llama proceso al conjunto de actos realizados por los tribunales o por los particulares que ante ellos actúan para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Las dos formas típicas de proceso, son el proceso civil y penal. Sirve el primero para resolver los litigios que se suscitan por la aplicación de normas de Derecho Privado, tanto civil como mercantil; y el segundo está destinado a aplicar la ley penal.

Debido al potencial servicio que la Psicología Forense puede ofrecer en el Proceso Penal como ciencia auxiliar para el aporte de una serie de conocimientos, haremos un muy breve análisis de éste y diremos que, de acuerdo con MIGUEL FENECH en su tratado sobre *"El Proceso Penal"*, éste es *"aquella serie o sucesión de actos que se llevan a cabo y desarrollan en el tiempo, con sujeción a unas normas de procedimiento, y a través de la cual se realiza la actividad jurisdiccional, mediante el ejercicio por el órgano jurisdiccional penal de sus diversas potestades y la realización de las partes y terceros de la actividad cooperadora que aquella requiere"*.[27]

El proceso penal se escinde en dos partes o periodos, cada una de las cuales recibe a su vez el nombre genérico de proceso, aunque ambas constituyan un solo juicio o proceso propiamente dicho; se trata del proceso instructorio o sumario y del proceso decisorio o juicio oral.

En el proceso instructorio, que se encomienda a un juzgado, tribunal unipersonal, el titular del órgano jurisdiccional, de oficio, y por tanto de su propia iniciativa, provoca la aportación al proceso de cuantos hechos puedan interesar, sin más que una valoración previa de ellos, y utilizando la colaboración de las partes libremente y en la medida que pueda creer fructífera para el resultado de su investigación. La colaboración de la policía, de los técnicos o peritos, el interrogatorio de cuantos crea puedan tener algún conocimiento de los hechos, son medios de los que se vale no tanto para comprobar la certeza de los hechos alegados por otros que los conocían, cuanto para lograr que directamente o por medio de terceros estos hechos resulten aportados al proceso.

En el proceso decisorio o juicio oral, las partes, en igualdad de condiciones, seleccionan y valoran los hechos aportados ya al proceso, corrigen las deficiencias de aportación efectuadas o no por el Juez cuando conozcan los hechos directamente, proponen y practican ante el tribunal las pruebas que estimen conducentes a convencer al propio tribunal de la certeza o incerteza de los hechos sumariales seleccionados o de los aportados posteriormente, y finalmente entablan la controversia que el tribunal debe decidir con su enjuiciamiento último, al cual sigue la declaración por la que se ejercita concretamente la potestad declarativa de la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal y, en su caso, la imposición de la pena.

Una vez señaladas someramente algunas nociones generales del Derecho, de las que se puede observar la relevancia de éste en la sociedad actual y deducir la importancia que reviste la aportación de otras ciencias para el logro exitoso de sus fines, procederemos a exponer las funciones primordiales y los métodos empleados por la Psicología Forense, confiando en que las nociones anteriores faciliten la comprensión de las mismas.

II. FUNCIONES Y METODOLOGÍA PSICOLÓGICO-FORENSES

A) Pericia.

En primer término, la labor pericial constituye la función primordial de la Psicología Forense, no sólo por la importancia de su finalidad como tal, sino también por el hecho de que la pericia psicológica puede estar dirigida al enfoque de diversos aspectos y al logro de diferentes fines o metas, relacionadas con distintos apartados de la justicia.

Comúnmente, recibe el nombre de perito aquella persona que actúa sobre determinadas materias con carácter técnico. Sin embargo, para nuestros fines es necesario ampliar esta definición en otros aspectos, por lo que diremos, de acuerdo con GUASP, que *"un perito es la persona que, sin ser*

27. FENECH, M. *El Proceso Penal*. Editorial Agesa, Madrid, 1978, pág. 15.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

parte, emite con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado sentido, declaración sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su captación".[28]

Retrocediendo en la Historia, observamos que el pueblo romano daba poca importancia a la comprobación del hecho delictivo y a las circunstancias en que se produjo, ya que el procedimiento criminal estaba basado en la acusación, no existiendo, al parecer, ningún funcionario oficial para averiguar la verdad, haciendo pues, innecesaria la presencia de algún tipo de perito.

Posteriormente a la época del Derecho Romano aparece el procedimiento inquisitivo, donde adquiere gran importancia la investigación judicial y por tanto el informe pericial, ya que el Juez no entablaba información directa contra el acusado. Ulteriormente, en la Edad Media, los prácticos italianos contaban con el auxilio del dictamen de los peritos, cuya elección se verificaba por el Juez instructor en aquellos casos en que el acusador y el acusado no lograban un acuerdo.

En la actualidad, la vigente ordenación de nuestro proceso penal descansa preferentemente en los postulados de la Escuela Clásica, constituyendo ésta la primera corriente científica que frente a la arbitrariedad y el caos punitivos, tan vigorosa y fructuosamente denunciados por BECCARIA, trata de garantizar la máxima objetividad en la investigación y valoración del fenómeno delictivo, atendiendo a su significación puramente formal de violación de una ley vinculante. Fruto de esta concepción clásica es, en el plano sustantivo del Derecho Penal, la contemplación del delito mediante la pormenorizada descripción objetiva de los elementos fácticos que lo componen, y la fijación de la pena como un *"quantum"* de castigo, estrictamente preestablecido, en retribución de la transgresión delictiva; y, en el plano procesal, la ordenación del proceso como medio de averiguación del hecho para su posterior valoración penal.

Es obvio que en esa averiguación de los elementos integrantes del hecho delictivo, el juez ha de precisar del auxilio de personas con conocimientos especializados, por presentarse aquellos con aspectos cuya captación o interpretación exigen una especial preparación científica, técnica o práctica.

Es así como actualmente la intervención de los peritos no se discute y el informe pericial es cada vez más admitido.

Respecto a la naturaleza jurídica de la pericia, existen diferentes opiniones que se pueden agrupar en cuatro claras posiciones:[29]

a) La pericia como medio de prueba: Entre los que defienden esta posición tenemos a FLORIAN, para quien la pericia es medio de prueba, en cuanto sirve para proporcionar al juez el conocimiento de un objeto de prueba. Para este autor la pericia es órgano de prueba. Por otra parte, según STOPPATO, la pericia es un medio de prueba, porque la prueba consiste, no en la afirmación del hecho, sino en el hecho revelado. La relación entre lo desconocido y lo conocido por intervención del perito, es un medio por el que se adquiere la certeza de la existencia de un hecho. Para MARSICH la pericia es un medio de prueba como otro cualquiera que contiene un juicio motivado, técnico y científico, en torno al hecho, que es objeto del proceso. De acuerdo con FENECH y con SABATINI, la prueba no consiste en el parecer del perito, sino en los elementos que él, con procedimiento técnico, pone en evidencia. Finalmente BECEÑA dice que, por encima de los argumentos superficiales de tipo externo en contra de la tesis de que el perito es medio de prueba, éste aprecia hechos, y como tal es medio de prueba.

b) La pericia como órgano auxiliar del juez: RICCI expuso que la pericia no se podía comprender entre los verdaderos medios de prueba y que, en realidad, los peritos eran auxiliares del juez; posición que comparte VON KRIES. Por otra parte, KUNELSKY dice que los peritos son ayudantes del juez, no sirven a la prueba y no son medio de prueba. Asimismo, GÓMEZ ORBANEJA cree que el perito tiene carácter de auxiliar del juez y que por ello sería más lógico que se dejase al mismo juzgador decidir sobre la necesidad o conveniencia de esta prueba. Finalmente, para PRIETO CASTRO el perito es la persona que posee conocimientos especializados sobre alguna materia, y al cual se acude en busca de dictamen cuando para apreciar, o para conocer y apreciar, sean necesarios o conve-

---

28. Véase GUASP, cit. por VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C. *Naturaleza jurídica de la Pericia.* Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1951, pág. 36.

29. Cfr. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, *supra*, nota 4, pág. 12.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nientes sus conocimientos científicos, artísticos y prácticos. De aquí pues que la actividad del perito deba ser considerada como auxiliar del juez en la búsqueda de máximas o reglas de experiencia que no se hallan a su alcance.

c) Posiciones eclécticas: De acuerdo con HEUSLER, el perito es facilitado por las partes, distinguiéndolo de aquellos medios de conocimiento que son elegidos por el juez, y diciendo que la naturaleza jurídica de la pericia dependerá del sistema de nombramiento del perito. Por otra parte, SCHONKE afirma que el perito es un medio de prueba en sentido técnico, pero también un auxiliar del juez en la valoración de los hechos de la prueba, y BINDING sostiene que el perito puede ser medio de prueba y también auxiliar del juez.

d) Otras posiciones: Para MITTERMAIER la intervención de peritos tiene lugar siempre que se presenten en una causa ciertas cuestiones cuya solución para poder producir convencimiento en el ánimo del juez, requieren el examen de hombres provistos de aptitud y de conocimientos facultativos especiales. Es pues, necesaria: para la averiguación de ciertos hechos que exigen necesariamente conocimientos técnicos; cuando haya de decidirse acerca de la naturaleza o de las cualidades de ciertos hechos; cuando la base de la sentencia haya de apoyarse en la admisión de un hecho como posible o probable y; cuando de los hechos demostrados se traten de deducir consecuencias que sólo puede suministrar el profesor. Dice MITTERMAIER que el examen pericial constituye una prueba *"sui géneris"* cuya apreciación no puede hacerse sino siguiendo ciertos principios que le son inherentes.

Para finalizar, de acuerdo con D. CARLOS VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER,[30] no puede darse una solución unitaria al problema de la naturaleza jurídica de la pericia. Dice que se puede enunciar una regla general, y es que hay que distinguir el perito del dictamen por él emitido. El primero es auxiliar del juez y el segundo cree es medio de prueba. Sin embargo comenta, que existen una serie de casos en los que puede variar la clasificación antedicha.

En cuanto a tipos de peritos, doctrinariamente la cuestión de la diferencia entre peritos civiles y penales, está relacionada con la de si la prueba civil y la penal son idénticas o distintas. Para VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER *"aunque la prueba en el proceso penal se rija por principios distintos a los del proceso civil, sin embargo, dentro del campo de la prueba, existen conceptos y normas que pueden unificarse, y otras que exigen tratamiento distinto. Por lo tanto, será la naturaleza o clase de intervención la que delimite los tipos distintos de peritos, pero no la materia civil o penal de proceso en que se emita el dictamen".*[31]

Después de estas sucintas consideraciones referentes a la pericia, de las que se puede deducir su importancia y significación en el campo del Derecho, es necesario mencionar, que sea cual fuese la posición que se adopte acerca de los tipos de peritos y de la naturaleza jurídica de la misma, ésta constituye, al menos en el campo psicológico, que es el que aquí nos interesa, una fuente de ayuda real que permite la colaboración y aportación del psicólogo de una serie de conocimientos en las difíciles y diversas tareas que conllevan a una sana y científica administración de la justicia.

A continuación, señalaremos algunos artículos del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, que hacen referencia a los peritos y a aspectos relacionados con los mismos.[32]

— Facultad Jurisdiccional y Autopsia.

Artículo 238: *"El juez podrá ordenar peritajes, aun de oficio, cuando para descubrir y valorar un elemento de prueba, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica".*

— Calidad Habilitantes.

Artículo 239: *"Los peritos deberán tener título de tales en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentadas. En caso contrario, deberá designarse a personas de idoneidad manifiesta".*

— Nombramiento y Notificación.

Artículo 243: *"El juez designará un perito, salvo que estime necesario que sean más.*

---

30. *Ibídem*, pág. 46.

31. *Ibídem*, pág. 48.

32. Con el objetivo de darle al presente trabajo una utilidad práctica, nos referiremos única y exclusivamente a la legislación costarricense. No obstante, las funciones Psicológico-Forenses planteadas son aplicables a la generalidad de las legislaciones, por lo que su utilidad se extiende a la mayoría de las naciones.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Antes de que se inicien las indagaciones periciales el juez deberá notificar al Ministerio Público y a los defensores, bajo pena de nulidad, a menos que aquellas sean sumamente urgentes o extremadamente simples. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que realizó el peritaje".

— Facultad de proponer.

Artículo 244: *"En el término que el juez fije al ordenar las notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado (239–241); pero si las partes que ejercieren esta facultad fueren varias, no podrán proponer en total más de dos peritos.*

Cuando ellas no se pongan de acuerdo, el juez designará entre los propuestos".

— Ejecución.

Artículo 247: *"Siempre que sea posible y conveniente los peritos practicarán conjuntamente el examen, deliberarán en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir el juez, y si estuvieren de acuerdo, redactarán el dictamen en común; en caso contrario, lo harán por separado".*

— Peritos nuevos.

Artículo 248: *"Si los informes discrepan fundamentalmente, el juez podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que los examinen y valoren, o si fuere factible o necesario, realicen otra vez el peritaje. De igual modo podrán actuar los peritos propuestos por las partes, cuando hubieran sido nombrados después de efectuada la peritación".*

— Dictamen.

Artículo 249: *"El dictamen pericial podrá expedirse por escrito o hacerse constar en acta, y comprenderá, en cuanto fuere posible:*

1. *La descripción de la persona, cosa o hecho examinado, tal como hubieran sido hallados;*
2. *Una relación detallada de las operaciones, de su resultado y la fecha en que se practicaron; y*
3. *Las conclusiones que formulen los peritos".*

— Ofrecimiento de prueba.

Artículo 351: *"Al ofrecerse prueba, el Ministerio Público y las partes presentarán la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre, profesión y domicilio. También podrán manifestar que se conforman con que en el debate se lean las declaraciones testificales e informes periciales de la instrucción.*

Sólo podrá solicitarse la designación de peritos nuevos, para que dictaminen sobre puntos que anteriormente no fueron objeto de examen pericial. Se exceptúa de esa regla los psiquiatras o psicólogos que deban dictaminar sobre el estado mental o personalidad psíquica del imputado. . .".

— Instrucción suplementaria.

Artículo 353: *"El presidente podrá ordenar antes del debate, con notificación al fiscal y a las partes:*

1. *Los actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido;*
2. *Los que fuere imposible cumplir en la vista, como las pericias psiquiátricas o psicológicas sobre el estado mental o la personalidad del imputado; y*
3. *Recibir declaración a las personas que presumiblemente no podrán concurrir al debate, por enfermedad, otro impedimento o por residir en lugares de difícil comunicación.*

   A tal efecto podrá actuar uno de los miembros del tribunal o librarse los despachos necesarios".

— Dictamen pericial

Artículo 379: *"El presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos, y si estos hubieran sido citados responderán bajo juramento a las preguntas que se les formularen (artículo 351) El tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate".*

— Pruebas para mejor proveer.

Artículo 387: *"El tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de cualquier prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes: las operaciones periciales necesarias se practicarán acto continuo en la misma audiencia, cuando fuere posible".*

a) Aspectos ambientales y requisitos técnicos importantes a considerar.

Antes de exponer lo relativo a las distintas funciones periciales, a la metodología y a los ins-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trumentos empleados por el psicólogo forense, es necesario abordar ciertos aspectos ambientales y requisitos técnicos importantes para la adecuada realización de las mismas.

Partiendo del hecho de que el Psicodiagnóstico (estudio psicológico) con fines periciales constituye una función primordial del psicólogo forense, que absorbe un gran porcentaje, tanto en tiempo como en esfuerzo, de su jornada laboral, consideramos de vital importancia hacer una serie de observaciones en cuanto a requisitos se refiere, respecto al gabinete u oficina en que dicho profesional realiza esta función, para que se pueda lograr así un mayor rendimiento y eficacia en el desarrollo de la misma.

1. Gabinete u oficina del psicólogo forense.

En primer término, un estudio o examen psicológico, con carácter pericial, requiere de una estancia prolongada de tiempo con la persona a estudiar, por lo que es necesario que el ambiente físico donde se desarrolle, sea amplio, agradable, acogedor y que cuente con mobiliario y con condiciones de privacidad, ventilación e iluminación adecuadas.

De hecho, estos requisitos citados no sólo obedecen al periodo que se emplea para la pericia, sino que fundamentalmente se hacen necesarios por otras dos razones básicas:

a) La temática tratada con el estudiado y los aspectos a explorar por el psicólogo (más aún si se trata de un estudio a una persona relacionada con un hecho delictivo penal o civil, o con cualquier otro asunto de carácter judicial), son estrictamente personales, íntimos y confidenciales. De ahí la necesidad de un gabinete que reúna óptimas condiciones de privacidad.

b) Debido a que prácticamente la totalidad de las personas que son sometidas a estudio psicológico con carácter pericial son testigos, ofendidos, imputados, e inclusive sentenciados cuyo hogar por corto o largo plazo, ha sido una institución de carácter penitenciario, en régimen carcelario, hace que dichas personas que se presentan ante el psicólogo, con motivación o sin ella, probablemente muestren grados significativos de ansiedad, angustia, temor, apatía, desconfianza y recelo. Por tanto, el hecho de que el gabinete psicológico-forense sea acogedor, amplio, con mobiliario sencillo y cómodo y con ventilación e iluminación adecuadas, contribuye a la reducción de las actitudes mencionadas y propicia un ambiente y clima más favorable para el estudio, ya que es posible no sólo obtener cuantitativa y cualitativamente mayor información, sino que se logra una mejor comunicación y relación interpersonal.

Para finalizar, es importante mencionar que para que un estudio psicológico sea válido y objetivo, es necesario que se establezca al menos un mínimo de confianza, comunicación y empatía entre el psicólogo y el sujeto a estudiar, por lo que es altamente recomendable que el gabinete psicológico cuente con un juego de sala sencillo, pero cómodo, donde tanto el que examina como el examinando puedan conversar a gusto sin excesiva formalidad, ya que consideramos que el estudio en el que se interpone un escritorio pierde efectividad, ya que éste no sólo implica una barrera o separación física, sino también psicológica, que impide el establecimiento de una adecuada comunicación.

Está demás mencionar la necesidad de un escritorio holgado para el análisis y estudio del caso; de una máquina de escribir para una clara elaboración del borrador; de una biblioteca para consulta y de un escritorio más pequeño para la aplicación de pruebas psicológicas, además de los otros enseres e instrumentos comunes de oficina.

2. Consideraciones de importancia previas a la pericia psicológica.

a) Tiempo transcurrido entre los hechos y la pericia.

Debido a las características de un estudio o examen psicológico-forense con carácter pericial y por la importancia que para éste tienen los hechos concretos que motivaron el proceso judicial, es altamente recomendable y constituye un factor de inapreciable ayuda, que el tiempo transcurrido entre estos hechos y la pericia psicológica sea lo más reducido posible, ya que de esta manera se mantendrán más presentes y claros los elementos de los mismos, así como más intacta la estructura psicológica que prevaleció en el estudiado cuando éstos ocurrieron, trátese éste de un testigo, ofendido o imputado. En resumen, a menor tiempo transcurrido entre los hechos sucedidos y el examen o estudio psicológico-forense, mayor probabilidad habrá de obtener cuantitativa y cualitativamente más información y elementos de juicio, con sus consecuentes beneficios al estudio. Todo lo anterior siempre y cuando el estudio sea de carácter pericial, y los estudiados se encuentren en condiciones psíquicas y físicas adecuadas para el mismo, ya que de no estarlo sólo se podrán obte-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ner algunos elementos que serán de gran utilidad para la posterior evaluación.

b) Condiciones psicológicas y fisiológicas básicas en la persona a examinar.

Este punto se refiere a la necesidad de que la persona que va a ser sometida a un estudio pericial psicológico, presente al menos un mínimo de condiciones psíquicas y físicas que permitan la realización válida y objetiva del mismo.

En lo que a estas condiciones se refiere, es necesario y de primordial importancia que la persona a examinar haya podido, previo al estudio, satisfacer de manera básica sus necesidades de descanso y alimentación, para que factores tales como el sueño y el hambre no afecten su motivación, capacidades y rendimiento. Asimismo es imprescindible que no se le haya administrado ningún medicamento o psicofármaco, que puedan alterar sus funciones perceptivo-motoras y psíquicas en general.

c) Otras condiciones.

Finalmente, por razones técnicas y humanas, es importante recordar el carácter confidencial y privado de la pericia psicológica, así como la necesidad de un ambiente físico y psicológico propicio, por lo que: la presencia de personas ajenas al estudio (al menos que el psicólogo considere de alguna utilidad técnica lo contrario); la permanencia en el gabinete de policías en función de custodia; o la aplicación de cualquier medida, instrumento u objeto que tienda a coartar en alguna forma la libertad de movimientos y acción del sujeto a estudiar, es contraindicado y debe ser considerado como variable negativa e interferente para la validez y la fiabilidad técnica y científica del estudio.

Así mismo es importante señalar la necesidad de que el psicólogo forense pueda contar con el tiempo imprescindible para explorar, analizar y considerar todas las áreas y factores de interés técnico, lográndose así el poder llevar a cabo un examen profundo y exhaustivo y el emitir un dictamen serio y objetivo, ya sea con fines periciales o de cualquier otro tipo.

b) Metodología e instrumentación a emplear.

La metodología y el tipo de instrumentos utilizados por el psicólogo forense presentan variaciones de acuerdo a sus distintas funciones y a las necesidades de cada caso en particular. Sin embargo, y debido a que la gran mayoría de las funciones psicológico-forenses contemplan el uso del Psicodiagnóstico Clínico, ya sea con finalidad pericial (por ejemplo: la determinación de responsabilidad penal), o como medio para el logro de otros objetivos (por ej.: la rehabilitación social mediante tratamiento), intentaremos describir el método a seguir y los instrumentos a emplear en este campo, ya tenga como objetivo la dictaminación pericial, o sea un medio para el logro de otras funciones.

La metodología y tipo de instrumentos que señalaremos, deberán contemplarse a manera de lineamientos generales y no deben ser considerados como algo rígido y estático, sino más bien flexibles y sujetos a las modificaciones, variantes y agregados que requiere cada situación específica.

1. Estudio preliminar del caso.

En primer término, previo al contacto directo con la persona a examinar, es importante que el psicólogo forense haga una detallada revisión de otros informes o dictámenes existentes, tales como el informe policial, el expediente judicial y los dictámenes médico, criminológico y social, y haga uso de cualquier otra fuente de información que pueda conllevar a una visión más clara e integral del caso en estudio.

2. Entrevista psicológica.

a) Generalidades.

De acuerdo con CH. NAHOUM, se puede definir la entrevista como *"una situación psicosocial compleja cuyas diferentes funciones, aunque formalmente analizables, se disocian difícilmente en la práctica profesional".*[33]

La expresión *"entrevista psicológica"* indica aquella entrevista que es conducida psicológicamente, que contempla ciertas reglas de tipo psicológico, que toma en cuenta factores psicológicos de la situación y que tiene como objetivo el resolver problemas que normalmente caben en el marco de la psicología. O sea, su finalidad es psicológica o psicosocial.

La técnica y el desarrollo de la entrevista y la actitud de quien la conduce, están influidos por el tiempo de que disponen, por los objetivos propues-

33. NAHOUM, Ch. *La entrevista psicológica.* Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1961, pág. 10.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tos y por los móviles particulares de los sujetos a entrevistar (un imputado o un testigo no se comportan, ni tienen las mismas razones para comportarse, de igual manera que un aspirante a determinado trabajo o un enfermo mental). Por tanto, los objetivos perseguidos, los ámbitos materiales y sociales y las situaciones psicológicas, son todos aspectos diferentes que influyen en el enfoque que se le dé a la entrevista.

Se pueden distinguir tres tipos de entrevista psicológica:

"1. La entrevista de diagnóstico, cuyo propósito es recoger la biografía del sujeto y determinar sus actitudes, opiniones y características personales;

2. La entrevista de investigación, que procura reunir, entre personas competentes, los datos de utilidad para la investigación emprendida; y

3. La entrevista terapéutica, que trata readaptar socialmente al sujeto y reorganizar su afectividad".[34]

Si bien para el entrevistador predomina uno de los objetivos de la entrevista, en la práctica, diagnóstico e investigación no pueden separarse del tratamiento.

Formalmente, los diferentes tipos de entrevista pueden caracterizarse por su grado de estandarización. Se diversifican, a partir del tipo más normalizado, en que las preguntas y las posibles respuestas se fijan previamente, hasta el tipo menos estandarizado en que las preguntas están libradas a la iniciativa del entrevistador y las respuestas son formuladas por el sujeto con todos los desarrollos que desee darles y en su propio lenguaje. Existen además entre estos dos tipos extremos, tipos intermedios y mixtos.

Así mismo, la actitud metodológica del entrevistador puede ser directiva (interrogatorio sistemático bien organizado) o no directiva (la iniciativa, en el transcurso de la entrevista, pertenece al sujeto que expone el problema, juzga sus sentimientos, las ideas o los hechos que aporta).

En qué medida debe estructurarse y dirigirse la entrevista, es un asunto personal que cada técnico debe determinar por sí mismo. Lo importante, en definitiva, son las necesidades del estudio y del sujeto y todos los métodos (estructurados, directivos, agresivos o no) son buenos.

Es importante mencionar que el entrevistador representa un organismo ante el cual el sujeto puede tener razones para reaccionar más o menos positivamente, posee un *"prestigio social"* igual, superior o inferior al suyo y características personales que pueden tornarlo cercano y simpático, o bien extraño y repulsivo. El psicólogo que entrevista debe dominar al máximo posible esos elementos y vigilar su propio personaje, en lugar de esperar manejar a voluntad, en virtud de quién sabe qué poder, cualquier sujeto en cualquier situación de entrevista. Deberá evitar la condescendencia y la familiaridad, así como la actitud distante y fría en exceso, ya que estos extremos perjudican la validez y fiabilidad en los resultados de la entrevista.

Es necesario recordar la influencia que ejerce el *"efecto de halo"* en el entrevistador, factor que siempre debe ser considerado y analizado. El *"efecto de halo"* puede describirse como *"la impresión general que el sujeto produce al calificador y que puede no guardar relación con los rasgos que se evalúan, influye en los juicios específicos formulados. Igualmente, luego de haber calificado favorable o desfavorablemente un rasgo (la inteligencia, si el calificador la aprecia mucho), esa impresión favorable o no, se generaliza y extiende a otros rasgos que 'a priori' no tienen ninguna relación con el primero".*[35]

Un factor determinante para el éxito de una entrevista, es el poder contar con la colaboración o cooperación del sujeto a entrevistar. Al respecto, un grupo de autores, principalmente profesores norteamericanos de ciencia social, reunieron las siguientes reglas empíricas para tal efecto: a) el sujeto debe sentirse cómodo y seguro de que no será molestado; b) el entrevistador debe dar la impresión de que dispone de todo el tiempo necesario y que ese tiempo está consagrado exclusivamente al sujeto; c) el entrevistador debe expresar algunas *"relaciones"* con el sujeto (por ejemplo: conocimientos o experiencias comunes); d) todas las vacilaciones y todas las ideas o sentimientos expresados son recibidos con interés y en forma tolerante; e) ningún juicio (condena o aprobación) debe ser manifestado; f) el entrevistador debe lograr que se advierta su sincero deseo de dar ayuda o de mostrarse competente para aconsejar, etc. . .

A las reglas anteriores, creemos necesario agregar el aspecto deontológico, o sea el asegurar

34. *Ibídem*, pág. 9.

35. *Ibídem*, págs. 152-53.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

al sujeto el secreto profesional y el uso adecuado y legal de toda la información obtenida.

Finalmente, es de innegable ayuda el hecho de observar el lenguaje y los conceptos utilizados por el sujeto, su rostro, las manos y los desplazamientos del cuerpo y todo aquello que pueda contribuir al logro de una mayor información y comprensión de la situación. Así mismo, antes de interpretar la biografía del sujeto en función de conceptos psicológicos que gozan de su preferencia, el psicólogo debe practicar, con respecto a los datos recogidos, una especie de crítica histórica, interna y externa: coherencia interna y verosimilitud de los acontecimientos, detalles más o menos numerosos según los distintos periodos, explicación de ciertas contradicciones, posibles fuentes de errores de testimonio o de mentiras, etc. . .

Una vez expuestas las consideraciones anteriores sobre la entrevista psicológica, procederemos a señalar determinados apartados con su correspondiente temática, que creemos siempre deben ser considerados, primordialmente en toda entrevista psicológica con finalidad pericial, aclarando que estos pueden reducirse, ampliarse e inclusive modificarse, de acuerdo con las necesidades de cada caso y situación en particular.

b) Preentrevista.

La preentrevista comprende el saludo y una pequeña charla introductoria ajena al asunto judicial por el cual el sujeto es sometido a examen psicológico, que tiene como objetivo la reducción de actitudes negativas que pueden causar interferencias en la comunicación, tales como la ansiedad, el temor, la desconfianza y el recelo y que conduce al establecimiento de un *"clima psicológico"* adecuado.

c) Metodología.

i. Datos personales y/o generales. En primer término, para llevar a cabo una entrevista psicológica (principalmente cuando tiene finalidad pericial) se debe tomar nota de los datos personales del sujeto sometido a estudio, tales como nombre, edad, sexo, procedencia, estado civil, escolaridad y ocupación, ya que éstos deben consignarse preferiblemente al inicio del dictamen, lo mismo que la fecha de entrevista, la causa legal que se sigue, la finalidad del estudio y la autoridad judicial que lo solicita.

ii. Narración de los hechos y/o motivo de consulta. A continuación se debe indagar sobre los hechos y/o el motivo de consulta, ya que de esta manera el psicólogo tendrá la oportunidad de conocer el punto de vista del sujeto sobre los mismos y le servirá de base para la planificación, enfoque y desarrollo posterior de la entrevista, pudiendo hacer énfasis en ciertos puntos particulares de acuerdo con estas declaraciones del estudiado.

iii. Cuadro familiar. El cuadro familiar comprende el lugar de residencia, los miembros que componen la unidad familiar, la relación interpersonal entre los mismos, la situación económica del sujeto sometido a estudio y en general explora todo lo relacionado a la familia, al vecindario y al ambiente. Este apartado reviste importancia, ya que nos da una imagen del marco y del contexto socio-económico y cultural en que se desenvuelve el individuo, que como es sabido influye notablemente sobre la conducta humana.

iv. Antecedentes psicopatológicos y/o penales familiares. En este apartado se indaga sobre la existencia de alguna enfermedad de orden mental-emocional, o de algún antecedente penal en el seno familiar del sujeto en estudio. Su importancia radica en poder determinar la influencia de factores genético-hereditarios o ambientales, si existiera alguna psicopatología en el estudiado.

v. Antecedentes psicopatológicos y/o penales personales. Aquí no sólo se explora lo referente a la existencia de algún antecedente de enfermedad mental-emocional, o de tipo penal en el plano personal, sino que también interesa conocer aspectos de la salud general del sujeto, así como de hospitalizaciones, intervenciones quirúrgicas, internamientos en centros penales, incapacidades, pérdidas de conocimiento, desmayos, golpes fuertes en la cabeza, etc. . ., que pueden servir para el diagnóstico, para alguna recomendación y como fuente de información si existieran dictámenes o estudios al respecto.

vi. Embarazo y parto. Es necesario conocer aspectos relacionados al embarazo de la madre, tales como duración del mismo, enfermedades, caídas, golpes y condiciones emocionales en que se desarrolló, así como en lo referente al parto, en el sentido de lugar donde fue realizado, personal que lo atendió (médico, paramédico, etc. . .), tipo (normal, cesárea), uso de fórceps, etc. . . ya que estos datos son de gran utilidad para la etiología y el

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

diagnóstico, especialmente en casos de retardo mental y de síndromes cerebrales orgánicos.

vii. Desarrollo psicomotor. En este punto se explora lo referente a la época en que el sujeto inició la locomoción, adquirió el lenguaje, controló los esfínteres y en general se investiga si el desarrollo psicomotor fue retardado, normal o acelerado. Aquí se puede incluir lo relacionado a las enfermedades sufridas en la niñez y sus posibles implicaciones posteriores.

viii. Desarrollo psicosocial. Este apartado es muy amplio y puede subdividirse de la siguiente manera:

1. Primeros años de vida: Se hace énfasis en lo relacionado a inquietudes, temores, pesadillas, actitudes y comportamiento en los primeros años de vida y en el inicio de la socialización.

2. Estudios: Se explora la adaptación, motivación, conducta y rendimiento académico. Se investiga si hubo abandono o suspensión de estudios y sus causas. Se observa además las relaciones interpersonales en esta época.

3. Trabajos: El área laboral es muy importante, ya que da una visión del comportamiento del sujeto en la sociedad, en cuanto a productividad, estabilidad, responsabilidad, adaptación, intereses, actitudes y aptitudes se refiere. Se explora sobre los primeros trabajos, los eventuales y los fijos y se consulta sobre incapacidades, absentismo, conflictos y relaciones interpersonales en el trabajo.

4. Área Psicosexual: Es un punto fundamental por la implicación que tiene en la madurez y en la estabilidad emocional y por su relevancia en los casos de delitos sexuales.

Se explora sobre cómo y cuándo el sujeto adquirió información sobre el tema (educación y orientación sexual), reacción hacia la primera menstruación (en el caso de las mujeres), masturbación (frecuencia y actitud hacia la misma) y relaciones sexuales (problemas, actitudes, satisfacción, etc.).

En esta área no sólo es importante observar y anotar todo lo que dice el sujeto, sino primordialmente cómo lo dice (tono de voz, conducta, actitud, reacciones particulares, etc.).

5. Actividades generales, sociales y recreativas: Aquí interesa conocer los principales hábitos sociales del individuo sometido a estudio, contemplando las actividades recreativas, deportivas, cívicas y comunitarias. También se debe indagar sobre sus intereses y proyectos y detectar la posible adicción al alcohol y a otras drogas.

Por último, se debe permitir al sujeto manifestar cualquier inquietud y extenderse o hacer aclaraciones sobre algún tema en particular. También es el momento de que el psicólogo aproveche para contemplar algún punto de interés que no haya podido percibir claramente con anterioridad.

3. Examen mental.

Como complemento de la entrevista está el examen mental, que comprende la medición de una serie de funciones mentales y de actitudes que se manifiestan en el sujeto, a través de la entrevista y en el período de realización de los *tests*.

A continuación expondremos las principales actitudes y funciones a observar, que sirven para completar el estudio psicológico.

1. Actitud hacia el entrevistador: amigable, desconfiada, respetuosa, turbada, búsqueda de ayuda, lástima, de indiferencia, arrogante, tímida, coqueta.

2. Indumentaria: extravagante, pulcra, sucia, desordenada, arreglos especiales, sobria.

3. Evidencia de enfermedad somática: palidez, adelgazamiento, adiposidad.

4. Mirada: fugaz, fija, baja.

5. Expresión facial: Alerta, preocupada, dolorosa, inexpresiva, triste, sombría, tensa, irritable, temerosa, despreciativa, alegre, normal.

6. Conversación: natural, fuerte, débil, monótona, cuchicheante.

7. Actitud psicomotora: Inquieta, inmóvil, movimientos espontáneos, impulsiva, tics, retardada.

8. Afecto: Apropiado, inadecuado, aplanado, ambivalente.

9. Curso del pensamiento: Fluido, acelerado, retardado, fuga de ideas, disgregado, bloqueo, lógico, incoherente, claro, apropiado, vago, persistente, cortado.

10. Contenido del pensamiento: Ideas persecutorias, delirio somático, delirios sistematizados, autorreferencia, perjuicio, influencia extraña, minusvalía, menosprecio de sí mismo, culpa, suicidio, ideas lúgubres, ideas obsesivo-compulsivas, adecuado.

11. Sensopercepciones: Alucinaciones: visuales, auditivas, fuera del campo visual, cinestésicas, olfatorias, kinestésicas.

12. Sensorio: a) Nivel de conciencia: Lúcido, confuso, estupor, coma.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) Orientación: Autopsíquica, tiempo, espacio.

c) Atención: Normal, dispersa.

13. Memoria: Remota, reciente.

14. Capacidad de juicio, numérica y de abstracción.

Al finalizar la entrevista y antes de aplicar las pruebas psicológicas, es conveniente, si fuese posible, entrevistar a un familiar cercano del sujeto en estudio, o bien a alguna persona relacionada con el hecho judicial por el cual se está realizando el examen, ya que enriquece la visión global del psicólogo, al poder contar éste con otras apreciaciones.

4. Instrumentos o tests psicológicos en el campo forense.

a) Aspecto ético-profesional.

Antes de abordar lo relativo a los *tests* que pueden ser utilizados en la práctica psicológica-forense, es imprescindible señalar, para el adecuado empleo de los mismos, una serie de consideraciones de tipo ético-profesional.

En lo concerniente a estos aspectos, bastará con reproducir los principios relacionados directamente con los *tests,* o que guardan estrecha conexión con los mismos, de los Ethical Standards of Psychology, que es el código de ética profesional adoptado oficialmente por la American Psychological Association.[36]

Principio 6. **Reserva:** *"Guardar la información sobre un individuo que ha sido obtenida por el psicólogo en el curso de la enseñanza, práctica o investigación, es una obligación primaria del psicólogo. Y tal información no se comunica a otros a menos que se cumplan ciertas importantes condiciones:*

a) La información recibida en secreto sólo puede revelarse tras la más cuidadosa consideración, cuando existe un peligro claro e inminente para un individuo y la sociedad, y en ese caso únicamente a los profesionales apropiados o a las autoridades públicas.

b) La información que se obtiene en las relaciones clínicas o de consulta, o los datos valorativos concernientes a niños, estudiantes, empleados y otros, sólo se discuten por razones profesionales y únicamente con personas que se hallen relacionadas claramente con el caso. Los informes escritos y orales deberían presentar solamente datos afines con los objetivos de la valoración; se deberían realizar todos los esfuerzos posibles para evitar una invasión indebida de la intimidad.

c) Los materiales de casos clínicos y de otro tipo sólo se emplean en la enseñanza escolar y en las publicaciones cuando se ha disimulado adecuadamente la identidad de las personas que intervinieron.

d) Se ha de mantener el secreto de las comunicaciones profesionales sobre los individuos. Sólo cuando el que las originó y las demás personas que intervinieron conceden su permiso expreso, se da a conocer la comunicación profesional confidencial al individuo interesado. El psicólogo tiene la responsabilidad de informar al cliente de los límites de la reserva.

e) Solamente después del consentimiento explícito se publica la identidad de los sujetos de la investigación. Cuando los datos han sido publicados sin que se permita su identificación, el psicólogo asume la responsabilidad de disimular adecuadamente sus fuentes.

f) El psicólogo hace lo necesario para mantener el secreto en la conservación y el destino final de los informes confidenciales".

Principio 7. **Bienestar del cliente:** *"El psicólogo respeta la integridad y protege el bienestar de la persona o grupo con quien está trabajando.*

a) En la industria, la educación y otras situaciones en las cuales se pueden suscitar conflictos de intereses entre diversas partes, como entre la dirección y los trabajadores o entre el cliente y el que emplea al psicólogo, éste establece por sí mismo la naturaleza y dirección de sus lealtades y responsabilidades, y mantiene informadas de estos compromisos a todas las partes interesadas.

b) Cuando existe un conflicto entre profesionales, el psicólogo se preocupa, ante todo, del bienestar de cualquier cliente mezclado en ello, y, secundariamente, del interés de su propio grupo profesional.

c) El psicólogo intenta dar fin a una relación clínica o de consulta cuando ve con suficiente claridad que el cliente no se está beneficiando de ella.

---

36. El Código de Etica Profesional adoptado por la American Psychological Association a que nos referimos, es citado por ANASTASI, A. *Tests Psicológicos.* Editorial Aguilar, Madrid, 3a. ed., 1978. (Véase apéndice de la citada obra).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

d) El psicólogo que pide a un individuo que revele información personal en curso de una entrevista, de la aplicación de un test o de una valoración, o que permite que le sea comunicada tal información, lo hace solamente después de asegurarse de que la persona responsable es plenamente consciente de los propósitos de esta entrevista, test o valoración y de las formas en que se puede utilizar la información.

e) En los casos en que hay que remitir al cliente a otro profesional, la responsabilidad del psicólogo por el bienestar del cliente continúa hasta que esta responsabilidad es asumida por el profesional a quien se remite el cliente, o hasta que la relación con el psicólogo que aconseja el traslado ha sido terminada por acuerdo mutuo. En las situaciones en que están indicados el traslado, la consulta u otros cambios en las condiciones del tratamiento y el cliente rehúsa el traslado, el psicólogo sopesa cuidadosamente el posible perjuicio al cliente, a sí mismo y a su profesión, en el caso de continuar la relación.

f) El psicólogo que necesita realizar tests psicológicos con fines didácticos, de clasificación o de investigación, protege al examinado asegurándose de que los tests y sus resultados se emplean de una manera profesional.

g) Cuando se presenta a los estudiantes un asunto potencialmente inquietante, se analiza objetivamente y se hacen esfuerzos para tratar constructivamente cualquier dificultad que pudiera surgir.

h) Deben tomarse precauciones, a fin de asegurar un contexto apropiado para el trabajo clínico y proteger tanto al cliente como al psicólogo de un daño real o supuesto y de censuras a la profesión".

Principio 9. **Servicios impersonales:** *"Los servicios psicológicos con fines de diagnóstico, tratamiento o consejo personal se proporcionan solamente en el contexto de una relación profesional, y no por medio de lecciones o demostraciones públicas, artículos de periódico o revista, programas de radio o televisión, correo o medios similares.*

a) La preparación de informes y recomendaciones sobre el personal basados en datos de 'tests' conseguidos únicamente por correo supone una falta de ética, a no ser que tales estimaciones sea una parte integral de la relación continuada de un cliente con una compañía, como resultado de la cual, el psicólogo consultado tiene un conocimiento íntimo de la situación personal del cliente y puede estar seguro, por tanto, de que sus estimaciones escritas serán adecuadas a la finalidad que se persigue e interpretadas correctamente por el cliente. No deben adornarse estos informes con análisis detallados de los rasgos de la personalidad del cliente, lo que sólo sería apropiado después de entrevistas intensivas con el sujeto. Los informes no deben establecer recomendaciones específicas, en cuanto al empleo o puesto de trabajo del sujeto, que sobrepasen los conocimientos del psicólogo sobre las necesidades laborales de la empresa. Tampoco han de tratar de eliminar otras prácticas corrientes para la concesión del empleo o el cambio de puesto de trabajo, como son la valoración del historial anterior, la comprobación de referencias y la estimación del trabajo que el sujeto ha desempeñado en la empresa".

Principio 13. **Protección de los "tests":** *"Los 'tests' psicológicos y otros instrumentos de valoración, cuyo valor depende en parte de su desconocimiento por parte del sujeto, no deben ser reproducidos o descritos en las publicaciones populares de forma que puedan invalidar las técnicas. El acceso a tales instrumentos queda limitado a las personas con intereses profesionales, que protegerán su empleo.*

a) Se pueden reproducir elementos de muestra, elaborados de forma que se parezcan a los de los 'tests' en estudio, en artículo de divulgación y en otras partes, pero los 'tests' que pueden ser puntuados y los elementos reales de los 'tests' no se reproducen, salvo en las publicaciones profesionales.

b) El psicólogo es responsable del manejo de los 'tests' psicológicos y otros instrumentos y procedimientos que se emplean para la enseñanza, cuando pueden perder valor por la divulgación al público en general de sus contenidos específicos o de sus principios básicos".

Principio 14. **Interpretación de los "tests":** *"Las puntuaciones, al igual que los materiales de los 'tests', sólo se entregan a las personas calificadas para interpretarlos y emplearlos adecuadamente.*

a) Los materiales para comunicar las puntuaciones de los 'tests' a los padres, o los destinados a finalidades de autoestimación en las escuelas, organismos sociales o la industria, están rigurosamente supervisados por psicólogos o consejeros cualificados, disponiéndose de los necesarios para remitir o aconsejar a los individuos cuando llegue el caso.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) Los resultados de los 'tests' y otros datos de estimación empleados para la valoración o clasificación se comunican a los patronos, parientes u otras personas apropiadas, de forma que se prevenga la falsa interpretación o el abuso. Corrientemente, se comunica una interpretación del resultado del 'test', más bien que la puntuación.

c) Cuando se comunican directamente los resultados del 'test' a padres y estudiantes, se les adjuntan las ayudas interpretativas o consejos adecuados".

Principio 15. **Publicación del "test"**: *"Los 'tests' psicológicos se ofrecen para su publicación comercial solamente a los editores que presenten sus 'tests' en una forma profesional y los distribuyan exclusivamente a clientes calificados.*

a) Se entrega un manual del 'test', un libro técnico u otro informe apropiado sobre el 'test' que describa el método de elaboración o tipificación empleado y que resuma la investigación sobre la validación.

b) En el manual se indican las poblaciones para las que ha sido desarrollado el 'test' y los objetivos para los que está indicado. También se establecen claramente las limitaciones sobre la fiabilidad del 'test' y los aspectos de su validez sobre los cuales no se ha investigado o la investigación es incompleta. En concreto, el manual previene con respecto a posibles interpretaciones que no han sido todavía comprobadas por la investigación.

c) El catálogo y el manual indican la preparación o requisitos profesionales que se necesitan para una buena interpretación del 'test'.

d) El manual del 'test' y los documentos que lo justifican tienen en cuenta los principios enunciados en las 'Technical Recommendations for Psychological Tests and Diagnostic Techniques'.

e) Los anuncios de tests son de tipo práctico y descriptivo, más bien que emocional y persuasivo".

b) Factor a contemplar.

Por otra parte, es necesario mencionar un factor que puede influenciar las puntuaciones obtenidas en los *tests,* que es la motivación y ansiedad en la ejecución de los mismos. En los distintos grupos étnicos y socioeconómicos varía la motivación en la ejecución de *tests* y las personas emocionalmente trastornadas, los presidiarios y los delincuentes juveniles principalmente, muy probablemente manifestarán actitudes desfavorables, tales como recelo, inseguridad, ansiedad, miedo o indiferencia, especialmente cuando se les aplican *tests* en un marco institucional.

Lo anterior implica un problema motivacional, que debe ser resuelto a base de una adecuada relación psicólogo-paciente, donde el primero logre plantear un clima ambiental-afectivo apropiado, de acuerdo con cada caso en particular, capaz de reducir al mínimo esas actitudes. Sin embargo, el psicólogo debe permanecer constantemente en guardia para detectar la posible interferencia del factor mencionado, con su consecuente influencia en los resultados, y si las circunstancias no permitieran el control de estas condiciones, deberán restringirse las conclusiones obtenidas en la actuación del *test.*

c) Características estructurales.

Por último, previo al análisis de los principales objetivos de los *tests* psicológicos útiles en la labor forense, en lo que se refiere a la medición de determinadas funciones, es recomendable, con el fin de facilitar su comprensión, señalar brevemente las características estructurales de los mismos, no sin antes recordar que con anterioridad ya se señaló lo relativo a su historia, concepto, clasificación y a otras de sus características.

i. "Tests" proyectivos y no proyectivos. Por un lado tenemos los *tests* cuyo material de examen lo forman estímulos rígidamente estructurados que obligan a la búsqueda de una respuesta prevista. En este caso, el *test* juzgará únicamente sobre la base de la posibilidad del individuo para responder acertada o equivocadamente al estímulo propuesto, aunque el mismo esté en condiciones de responder a otros estímulos tanto o más complejos que el presentado. Estos *tests,* denominados no proyectivos, tienen como principios de estructura un material definidamente construido y respuestas limitadas a una o más alternativas. A este tipo pertenecen los cuestionarios y los inventarios, así como la gran mayoría de los *tests* destinados a la apreciación de las aptitudes mentales.

Por otra parte están las pruebas proyectivas, que presentan el material de manera tal que, al organizarlo, interpretarlo o elaborarlo, el sujeto va proyectando sus contenidos psicológicos sin advertir la intención del examinador. La significación de sus respuestas debe ser desentrañada conforme a la organización, interpretación o elaboración resultante de las propias respuestas del individuo, las cuales pueden ser diversas, pues el estímulo admite

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

infinitas interpretaciones, no existiendo, rigurosamente dicho, respuestas positivas o negativas.

ii. "Tests" factoriales y no factoriales. La teoría factorial trata de explicar las diferencias individuales que se observan en las aptitudes humanas mediante el menor número de factores mentales. Sus primeras formulaciones pertenecen a SPEARMAN y sostiene que la correlación elevada que se observa entre los diferentes *tests* de una batería, responden a la presencia de un factor común a todas ellas, el factor *"g"*. Cuando dos *tests* presentan entre sí una correlación baja, el caso obedece a que ambos están más saturados de otros factores que del factor *"g"*. En consecuencia la correlación entre dos *tests,* en el supuesto de que no estén afectados por errores de medida, depende de la presencia de dos clases de factores, uno general o común a ambos y otro específico a cada uno de ellos.

Según la teoría factorial *"g"*, los *tests* de inteligencia general deben ser construidos con materiales de examen sensibles al factor general *"g"*.

THURSTONE, utilizando un método diferente de análisis factorial revela la existencia de un número de factores primarios comunes a la actividad intelectual: verbal, perceptivo, cuantitativo, espacial, etc. . .

Los *tests* factoriales desde el punto de vista de las características de su estructura, incluyen *subtests,* distribuidos en un número determinado de series, cada una de ellas destinada a medir, las aptitudes o funciones consideradas primarias en relación con el criterio medido.

Los *tests* factoriales aspiran a medir la participación de las aptitudes comunes o funciones mentales primarias manifestadas en distintos aspectos de la personalidad (intelectual, social, emocional, etc. . .) mediante la aplicación del análisis factorial a los resultados de los *tests* elaborados para estudiar tales aspectos.

Los *tests* de inteligencia empíricos o no factoriales se caracterizan por incluir en su estructura, una gran variedad de *subtests* que aprecian un número igualmente amplio de aptitudes tradicionalmente vinculadas a la inteligencia.

Operativamente, tienen por objeto establecer una apreciación del criterio medido sin preocuparse por la heterogeneidad de las aptitudes que contribuyen a establecer el puntaje final. Uno de los aspectos teóricos más importantes que gobiernan la construcción de los *tests* no factoriales, consiste en elegir aquellos *subtests* que tienen una correlación elevada con el puntaje total y una baja correlación entre sí.

iii. "Tests" individuales y colectivos. Las pruebas individuales se distinguen de las colectivas por sus características de estructura y no por sus objetivos. En las individuales, el material ha sido ideado para crear las mejores condiciones que surgen de un contacto personal entre el examinador y el examinado. La estimulación es más directa y el clima general del examen facilita la seguridad y confianza del sujeto sometido a examen.

La observación directa e individual, confiere una mayor confianza en los resultados y proporciona un conjunto de elementos muy significativos para la interpretación de los puntajes parciales y totales obtenidos en la prueba psicológica. Por último, estos *tests* admiten una gran diversificación de los materiales de examen, lo que es muy importante para asegurar el interés en el individuo y evitar la monotonía, factor altamente negativo en la relación con la necesidad de mantener el esfuerzo regular durante todo el proceso de examen.

Los *tests* individuales se hacen imprescindibles cuando se tiene como objeto el emitir un juicio definitivo sobre cualquier aspecto de la personalidad.

Por su parte, en las pruebas colectivas, el material de examen está organizado de tal manera que permite la aplicación de la prueba a grupos de sujetos cuyo número oscila generalmente entre 8 y 40, siempre y cuando el ambiente donde se administra el examen colectivo permita un trabajo independiente a cada uno de los miembros del grupo.

Estas pruebas están sujetas, en su mayoría, a una duración determinada y el material de examen suele estar organizado para facilitar la clasificación de las respuestas. Su utilización se da preferentemente en las escuelas, la industria, el comercio, las fuerzas armadas y en toda circunstancia donde debe examinarse a grandes grupos de individuos.

iv. "Tests" verbales y no verbales. Las escalas y pruebas verbales aprecian la función psicológica en examen, por medio de situaciones y problemas que se plantean verbalmente de manera oral o escrita, debiendo responder el examinado en la misma forma. Cualquiera que sea su objetivo, supone el dominio necesario del habla o la expresión escrita para expresar a través de una u otra el haber comprendido el material de examen y emitir las respuestas adecuadas.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los *tests* verbales son muy sensibles a las influencias de naturaleza cultural provenientes de la organización social, niveles socioeconómicos, educacionales, etc. . .

Las pruebas o escalas psicológicas no verbales prescinden de todo elemento verbal, ya sea oral o escrito, en su material de examen propiamente dicho. Las instrucciones pueden ser escritas, orales o mímicas (no lingüísticas).

Se pueden distinguir dos clases:

1. Los *tests* gráficos, cuyo material de examen consiste en dibujos, diagramas, esquemas, etc., organizados en problemas a los cuales los sujetos deben responder señalando de una u otra manera y entre varias alternativas, la que cada uno considera correcta.

2. Los *tests* de realización o ejecución (*performance tests*) que son un tipo especial de prueba mental en la cual los problemas se presentan por medio de objetos o material concreto en lugar de estar enunciados por medio de la palabra escrita o hablada. O sea, el sujeto debe realizar una tarea para resolver el problema, y la solución está representada por el producto final resultante de la acción del sujeto sobre dicho material concreto. Es importante mencionar que aunque se requiere la manipulación del material, el resultado no depende de la destreza manual.

Las pruebas no verbales ofrecen la ventaja de presentar un material más manejable que los símbolos verbales y no exigir respuestas que los incluyan. Facilitan la comprensión de la tarea y el expresar la solución de un problema que no requiere ser formulado verbalmente.

d) Áreas o funciones que miden los "tests".

i. Área intelectual (factores y aptitudes intelectuales). Para su comprensión, es preciso exponer someramente algunas consideraciones sobre el concepto de inteligencia.

BINET, quien junto con SIMON desarrolló la primera escala de inteligencia, concebía ésta como *"una capacidad mental general"* subyacente a un gran número de funciones diferentes. Dicho concepto es demasiado vago para el empleo actual.

De acuerdo con FREEMAN (1962), las definiciones de la inteligencia se dividen en tres categorías.

1. *"Las que dan mayor importancia al ajuste o adaptación del individuo a su medio ambiente total, o a sus aspectos especiales de éste;*

2. *Las que subrayan la capacidad individual para aprender a beneficiarse por medio de la experiencia; y*

3. *Las que subrayan la capacidad para llevar a cabo el pensamiento abstracto".*[37]

Una definición que toma en cuenta las tres categorías mencionadas y va más allá de éstas al subrayar el carácter global o general de la inteligencia, y las finalidades que persigue la conducta inteligente, es la de D. WECHSLER (1944), quien define inteligencia como *"La suma o capacidad global del individuo para actuar de un modo provisto de finalidad, para pensar racionalmente y para tratar de enfrentarse de un modo eficaz con su medio ambiente".*[38]

Por otra parte, no todos están de acuerdo con que la inteligencia sea una capacidad unitaria o global. Así SPEARMAN considera que por lo menos intervienen dos factores: un factor general *"g"* y un factor específico *"e"*, que se encuentran sólo en ciertos tipos de actividad mental; y otros como E.L. THORNDIKE arguyen que la inteligencia es en realidad un conjunto de diferentes capacidades independientes. THORNDIKE ve la inteligencia en la habilidad con que el individuo reacciona correctamente desde el punto de vista de la verdad o de los hechos. Según este autor, los múltiples factores que corresponden a la inteligencia son:

- *"Inteligencia abstracta, o aptitud para el manejo de las ideas, el lenguaje, las matemáticas, las ciencias y los negocios.*
- *Inteligencia mecánica, o aptitud para comprender las cosas y los conocimientos comerciales.*
- *Inteligencia social, o aptitud para comprender a otras personas y a los animales; directivas en sus distintas formas.*
- *Aptitud para cooperar de distintas maneras y en distintos niveles de capacidad.*
- *Energía.*
- *Persistencia.*
- *Aptitud para el autocontrol.*
- *Aptitud para el control de los demás.*
- *Capacidad de persuasión.*
- *Popularidad.*

---

37. FREEMAN, cit. por WHITTAKER, *supra*, nota 1 del cap. I, pág. 432.

38. WECHSLER, D., cit. por WHITTAKER, *supra*, nota 1 del cap. I, pág. 342.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

- *Aptitud política.*
- *Aptitud para las leyes, ministerios, medicina, enseñanza, ingeniería, música, arte, literatura, desempeño de cargos, finanzas, compras, ventas, administración, agricultura, para los diversos trabajos, militar, de investigación científica y otras actividades importantes para el bienestar general.*
- *Aptitud para el galanteo y el matrimonio; como padre y protector; como vecino y ciudadano; como votante, crítico y representante.*
- *Aptitudes para enfrentar los hechos universales y los propios, y para adaptar su propia conducta externa y su corriente de ideas externas a la realidad, sin eludirlas ni acudir a soluciones pueriles o perversas".*[39]

Por otra lado, tenemos la definición de STERN: *"La inteligencia es la capacidad general del individuo para ajustar (adaptar) conscientemente su pensamiento a nuevas exigencias. Es una capacidad de adaptación mental general a nuevos deberes y condiciones de la vida".*[40]

Podemos observar pues que no hay uniformidad de criterio para definir la inteligencia. Sin embargo, y de acuerdo con las nuevas orientaciones, lo más importante es definir la inteligencia fundándola en la actuación del individuo en la sociedad, como unidad funcional y determinando los elementos de esa inteligencia en la relación del individuo con esa sociedad.

Finalmente, expondremos algunas consideraciones acerca del significado del término C.I. (Cociente Intelectual).

Popularmente el término C.I. representa una designación abreviada de la inteligencia y no un tipo particular de puntuación en un *test* en concreto, error que se ha generalizado en nuestra cultura y que es necesario clarificar.

El cociente de inteligencia (C.I.) fue ideado originalmente por STERN con el fin de proporcionar un índice cuantitativo único del desarrollo mental. En este caso, la inteligencia queda representada como la relación que existe entre la edad mental y la edad cronológica, siendo la siguiente fórmula la utilizada para la obtención del C.I.:

$$C.I. = \frac{\text{Edad Mental (E.M.)}}{\text{Edad Cronológica (E.C.).}} \times 100$$ [41]

Es imprescindible señalar ciertas características del C.I.:

1. Un C.I. es una descripción del nivel de la capacidad del individuo en un momento dado, en relación con sus normas de edad;
2. El C.I. no es algo fijo e inalterable y se puede modificar por la influencia del ambiente;
3. El C.I. es tanto un reflejo del anterior rendimiento educativo como un pronosticador de la subsiguiente actuación educativa; y
4. El C.I. también es un pronosticador eficaz de la actuación en numerosas ocupaciones y otras actividades de la vida adulta.

ii. Área perceptiva, motora y maduracional. (Diagnóstico de deterioro intelectual y de lesión cerebral orgánica). Antes de nada debe hacerse una distinción entre la deficiencia mental y el deterioro intelectual. En la deficiencia mental, el sujeto nunca alcanza un nivel de funcionamiento intelectual normal, mientras que en el deterioro intelectual, el sujeto desciende de un nivel previo superior.

El deterioro intelectual puede resultar tanto de una lesión cerebral, como por trastornos psicóticos o por otras condiciones patológicas.

Los *tests* de organicidad (lesión cerebral), se pueden emplear eficazmente para proporcionar una descripción de las deficiencias específicas del comportamiento que caracterizan a cada individuo. Estas deficiencias pueden incluir: El control deficiente de la atención y facilidad para distraerse; desorganización de la percepción espacial; trastornos de la memoria inmediata; trastornos en el empleo significativo (por contraposición al mecánico) del lenguaje; disminución en la capacidad para manejar conceptos y para pensar en términos abstractos, y retraso intelectual general.

La determinación psicométrica del grado de importancia de una lesión cerebral, es una aspiración que no sólo responde a la necesidad del diagnóstico, sino también a imperativos prácticos, tales como la justificación de la pensión laboral o de

---

39. THORNDIKE, E., cit. por SZEKELY, B. *Los Tests, Manual de técnicas de Exploración Psicológica.* Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 4a. ed., 1960, I, pág. 343.

40. STERN, cit. por SZEKELY, *supra*, nota 15, pág. 344.

41. Fórmula citada por PICHOT, P. *Los tests mentales.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 5a. ed., 1973, pág. 28.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

otro tipo, la responsabilidad en el área forense y el punto de partida para la rehabilitación.

En el campo psíquico, la sintomatología del trastorno presenta casi siempre aspectos múltiples y equívocos. Las funciones de la producción cerebral, dentro de la peculiaridad individual, guardan relación con la edad y se configuran de acuerdo con el aprendizaje y la cultura; de ahí que tome cuerpo la hipótesis de que la variabilidad de la reacción patológica pocas veces constituye únicamente, un problema del tipo o del lugar de la lesión, sino que es expresión de todo el desarrollo vital del hombre que la sufre.

En cuanto a la localización cerebral de las lesiones, las investigaciones de carácter experimental se inclinan por la hipótesis de que las lesiones frontales dan lugar a una disminución especial de la producción intelectual en menor medida que las lesiones témporo-parietales del lóbulo izquierdo.

En las lesiones del lóbulo frontal se señalan los efectos siguientes: trastorno de la dirección de la conducta, embotamiento de la reacción afectiva, desenfreno y euforia (labilidad anormal del estado de ánimo).

En las lesiones cerebrales de la región temporal, en las que se observan alteraciones tanto emocionales como intelectuales, pueden aparecer trastornos verbales (lesión de la región izquierda) o perceptivos (de la lesión derecha).

Los *tests* apropiados son los de comprensión del material de imágenes diferenciadas, comprensión de formas, visión global simultánea y percepción espacial.

En las lesiones de los lóbulos parietal y occipital deben aplicarse los *tests* de producción de problemas de tipo óptico-gnóstico y de construcción manual, así como también los *tests* de visión global simultánea. La exploración de la habilidad manual simple y coordinada en la producción cualitativa y cuantitativa arroja casi siempre datos importantes. En la lesión del lóbulo occipital pueden señalarse taquistoscópicamente deficiencias productivas especiales.

En general, para las lesiones del hemisferio cerebral izquierdo (dominante) son los *tests* verbales los que reflejan los trastornos, mientras que para las lesiones del hemisferio parietal derecho son principalmente los *tests* no verbales los que señalan las producciones inferiores.

Finalmente, subrayamos la importancia de los *tests* para detectar deterioro intelectual y lesión cerebral orgánica, ya que dichas alteraciones afectan al individuo en su globalidad, abarcando su estructura y personalidad total.

iii. Área de la personalidad (detección de una gran variedad de conductas, rasgos o características, presentes o ausentes, referentes a la personalidad, a su estructura y a sus ajustes). Anteriormente se abordó el tema de la personalidad, en el apartado relativo a la Psicología de la Personalidad como área configurativa de la Psicología Forense.

Sobre la misma diremos que es una de las más relevantes y la más compleja en el estudio integral del ser humano. Los distintos *tests* nos ofrecen tanto una visión global de la personalidad, como diversos aspectos o facetas de la misma, y en algunos casos ayudan a la comprensión de otras áreas del individuo, que junto con la personalidad, constituyen el estudio psicológico del hombre.

El diagnóstico adecuado y profundo de la personalidad es fundamental para la amplia gama de funciones psicológicas dentro del campo forense, ya que es básico para la comprensión del acto delictivo, para la determinación de responsabilidad penal o civil y para marcar las pautas reeducativas y rehabilitativas en general, sin olvidar su función preventiva en tan delicado problema social.

iv. Área de aptitudes, habilidades e intereses (sociales, vocacionales y ocupacionales). Esta área es de gran importancia, ya que la determinación de aptitudes, habilidades e intereses de distinto orden, es de gran utilidad en el campo de la pericia en su relación con el Derecho Laboral principalmente (por ejemplo: peritaje sobre secuelas psicofísicas en el caso de accidentes laborales). Así mismo, su detección y medición es fundamental para la toma de medidas ubicativas, rehabilitativas y reeducacionales en lo que al delincuente se refiere.

v. Otras áreas. En este punto quedan comprendidas aquellas funciones psicológicas no tratadas en las anteriores y cuya medición puede ser de gran utilidad en ciertas funciones psicológico-forenses, tales como peritaje sobre la veracidad del testimonio y obtención de la evidencia delictiva.

5. Redacción del dictamen pericial.

Una vez expuesta la metodología a seguir y consideradas las áreas que se pueden medir a través de los diversos tipos de *tests* o instrumentos para el logro del Psicodiagnóstico en el área forense, pro-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cederemos a plantear algunas consideraciones técnicas y metodológicas necesarias para la redacción del informe o dictamen psicológico con fines periciales.

En un dictamen psicológico-pericial, lo primero que hay que consignar son los datos personales del sujeto, la fecha en que se realizó el examen, la causa legal que lo motivó, la autoridad judicial que lo solicitó y la finalidad que persigue. Así mismo, se señalan las pruebas psicológicas utilizadas.

A continuación se expone la narración de los hechos ocurridos por parte del sujeto, para proseguir luego con la información obtenìda a través de la entrevista y del examen mental. Posteriormente se ofrecen los resultados e interpretación de las pruebas psicológicas aplicadas, para llegar finalmente a un resumen e interpretación diagnóstica, que contempla en forma integrada todas las fuentes de estudio y cuya misión consiste en ofrecer de manera clara y dinámica, una visión psicológica global del sujeto sometido a examen en relación con la causa judicial que se sigue.

Expuesto lo relativo al ordenamiento del dictamen, mencionaremos una serie de aspectos que deben considerarse al redactar el mismo.

a) Un dictamen psicológico-forense debe consignar toda la información obtenida referente a los aspectos psicosociales del sujeto que pueda ser de utilidad para la finalidad del mismo, pero debe evitar por principios éticos, morales y humanos, el brindar información de aquellos aspectos personales y familiares, que si bien pueden ser de gran utilidad para el psicólogo en la configuración de su estudio, no tienen necesidad de ser expuestos en el dictamen para el logro de sus objetivos. Lo anterior garantiza la confidencialidad de una serie de aspectos relacionados con la vida íntima y privada del sujeto examinado, sin sacrificar la validez, fiabilidad y objetividad del dictamen.

En conclusión, se debe aportar toda información útil a la situación judicial que nos ocupa, pero se debe evitar aquélla que no es necesaria y que representa aspectos personales y privados del sujeto, no obstante ser del conocimiento de la entidad que dictamina.

b) Por otra parte, un dictamen psicológico-forense debe redactarse en forma ordenada, precisa y concisa, haciéndose uso de una terminología psicológica técnica y científica. Sin embargo, es recomendable la simplificación de esa terminología, siempre que sea válido y posible, con el fin de lograr una exposición más clara de la situación en cuestión y hacer el dictamen más asequible a los otros profesionales interesados en el mismo. En resumen, lo importante es mantener el carácter profesional y científico del dictamen con el uso de una terminología adecuada, sin caer en el empleo innecesario de ciertas acepciones técnicas complejas, que bien pueden manifestarse de forma más simple, contribuyendo así a una visión y comprensión más clara del mismo.

c) Por último, un dictamen psicológico-forense para llegar a sus conclusiones finales, debe contemplar toda la información obtenida a través de las distintas fuentes psicológicas, integrándola dinámicamente, con el objetivo de emitir un psicodiagnóstico con fines periciales y de facilitar, de ser posible, los factores motivacionales que llevaron a determinados hechos, para la comprensión psicológica de los mismos.

Dichas conclusiones se deben brindar en términos de:

- Rasgos o conductas adaptativas.
- Rasgos o conductas inadaptativas
- Déficits conductuales que presenta el sujeto, que le inhiben o no la capacidad para comprender el carácter de sus actos.

Se debe evitar, en lo posible, el uso de *"etiquetas gnosológicas"*, muchas de las cuales no sólo varían en sus concepciones, de acuerdo con las distintas escuelas, sino que no contribuyen a la orientación para la toma de medidas ubicativas, reeducativas y rehabilitativas en general.

***