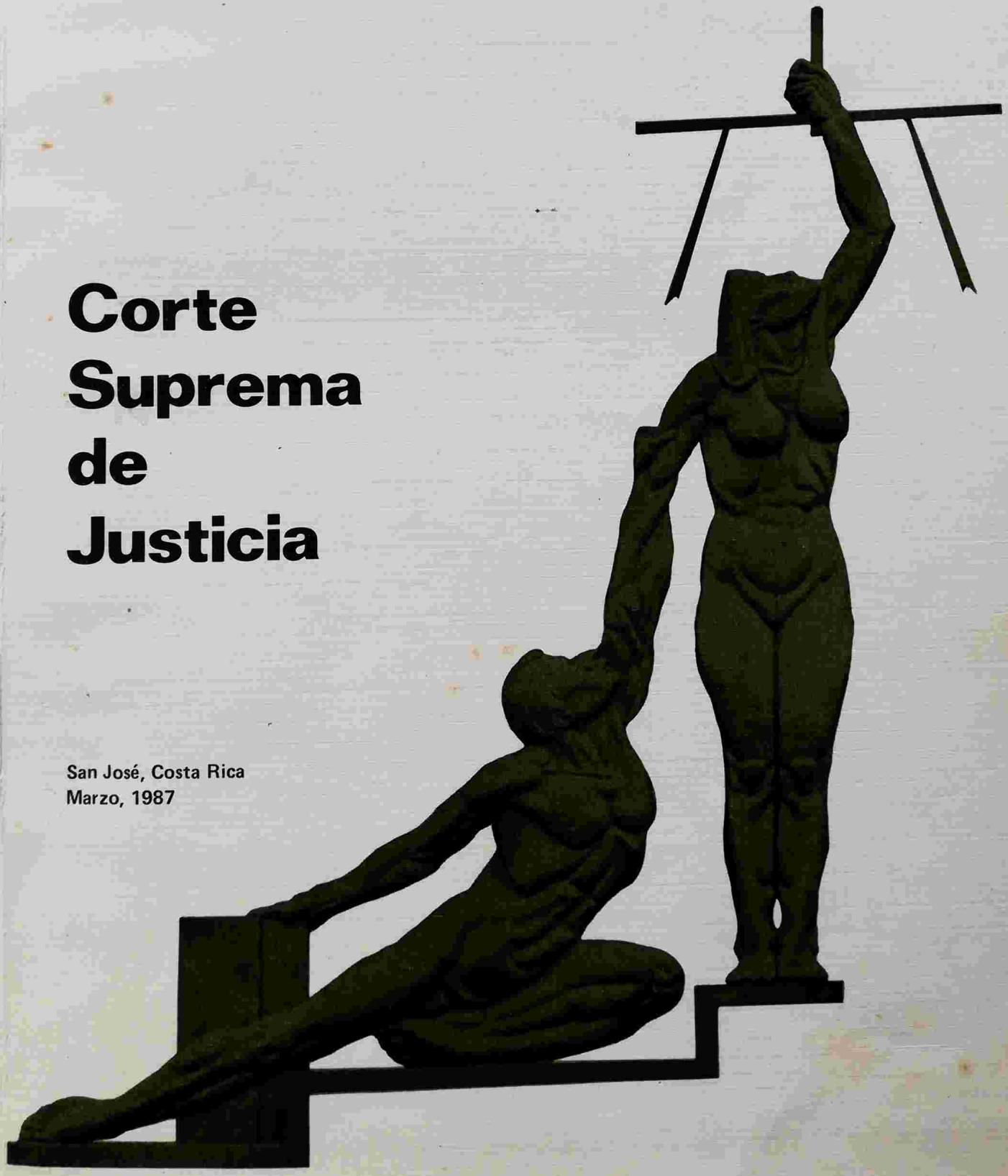
AÑO XI NÚM. 40

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Corte Suprema de Justicia



San José, Costa Rica
Marzo, 1987

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

REVISTA JUDICIAL

Año XI — Núm. 40 — Marzo, 1987

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

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

Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina: (VI) Glosa al informe Haba 13
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

Modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas 35
Lic. José Miguel Fonseca Saborío

La responsabilidad internacional por actividades espaciales 39
Dr. Jorge Rojas Solórzano

La importancia de la personalidad del delincuente 61
Dr. Daniel Gadea Nieto

El derecho de defensa. 71
Lic. Daniel Salazar Villegas

La imperfección e inexistencia de los actos en el proceso penal. 83
Lic. Francisco Dall'Anese Ruiz
Lic. Javier Llobet Rodríguez

Informática jurídica y administración de justicia 91
Lic. Juan Diego Castro Fernández
Licda. Cecilia Sánchez Romero

El acto de adjudicación en un contrato público 97
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

El contrato de arbitraje en el comercio internacional 107
Dr. Víctor Pérez Vargas

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia

La psicología forense (judicial-legal): sus orígenes, configuración, funciones, métodos y finalidad. (Última parte) 129
Lic. Jorge Alberto González Pinto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera

El Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano 143
Prof. Dr. Sandro Schipani

Sección IV: Reseña Bibliográfica

Poder Ejecutivo y función jurisdiccional (CORTIÑAS-PELÁEZ, León) 167
Dr. Enrique A. Mussel

Sección V: Pronunciamientos Especialmente Relevantes

Contenido de votos salvados 181
Licda. Cecilia Sánchez Romero

Sección VI: Información Normativa 171
Licda. Ana Rita Valverde Zeledón

Sección VII: Jurisprudencia 187

Índice general de los 40 números publicados 365
Víctor Pérez Vargas
José María Pereira Pérez
Jorge Araya Leandro

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

Al cumplir sus cuarenta entregas la Revista Judicial ofrece, como lo ha venido haciendo cada diez números, un **Índice general** de todos los artículos publicados; desde su fundación; dicho índice se encuentra estructurado por materias y por autores con lo que, esperamos, contribuirá a facilitar la investigación especializada.

En la Sección de Estudios presentamos trabajos sobre Derechos Humanos, Derecho Administrativo, Derecho Privado (Contratos), Derecho Espacial, Criminología, Derecho Procesal Penal, Informática Jurídica y Derecho del Comercio Internacional.

En la Sección **"La Ciencia al Servicio de la Justicia"** continuamos la publicación del valioso trabajo del **Lic. Jorge Alberto González Pinto,** Psicólogo Clínico, y especialista en Psicología Criminológica y Forense, titulado **La Psicología Forense (judicial-legal): sus orígenes, configuración, funciones, métodos y finalidades.**

En la Sección de **Reseña Legislativa Extranjera** tenemos el privilegio de contar con la colaboración del distinguido **profesor Dr. Sandro Schipani,** de la Universidad de Sassari, Italia, quien nos aporta sus profundos comentarios sobre **"El nuevo Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico latinoamericano".** El profesor Schipani quien es "ordinario" de Instituciones de Derecho Romano en la II. Universidad de Roma, desarrolla la historia de las codificaciones civiles en el Perú y destaca sus correspondientes influencias indicando la importancia de estudiar la de la doctrina italiana, que es realmente grande, sobre el nuevo Código. Nos expone también un panorama de los Códigos Civiles en el Sistema Latinoamericano, aclarando la existencia de factores de unidad del sistema, así como la articulación de éste en subsistemas; enfatiza la relevancia de hacerlo con criterios internos, propios del sistema. Propone una perspectiva de interpretación a partir de la expresión "Códigos de la transfusión del Derecho Romano y de la independencia"; con relación al Código del Perú habla del Código de la mezcla que, como tal, tiene instrumentos específicos que la caracterizan en su conjunto. Enfoca luego una disposición del Código peruano según la cual se da relevancia para la integración de la ley a los principios generales del Derecho y los que inspiran el Derecho peruano, preferentemente; realiza comparaciones con el Código francés, con el sardo y con los italianos, mostrando las vicisitudes de la interpretación de tales principios, la discusión sobre su tipo de realidad y su inmanencia con respecto al Derecho vigente. Comenta disposiciones del Código español y del portugués y de varios latinoamericanos, identificando una dimensión común. Al concluir, sostiene que no es válida para América Latina la tesis que sostiene la contraposición entre

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los códigos y el sistema. "En América Latina —dice— ha prevalecido en todo momento la convicción de que la legislación de cada Estado forma parte de un sistema mayor. . . que contribuye a desarrollar". En relación con "los principios que inspiran el Derecho peruano —según la expresión del nuevo Código— es del parecer de que no se trata de los extraídos por generalización creciente, sino de los que pueden encontrarse en el referido "bloque romano-ibérico-precolombino". Sobre éste, afirma: "se sustrae al estatismo-positivismo y también al jusnaturalismo iluminista para afirmarse en el dinamismo de un sistema que tiende a realizar valores".

En la Sección de **Reseña Bibliográfica,** el **Dr. Enrique A. Mussel** examina la obra del profesor León Cortiñas Peláez, **"Poder Ejecutivo y Función Jurisdiccional".**

En **"Información Normativa"** continúa colaborando la **licenciada Ana Rita Valverde de Zeledón,** a quien agradecemos una vez más su apoyo.

En **Pronunciamientos Especialmente Relevantes** participa la **Licda. Cecilia Sánchez Romero** con **Contenido de votos salvados en resoluciones de interés.**

Finalmente, como siempre ofrecemos la **Sección de Jurisprudencia** a cargo del **Digesto.**

Aparece, en primer lugar, del **Lic. Eduardo Ortiz Ortiz,** un comentario sobre la obra del profesor Haba, que hemos venido publicando en números anteriores, **"Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina",** titulado **"Glosa al informe Haba".** El licenciado Ortiz observa sobre este trabajo: que está centrado en una interpretación fundamentalmente semántica y casi no se ocupa de los contenidos axiológicos, su significación histórica y su función efectiva; que, a pesar de esto, es de innegable claridad, seriedad y sistema, rigurosamente académicos; que no comparte la idea de la constitucionalización de los tratados de Derechos Humanos y que es más conveniente la fórmula del actual artículo siete, por su mayor flexibilidad para la introducción de cambios en el Ordenamiento. Al referirse a la protección judicial de los derechos humanos y con relación específica al contencioso administrativo presenta críticas a la situación legal y jurisprudencial, donde se nota la ausencia de condenatoria a la Administración, lo que disminuye la protección constitucional a meras anulaciones; sobre la Justicia Constitucional recuerda jurisprudencia "gramaticalizante". En cuanto a la responsabilidad constitucional de los funcionarios por violación del Derecho, el Lic. Ortiz no coincide con el autor glosado, por considerar que esta materia no encuentra su sede adecuada en la Constitución, lo mismo que lo relativo a los delitos por violación de los Derechos Humanos; sí cree necesario reformar el fuero de los miembros del Poder Ejecutivo. Trata luego el tema de los conceptos indeterminados; enfoca ahí la razonabilidad de la ley, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia y el control jurisdiccional; sobre la discrecionalidad nos explica la determinabilidad en concreto de los conceptos indeterminados en Francia; examina al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado. En cuanto al tema de los Estados de excepción, emergencia o crisis recomienda su supresión de las Constituciones y sugiere se habilite al Juez para juzgar lo ocurrido como actividad administrativa reglada por los imperativos del caso y los principios constitucionales. Sobre la crítica que hace el informe de que no se da participación política a los extranjeros, el Lic. Ortiz mantiene la tesis de que esta exclusión es fundada y legítima. Finalmente, lamenta la omisión en el informe de tres temas: los actos políticos o de gobierno, la quiebra de los principios de reserva de ley y de legalidad (a través de diversas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

técnicas: delegaciones legislativas, decretos de urgencia o emergencia legislativa, plenos poderes, deslegalizaciones) y las agresiones privadas contra los Derechos Humanos, materia donde los avances jurisprudenciales deben consagrarse.

El **Dr. Jorge E. Romero Pérez** nos brinda **"El acto de adjudicación en un contrato público"**, donde describe el acto de selección del contratista público; la importancia del acto de adjudicación es indudable si se piensa que de este acto dependerá el perfeccionamiento, validez y eficacia de la selección. Entre otros aspectos que se dilucidan en el texto encontramos: el plazo para la adjudicación, el trámite obligatorio que debe seguir el Estado, la selección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos, estudio, aclaraciones y mejoras de las propuestas, adjudicación positiva o negativa, avisos de selección en La Gaceta y retiro de las propuestas. El autor hace énfasis en la necesidad de que se emita una Ley de contratos del Estado, ante la disparidad, confusión y contradicción de las normas vigentes.

"Modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas" es el tema de la colaboración del **licenciado José Miguel Fonseca Saborío.** El autor muestra como, en principio, la revocación de los contratos se produce por mutuo disenso, aunque hay contratos de revocabilidad unilateral como el mandato. Junto a esta forma de eliminación de la eficacia se sitúan la resolución por incumplimiento y el problema de la excesiva onerosidad sobreviniente. Plantea la oposición tradicional, de corte ideológico "liberalismo-voluntarismo" vs. concepciones real objetivas (entre el "Pacta sunt servanda" y el "Rebus sic Stantibus") que pone en contraste seguridad jurídica y equidad. Parece dejar de lado el autor la distinción entre prestaciones diferidas y prestaciones continuadas, a que me refiero en el texto que cita, pues lo critica diciendo que lo dicho se aplica no sólo a las continuadas, sino también a aquellas en que hay "un lapso de tiempo entre la celebración y el cumplimiento". Esta segunda hipótesis es a la que aludo, precisamente, cuando además de "continuadas" hablo de "diferidas".

Sus observaciones sobre la onerosidad y conmutatividad contribuyen a afinar la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente, pero debe apuntarse que, si bien el préstamo es un contrato que puede ser gratuito y la prestación del mutuante o comodante no tiene contraprestación, no puede decirse lo mismo de la del mutuario o comodatario, que encuentra su razón de ser precisamente en la prestación ajena ya cumplida. Comenta seguidamente el autor los desarrollos de la doctrina que toma en cuenta la alteración de las circunstancias, para lo cual nos remite a la teoría de la cláusula sobreentendida, a la teoría de la base del negocio jurídico y a la teoría del riesgo imprevisible (o teoría de la imprevisión). Cita a Beltrán de Heredia para quien es al legislador y no al juez a quien corresponde aceptar la revisión contractual. Para finalizar indica la conveniencia de que, en forma clara, en nuestro Código Civil se establezcan normas que permitan expresamente la extinción o modificación de los contratos ante la alteración de las circunstancias. Lo invitamos a formalizar su proyecto de ley por medio de la Comisión Revisora del Código Civil, lo cual sería de gran beneficio para nuestro Ordenamiento.

El **Dr. Jorge Rojas Solórzano** colabora con **"La responsabilidad internacional por actividades espaciales"**; anota ahí el problema de los daños que pueden causar el lanzamiento, el vuelo y el retorno a tierra de los objetos espaciales y consecuentemente, el de su reparación frente a la falta de uniformidad de criterios para determinar esta responsabilidad y el relativo al procedimiento para su verificación. Nos ofrece

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un desarrollo del tema a nivel internacional a partir de algunas declaraciones de principio, pasando por el Tratado del Espacio de 1967, hasta el Convenio de 1971 donde, por fin, hay tutela para países sin actividades espaciales y nos proporciona ejemplos de posibles daños, incluida la interferencia en las telecomunicaciones. El Dr. Rojas examina también las dificultades especiales que presenta el Convenio con relación a las telecomunicaciones por satélite, sus aspectos básicos en cuanto a fundamento y límites de la responsabilidad, así como su determinación para llegar al tema de la reparación. Distingue entonces las clases de responsabilidad (objetiva y subjetiva) que admite el Convenio y explica sus fundamentos; también analiza la relación de causalidad en la producción del daño y la discusión sobre la admisibilidad del daño moral. Define seguidamente "objeto espacial" y observa las restricciones que derivan del uso de este concepto y los problemas de su aplicación a los transbordadores espaciales para los que acepta un criterio funcional. Comenta en particular la responsabilidad por interferencia en las telecomunicaciones. En cuanto a la discusión sobre si se encuentra incluido el tema en el Convenio, el autor encuentra poco convincente el argumento sostenido por los Estados Unidos que intenta restringir en este aspecto el concepto de daño. Con relación a las limitaciones de la responsabilidad nos describe las causas de exoneración y los límites en razón de las cosas y las personas, así como las cuantitativas. En cuanto a la determinación de la responsabilidad habla del registro y la identificación del objeto espacial; se refiere luego a los casos de distribución de la responsabilidad (entre Estados y en caso de participación de una organización internacional). Para la determinación de la reparación alude al procedimiento (partes, trámite) y a la declaración de indemnización (Derecho aplicable, valor jurídico, contenido). En sus conclusiones destaca el avance que constituye el Tratado sobre responsabilidad y acepta sus méritos, pero reconoce las dificultades para su obligatoriedad.

Nuestro asiduo colaborador, el **Dr. Daniel Gadea Nieto** participa con **"La importancia de la personalidad del delincuente"**, trabajo de profundo interés desde el punto de vista de la política criminal, si se quiere centrar ésta en la persona, en su realidad, en sus intereses, necesidades y valores. El autor realiza una conceptualización de las necesidades del delincuente para luego determinar las consecuencias que pueden surgir si éste no es tomado en cuenta como persona. De tales necesidades recalca: la de un mínimo de libertad, la dignidad, la de coherencia entre su situación actual y su situación futura, la de satisfacción de deseos y la necesidad de identificación. En la segunda parte se refiere a los problemas de personalidad que el detenido puede sufrir, tales como desórdenes de personalidad, problemas de adaptación, frustración, conflictos y otros. El Dr. Gadea demuestra el cuidado que deben tener las diversas instituciones que tienen relación estrecha con el delincuente, porque, dependiente de las políticas que se tomen hacia su posible inserción en la sociedad, así como de las actitudes del personal en contacto constante con el detenido, es el resultado sobre la personalidad del delincuente.

El **Lic. Daniel Salazar Villegas,** nos ofrece **"El Derecho de defensa"**, estudio sobre los fundamentos constitucionales de la defensa, que pretende señalar los principios que determinaron su inclusión en el capítulo de garantías individuales de nuestra constitución y analizar si responde a una realidad procesal; el autor demarca los bienes jurídicos protegidos y los mecanismos puestos a disposición de los individuos; menciona la génesis y el desarrollo de los derechos del hombre, la misión del Derecho Constitucional y su contenido en el campo de las garantías individuales, sin negar que en algunos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Estados de "democracia liberal" se tornan en letra muerta, pero que en Costa Rica sí han tenido el necesario desarrollo legal. Después de una breve reseña histórica del derecho de defensa aporta su concepto en materia penal, como el de un derecho del imputado a acreditar su inocencia o cualquier circunstancia; distingue la defensa material y la defensa técnica o formal, con el propósito de que no se ponga en peligro ni la libertad ni el equilibrio procesal. Sobre los fundamentos constitucionales, asevera que responden al sentimiento del pueblo. Cita los antecedentes del capítulo de derechos y garantías individuales de la Constitución Política de 1949 y la configuración del régimen de principios primordiales (libertad, derecho de defensa e igualdad ante la Ley). Establece un paralelismo entre el proceso penal y el sistema político imperante en cada nación. Al caracterizar el sistema costarricense asegura que es mixto con predominio del sistema acusatorio, donde el imputado es rodeado de toda clase de garantías (que analiza). Concluye con la idea de que el derecho de defensa en Costa Rica es un medio real y efectivo al servicio del hombre a través de instrumentos concretos.

Los **licenciados Francisco Dall'Anese R. y Javier Llobet Rodríguez** participan en esta ocasión con **"La imperfección e inexistencia de los actos en el proceso penal"** que es un amplio y valioso aporte sobre las diversas clases de imperfección de los actos procesales por incumplimiento de las formas y de las consecuencias en cada caso; además se ocupan de los actos inexistentes, donde el incumplimiento de las formas procesales es de tal magnitud que ni siquiera podemos hablar de que nos encontramos ante un acto. Los autores nos brindan algunas nociones generales sobre la imperfección de los actos procesales para tratar luego la nulidad de éstos, distinguiendo las declarables de oficio de las que no lo son y determinando los caracteres de cada una de estas formas, antes de pasar a los efectos de la declaratoria de nulidad. Incluyen otros temas como los actos procesales inadmisibles (y los sujetos a los que se refieren), los actos irregulares (que pueden ser eficaces, aunque puedan llevar a sanciones administrativas) y la inexistencia, de la cual dan el concepto y sus presupuestos procesales, lo mismo que sus efectos. Para terminar reafirman la distinción entre actos perfectos e imperfectos, aclarando que no siempre los imperfectos son ineficaces, mientras que los inexistentes no pueden nunca producir efectos jurídicos ni ser convalidados. Este trabajo constituye una importante aplicación de la doctrina de la invalidez a la materia procesal; artículos como éste revelan la necesidad de una adecuada terminología.

Con **"Informática Jurídica y Administración de Justicia"** aparecen el **licenciado Juan Diego Castro y la licenciada Cecilia Sánchez Romero.** Los autores nos proyectan el panorama del reto histórico de los inmanejables volúmenes de información actuales y el papel relevante que puede cumplir en esto la informática. Nos muestran algunos desarrollos en Italia y en Costa Rica y proyectan las posibilidades que ofrece la informática para combatir la lentitud en la Administración de Justicia. Nos dan cuenta de los trabajos en un banco de datos jurisprudenciales con base en la labor desarrollada por el Digesto y de las dificultades actuales, lo mismo que de los diferentes sistemas posibles, desde un sistema interactivo de texto completo (como lo sería el LEXIS en los Estados Unidos) hasta un sistema de resúmenes. Comentan las experiencias italiana, francesa y colombiana. También reconocen las posibilidades de contribución de los propios Jueces y de las Escuelas de Derecho. Nos hablan de la posibilidad del uso de la automatización en ciertos procesos y de la importancia de desarrollar programas conexos como índice de asuntos, agenda, mandamientos telemáticos, correo electrónico para escritos y notificaciones, pregonero automático, etc.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Al concluir afirman confiar en que la Informática Jurídica humanice el Derecho, acercándolo a la Justicia.

Presentamos, finalmente, un estudio sobre **"El contrato de arbitraje en el comercio internacional"**, en el que se intenta demostrar la utilidad del marco que ofrece la teoría del negocio jurídico [a) que distingue en el supuesto los presupuestos —subjetivos y objetivos— y los elementos y, dentro de éstos, los esenciales —voluntad, forma y causa justa— y los accidentales b) que, en la etapa posterior, distingue entre la eficacia y la efectividad) y c) que, para el análisis del régimen de la patología, diferencia claramente la invalidez (en sus dos formas: nulidad y anulabilidad) de la ineficacia (en sus formas originaria, sobreviniente, relativa, etc.)] para afrontar la materia de los aspectos sustanciales o de fondo del arbitraje en el comercio internacional.

Víctor Pérez Vargas

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA: (VI) GLOSA AL INFORME HABA

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO

Pág.

I) COMENTARIO GENERAL. 14

II) COMENTARIOS SOBRE COSTA RICA 15

1) Constitución y tratados sobre derechos humanos 15

2) Protección judicial de los derechos humanos 16
a) Vía de amparo. 16
b) Contencioso-administrativo 17
c) Justicia constitucional 17
d) Origen de la Corte Suprema 18

3) Responsabilidad constitucional de los funcionarios por violación de los derechos humanos 19

4) Los conceptos indeterminados 19
a) La razonabilidad de la ley 19
b) La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y la "razonabilidad de la ley" 24
c) El contralor jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa. 25
i) Los principios fundamentales de resguardo 25
— Principio de libertad
— Consecuencias:
• principio de legalidad administrativa
• (principio del) derecho subjetivo a la legalidad administrativa
• principio de reserva de la ley
• principio de accionabilidad
• principio de responsabilidad
• principio pro libertatis
ii) Discrecionalidad, conceptos indeterminados y contralor jurisdiccional de Gobierno y de la Administración 26
— la reducción de los conceptos indeterminados
— el contralor de oportunidad disfrazado

5) Estados de excepción, emergencia o crisis 28

6) Libertad de expresión del pensamiento. 30
a) Art. 28 30
b) Art. 19 30

III) OMISIONES. 30

1) Actos políticos o de gobierno 30
2) Quiebra de los principios de reserva de ley y de legalidad 31
3) Agresiones privadas contra derechos humanos. 31

ANEXO: Visión global de la obra, Índice general del Tratado. 32

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Advertencia

Con este estudio se cierra la serie *Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina,* que la *Revista Judicial* ha venido publicando a partir de su número 35: (I) Protección judicial de los derechos humanos (núm. 35, diciembre 1985, pp. 53-71), (II) Estados de excepción (núm. 36, marzo 1986, pp. 81-100), (III) Libertades de expresión (núm. 37, junio 1986, pp. 65-89), (IV) Derechos económicos (núm. 38, setiembre 1986, pp. 79-92), (V) Derecho Internacional (núm. 39, diciembre 1986, pp. 91-102). El "Informe" a que alude el título es un trabajo de Enrique P. Haba: *La Protección Constitucional de los Derechos Humanos en América Latina, a la luz de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Segundo Informe,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio de 1983, San José de Costa Rica, XI + 285 pp. Dicho informe, elaborado para un Proyecto de Investigación (cf., en el núm. 35, la Nota inicial ubicada en la pág. 54) donde participó también el Lic. Ortiz, fue comentado por éste, bajo el título que aquí conservamos, para una Reunión de Expertos que tuvo lugar en agosto del mismo año (cf. la Nota indicada). El Informe pasó después a formar parte del manuscrito general de una obra mucho más amplia, de la cual se han editado hasta ahora dos tomos: Enrique P. Haba (Redactor General), *tratado básico de derechos humanos* (con especial referencia al Derecho Constitucional latinoamericano y al Derecho Internacional), vol. I (Conceptos fundamentales) y vol. II (Indicadores constitucionales), Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986; el vol. III (Líneas prospectivas. Índices) se halla en preparación. Los artículos anteriores de la presente serie están conformados precisamente por capítulos de aquel Informe que en definitiva no pudieron ser incluidos en los dos tomos que se editaron del *Tratado*, aunque correspondían a este; por eso, en el Anexo de cada uno de dichos artículos aparece indicado el lugar preciso donde, dentro del respectivo capítulo del *Tratado,* corresponde ubicar —según el plan integral de la obra— esos materiales; y como Anexo de este artículo final incluimos, para ilustración del lector que no tenga a mano esa obra, el esquema general de lo que ella contiene.

Aunque la *Glosa* del Lic. Ortiz examina principalmente los trozos del Informe que hablan de la Constitución costarricense, la mayor parte de las observaciones que él efectúa son aplicables también, de una manera general, a la problemática común de esos puntos en Constituciones latinoamericanas. El texto central que aquí ofrecemos no tiene cambios respecto al presentado por su autor en la ocasión mencionada. Las notas de pie de página, empero, no son de él, sino que fueron agregadas, para esta publicación, por Enrique P. Haba; se introducen aquí, con autorización del Lic. Ortiz, para señalar partes concordantes del *Tratado* (incluso algunos desarrollos complementarios del propio Ortiz recogidos allí) y de los artículos anteriores de esta serie.

* * *

Me referiré al excelente estudio presentado por el Prof. Enrique Haba, en el siguiente orden:

I) Comentario general.
II) Comentario sobre Costa Rica.
III) Puntualización de omisiones.

I) COMENTARIO GENERAL[1]

Es uno y muy sencillo: creo que el trabajo está centrado en una interpretación fundamentalmente semántica de las normas que analiza,[2] poco adecuada a la índole del tema, si la sustancia institucional y axiológica de las normas estudiadas pasa a segundo plano. Es indudable que toda labor jurídica ha de partir del análisis de textos normativos, pero no puede quedarse ahí, sino que tiene que llegar, sobre todo en materia constitucional, a su ideología y al rango institucional de esos textos en

1. Este comentario se refiere básicamente al material publicado en los cinco artículos anteriores de la serie (cf. la Advertencia, *supra*) y al de los Apéndices que traen los capítulos III y VI del *Tratado*. Para juzgar en qué medida tales observaciones son aplicables también a este en su conjunto, vale decir, a la orientación general de esa obra, el lector puede considerar, por ejemplo, las precisiones contenidas en los siguientes pasajes de ella: su Presentación (pp. XXVII-XXXV, esp. XXXI-XXXIV), los caps. I (Sec. B) y II (§§ 10, 13 y 16. IV); y téngase en cuenta también las remisiones efectuadas en las demás notas del presente artículo.

2. Pero cf. en el *Tratado*, además de los sitios indicados al final de la nota anterior, el § 16.I (esp. pp. 194-197).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el sistema político analizado. El intento contrario, de estudiar cada norma constitucional por lo que dice y no por la función que está llamada a cumplir en el sistema, al menos como lo dibuja la Constitución, no sólo impide encontrar la solución de problemas verdaderos sino que crea otros que no existen, o que son menos problema de lo que se cree. De lo primero podría ser un ejemplo el pesimismo con el que se enfoca el problema de los conceptos constitucionales indeterminados, que existe y es grave, pero respecto del cual el informe no ofrece vías de solución, hoy en progreso a través del avance de los métodos de contralor de las funciones legislativa y administrativa del Estado, de los que el trabajo casi no se ocupa; y de lo segundo podría ser el de la no constitucionalización de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, que muy poco contribuiría, de darse, a su mayor vigencia efectiva, todo como brevemente lo explicaremos.

En síntesis: el trabajo da la impresión de enfocar la sustancia y los problemas de los Derechos Humanos como creaciones normativas casuales y no como exigencias mínimas de la naturaleza humana, respaldadas por siglos de luchas y llenas de valor objetivo. No deja ver que —fuera de todo alineamiento con una tesis naturalista o positivista y más bien abarcándolas— los Derechos Humanos son hoy una ideología universal, que parte de una determinada concepción del hombre como fin en sí mismo y que tiende a su máximo desarrollo, fuera de la cual nada significan. La inadvertencia o el rechazo de este hecho fundamental parecieran crear una actitud de relativismo y hasta de escepticismo en el tratamiento del tema,[3] que creemos palpable en el informe. Fuera de tal crítica a su perspectiva general, son innegables su claridad, seriedad y sistema, rigurosamente académicos, por los que no puedo sino congratular al distinguido colega.

II) COMENTARIOS SOBRE COSTA RICA

1) Constitución y tratados sobre Derechos Humanos.[4]

El informe recomienda como ideal la constitucionalización de los tratados de Derechos Humanos, por el rango que ello les imprimiría.[5] Me permito discrepar y recomendar como mejor la fórmula hallada por nuestro art. 7, Constitución Política, que se limita a dar a los tratados —a cualesquiera— fuerza superior a la ley ordinaria.

Nuestros tribunales y los del Continente —quizá con excepción de los de EE.UU. de Norte América— suelen oscilar entre el reconocimiento a la primacía de la ley o a la del tratado. Antes de que se hiciera la reforma que dio su actual texto el art. 7 hubo, incluso, un fallo de nuestra Corte Suprema que dio primacía al tratado sobre la Constitución del país, en la medida en que aquél era expresión de principios generales del Derecho Internacional, con lo que claramente implicó que éstos sí son superiores a la Constitución (véase Rodolfo Piza, Régimen de Tratados Internacionales en el Derecho de la República de Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, San José, Imprenta Lehmann, 1967, pág. 198).[6] Pero abundan las sentencias de Jueces que, antes del art. 7 y de su actual texto, daban primacía a la ley sobre el tratado.

Creo que la fórmula del art. 7 es buena porque es flexible y permite incorporar el tratado al Derecho Interno con sólo el procedimiento normal de su ratificación, según el Derecho Internacional, y ello con rango superior al de la ley. Tiene, además, la ventaja de preservar la integridad de la Constitución, que, desde el ángulo del Derecho Interno, ha de ser reputada norma suprema, fundamento de validez de todas las demás. La constitucionalización de un tratado se puede hacer por dos vías: por remisión al tratado con su texto actual y sus futuras reformas, según el procedimiento del Derecho Interna-

3. Sobre el "escepticismo" y el "relativismo", cf. también las citas de Harold Laski (p. VIII) y Albert Bayet (cap. XII, primer parágrafo, apartado 1) presentadas en el *Tratado*, así como la precisión allí efectuada en la pág. 239.

4. Cf. *Tratado*, cap. IV, y *Revista Judicial* núm. 39 (pp. 91 y sigs.).

5. En el *Tratado*, sin embargo, ya no se recomienda (por lo menos en forma expresa) tal solución como "ideal": cf., por ejemplo, pp. 17 y 442. *Vid.* también, allí, el comentario de Ortiz presentado en la pág. 448.

6. Cf. también el *Tratado*, pp. 445-446.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cional —sujeto normalmente al texto mismo del tratado—, lo que configura un llamado reenvío formal; o por remisión al texto actual del tratado, en forma tal que sus reformas sólo sean posibles a través de reforma parcial de la misma Carta, lo que configura un reenvío material. El primer sistema tiene el grave peligro de incorporar automáticamente a la Constitución contenidos normativos provenientes de un orden extraño, el internacional, sin oportunidad para su valoración y adaptación al orden interno. El segundo método tiene el grave problema de que congela el tratado a nivel constitucional e impide seguir las reformas de éste, salvo por la vía lenta y complicada de la reforma constitucional.

Creemos que la fórmula del art. 7 es mejor, sobre todo en momentos en que la experiencia adquirida en materia de Derechos Humanos sugiere cambios de redacción y contenido en algunos de ellos, tal y como están precisados en los tratados; y en que hay ya discusión sobre la existencia de nuevas formas de Derechos Humanos, los llamados de la tercera generación. Y lo preferimos porque aquella fórmula, como se dijo, al ser más flexible, será más adecuada para la introducción dichos cambios en nuestro ordenamiento.

2) Protección Judicial de los Derechos Humanos.[7]

a) Vía de amparo.

El art. 48 Constitución Política concede el recurso de amparo para "mantener o restablecer el goce de los otros derechos constitucionales" que no son la libertad de movimiento (garantizada con el "Hábeas corpus"). La garantía constitucional es extraordinaria, porque incluye acciones y sentencias condenatorias contra la Administración, y está dada en función exclusiva del carácter constitucional del derecho lesionado, sin parar mientes en la naturaleza del acto lesivo. Es la índole constitucional del bien lesionado lo que da acceso a la garantía procesal del amparo, al extremo de que —según consolidada jurisprudencia (votación de Corte Plena de sesión extraordinaria núm. 21 de 2 de mayo de 1952)— vienen protegidos con ella no sólo las llamadas garantías individuales o sociales (Derechos Humanos) sino cualquier otro derecho constitucional, como el derecho al recurso de alzada contra resoluciones municipales previsto por el art. 173 ibídem.

La jurisprudencia constitucional y de amparo ha venido a restringir inconstitucionalmente el alcance de la garantía, al agregar a la única condición constitucional para su admisión y/o estimación, un nuevo y restrictivo requisito: que el acto o actividad lesivos sean gravemente ilegales, "por arbitrarios" y "sin respaldo en ley vigente", o por ser su ilegalidad "evidente y manifiesta" (Sentencias de las 15 hrs. del 2 de agosto de 1961, Juzgado Tercero Penal y Sala Segunda Corte Suprema, y núm. 102 de las 14 hrs. del 31 de julio de 1958, ibídem). Y por tal entiende la Corte Plena la que se da cuando del texto del acto "surgen de inmediato evidentes violaciones de los derechos consagrados en la Constitución Política sin necesidad de verificar ulteriores contrastes". El amparo procede, en suma, cuando hay una autoridad lo suficientemente torpe como para atentar contra los derechos constitucionales y hacerlo manifiesto en el acto atentatorio, expresa o implícitamente. Se trata de casos de academia, por lo que, de los reales, en que hay gravísimas violaciones de derechos humanos, sólo una mínima cantidad (probablemente no mayor del 10%) alcanza sentencia favorable.

Esto ha venido a ser remediado teóricamente, en parte, por el art. 357 (Ley General de Administración Pública), que prevé la acción interdictal y el incidente de suspensión contra las actuaciones de la Administración que no estén basadas en un previo acto administrativo eficaz. Pero ello es meramente teórico, como se dijo, porque, por un extraño fenómeno de inhibición e involución ante las innovaciones jurídicas importantes, ni el Juez ni el abogado costarricense hacen uso de las virtudes y potencialidades de dicha LG, que hasta la fecha y desde su promulgación ha sido invocada mucho más para justificar abusos de la Administración. En todo caso, esta es una ley y estamos hablando del nivel constitucional de protección judicial de los Derechos Humanos. A nivel del amparo, esos derechos están casi totalmente desamparados, por la inconstitucional jurisprudencia restrictiva de su materia propia antes referida. Cualquiera que lea esa jurisprudencia podrá creer que en Costa Rica la Administración no se equivoca nunca y que,

---

7. Cf. *Tratado*, cap. V, y *Revista Judicial* núm. 35 (pp. 53 y sigs.). *Vid.* esp., en el *Tratado*, los comentarios de Ortiz recogidos en las pp. 593-597 y en el § 102.I.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuando lo hace, actúa siempre de buena fe. El problema es más grave todavía por la siguiente razón: lo que no pertenece al amparo, sólo puede resultar protegido por la jurisdicción contencioso-administrativa, y esto representa la otra cara del problema, no menos triste que la anterior.

b) Contencioso-administrativo.

El art. 49 Constitución Política crea la jurisdicción contencioso-administrativa para "garantizar la legalidad de la función administrativa". La Ley Reguladora correspondiente —de 12 de marzo de 1966— ha operado una inconstitucional y grave reducción de ese vasto campo de control, al restringirlo a "la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública", lo que es cosa totalmente distinta. No entran en tal concepto, en efecto, los comportamientos de la Administración, que son la fuente más común de lesiones contra los Derechos Humanos. Las actuaciones materiales y las prestaciones técnicas, empíricas o ilegales, y, sobre todo, las inercias de la Administración, no son impugnables por sí mismas, mediante acciones condenatorias dirigidas a hacerlas cesar. Para ser conocidas en juicio tienen que convertirse en actos denegatorios (fictos o expresos) de la petición (opuesta) del particular y, entonces, la sentencia podrá, a lo sumo, anular la denegación, con implícita declaración del deber incumplido, a cargo de la Administración, de dar, hacer o no hacer, sin siquiera poder condenarla a ello. Y aun en el supuesto de que pudiera hacerlo, ello no se podría ejecutar forzosamente, pues es consolidada la jurisprudencia de que el Juez no puede ni condenar a la Administración a dictar actos administrativos, aun siendo obligados, ni menos sustituirse a ésta para dictarlos en su lugar, ni en la fase de conocimiento ni en la fase de ejecución del proceso. En estas hipótesis, lo más que podría lograrse es una indemnización sucedánea en ejecución de sentencia, si no en otro largo y costoso proceso declarativo ordinario. Tal es el cuadro teórico de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa.

El cuadro real se ilumina brevemente cuando se examina la jurisprudencia civil de Hacienda, relativa al cumplimiento de obligaciones patrimoniales de la Administración, porque ahí abundan las condenatorias contra ésta a conductas específicas que no son pagos en dinero; pero ello nada tiene que ver con la protección de Derechos Humanos. En este campo, las acciones contra actos lesivos de Derechos Humanos, por sí o en relación con actuaciones o inercias de la Administración, topan con la inexistencia de acciones y sentencias condenatorias contra ella, para hacer cesar la conducta lesiva o imponer la debida. Es decir: que los casos que la vía de amparo no puede admitir, por inexistencia del acto arbitrario, de ilegalidad evidente y manifiesta, tampoco los puede admitir la jurisdicción contenciosa, por inexistencia de acciones y sentencias de condena contra la Administración (en asuntos no patrimoniales de Derecho Público), únicas que normalmente hacen cesar la conducta lesiva. Todo lo cual es mucho más grave si se piensa que, aparte de tan serios problemas de estructura, nuestro proceso contencioso ordinario tiene una duración normal de cuatro a ocho años. Se trata de justicia claramente lenta e incumplida, creemos que más por la estructura del proceso contencioso que por culpa de nadie.

En síntesis: por obra de la jurisprudencia (juicio de amparo) y de la ley (juicio contencioso-administrativo), la protección constitucional de los Derechos Humanos está drásticamente debilitada y disminuida en Costa Rica. La Constitución —en esto como cualquier otra norma, pero con mucho más grave alcance, por el rango de los bienes que protege— es lo que dicen que es jueces y legisladores; y ambos, de consuno, han reducido los casos protegidos a hipótesis de academia y la protección a platónicas sentencias de anulación, nunca condenatorias contra la Administración como son las que importan y sirven a los Derechos Humanos.

c) Justicia constitucional.[8]

Algo muy parecido a lo anterior ha sucedido con nuestra justicia constitucional. Se trata de lo siguiente: nuestra Corte Suprema entiende la Constitución como un conjunto de textos, cuya filosofía es la que está escrita en ellos. De consiguiente, rechaza cualquier sentido de esos textos que no esté literalmente contenido en ellos. Para hacer triunfar una demanda por inconstitucionalidad de una ley es necesario un choque literal o inequívoco con la Constitución. Esto significa lo siguiente: cuando la Constitución o la ley emplean conceptos indeterminados, a determinar por su aplicación y con vista de los hechos del caso, la ley es siempre

8. Sobre este punto, *vid.* también *infra*, pp. 21 y sigs.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

constitucional, por imposibilidad de choque literal entre ambas normas. A este nivel, dentro de esta concepción, es imposible saber qué alcance tienen tales conceptos. Y significa, por lo demás, que cuando el choque es no con el texto sino con la doctrina de la norma constitucional, la inconstitucionalidad es también imposible.

La concepción gramatical de la Constitución y la restrictiva de su interpretación que quedan descritas provienen de una vieja jurisprudencia de Corte Suprema que presume como legítima la ley mientras no se demuestre lo contrario. La tesis se funda en la presunta importancia política y social de la ley y en la necesidad de salvarla para el bien común, a no ser que ello resulte imposible, con lo que quiere decirse gramatical o lógicamente imposible. A fin de cuentas, nuestra jurisprudencia constitucional revela que la Corte Suprema entiende que una inconstitucionalidad es improcedente siempre que, para acogerla, sea necesario interpretar la Constitución, en lugar de leerla; esto también ha sido dicho. Se entiende el alcance gravísimo que tal jurisprudencia tiene y, más todavía, tal concepción de la función judicial, para los Derechos Humanos. Significa que será constitucional toda ley que los viole, si la Constitución no lo prohíbe expresa o inequívocamente, por emplear conceptos indeterminados alguna de las dos normas, por requerir interpretación distinta de la literal cualquiera de las dos, o, simplemente, por la difícil lectura de cualquiera de ellas (que exija una interpretación no fielmente literal).

Veámoslo en la jurisprudencia referida: "La invalidez de una ley, por ser contraria a los dictados constitucionales, debe resultar de la evidente oposición entre los textos respectivos. No puede estimarse que exista el vicio, en consecuencia, si tal contraposición resulta de asignarle o de negarle a la ley determinados alcances, de los que así, por vía de interpretación y frente a intereses ya en litigio, la disposición legislativa puede resultar constitucional o inconstitucional. . ." (Ses. Ext. Corte Plena (CP) núm. 29 de 14 hrs. del 27 de junio de 1957). "En el caso de autos se alega que la Sala aplicó retroactivamente la ley. . . Pero la verdad es que ese carácter no surge de la letra de ley en forma indudable o evidente. . ., de manera que entonces se trata de un problema de interpretación, para fijar los alcances del vocablo 'ratificar' y para decir en qué forma opera esa ratificación sobre la personalidad jurídica del X" (Ses. Ext. C.P. núm. 48 de 19 de octubre de 1965).

Esta tesis, que expresamente fija el lindero entre procedencia o improcedencia finales del recurso de inconstitucionalidad según que éste exija lectura o interpretación de uno cualquiera de los textos confrontados, respectivamente está reiterada en parecidos términos en votaciones de SS Exts. C.P. núms. 5 de 25 de enero de 1956 y 39 de 12 de julio de 1971. Creemos que es esta sostenida jurisprudencia constitucional el escollo más grave en la defensa de los Derechos Humanos ante la legislación que los viole.

d) Origen de la Corte Suprema.

Coincido plenamente y sin reservas con las críticas que el informe dirige al sistema actual de nombramiento de los Magistrados de Corte Suprema.[9] El sistema no ha dado malos frutos, por una razón puramente anecdótica y contingente, que es la honestidad y rectitud de sus integrantes actuales. Si esto cambiara, quedaría probada la aberración del método. Ante esto, dos son las principales alternativas, a saber:

i) Crear una organización judicial semejante a la europea, ya reproducida en algún país de América Latina, con un Consejo de la Carrera Judicial, integrado paritariamente por los cuatro Supremos Poderes, con autonomía funcional frente a éstos, encargado de hacer la totalidad de los nombramientos de funcionarios jurisdicentes, según pruebas de idoneidad, por concurso o por méritos.

ii) Crear un organismo parecido o igual, pero integrado por representantes de los tres organismos que viven del y para el Derecho en Costa Rica: Poder Judicial, Facultades de Derecho y Colegio de Abogados. Es la solución propuesta por el suscrito en un proyecto de reforma constitucional que duerme desde hace veinte años en los archivos de nuestra Asamblea Legislativa.

Ambas ideas son utopias: ésta es una de las pocas reformas constitucionales urgentes en Costa Rica que la Asamblea Legislativa nunca permitirá cuajar en su detrimento.

---

9. Cf. *Revista Judicial* núm. 35, pág. 58, col. 2 (apartado iii *in fine*). *Vid.* también, en el *Tratado*, la pág. 559.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3) Responsabilidad constitucional de los funcionarios por violación de Derechos Humanos.[10]

Difícilmente coincido con el informe en sus críticas a nuestra Carta por la carencia de disposiciones sobre responsabilidades de los miembros de los Supremos Poderes —incluyendo Poder Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones— por violación de Derechos Humanos.[11]

Estimo absolutamente indispensable la creación de los delitos específicos por violación de Derechos Humanos en Costa Rica, que deberían ser agravados por calidad de gobernante propia de su autor, pero creo que la sede adecuada para tipificarlos es naturalmente el Código Penal y no la Constitución. Hacerlo es urgente, pero no en la Constitución.

Lo que considero que debe reformarse drásticamente es el fuero de los miembros del Poder Ejecutivo (Presidente y Ministros), que les otorga inmunidad ante la jurisdicción penal, salvo levantamiento del mismo por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa en los casos de delitos propios del cargo. La Corte Suprema ha declarado el privilegio irrenunciable, fortaleciéndolo todavía más. Esta mayoría calificada es un derecho regio de veto en mano de la Asamblea Legislativa, contra la Justicia, dentro de un sistema republicano de Gobierno, del que aquélla ha hecho uso y abuso a todo lo largo de nuestra historia política, aun ante casos de evidente criminalidad. Nunca, con una única excepción, nuestra Asamblea ha declarado haber lugar a proceso penal contra ningún miembro de los Supremos Poderes; y siempre que lo ha denegado ha sido por razones estrictamente partidistas —que no verdaderamente políticas—, pues nada tenían que ver con el mérito de los autos, ni con la buena marcha de lo público.

El fuero de los gobernantes tiene una sola ventaja válida a la altura de estos tiempos, que es la inmunidad del gobernante al arresto provisional. En todo lo demás es un vestigio renacentista, de estamentos o de castas, que debe eliminarse en bien no sólo de la Justicia sino de la decencia pública. Si así fuera, muy diferente sería la conducta de nuestros gobernantes y mucho más frecuentes sus actitudes ejemplares. En países como el nuestro donde, además, se transan y arreglan hasta los delitos, la tal inmunidad es como el ejército en otros países latinoamericanos, un privilegio de muy pocos contra todos los demás. Sugiero, en consecuencia, reformar nuestra Carta para suprimir los fueros de los gobernantes que sean miembros del Poder Ejecutivo, salvando su inmunidad al arresto provisional, y, por obvias razones de seriedad e imparcialidad, complementar ésta con otra reforma de igual rango, atribuyendo el conocimiento de la respectiva causa penal, en forma exclusiva, a la Corte Suprema de Justicia.

4) Los conceptos indeterminados.[12]

Esta es la madre del cordero. El tema es, en realidad, más amplio y toca de cerca la libertad de los Poderes Públicos en sus potestades o en el ejercicio de éstas. El tema es doble. Es, por un lado, el de la libertad del legislador en la elaboración de las leyes que desarrollan los preceptos constitucionales y, en nuestro caso, de aquellas que afectan los Derechos Humanos. El tópico suele enfocarse bajo el nombre "razonabilidad de la ley" y el vicio correlativo es llamado "exceso de poder legislativo". Es, por otra parte, el tema de la discrecionalidad de la Administración, en el ejercicio de potestades políticas o administrativas, presuntamente por aplicación de conceptos indeterminados, de origen constitucional o legal. Dentro de su problemática, el fenómeno de los conceptos indeterminados es quizá el más fácil y propicio para su esclarecimiento.

a) La razonabilidad de la ley.

Como bien se sabe, toda ley contempla una hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de poderes o deberes, lo que suele llamarse el supuesto y la disposición (de la norma). En el Derecho Público la norma oculta esta estructura porque se limita en muchas ocasiones a otorgar

---

10. Cf. *Tratado*, cap. VI; el comentario se refiere al Apéndice de dicho capítulo (pp. 633 y sigs.), esp. a su apartado iii.

11. Cf., en el sitio indicado en la nota anterior, pp. 635-636.

12. Cf. *Tratado*, cap. III y *passim*; el comentario se refiere al Apéndice de dicho capítulo (pp. 633 y sigs.), pero asimismo concierne, de manera general, sobre todo a lo que se discute en los § § 17.II y 21 (mas estos parágrafos fueron elaborados con posterioridad al Informe y también a la presente Glosa; *vid.* esp. los comentarios de Ortiz recogidos en las pp. 302-306 y 311).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

potestades para realizar actos imperativos sin fijar los motivos o hechos antecedentes que justificaran el ejercicio de tales potestades. Esto es así, sobre todo, en el Derecho Constitucional, en el que se enumeran potestades de los Supremos Poderes sin indicar por qué ni para qué se ejercerán. Ocurre ello, con particular evidencia, en el caso de la potestad legislativa, conferida con tal libertad que la Asamblea pueda libremente escoger las situaciones de hecho (circunstancias históricas) cuyos problemas tratará de resolver, tanto como los fines que perseguirá al hacerlo. Desde este punto de vista la posición de la Asamblea frente a la Constitución es más parecida a la del individuo —que a la de la Administración— frente a la ley, porque la Asamblea puede legislar por cualesquiera motivos o para cualesquiera fines, excepto por o para los que le estén prohibidos por la Constitución, expresa o implícitamente. Y aun podría decirse que la Asamblea es soberana al respecto, porque lo único que le está realmente prohibido en cuanto fines es actuar para los extraños al bien público o contrarios a disposiciones expresas de la Carta. En cuanto a motivos, en realidad, no tiene límites, puesto que puede interesarse y regular cualquier situación social, si persigue un fin de bien público al hacerlo. ¿Significa ello que es totalmente libre y que puede ser arbitraria? O, a la inversa, ¿tiene límites la Asamblea impuestos por la Constitución? Una aplicación analógica del Derecho Administrativo —mucho más desarrollado en punto a técnicas de impugnación— permitirá contestar claramente.

En Francia los vicios del acto administrativo son incompetencia, violación de ley y desviación de poder. Los dos primeros son vicios por violación de normas escritas y de las reglas implícitas o conexas con ellas, según una inteligente interpretación sistemática. Se anula el acto porque lo dictó quien legalmente no podía, o sin las reglas de procedimiento existentes, o con disposiciones contrarias a las legalmente debidas. En síntesis: se violó la ley escrita y expresa, con todas sus implicaciones. El equivalente de este vicio en materia constitucional sería un choque entre el texto de la ley y otro expreso de la Constitución o entre normas inequívocamente implícitas en una u otra. Este sería el único tipo de vicio constitucional admisible en una ley en Costa Rica, según la jurisprudencia ya transcrita de Corte Suprema.

La desviación de poder —que, en Italia, queda englobada en otro vicio más amplio, llamado "eccesso di potere"— es la emisión legalmente correcta de un acto imperativo para un fin ilegal, que puede ser personal o público, pero siempre distinto del legalmente asignado al acto respectivo. Este se ajusta a la ley en punto a competencia, procedimiento, forma, contenido y, en general, a todas las regulaciones escritas sobre el mismo, pero el móvil sicológico oculto es lograr un fin distinto del legalmente correspondiente. Y hay otra característica fundamental en el vicio: es vicio sólo de actos discrecionales, respecto de los cuales la ley permite elegir el motivo o el contenido del acto, al no regularlos o al permitir expresamente varias alternativas al respecto. El vicio es imposible en los actos reglados en esos aspectos, porque, entonces, carece de importancia el móvil interno, siempre que se cumplan las condiciones legales externas para dictar el acto correctamente. Ejemplo de desviación de poder: declaro y tramito la excedencia orgánica de una plaza, invocando carencia de presupuesto, cuando lo que busco es el despido disciplinario del respectivo servidor. Ejemplo de acto reglado sin desviación de poder: taso legalmente un impuesto, pero con ánimo de perjudicar al contribuyente, enemigo personal.

Muy pronto los franceses advirtieron que lo fundamental del acto discrecional es su relación con el motivo antecedente, la forma en que se adecuan y ajustan recíprocamente el motivo y el contenido, sobre todo cuando la ley no regula el motivo y tiene que escogerlo el funcionario. La jurisprudencia francesa, según veremos casi de inmediato, convierte en problema de legalidad esa elección del motivo, con todas las operaciones lógicas y estimativas que implica, así como la correlación entre el motivo y la disposición adoptada. Así, hay ilegalidad si el acto indica un motivo inexistente, inexacto o aparente, que esconde otro oculto; hay ilegalidad si el motivo escogido es de naturaleza tal que no puede servir para dictar un acto como el dictado, y la hay también, extremando excepcionalmente el control, si no hay proporción o congruencia entre el motivo invocado y la disposición del acto. Todo esto requiere una comprobación de los hechos del caso, una apreciación de los intereses que esos hechos confrontan, una jerarquización de esos intereses y un cálculo de lo que mejor se pueda hacer para satisfacer el fin legal más importante con el menor sacrificio de los otros concurrentes. Si se juzga mal la importancia de un hecho, porque se le da mucha o ninguna, en relación con el fin legal perseguido; o si hay contradicción en las consideraciones realizadas para

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

adoptar el acto; o discriminaciones en el trato de casos iguales; o desconocimiento grosero de precedentes o de circulares; o ignorancia de reglas técnicas, etc., el acto es nulo. En todas estas hipótesis el acto es nulo sin que se haya violado ninguna regla escrita. Se ha violado una serie de principios no escritos, que consagran metas o valores que la Administración debe respetar cuando resuelve, porque son los fundamentales de su organización y actividad, sin los cuales la arbitrariedad y la ineficiencia serían inevitables. Esos principios son, por ejemplo, el de racionalidad y lógica en la actuación, el de justicia por aplicación de la igualdad ante la ley, el de utilidad por la adecuación técnica del medio escogido con el fin perseguido, etc. La violación de esos principios arroja decisiones que son absurdas, inicuas, inútiles, disparatadas, etc. Su origen está en la naturaleza del hombre como ente de razón y de la Administración como hechura del hombre. Su formulación es jurisprudencial, casi nunca legislativa; en Francia, hasta hace pocos años, ni siquiera exigía la ley que se motivaran textualmente los actos administrativos discrecionales.

Este breve excurso comparativo permite entender mejor la inconstitucionalidad de la ley.[13] El caso más fácil es, como se dijo, la violación de normas constitucionales expresas o implícitas en éstas. Sería a nivel de ley, lo que es la violación de la ley a nivel de acto administrativo. Pero es fundamental advertir que la legislación, como actividad, también está sujeta a aquellos parámetros fundamentales para dirigir la elaboración de la ley —ya no esta misma— de modo que el producto, la ley como norma, sea un reflejo de racionalidad, de justicia y de utilidad. Esos principios —como se advirtió— son típicamente tales, porque no están constitucionalizados, no obstante su rango claramente constitucional. Y sería inútil incluirlos en el texto de la Carta, porque por sí nada dicen. ¿Qué significa una ley justa, una ley racional o provechosa, en abstracto, y qué significaría la norma constitucional escrita que ordenara fabricar leyes de acuerdo con tales principios? Esos principios, cuya formulación es inútil, tienen la característica, propia de todos ellos, de concretarse y precisarse sólo cuando se aplican. Y permítaseme de nuevo el parangón con el acto administrativo.

El acto discrecional, falto de regulación en cuanto a motivo o contenido en la norma legal que crea la potestad para dictarlo, sale a la vida, sin embargo, con un motivo y un contenido determinados. Esto significa que entre la potestad legal y la emisión del acto se ha creado otra norma para el caso concreto, que ha permitido definir exactamente lo que no definió ni reguló la ley. Es lo que un ilustre autor italiano ha llamado la norma discrecional o norma singular, para el caso y desde el caso (Piras). Es una norma determinada por los hechos, que siempre tienen exigencias normativas, y por la norma legal de la potestad respectiva, cuyos preceptos generales adquieren contenido nuevo y concreto en contacto con esos hechos. Siempre que una potestad —legal o constitucional— deja espacios en blanco respecto del acto de autoridad que permite, delega en el titular de la potestad la creación de una norma complementaria que llene esos espacios en blanco, con vista de la realidad a la que destina el acto. Y aunque en punto a leyes esa realidad es mucho menos singular y connotada que la que se da frente al acto administrativo, siempre conlleva exigencias de una norma adecuada a ella y límites tocantes a la racionalidad, la justicia o la utilidad de la ley. Exactamente como en relación con el acto administrativo el contralor se basa en principios no escritos que regulan la escogencia del motivo y su adaptación a una disposición (contenido) determinada, así esos mismos principios regulan la escogencia por el legislador de una determinada zona de intereses o de circunstancias y problemas, sobre todo desde el ángulo de la igualdad y de la utilidad en la escogencia; y, fundamentalmente, regulan la adecuación de esa situación de hecho escogida para legislar, creadora de un problema que debe ser resuelto (fin de la ley), a la disposición adoptada para resolverlo.

La regla fundamental, como se dijo, es la proporcionalidad entre la ley y su motivo antecedente o histórico, el problema social que trata de resolver, proporcionalidad que debe establecerse ante todo según una jerarquía de los intereses encontrados y conflictivos en ese problema, de modo que prevalezca el más valioso para el legislador, con el menor daño posible para los demás. El legislador no es tan libre como puede creerse para establecer la jerarquía de esos valores. Como se dijo, ésta viene dada en gran parte por los hechos del caso, por el problema a resolver; y está dada, en otra gran

---

13. **Sobre este punto, *vid.* también *supra*, pp. 17-18.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

parte, por los principios escritos en la Carta y, sobre todo, por la ideología que la inspira. Es imposible interpretar una Constitución sino con el método teleológico y sistemático, es decir: desde el ángulo de los valores perseguidos por el conjunto constitucional, no por una norma aislada. Y ello porque la Constitución, como acto y como norma, es un intento de regulación total de la comunidad, para darle o quitarle libertad y felicidad como un todo. De este modo, entran a formar parte de la Constitución —en el contralor de legitimidad de sus actos— reglas no jurídicas que condicionan la aplicación y el sentido de las que sí lo son.

La ideología constitucional y sus imperativos se convierten en jurídicos en la medida en que su aplicación sea necesaria para jerarquizar los intereses en el problema social que la ley trata de resolver, con el fin de saber en qué forma, es decir: a partir de qué hecho y por cual disposición, ese problema debe ser resuelto. Esto no es contralor político ni de oportunidad, sino aplicación estricta de la Constitución desde el punto de vista de los valores que explican su texto. Desde este punto de vista la libertad del legislador —que aparentemente es tan grande— puede ser reducida como la de la Administración, según los principios fundamentales del ordenamiento y los imperativos que, a la luz de estos últimos y de la jerarquía de necesidades establecida por su aplicación, presenten los hechos de la vida social o la zona de intereses sujeta a legislación.

Desde este ángulo una ley puede ser inconstitucional, como un acto administrativo, no por los choques de su texto con la Constitución, sino por los desajustes entre el dictado de la ley (disposición) y el hecho que condiciona su aplicación (supuesto), e, incluso, por los desajustes entre ambas partes de la norma y los antecedentes sociales o históricos que la han provocado. Tiene que haber una proporcionalidad entre problema social y norma y entre hipótesis de hecho y disposición de la norma, sobre todo desde el ángulo de los principios fundamentales de la Carta y de los hechos regulados. Esto es así en todo el mundo; casi todos los países civilizados lo aceptan sin temor, pese a su inevitable vaguedad en la enunciación teórica, porque, como se dijo, la realidad prueba otra cosa en el acto de su aplicación. Lo que puede parecer indiferente o incierto en abstracto, se pigmenta de valores y preferencias en concreto, por obra de los hechos investigados y de los principios básicos de la Carta. Y si bien pienso, para sostenerlo, sobre todo en la jurisprudencia de Francia e Italia —que es la que mejor conozco—, fácilmente puedo decir lo mismo, sin titubeos, de la de EE.UU. a nivel de Corte Suprema, donde el principio de proporcionalidad legislativa explicado se llama significativamente "the balance of convenience rule". Una hermosa jurisprudencia al respecto se ha desarrollado en Argentina (con teóricos excelentes como Genaro Carrió y Juan Francisco Linares) bajo el nombre de doctrina de la "razonabilidad" de la ley y del acto administrativo.

En síntesis: toda Constitución es un sistema con valores y principios fundamentales. Los problemas sociales son conflictos de intereses, encarnados en hechos y conductas, cuya solución depende de la jerarquía de esos intereses, en el caso o tipo de caso por legislar, según los imperativos de los hechos mismos y, sobre todo, de los principios y valores fundamentales de la Carta, lo que puede llamarse su ideología oficial. La legitimidad de la ley —como la de todo acto público— ha de medirse no sólo o no principalmente por su texto escrito, confrontado con el de la Constitución, sino, fundamentalmente, por la observancia de aquellos valores fundamentales en la actividad de elaboración de la ley, anterior a ésta, tal y como se refleja en las relaciones del supuesto de hecho con la disposición de la ley y de ambos con el problema social que la provocó. Esa relación, de consiguiente, es una de proporcionalidad, según ésta resulte definida por aquellos valores y principios constitucionales básicos, al tiempo que por los hechos del caso, que, con los intereses sociales, portan también valores propios. De este modo, los vicios de la ley —como los del acto administrativo— son también los cometidos por el legislador al formularla, por mal conocimiento de los hechos que la motivaron, por apreciación errónea o incompleta de esos hechos, por una errónea jerarquización de las necesidades sociales en juego, o por una disposición que no guarda proporción entre el bien conseguido y el mal causado, a la luz de los hechos y de los valores y principios constitucionales.

Esto lo ha dicho hermosamente un agudo publicista italiano, para el acto administrativo, pero en forma perfectamente aplicable a la ley en sus relaciones con la Constitución: "Cuando el Juez realiza tal contralor (del exceso de poder), recorriendo las vías transitadas previamente por la Administración, construye directa o indirectamente, explícita o implícitamente, un juicio de 'congruidad' o 'proporcionalidad' de la disciplina dada

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a los intereses en juego; en relación, primero, con la potestad legal, tal y como ésta viene configurada en sus presupuestos, en los intereses por tutelar, en la posición recíproca de éstos y en la coyuntura prevista para su emanación; y, en segundo término, respecto de la situación de hecho en que se coloca y sumerge la Administración al ejercer la potestad. El juicio de proporcionalidad es único y doble al mismo tiempo, porque se cumple simultáneamente con referencia a la realidad normativa y a la factual: se trata sustancialmente de verificar si el acto examinado es el anillo 'justo' de engarce (en el sentido de congruo, adecuado) entre la potestad y la situación de hecho" (La riforma del processo amministrativo, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 73).

Esto conlleva una reserva capital: cuando se trata de Derechos Humanos de origen constitucional, el ejercicio de la potestad legislativa o administrativa no puede destruirlos, no obstante existir para limitarlos y delimitarlos frente al bien común. Los Derechos Humanos presentan un núcleo irreductible, aunque no siempre constitucionalmente determinado, frente a la legislación y a la administración por igual, cuya violación configuraría, precisamente por desproporción entre el bien alcanzado y el mal causado, una típica forma de exceso o desviación de poder. Su contenido sólo puede determinarse al momento de ejercicio de la respectiva potestad, según su objeto real. Se trata de un juego dialéctico, en el cual la libertad sobrevive los ataques de la ley o del acto imperativo, pero siempre moldeada y sometida por ellos. Libertad y autoridad son excluyentes, pero interdependientes. Es esto lo que ha expresado sobria y elegantemente el art. 19.2 de la Constitución de Bonn (de 23 de mayo de 1949):

> Art. 19.2: "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia".

Y lo repite, con igual firmeza, el art. 53 de la Constitución de España (de 29 de diciembre de 1978):

> Art. 53: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título (Derechos y Libertades Fundamentales) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades".[14]

Creo innecesario hacer ver que, a la luz de todo lo expuesto, el problema de los conceptos indeterminados es el menor de todos. Los conceptos constitucionales indeterminados —en la definición de los Derechos Humanos (por ej: libertad de trabajo, actividad lícita, etc.) o en la propia de los motivos de las potestades constitucionales opuestas (por ej: estado de emergencia, potestades de policía por perturbaciones del orden público, fijación de impuestos proporcionales, etc.)— se comportan muy semejantemente a los conceptos legales indeterminados, que definen potestades administrativas; lo que quiere decir que muy probablemente, es aplicable a ellos, con mayores dificultades pero sin imposibilidad de principio, los procesos de reducción conceptual descritos, de acuerdo con la materia a regular (en este caso el problema social por legislar) y, sobre todo, con la hipótesis de hecho finalmente escogida para condicionar la aplicación de la norma creada. En todo caso, es un concepto indeterminado, precisamente, el que regula la legitimidad constitucional de la ley sobre la materia, el de "proporcionalidad" entre supuesto y disposición y entre norma y antecedente histórico, ángulo desde el cual puede verse como normal la posibilidad de que la ley resulte contradictoria con los hechos y motivos que aduce, disparatada respecto del fin escogido, excesiva para su logro, etc. Y, como se dijo, esa proporcionalidad no se establece arbitrariamente sino, primero, resolviendo un problema técnico-estimativo, el de la adecuación de la norma por adoptar al fin social perseguido; y, segundo, resolviendo también un problema axiológico, el de la importancia del sacrificio inferido en relación con la importancia del fin satisfecho. Para ambos problemas, son la realidad normada o por normar y los valores y principios básicos de la Carta, según la filosofía o ideología que la inspira, los parámetros fundamentales.

Sólo queremos dar un ejemplo: no hay gasolina y su consumo debe ser racionado, o sea, racionalizado. ¿Qué hacer? Hay varios intereses en juego: el de los conductores de vehículos, el de los expendedores de gas, el de la refinería, el de los otros consumidores de otros productos cuyo precio viene subvencionado con el precio de la gasolina. El interés principal, sin embargo, es claramente lograr la distribución mejor posible de la poca gasolina disponible. El legislador tiene que

---

14. Cf. también *Tratado*, § 11.II (pp. 115 y sigs.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

establecer la jerarquía de los demás intereses en relación con ese principal; y para hacerlo tiene que tomar en cuenta los hechos del caso, portadores de esos otros intereses, y la Constitución y sus principios. El legislador tiene que escoger entre: 1) prohibir totalmente el consumo de gasolina y cerrar los expendios; 2) permitir su consumo racionado y, en este caso, decidir en qué proporción respecto a los diversos grupos (por ej.: transportistas de servicio público, taxis, empresarios, turistas, etc.); 3) permitir su libre consumo a un alto precio, prohibitivo para la mayoría de todos o para la mayoría de algunos grupos, y, en este caso, escoger cuáles como más beneficiados o perjudicados; 4) ordenar la modificación de todos los motores para su mayor eficiencia y crear un ente encargado de venderlos, mantenerlos e inspeccionar forzosamente, a domicilio, el cumplimiento de la ordenanza; 5) ordenar la circulación de las calles de modo que las más importantes vías estén cerradas a determinadas horas del día, y determinar cuáles y en perjuicio de quiénes se cerrarán.

Las alternativas pueden ser infinitas, pero las escogibles son una o dos. Las demás serían actos irracionales, sin ninguna ventaja social para nadie o sólo para un grupo contra toda la sociedad, en favor de intereses de tercera categoría ante aquellos que son dañados por la ley correspondiente. No hay aquí grandes márgenes de arbitrariedad, capricho o elección irrepetible, totalmente singular para el caso. El ejemplo se puede repetir al infinito, en relación con la libertad de tránsito (prihibición de circular durante el día por calles públicas abiertas, en beneficio de una clínica de reposo privado); con la libertad de empresa (exigencia de capitales millonarios en momentos de crisis para operar una sociedad anónima); con la libertad de expresión (obligación de editar lo publicado por cuenta propia o de incluir en el espectáculo nocturno números oficiales acordes con políticas gubernamentales), etc. El tipo de control aplicable es el mismo: es uno de proporcionalidad y de razonabilidad en la medida adoptada respecto de los fines y valores impuestos por el caso y por la Constitución, en sus textos escritos o en sus principios implícitos.

Toda la jurisprudencia constitucional de los EEUU. —una de las piezas jurídicas más admirables desde que se inició—, de Italia y Argentina, está llena de ejemplos y de doctrinas para explicarlos. Todas consisten en un logrado intento de sujetar la libertad legislativa a cánones diversos de los escritos y decretados con la Carta, por sumisión a los principios eternos que gobiernan el quehacer humano en cuanto humano, no sólo lleno sino necesitado de racionalidad, justicia y utilidad. Ningún mejor ejemplo de todo lo dicho que la jurisprudencia del Conseil d'État y del Consiglio di Stato, en materia de "détournement du pouvoir" y de "eccesso di potere amministrativo". Lo que se dirá de inmediato encaja perfectamente como complemento de lo que acabamos de exponer.

Creemos que el informe debió hacer mención, al menos, de toda la problemática anterior, porque la misma es, cal contra arena, la única auténtica vía de esperanza para los Derechos Humanos ante un legislador despótico u omnipotente.[15]

Antes de continuar, una breve y poco consoladora advertencia.

b) La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y la "razonabilidad de la ley".

Se comprende bien, después de todo lo dicho, cuán lejos está Costa Rica de acceder a esa vía de esperanza. Con la jurisprudencia existente en materia de constitucionalidad de las leyes nuestro camino es un trillo de oscuridades. Esa jurisprudencia, por el sólo hecho de negarse a interpretar, niega los Derechos Humanos que exijan leer lo que no está escrito.

Un ejemplo: para fortalecer la difusión del arte y de la cultura se impone a todos los ciudadanos mayores de 18 años el asistir dos veces por mes a espectáculos teatrales, a los que, además, se fija un alto precio, para estimular las empresas del ramo. ¿Cuál es la norma constitucional violada? No hay ninguna que prohíba potestades para imponer prestaciones personales, ni limite su ejercicio. Pero la ley las puede crear, en armonía o en conflicto con la libertad individual, de pensamiento, de no hacer lo que la ley no me ordena, etc. Obvia-

---

15. Dicha problemática, en cuanto al fondo —esto es, las condiciones reales y la medida en que el Poder Judicial pueda *efectivamente* actuar como "freno" de otros Poderes, respecto a derechos humanos—, es examinada con amplitud en el *Tratado*, sobre todo en sus capítulos V a VIII. Pero allí el enfoque central, eso sí, difiere del que presentan las observaciones ofrecidas arriba: cf., p. ej., pp. 142-143 (sobre límites "racionales", "justos", etc.), 484 y 605 (respectivamente, citas de B. Rüthers y J. Mourgeon), § 16.I y cap. III (sobre el carácter convencional y optativo de las interpretaciones autorizadas), § § 42 (¿Puede realmente el aparato judicial servir de límite al Poder?) y 51.IV (acotaciones sobre la "sabiduría" de los jueces).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente, una prestación personal obligatoria impuesta por ley pone en juego el art. 28, que al garantizar la libertad frente a lo que la ley no ordena, autoriza la ley que la limita o suprima, a condición de que ésta sea razonable. ¿Será razonable la ley del ejemplo? Nuestra Corte Suprema no se puede siquiera plantear el problema, porque la Constitución no dice, en ninguna parte, que las leyes deben ser razonables y justas. Aquí lo que está en juego es, primero, el principio de igualdad ante la ley (¿por qué el favor legislativo para la cultura y no para el artesanado?); en segundo término, la idoneidad técnica del medio (obligación de asistencia mensual al teatro) respecto del fin (efectiva elevación del nivel cultural); y, sobre todo, la justa proporcionalidad del medio respecto del fin y del problema (si se amerita movilizar a toda la población hacia el teatro, a un alto precio, sin considerar ni la desigualdad de recursos económicos, ni la desigualdad de niveles culturales, como tampoco el carácter culturalmente suntuario y maduro del teatro, en tanto que actividad cultural de una sociedad subdesarrollada). Nada de eso está escrito en el texto del art. 28. Y es por eso, quizá, que esa misma jurisprudencia constitucional, cuando ha tenido que interpretar un concepto indeterminado, ha optado por abandonar su determinación a la misma ley juzgada por "irrazonable" al hacerlo.

En un caso en que se discutía si era constitucional la ley que prohibía vender café mezclado con cualquier otra sustancia, tóxica o no, dijo la Corte:

> "La garantía que otorga el art. 46 de la Constitución Política se refiere al comercio lícito y no al que prohíbe la ley" (Ses. Ext. C.P. núm. 33 de 15 de julio de 1954).

Del mismo corte son otras votaciones en punto a Derechos Humanos o garantías fundamentales:

> "El Congreso de entonces (1949) estaba facultado constitucionalmente, y lo está en la actualidad, para ordenar una expropiación, siendo esa una medida legislativa de interés público y de carácter administrativo, cuya necesidad y conveniencia no incumbe apreciar a los Tribunales de Justicia, como lo ha declarado esta Corte en ocasiones anteriores" (Ses. Ext. C.P. núm. 39 de 12 de julio de 1971).

Y todavía:

> "La intención recóndita, íntima y particular de cada legislador, en sí misma o de todos, en conjunto, el admitir una ley interpretativa no puede ser analizada dentro de la materia que aquí se examina" (Ibídem).

En síntesis: todo concepto indeterminado empleado por la Constitución para definir los Derechos Humanos, o lo que es peor, las potestades legislativas o administrativas opuestas, ha de interpretarse en Costa Rica, contra lo que es la esencia de un Estado de Derecho, en contra de esas libertades y a favor de la legitimidad de la ley o del acto lesivos. La Corte Suprema carece, en virtud de su propia jurisprudencia, de potestades para interpretar esos conceptos, ni a favor ni en contra del individuo, por lo que la interpretación que les haya dado la Administración, en su propio beneficio, debe reputarse constitucional y legalmente correcta.

Desde este sombrío panorama nacional, a contraluz de aquella noble jurisprudencia europea o americana, intentemos resumir cuál es ésta y su profundo avance en el contralor jurisdiccional en el campo del Derecho Administrativo, por lo ejemplar y estimulante de la comparación.

c) El contralor jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa.

Es indudable que en una Constitución que consagre Derechos Humanos, la ideología dominante es la de la libertad y la de la dignidad, pues aquéllos son la expresión normativa de las exigencias mínimas y necesarias de éstas, de no darse simultáneamente disposiciones e instituciones que signifiquen lo contrario. Y hablamos de principios, y no sólo de valores, porque son varias las reglas fundamentales atinentes a los Derechos Humanos, unas propiamente tales, otras meros cánones interpretativos.

i) Los principios fundamentales de resguardo.

Principio de libertad: lo no prohibido está permitido. Esta perogrullada tiene un valor histórico y sustancial de primer orden, aunque sea tópico: se trata de principio fundamental, formulado por el art. 28 de nuestra Carta. No es éste el lugar para hacer su historia, pero valga apuntar que empieza ésta en los arts. 4 y 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que vale la pena transcribir en lo conducente:

> Art. 4: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro. . ."
>
> Art. 5: "La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esto tiene seis graves consecuencias inmediatas, correspondientes a otros tantos fundamentales principios conexos, todos enumerados en nuestra Carta, a saber:

- Principio de legalidad administrativa: La autoridad sólo puede hacer contra la libertad lo que le esté permitido; todo lo demás le está prohibido (art. 11 Constitución Política).

- (Principio del) Derecho subjetivo a la legalidad administrativa: El destinatario de un acto público desfavorable tiene derecho a su legalidad y conserva su libertad frente al acto ilegal, en la medida de su ilegalidad (art. 28 ibídem). Esto lo ha explicado hermosamente Eduardo García de Enterría cuando ha escrito:

> "La legalidad de la Administración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada; es también y antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la Ley no autoriza o le impida hacer lo que la Ley permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto" (Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1981, vol. II, pág. 48).

- Principio de reserva de ley: Sólo la ley formal de la Asamblea Legislativa, o los reglamentos en ella fundados, pueden crear potestades públicas contrarias a la libertad; quedan prohibidos los reglamentos autónomos en tal materia (arts. 28 y 140 incisos 3 y 18 ibídem).

- Principio de accionabilidad: Ocurriendo a los tribunales y a la ley todos deben poder anular los actos ilegales de la Administración (art. 49 ibídem) y detener sus comportamientos ilegales (art. 48 ibídem).

- Principio de responsabilidad: Ocurriendo a los tribunales y a la ley todos deben poder lograr la reparación de los daños que les ha causado la ilegalidad administrativa (art. 41 ibídem).

- Principio pro libertatis: La libertad es la regla y la restricción es la excepción: quedan prohibidas la analogía y la interpretación extensiva en contra de aquélla, y permitidas en su favor; en la duda, debe interpretarse a favor de la libertad.

ii) Discrecionalidad, conceptos indeterminados y contralor jurisdiccional de Gobierno y de la Administración.[16]

Es dentro del marco de tales seis principios básicos de nuestra Carta que deben interpretarse cualesquiera normas y conceptos indeterminados de la misma referentes a Derechos Humanos. La aplicación de tales principios por el contralor jurisdiccional del Gobierno y de la Administración ha producido dos importantísimos fenómenos, aquí y fuera de aquí, pero sobre todo en Francia, matriz de nuestro Derecho Público:

- La reducción de los conceptos indeterminados. La jurisprudencia del Consejo de Estado reputa que la operación de aplicación al caso de un concepto legal indeterminado es una de mera interpretación de la norma, sin lugar para elecciones discrecionales. Esto quiere decir que el sentido del concepto, indeterminado en abstracto y en la potestad legal, resulta determinable exactamente en concreto, de conformidad con los hechos del caso.

Nuevamente, es García de Enterría quien lo dice más claramente: "lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio; o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos de Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. Tertium non datur. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta" (La Lucha contra las Inmunidades del Poder, Civitas, Madrid, 1974, pág. 35).

- El contralor de oportunidad disfrazado. La tesis tiene su origen en Alemania a nivel doctrinario (principalmente Joachim Ule, Otto Bachof y Carl Schmitt), pero sus antecedentes positivos más

16. Cf. esp. los § § del *Tratado* que señalamos *supra*, en la nota 12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

inmediatos e ilustres en la jurisprudencia del Conseil d'État sobre control de los motivos del acto administrativo; y en la de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. sobre los "standars" de ejercicio de los poderes discrecionales. Por obvia afinidad queremos referirnos brevemente a la jurisprudencia del Conseil d'État, sorprendentemente similar a la de esta Corte Suprema en la materia.

En Francia es claro, a partir del fallo C.E. Gomel, 4 de abril de 1914, que la calificación jurídica de los motivos de un acto, hecha por la ley a través de conceptos indeterminados, como "plaza monumental", "necesidad pública", "revista pornográfica", "urgente necesidad", "aptitud suficiente", etc., es labor pura y simple de interpretación de la ley, extraña a la discrecionalidad, que, por ello mismo, puede ser juzgada y rehecha por el Juez de la Administración sin interferir con el campo propio de ésta. La doctrina es unánime en apoyar tal posición, tanto como en criticar las excepciones introducidas por aquel Tribunal en materia de policía de extranjeros y de asuntos altamente técnicos (Lino Di Qual, La Compétence Liée, L.G.D.J., París, 1964, págs. 85, 86 y 127 a 129).

Ahora bien: es posible que la anterior aserción del ilustre autor español no sea correcta en toda su extensión, pese a la innegable fortuna que ha tenido en la jurisprudencia de su patria y en restante doctrina publicística de nuestra lengua; personalmente, creo que la reductibilidad de un concepto indeterminado a un caso concreto depende de la clase de concepto y de la clase de caso. Y los hay para todos los gustos. ¿Qué ocurre cuando, pese a todos los esfuerzos en contrario, el concepto indeterminado permanece tal, y sólo puede determinarse finalmente a través de un acto subjetivo de preferencia y de elección por parte del funcionario?

La jurisprudencia del Conseil d'État indica —también con el apoyo de la doctrina— que una distinción fundamental procede en tales casos, entre los que afectan derechos humanos, generalmente en materia de policía (del orden, de la seguridad y de la salud e higiene públicas), y los demás. En cuanto a los primeros, esa jurisprudencia entiende que la aplicación de todos los principios básicos antes enumerados —heredados por nosotros de aquel ordenamiento— impiden totalmente la discrecionalidad, es decir: la administrativa. Si la discrecionalidad es inevitable, la única posible debe ser la judicial; ante la Administración, las potestades de policía que afectan Derechos Humanos aparecen como totalmente regladas o vinculadas, bien por la ley, bien por las reglas que el Juez le impone supliendo eventuales lagunas de ésta. Se trata del llamado "cuarto grado" o "grado máximo" de control de la discrecionalidad, que la hace desaparecer. El Juez francés, según esta línea jurisprudencial, controla en tales actos no sólo la existencia y exactitud material de los motivos, no sólo la calificación jurídica de éstos por aplicación de conceptos indeterminados, sino la adecuación y/o proporcionalidad entre ese motivo así calificado y el contenido o disposición del acto lesivo del Derecho Humano, lo que es propiamente su oportunidad. (J.M. Auby et Roland Drago, Traité de Contentieux Administratif, L.G.D.J., París, 1975, Vol. II, págs. 400 a 403, esp. esta última; y Jean Castaigne, Le Contrôle Jurisdictionnel de la Légalité des Actes de la Police Administrative, L.G.D.J., París, 1964, págs. 160, 161 y 169 a 175).

Muy gráficamente ha dicho Marcel Waline: "es necesario renunciar a explicarlo todo diciendo: el Juez controla la legalidad, no la oportunidad. Bien al contrario: el Juez controla la legalidad, lo que puede obligarlo en ciertos casos a controlar la oportunidad" (Étendue et Limite du Contrôle du Juge Administratif, Études et Documents du Conseil d'État, 1956, págs. 27 y 28). Los casos en que ello es así son precisamente los relativos a actos administrativos de intervención o limitación de Derechos Humanos.

Es cierto que la anterior jurisprudencia tiene sus límites, pues, como bien lo advierten todos los autores, el control extremo sobre la policía, de que hablamos, sólo se da respecto de la municipal y para poner coto a los abusos de autoridades incultas o violentas en exceso, frecuentes en zonas rurales. Pero no puede sostenerse tampoco la tesis contraria, en el sentido de que tales casos sean los únicos. Tal afirmación sería falsa y contraria a la evidente tendencia del Conseil d'État de extender más y más su contralor sobre la discrecionalidad. El viraje más reciente y fundamental es el dado en materia de expropiaciones para obras públicas y para proteger ya no un Derecho Humano personal, sino el más patrimonial de todos ellos, si es que se quiere incluirlo en su catálogo, la propiedad privada. En efecto: en un fallo histórico del C.E. de 28 de mayo de 1971 —Ministre de l'Équipement vs. Fédération des personnes concernées par le projet actuellement denommé "Ville Nouvelle Est"—, el Conseil d'État ha anulado una expropiación por considerarla sin utilidad pública, después de hacer

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un balance entre su costo, los resultados sociales a lograr con ella y las disponibilidades presupuestarias del respectivo Ministerio. "El Juez, ha dicho sobre este caso Jean Waline, se otorga aquí el derecho de apreciar todas las ventajas y los inconvenientes de todo tipo de la operación proyectada, establece un balance entre ellos, como si hiciera una suma algebraica de unos y otros, y no da su luz verde sino cuando el resultado del balance le parece francamente favorable". (Mélanges Waline, L.G.D.J., París, 1974, págs. 815 y 821 a 825). La doctrina francesa —dividida entre el elogio y la crítica— ha llamado a éste el "principio del Equilibrio entre Presupuesto-Costo y Beneficio". Ese equilibrio tuvo que establecerlo la Administración antes de expropiar; que el Juez lo deshaga y rehaga, parece una suplantación.

Pareciéramos haber llegado a plantear el dilema final: ¿administración de los gobernantes o de los Jueces? El planteo así hecho es una falacia. La realidad es que aquí y en todo el mundo la arbitrariedad administrativa sólo accede al contralor judicial en un número mínimo de casos, de los que la Administración gana con creces la mayor parte. Si algún poder hay incontrolado, pese a los múltiples controles para evitarlo, es el de la Administración Pública. El Juez sólo interviene ocasionalmente sus actos y en la mayoría de las veces, como se dijo, para apoyarla y auparla. Cuando un Juez anula un acto administrativo es porque es claramente ilegal o irracional. Y cuando invade el campo de la oportunidad y de la discrecionalidad es porque, excepcionalmente, siente tener a mano los elementos e instrumentos de juicio necesarios para mejorar la decisión del caso en favor de bienes y valores fundamentales, como los Derechos Humanos. Sea como fuere, si hacerlo es justificable en algún campo es precisamente en el nuestro. No tengo la menor duda al sostener que en el campo de los Derechos Humanos el Juez debe poder no sólo reducir exactamente el concepto legal indeterminado a los hechos del caso hasta darle un sentido unívoco dentro del mismo, cuando sea posible, sino también sustituirse a la Administración en el uso de sus poderes, cuando no lo sea, para establecer la proporcionalidad entre los hechos y la medida adoptada, y evitar que, bajo la apariencia de un ejercicio legítimo de una libertad, la Administración inflija daños innecesarios a aquellos derechos. Esto no es una aspiración utópica, sino, por todo lo dicho, una realidad ya plenamente visible en el panorama actual de las relaciones entre Administración y Juez administrativo.

En síntesis: el contralor jurisdiccional de la Administración contemporánea impone reducir a un único sentido concreto, dentro del caso, el concepto legal indeterminado, excluyendo toda discrecionalidad al respecto, cuando ello sea posible, como lo es, a la luz de aquellos principios y de estos hechos, en la mayoría de los casos judiciales, que son una muy calificada minoría en relación con todos los otros creados por la Administración. Esos mismos principios exigen llevar el contralor jurisdiccional hasta el campo de lo discrecional, con sustitución de la Administración por el Juez, en la esfera de los Derechos Humanos, cuando resulte patente que, sin hacerlo, puede quedar impune y en pie una violación de éstos, por lesiva desproporción entre motivo y contenido de la medida adoptada. El juicio sobre esta proporcionalidad quedaría librado al criterio del Juez, pero limitado y determinado por los hechos del caso, dentro del marco del ordenamiento, dado por aquellos principios fundamentales y las demás normas aplicables, constitucionales o comunes.

5) Estados de excepción, emergencia o crisis.[17]

Cubre este título las amenazas contra los Derechos Humanos por instituciones como el estado de sitio, de emergencia, de crisis, etc., todos los cuales sirven para ampliar potestades del Gobierno y la Administración a costa de aquellos derechos y de la legalidad administrativa. Es interminable la disputa sobre los fundamentos y límites de tales poderes extraordinarios, motivados en situaciones de peligro de igual naturaleza. Pero creo que hay consenso sobre dos hechos configuradores de la institución: ésta consiste en un mecanismo para conferir al Gobierno poderes extraordinarios ante hechos no previstos por las leyes ordinarias, que exigen medidas también nuevas. Lo característico es, entonces, el carácter atípico e imprevisible tanto del motivo como del contenido específicos de las medidas a adoptar. El efecto de éstas resulta derogatorio de la ley y eventualmente violatorio de Derechos Humanos, mientras dura el estado de crisis.

17. Cf. *Tratado*, cap. VII, y *Revista Judicial* núm. 36 (pp. 81 y sigs.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Nos referimos a los estados constitucionales de emergencia, como fuente de potestades constitucionales extraordinarias en favor de los gobernantes y, en nuestro país, del Poder Ejecutivo. Aquí el problema se ha enfocado a través de la llamada suspensión de garantías, con enumeración de las suspendibles, mediante ley de la Asamblea o decreto ejecutivo convertido en ley por su posterior ratificación legislativa. Como lo revela el informe, hay muchas modalidades y regímenes con igual fin, algunas mucho más peligrosas que la nuestra. Todo esto es claramente contrario al sistema y debe eliminarse.

La mayoría de los regímenes constitucionales de excepción sirven para dar o consolidar golpes de Estado, disfrazados de estados de sitio o de emergencia. Y su previsión es absolutamente incoherente con la economía del fenómeno político, por innecesaria. La necesidad política o administrativa que impone un cambio ilegítimo —visto desde el ángulo de la normalidad— se legitima a sí misma en el Derecho, y siempre ha sido así. Lo decisivo en esta materia es el contralor de la urgencia y de su grado, pues la que existe impone un régimen casuístico y, por ello mismo, único e irrepetible, que excluye los demás. Esto no es una hipótesis de trabajo, sino una añeja realidad de la vida diaria del Poder Público en todo el mundo, que tiene su expresión a través del Juez.

A nivel no constitucional, diaria y normalmente, la Administración puede enfrentarse y se enfrenta a estados de necesidad o de agresión, contra los cuales sólo puede reaccionar en la forma en que los hechos se lo permitan, normalmente ilegal o sin ninguna ley de base. La experiencia que ofrece el Derecho Comparado es que, invariablemente, los tribunales reconocen la legitimidad de la actuación administrativa ilegal pero inevitable, después de comprobar que lo fue. Es la aplicación del principio universal de necesidad, que también rige al poder. En Francia, la teoría de las circunstancias excepcionales sirve para justificar ilegalidades, con violación de las leyes para emergencias, que de otro modo serían vías de hecho típicas (Lucien Nizard, la Jurisprudence Administrative des Circonstances Exceptionnelles et la Légalité, L.G. D.J, París, 1962, págs. 82 y sigs. y 278 a 280). Ahí la jurisprudencia ha llegado hasta a justificar privaciones de libertad en condiciones altamente ilegales, pero inaplazables por las circunstancias. En Italia, en cambio, pareciera que la jurisprudencia somete tales actos necesitados o de urgencia a la Constitución y a las leyes imperativas (Riccardo Villata, Poteri di Ordinanza e Ordinanze di Necessità, Giuffrè, Milano, 1979, págs. 117 y 121 a 127), con reserva en su contra de todos los Derechos Humanos, que aquéllos nunca pueden limitar ni violar.

Todo ello indica que siempre que hay hechos peligrosos e imprevistos para las leyes existentes —sean o no constitucionales— los hechos se imponen y hacen Derecho en la medida en que se lo permita el Juez. Y no puede minimizarse el problema que presentan los casos reales de urgencia administrativa por comparación con los estados constitucionales de emergencia o de excepción; porque resolver aquellos dándole algún valor legal a los actos dictados sin apoyo en la ley o con violación de ella, implica quebrantar dos principios fundamentales del orden constitucional, que son el de reserva de ley y el de legalidad. Y si tales actos violan tales principios, por el imperativo de la urgencia, no se ve razón válida para negar que puedan violar también otros del mismo rango, por la misma razón.

Todo lo cual hace ver la superfluidad de los regímenes constitucionales de emergencia o de excepción, si los hechos no permiten su observancia, a condición de que el Juez tenga total y efectivo control sobre lo ocurrido, para justificarlo o condenarlo. Desde este punto de vista, es preferible la ratificación del Juez que la de la Asamblea Legislativa, proclive a la alcahuetería partidista. En el fondo lo que hay es un desfase que es inherente entre Derecho Público e imprevisión, siendo aquél, por su concepto, previsión de lo que podrá hacer o no hacer el Gobierno. Ante lo imprevisible, el único Derecho posible es el no previsto. Nada se gana con regulaciones constitucionales de hechos inconstitucionales. Regular estados de excepción es algo muy parecido a regular golpes de Estado, peregrina idea que capturó alguna Constitución centroamericana de ilustre memoria, con detalladas regulaciones sobre la instalación y los poderes del próximo gobierno de facto.

Mi recomendación es suprimir los regímenes de excepción, crisis o emergencias de las Constituciones, y, en su lugar, habilitar expresamente al Juez administrativo —que podría ser la respectiva Corte Suprema— para juzgar lo ocurrido como si fuera actividad gubernamental o administrativa totalmente reglada, no por la Constitución o por la ley, sino precisamente por los imperativos del caso y los principios fundamentales de la Constitu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción, a juicio exclusivo del Juez. Si este contralor judicial fuera ignorado o irrespetado por el gobernante, seguramente lo sería también el régimen constitucional de excepción y sus límites.[18]

6) Libertad de expresión del pensamiento.[19]

Defiendo en este extremo lo que el informe critica; no por ser costarricense, sino por ser justo y natural. Son dos las críticas y dos las defensas: una, al art. 28 Constitución Política; otra, al art. 19 ibídem.

a) Art. 28. La crítica consiste en decir que resulta infundada y, por ahí, injusta limitación a la libertad de expresión del pensamiento, el que se prohíba la propaganda política "invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas". La prohibición viene de la Constitución de 1871 y tiende a evitar que se escoja candidato o partido por motivos religiosos. Y ello porque nuestro Estado es laico, con plena libertad de cultos para todo el mundo. Mezclar política y religión es contribuir al ascenso de candidatos o partidos contrarios a tal postulado básico de nuestro sistema. Esta prohibición parte del supuesto de que el régimen democrático es una ideología del poder, excluyente de las opuestas. Y ha de entenderse por tales aquellas que prediquen o postulen una forma de gobierno antidemocrático, por contraria a alguno de los principios fundamentales de aquél. No encuentro absolutamente nada de contradictorio en tal concepción, pero sí en la Carta, que no la extiende a otros aspectos fundamentales del sistema. No sólo eso: el párrafo segundo del art. 98 —que prohibía "la formación o el funcionamiento de Partidos que por sus programas, medios de acción o vinculaciones internacionales tiendan a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica o que atenten contra la soberanía del país"— fue eliminado por decreto constitucional núm. 5698 de 15 de junio de 1975. La filosofía de la reforma fue precisamente la contraria a la que inspira al art. 28 con su redacción actual, criticada por el informe. Me quedo con el art. 28 y su concepción material de la democracia, como un sistema en función de valores definidos, incompatible con las ideologías que prediquen la teocracia, el gobierno por acto de fe personal o religioso, la destrucción de las minorías, la división de los hombres en razas o clases dominantes, o el partido único. Lo que hay no es una limitación injusta, sino justa, de la libertad de acción y de propaganda políticas, que, sin embargo, parece contradecir la filosofía de otras normas de la misma Carta.

b) Art. 19. Se critica que no se dé intervención política a los extranjeros. Es más grave que no puedan votar ni ser electos, y el informe no lo critica. ¿Por qué? La razón es muy sencilla: es fundada y legítima la exclusión del extranjero de aquello que atañe a la configuración de la sociedad y del gobierno nacionales, en cuanto el extranjero es quien no ha querido o no ha podido incorporarse a ese sistema como una parte igual del mismo. El extranjero es, desde el punto de vista político, el extraño. ¿Por qué permitir que un extraño configure lo que es propio y hasta inherente? Esto sea dicho con todo respeto para el que lo es. Y así es en toda América Latina; o más bien: ¿dónde no es así?[20]

III) OMISIONES

No quiero extenderme mucho más. Esta sección es para decir que el informe omite totalmente referencia a los tres siguientes temas fundamentales[21] en materia de régimen constitucional de los Derechos Humanos.

1) Actos políticos o de gobierno.

Son éstos, se sabe bien, los que dicta el Gobierno (Supremo Poder) y están sustraídos al contralor contencioso administrativo. Su fisura es una quiebra del principio de legalidad. Se trata de actos

---

18. Cf. también, sobre este punto, las observaciones de Ortiz recogidas en el *Tratado*, pp. 718-720.

19. Cf. *Tratado*, cap. VIII, y *Revista Judicial* núm. 37 (pp. 65 y sigs.); el comentario se refiere a la parte I de este último sitio, esp. a su apartado iii (pp. 68, col. 2, y 69).

20. Cf. también, en el *Tratado*, pp. 132-139, 861-862 y 825-828.

21. En realidad, también esos temas se tocan en el *Tratado*, aunque en forma más bien incidental.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

administrativos por naturaleza, en cuanto reúnen la doble nota de estar sujetos a la Constitución y a la ley, y de tener alcance inter-subjetivo, a favor o en contra del administrado, pero no son impugnables por ilegalidad. En la lógica de la institución está el que, además, no sean impugnables por la vía del amparo ni del recurso de inconstitucionalidad, pero la ley no lo dice. Quiebra aquí también el principio de accionabilidad. No hay ninguna razón válida para su existencia y nunca se ha podido hallar alguna. Después de obedecer a conceptos y principios endebles (como la doctrina del acto de gobierno por el fin político del acto, con lo que se aludía a su importancia para el Gobierno de turno; o por el carácter vital del objeto afectado, como la población, el territorio o el gobierno del país como un todo), la teoría ha dejado de serlo y se ha convertido en una lista de actos sin naturaleza homogénea, normalmente frecuentes en las dictaduras. Y no debe confundirse el acto político o de gobierno con el acto en materia de gobierno, también llamado "institucional", porque su naturaleza intrínseca no es administrativa, por ser puramente constitucional. Se trata, hoy por hoy, solamente de dos categorías, y de no más de dos: actos de relaciones internacionales y actos de relaciones entre Supremos Poderes. Es decir: de actos del Estado como miembro de otro orden (el internacional), o de actos típica y puramente constitucionales. Pero éstos, normalmente, no afectan tampoco Derechos Humanos y carecen de importancia como tales para nuestro tema, lo que obviamente admite salvedades de importancia (hipótesis del asilo diplomático). La lista de actos de Gobierno en el sentido clásico, de actos administrativos comunes pero inmunes al contralor jurisdiccional, debe desaparecer de las Constituciones, para dar paso al acto en materia de gobierno, tal y como hoy está delimitado por el art. 4 LRJCA: el acto constitucional entre Poderes y el acto internacional entre Estados, normalmente inocuo para los Derechos Humanos.

2) Quiebra de los principios de reserva de ley y de legalidad.

El escudo más efectivo de protección constitucional de los Derechos Humanos lo forman los principios de reserva de ley y de legalidad. Por el primero, sólo la ley puede autorizar potestades que los lesionen; por el segundo, todo acto imperativo tiene que fundarse en una potestad normativa, y toda actuación material lesiva, en un acto así fundado. Lo decisivo es la distinción entre Parlamento y Gobierno: aquél como fuente del Derecho nacido de una confrontación de todos los partidos e intereses sociales; éste como fuente de una voluntad partidista y unilateral, eventualmente enfrentada al individuo y al bien público, sobre todo en regímenes no parlamentarios, como el nuestro. Cuando se evade la reserva de ley, y el Derecho aplicable lo hacen el Gobierno y la Administración, el individuo queda falto de aquella protección fundamental y sujeto a los partidismos y egoísmos oficiales. Esta burla es más que frecuente hoy día a través de múltiples técnicas constitucionales, destinadas a apoderar al Gobierno y a la Administración para legislar en lugar de la Asamblea, haciendo leyes o reglamentos equivalentes. Esas técnicas son, principalmente: las delegaciones legislativas; los decretos de urgencia o emergencia legislativa; los plenos poderes (o transferencias en blanco y sin limitaciones de potestades legislativas); las deslegalizaciones (en virtud de las cuales una ley dispone de su rango en beneficio del reglamento, para que éste pueda derogarla o reformarla sin limitaciones); y las leyes marco o cuadro (que, después de fijar directrices no aplicables, encomiendan al Gobierno legislar una materia). Unas técnicas son menos nocivas que otras, pero todas debilitan la importancia de la ley como límite del Gobierno o de la Administración frente a los demás, y lo hacen en eventual perjuicio de los Derechos Humanos.

3) Agresiones privadas contra Derechos Humanos.

La jurisprudencia de amparo nuestra reconoce la jurisdicción sobre este tipo de casos. Sería interesante analizar en qué condiciones debería consagrarse el avance, mediante reforma del artículo 48 de la Constitución Política.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ANEXO

Enrique P. Haba: TRATADO BÁSICO DE DERECHOS HUMANOS

A) VISIÓN GLOBAL DE LA OBRA

TOMO I

Sumarios en lenguas extranjeras
Índice general
Presentación. Referencias

PRIMERA PARTE: **MARCO BÁSICO GENERAL**

Capítulo I. El área de estudio

II. Premisas metodológicas

III. La presencia de los conceptos indeterminados en el discurso de los derechos humanos

IV. Del Derecho Internacional a los Ordenamientos jurídicos internos, en materia de derechos humanos.

TOMO II

SEGUNDA PARTE: **INDICADORES EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL**

Capítulo V. Protección judicial de los derechos humanos.

VI. Responsabilidad de los funcionarios estatales, por violación de derechos humanos.

VII. Estados de excepción.

VIII. Libertad de expresión, como garantía genérica

IX. El campo de los derechos económicos

TOMO III

EPÍLOGO: **LÍNEAS PROSPECTIVAS**

Capítulo X. Instrumentos jurídicos para mejorar la protección constitucional de los derechos humanos

XI. En torno a la enseñanza de los derechos humanos (observaciones y sugerencias)

XII. A modo de conclusión

ÍNDICES ALFABÉTICOS

TOMO IV
(eventual)

MATERIAL COMPLEMENTARIO: **ESTUDIOS**

B) ÍNDICE GENERAL

Presentación
Referencias

PRIMERA PARTE
MARCO BÁSICO GENERAL

CAPÍTULO I: EL ÁREA DE ESTUDIO

§ 0. Palabras liminares
§ 1. Introducción

Sección A) Un balance inicial
§ 2. La "universalidad" de los derechos humanos puesta en jaque
§ 3. La relación derechos humanos/Derecho Constitucional
§ 4. Posibilidades e imposibilidades de la ciencia jurídica
§ 5. Síntesis

Sección B) Enfoque de la Investigación
§ 6. Tipo de aproximación
§ 7. Renglones de examen
§ 8. Síntesis

CAPÍTULO II: PREMISAS METODOLÓGICAS

Sección A) Bases conceptuales
§ 9. Introducción: derechos humanos y ciencia
§ 10. Planos de análisis
§ 11. Formas de determinar los derechos humanos (su naturaleza convencional y las discriminaciones categoriales)
§ 12. El concepto de Constitución
§ 13. Delimitaciones en el enfoque de la investigación; limitaciones prácticas. Síntesis

Sección B) Organización de la temática
§ 14. Plano de examen
§ 15. Indicadores
§ 16. Semántica constitucional (el problema de la interpretación)

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPÍTULO III: LA PRESENCIA DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sección A) Ámbitos semánticos y el papel del intérprete
§ 17. La dinámica de los conceptos indeterminados en el lenguaje político y jurídico (generalidades)
§ 18. El paso hermenéutico (opciones y límites del intérprete)
§ 19. Cuatro niveles en la semántica de los conceptos indeterminados
§ 20. Tres clases de conceptos jurídicos indeterminados con referencia a los derechos humanos
§ 21. Discusión

Sección B) Opciones hermenéuticas ante el lenguaje constitucional de los derechos humanos
§ 22. Interpretaciones de los derechos humanos: ∞) la dogmática jushumanista
§ 23. Interpretaciones de los derechos humanos: β) la seguridad del Estado y su defensa
§ 24. Constituciones democráticas, Instrumentos internacionales
§ 25. Conclusión: ¿Qué ventaja reviste, para la causa de los derechos humanos, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados?
§ 26. Excurso: Conceptos indeterminados en Constituciones de América Latina

Apéndice: Semántica constitucional

CAPÍTULO IV: DEL DERECHO INTERNACIONAL A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Sección A) El discurso del Derecho Internacional
§ 27. Naturaleza de las obligaciones internacionales respecto a derechos humanos
§ 28. El nivel de eficacia de los Instrumentos
§ 29. Relaciones dogmáticas entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Derechos internos
§ 30. Excurso: Análisis de dos cuestiones (monismo/dualismo, voluntarismo/no-voluntarismo) transportándolas al plano metadogmático

Sección B) Normativa constitucional
§ 31. Posición general de las Constituciones latinoamericanas
§ 32. Discusión: normativa internacional y realidad constitucional
§ 33. Sugerencias para la normativa
§ 34. Heurística
§ 35. Disposiciones constitucionales
§ 36. Conclusiones generales

Apéndice: Semántica constitucional

ÍNDICE ANALÍTICO DEL TOMO I

SEGUNDA PARTE
INDICADORES EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO V: PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sección A) Marco básico
§ 37. Generalidades
§ 38. Instrumentos procesales de protección
§ 39. Condiciones esenciales para la funcionalidad del Poder Judicial
§ 40. El compromiso político del juez
§ 41. Heurística
§ 42. Excurso: ¿Puede realmente el aparato judicial servir de límite al Poder? (discusión)

Sección B) Normativa constitucional
§ 43. Introducción
§ 44. La normativa-modelo de los Instrumentos
§ 45. Disposiciones constitucionales (apreciación panorámica)
§ 46. Algunos ejemplos aprovechables

Sección C) Realidad constitucional
§ 47. La situación en América Latina (apreciación panorámica)
§ 48. ¿Quiénes, y cómo, logran acceso a la protección judicial?
§ 49. Jurisprudencia de derechos humanos
§ 50. Factores específicos de (in)eficacia en la protección judicial
§ 51. Observaciones complementarias
§ 52. Conclusión general

Apéndice: Semántica constitucional

CAPÍTULO VI: RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS ESTATALES, POR VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

§ 53. Generalidades
§ 54. Clases de responsabilidad
§ 55. Sugerencias para la normativa
§ 56. Heurística
§ 57. Constituciones latinoamericanas
§ 58. Legislación, jurisprudencia, realidad
§ 59. Conclusión

Apéndice: Semántica constitucional

CAPÍTULO VII: ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Sección A) Bases conceptuales
§ 60. Generalidades
§ 61. Sentido y alcance de la suspensión de derechos
§ 62. El Derecho Internacional como marco:
(a) disposiciones de los Instrumentos
§ 63. (b) comentarios
§ 64. (c) cuestiones de interpretación
§ 65. Dificultades subsistentes. Discusión general

Sección B) Orden Constitucional (normativa y realidad)
§ 66. Sugerencias para la normativa
§ 67. Heurística
§ 68. Panorama de las Constituciones latinoamericanas
§ 69. Algunos ejemplos aprovechables
§ 70. Consecuencias de hecho
§ 71. Conclusión general

Apéndice: Semántica constitucional

CAPÍTULO VIII: LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMO GARANTÍA GENÉRICA

Sección A) Nociones básicas
§ 72. Concepto y formas de la libertad de expresión
§ 73. Libertad de prensa
§ 74. Derecho a la información
§ 75. Límites para la libertad de expresión
§ 76. Pluralismo como condición tuitiva irreemplazable
§ 77. Heurística

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sección B) Normativa y realidad
§ 78. Instrumentos internacionales
§ 79. Tipos de ordenamiento
§ 80. Disposiciones constitucionales
§ 81. Impedimentos en regímenes autoritarios

Apéndice 1: Semántica constitucional
Apéndice 2: Una investigación de campo

CAPÍTULO IX: EL CAMPO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS

Sección A) Marco conceptual
§ 82. Generalidades
§ 83. Conceptualización jurídica
§ 84. Conflictos entre derechos humanos (la supuesta antinomia entre derechos económicos y libertad de expresión)
§ 85. Instrumentos internacionales
§ 86. Heurística

Sección B) La esfera de las Constituciones
§ 87. Tipos de normas
§ 88. Panorama general de las Constituciones
§ 89. El derecho de huelga y el de sindicalización (como índices)
§ 90. De la normativa constitucional a la realidad

Apéndice: Semántica constitucional

ÍNDICE ANALÍTICO DEL TOMO II

EPÍLOGO

LÍNEAS PROSPECTIVAS

CAPÍTULO X: INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA MEJORAR LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

§ 91. Generalidades
§ 92. El problema de las normas programáticas
§ 93. Constitucionalización de un proyecto nacional
§ 94. El problema de la legislación reglamentaria
§ 95. Reglas constitucionales de interpretación y aplicación
§ 96. Reserva legal en materia de derechos humanos
§ 97. Derecho de iniciativa para la formulación de leyes sobre derechos humanos
§ 98. Instancias de participación organizada de la población en el proceso legislativo
§ 99. Base institucional para el cumplimiento de los derechos humanos
§100. Protección de oficio de los derechos humanos
§101. Recapitulación
§102. Proposiciones y observaciones complementarias

CAPÍTULO XI: EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS (OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS)

§103. Generalidades (del normativismo al enfoque realista-crítico)
§104. Enseñanza antidogmática
§105. Elementos para un marco básico
§106. Observaciones complementarias
§107. De la enseñanza universitaria a la extrauniversitaria

CAPÍTULO XII: A MODO DE CONCLUSIÓN

§108. Ideas para tener en cuenta
§109. Coda
§110. Postdata

ÍNDICES ALFABÉTICOS:

Bibliografía
Índices de nombres
Índices de materias

ÍNDICE ANALÍTICO DEL TOMO III

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS BÁSICAS

LIC. JOSÉ MIGUEL FONSECA SABORÍO

Como principio general se debe establecer que el contrato no puede revocarse unilateralmente, o sea que para modificarlo o revocarlo, deben ser las partes contratantes quienes así lo decidan, por mutuo disenso; siempre y cuando no perjudiquen a terceros.

Pero este principio tiene sus excepciones:

En primer lugar nos encontramos con los contratos especiales, donde la revocabilidad del mismo puede darse por una de las partes contratantes. Tal es el caso del contrato de mandato, donde el mandante puede revocar el poder otorgado.

En segundo lugar, tenemos que de conformidad con el artículo 692 de nuestro Código Civil, existe la facultad implícita de pedir la resolución del contrato cuando una de las partes no ha cumplido con las cláusulas establecidas. Igual facultad la encontramos en el artículo 463 del Código de Comercio.

Y por último, nos encontramos ante el problema que nos interesa, que es la **modificación y extinción del contrato por alteración de las circunstancias básicas** que hacen excesiva la onerosidad sobrevenida para una de las partes. Sobre este punto, estamos en presencia de un problema muy discutido; porque de conformidad con nuestro Código Civil, en su artículo 1022 "los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes" y una vez que, libremente y por su propia voluntad han pactado, deben respetarlo (pacta sunt servanda).

Por otro lado tenemos, que quienes siguen la tesis de la inmutabilidad del contrato lo hacen con fundamento en la seguridad jurídica; y quienes mantienen la tesis de la modificabilidad o extinguibilidad se fundamentan en la equidad de la solución propugnada.[1]

Una posición de la doctrina sostiene que para la solución a este problema debe tomarse en cuenta, en primer lugar que la misma se aplicaría sólo a los "contratos a largo plazo en los que la obligación tiene una ejecución diferida o continuada, es decir, contratos de tracto sucesivo" o bien, en los contratos conmutativos u onerosos.[2]

Pero existen al respecto otras teorías que mantienen el criterio de que la anterior afirmación es inexacta, por cuanto consideran que no es necesario que los contratos sean de ejecución continuada, pues basta que exista un lapso de tiempo entre la celebración y el cumplimiento, y que entre ese lapso se dé una alteración de circunstancias que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato para una de las partes.

Tampoco mantienen la tesis de que el contrato debe ser oneroso porque manifiestan que "el desequilibrio puede surgir no entre las obligaciones sino entre una prestación ya realizada y una obligación medida por aquella. Por ejemplo, la obligación de devolver en el préstamo gratuito la suma entregada".[3]

Ejemplo: "Se hace un préstamo gratuito mutuo, de cien sacos de arroz, y luego se produce una alza desmedida y no prevista en el precio del mismo, que hace que la obligación se convierta para el prestatario en excesivamente onerosa".

---

1. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones;* vol. I, 5a. edición, Librería Bosch, Barcelona, 1980, pág. 461.

2. PÉREZ, Víctor, *La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina,* Estudio sobre el negocio jurídico, 1a. edición, agosto, 1978.
DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe,* Librería Bosch, Barcelona, 1965, pág. 156.

3. ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 466.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

También refutan la necesidad de que los contratos sean conmutativos, pues se considera que también procede la revisión en los contratos aleatorios.

Ejemplo tenemos en los contratos de seguros contra incendio: cuando se asegura una casa por su valor de construcción en ese momento, sea ₡100.000,00, posteriormente se produce una devaluación, y sería injusto que por tratarse de un contrato aleatorio se le pague al asegurado con moneda depreciada.

Es a partir de 1914 y debido a la Primera Guerra mundial que vienen nuevamente a estar en vigencia algunas doctrinas que estaban latentes lo mismo que a surgir una serie de doctrinas para justificar la revisión o resolución por alteración de las circunstancias; entre ellas tenemos:

Teoría de la cláusula sobreentendida.

Como vemos, en la vida hay cambios muy profundos y especialmente de tipo económico, que hacen que en cierto tipo de contratos el cumplimiento de sus obligaciones se convierta en demasiado oneroso, produciendo una injusticia para una de las partes y un enriquecimiento excesivo no contemplado en el contrato, para la otra parte.

El problema no es nuevo, De los Mozos[4] dice que desde "la época de los posglosadores, aparece la doctrina de la cláusula 'rebus sic estantibus', según la cual, el contrato de ejecución continuada o de tracto sucesivo, como por ejemplo, en el suministro periódico de mercancías, se entendía que había sido siempre celebrado conforme a esta cláusula sobreentendida. De manera que cuando se producía una alteración de las circunstancias, el deudor podía pedir la resolución de la prestación que le resultase excesivamente onerosa".[5] Esta doctrina vuelve a tener auge a partir de la Primera Guerra mundial.

Teoría de la base del negocio jurídico.

Esta doctrina es de las más recientes y se ha desarrollado en especial en Alemania.

Su fundamento está en que considera que la base del negocio jurídico puede ser subjetiva u objetiva; entendiendo por base objetiva: "el conjunto de circunstancias exteriores y un estado general de cosas, cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda continuar existiendo con una reglamentación de intereses dotadas de sentido".[6]

Como base subjetiva del negocio: "se entiende una representación mental o una expectativa común a ambas partes, pues ambas partes han celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias, cuya aparición o persistencia era esperada por ellas. No es suficiente la representación mental o expectativa individual de cada una aunque la otra parte la hubiese conocido y no la hubiese rechazado expresamente".[7]

Por lo tanto, si se da una transformación de las circunstancias, esto puede dar lugar a una desaparición de la base del negocio jurídico.

Ahora bien, para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio, debe de tener tres requisitos:

1) Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica en el momento de la perfección del contrato.
2) Que lo que motivó a la parte que le atribuía valor a la circunstancia básica a prescindir de pedir a la otra su reconocimiento como condición, fue únicamente, la certidumbre respecto a la existencia o subsistencia o llegada posterior de la circunstancia.
3) Que en el caso de que la inseguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe.[8]

De tal manera que si las circunstancias que las partes de un contrato esperaban del mismo, no llegan a existir o se extinguen, la base subjetiva del negocio desaparece.

También desaparece la base objetiva del negocio, cuando se rompe la equivalencia entre las prestaciones o cuando resulta inalcanzable la finalidad del contrato.[9]

---

4. Obra citada.
5. DE LOS MOZOS, José Luis, *op. cit.*, pág. 153.
   PÉREZ, Víctor, *op. cit.*, pág. 49.
6. DÍEZ, Picazo y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, edición 1978, pág. 214.
7. DÍEZ, Picazo y GULLÓN, Antonio, *op. cit.*
8. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español*, tomo III, Editorial Reus S.A., Madrid, 1978. Duodécima edición, pág. 596.
9. LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid 1956, traducción de Fernández Rodríguez, pág. 37.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Teoría del riesgo imprevisible.

Podemos definirla "como aquella que tiende a permitir que pueda ser pedida la revisión o la resolución de un contrato cuando, acontecimientos posteriores que escapen a toda previsión en el momento de la conclusión del contrato, hagan su ejecución extremadamente onerosa o desfavorable para alguno de los contratantes".[10]

Quienes siguen esta teoría la fundamentan, tanto desde un punto de vista subjetivo como desde un punto de vista objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo: en la cláusula "rebus sic estantibus"; y desde el punto de vista objetivo: en la necesidad de que exista una equivalencia de las prestaciones.

Pero lo importante es que el fundamento de la necesidad de revisar el contrato radica en la imprevisibilidad de los acontecimientos y circunstancias. Ahora bien, hay que hacer una diferencia en que la revisión por alteración de las circunstancias se da en la fase de la consumación del contrato, porque podría confundirse con la lesión; pero recordemos que en ésta, se tiene que dar el desequilibrio, en el momento de la perfección del contrato.

La gran pregunta que surge ahora es, que si siempre que se da una alteración de las condiciones del contrato, que hacen excesiva la onerosidad sobreviniente para una de las partes. ¿Puede el Juez modificar o revisar el contrato?

Creo, que la respuesta está en lo siguiente: En primer lugar: debe tomarse en cuenta que tienen que ser hechos que hayan ocurrido en la etapa de consumación del contrato.

En segundo lugar: que esos hechos tengan el carácter de extraordinarios o imprevisibles al momento en que se perfeccionó el contrato.

En tercer lugar: que esos acontecimientos o eventos extraordinarios e imprevisibles afecten realmente la prestación y alteren de una manera substancial respecto a la contraprestación, y digo de manera substancial porque cuando se contrata es lógico que una parte obtenga un beneficio del contrato, pero no una excesiva onerosidad sobreviniente.

Y en cuarto lugar: que la excesiva onerosidad sobreviniente tenga carácter de generalidad.

El profesor español Beltrán de Heredia[11] "estima que ninguna de las teorías formuladas en favor de la revisión contractual por sobrevenida alteración de las circunstancias, resulta convincente; ya que, no sólo no pueden considerárseles fundadas en preceptos legislativos concretos, sino que, tropiezan todas ellas con algún obstáculo legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Y además, no hay tampoco en ésta, indicios que permitan la construcción de un principio general que informase en este punto el derecho de la contratación".

Por lo tanto, considera que es al legislador y no al Juez ni a la doctrina a quien le toca la admisión de la revisión contractual.

Hay en el Derecho Comparado tres tipos de soluciones:

a) Naturaleza contractual: ésta se da cuando las partes, previendo cualquier posible cambio de circunstancia, toman medidas de previsión.
b) Las soluciones de tipo legislativo: que son las que toma el legislador cuando se dan cambios en las circunstancias e impone normas que varían la contratación.
c) Las soluciones de tipo judicial: que es cuando a solicitud de parte, los jueces por la vía de la interpretación de la voluntad de los contratantes fijan el verdadero alcance de la contratación. Según lo que pidan las partes, el Juez puede:
   1) resolver el contrato;
   2) modificarlo o revisarlo;
   3) suspenderlo o prorrogarlo.

Existen otros tratadistas que dicen, que lo mejor que puede hacer el Juez, es resolver el contrato, porque revisarlo equivale a contratar de nuevo y para ello es necesario la voluntad de los contratantes.

En nuestro país no encontramos una norma que regule la teoría de la revisión por alteración de las circunstancias; sin embargo, el doctor Diego Baudrit[12] ha reconocido que con fundamento en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 1023 del Código Civil, la posibilidad de que el Juez aplique un principio general de Derecho, cual es la equidad, cuando se presente un litigio que demandara la revisión de un contrato por onerosidad sobrevenida.

También creo que, con la reforma al título preliminar del Código Civil, según Ley 7020, los artículos 11 y 22 dan base también al Juez, para lo mismo.

No se debe olvidar que la Ley de Inquilinato en su artículo 13, permite la revisión de los precios de los alquileres en los contratos de inquilinato.

Para finalizar, he de manifestar la conveniencia de que, en forma clara, en nuestro Código Civil se establezcan normas que explícitamente permitan la extinción o modificación del contrato ante la alteración de las circunstancias.

---

10. CASTÁN TOBEÑAS, José, *op. cit.*, pág. 597.
11. DE HEREDIA, Beltrán, *El cumplimiento de las Obligaciones*, Madrid, 1956, págs. 346 a 350.
12. BAUDRIT, Diego, *Teoría General del Contrato*, Editorial Juricentro, San José, 1982, págs. 25 y 28.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ACTIVIDADES ESPACIALES

DR. JORGE ROJAS SOLÓRZANO

ÍNDICE

Pág.

Introducción 41

Capítulo primero: Fundamento y limitaciones de la responsabilidad

SECCIÓN PRIMERA: Fundamento de la responsabilidad 43
A. Clases de responsabilidad 43
1) Responsabilidad absoluta 43
2) Responsabilidad por falta 44

B. La relación de causalidad en la producción del daño. 44
1) La relación objeto espacial-daño. 44
a) Elementos del daño
b) Definición de objeto espacial
2) Responsabilidad por interferencia en las telecomunicaciones 46

SECCIÓN SEGUNDA: Limitaciones de la responsabilidad. 48
A. Causas de exoneración 48
1) Culpa de la víctima 48
a) Existencia y grado de la culpabilidad
b) Condiciones espaciales

B. Límites de la responsabilidad. 49
1) Límites en razón de las cosas y las personas 49
2) Límite cuantitativo 49

Capítulo Segundo: La determinación de la responsabilidad

SECCIÓN PRIMERA: El responsable 50
A. Determinación del Estado responsable. 50
1) La atribución de la responsabilidad del Estado 50
2) El registro y la identificación del objeto espacial 51

B. Distribución de la responsabilidad. 52
1) Responsabilidad entre Estados 52
2) Responsabilidad en caso de participación de una organización internacional 53
a) El problema de la atribución de responsabilidad a una organización internacional
b) Grado y extensión de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN SEGUNDA: La determinación de la reparación 54
A. El procedimiento de reclamación 54
1) Proceso y parte reclamante 54
a) Justificación del procedimiento 54
b) La parte reclamante
2) Trámite del reclamo. 56

B. La decisión de indemnización 57
1) El derecho aplicable. 57
2) Contenido de la decisión. 58
a) Objetivo de la indemnización
b) Valor jurídico de la decisión

Conclusiones 59

Bibliografía 59

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 Comunitá 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 Cours 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 Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Se entiende por responsabilidad internacional la "institución jurídica en virtud de la cual al Estado al cual se le imputa un acto ilícito según el Derecho Internacional debe una reparación al Estado contra el cual ese acto ha sido cometido".[1]

En el Derecho Internacional general las fuentes en materia de responsabilidad están constituidas casi exclusivamente por la jurisprudencia internacional. En materia de actividades espaciales, por el contrario, existe una reglamentación convencional según veremos.

Desde el inicio de la era espacial se plantea lógicamente el problema de los daños que pueden causar el lanzamiento, el vuelo y el retorno a tierra de los objetos espaciales y, consecuentemente, el de su reparación. La existencia de un principio de responsabilidad es prácticamente indiscutible e indiscutida; son los criterios para determinar la responsabilidad y el procedimiento para su verificación los que no son uniformes.

Para lograr esa unidad de criterios, la ONU, por medio de su asamblea general, aprobó una Declaración de Principios[2] en la cual se establece claramente la responsabilidad internacional de los Estados por sus actividades espaciales. Además, por resolución 1963 de 13 de diciembre de 1963 solicitó al Comité del Espacio continuar con los esfuerzos por lograr la pronta preparación de un proyecto de convenio internacional de responsabilidad por daños causados por los objetos lanzados al espacio.

El asunto de la responsabilidad se presentó ante el Subcomité Jurídico del Espacio prácticamente desde su existencia,[3] pero no fue sino después de diez años de debate y negociación que se logró llegar a un "Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por daños Causados por los Objetos Espaciales". El mismo fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2777 de 29 de noviembre de 1971, mediante 93 votos a 0 y 4 abstenciones.[4]

La aprobación del convenio se atrasó debido especialmente a la polarización de opiniones entre las delegaciones en cuanto a las cuestiones fundamentales, pues no se podía aprobar una convención a menos que se lograra un compromiso.[5] Antes de su entrada en vigencia, únicamente dos normas convencionales se referían a la responsabilidad de los Estados por sus actividades espaciales: los artículos VI y VII del Tratado del Espacio.[6] Estos afirmaban en forma muy general esa responsabilidad retomando los mismos principios enunciados en la Declaración de Principios de 1963.

Por su generalidad esos artículos eran muy incompletos. No resolvían aspectos básicos como la naturaleza de la responsabilidad que, aunque parece presumirse objetiva, no se afirma en forma inequívoca. También carecían de regulación los procedimientos para asegurar una rápida satisfacción de la compensación debida.[7] Por ello, no obstante la existencia de esos dos artículos, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2601 de 16 de enero de 1970, enfatiza que la futura convención debe establecer "reglas y procedimientos internacionales" en relación con la responsabilidad por los daños causados a raíz del lanzamiento de objetos al espacio y asegurar una "pronta y justa compensación".

La Convención sobre Responsabilidad fue preparada sobre la base de discusión de los proyectos presentados por los Estados Unidos, Bélgica y Hungría en el seno del Subcomité Jurídico del Espacio. Logró aprobarse "no sin dificultad, ya que la oposición entre la tesis de los países occidentales y las de los países socialistas en materia de la puesta en obra de la responsabilidad había puesto en peligro la obra emprendida".[8] Y en todo caso, es muy significativa su conclusión sobre todo

---

1. ROUSSEAU; Ch. *Droit International Public*, T. V, Sirey, París, 1983, pág. 6.
2. 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.
3. CHENG; B. *Liability for spacecraft*, CLP, 1970, v. 23, pág. 217.
4. Las abstenciones fueron de Canadá, Japón, Irán y Suecia. Dicha Convención entró en vigor con el depósito del quinto instrumento de ratificación, el 1 de setiembre de 1972.
5. FOSTER; W. *The Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*, CYIL, 1972, T. X, págs. 141-2.
6. Nos referimos aquí y en adelante al "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, de 27 de enero de 1967".
7. CHENG; supra, nota 3, pág. 221.
8. DELEAU; O. *La convention sur la responsabilité internationale par des dommages causés par des objets spatiaux*, AFDI, 1971, v. XVII, pág. 876.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

porque logra crear, con algún detalle y ventajas para la víctima, un procedimiento internacional de reparación.

También reviste importancia porque, si bien el Tratado del Espacio y el Acuerdo sobre el Salvamento de Astronautas eran convenientes primordialmente para las potencias espaciales, con respecto al Convenio sobre Responsabilidad era de interés de las potencias no espaciales disponer de un instrumento adecuado para obtener reparación por un eventual daño resultante de actividades espaciales.[9]

La regulación de la responsabilidad reviste gran relevancia no solamente porque es la consecuencia lógica de la aceptación de la libertad en el espacio, sino porque se trata de una sentida necesidad que los hechos han evidenciado y confirmado.

Antes de la conclusión de la Convención sobre Responsabilidad, el primer "accidente" espacial conocido se remonta a 1960 cuando algunos fragmentos de un satélite para la navegación cayeron en Oriente, provincia de Cuba. En 1962, un pedazo de aproximadamente veinte libras cayó en las calles de Wisconsin, Estados Unidos, sin causar daños. Se afirma que en 1969, un grupo de pescadores japoneses a bordo de un barco fueron heridos por la caída de pedazos de un objeto lanzado al espacio. Finalmente, en 1970, el Apolo 13 regresó a tierra cargando un tanque de combustible nuclear, originalmente programado para un generador atómico a instalar en la Luna, y que se supone quedó enterrado en las profundidades del Océano Pacífico. Estos hechos demostraban claramente el peligro real de las actividades espaciales y la urgencia y necesidad de una regulación al respecto.[10]

Después de la aprobación del Convenio sobre Responsabilidad, la caída en territorio canadiense del satélite Cosmos 954, confirmó las previsiones y dio lugar a la primera aplicación práctica de las normas de dicho Convenio.[11]

El incremento de las actividades de exploración y utilización del espacio, el uso de nuevos y versátiles vehículos espaciales, las pruebas y proyectos de transporte y de construcción de estaciones espaciales, de satélites de energía solar, de teleobservación, el empleo del espacio para fines militares, como el programa de defensa americano[12] etc., sin duda aumentan las posibilidades de más y mayores daños por esas actividades.

Los daños pueden provenir más probablemente de la caída de fragmentos de cohetes, satélites u otros vehículos espaciales como los ya mencionados. Pero no se descartan daños por el uso de energía nuclear, la colisión de vehículos espaciales entre sí o con aviones, y la polución de todo tipo, así como la interferencia en las telecomunicaciones por satélite.

Las comunicaciones por medio de transmisión electromagnética, en efecto, puede ser interrumpida o bloqueada por otras emisiones que producen interferencias. Este no es un fenómeno nuevo, pero las actividades espaciales han agravado el problema no sólo por el aumento en la necesidad de utilizar cada vez más frecuencias del limitado radio-espectro, sino también porque algunos vehículos espaciales equipados con fuerza nuclear o solar pueden continuar transmitiendo indefinidamente aun cuando su utilidad haya terminado mucho tiempo antes.[13] Una indebida interferencia en las comunicaciones puede poner en peligro y de hecho producir "la pérdida de aviones, barcos, vehículos espaciales y su personal, así como la pérdida de información y de beneficios comerciales de una empresa de explotación de las telecomunicaciones".[14]

Haremos una mención específica de la aplicabilidad del Convenio sobre Responsabilidad a las telecomunicaciones por satélite, no sólo en tanto que actividad espacial importante sino también por las dificultades especiales que presenta. Examinaremos los aspectos básicos de dicho Convenio en cuanto al fundamento y límites de la responsabilidad (capítulo primero), y la determinación de la responsabilidad y su corolario: la reparación (capítulo segundo).

---

9. THERAULAZ; J. *Le projet de convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causé par des objets spatiaux, resultat des travaux du Sous-Comité Juridique des Nations Unies,* RGAE, 1971, núm. 3, pág. 286.

10. Los datos mencionados fueron tomados de CHENG; supra, nota 3, págs. 216-7. DE SAUSSURE; H. *An international right to reorbit earth threatining satellites,* AASL, 1978, v. III, págs. 383-4. LAY-TAUBENFELD; *Liability and space activities: causes, objectives and parties,* VJIL; 1966, v. 6, núm. 2, pág. 254, nota 7. ROTHBLATT; M. *International liability of the United States for Space Shuttle operations,* IL; 1979, v. 13, núm. 3, pág. 473 y nota 12.

11. DE BELLIS; S. *La caduta del satellite Cosmos 954 e la responsabilità dello stato di lancio,* RDI, 1981, v. LXIV, Fasc, 4 pág. 848. Igualmente, MATEESCO; M. *Cosmos 954: pour une "zone orbitale de securite",* AASL, 1978, v. III, pág. 483.

12. Aludimos al programa propuesto por el presidente Reagan en marzo de 1983, comúnmente denominado: Guerra de las Galaxias, y que está basado en la utilización de satélites. V. MEREDITH; P. *The legality of a Higt-Technology Missile Defense System: The ABM and Outer Space Treaties,* AJIL, 1984, v. 78, núm. 2, pág. 418.

13. LAY-TAUBENFELD; supra, nota 10, pág. 260.

14. Ib., pág. 261.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTO Y LIMITACIONES DE LA RESPONSABILIDAD

SECCIÓN PRIMERA: Fundamento de la responsabilidad.

A. Clases de responsabilidad.

1) Responsabilidad absoluta.

En teoría general se conocen esencialmente dos clases de responsabilidad: la objetiva, según la cual existe siempre responsabilidad cuando se produce un daño, independientemente de la intención o falta del responsable; y la subjetiva, que limita los efectos de la responsabilidad al hecho de que el responsable haya actuado con intención dañosa o imprudencia. En este caso debe demostrarse la existencia de ese elemento subjetivo, sin el cual el causante del daño no podría ser considerado responsable y no debería jurídicamente reparación alguna.

Si bien es cierto que al inicio de sus trabajos el Subcomité Jurídico del Espacio se orientó por la adopción del criterio de la responsabilidad objetiva (o absoluta, como también se le llama en el dominio espacial), la solución finalmente retenida en el texto del Convenio sobre Responsabilidad es dual, pues se aceptan ambos tipos de responsabilidad, según el caso. En cuanto a la responsabilidad objetiva, el artículo II de esa Convención dispone que "Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la tierra o a las aeronaves en vuelo".

El criterio de la responsabilidad absoluta en materia de actividades espaciales fue sostenido desde un principio por parte de la doctrina.[15] En el Derecho Internacional convencional ya había sido establecido ese principio en relación con el Derecho Aeronáutico, que es uno de los más cercanos al Derecho Espacial por el género de actividad. En ese sentido dispuso la Convención de Roma sobre la aeronáutica, de 7 de octubre de 1952, en relación con los daños causados por un aeroplano extranjero a terceras personas en tierra.[16] Pero es en el Convenio sobre Responsabilidad donde por primera vez, en un acuerdo internacional, se impone tal régimen de responsabilidad "a los Estados en su capacidad de Estados".[17] En convenios anteriores, como el Convenio sobre Responsabilidad de Terceros en el campo de la Energía Nuclear, el Convenio sobre la Responsabilidad de los Operadores de Barcos Nucleares y el Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, la sujeción de la responsabilidad recae sobre las empresas o los operadores, y los Estados pero en su capacidad de operadores.[18]

Un examen del artículo VII del Tratado del Espacio favorece ya la tesis de la responsabilidad objetiva. Se afirma sobre esta base, que la responsabilidad subsiste "no sólo en el caso de que el daño derive de un comportamiento objetivamente ilícito, es decir, contrario a una obligación internacional pero no imputable como tal al Estado por ausencia del elemento subjetivo (dolo o culpa); sino también en la hipótesis en la cual el comportamiento lesivo pueda considerarse lícito".[19]

La inclusión definitiva en el Convenio sobre Responsabilidad del criterio absoluto, se justifica por dos razones esenciales. La primera es que dicha responsabilidad se funda en el riesgo, es decir, en la idea de que quien se beneficia de una actividad como la espacial, capaz de producir al menos potencialmente, daños particularmente graves, debe soportar el elevado riesgo que crea. Y de ahí que deba ser considerado responsable por el solo hecho de haber emprendido una actividad peligrosa, y aun cuando haya tomado todas las previsiones necesarias.[20] Esto no significa que la actividad es ultrapeligrosa en el sentido de que existe un alto grado de probabilidad de que ocurra. Es más bien por las consecuencias, en el caso excepcional

---

15. Mc MAHON; J. *Legal aspects of Outer Space*, BYIL, V. XXXVIII, pág. 387. En contra, QUADRI; R. *Introduzione al Diritto Cosmico*, Attie del 1 Convegno Nazionale di Diritto Cosmico (1961), Giuffrè, Milano, 1963, págs. 30-1, para quien esta teoría parece excesiva.

16. GAL; *Space Law*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1969, pág. 243.

17. FOSTER; supra, nota 5, pág. 150.

18. Ib.

19. DURANTE; F. *Responsabilità internazionale e attività cosmiche*, CEDAM, Padova, 1969, pág. 69, nota 52.

20. En ese sentido, DELEAU; O. *La responsabilité pour dommages causés par des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique*, AFDI, t. XIV, 1968, págs. 751-2. FOSTER; supra, nota 5, pág. 151. Mc MAHON; supra, nota 15, pág. 386. RODE-VERSCHOOR; I. *General view on the problems studied and still to be studied in connection with responsability for the damage caused by space-craft*, IDA; 1962, pág. 340.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y tal vez muy improbable de que el evento peligroso se materialice, que pueden ser tan grandes, que son necesarias normas especiales en relación con la responsabilidad, si se quieren evitar problemas e injusticias.[21]

En segundo lugar, la responsabilidad objetiva se funda también en razones que, aunque de carácter práctico, son de gran importancia. Tratándose de actividades fundadas en la más sofisticada tecnología moderna y desarrolladas esencialmente por los pocos países que en la actualidad son capaces de dominar dichos instrumentos, se comprenden los "insuperables obstáculos que tendría que enfrentar el Estado reclamante si fuera necesario determinar la existencia de una falta como condición antecedente de la compensación".[22] Si se le impusiera al Estado perjudicado la obligación de demostrar la existencia de una falta, le sería imposible —o al menos extremadamente difícil— lograrlo. Y tampoco se alcanzaría el otro objetivo perseguido por la Convención, cual es el de permitir una plena y equitativa indemnización a las víctimas de tales daños, a quienes ninguna razón justifica que se les imponga dicha carga probatoria.

La responsabilidad objetiva, en todo caso, viene impuesta únicamente a los daños que produzca un objeto espacial, siempre que los mismos ocurran en la superficie terrestre o a las aeronaves en vuelo.[23]

2) Responsabilidad por falta.

Una regulación diferente se prescribe para los daños causados a otro objeto espacial o a las personas a bordo si el incidente ocurre fuera de la superficie de la Tierra. En este caso la responsabilidad es subjetiva, es decir, el Estado sería responsable si los daños se han producido por su culpa o por culpa de las personas de que sea responsable.[24]

Aparentemente, esta diversa regulación fundada exclusivamente en el distinto lugar donde se produzcan los daños no tiene explicación. No obstante, una válida razón se encuentra en el hecho de que es la única fórmula que permite mantener a los Estados en igualdad de condiciones. Se parte del supuesto de que en tal situación los dos Estados han emprendido actividades espaciales y aceptan los riesgos que las mismas implican. De tal forma que la disparidad del riesgo que está a la base del concepto de la responsabilidad objetiva, no subsiste entre dos Estados que han aceptado los mismos riesgos, y en consecuencia, no hay razón para favorecer a un Estado u otro.

De tal manera que la separación de regímenes parece, por el contrario, estar bien fundada.[25] Por otro lado, debe presumirse que los Estados que han iniciado actividades espaciales están en mejor posición para determinar si hubo falta o no, y en su caso, para facilitar su demostración.

B. La relación de causalidad en la producción del daño.

1) La relación objeto espacial — daño.

a. Elementos del daño.

Independientemente del régimen de responsabilidad aplicable, para el Estado que reclame es indispensable establecer que un objeto espacial le ha causado un daño. En cuanto a estos dos extremos el Convenio sobre Responsabilidad da algunas indicaciones aunque no del todo completas.

Por daño debe entenderse "la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y otros perjuicios a la salud, así como la pérdida de bienes o los perjuicios causados a bienes. . .".[26] De esta relativamente amplia definición, se desprende prácticamente que cualquier perjuicio que se cause a las personas es indemnizable sin importar su entidad; es suficiente que resulte un desmejoramiento para la salud. En cuanto a las cosas, su pérdida o alteración también deben ser indemnizadas.

Algunos tipos de daños específicos no han sido incluidos en esta definición general. Se discutió mucho en el seno del Subcomité Jurídico del Espacio si el daño nuclear estaba previsto en los terminos del texto del Convenio antes transcrito, o si el daño al ambiente per se no estaba cubierto. Algunos países consideraban que por su particularidad el daño nuclear debería estar excluido de la Convención, mientras que la mayoría argumentó por su inclusión. Entre otras razones, se dijo que es difícil distinguir el daño nuclear y el no nuclear, y que el Tratado del Espacio no lo había excluido. No obstante que ninguna decisión formal se tomó al respecto y que el asunto no deja de suscitar conjeturas, el "consensus parece ser que, sobre la

---

21. JENKS; W. *Liability for ultra-hazardous activities in International Law*, RC, 1966, v. I, t. 117, pág. 107.

22. FOSTER; supra, nota 5, pág. 150.

23. Artículos II y IV, inciso 1, párrafo a) del Convenio sobre Responsabilidad.

24. Artículo III del Convenio sobre Responsabilidad. En igual sentido, aunque en diversas circunstancias dispone el artículo IV, inciso a, párrafo b), que prevé la hipótesis de daños causados a un tercer Estado.

25. En este sentido LACHS; M. *El derecho del espacio ultraterrestre*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1977, pág. 170.

26. Artículo I, párrafo a) del Convenio sobre Responsabilidad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

base de la revisión de las afirmaciones hechas por quienes presentaron los proyectos, el daño nuclear está realmente cubierto por el Convenio sobre Responsabilidad".[27]

Surge también la cuestión de saber quién debe pagar los costos de una eventual operación de búsqueda, recuperación y limpieza, causados por un daño nuclear. Sobre la base de esos costos, Canadá reclamó una indemnización por daños a la Unión Soviética a raíz de la caída del Cosmos 954, cuyos fragmentos pudieron producir irradiaciones radiactivas debido a la presencia de un gran reactor nuclear de uranio enriquecido, bautizado Romachka (Margarita).[28] En este caso, ambos países llegaron finalmente a un acuerdo por la suma de "3.000.000 de dólares canadienses como satisfacción de toda pretensión conexa con la desintegración del Cosmos 954".[29]

Las restantes dudas en cuanto a la aplicabilidad de la Convención sobre Responsabilidad al daño nuclear, podrían encontrar satisfacción en el deber que se impone a todo Estado de lanzamiento de que, cuando el daño causado constituya un peligro en gran escala, para el funcionamiento de los centros vitales de otro Estado, para las vidas humanas o compromete seriamente el funcionamiento de las condiciones de vida de la población —de los cuales un ejemplo puede ser precisamente el peligro nuclear—, debe estudiar la posibilidad de proporcionar una asistencia apropiada al Estado que ha sufrido los daños, y que así lo solicite, sin menoscabo de sus otros derechos y obligaciones.[30]

En cuanto a los daños indirectos nada estipula en concreto la Convención sobre Responsabilidad. Para algunas delegaciones de los países occidentales del Subcomité Jurídico Espacial, esos daños sí están comprendidos en la definición de responsabilidad mientras que los países socialistas estimaban que no deberían ser tomados en consideración.[31]

El término "causado por" utilizado en la definición podría ser interpretado ya sea como comprendiendo sólo los daños producidos directamente por el golpe de un objeto espacial, o bien incluyendo igualmente las consecuencias dañosas derivadas del mismo en forma indirecta.

Parece apropiado sostener que la palabra "causado" debe entenderse más bien referida a la relación de causalidad entre el objeto espacial y los daños sufridos, y no prefigura distinción alguna entre daños directos e indirectos.[32] De ahí la convicción de que el Convenio será interpretado como envolviendo tanto los daños directos como los indirectos, consecuencia del mal funcionamiento de un objeto espacial o sus partes componentes.[33]

También se plantea el problema del daño moral. Este es reconocido generalmente en el Derecho interno tanto de los países llamados del "common law", como en los de Derecho Civil. En el Derecho Internacional también se puede hablar de un daño moral en tanto en cuanto se puede causar a otro Estado un daño a su dignidad o soberanía, como puede ser el rompimiento de una obligación prevista en un tratado, aunque no produzca daño material alguno,[34] o el caso de insultos contra agentes diplomáticos de otro Estado, manifestaciones hostiles contra ellos o ultrajes a la bandera, etc.[35]

En doctrina hay diversos planteamientos. Algunos consideran que aun adoptando un criterio amplio de "daño", en la Convención sobre Responsabilidad debería excluirse el daño moral.[36] Para otros, es seguro que este tipo de daño está también protegido por el Convenio sobre Responsabilidad,[37] lo cual es para otra corriente de opinión, muy discutible.[38]

b. Definición de objeto espacial

La causa del daño debe ser un objeto espacial. El Convenio sobre Responsabilidad precisa dicho

---

27. JASENTULIYANA; N. *A perspective of the use of nuclear power source in outer space*, AASL, 1979, v. IV, pág. 548. Igual conclusión en FOSTER; supra, nota 5, pág. 155, nota 63.
28. MATEESCO; supra, nota 11, pág. 485.
29. DE BELLIS; supra, nota 11, pág. 855, nota 20.
30. Artículo XXI del Convenio sobre Responsabilidad.
31. DELEAU; supra, nota 8, pág. 878.
32. FOSTER; supra, nota 5, pág. 158.
33. CHRISTOL; C. *International liability for damage caused by space objects*, AJIL, 1980, v. 74, pág. 362. Igualmente, THERAULAZ; supra, nota 9, pág. 272.
34. OPPENHEIM; L. *International Law*, 8a. ed., Lauterpacht, Longmans, Green and Co., Londres, 1955, pág. 523.
35. ROUSSEAU; supra, nota 1, T. V., pág. 13 y t. IV, (1980), págs. 177-9.
36. RAJSKI; J. *Responsabilité pour dommages causés par des objets spatiaux y compris l'observation météorologique par satellites*, RFDA, 1970, v. XXIV, pág. 41.
37. CHRISTOL; supra, nota 33, pág. 346. FOSTER; supra, nota 5, pág. 173.
38. ROTHBLATT; supra, nota 10, pág. 476, nota 26.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

término diciendo que el mismo denota también "las partes componentes de un objeto espacial, así como el vehículo propulsor y sus partes".[39] De ahí se desprende que el término objeto espacial no comprende ni las personas ni las cosas a bordo. En consecuencia, los daños causados por las personas o cosas, independientemente del objeto espacial no son una fuente de responsabilidad. Lo anterior según el artículo I del Convenio, y se infiere también de la redacción de los artículos III y IV del mismo, que se refieren únicamente al daño producido "por" el objeto espacial.

No estaría regulado por la Convención el caso de un astronauta que en el espacio salga del objeto espacial que lo ha portado y cause un daño a un satélite de otro Estado que se encuentre en órbita. Esta no es una hipótesis exagerada. Como se sabe, recientemente astronautas americanos cumplieron una operación similar, aunque a la inversa, al reparar en órbita un satélite de telecomunicaciones que tenía un funcionamiento defectuoso y al recuperar otro que por un lanzamiento irregular no había entrado en la órbita preestablecida.

La falta de una más amplia y acertada definición de objeto espacial reduce el ámbito de aplicación del convenio, al no prever las nuevas y tal vez más comunes circunstancias que se pueden presentar.

Una inadecuada definición plantea otros problemas no menos importantes. Para citar uno práctico, el "space shuttle" americano tiene características tanto de avión como de objeto espacial, pues puede, respectivamente, regresar a tierra como un aeroplano utilizando la fuerza aerodinámica, y a su vez, ser lanzado y operar como un objeto espacial más allá de la atmósfera terrestre. ¿Qué régimen jurídico de responsabilidad se aplicaría si el "space shuttle" colisiona con un satélite en órbita perteneciente a otro Estado, o bien provoca daños en tierra o en el aire al regresar o al ser lanzado?

Se trata sin duda de una nueva categoría de objeto "volante" que participa de un dualismo aeroespacial y podría estar sujeto a dos reglamentaciones diferentes que podrían eventualmente entrar en conflicto.[40] Por un lado se afirma que el Convenio sobre Responsabilidad le es aplicable, porque dicho aparato nuevo debe ser considerado predominantemente como un vehículo espacial.[41] Por otra parte, no puede dejarse de lado el argumento de que el Derecho aéreo podría aplicarse al *space shuttle* durante el lapso en que vuela bajo las mismas condiciones que el avión.[42] Esta situación conflictiva debería resolverse por un acuerdo especial,[43] pues denota ya la insuficiencia de la definición de objeto espacial contenida en la Convención sobre Responsabilidad.

Por ello se ha sugerido la aclaración del concepto de objeto espacial fundada en un criterio funcional, es decir, tomando en cuenta el propósito para el cual ha sido concebido y no la localización donde el daño pueda ocurrir.[44] Esta observación es tanto más acertada cuanto que el criterio del lugar trae los problemas de la falta de un consenso entre los Estados sobre la delimitación del confín entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre.

2) Responsabilidad por interferencia en las comunicaciones.

Los daños derivados de la colisión de un satélite de telecomunicaciones, de su vehículo propulsor o partes componentes, entra en las previsiones del Convenio sobre Responsabilidad, en tanto que se trata de la hipótesis claramente prevista. Tal fenómeno no es del todo improbable y ya un incidente entre dos satélites americanos ha sido revelado en 1965,[45] cuando todavía había poquísimos objetos en el espacio. Las probabilidades de accidentes aumentarán cada vez más con el incremento de la utilización del espacio y sobre todo en aquellas órbitas, como las geoestacionarias, mayormente utilizadas por sus especiales características.

Además de una eventual colisión, hay otro aspecto que interesa más directamente los satélites de telecomunicaciones. El problema de las interferencias perjudiciales en las comunicaciones de toda clase de satélites es un fenómeno más probable, aunque de consecuencias hipotéticamente menos graves.

Se entiende por interferencia, el efecto sobre la recepción en un sistema de radiocomunicaciones,

---

39. Artículo 1, inciso d).
40. VERPLAETSE; J. *Les rapports entre l'O.A.C.I. et le Droit Extra-atmosphérique,* RGAE, 1970, núm. 4, pág. 372.
41. ROTHBLATT; supra, nota 10, pág. 480, nota 54; y pág. 484.
42. GOROVE; S. *Legal aspects of the Space Shuttle,* II, 1979, v. 13, núm. 1 pág. 157; y VERPLAETSE; supra, nota 40, pág. 375.
43. DIEDERIKS-VERSCHOOR; I. *The legal aspects of the Space Shuttle,* AASL, 1976, v. 1, pág. 202.
44. FOSTER; supra, nota 5 pág. 159.
45. ROTHBLATT; supra, nota 10, pág. 474.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de una energía no deseada debida a una emisión, a una irradiación o a una inducción que se manifiesta como una degradación de la calidad de la transmisión y deviene perjudicial o dañina cuando interrumpe o impide el servicio de radiocomunicación. La más frecuente interferencia proviene generalmente de la emisión de una señal de radio en la misma frecuencia o en una cercana. Puede producirse también por otro tipo de efecto causado por otros fenómenos naturales o provocados por la acción humana. Se afirma por ejemplo, que el experimento americano llamado West Ford por el cual se colocaron 350 millones de pequeñas agujas de cobre en órbita alrededor de la Tierra, causó gran interferencia con la astronomía óptica y radial al esparcir las radiaciones solares.[46]

El asunto de las interferencias perjudiciales en radiocomunicaciones, y su relación con la eventual responsabilidad, fue discutido específicamente en el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de los Estados Unidos, durante la aprobación del Tratado del Espacio. En esa ocasión, resumidamente,[47] el senador Gore observó que el artículo VII del Tratado mencionado prevé la responsabilidad por daños y no excluye la posibilidad de la interferencia en las telecomunicaciones espaciales. A esto respondió el embajador Goldberg afirmando que debía entenderse que no estaba incluida tal posibilidad, por cuanto la cláusula en comentario debía ser interpretada en relación únicamente con daños físicos. A esto se objetó que la interferencia en las comunicaciones se produce por medio de fenómenos físicos. No obstante, y precisamente para evitar que fuera considerada como tal, el propio senador Gore logró que se aprobara un entendimiento en el sentido de que el artículo VII no incluye el daño por interferencias electromagnéticas, que según él, estarían contempladas en otro artículo.

Con ese otro artículo, se hace referencia al IX del mismo Tratado. Éste establece una regulación un tanto alejada del punto en comentario, ya que a lo único que obliga es a celebrar consultas internacionales, a los Estados que tengan motivos para creer que la actividad o experimento espacial proyectado puede crear un obstáculo capaz "de perjudicar las actividades de otros Estados Partes". De tal forma que, según los Estados Unidos, al respecto se asume sólo esta obligación, y no la de responsabilidad por daño.

Durante el procedimiento de aprobación del Convenio sobre Responsabilidad en los Estados Unidos, nada se expresó en cuanto al daño proveniente de interferencias electromagnéticas. Algunos asumen que, no habiendo sido expresamente modificada la posición del Senado al respecto, ese punto debería considerarse también excluido del Convenio.[48]

Fuera del contexto americano, y por lo ya dicho, se revela consistente la tesis de la delegación francesa de que era conveniente prever no solamente los daños provenientes de la caída del objeto espacial en sí o de sus elementos constitutivos; o de un choque con un objeto espacial, sino también los daños provenientes de cualquier actividad llevada a cabo a bordo o fuera del objeto espacial (que como vimos parecen no estar comprendidas en la definición de daño), así como los daños provocados por "interferencias radioeléctricas debidas a sus emisores o a sus instalaciones de cualquier naturaleza que encuentren a bordo del objeto espacial".[49]

Del hecho de que el Convenio sobre Responsabilidad contenga una definición bastante amplia del "daño", que como se observa no se limita al daño físico (y en todo caso la interferencia lo sería), y de la inexistencia de otras restricciones expresas en cuanto al daño indirecto, se puede concluir, que las interferencias radioeléctricas perjudiciales no están excluidas del ámbito de aplicación del Convenio sobre Responsabilidad. El argumento en contrario de la subsistencia de un criterio excluyente sostenido por los Estados Unidos, es poco convincente puesto que no existe razón para considerar que las manifestaciones hechas en la aprobación de un tratado, puedan servir como base de interpretación del Tratado sobre Responsabilidad, que es específico en la materia de que se trata.

El problema de la inclusión o exclusión de la responsabilidad por interferencia radioeléctrica cobra mayor dimensión en cuanto a la aceptación o no del daño indirecto. Para algunos, la aplicación del Convenio sobre Responsabilidad está limitada a los daños causados por objetos espaciales (para el caso un satélite), los cuales no tienen una relación directa con las telecomunicaciones propiamente tales.[50] En todo caso, también la prueba de la causalidad por daños debidos a una interferencia

---

46. WADEGAONKAR; D. *Legal problems of outer space*, IJIL, 1969, v. 9, núm. 1, pág. 51.

47. CHRISTOL; C. *Protection of space from environmental harms*, AASL, 1979, v. IV, págs. 447-453.

48. Ib., pág. 453.

49. DELEAU; supra, nota 20, pág. 751.

50. MATEESCO; N. *Droit Aérospatial, Les télécommunications par satellites*, ed. Pedone, París, 1982, págs. 99-100.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en las comunicaciones por radio sería bastante difícil.

Cabe citar aquí también una disposición del Convenio Internacional de Telecomunicaciones, que aunque únicamente en relación con los usuarios, establece una exclusión de la responsabilidad en el campo de las telecomunicaciones, al disponer que "Los Miembros no aceptan ninguna responsabilidad en relación con los usuarios de los servicios internacionales de telecomunicaciones, especialmente en lo que concierne a las reclamaciones tendientes a obtener reparación por daños e intereses".[51]

SECCIÓN SEGUNDA: Limitaciones de la responsabilidad.

A. Causas de exoneración.

1) Culpa de la víctima.

a. Existencia y grado de la culpabilidad

Verificada la existencia de la responsabilidad imputable a un Estado de lanzamiento, éste podría verse exonerado de la responsabilidad objetiva. El artículo VI del Convenio sobre Responsabilidad estipula que ". . .en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto u omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente", el Estado responsable estaría exonerado de esa responsabilidad. La carga de la prueba lógicamente compete al Estado de lanzamiento que debe demostrar la negligencia grave o la omisión intencional de causar daños.

El artículo citado merece algunas puntualizaciones. Debe tratarse de una negligencia grave, es decir, no basta una simple inadvertencia o imprudencia sino que la exoneración depende de la "gravedad" del acto u omisión. Además, establecida la culpa de la víctima, el Estado de lanzamiento quedará exonerado de toda responsabilidad en el tanto en que demuestre que los daños se debieron a esa negligencia grave. Si no logra demostrar esa causalidad no le correspondería más que una exoneración parcial.

La culpa grave debe provenir del Estado reclamante o de personas físicas o morales a quienes este último represente. Esta disposición reviste particular interés ya que "normalmente los actos de sujetos individuales de un Estado, que no sean determinados oficiales de gobierno, no son tenidos como actos de Estado y no pueden afectar la posición legal de un Estado en el plano internacional".[52] Esta regla general de Derecho Internacional encuentra una excepción en la precitada norma, por la cual se imputa al Estado la responsabilidad por la conducta de las personas que él represente.

Una adecuada interpretación debe limitar el alcance de esta norma, en el sentido de que se refiere únicamente a las personas en cuyo nombre el Estado efectivamente presente una reclamación, y no en general a toda persona a cuyo título el Estado estaría facultado a presentar un reclamo en los términos del Convenio sobre Responsabilidad.

b. Condiciones especiales.

El Estado de lanzamiento puede beneficiar de la exoneración de responsabilidad absoluta dentro de ciertas condiciones. Para ello es necesario que la actividad espacial por él desarrollada sea acorde con el Derecho Internacional. El irrespeto del "Derecho Internacional, incluyendo, en especial, la Carta de las Naciones Unidas y 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",[53] significa para el Estado de lanzamiento, que no podría exonerarse de responsabilidad, aun cuando demuestre que el Estado reclamante o la persona que representa habían causado intencionalmente o por imprudencia grave los daños cuya indemnización reclama.

No se indica a quién corresponde la prueba de la infracción del Derecho Internacional. La forma negativa en que está redactado el artículo parece indicar que la violación del Derecho Internacional implica, per se, que el Estado de lanzamiento reasume la responsabilidad absoluta, sin que exista obligación del Estado reclamante de probar esa violación. A éste lógicamente siempre le corresponderá el derecho de poder hacerlo. En consecuencia, puede afirmarse que una comisión de reclamaciones podría, de oficio, denegar una exoneración si comprueba una infracción al Derecho Internacional, en cualquiera de sus normas, por parte del Estado responsable. Se citan como ejemplos posibles de violación del Derecho Internacional las actividades de espionaje o las actividades "no pacíficas",[54] cuyas dificultades de encuadramiento,

---

51. **Artículo 21 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones.**
52. **FOSTER; supra, nota 5, pág. 161.**
53. **Artículo VI, inciso 2), Convenio sobre Responsabilidad.**
54. **DELEAU; supra, nota 8, pág. 880.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dicen del problema de la interpretación del artículo en comentario.

Aparte de la cláusula de exoneración examinada, no existen en el Convenio sobre Responsabilidad otras causas de exención. Ni los actos de terceros, ni los casos de fuerza mayor, ni los fenómenos de la naturaleza que sean causa o concausa de los daños producidos por el objeto espacial, eximen al Estado de lanzamiento de la responsabilidad objetiva que le corresponde.

Se estima que la fuerza mayor, que en el Derecho Internacional general sí constituye una causa de exoneración de responsabilidad del Estado,[55] no viene aceptada en cuanto a las actividades espaciales, porque anularía en gran medida la efectividad del principio de responsabilidad objetiva o absoluta que se quiere instaurar con la Convención sobre Responsabilidad. Es preferible para ello, que no se puede encontrar "refugio en la fórmula force majeure o fuerza mayor".[56]

B. Límites de la responsabilidad.

1) Límites en razón de las cosas y las personas.

No hay distinción ni limitación alguna en cuanto al objeto espacial causante del daño. La diferenciación entre objeto civil y militar que en otros campos jurídico-internacionales[57] se hace, atribuyendo sobre esa base una diversa consecuencia jurídica en cuanto a la responsabilidad, no se encuentra ni en el Tratado del Espacio ni en el Convenio sobre Responsabilidad. De cualquier tipo que sea o para cualquier fin que se lance un objeto espacial, los daños que el mismo produzca se le atribuirán siempre al Estado de lanzamiento.

En lo referente al sujeto víctima de los daños, por el contrario, el Convenio sobre Responsabilidad contiene una limitación en cuanto a los nacionales del Estado de lanzamiento y los que, aunque de otro Estado, "participen en las operaciones de ese objeto espacial desde el momento de su lanzamiento o en cualquier fase posterior al mismo hasta su descenso, o mientras se encuentren en las proximidades inmediatas de la zona prevista para el lanzamiento o la recuperación, como resultado de una invitación de dicho Estado de lanzamiento".[58] Respecto de ellos, el Estado de lanzamiento no es internacionalmente responsable de los daños causados por esas actividades espaciales.

En el caso de los nacionales del Estado de lanzamiento, la disposición se explica tanto en virtud del principio general de Derecho Internacional de que los individuos no pueden presentar reclamos contra su propio Estado, como porque ello no excluye la posibilidad para cualquier persona de presentar una demanda por daños con fundamento en la legislación interna del Estado responsable. En cuanto a la segunda categoría de personas, los no nacionales del Estado de lanzamiento, la razón para su exclusión es diferente. Se asume que dichas personas han aceptado voluntariamente el riesgo propio de ese tipo de operaciones, con la consecuencia de que puede considerarse que han aceptado implícitamente "absolver al Estado de lanzamiento de la responsabilidad por los daños que pudieran sufrir".[59]

2) Límite cuantitativo.

Otro de los aspectos importantes y más discutidos durante la preparación del Convenio sobre Responsabilidad, fue el de decidir si se debía poner un límite en cuanto al monto de la compensación. Varias consideraciones aconsejan la imposición de un límite. Ante todo el principio de la responsabilidad absoluta debía ser combinado con un límite que permitiera atenuar su rigidez para facilitar, sobre todo a los Estados en desarrollo, la empresa o la participación en programas espaciales sin correr el riesgo de verse compelidos al pago de desproporcionadas sumas de dinero a causa de un accidente espacial.

A pesar de que se argumentó en favor del establecimiento de un límite cuantitativo, el mismo no fue fijado. Se consideró por el contrario, que la gravedad de las consecuencias que podría causar un accidente espacial que produjese por ejemplo, un daño nuclear, no podía estar sujeto a límite alguno en cuanto a su compensación.[60]

Para algunos autores, resulta extraño que no se haya fijado un "quantum" máximo, a menos que se entienda que la responsabilidad objetiva recae sobre los Estados y no sobre las empresas u operadores privados, los cuales no tendrían la capacidad de cubrir ellos mismos o por medio de un seguro, sino hasta una cierta cantidad después de la cual se arriesgarían a la ruina financiera.[61] En contra se observa que no hay necesidad de una eventual

---

55. ROUSSEAU; supra, nota 1, T. V. págs. 89-90.
56. LACHS; supra, nota 25, pág. 168.
57. Por ejemplo, en la Convención sobre los Daños Causados por Aéreo Extranjero a Terceras Partes en la Superficie.
58. Artículo VII, Convenio sobre Responsabilidad.
59. FOSTER; supra, nota 5, pág. 148.
60. En ese sentido CHRISTOL; supra, nota 33, pág. 365 y FOSTER; supra, nota 5, pág. 155, nota 63.
61. FOSTER; supra, nota 5, págs. 153-4.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

reducción cuantitativa de la responsabilidad, pues los gastos que implican las actividades espaciales son tan grandes que "cualquier monto por compensación no tendría real importancia en relación con el valor de la fabricación y operación de vehículos espaciales".[62]

Existen otras razones igualmente válidas. Se afirma que: a) es casi imposible o extremadamente difícil prever un límite realista, sobre todo si se toma en cuenta el avance tecnológico espacial; b) una limitación de la responsabilidad sería contradictoria con la idea de una total reparación; c) cualquier reducción de la responsabilidad puede resultar en un menor cuidado por parte de los Estados de lanzamiento en sus actividades espaciales; y d) la suma mínima como límite a fijar debería ser extremadamente alta, lo cual propendría a una menor participación dentro del Convenio. Estas fueron en el fondo, las razones que prevalecieron en el Subcomité Jurídico Espacial para no imponer un tope cuantitativo al monto de la indemnización por daños provenientes de las actividades espaciales.[63]

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

SECCIÓN PRIMERA: El responsable.

A. Determinación del Estado responsable.

1) La atribución de la responsabilidad del Estado.

La actividad espacial, como se sabe, se originó por iniciativa de las dos potencias: la Unión Soviética y los Estados Unidos de América. El volumen de los medios que se requieren para poner en marcha una actividad espacial, así como la sofisticada tecnología indispensable, hicieron que durante mucho tiempo sólo estos dos países pudieran mantener programas espaciales. Éstos además, fueron desarrollados en forma íntimamente ligada a sus respectivas actividades militares, por lo que constituyó un objeto de abierta carrera espacial de la cual dependía en parte, el prestigio internacional de cada una de las potencias.

A partir de esta situación y teniendo en mente la importancia de los resultados que podrían derivar de las actividades espaciales, se llegó a la conclusión de que era necesario hacer descansar la responsabilidad derivada de dichas actividades, sobre las espaldas de los Estados mismos, únicos capaces a su vez, de soportar tal peso.

La idea está contenida ya en la Declaración de Principios y en el Tratado del Espacio, el cual responsabiliza a los Estados Partes por las actividades nacionales que realicen en el espacio los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, sobre las cuales impone además, una obligación de fiscalización a cargo del Estado.[64]

Esta sustitución de la responsabilidad del Estado, en lugar de la de las personas físicas o jurídicas aun las no gubernamentales, resulta novedosa en materia de responsabilidad internacional.[65] La innovación consiste en que por principio, el Estado es internacionalmente responsable de los actos realizados por medio de sus agentes o representantes. Los actos de particulares no son actos de Estado y no pueden implicar responsabilidad alguna. De ahí que la responsabilidad del Estado por actos de entidades no gubernamentales constituye una extensión del concepto de imputabilidad y responsabilidad estatales.

Si el Estado es el responsable, procede su identificación. Para lograrlo, en el Convenio sobre Responsabilidad se prevé una definición de responsable con varias posibilidades. Como lo hemos venido indicando, el Estado responsable es el "Estado de lanzamiento". Se debe entender por Estado de lanzamiento: "i) un Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial; ii) un Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial".[66]

---

62. **BEREZWSKI; C.** *Rules of liability for injury or loss caused by the operation of space vehicles,* **IDA, 1962, pág. 282.**

63. **FOSTER; supra, nota 5, pág. 152, nota 56.**

64. **Artículo VI del Tratado del Espacio.**

65. **DELEAU; supra, nota 20, pág. 748.**

66. **Artículo I, inciso c) del Convenio sobre Responsabilidad. En idéntico sentido dispone el artículo I, inciso a), del Convenio sobre Registro de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre de 14 de enero de 1975, en adelante citado como Convenio de Registro.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se reconoce en el artículo transcrito, la realidad de las diferentes combinaciones en que pueden y de hecho actualmente se desarrollan los proyectos espaciales. Sin embargo no se precisa, cuando son diversos el Estado que procede al lanzamiento, el que lo promueve y aquél desde cuyo territorio se efectúa el lanzamiento de un mismo objeto espacial, a cuál de ellos se debe dirigir el reclamo por daños. El problema no es para el reclamante, que puede demandar a cualquiera, sino para los Estados responsables que deberán distribuirse la carga de la responsabilidad.

Ahora bien, si se justifica plenamente la responsabilidad, tanto con respecto al Estado que procede al lanzamiento, como en relación con el que lo promueve, la responsabilidad del Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lanza el objeto espacial aparece menos evidente. La delegación francesa al Subcomité Jurídico del Espacio propuso por ello que en un caso del género el Estado soportara una responsabilidad secundaria,[67] fundándose en la idea de la dudosa validez de la solución de poner a este Estado sobre un plano de igualdad con los dos primeros. También se basaron en que es una medida que "puede disuadir a un Estado, cuyo territorio o instalaciones están situadas en una región especialmente favorable para un lanzamiento, de ponerlos a la disposición de otro Estado por temor de ver su responsabilidad comprometida".[68] Para alejar tal peligro, puede decirse que la Convención sobre Responsabilidad expresamente permite a los Estados concertar acuerdos entre sí a fin de delimitar las cargas financieras en caso de eventual indemnización por daños.[69] De esa forma, un Estado podría tranquilamente prestar su territorio o instalaciones a otro para que efectúe un lanzamiento, previendo para sí una exoneración de responsabilidad. Pierde entonces fundamento la objeción apuntada y se mantiene la orientación de la Convención tendiente a facilitar al reclamante el ejercicio de su derecho.

2) El registro y la identificación del objeto espacial.

Las razones para exigir un registro de los objetos espaciales se manifiesta desde los albores de la era espacial, tanto fuera como dentro de las Naciones Unidas, ante la perspectiva de un incremento acelerado de objetos espaciales circulando en el espacio.[70]

Por otro lado, el registro permite mantener un orden en el uso de las frecuencias de radio y facilita la identificación del dueño del objeto espacial, con miras a la implementación de las normas del Acuerdo sobre el Salvamento ya mencionado. Adicionalmente, suministra a los Estados un medio para ayudar a la identificación y consecuente determinación del Estado responsable.

No obstante la imperiosa necesidad de un sistema efectivo de registro de objetos espaciales,[71] el Convenio sobre Registro no fue abierto a la firma sino hasta el mes de enero de 1975. En el proceso de su gestación se debe citar la resolución 1721 B de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1961. En ella se solicita a los Estados que lancen objetos al espacio, que den una pronta información al Comité del Espacio por medio del secretario general, "para el registro de lanzamientos"; y de acuerdo con lo mismo, se requiere también del secretario general mantener un registro público con esa información. Dicho registro tiene la deficiencia de no ser obligatorio, de no indicar los datos a aportar y de referirse únicamente a los lanzamientos y no a los objetos lanzados. Por ello es que su utilidad es relativa para los efectos de identificar el objeto espacial y el Estado responsable.

El Tratado del Espacio menciona un "registro estatal" indirectamente, cuando indica que el Estado Parte en el Tratado, "en cuyo registro figura el objeto lanzado al espacio ultraterrestre, retendrá su jurisdicción y control sobre tal objeto. . .".[72] No fue sino posteriormente, con el Convenio sobre Registro, que se impone a las partes la creación de dicho registro —de lo cual debe notificarse al secretario general de las Naciones Unidas— y la obligación de registrar el objeto espacial.[73]

Este registro puede ser de gran utilidad porque, no obstante que cada Estado determina su contenido y las condiciones en que lo lleva, todo Estado de registro debe proporcionar, en cuanto sea factible, una información mínima de cada objeto espacial, entre la cual está lógicamente, el nombre

---

67. FOSTER; supra, nota 5, pág. 163, nota 84.
68. DELEAU; supra, nota 8, pág. 879.
69. Artículo I, inciso 2).
70. MALIK; S. Registration of space objects, IJIL, 1969, v. 9, núm. 3, pág. 412.
71. DALFEN; Ch. *Towards an International Convention on the Registration of Space Objects: the Gestation Process*, CYIL, 1971, t. IX, pág. 268.
72. Artículo VIII del Tratado del Espacio.
73. Artículo II, inciso 1, Convenio de Registro.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del Estado o de los Estados de lanzamiento. Además debe contener "b) una designación apropiada del objeto o su número de registro; c) fecha y territorio o lugar de lanzamiento; d) parámetros orbitales básicos, incluso: i) Periodo nodal, ii) Inclinación, iii) Apogeo, iv) Perigeo; e) Función general del objeto espacial".[74] Esto ayuda enormemente en la labor de identificación del Estado responsable, sobre todo porque de esta información el secretario general de la ONU debe a su vez, llevar un registro al cual se garantiza un pleno y libre acceso.[75]

Aun contando con toda esa información, no siempre es posible la identificación del objeto espacial y del Estado responsable. La búsqueda podría complicarse. Piénsese en la cantidad y variedad de objetos lanzados al espacio, el estado de su deterioro o el de sus partes, ya sea después de su lanzamiento o a su regreso a la atmósfera terrestre, tanto por los efectos que ello produce, así como por la poca capacidad técnica y científica de la mayoría de los Estados actualmente, para detectar e identificar el objeto espacial. A este propósito es relevante la obligación general que se impone, sobre todo a los Estados Partes que poseen la tecnología apropiada para la observación y rastreo espaciales, de responder con la mayor amplitud posible a la solicitud de ayuda que pueda formularle otro Estado Parte, con el objeto de obtener asistencia para la identificación de un objeto espacial, en el caso de que no haya podido hacerlo hasta el momento.[76]

B. Distribución de la responsabilidad.

1) Responsabilidad entre Estados.

Dada la enorme cantidad de medios y la actividad que se requieren para desarrollar un programa espacial, la participación de varios Estados en un mismo lanzamiento como hipótesis muy probable, está expresamente prevista en el Convenio sobre Responsabilidad; lo mismo que el caso de varios objetos concurrentes al causarse un daño. Si dos o más Estados lanzan conjuntamente un objeto espacial "serán responsables solidariamente por los daños causados".[77] Es decir, cada uno de ellos puede ser demandado por la totalidad de la indemnización. Esta disposición es ventajosa para el Estado reclamante, el cual podrá elegir contra cuál Estado de lanzamiento proceder. Igualmente, si no fuera resarcido por uno de esos Estados en la totalidad de la indemnización que le fuera otorgada, podría proceder contra el otro u otros Estados solidariamente responsables.

Con la responsabilidad solidaria no se distingue en cuanto al grado de participación de un Estado en un lanzamiento conjunto y la porción de su responsabilidad. Por ello se podrían producir situaciones paradójicas. Por ejemplo, con un lanzamiento del *space shuttle,* que tiene capacidad para llevar varios satélites, es concebible que un científico no americano en su calidad de privado o en nombre de su gobierno, pague una irrelevante suma para que se efectúe un pequeño experimento. Ese individuo podría técnicamente ser considerado como una persona que ha procurado el lanzamiento y ser en consecuencia, solidariamente responsable por la totalidad de los daños que eventualmente hubiera podido causar el *space shuttle* en caso de un accidente.[78]

Para poder prevenir contra una injusta consecuencia como la descrita, el Convenio sobre Responsabilidad faculta a los Estados que participan en un lanzamiento conjunto a "concertar acuerdos acerca de la distribución entre sí de la carga financiera respecto de la cual son solidariamente responsables"; así como de repetir lo pagado. Lo anterior claro está, sin perjuicio del derecho del reclamante de solicitar la totalidad de la indemnización "a cualquiera o a todos los Estados de lanzamiento que sean solidariamente responsables".[79]

Como método para prevenir en parte el pago de una indemnización por daños, la NASA pide como requisito a todo usuario de sus servicios de lanzamiento que no sea el gobierno de los Estados Unidos de América, "una póliza de responsabilidad contra terceros que cubre al Gobierno Americano como un asegurado adicional".[80]

En la segunda hipótesis, de los daños provocados por dos o más objetos espaciales a un tercer Estado, los Estados de lanzamiento son "mancomunada y solidariamente responsables". La responsabilidad de cada uno se repartirá sin embargo,

---

74. Artículo IV, ib.
75. Artículo III, ib.
76. Artículo VI, ib.
77. Artículo V, inciso 1, Convenio sobre Responsabilidad. Debe recordarse que "un Estado desde cuyo territorio o instalaciones se lanza un objeto espacial se considerará como participante a un lanzamiento conjunto", inciso 3.
78. ROTHBLATT; supra, nota 19, pág. 478.
79. Artículo V, inciso 2, Convenio sobre Responsabilidad.
80. ROTHBLATT; supra nota 10, pág. 478.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

según el grado de la culpa respectiva y cuando ello no sea posible determinarlo, "la carga de la indemnización se repartirá por partes iguales entre ellos".[81] Esta distribución tampoco puede afectar el derecho del tercer Estado a reclamar la indemnización íntegramente a cualquiera de los Estados responsables.

En la situación anterior, no le correspondería al tercer Estado, en el caso de responsabilidad absoluta, demostrar la parte del daño producida por cada Estado de lanzamiento. Y en caso de responsabilidad por falta, sólo le correspondería demostrar la presencia de la falta por parte de uno de los Estados de lanzamiento, sin necesidad de indicar cuál de ellos.

2) Responsabilidad en caso de participación de una organización internacional.

a) El problema de la atribución de responsabilidad a una organización internacional.

Antes de determinar el grado de responsabilidad de una organización internacional, es preciso detenerse a considerar, aunque brevemente, su capacidad jurídica en el ámbito internacional y en particular la aplicabilidad del Convenio sobre Responsabilidad.

De acuerdo con la opinión mayoritaria en la doctrina de Derecho Internacional, las organizaciones internacionales —y especialmente las Naciones Unidas— son consideradas como sujetos sui géneris de Derecho Internacional. Siendo los Estados los sujetos primarios, se reconoce a las organizaciones internacionales ciertos derechos y obligaciones. La Corte Internacional de Justicia por su parte, así lo reconoció en el Caso de Reparación por daños causados al Servicio de las Naciones Unidas, en su Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949, en la cual se reconoce "una cierta personalidad internacional y la capacidad de actuar en el plano internacional".[82]

Siguiendo esta tendencia, desde el comienzo de la era espacial se comenzó a atribuir responsabilidad por las actividades espaciales tanto a los Estados como a las organizaciones internacionales. En la Declaración de Principios de 1963, se estableció el principio —que luego fue confirmado casi en forma literal en el Tratado del Espacio— según el cual, cuando se trata de actividades que realiza "una organización internacional, la responsabilidad en cuanto al presente Tratado corresponderá a esa organización internacional y a los Estados Partes en el Tratado que pertenecen a ella".[83]

A pesar del amplio reconocimiento de este principio de la responsabilidad, queda el problema de saber si el mismo constituye en alguna medida el reconocimiento de una subjetividad internacional y hasta qué punto. Como se desprende de la cita anterior, el Tratado del Espacio no es categórico en este aspecto por cuanto no incluye una responsabilidad separada de la de los Estados miembros de la organización. Y en todo caso, ¿cómo podría una organización internacional ser responsable con base en un tratado del cual no es parte?

En el Subcomité Jurídico del Espacio se plantearon dos tesis opuestas. Los accidentales, con la Gran Bretaña a la cabeza, sostenían la existencia de una personalidad de la organización internacional separada de la de los Estados miembros. El bloque soviético en cambio, negaba esa separación.[84]

Finalmente se llegó a una solución en los términos previstos en el artículo XXII del Convenio sobre Responsabilidad, al tenor del cual, cualquier referencia que en el mismo se haga a los Estados, "se aplica a cualquier organización intergubernamental internacional que se dedique a actividades espaciales". Existen sin embargo, dos condiciones previas. Primera, la organización tiene que declarar que acepta los derechos y obligaciones previstas en el Convenio; y segunda, dicha aplicación es consentida únicamente si la mayoría de los Estados miembros de la organización son Estados Partes tanto del Convenio sobre Responsabilidad como del Tratado del Espacio.[85] Esta inclusión de las convenciones citadas parece correcta a fin de mantener "un sistema uniforme de normas de Derecho Internacional del emergente Derecho del Espacio".[86]

b) Grado y extensión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

Establecida la aplicabilidad del Convenio sobre Responsabilidad a las organizaciones interna-

---

81. Artículo IV, inciso 2, Convenio sobre Responsabilidad.
82. EISEMANN-COUSSIRAT-COUSTERE-HUR; *Petit Manuel de la Jurisprudence de la Court International de Justice*, 4a. ed., Pedone, 1984, pág. 217.
83. Artículo VI, Tratado del Espacio.
84. CHENG; supra, nota 3, págs. 223-4.
85. Artículo XXII, Convención sobre Responsabilidad.
86. GALICKI; Z. *Liability of International Organizations for Space Activities*, PYIL, 1972-3, v. V, pág. 206.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cionales, surge también la cuestión del grado y extensión de su responsabilidad.

Un examen de las diversas propuestas ante el Subcomité Jurídico Espacial, permite individualizar al menos seis diversas posibilidades de regular esa responsabilidad.[87] La sexta hipótesis es la que más se asemeja a la solución retenida en el Convenio sobre Responsabilidad. En éste se dispone, en principio, una responsabilidad mancomunada y solidaria entre la organización y los Estados Partes del convenio, distribuida de la misma manera en que se procede con la responsabilidad entre Estados. Sin embargo, se establecen dos atenuaciones: una de carácter procedimental y otra de fondo, que hacen que en realidad los Estados miembros sean sólo subsidiariamente responsables.[88]

En primer término, la demanda de indemnización debe presentarse contra la organización. Además, el procedimiento de reclamación debe llevarse a cabo con la organización hasta la fijación de la suma convenida como indemnización. Solamente en el evento de que —y es ésta la segunda atenuación— la organización deje de pagar dentro de un plazo de seis meses la cantidad convenida, o que se haya fijado como indemnización de los daños, "podrá el Estado demandante invocar la responsabilidad de los miembros que sean Estados Partes en este Convenio a los fines del pago de esa cantidad".

Como se desprende de la cita transcrita, la obligación del Estado, invocada en este caso subsidiariamente, es la de pagar la suma fijada; o sea la satisfacción del reclamo y no una (otra) negociación tendiente a su determinación o su cuantificación. En tal hipótesis, debe entenderse que serían responsables únicamente los Estados miembros de la organización que a su vez sean partes en el Convenio sobre Responsabilidad; y aunque ninguna disposición expresa exista en cuanto a la distribución de la responsabilidad, parece lógico concluir que la misma debe hacerse en conformidad con lo previsto en los artículos IV y V del Convenio sobre Responsabilidad y las disposiciones del acuerdo creador de la organización, sin perjuicio de los derechos del Estado reclamante.

La imputación de la responsabilidad a las organizaciones intergubernamentales internacionales antes descrita sugiere algunos comentarios. Como vimos, la falta de la organización repercute solamente sobre aquellos Estados miembros que sean parte de la Convención sobre Responsabilidad, lo cual implica un tratamiento no uniforme dentro de una misma organización, que penaliza con una carga mayor de responsabilidad a esos Estados.[89]

Por otro lado, la aplicación de las normas de la Convención sobre Responsabilidad que —con la salvedad de los artículos XXIV a XXVII— viene admitida expresamente, presenta un problema de adecuación. Frente a una organización internacional, ¿en qué medida se aplicarían las normas de la Convención sobre —por ejemplo— la presentación del reclamo por la vía diplomática, o en cuanto al procedimiento de presentación de la demanda por medio del secretario general de las Naciones Unidas, que requiere que todo Estado responsable (en este caso la organización internacional) sea miembro de la ONU? Este requisito es inverosímil que pueda ser cumplido, al menos dentro de la actual estructura de las Naciones Unidas que tiene como miembros únicamente a los Estados.

Como éstas, existen otras disposiciones del Convenio sobre Responsabilidad cuya aplicabilidad inmediata a las organizaciones internacionales no es del todo clara. Debe tenerse presente además, que la aceptación de los términos de la Convención no convierte a la organización internacional en parte de la misma. Solamente los Estados son Partes. Las organizaciones internacionales "están situadas en la misma posición que los Estados para ciertos propósitos",[90] pero según se desprende de los artículos XIV y XVII del Convenio hay otros aspectos que no les son aplicables, y por consiguiente no pueden —entre otras cosas— adherirse a la Convención ni retirarse.

SECCIÓN SEGUNDA: La determinación de la reparación.

A. El procedimiento de reclamación.

1) Proceso y parte reclamante.

a) Justificación del procedimiento.

Uno de los objetivos fundamentales del Convenio sobre Responsabilidad era el de establecer no sólo normas sustantivas, sino también procedimientos internacionales adecuados para asegurar una indemnización plena y equitativa a la víctima de los daños producidos por actividades espaciales.

---

87. FITZGERALD; *The participation of International Organizations in the Proposed International Agreement on Liability for Damage Caused by Objects Launched into Outer Space*, CYIL, 1965, v. III, págs. 273-5.

88. Artículo XXII, inciso 3, párrafos a) y b), respectivamente.

89. GALICKI; supra, nota 86, pág. 207.

90. FOSTER; supra, nota 5, pág. 180.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En el estado actual de la sociedad internacional no puede exigirse a los Estados que lleguen a un arreglo efectivo de sus controversias, no obstante que se manifiesta una tendencia a multiplicar las presiones en ese sentido.[91]

Ahora bien, si no existe una norma de Derecho Internacional que obligue a los Estados a encontrar una solución a sus controversias, en contrapartida, sí se prevé un número considerable de medios o procedimientos para llegar a una solución. El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas enumera algunos de esos medios diciendo: "1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales y otros medios pacíficos de su elección".

Al inicio no hubo consenso sobre la escogencia y el establecimiento de las reglas procedimentales necesarias a la solución de una eventual controversia por daños provenientes de actividades espaciales. Especialmente en cuanto al derecho aplicable y a la forma de lograr una decisión final, se manifestaron las tesis más encontradas entre países occidentales y los del bloque soviético.[92] El compromiso al límite, entre Unión Soviética y los Estados Unidos en el seno del Subcomité Jurídico del Espacio, sobre estos dos aspectos, salvó[93] el proyecto de Convenio de no pasar al "sueño de los justos". Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta para comprender el contenido de ciertas disposiciones al respecto.

b. La parte reclamante

Como observamos anteriormente, una organización internacional, aunque lo acepte, no puede ser parte en el Convenio sobre Responsabilidad. Asimismo, tampoco puede presentar en nombre propio un reclamo por daños a ella causados. En tal caso, la demanda de indemnización debería ser presentada "por un Estado miembro de la organización que sea Estado Parte en este Convenio".[94] Esta es una *capitis diminutio* sorprendente, pues podría considerarse un retroceso en el campo de la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales. La misma es contraria al precedente de la Corte Internacional de Justicia ya citado, en el cual se reconoce a una organización internacional (la ONU), precisamente el derecho de presentar directamente una reclamación internacional con vista a obtener la reparación de los daños causados a las Naciones Unidas.

Con base en el Convenio, únicamente los Estados pueden presentar una demanda sobre responsabilidad por daños sufridos en su integridad o causados a sus nacionales o a las personas jurídicas a él pertenecientes.

Ninguna facultad internacional se reconoce tampoco al individuo, aunque esta es la regla general en Derecho Internacional. No obstante, si una persona (física o jurídica) sufre daños provenientes de una actividad espacial y el Estado del cual es nacional no ha presentado una reclamación por esa causa, cualquier otro Estado puede presentar dicha reclamación, si los daños se han producido en su territorio. En el evento de que ninguna de las dos anteriores posibilidades se dé, la persona puede obtener la protección del Estado del cual es residente permanente, siempre y cuando ni el Estado del cual es nacional ni en el que se produjeron los daños haya "presentado una reclamación ni notificado su intención de hacerlo".[95] Esta tercera hipótesis depende entonces, de que ninguna de las dos primeras ocurra, lo cual podría ir en detrimento del término de un año, de por sí breve, que tiene el Estado reclamante para presentar la demanda.

Se deja abierta la posibilidad tanto al individuo como al Estado, de presentar su reclamación ante los tribunales de justicia o ante los órganos administrativos del Estado de lanzamiento. Para evitar la presentación simultánea de demandas por una misma causa, que podría dar lugar a decisiones contradictorias, se introduce la clásica disposición según la cual, no se pueden presentar reclamaciones por los mismos daños y respecto de los cuales ya se esté tramitando una acción indemnizatoria en los mencionados órganos, o con arreglo a cualquier otro acuerdo internacional que obligue a los Estados interesados.[96]

Esta "preclusión" entre el procedimiento internacional y el interno podría ser inconveniente para un particular que, por brevedad o en vía cautelar, y por desconocimiento de la Convención sobre

---

91. NGUYEN, DAILLIER, PELLET; *Droit International Public*, 2a. ed., L.G.D.J., 1980, pág. 778.

92. DELEAU; supra, nota 8, pág. 882. CHENG; supra, nota 3, pág. 232.

93. DELEAU; supra, nota 8, pág. 886.

94. Artículo XXII, inciso 4, Convenio sobre Responsabilidad.

95. Artículo VIII, ib.

96. Artículo XI, inciso 2, ib.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Responsabilidad, promueva una acción interna con resultados menos favorables de los que hubiera podido obtener por medio del procedimiento internacional.[97]

A fin de facilitar el ejercicio de la acción indemnizatoria, no se exige como condición precedente el agotamiento de los recursos internos locales previstos en la legislación del Estado responsable, y de los cuales podrían disponer el Estado reclamante o la persona que el mismo represente.[98] Esta previsión refleja uno de los objetivos básicos del Convenio sobre Responsabilidad, como es el de proveer una pronta y completa indemnización para la víctima.

2) Trámite del reclamo.

Aunque no se requiere el agotamiento de los recursos internos, el término para presentar la demanda de indemnización es muy breve: un año. Este empieza a contar a partir del momento en que ocurrieron los daños o en que se haya identificado al Estado de lanzamiento responsable.[99] Si ninguna de estas circunstancias se ha verificado, el término empieza a transcurrir a partir del momento en que el Estado reclamante llegue a conocimiento efectivo de tales hechos o razonablemente se pueda presumir que ha llegado a su conocimiento mediante el ejercicio de la debida diligencia.[100]

No se requiere que el Estado reclamante conozca la magnitud de los daños. Y tal desconocimiento no podría ser invocado como pretexto para incumplir con el plazo de presentación de la demanda. Esto no implica una limitación del derecho a una completa indemnización ya que, una vez presentada la demanda, el Estado reclamante tiene derecho a revisarla y a presentar documentación adicional una vez expirado el plazo, "hasta un año después de conocida toda la magnitud de los daños".[101]

Esta disposición se explica fundamentalmente porque cierto tipo de daños, como los que pueden resultar de la contaminación química o biológica, etc., devienen aparentes sólo después de cierto tiempo, y además la total extensión de los daños no puede ser calculada inmediatamente.[102] Esto último quedó evidenciado en el caso del Cosmos 954 en que expresamente Canadá se reservó por esas mismas razones, el derecho a reclamar suplementariamente por los daños no determinados o conocidos todavía.[103]

El procedimiento de determinación de la responsabilidad previsto en el Convenio sobre Responsabilidad está considerado como un asunto entre Estados. El reclamo debe presentarse al Estado de lanzamiento por la vía diplomática. Si las partes en conflicto no mantienen relaciones diplomáticas, pueden presentar el reclamo por medio de otro Estado, o bien por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, siempre que esos Estados sean miembros de la ONU.[104]

Si las negociaciones diplomáticas no dan resultado dentro del lapso de un año desde que fue presentado el reclamo, las partes deben constituir, a la instancia de cualquiera de ellas, una comisión de reclamaciones que resuelva el conflicto. La constitución de dicha comisión es obligatoria, y como veremos, no es posible a una sola de las partes bloquear o impedir su composición.

Una comisión de reclamaciones obligatoria fue el límite del compromiso aceptado por el bloque soviético. Los occidentales pretendían por su parte, instaurar un sistema o procedimiento arbitral obligatorio. La raíz de la diferencia es simplemente que entre los del bloque soviético, "especialmente la Unión Soviética, junto con uno o dos Estados más, siempre han sido poco deseosos, específicamente en las relaciones entre Estados, de ceder el derecho de la autointerpretación en favor de un arreglo vinculante de un tercero".[105] En el fondo esta idea es el reflejo de la voluntad de preservar la soberanía.

En las actuales circunstancias, la aceptación de una comisión de reclamaciones obligatoria debe ser considerada, por lo dicho, como un paso adelante en la fase del progreso del Derecho Internacional hacia la consolidación del principio de la solución pacífica y obligatoria de las controversias entre Estados.

---

97. DURANTE; supra, nota 19, pág. 114.
98. Artículo XI, inciso 1, Convención sobre Responsabilidad.
99. Artículo X, inciso 1, ib.
100. Artículo X, inciso 2, ib.
101. Artículo X, inciso 3, ib.
102. FOSTER; supra, nota 5, págs. 170-1.
103. DE BELLIS; supra, nota 11, pág. 854.
104. Artículo IX, Convención sobre Responsabilidad.
105. CHENG; supra, nota 3, pág. 238.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Independientemente del número de Estados en conflicto,[106] la comisión de reclamaciones debe estar compuesta de tres miembros: dos nombrados por cada una de las partes, y un tercero, que fungirá como presidente, designado conjuntamente por ambas partes. La designación debe recaer, en cuanto a los dos primeros, dentro de los dos meses siguientes a la petición de que se constituya la comisión.[107] La del presidente, dentro de los cuatro meses a contar de esa misma fecha.

Si en ese periodo no se llega a un acuerdo sobre la selección del presidente, cualquiera de las partes podrá pedir al secretario general de la Naciones Unidas que la haga, para lo cual gozaría de otros dos meses.[108] De esta forma, ninguna de las partes está en posición de impedir que se forme la comisión de reclamaciones porque, si una de las partes no procede a hacer los nombramientos dichos en los plazos establecidos, "el Presidente, a petición de la otra parte, constituirá por sí solo la Comisión de Reclamaciones".[109] Por medio de este sistema de una comisión constituida por un miembro único, se logra el objetivo de su obligatoriedad.

Corresponde a la comisión decidir sobre su propio procedimiento, lugar de reunión, llenar cualquier vacante que se produzca, para lo cual debe seguir el mismo procedimiento adoptado para el primer nombramiento, y cualquier otro aspecto administrativo. Debe tenerse en cuenta que sus laudos y decisiones, cuando se trate de una composición pluripersonal, deben ser adoptados por mayoría de votos.[110]

B. La decisión de indemnización.

1) El derecho aplicable.

Una vez constituida la comisión de reclamaciones se debe llegar a una solución de la controversia: ¿con fundamento en qué sistema jurídico? Diversas posibilidades son imaginables y en su mayoría fueron expuestas en el Subcomité Jurídico Espacial.[111] El derecho del Estado reclamante, el del Estado de lanzamiento o en el que ocurrieron los daños, o bien diversas combinaciones entre estos y otros sistemas, son posibles.

La discusión sobre el derecho aplicable planteaba como tela de fondo el problema de si el daño moral es compensable o no. En parte los países socialistas no querían pagar compensación alguna por ese tipo de daño, porque algunos sistemas jurídicos socialistas no lo reconocen.[112]

El principio retenido en el Convenio sobre Responsabilidad es "internacionalista". Se estipula que la indemnización "se determinará conforme al Derecho Internacional y a los principios de justicia y equidad".[113]

No se define expresamente si la aplicación de los principios de justicia y equidad se aplican en toda controversia o sólo en caso de que en el Derecho Internacional no se encuentren normas claras y precisas. Se sostiene que existe una prioridad en el sentido de que a esos principios, que consisten normalmente en normas de aplicación general en los sistemas legales internos en el mundo, se puede recurrir a fin de llenar los vacíos y subsanar las ambigüedades del Derecho Internacional.[114]

Esta fórmula internacionalista, aunque adoptada como compromiso, resuelve de manera relativamente satisfactoria el problema del posible conflicto que podría surgir de la aplicación de diversos sistemas jurídicos. Así se asegura una uniformidad de criterios en la determinación de la indemnización, de tal forma que cualquiera que sufra un daño producto de las actividades espaciales será indemnizado con base en las mismas normas, independientemente de cuál sea su nacionalidad, de dónde provenga el objeto o del lugar del suceso.

El corolario más importante que plantea dicha solución está en poder discernir las normas de Derecho Internacional. Esta tarea corresponderá a las eventuales comisiones de reclamaciones que podrían además, encontrar una solución intermedia entre las opuestas concepciones en cuanto al daño moral.

---

106. El artículo XVII del Convenio sobre Responsabilidad prevé la forma en que una pluralidad de partes en controversia deben ponerse de acuerdo para la designación de los miembros de la comisión de reclamaciones.

107. Artículo XV, inciso 1, Convenio sobre Responsabilidad.

108. Artículo XV, inciso 2, ib.

109. Artículos XVI, inciso 1, y XVII, ib.

110. Artículo XVI, incisos 2, 3, 4 y 5, ib.

111. FOSTER; supra nota 5, pág. 171, nota 109.

112. CHENG; supra, nota 3, pág. 232.

113. Artículo XII, Convenio sobre Responsabilidad.

114. FOSTER; supra, nota 5, pág. 172.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) Contenido de la decisión.

a) Objetivo de la indemnización.

La indemnización debe cumplir con un único objetivo: "que se reponga a la persona física o moral, al Estado o a la organización internacional en cuyo nombre se presenta la reclamación en la condición que habría existido de no haber ocurrido los daños".[115] En otros términos, la reparación se reduce a una "restitutio in integrum", aunque como vimos, no se pone límite cuantitativo alguno. En consecuencia, están excluidas la indemnización de carácter penal o nominal que no tienen por objetivo la restitución al estado de cosas anterior.[116]

El pago de la indemnización debe ser honrado, salvo acuerdo de las partes en contrario, en la moneda del Estado demandante, a menos que éste solicite que se utilice la moneda propia del Estado que debe pagar la indemnización.[117] Las costas de la comisión de reclamaciones deben ser sufragadas por ambas partes, a no ser que la propia comisión decida otra cosa.[118]

Salvo que la comisión de reclamaciones considere necesaria una prórroga, la decisión o laudo de la controversia debe rendirse tan pronto como pueda y a más tardar, dentro del año siguiente a su constitución. Y debe además, exponer los motivos de su decisión o laudo.[119]

b. Valor jurídico de la decisión.

Como se llegó a un acuerdo sobre una comisión de reclamaciones obligatoria, era de esperar que también la decisión de la comisión fuera vinculante. Sin embargo, ello es así únicamente si las partes previamente acuerdan que la decisión sea firme y obligatoria. En caso de que no se logre un acuerdo en tal sentido, la comisión debe entonces formular un laudo definitivo "que tendrá carácter de recomendación y que las partes atenderán de buena fe".[120]

Independientemente de cualquier otra consideración, si la decisión final no es vinculante de por sí, sino que depende de un previo acuerdo expreso de las partes, surgen serias dudas sobre el verdadero valor de la totalidad de la Convención sobre Responsabilidad. Lo más que se podría decir es que el Estado reclamante que ha sufrido daños ocasionados por la actividad espacial, no tiene más derecho que el de esperar que el Estado responsable haga honor a la decisión, y voluntariamente acepte pagar la compensación. Consecuentemente, no puede decirse que "la Convención contenga un procedimiento efectivo por medio del cual la controversia sea definitivamente resuelta".[121]

El contenido de la disposición en comentario se explica por su origen. Se trata de un compromiso negociado en el seno del Subcomité Jurídico Espacial entre los Estados Unidos y la Unión Soviética. Los primeros hicieron saber que aceptarían que el derecho aplicable fuera el Derecho Internacional y los principios de justicia y equidad, si "la URSS aceptaba por su parte un proyecto sobre el arreglo de diferencias que comprendiera la presencia de un tercer árbitro en la Comisión de Reclamaciones, una sentencia obligatoria o no según el querer de las partes y la publicación de la sentencia. La URSS, al haber aceptado este acuerdo, . . .los otros miembros del Subcomité se vieron obligados a aceptar los términos, aunque sin entusiasmo".[122]

La ausencia de una decisión vinculante por sí misma podría considerarse un serio defecto de la Convención sobre Responsabilidad. No obstante, dentro del sistema jurídico de la comunidad internacional de nuestros días, no existe —como a nivel interno de los Estados— un poder de coerción que garantice la aplicación efectiva de las decisiones que puedan rendir los árbitros o los tribunales internacionales. Por consiguiente, y aunque sirva de poco consuelo, aun cuando se hubiera incluido en el texto la obligatoriedad de toda decisión final de la comisión de reclamaciones, la eficacia o su materialización dependería siempre de la buena fe del Estado declarado responsable. Se trata, en síntesis,

---

115. Artículo XII Convenio sobre Responsabilidad.

116. Se entiende por reparación punitiva la que por su cuantía tiende más bien, o además, a penalizar al infractor. La reparación nominal se atribuye para reconocer la existencia del derecho del reclamante cuando éste no ha sufrido un daño o perjuicio sustancial; es en realidad una recompensa.

117. Artículo XIII, Convenio sobre Responsabilidad.

118. Artículo XX, ib.

119. Artículo XIX, incisos 2 y 3. Como se verá seguidamente, se distingue entre decisión y laudo en razón del carácter vinculante o no, respectivamente, de la resolución final que pronuncie la comisión de reclamaciones.

120. Artículo XIX, inciso 2, ib.

121. FOSTER; supra, nota 5, pág. 175.

122. DELEAU; supra, nota 8, pág. 886.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de un defecto propio del sistema jurídico internacional en general.

Para mitigar la ausencia de una decisión vinculante se afirma que la obligación de publicar la decisión o laudo[123] contribuye a darle, si no el carácter legal que se requiere, sí la fuerza moral capaz de constreñir, aun a una potencia espacial, a cumplir con sus obligaciones internacionales de buena fe ante la comunidad internacional. Pero si así fuera, entonces no habría razón para negar a la sentencia de la comisión de reclamaciones el carácter vinculante de una verdadera obligación jurídica internacional.

CONCLUSIONES

El Tratado sobre Responsabilidad constituye un gran avance y un logro importante en el campo jurídico internacional. El mismo es fruto y refleja el compromiso entre, sobre todo, las dos grandes potencias espaciales: la Unión Soviética y los Estados Unidos de América. De ahí deriva en gran parte su valor en tanto que convenio internacional.

Desde una perspectiva normativa, dicho tratado contiene principios cuya aceptación a nivel internacional es muy relevante. La responsabilidad objetiva implica un reconocimiento de que ciertas actividades como las espaciales, por el riesgo que suponen, deben estar sujetas a un régimen particular. Este sólo podía ser establecido por medio de un tratado, ya que el Derecho Consuetudinario Internacional únicamente reconoce la responsabilidad por culpa.

El Tratado de Responsabilidad tiene la virtud de contener una definición muy amplia del "daño" y pocas limitaciones a la responsabilidad. Si bien es cierto, en relación con algunos aspectos como las interferencias en las telecomunicaciones, el daño moral etc., el tratado no es lo suficientemente explícito para incluirlos como fuente de responsabilidad, es lo cierto que no están excluidos expresamente y por ello es discutible su inclusión.

Por otro lado, se crea en el tratado en mención un procedimiento para la determinación de la responsabilidad bastante aceptable en el ámbito internacional, en donde los Estados son muy susceptibles en cuanto a mantener su soberanía. No sólo no se ha establecido un límite cuantitativo en punto al monto de la reparación, sino que se ha aceptado la idea de que se forme una comisión de reparaciones que pueda dictar una sentencia o dar una opinión sobre la responsabilidad y la eventual reparación por actividades espaciales. Asimismo, se ha establecido que el derecho aplicable es el Derecho Internacional.

Conviene reconocer, sin embargo, que dicho tratado no establece que la decisión de la comisión de reparaciones es obligatoria. Lo será únicamente si las partes así lo aceptan expresamente. Esta deficiencia le resta autoridad al tratado, pero ello no significa que pierda el valor y la importancia antes señalados.

Más aún, la falta de obligatoriedad en el fondo es un defecto propio de todo el sistema jurídico internacional. Y, contrariamente a la crítica señalada, la aplicación del Tratado de Responsabilidad en el caso del Cosmos 954 es una prueba irrefutable de su fuerza y su valor jurídico internacional.

BIBLIOGRAFÍA

BEREZWSKI; C. *Rules of liability for injury or loss caused by the operation of space vehicles,* II Diritto Aereo, 1962.

CHENG; B. *Liability for spacecraft,* Current Legal Problems, 1970, v. 23.

CHRISTOL; C. *International liability for damage caused by space objects,* American Journal of International Law, 1980, v. 74.

CHRISTOL; C. *Protection of space from environmental harms,* Annal of Air and Space Law, 1979, v. IV.

DALFEN; Ch. *Towards an International Convention on the Registration of Space Objects: the Gestation Process,* Canadian Year Book of International Law, 1971, v. IX.

123. Artículo XIX, inciso 4, Convenio sobre Responsabilidad. La comisión debe además, proveer una certificación para el secretario general de las Naciones Unidas y para cada una de las partes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DE BELLIS; S. *La caduta del satellite Cosmos 954 e la responsabilità dello stato de lancio,* Rivista de Diritto Internazionale, 1981, v. XLIV, fasc. 4.

DELEAU; O. *La convention sur la responsabilité internationale par des dommages causés par des objets spatiaux,* Annuaire Français de Droit International, 1971, v. XVII.

DELEAU; O. *La responsabilité pour des dommages causés par des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique,* Annuaire Français de Droit International, 1968, v. XIV.

DESAUSSURE; H. *An international right to reorbit earth threatining satellite,* Annals of Air and Space Law, 1978, v. III.

DIEDERIKS VERSCHOOR; I. *The legal aspects of the Space Shuttle,* Annals of Air and Space Law, 1976, v. I.

DURANTE; F. *Responsabilità internazionale e attività cosmiche,* Cedam, Padova, 1969.

EISMANN-COUSSIRAT-COUSTERE-HUR; *Petit Manuel de la Jurisprudence de la Cour International de Justice,* 4a. ed., Pedone, 1984.

FITZGERALD; *The participation of International Organizations in the Proposed International Agreement on Liability for damage Caused by Objects Launched into Outer Space,* Canadian Year Book of International Law, 1965, v. III.

FOSTER; W. *The convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects,* Canadian Year Book of International Law, 1972, v. X.

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

GALICKI; Z. *Liability of International Organizations for Space Activities,* Polish Year Book of International Law, 1972-3, v. V.

GOROVE; S. *Legal aspects of the Space Shuttle,* The International Lawyer, 1979, v. 13, núm. 1.

JASENTULIYANA; N. *A perspectives of the use of nuclear power source in outer space,* Annals of Air and Space Law, 1979, v. IV.

JENKS; W. *Liability for ultra-hazardous activities in International Law,* Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (La Haya), I, t. 117.

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

LAY-TAUBENFELD; *Liability and space activities: causes, objectives and parties,* Virginia Journal of International Law, 1966, v. 6, núm. 2.

MALIK; S. *Registration of space objects,* Indian Journal of International Law, 1969, v. 9, núm. 3.

MATEESCO; M. *Cosmos 954: pour une "zone orbitale de securitè"* Annals of Air and Space Law, 1978, v. III.

MATEESCO; M. *Droit Aérospatial, Les Télécommunications par satellites,* ed. Pedone, París, 1982.

McMAHON; J. *Legal Aspects of Outer Space,* British Year Book of International Law, 1962, v. XXXVIII.

NGUYEN-DAILLIER-PELLET; *Droit International Public,* 2a. ed., L.G.D.J., 1980.

OPPENHEIM; L. *International Law,* 8a. ed. de H. Lauterpacht, Longmans, Green and Co., 1955.

QUADRI; R. *Introduzione al Diritto Cosmico,* Atti del 1º Convegno Nazionale di Diritto Cosmico (1960), Giuffrè, Milano, 1963.

RAJSKI; J. *Responsabilité pour dommages causés par des objets spatiaux y compris l'abservation météorologique par satellites,* Revue Française de Droit Aérien, 1970, v. XXIV.

RODE VERSCHOOR; I. *General view on the problems studied and still to be studied in connection with responsability for the damage caused by space-craft,* Il Diritto Aereo, 1962.

RODE VERSCHOOR; I. *Recent developments regarding liability for damage caused by space-craft,* Il Diritto Aereo, 1962.

ROTHBLATT; M. *International liability of the United States for Space Shuttle operations,* The International Lawyer, 1979, v. 13, núm. 3.

ROUSSEAU; Ch. *Droit International Public,* T. V, Sirey, París, 1983.

THERAULAZ; J. *Le projet de convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, resultat des travaux du Sous-Comité Juridique des Nations Unies,* Revue Général de l'Air et de l'Espace, 1971, núm. 3.

VERPLAETSE; J. *Les rapports entre l'O.A.C.I. et le Droit Extra-atmosphérique,* Revue Général de l'Air et de l'Espace, 1970, núm. 4.

WADEGAONKAR; D. *Legal problems of outer space,* Indian Journal of International Law, 1969, v. 9, núm. 1.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA IMPORTANCIA DE LA PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE

DR. DANIEL GADEA NIETO

PLAN

Pág.

Introducción 62

Sección I: Las necesidades del delincuente 62
A. Necesidad de libertad 62
B. Necesidad de dignidad 62
C. Necesidad de coherencia 62
D. Necesidad de satisfacción de deseos. 63
E. Necesidades de identificación. 63

Sección II: Problemas de personalidad. 64
A. Desorganización de la personalidad 64
B. Problemas de adaptación. 64
1) Inadaptación al sistema
2) Inadaptación a la ley

C. Frustraciones y conflictos 65
1) La angustia
2) La culpabilidad
3) Estados agresivos

D. Problemas de identidad. 66
1) Conflicto entre el yo y el ello

E. Actitud de defensa. 66
1) La inhibición

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN.

A través de los tiempos, el delincuente ha sido rechazado, ha sido humillado, estigmatizado y olvidado por el Derecho Penal y por los estudiosos en campos identificados con la criminología y el derecho penitenciario.

Normalmente se ha creído y se ha venido sosteniendo que la persona que adecua su conducta a lo descrito por un determinado tipo penal debe ser objeto inmediato de la represión del Estado. El problema que se presenta es que dicha represión olvida de manera consciente o inconsciente a la persona que va ser objeto del castigo, pues se considera que el que infringe una norma tal vez no merece ser tratado con respeto. . . se le desprecia entonces y se le trata como objeto. . . como objeto de la represión.

Es importante cuestionarse en esta investigación la importancia de que se comprenda la personalidad del delincuente, haciendo primero una conceptualización de las necesidades inherentes al sujeto (sección I) y luego tratar de determinar qué consecuencias pueden surgir si el delincuente no es tomado en cuenta como persona (sección II).

SECCIÓN I. LAS NECESIDADES DEL DELINCUENTE.

Como un ser humano que es, el delincuente una vez que ha pasado el acto, necesita una serie de cuestiones fundamentales, sin las cuales él no podría subsistir. El delincuente detenido en cualquiera de los centros penitenciarios clama por una serie de prerrogativas que son esenciales para su personalidad.

"Una necesidad consiste en cierto tipo de relaciones del organismo o de la personalidad con el medio, relaciones que son indispensables para el buen funcionamiento de la personalidad".[1]

A. Necesidad de libertad.

Es necesario que el detenido posea un mínimo de libertad de escogencia. Debe haber libertad en todo aquello que se relacione con la personalidad del individuo. Sobre todo el detenido debe sentir que aunque él está jurídicamente privado de libertad, hay una serie de actividades que son dejadas a su libre arbitrio. Si esta mínima posibilidad de libertad no existe para el detenido, él puede ver en el organismo penitenciario como un ente arbitrario de control de la justicia. Este control puede ser incluso percibido como tendiente a influenciar el comportamiento del detenido, imponiéndole una pauta de conducta, tendiente a tocar su personalidad.

Esto puede traer como consecuencia que el detenido considere que la justicia criminal no se contenta sólo con el castigo del cuerpo (privación de libertad), sino que también se ataca la parte psíquica (control del alma).

B. Necesidad de dignidad.

Es lógico pensar que todo ser humano tiene una gran necesidad por la dignidad. Esto es muy importante, pues la dignidad conduce a la estima de sí mismo.

El detenido es una persona que trata debido a sus circunstancias de sentir que es alguien, que representa algo en ese mundo extraño en el cual él está sumido.

Esto es muy importante en cuanto a la personalidad del sujeto, que aunque es delincuente, no por ello se le debe privar de toda consideración y respeto. Un delincuente puede ser tratado dignamente cuando se le brinda todas las oportunidades para hacer más llevadera su vida en la prisión y cuando se le concede un apoyo jurídico suficiente para que él pueda tener todos los recursos que la ley le brinda, tanto para su defensa como para su posible reincorporación a la sociedad.

C. Necesidad de coherencia.

El detenido busca que exista una coherencia entre lo que él representa y su vida real. En este sentido el delincuente necesita que su situación presente le proporcione una especie de referencia con respecto a su situación futura, es decir, que el universo carcelario sea establecido de tal manera que dentro de él, el detenido vea con claridad y optimismo, una posible reintegración a la sociedad. De tal forma, los centros penitenciarios deben poner mucha atención a este respecto, pues no es conveniente que exista un divorcio total entre el universo penitenciario y la sociedad a la cual el sujeto tendrá que regresar algún día. No se trata de que haya una semejanza absoluta entre la prisión y la sociedad, sino que se incorporen dentro de este encierro obligatorio una serie de condiciones que recuerden la vida normal de la sociedad.

1. NUTTIN Joseph, *La structure de la personnalité*, P.U.F., París, 1968, pág. 225.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

D. Necesidad de satisfacción de deseos.

Como todo ser humano, el detenido necesita que se le conceda aunque sea en prisión un mínimo de elementos para satisfacer sus deseos más elementales. Hay una serie de deseos que el detenido reivindica como esenciales para su existencia y entre ellos está la posibilidad de recibir la visita de sus familiares con mayor frecuencia. Es necesario señalar que las privaciones excesivas de los deseos desembocan en una exigencia continua de satisfacción.

En realidad esto hace referencia y complementa un poco el punto anterior, pues el detenido pretende que se satisfagan una serie de deseos, para no sentir tanto el cambio de su vida, con el nuevo *status* de prisionero.

Para ello sería conveniente establecer un análisis en todo centro penitenciario y ver qué tipo de incentivos se pueden mejorar en ese sentido, para que los deseos del detenido que se puedan acordar, lo acerquen a la sociedad en vez de alejarlo.

E. Necesidades de identificación.

La vida del detenido se presenta de tal manera que hay una inmensa necesidad para él de tener cosas con las cuales él se pueda identificar.

"La identificación indica un tipo de relación con los objetos, es decir, es un estado más que un proceso".[2]

El detenido puede perfectamente adaptar su vida a la prisión cuando hay algo en ese mundo sórdido que le permite la identificación, lo cual evidentemente lo hace soportar el tiempo que le queda de cumplimiento de la pena.

La situación se vuelve más clara si se señala que debe haber algo en el centro penitenciario que permita al detenido establecer una relación entre ese objeto y su personalidad.

Como corolario de todas estas necesidades, podemos afirmar que el detenido es una persona que debe ser motivado constantemente, es decir, él necesita ser alguien y sobre todo se da un deseo de formar parte de la vida de los demás. Un detenido puede sentirse tratado como un ser humano, bajo la condición de que se respeten sus necesidades fundamentales.

Cualquiera que sea el régimen que se aplique, ya sea la prisión curativa o la prisión punitiva, si se satisfacen las necesidades elementales del detenido, éste no tendrá ningún tipo de problema de desadaptación, ni en la prisión, ni en la sociedad del mañana.

"Todas las necesidades y motivaciones de la personalidad deben ser concebidas dentro de un cuadro de relaciones existente entre las personas".[3]

Por ello esa relación entre las personas (detenido-sistema penitenciario) puede contribuir a la afirmación de la personalidad del sujeto. Es lógico que todo detenido va a estar tranquilo cuando sus necesidades elementales han sido satisfechas.

De tal modo es necesario que todo suceda en un contexto coherente en donde las necesidades pueden ser ejercidas en forma normal.

En ese sentido se puede afirmar que un sistema penitenciario se encuentra bien orientado, cuando los detenidos encuentran en el sistema mismo, las condiciones indispensables para el desarrollo de su personalidad. Todo ello es posible en la medida en que los detenidos dispongan de los medios y de la comprensión necesaria, a la satisfacción de dichos deseos que ellos consideran como vitales.

Es muy importante pues acordar una gran importancia a la motivación y al apoyo del detenido, en el sentido de que es necesario brindar todo tipo de ayuda para la expansión y conformidad de su personalidad. Es una motivación necesaria que encuentra su importancia, en tanto que medio de afirmación de la personalidad.

La necesidad para el detenido de afirmar su personalidad implica también el concepto de responsabilidad. La noción de responsabilidad nos lleva a cuestionarnos sobre el problema del desarrollo de la vida del detenido en prisión. Esta vida es un poco de tipo infantil, en el sentido de que el detenido no organiza, pues generalmente ya todo está planificado. Es lógico pensar que en un sistema así, se suprime toda posibilidad de iniciativa y de espontaneidad. Por ello, sería muy beneficioso capacitar al detenido a escoger ciertas cosas bajo su entera responsabilidad.

En tal sentido la idea de responsabilidad en el detenido se encuentra muy difundida dentro de la doctrina actual de la defensa social. Esta concepción se basa en una apreciación objetiva que conlleva la necesidad de conceder la libertad al individuo. El sujeto que aunque se encuentra encerrado, se siente libre, lo lleva a la conclusión de que él existe y esto contribuye a afirmar su personalidad.

Por tal motivo, si se permite al individuo escoger ciertas cosas, se le está enseñando a ser responsable. Todo esto hace comprender al detenido que en la vida cotidiana, siempre hay algo que escoger.

---

2. BLUM Gerard S., *Les théories psychanalitiques de la personnalité*, París, 1955, pág. 41.
3. NUTTIN J., *op. cit.*, pág. 220.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Llevando dicho asunto a su máxima expresión, se puede tratar al final de dicha etapa de hacer que el detenido comprenda la diferencia entre el bien y el mal.

Es necesario que todo sistema penitenciario trate de encontrar una técnica que permita al individuo conocer el sentimiento de libertad, para ayudar a los detenidos a aprender el concepto de responsabilidad, lo cual incluso será beneficioso a la hora del reencuentro con la sociedad.

Pero si las necesidades son importantes para la afirmación de la personalidad del detenido, hay una serie de obstáculos que vienen a provocar problemas en la personalidad del detenido.

SECCIÓN II. PROBLEMAS DE PERSONALIDAD.

El problema que se presenta para el sujeto que ha pasado al acto, es el choque que se da con el nuevo universo, es decir, el mundo de la prisión.

En efecto, el sujeto se ve confrontado de un día para otro con un ambiente que lo aleja de sus conocidos y sus familiares. Cuando la justicia dicta la condena, el detenido experimenta una situación particular, en el sentido de que se le ha aislado de la comunidad.

El delincuente deja de formar parte de una sociedad por haber desconocido sus leyes. El día anterior, él estaba tal vez con su familia, parientes y amigos. Al día siguiente todo ello quedó en la nada.

Por ello, la prisión le señala al detenido que algo ha cambiado en su vida, algo que por cierto tiempo y en cierta forma va a influir en su pensamiento y en sus relaciones de hombre. A partir de ahora el detenido será el hombre del encierro.

Desde esta perspectiva, el sujeto sufre una serie de problemas de personalidad a saber: desorganización de la personalidad, problemas de adaptación, frustraciones y conflictos, problemas de negación y actitudes defensivas.

A. Desorganización de la personalidad.

El solo hecho de llegar a una prisión representa por sí solo, un choque para el detenido. El solo aspecto de convivir con gente extraña es ya un factor de desorden para la personalidad del detenido.

Por otra parte, el detenido va a estar sujeto a una serie de obligaciones que van a ser impuestas por el centro penal. Es bien reconocido actualmente que el hombre no se siente nada bien, cuando está obligado a hacer algo.

La prisión supone primeramente que el detenido debe acatar lo que se le imponga, pues en prisión se debe cumplir sin cuestionar lo que se pide.

Toda obligación de hacer algo supone en este sentido que el individuo va a realizar algo contra su propia voluntad. Por ello, la personalidad del detenido no podrá encontrar un terreno de equilibrio dentro de la prisión.

Cuestiones afines a la desorganización de la personalidad se producen en cuanto a las dificultades que encuentra el detenido para su adaptación.

B. Problemas de adaptación.

Decimos que un individuo está adaptado cuando "el desarrollo de sus posibilidades individuales alcanza un máximo adecuado, sin que la relación que el sujeto guarda con el medio se vea perturbada de manera duradera, o mejor dicho, cuando su desarrollo individual concurre al desarrollo del cuerpo social".[4]

De tal forma esto nos lleva a señalar que el detenido debe poder desarrollar el máximo de su personalidad.

Los problemas de adaptación surgen a esa nueva vida en comunidad, conglomerado que no ha sido escogido ni deseado por él. Esto crea una situación de inconformidad y de desacuerdo. Entonces el detenido entra en conflicto con la realidad, pues él quisiera concebirla de otra manera.

La inadaptación se presenta para el detenido en la situación que se produce cuando hay una oposición profunda entre sus propias exigencias y las exigencias de la administración penitenciaria.

El detenido tiene muchos de sus problemas de adaptación cuando se le limita toda posibilidad de escogencia y de espontaneidad.

Los problemas de adaptación que surgen en los detenidos, están ligados a una reducción del potencial individual de cada detenido, de sus necesidades y deseos, simplemente porque el medio en el cual él se encuentra, es un medio en donde la posibilidad de escogencia y de libertad está restringida.

Esto nos lleva a concluir que el problema de la adaptación responde a la restricción de la libertad de un sujeto en situación.

"La cuestión se plantea en el nivel de relaciones intersubjetivas, interpersonales, intergrupos, y a nivel de la comunicación entre el sujeto y el medio".[5]

---

4. FAU René, *Les groupes d'enfants et adolescents*, P.U.F., 1959, pág. 12.
5. LANG Jean L., *L'enfance inadaptée*, P.U.F., París, 1968, pág. 3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Entonces el problema no se plantea desde un punto de vista unilateral del detenido, ni del medio ambiente, sino más bien de la relación bilateral (dialéctica detenido-medio).

El problema de la adaptación del detenido proviene de una insuficiencia del medio, el cual no puede satisfacer todos los deseos del sujeto.

En ese sentido se producirá un conflicto prolongado entre las exigencias de la personalidad y las imposiciones del medio.

Se puede decir que el problema de adaptación para cada detenido se establece de la falta de integración del individuo a un doble sistema normativo: de una parte el sistema penitenciario y por otro lado una inadaptación a la ley.

1. Inadaptación al sistema.

La inadaptación al sistema provoca en el detenido un sentimiento de impotencia, luego de inferioridad que conduce finalmente al rechazo del sistema penitenciario.

Este rechazo hacia el sistema es muy grave desde el punto de vista de la posible readaptación del detenido, pues si se rechaza el sistema, se rechaza la sociedad, pues es lógico que el detenido ve en el sistema un instrumento represivo utilizado por la sociedad.

Esta inadaptación presenta el riesgo de que puede perturbar la vida normal del detenido.

2. Inadaptación a la ley.

La ley puede ser concebida por el detenido como un conjunto de reglas impuestas por un grupo de personas ajenas a su realidad, es decir, por un grupo de individuos que provienen de un estracto social y cultural diferente al de la mayoría de los delincuentes en Costa Rica.

El problema de la adaptación a la ley tiene dos facetas: el detenido debe integrarse a la ley, pero ésta también debe tomar en cuenta al individuo como persona.

Toda esta problemática en torno al detenido se refleja en una serie de frustraciones y conflictos que se producen.

C. Frustraciones y conflictos.

"La frustración es un estado afectivo que se produce cuando una satisfacción se encuentra bloqueada por la presencia de un obstáculo percibido como frustrante".[6]

El concepto de frustración puede explicarse por una exigencia de satisfacción.

La frustración puede revestir diversas formas más o menos intensas para el detenido. Puede tomar aspectos de angustia, de culpabilidad y hasta provocar estados agresivos.

1. La angustia.

La frustración suscita en el detenido un estado de tensión que puede llegar a una situación angustiosa. Esto es producto muchas veces en los establecimientos penitenciarios de Costa Rica de situaciones ligadas a la comodidad: detenidos que por falta de espacio tienen que compartir su cama, o cuando no hay las condiciones de vida mínimas para hacer menos difícil la vida en prisión.

"La angustia es un estado particular de ausencia de placer, acompañado de acciones de descarga".[7]

El detenido sumido en una situación angustiosa puede llegar a realizar lo que se conoce como "la repetición del pasado", es decir, soñar en los momentos privilegiados en los que él poseía todo tipo de comodidad, por lo menos la mínima.

Por eso suele señalarse que la angustia puede aparecer como una reacción a la ausencia de un determinado objeto de placer o de deseo.

2. La culpabilidad.

La frustración en la cual está sumido el detenido, lo lleva muchas veces a experimentar un fuerte sentimiento de culpabilidad. Esto provoca una serie de conflictos profundos que vienen difícilmente a calmar su personalidad turbada.

Ser culpable significa estar en deuda en relación con alquien o en relación con alguna cosa.

Todas esas circunstancias especiales provocan también una especie de temor en el detenido, temor que se refleja por un miedo interno hacia el castigo. En ese sentido se presenta una situación especial para el detenido, pues la culpabilidad provoca a nivel interno, la muerte de una parte del individuo. Esto es así porque el sujeto que ya ha pasado al acto, ya no va a ser el mismo, pues una parte de él mismo está contaminada y esa parte se siente culpable.

3. Estados agresivos.

Aquí se trata de la famosa ley, frustración-agresión de Dollard, Miller y Sears, la cual establece una relación directa entre la frustración, cualquiera que sea la forma y las conductas de agresividad.

---

6. **BADIN Pierre**, *Les aspects psychosociaux de la personnalité*, **Socioguides, Le Centurion, París, 1977, pág. 180.**
7. **FREUD Sigmund**, *Inhibition, symptome et angoisse*, **P.U.F., París, 1960, pág. 56.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"En efecto, la existencia de un comportamiento agresivo presupone siempre la existencia de la frustración e inversamente, la existencia de la frustración se orienta siempre a alguna forma de agresión".[8]

Así pues, los estados agresivos que puede tener el detenido pueden ser variados y tomar la forma de una combatividad ardiente, de hostilidad y llegar hasta una rabia excesiva.

Dichos estados agresivos son la consecuencia de una imposibilidad para el detenido, de actuar de la manera que él quisiera. Las reacciones agresivas se traducen simplemente en la imposibilidad para el individuo de realizar algún tipo de adaptación con lo real.

"Su esencia es de ser respuestas emocionales, es decir, de traducir la incapacidad del organismo de organizarse de una forma útil".[9]

Estas respuestas emocionales se producen porque la personalidad del detenido se encuentra en una situación conflictiva.

Las contradicciones que todo detenido tiene pueden ser las responsables de una serie de conflictos individuales, difíciles de resolver.

D. Problemas de identidad.

El detenido tiene necesidad de un proceso de confrontación, o sea, establecer una relación entre los objetos y su identidad. Este proceso estaría compuesto por todos los aspectos de la vida del detenido que se relacionan con la personalidad, de manera que puedan servir de apoyo a la identidad.

La identidad de un individuo puede verse confrontada a una crisis, cuando no se encuentran los elementos necesarios de reacción para hacer frente a dicha crisis. Todos esos posibles elementos de reacción desaparecen o son inexistentes para el detenido.

El detenido sumido en una crisis de identidad, va a encontrar numerosos obstáculos para poder establecer una definición adecuada de sí mismo. Hay que recalcar que cuando la definición de uno mismo es muy difícil de establecer, surge un sentimiento de confusión que hace que el sujeto no sepa del todo cuál es su verdadera identidad.

Por ello el detenido se va a encontrar en una situación de confusión total que trae como consecuencia directa, el hecho de desequilibrar su identidad.

Es muy lógico en ese sentido que el problema de identidad provoca una especie de conflicto entre el "yo" y el "ello".

Conflicto entre el yo y el ello.

La evaluación de sí mismo depende para muchas personas de la comparación consciente o inconsciente con un ideal. El individuo hace un análisis del yo y del ello, para establecer lo que a él le gustaría ser.

"El ello es el conjunto complejo de la personalidad que engloba lo consciente y lo inconsciente".[10]

Para el detenido todo análisis entre el yo y el ello es delicado, en cuanto él ha sido estereotipado y borrado del mundo de la sociedad normal.

El conflicto entre el yo y el ello, nos lleva al problema de la percepción de sí mismo del detenido, en el sentido de entidad autónoma distinta o diversa del medio ambiente. En dicha situación es muy difícil para un detenido distinguirse o diferenciarse de los otros sujetos que componen su medio y por dicha razón no puede ser autónomo.

Cuando se hace una evaluación entre el yo y el ello y se llega a la conclusión, de que esto no es conforme con lo que uno quisiera ser, una serie de mecanismos automáticos aparecen para asumir una actitud de defensa.

E. Actitud de defensa.

Para proteger su imagen, el ego va a establecer una serie de defensas particulares:

> "Nos protegemos a nosotros mismos para preservar la imagen ideal que tenemos de nosotros por medio de una serie de defensas y escapes. Esta defensa constituye una protección de nuestro amor propio, por el respeto y estima que cada uno tiene de sí mismo".[11]

Ciertos autores hablan de "estima de nosotros mismos" y otros emplean el término "estima de sí", pero en realidad hay un acuerdo total para señalar que los mecanismos de defensa funcionan como un procedimiento destinado a proteger el fenómeno de evaluación positiva que uno establece de sí mismo.

Si los mecanismos de defensa comienzan a funcionar, es porque el detenido siente que tiene algo que defender.

---

8. **FILLOUX Jean C.**, *La Personnalité*, **P.U.F., París, 1967, pág. 38.**
9. **Ib., pág. 38.**
10. **JUNG Carl G.**, *Le probleme de la conscience du moi*, **Alcan, París, 1893, pág. 41.**
11. **MASLOW Abraham**, *Vers une psychologie de l'être*, **Fayand, 1972, pág. 69.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Dentro de los mecanismos de defensa, el ego actúa en forma plena:

"Es un proceso automático que reviste el carácter de una resistencia activa".[12]

La defensa del yo se transforma por la misma situación en una oposición directa hacia los individuos que establecen las presiones. Por ello, el detenido puede rechazar todos los esfuerzos destinados a readaptarlo y ver en los otros, enemigos en potencia.

En ese sentido, se puede evocar el concepto de reflejo intencional de Piaget, según el cual surge en el individuo una actitud espontánea de rechazo, cuando le molesta algún tipo de situación. El individuo cree que hay una voluntad activa que ha provocado dicho acontecimiento y esto lo coloca en posición de legítima defensa. Este aspecto de reflejo intencional deforma totalmente la idea que el detenido va a tener de los demás, pues ello conduce a reducir la voluntad de los demás, en una voluntad amenazadora.

Para Etienne de Greef, el reflejo intencional nos lleva a ver siempre en los demás una voluntad amenazante y esto se dirige hacia el rechazo:

> "Este instinto no puede actuar verdadera y eficazmente, si no se encuentra previamente condicionado por una actitud del espíritu que tiende a percibir todo acontecimiento, como una intención dirigida hacia nosotros".[13]

El concepto de reflejo intencional se produce cuando, el instinto de defensa crea en el individuo una orientación de la actividad relacionada con fenómenos psíquicos, que si llegan a la conciencia, reciben el nombre de actos intencionales.[14]

En realidad el punto clave respecto al reflejo intencional es la tendencia del sujeto a proyectar una intención hostil en todo y a sustituir esta intención a la realidad.

Desde el punto de vista del instinto de defensa, la personalidad del vecino es representada por una voluntad consciente, que contiene una agresividad permanente y un interminable poder de hostilidad.[15]

La creencia de ver en los demás una voluntad siempre amenazadora y hostil, es concebida como un refuerzo a las medidas de defensa.

Los mecanismos de defensa del ego en la inhibición, la negación y la defensa orientada hacia el cuerpo.

1. La inhibición.

La inhibición es la expresión de una limitación funcional del ego. Esta es el producto de un mecanismo que tiene lugar, cuando el ego está sometido a una labor psíquica particularmente difícil, como por ejemplo una represión.

El ego se empobrece a tal punto que pierde la energía.[16] Todos estos problemas en relación con la identidad del detenido, conducen a una pérdida de energía que se traduce en la inhibición. Este es el caso del individuo que ya nada le importa y que pierde todo interés en el curso de su vida. Esto puede denominarse un mecanismo de desplazamiento que adquiere la forma de una falta de pretensión.

La inhibición puede también conducir al detenido a sentirse inferior, como producto de un vacío o de una ausencia de algo.

El sentimiento de inferioridad proviene del conflicto del individuo mismo, con el "ello".

2. La negación como defensa.

Es en las situaciones en donde parece imposible de escapar a presiones que el sujeto llega a un estado de negación.

El procedimiento se presenta para el individuo como un proceso de evasión. En lugar de percibir la impresión que molesta, el ego puede escaparse evitando así toda ocasión de sufrimiento. Este es el caso del detenido que aparenta estar amoldado a su suerte. En realidad, el detenido no hace más que acomodarse "aparentemente" a la situación.

3. Defensa a través del cuerpo.

En este mecanismo de defensa, el procedimiento es dirigido hacia el cuerpo del detenido, para tratar de salvar el último chance de respeto por la identidad. Este tipo de acción es entonces un último recurso para el detenido de mostrar y afirmar su personalidad; es por así decirlo un último grito de desesperación.

Entonces puede establecerse una relación entre la defensa de sí mismo y la actitud que muestran ciertos detenidos con su cuerpo. Estos detalles

---

12. **FREUD Anne**, *Le Moi et les mécanismes de défense*, **P.U.F., París, 1969, pág. 31.**
13. **DE GREEF Etienne**, *Les instincts de défense et de sympathie*, **P.U.F., París, 1947, pág. 77.**
14. **DE GREEF Etienne**, *op. cit.*, **pág. 78.**
15. **Ib., pág. 92.**
16. **FREUD S.**, *op. cit.*, **pág. 5.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los podemos observar en la obra "Los Miserables", cuando el célebre autor Víctor Hugo describe a los presidiarios:

> "Se podía ver los pechos velludos y a través de los harapos se veían tatuajes".[17]

Entonces el tatuaje puede significar para el detenido un medio de guardar su propia identidad:

> "Hay un medio de tener un vestido personal inalienable y este medio ha sido empleado todo el tiempo, es el tatuaje: ponerse un tatuaje es fabricar una tela piel-vestido con propiedades múltiples. Viste y protege; es el objeto más social y a su vez más íntimo".[18]

Por ello, el tatuaje representa la esperanza, el último chance en la verdadera lucha que se establece entre el detenido y aquellos que quieren imponerle algo contra su voluntad, con el objeto de que no se borre por completo su identidad.

Este mecanismo de defensa hacia el cuerpo es un verdadero combate que hay que ganar, el detenido debe mostrar a los demás que es alguien.

Muchas veces estos tatuajes pueden asumir la forma de una verdadera actitud de rabia:

> "Los tatuajes que acompañan el pecho de los criminales decían: "vencidos pero no domados".[19]

Por otra parte es bastante interesante anotar que ya desde la época del célebre Cesare Lombroso, éste estableció una relación entre el tatuaje y los delincuentes:

> "En general, los hombres que tienen dibujos en las partes íntimas son los presidiarios".[20]

Ciertos autores afirman que esta relación entre el tatuaje y el criminal tiene incluso origen en el medio carcelario:

> "Es la prisión y no tal o tal tendencia criminal la que inspira el acto del tatuaje".[21]

CONCLUSIÓN

Ha quedado demostrado el cuidado que deben tener las diversas instituciones que tienen relación estrecha con el delincuente, porque dependiendo de las políticas que se tomen hacia una posible reinserción en la sociedad, así como las actitudes del personal en contacto constante con el detenido, ello puede afectar de una manera muy sensible la personalidad del delincuente. No queda definitivamente otra salida que capacitar, informar y educar a los agentes que laboran dentro del sistema represivo para que comprendan que el material con el que trabajan, no es un mero objeto, sino que un ser humano. . . aunque se le llame delincuente.

BIBLIOGRAFÍA

BADIN Pierre, *Les aspects psychosociaux de la personnalité,* Socioguides, Le Centurion, París, 1977.

BLUM Gerard, *Les théories psychanalitiques de la personnalité,* París, 1955.

BOURDEAU L., *Historia del vestido,* Alcan, París, 1904.

BUFFARD S., *Le froid pénitentiaire,* Editions du Seil, París, 1984.

DE GREEF Etienne, *Les instincts de défense et de sympathie,* P.U.F. París, 1947.

FAU René, *Les groupes d'enfants et adolescents,* P.U.F. 1959.

17. HUGO Víctor, *Los Miserables,* Obras Completas, París, 1881, pág. 150.
18. BUFFARD D., *Le froid pénitentiaire,* Editions du Seuil, París, 1984, pág. 124.
19. BOURDEAU L., *Historia del vestido,* Alcan, París, 1904, pág. 124.
20. JAF, *Les tatouages,* Collection de Psychologie Populaire, París, pág. 25.
21. Ib., pág. 27.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

FILLOUX Jean C., *La personnalité,* P.U.F. París, 1967.

FREUD Anne, *Le Moi et les mécanismes de défense,* P.U.F. París, 1969.

FREUD Sigmund, *Inhibition, symptome et angoisse,* P.U.F. París, 1960.

HUGO Víctor, *Los Miserables,* Obras Completas, París, 1881.

JAF, *Les tatouages,* Collection de Psychologie Populaire, París.

LANG Jean L., *L'enfance inadaptée,* P.U.F. París, 1968.

MASLOW Abraham, *Vers une psychologie de l'être,* Fayand, 1972.

NUTTIN Joseph, *La structure de la personnalité,* P.U.F. París, 1968.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL DERECHO DE DEFENSA

LIC. DANIEL SALAZAR VILLEGAS

ÍNDICE

Pág.

Introducción 72

Génesis y desarrollo del reconocimiento de los derechos del hombre 72

Derecho constitucional y garantías individuales. 72

Derecho de defensa 73
A. Breve reseña histórica. 73
B. Concepto de Derecho de defensa en materia penal 74
C. Defensa material y defensa técnica o formal 74

Fundamentos constitucionales del derecho de defensa 76

Capítulo de derechos y garantías individuales de la Constitución Política de Costa Rica de 1949 76
A. Antecedentes 76
B. Derechos y garantías individuales 77
C. La libertad 77

Derecho de defensa en Costa Rica. 78
A. Sistema político 78
B. Sistema procesal 78
C. Artículo 39 de la Constitución Política 78
D. Igualdad ante la ley y derecho de defensa. 79

Conclusiones 80

Bibliografía 81

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Con el presente estudio sobre los "Fundamentos Constitucionales de la Defensa", se pretende no sólo señalar los principios que determinaron su inclusión en el Capítulo de Garantías Individuales de nuestra Constitución Política, sino analizar también si estamos en presencia de un mero enunciado sin desarrollo en la ley procesal y sin instituciones que le hagan cobrar vida, o si por el contrario responde a una realidad jurídica. Se estudiarán también los bienes jurídicos protegidos y los mecanismos que se han puesto a disposición del individuo para garantizarle la igualdad ante la ley. Aunque el objeto de la investigación se circunscribe únicamente a la legislación costarricense, resulta imposible abstraerse por completo y pretender ignorar el difícil y tortuoso camino del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en la evolución constitucional. Del mismo modo deviene en obligatorio el planteamiento del eterno y siempre actual problema de la lucha entre la libertad y la autoridad.

GÉNESIS Y DESARROLLO DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

Desde los orígenes de la historia de la humanidad, el hombre organizado socialmente ha vivido en constante lucha con los detentadores del poder, a fin de que se le reconozcan y respeten sus derechos frente a la ilimitada autoridad del Estado. El camino ha sido sumamente lento y plagado de obstáculos.

Las soluciones han ido emergiendo y cobijando parcialmente a determinados grupos sociales. Lo que para unos constituye una gran conquista, para otros se torna en insuficiente, añejo y obsoleto.

En la Edad Antigua, los manifiestos o declaraciones de derechos brillaron por su ausencia, pero el amo, el señor, el gobernante siguió considerando al hombre como tal en la medida en que cumpliera con los deberes que le imponía, los cuales generalmente eran para su provecho y servicio.

Con la propagación de la organización feudal durante la Edad Media surgen pactos o acuerdos que contienen y reconocen derechos y deberes mediante los cuales se comprometen recíprocamente el soberano y sus feudatarios. Nótese que este pequeño avance "beneficia" únicamente a un estamento de la sociedad, en tanto que el resto de la población seguía desamparada y ayuna de defensa frente al ilimitado poder de los gobernantes. Sin embargo, todo no era oscuridad y en forma pausada fueron viendo la luz algunas proclamas y declaraciones que aunque sin alcance universalista enunciaban derechos de los ciudadanos e imponían limitaciones a la Autoridad. Por ese sendero se siguió hasta que la doctrina filosófica que reconocía al individuo derechos naturales inviolables y eternos determinó la proclamación de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y que tuvo lugar en Francia en el año de 1789. En esta Declaración encontramos ya postulados de valor absoluto y universal.

En las postrimerías del siglo XVIII las Constituciones escritas se ponen *en boga* y en adelante con la palabra "Constitución" y el adjetivo "Constitucional" se designan aquellos regímenes en los que autoridad y libertad se limitan mutuamente. En el curso del siglo siguiente los derechos y deberes de los ciudadanos se incorporan a los textos de las Constituciones y se opera así la transformación de las tradicionales fórmulas abstractas, en normas jurídicas positivas, valederas y aplicables a los ciudadanos particulares de los distintos Estados.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y GARANTÍAS INDIVIDUALES

Se ha expresado que el Derecho Constitucional es una rama del Derecho Político que comprende las leyes fundamentales del Estado, mediante las cuales se determinan la forma de gobierno, la organización de los poderes públicos y los derechos y deberes de los individuos. Su misión es la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de "organizar, en el marco del Estado-Nación, una coexistencia pacífica del poder y de la libertad".[1] Nótese que es un verdadero conciliador entre las insaciables ansias de autoridad de quienes detentan el poder y el derecho de los administrados a impedir abusos y defender su libertad. Aunque generalmente se acepta su naturaleza conciliadora y equilibrada, algunos le han situado en una posición polarizadora al definirle ya sea como "técnica de la autoridad" o como "técnica de la libertad". Es claro que la primera concepción resulta muy halagadora a los intereses de los gobernantes, pero en vista de que la autoridad encuentra su justificación en el interés de los gobernados, estimo más atinado que se le tenga como técnica de la libertad, sin que ello implique que no se le deban poner límites para evitar caer en la anarquía. El hecho de que el hombre esté obligado a vivir en sociedad y por ende a someterse a restricciones que no le perjudican y que al mismo tiempo benefician a los demás, no implica que debe anularse en su individualidad, ya que tiene el derecho e incluso el deber de realizar su destino individual y para ello el Estado debe procurarle el ambiente y los medios necesarios, siempre y cuando no devengan en detrimento del interés general.

Casi todas las Constituciones modernas tienen un capítulo dedicado a las garantías individuales, cuyo alcance filosófico es el de permitir la plena realización del hombre en un marco de libertad. Sin embargo, su existencia real dependerá del sistema político imperante y de la preponderancia que se le dé al Estado o al hombre. En los sistemas políticos totalitarios la disposición constitucional no pasará de ser un bello enunciado inoperante que ha cedido ante el absorbente y preponderante poder reconocido al Estado, es decir, el hombre pasa a ocupar un segundo plano. En los Estados de democracia liberal prevalece el interés de la persona frente al Estado, cuya misión es la de funcionar en beneficio de los individuos que lo integran siempre y cuando no se lesionen iguales derechos de otros individuos. En resumen, en estos sistemas los ciudadanos tienen un margen mayor de libertad que es, ciertamente, la ventaja esencial de los regímenes occidentales. Pero no debemos engañarnos, también en algunos Estados de democracia liberal muchas de las garantías individuales se tornan en letra muerta. Al respecto, Maurice Duverger, ha dicho que:

"En ciertos Estados, la Constitución casi no es aplicada y así se ha podido hablar a este respecto de "Constituciones Programa". Incluso cuando es aplicada y se trata de una verdadera "Constitución-Ley", la aplicación no es tan rigurosa. . .".[2]

En consecuencia, hay que concluir que en todos los sistemas políticos encontramos Constituciones que no van más allá del papel que las contiene y que en todo caso, aun cuando estemos en presencia de una verdadera Constitución-Ley difícilmente su cumplimiento será estricto y riguroso en un todo.

Después de las anteriores consideraciones, creo no equivocarme al afirmar que en Costa Rica contamos con una Constitución Ley y que al Capítulo de Garantías Individuales se le ha dado el necesario desarrollo legal e institucional que garantiza el respeto a la libertad, entendida en sentido lato.

El derecho de defensa se ha convertido en un instrumento real y efectivo al servicio del hombre para la protección de aquel bien jurídico.

En otros puntos del presente estudio se hará una exposición del derecho de defensa en general y de inmediato se entrará a analizar su regulación en nuestra Ley Fundamental.

DERECHO DE DEFENSA

A. Breve reseña histórica.

El derecho de defensa es tan antiguo como el hombre mismo y ha sido considerado como un derecho natural de obligatorio reconocimiento y positivización por parte de los diversos ordenamientos jurídicos.

Al superarse la etapa inicial de la historia de la humanidad en la cual los hombres se hacían justicia por su propia mano y, una vez que se empezaron a crear mecanismos legales para dirimir las divergencias que surgían entre ellos, nació también el cuestionamiento de la solución que se debía dar a la necesidad de *defensa* que experimentaban quienes se veían involucrados en aquellos conflictos. Fueron apareciendo así distintos personajes que se hacían cargo de aquella noble misión, la cual se vio

1. HAURIOU, A. *Derecho Constitucional e Instituciones Jurídicas*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, pág. 36.
2. DUVERGER, M. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ediciones Ariel, 1970, pág. 60.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

engrandecida en un inicio debido a que su único móvil se centraba en el honor que deparaba a quienes la cumplían. Es así como en Roma, donde la abogacía se define como profesión, el letrado presta sus servicios al humilde obteniendo a cambio solamente honor y consideración. Claro está, que con el correr del tiempo el honor fue cediendo ante el interés justificado de la paga y este giro en la situación planteó la solución de un nuevo problema: ¿Cómo mantener el equilibrio entre el pobre y el rico frente a la Administración de Justicia, a efecto de dar fiel cumplimiento al principio de Justicia Social? Este problema ha encontrado respuesta en varias instituciones, pero no debe pasar inadvertido que por razones de política criminal y dependiendo de la filosofía que ha inspirado a los regímenes a lo largo de la historia, la defensa ha sido efectiva en algunos casos y lugares y totalmente anulada o inexistente en otros.

En nuestro país, las desigualdades de índole económica y las que se derivan de la posición del acusado frente al órgano acusador, se equilibran y resuelven a través de la defensa técnica, tanto de oficio como pública.

B. Concepto de derecho de defensa en materia penal.

El derecho del hombre de desenvolverse en forma plena en todos los ámbitos de la vida, ha creado en él la necesidad de procurar y desarrollar mecanismos de defensa que le permitan repeler la agresión para evitar los perjuicios que de ella se deriven. Este sentimiento ontológico que le acompaña a lo largo de toda su existencia encuentra distintas respuestas dependiendo de la naturaleza de la causa generadora que dio origen a la lesión irrogada.

Ahora bien, el concepto de derecho de defensa en materia penal va estrechamente ligado al de imputado, debiéndose entender por tal ". . .el sujeto esencial de la relación procesal a quien afecta la pretensión jurídico-penal deducida en el proceso; pero asume esa condición —aun antes de que la acción haya sido iniciada— toda persona detenida por suponérsele partícipe de un hecho delictuoso o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento".[3]

Los elementos que integran la anterior definición evidencian la necesidad, importancia y fin del derecho de defensa. Obsérvese que se habla de un hombre a quien se le supone partícipe de un hecho delictuoso en virtud del cual, se establece una pretensión jurídico-penal que pone en peligro su libertad. Ahora bien, si el Estado ha reconocido el derecho de libertad del hombre, el fundamento del derecho de defensa se ubica en ese reconocimiento puesto de manifiesto en los mecanismos con que el Estado dota al individuo para que haga valer y respetar su derecho a la libertad. Si existe libertad como valor real reconocido y respetado por el poder público, necesariamente debe existir, en forma efectiva y no abstracta, el derecho de defender ese preciado bien jurídico, superado únicamente por el derecho a la vida.

El jurista Alfredo Vélez Mariconde conceptúa la defensa como ". . .el derecho público individual (del imputado) de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; y que también constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído y defendido".[4]

A continuación trataré en forma breve los "tipos de defensa" (técnica y material) que doctrinariamente se señalan como indispensables para la satisfacción de ese derecho público individual del imputado. Del mismo modo, por aparte se analizará la previsión que al respecto contiene nuestra Constitución-Ley y el desarrollo y cumplimiento que esa norma ha encontrado en nuestro sistema procesal.

C. Defensa material y defensa técnica o formal.

Si el hombre es libre y el sistema político lo dota de los mecanismos necesarios para que proteja esa condición, deviene en obligatorio para él hacer uso de los mismos en forma diligente a efectos de conservar o recuperar su estado. Es así como en la actividad defensiva convergen ese derecho del imputado y la obligación del defensor como conocedor del Derecho, de asistirlo y representarlo técnicamente en las distintas etapas del Proceso. Ambas actividades deben complementarse porque van encaminadas hacia el mismo fin que se resume en hacer justicia en la persona del imputado.

La defensa material la realiza directamente el imputado ya sea mediante la acción o la omisión de la palabra. Es por eso que puede hacer manifestaciones y declarar cuantas veces lo desee siempre y cuando no denote la deliberada intención de perturbar y retardar en forma injustificada la marcha normal del Proceso.

Al respecto, Vincenzo Manzini, citado por Vélez Mariconde, dice que la defensa material es

---

3. VÉLEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969, pág. 335.

4. VÉLEZ MARICONDE, pág. 377.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"manifestación incoercible del instinto de libertad, por lo que sería inicuo e inhumano someterla a vínculos jurídico-morales, de tal modo que en el proceso penal impera el principio "nemo tenetur se detegere o más latamente, ninguno puede ser constreñido a obrar en daño propio".[5] El principio aquí citado es recogido por la Constitución costarricense en el artículo 36 que en lo que interesa dice "En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo. . .".[6]

Nuestro Código Procesal Penal regula la Defensa Material en los artículos 276 y 283. En el primero consagra la libertad de declarar y en el segundo se refiere a las declaraciones espontáneas que puede rendir el encartado cuantas veces quiera.

En la actividad defensiva material que ejecuta el imputado ha mediado necesariamente también, la oportuna asesoría técnico-jurídica del abogado que le asiste en calidad de defensor. Lo anterior no puede ser de otra manera, aunque el ámbito de acción de cada uno esté bien delimitado, toda vez que éstos necesariamente se funden e integran en busca de un objetivo común. En ese quehacer integrador, el letrado, quien maneja el Derecho, basándose en la plataforma fáctica que le ha construido su patrocinado, desarrolla una serie de actos de naturaleza técnica encaminados a demostrar la inocencia de su defendido, a variar la calificación legal dada a los hechos, tornándola más favorable, o en fin, a conseguir los beneficios que la ley le permita. La función citada se cumple "mediante instancias, argumentaciones, alegatos u observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal".[7] Esto es lo que se conoce como defensa técnica o formal, la cual es ejercida generalmente por un abogado y sólo en casos de excepción se le permite al acriminado ejercer ambas funciones.

La defensa técnica encuentra su razón de ser en el hecho de que al hombre le está vedado renunciar tanto a su libertad como a los mecanismos que se la garantizan. Esa irrenunciabilidad tutela por un lado el interés particular del individuo y por otro, el interés público de la Administración de Justicia, logrando también de esa manera el equilibrio indispensable y deseado que debe existir entre el imputado y el ente acusador a todo lo largo del proceso, es decir, desde la indagatoria hasta que exista sentencia firme.

El artículo 39 de nuestra Constitución Política consagra el derecho de defensa y en el numeral 80 del Código de Procedimientos Penales se le señala también como derecho del imputado. En esta misma disposición se autoriza la autodefensa técnica "siempre que ello no perjudique la eficiencia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del Proceso".[8] Debe entenderse que los casos de excepción de autodefensa quedan reservados exclusivamente a quienes posean el grado de abogado, o bien, a quienes no teniéndolo demuestren que dados sus conocimientos al respecto no pondrán en peligro su libertad ni el equilibrio procesal de que tanto se ha hablado. En esta situación se ubicarán los egresados y los estudiantes avanzados de la Carrera de Derecho. En los artículos siguientes, hasta el 90 inclusive, se sigue regulando ese derecho, estableciendo su obligatoriedad y las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en abandono del cargo. En general se toman las previsiones del caso de manera tal que, el imputado no carezca de defensor en ningún momento.

---

5. **VÉLEZ MARICONDE, págs. 378, 379.**
6. **Constitución Política, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, pág. 15.**
7. **VÉLEZ MARICONDE,** *op. cit.*, **pág. 379.**
8. **Código de Procedimientos Penales, Impresos Mil Copias S.A., 1976, pág. 24.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE DEFENSA EN COSTA RICA

Los hijos del pueblo levanten la frente
al sol refulgente de la LIBERTAD
sepamos ser LIBRES no siervos menguados
DERECHOS sagrados la Patria nos da.

Sí cantemos el himno sonoro
a la PATRIA, al DERECHO y al BIEN
y del pueblo los hijos en coro
de la LEY juren ser el sostén.

Sólo es HOMBRE, el que tiene DERECHOS
no el que vive en la torpe abyección
y baluarte serán nuestros pechos
contra el yugo de inicua opresión.

(Estrofas del Himno Patriótico del 15 de Setiembre. Las mayúsculas no son del texto).

COMENTARIO:

Las anteriores estrofas son parte de un Himno patriótico del que emergen en forma diáfana los más caros sentimientos de nuestra forma de ser, de nuestra forma de pensar, y en fin, de nuestra idiosincrasia. Es un canto al respeto a la libertad individual dentro de nuestro territorio y una advertencia de que como nación rechazamos cualquier intento de subyugación foránea que anuncie esclavitud en cualquiera de sus manifestaciones. En él convergen el respeto al hombre, el derecho a su libertad y el derecho con sus fines como ciencia destinada a su servicio.

El anterior comentario tiene como propósito demostrar que el Capítulo de Garantías Individuales de nuestra Constitución no obedece a circunstancias accidentales o infundadas, sino a una actuación oportuna y consecuente del constituyente que supo recoger el sentimiento del pueblo para convertirlo en norma fundamental de cumplimiento obligatorio y efectivo.

CAPÍTULO DE DERECHOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA DE 1949

A. Antecedentes.

Los acontecimientos políticos de 1948 culminaron con el rompimiento del orden constitucional y la consecuente instalación de una Asamblea Nacional Constituyente para la promulgación del nuevo Estatuto Fundamental. Cuando iba a comenzar la discusión del Capítulo de Derechos y Garantías Individuales, un grupo de diputados presentó una moción para que se declare que:

"Desde ahora se confirma el Capítulo Constitucional de las Garantías Individuales, artículos 25 a 50 de la Carta de 1871, el cual se respeta como firme e intocable sin que le quepa más retoque que el poder incorporarle nuevas garantías o algunos de los Derechos del Hombre recientes o internacionalmente consagrados; y siempre, en todo caso, que no choque el agregado con lo ya estatuido, ni venga a desnaturalizar preceptos básicos tradicionales".[9] En la anterior proposición se pone de manifiesto el exceso de celo de ese conjunto de diputados constituyentes, quienes pretendían no correr riesgo alguno que pudiera significar menoscabo de aquellos derechos y garantías. Todo lo que fuera asegurar su permanencia y fortalecimiento estaba bien, pero era inaceptable que las mismas pudieran ser disminuidas. En apoyo de su gestión un diputado indicó que se trataba de derechos naturales que estaban por encima de todo, y por ende, no debían ser modificados. La moción no prosperó

9. Actas Asamblea Nacional Constituyente, II Tomo, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1952, págs. 446 y 447.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

por cuanto la mayoría fue del criterio de que en materia tan delicada era menester discutir una a una cada disposición. Sin embargo, lo importante de todo fue que se obtuvo el mismo resultado, ya que al final los derechos y garantías individuales fueron robustecidos.

B. Derechos y Garantías Individuales.

Mediante este conjunto de normas constitucionales que configuran nuestro régimen de libertades se pretende hacer posible el desenvolvimiento pleno del hombre en su individualidad, sin perder de vista las normas de Convivencia social a que debe someterse.

En treinta artículos (del 20 al 49 inclusive) se desarrolla ese régimen de libertades, en el cual el supremo bien jurídico protegido es la vida, cuya inviolabilidad se declara en el artículo 21. Se establece el derecho de defensa en el artículo 39 con miras a garantizar el respeto a la libertad del hombre, y para que tal cometido se cristalice, se garantiza la igualdad ante la ley. Nótese que son tres los principios o fundamentos primordiales en esta regulación: LIBERTAD – DERECHO DE DEFENSA – IGUALDAD ANTE LA LEY.

Con el derecho de defensa se garantiza que al individuo no se le someterá a prisión o arresto (eliminación de la libertad física) si no existe sentencia condenatoria firme o "indicio comprobado de haber cometido delito" (artículo 37).

En vista de que el respeto a la libertad del hombre constituye el fundamento principal del derecho de defensa, se hace indispensable y por ende obligatorio, dedicarle unas cuantas líneas a ese preciado e insustituible bien jurídico.

C. La libertad.

> "El hombre ha nacido libre y, sin embargo, en todas partes vive entre cadenas".[10]
>
> (J.J. Rousseau)

Se ha dicho con suficiente razón que la libertad es el conjunto de todas las libertades, de manera tal que, el hombre no será libre si falta una sola de ellas. Algunos creen, en forma errada que es libre quien no se encuentre limitado por las paredes de los recintos que el Estado ha creado para aislar los administrados que irrespetan las normas de convivencia social, o quienes cumpliéndolas significan verdaderos obstáculos para los que fundan su poder en el abuso. No son libres los hombres que aun estando fuera de las prisiones se ven imposibilitados para asociarse, reunirse, pedir, opinar, pensar, ejercer el comercio etc. Si falta cualquiera de estas libertades no sé es libre. También resulta lógico que la eliminación de la "libertad física" implica la eliminación de un sinnúmero de libertades tales como la de vivir en familia, practicar el culto religioso de su agrado, tener acceso a los actos culturales de su preferencia, etc.

Por eso, cuando se hablaba del Capítulo de Derechos y Garantías Individuales de la Constitución Política costarricense, se dijo que el fin primordial del derecho de defensa era el de tutelar la libertad "física", pero es claro que también se da protección a todo el conjunto de derechos y libertades.

Refiriéndose a este tema, Stuart Mill ha dicho que:

"Ninguna sociedad es libre, cualquiera que sea su forma de gobierno, si estas libertades no son en todo caso respetadas, y ninguna es completamente libre si estas libertades no están garantizadas de una manera absoluta y sin reservas".[11]

Por medio de las ideas antes esbozadas se ha pretendido definir al hombre libre, pero es más importante aún tratar de desentrañar el significado de la libertad. Este último concepto es más amplio y por estar al servicio del primero, también le comprende. Justamente por ello se ha dicho que se trata de una condición inherente a la esencia misma del hombre, ya que de ella depende lo específicamente humano de su naturaleza. Es un derecho natural inalienable, imprescriptible y eterno cuyo único límite se encuentra en no irrogar daños a los demás.

"Don excelente de la naturaleza, atributo exclusivo de los seres dotados de razón, la libertad confiere al hombre una dignidad en virtud de la cual se le coloca bajo la dependencia de su propia opinión convirtiéndole en el dueño de sus actos".[12]

Así se inicia la Encíclica que en el año 1888 el Papa León XIII dedicó a la libertad humana. Por su parte, Harold Laski en su obra la "Libertad en el Estado Moderno", nos dice que la libertad es

---

10. ROUSSEAU, J.J. *El Contrato Social*, traducción de Juan Mario Castellanos, Editorial Universitaria Centroamericana, Primera Edición, San José, Costa Rica, pág. 47.

11. STUART MILL, J. *La Libertad*, Librería de Fernando Fe, Madrid, 1890, pág. 24.

12. SÁNCHEZ VIAMONTE, C. *La Libertad y sus problemas*, Impresores El Gráfico, Buenos Aires, Argentina, 1961, pág. 25.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"la ausencia de coacción sobre la existencia de aquellas condiciones sociales que, son las garantías necesarias de la felicidad individual".[13] Nótese que el Pontífice habla de una dignidad que somete al hombre a su propia opinión y lo convierte en dueño de sus actos; Laski en otras palabras concluye lo mismo, ya que resuelve el problema limitándolo a la ausencia de coacción.

Ambos conceptos se funden y complementan en aras del respeto a la dignidad humana, y esa condición únicamente la obstentan quienes sean libres.

Es importante traer a colación el artículo 33 de la Constitución Política costarricense que garantiza la igualdad ante la ley en aras del respeto a esa dignidad y esta última solo la posee quien sea libre. Pero no hay que llamarse a engaño, igualdad no es sinónimo de libertad, pues es bien conocido que hombres iguales en regímenes despóticos no son libres.

Por ello, hombre, libertad, igualdad y dignidad son valores inseparables. Existirá hombre digno en la medida en que exista libertad. La desaparición de la última conlleva el fin del primero y por ende, la segunda no pasará de ser un concepto abstracto determinado por la ausencia de destinatario.

En conclusión, "renunciar a la libertad es renunciar a la condición de hombre, a los derechos de la humanidad y aun a los deberes".[14]

Esta irrenunciabilidad de la libertad obliga a proteger y fortalecer ciertas limitaciones que se han erigido en su beneficio.

Así tenemos los necesarios controles que se le han debido imponer al poder público para eliminarle su apetito conculcador y obligarlo a que se constituya en garante de la misma.

Sin embargo, también los miembros de la sociedad deben estar sujetos a limitaciones en el disfrute de su libertad en la intención de que no se conviertan en cercenadores de la que corresponde a sus semejantes.

Para finalizar es oportuno recordar que en los regímenes totalitarios (de izquierda y de derecha) se irrespeta y menosprecia la libertad por "temor a la anarquía" y es por ello que en nombre de la destrucción del desorden se anula al ser humano.

DERECHO DE DEFENSA EN COSTA RICA

A. Sistema político.

Nuestra Constitución Política en su artículo primero declara que Costa Rica es una República democrática, libre e independiente. Debe entenderse que se trata de una democracia liberal donde el hombre ocupa un primer plano frente al Estado y éste funciona en su beneficio, garantizándole fundamentalmente su libertad. La anterior aclaración se hace por cuanto algunos regímenes despóticos también se sirven de la palabra "democracia" aunque los ciudadanos ocupan un segundo plano y la libertad brilla por su ausencia.

B. Sistema procesal.

Llevan razón quienes afirman que el Proceso Penal va paralelo al sistema político imperante en cada nación. Por eso, partiendo del estudio del sistema procesal se arribará necesariamente a las costas del totalitarismo (de izquierda o de derecha) o de la democracia.

Costa Rica, en consonancia con el sistema de democracia liberal imperante y como lógica consecuencia del mismo, cuenta con el sistema procesal penal mixto con predominio de los caracteres del sistema acusatorio, en el cual al imputado se le rodea de toda clase de garantías; a su indagatoria se le da el valor de medio de defensa y en general el derecho a la misma es garantizado en forma plena y efectiva.

Es así como al imputado se le garantiza que no está obligado a declarar contra sí mismo y que no será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas o de confiscación (artículos 35 y 40 de la Constitución). Todo lo contrario ocurre en los gobiernos despóticos y totalitarios, donde el derecho de defensa decrece hasta llegar casi a su extinción.

C. Artículo 39 de la Constitución Política.

> "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionado por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente PREVIA OPORTUNIDAD CONCEDIDA AL INDICIADO PARA EJERCER SU DEFENSA y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. . .".

---

13. LASKI, HAROLD J. *La Libertad en el Estado Moderno*, Editorial Abril, Buenos Aires, Argentina, 1946, pág. 17.
14. ROUSSEAU, J.J., *op. cit.*, pág. 52.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En tan breves líneas están contenidos varios principios fundamentales cuyo fin es el de garantizar el respeto a la libertad del individuo. Concurren en ellos los principios de legalidad e inocencia, la prohibición de ser juzgado por Tribunales Especiales y el derecho de defensa. El principio de legalidad es desarrollado en el artículo primero del Código Penal, el cual a la letra dice:

> "Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente".

Por su parte, la prohibición de someter a las personas a fueros especiales está expresamente regulada en el artículo 35 de la Constitución y desarrollada ampliamente en el artículo 1 del Código de Procedimientos Penales. Al respecto veamos:

> Art. 35 Constitución Política:
> "Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución".
>
> Art. 1º Código de Procedimientos Penales:
> "Nadie podrá ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código, ni juzgado por otros tribunales que los instituidos por la ley de acuerdo con la Constitución Política; ni considerado culpable mientras una sentencia no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias. . .".

La defensa que garantiza el supracitado artículo 39 comprende tanto la material como la técnica o formal, siendo esta última obligatoria e irrenunciable, tal y como en su oportunidad se había explicado. En el Código Procesal Penal se establece toda su regulación y se sanciona con nulidad absoluta su inobservancia en lo que se refiere a "la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece". Tan grave se considera esa violación procesal que será declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso (inciso 3 del art. 145 y 146 in fine del Cuerpo de Leyes en mención).

Con lo antes expuesto queda establecido que en el sistema mixto que nos rige, el derecho de defensa encaminado a proteger la libertad, es reconocido desde el primer momento del proceso, de manera tal que siendo la defensa un elemento esencial del mismo, éste no podría existir sin la intervención de aquélla.

El artículo 20 de la Constitución Política declara que todo hombre es libre en la República y que por ende en nuestro territorio no puede haber esclavos. Esa libertad proclamada a través de la Ley Fundamental es la que se protege dentro del proceso con el derecho de defensa tantas veces mencionado. Sin embargo, esa libertad también se protege cuando es limitada extra-proceso y para ese fin se han establecido prohibiciones y remedios. La prohibición está prevista en el artículo 37 de la Carta Magna, el cual en forma expresa señala que "Nadie podrá ser detenido sin un INDICIO COMPROBADO de haber cometido delito. . .". No obstante, si la autoridad incurre en esa arbitrariedad, el administrado cuenta con el recurso de Hábeas Corpus, cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia. (Art. 48 de la Constitución Política).

Huelga manifestar que este recurso también se puede ejercitar durante la tramitación del proceso.

D. Igualdad ante la ley y derecho de defensa.

La redacción del artículo que consagraría la igualdad ante la ley suscitó gran discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente. Uno de los textos propuestos fue el siguiente:

> "Todo hombre es igual ante la ley, sin perjuicio de darle protección especial en razón de las desigualdades derivadas de la naturaleza física y de la organización social".[15]

Con razón se ha dicho que la igualdad es una tentativa de dar a cada hombre una oportunidad similar para el ejercicio de todas las facultades que pueda poseer. Debe garantizarse la seguridad de que las oportunidades de ningún hombre serán sacrificadas en beneficio de otro salvo cuando así lo exija el interés social. Del mismo modo se ha afirmado que la igualdad jurídica no es correlativa de igualdad humana, cuando no todos los hombres son de la misma raza, ni tienen la misma capacidad intelectual, no todos logran alcanzar la misma instrucción, ni todos tienen la misma capacidad económica. Precisamente la igualdad ante la ley asegura al individuo que en igualdad de circunstancias, esas diferencias derivadas de su naturaleza física y de la organización social, jamás devendrán en discriminaciones.

El texto de la garantía que actualmente nos rige es el siguiente:

"Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana". (Art. 33). La disposición producida

---

15. **Actas Asamblea Nacional Constituyente, II Tomo, pág. 449.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en el año 1949 simplemente se limitaba a establecer que "todo hombre es igual ante la ley". En torno a esta igualdad, en forma reiterada la Corte Plena ha resuelto que:

"El principio de igualdad ante la ley no es de carácter absoluto, pues no concede un derecho propiamente a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que la ley no haga diferencias entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, o sea que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales".[16]

El derecho de defensa en la forma que fue concebido, desarrollado y garantizado por nuestras leyes, constituye el instrumento idóneo indispensable, puesto al servicio del hombre para que ese principio de igualdad cobre vida en las personas que son sometidas a juicio. A través de esa defensa técnica y material, obligatoria e irrenunciable se pretende conseguir el equilibrio necesario que debe mediar entre el órgano acusador y el imputado. Dicho equilibrio sólo se puede conseguir si entre esos dos sujetos esenciales del proceso existe "igualdad de armas". Sin entrar a analizar algunos recursos con que cuenta el Ministerio Público y que lo colocan en una situación de superioridad (auxilio de Policía Técnica Judicial), en el aspecto jurídico ambos deben estar en un mismo plano desde el punto de vista de los conocimientos de la Ciencia del Derecho y es por ello que deben ser abogados capaces de "poder hacer llegar al Tribunal con la misma eficacia las razones susceptibles de provocar una decisión justa. . .".[17] No debemos olvidar que la igualdad ante la ley en materia penal se consolida con el derecho de defensa ejercido en la forma que antes se expuso; pero surge de nuevo un peligro para esa garantía derivado de la desigualdad económica de los individuos. El Estado no puede cerrar los ojos ante esa realidad económico-social y es por ello que en el caso concreto de Costa Rica se conminó el peligro mediante la creación de dos institutos jurídicos, a saber:

1) Defensa Pública
2) Defensa de Oficio

1. El artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que:

> "Los Defensores Públicos son funcionarios dependientes del Poder Judicial, de nombramiento de la Corte Plena y tendrán a su cargo la defensa de los menores de edad, sordomudos, enajenados mentales, reos ausentes y personas desvalidas. . .".

La filosofía del anterior precepto se resume en asegurar la defensa técnica eficiente y gratuita a quienes se encuentren incapacitados económicamente para sufragar los gastos que se derivan de la contratación de los servicios profesionales de un abogado. Para cumplir con ese cometido existe un Departamento de Defensores Públicos con oficinas en todo el país.

2. El artículo 136 de la citada ley señala que "En las jurisdicciones territoriales donde no exista Defensor Público nombrado por la Corte, la defensa de los procesados a que se refiere el artículo 133, estará a cargo de Defensores de oficio, de nombramiento del funcionario que conozca el asunto".

Al respecto es importante aclarar que en la actualidad prácticamente en todo el territorio nacional existen defensores públicos, pero en todo caso su ausencia se suple con la del Defensor de oficio, quien cumple la misma función. También este último actúa en los casos en que surgen intereses contrapuestos y cuando la cantidad de defensores públicos es insuficiente para asumir la totalidad del trabajo. Para satisfacer esa necesidad se establece la obligatoriedad de los abogados, bachilleres en leyes y procuradores judiciales de aceptar hasta dos defensas simultáneas y gratuitas.

CONCLUSIONES

Del estudio anterior se pueden anotar las siguientes conclusiones:

1) Costa Rica es una democracia de corte liberal donde la autoridad se debe ejercer en función del beneficio que de ella puedan derivar los administrados. Sin embargo cuando los detentadores del poder se extralimitan, los ciudadanos cuentan con los mecanismos necesarios para obligarlos a enrumbarse por el camino de la legalidad.

16. ARGUEDAS, Carlos Manuel, *Constitución Política de la República de Costa Rica* (anotada y concordada), Editorial Costa Rica, San José, pág. 82.

17. VÉLEZ MARICONDE, *op. cit.*, pág. 381.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) Existe el sistema procesal penal mixto con caracteres predominantes del acusatorio como una consecuencia lógica y esperada del sistema político imperante.

3) Posee una Constitución-Ley en lo que atañe al Capítulo de Derechos y Garantías Individuales.

4) El derecho de defensa constituye un medio real y efectivo al servicio del hombre, cuya finalidad es la de garantizarle su libertad entendida en sentido lato, y por ende, su dignidad humana. Con ella se logra también el fiel cumplimiento de otro precepto constitucional muy importante, cual es la igualdad ante la ley.

5) En aras del respeto a esa igualdad, al derecho de defensa y a la dignidad humana, cuenta con los institutos de la defensa pública y de oficio, cuyo fin es el de dotar de protección legal a los hombres desvalidos física, mental y económicamente. Con esos instrumentos se pretende hacer realidad el equilibrio necesario que debe existir en la Administración de Justicia.

6) Si bien todo parece indicar que los resultados obtenidos en este campo han sido positivos, muy lejos estamos de la perfección, y es por ello que no debemos cegar en nuestra obligación de mejorar las leyes e instituciones que regulan la materia.

BIBLIOGRAFÍA

Tratados

DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.* Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.

HAURIUO, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Jurídicas.* Ediciones Ariel, Barcelona, 1971.

LASKI, Harold J., *La Libertad en el Estado Moderno.* Editorial Abril, Buenos Aires, Argentina, 1946.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social,* Traducción de Juan Mario Castellanos, Editorial Universitaria Centroamericana, Primera Edición, San José, Costa Rica, 1973.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *La Libertad y sus Problemas,* Impresores El Gráfico, Buenos Aires, Argentina, 1961.

STUART MILL, John, *La Libertad,* Librería de Fernando Fe, Madrid, 1980.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal,* Tomo II, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969.

Leyes y Reglamentos

Código de Procedimientos Penales, Impresos Mil Copias S.A., San José, Costa Rica, 1976.

Código Penal y Leyes Conexas, Trejos Hermanos, San José, Costa Rica, 1972.

Constitución Política de la República de Costa Rica, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1976.

Constitución Política de la República de Costa Rica, anotada y concordada por Carlos Manuel Arguedas, Editorial Costa Rica, San José, 1981.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Librería e Imprenta y Litografía Lehmann, S. A., San José, Costa Rica, 1974.

Reglamento de Defensores Públicos, Imprenta del Poder Judicial, San José, Costa Rica, 1970.

Documentos

Actas Asamblea Nacional Constituyente, Tomos I, II, y III, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1952.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA IMPERFECCIÓN E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS EN EL PROCESO PENAL

LIC. FRANCISCO DALL'ANESE R.
LIC. JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ

ÍNDICE

Pág.

Introducción 84

Capítulo I. La imperfección de los actos procesales en el proceso penal 84
Sección I. La imperfección. Nociones generales 84
Sección II. Nulidad de los actos procesales 84
A) Definición 84
B) Clases de nulidad 85
1) La nulidad declarable de oficio
2) La nulidad declarable a petición de parte
C) Efectos de la declaratoria de nulidad 86
Sección III. Inadmisibilidad de los actos procesales 86
Sección IV. Acto irregular 87

Capítulo II. La inexistencia 87
Sección I. Nociones generales 87
A) Definición de inexistencia 87
B) Los presupuestos procesales 88
Sección II. Efectos del acto inexistente y declaración de la inexistencia 88
A) Efectos del acto inexistente 88
B) Formas de declarar la inexistencia 89

Conclusiones 89

Bibliografía 89

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Un Estado no puede considerarse un Estado de Derecho si no garantiza el proceso debido para el juzgamiento de los delitos investigados. Se trata en un Estado de este tipo de conciliar dos intereses: el del Estado por sancionar al culpable de un determinado delito y el del acusado de no ser sancionado. Es establecido un procedimiento a seguir para ello. Sin embargo de poco valdría que existiera una serie de normas que regularan el proceso debido, pero se dejará al juicio del juzgador el cumplimiento o no de dichas normas. Se crean para evitar ésto sanciones procesales para el incumplimiento de determinadas formas procesales, mientras que la no observancia de otras se regula con la simple sanción disciplinaria al funcionario correspondiente. En otros casos inclusive la violación de las formas es tan grave que el acto se entenderá como nunca realizado.

Estudiaremos en la presente investigación las diversas clases de imperfección de los actos procesales, por incumplimiento de las formas y las consecuencias que acarrea dicho incumplimiento en cada una de las clases. Pero no sólo estudiaremos los actos imperfectos, sino también los inexistentes, en los que el incumplimiento de las formas procesales es de tal magnitud que ni siquiera podemos hablar de que nos encontramos ante un acto, ni perfecto ni imperfecto.

CAPÍTULO I
LA IMPERFECCIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES EN EL PROCESO PENAL

Sección I. La imperfección. Nociones generales.

Los actos procesales en el proceso penal que cumplen con todos los requisitos exigidos por la ley son denominados actos perfectos. En contraposición a éstos se encuentran los actos imperfectos, en los cuales falta alguna de las exigencias señaladas en la ley.

Mientras los actos procesales perfectos son siempre eficaces; no ocurre que los actos imperfectos sean siempre ineficaces, ya que puede suceder que el defecto del acto no esté sancionado con la ineficacia de éste. o bien que dicho defecto sea subsanado con posterioridad.

Dentro de los actos procesales imperfectos tenemos los actos susceptibles de ser declarados nulos, los actos que pueden ser declarados inadmisibles y los actos irregulares.

Diferente a los actos imperfectos son los actos inexistentes, éstos son realmente un no acto, ni perfecto ni imperfecto.[1]

Sección II. Nulidad de los actos procesales.

A) Definición:

Podemos definir la nulidad como la sanción procesal que determina la ineficacia del acto procesal que se ha apartado de las formas procesales exigidas por la ley para la eficacia del acto.[2]

El fundamento de la nulidad no es asegurar el cumplimiento de las formas, lo que llevaría a la nulidad por la nulidad misma, sino de los fines asignados a éstas por el legislador.[3]

---

1. Así CARNELUTTI. *Lecciones sobre el Proceso Penal*, tomo II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, pág. 182; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA. *Derecho Procesal Penal*, España, 8a. edición, pág. 118.

2. Con respecto a la nulidad existen tendencias. Unos dicen que la nulidad es "el vicio que afecta el acto produciendo su invalidez", (v. ROJAS SOLÓRZANO: *Las nulidades en el Proceso Penal*, San José, Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1974, pág. 16). Se parte así del acto viciado. Otros sostienen la posición a la que nos adherimos que es el estudio de la nulidad como una sanción procesal, (v. CUNEO LIBARONA: *Nulidad de sentencias en el Proceso Penal*, Argentina, Abeledo Perrot, 1968, pág. 20). Como argumento para acoger esta tesis hay que decir que hasta que no haya sido decretada la nulidad del acto, éste será eficaz y susceptible de nunca llegar a ser ineficaz debido a su posible convalidación.

3. Así, ALSINA: *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1963, pág. 627.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

B) Clases de nulidad:

1) La nulidad declarable de oficio

Se distingue entre la nulidad declarable de oficio y la nulidad declarable a petición de parte.[4]

La nulidad declarable de oficio presenta las siguientes características:

a) debe ser declarada de oficio,
b) el vicio puede ser alegado por cualquiera de las partes y no sólo por la parte interesada,[5]
c) el vicio del acto no es sanable, salvo con la firmeza de la sentencia,[6]
d) puede ser alegada en cualquier estado del proceso.

Algunos han tratado de determinar substancialmente a las nulidades declarables de oficio, así se ha dicho que en éstas existe un interés público que aparece comprometido con la observancia de la forma.[7] Sin embargo, es nuestro criterio que la determinación de cuáles deben ser consideradas nulidades declarables de oficio, no obedece al carácter del vicio, sino a un aspecto formal, que es que la ley establece que la ineficacia de un acto viciado sea declarada de oficio por el juez. Una demostración de lo anterior, la encontramos al estudiar al Código Rocco, al Código de Córdoba y a los restantes códigos mixtos, entre ellos el de Costa Rica, que tuvieron su origen mediato en el Código Rocco y su inmediato en el Código de Córdoba. Estos códigos, a pesar de tener nulidades genéricas, o sea las relativas a los presupuestos procesales (juez, ministerio público e imputado),[8] varían en cuanto a la regulación referente a la violación de las normas que afectan a qué presupuestos procesales acarrean una nulidad declarable de oficio, y aun en ciertos casos se establecen, requisitos adicionales, como es que también se violen normas constitucionales.[9]

Luego de señalado el carácter relativo de las nulidades declarables de oficio, sea obediente al capricho del legislador en un lugar y tiempo determinados, entremos a determinar cuáles son las nulidades declarables de oficio en nuestra legislación.

Se ha dicho por algunos que el artículo 146 del C.P.P. costarricense establece tres causales para declarar la nulidad de oficio:

a) cuando nos encontramos ante una de las llamadas nulidades genéricas, o sea, haya habido inobservancia de las disposiciones concernientes: al nombramiento, capacidad y constitución de jueces y tribunales; a la intervención del Ministerio Público en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria: o a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece,[10]
b) cuando se violen normas constitucionales,
c) cuando se establezca expresamente.[11]

Frente a esta posición otros han dicho que hay sólo dos causales para declarar la nulidad de oficio:

a) cuando estemos ante una nulidad genérica y además se violen normas constitucionales,
b) cuando se regule expresamente la nulidad declarable de oficio para un acto determinado.[12]

Esta segunda posición es la que nos parece la correcta de acuerdo con una interpretación grama-

---

4. Preferimos usar como terminología nulidad declarable de oficio y nulidad declarable a petición de parte y no utilizar los términos nulidad absoluta y nulidad relativa que son usados generalmente por la doctrina. La razón para ello es que las palabras absoluta y relativa referidas a la nulidad hacen ver que la nulidad puede ser solicitada por todas las partes o sólo por algunas de ellas. Sin embargo ésta no es la característica fundamental que presentan los dos tipos de nulidades en estudio, sino la principal característica es que una puede ser declarada de oficio y la otra sólo a petición de parte.

5. No debe interpretarse esto en el sentido de que no rige el principio de que es necesario que el acto produzca perjuicio para una de las partes, sino que existiendo perjuicio para una de ellas, las otras partes pueden alegar el vicio del acto y solicitar la nulidad (así NÚÑEZ. *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, anotado*, Buenos Aires, Lerner, 1978, p 148.

6. Sobre la convalidación hablaremos más adelante al referirnos a las nulidades declarables a petición de parte.

7. V. DE LA RÚA. El Proceso, acto y sanciones procesales. *Proceso y Justicia*, Argentina, Lerner, 1980, pág. 58.

8. Véase el art. 145 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.

9. V. CLARIÁ-OLMEDO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo IV, Argentina, Ediar, 1964, págs. 229-236.

10. Sobre la interpretación de lo que consiste cada uno de los aspectos contemplados dentro de las nulidades genéricas, véase NÚÑEZ: op. cit., págs. 142-145; VÁZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO: *Procedimiento Penal Mixto*, tomo I, Argentina, Plus Ultra, 1968, págs. 379-381.

11. La interpretación anterior en cuanto a que existen tres causales de nulidad absoluta es sostenida por la Sala Tercera, núm. 70, 10:10 hrs. del 11 de mayo de 1984; núm. 72, 10:20 hrs. del 11 de mayo de 1984.

12. Sostiene esta posición CASTILLO GONZÁLEZ; los vicios formales en el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica, San José, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 24, 1974, pág. 341.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tical del artículo 146 del Código de Procedimientos Penales. Transcribimos el párrafo segundo del mencionado artículo: "Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidad previstas en el artículo anterior, **que** impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente" (lo destacado es nuestro). La palabra "que" destacada arriba, constituye un pronombre relativo, por ello se refiere a otro nombre o pronombre, en este caso el nombre que precede a dicha palabra es "las nulidades previstas en el artículo anterior".[13-14]

2) La nulidad declarable a petición de parte.

Las nulidades declarables a petición de parte se caracterizan porque:

a) no pueden ser declaradas de oficio,
b) sólo pueden ser declaradas a petición de la parte afectada por el vicio,
c) el vicio puede ser convalidado porque: 1) la parte no alegó la nulidad dentro del término perentorio establecido en la ley, [15] 2) la parte aceptó expresa o tácitamente los efectos del acto,
d) no puede ser alegado el vicio por aquella parte que contribuyó a causarlo.

Nuestro Código Procesal Penal establece que además el acto viciado puede ser subsanado en el caso de la nulidad declarable a petición de parte, si no obstante la irregularidad del acto, éste hubiese conseguido su fin respecto a todos los interesados.[16] Es incorrecto establecer esto como causal de subsanación y más aún aplicable sólo a la nulidad declarable a petición de parte. El hecho de que el acto haya cumplido con sus fines hace que realmente no se pueda hablar de que nos encontramos ante un acto viciado de nulidad, ya que requisito para ésta es el interés, el que no existiría en este caso, por ello aun en una nulidad declarable de oficio, si el acto ha cumplido con su fin, no debe declararse la nulidad, esto atendiendo a los principios generales que rigen a la nulidad.[17]

Algunos dice que una excepción a la declaratoria sólo a petición de parte de las nulidades comentadas, es cuando el tribunal comprueba una causa de nulidad, lo que exige que la elimine, de acuerdo con la función preventiva que debe cumplir el tribunal.[18] Realmente la función preventiva se refiere a una causal de nulidad que está latente, pero que aún no se ha producido,[19] una interpretación contraria a esto convertiría todas las nulidades en declarables de oficio.

C) Efectos de la declaratoria de nulidad.

La anulación de un acto hace que deban anularse a su vez los actos procesales posteriores que dependan del acto viciado, o que siendo anteriores o simultáneos tienen una conexión con éste.[20]

Sección III. Inadmisibilidad de los actos procesales.

La inadmisibilidad es la sanción procesal que determina la ineficacia ab initio de un acto no provocado por el tribunal, realizado por una de las partes que intervienen en el proceso, o de un tercero, por no reunir los requisitos formales exigidos por la ley o no tener la parte actuante facultad de actuar eficazmente.[21]

La inadmisibilidad se refiere así sólo a actos de las partes, o de un tercero, cumplidos facultativamente.

El juez tiene el deber de declarar de oficio la inadmisibilidad.

Existe divergencia con respecto a qué sucede con respecto de los actos que sean consecuencia de un acto que presentaba vicios que hacían que debería haber sido declarado inadmisible, sin embar-

---

13. V. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario manual e ilustrado de la Lengua Española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1977, pág. 1266.

14. Una interpretación histórica lleva a la misma conclusión. Los antecedentes del artículo 146 del CPP de C.R. en cuanto a la regulación sobre la violación de normas constitucionales, se encuentran en los Códigos de Mendoza y la Rioja en Argentina, en los cuales se estableció como limitación a las nulidades declarables de oficio el que no bastaba que se estuviera ante la violación de las reglas referentes a la intervención, asistencia o representación del imputado en el caso del Código de Mendoza o cualquiera de los casos de nulidad genérica en el caso del Código de la Rioja, sino que además debía violarse normas constitucionales, v. CLARIÁ-OLMEDO, op. cit., tomo IV, págs. 229-236.

15. V. arts. 148 y 149.1 del CPP.

16. V. art. 149.3 del CPP.

17. V. en sentido similar: LEONE: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. I., Buenos Aires, Ediar, 1963, pág. 712; CLARIÁ-OLMEDO, op. cit., T. IV, pág. 228.

18. Así CORDERO, citado por ROJAS SOLÓRZANO, pág. 161.

19. Así LEONE, op. cit., tomo I, págs. 720-722, ROJAS SOLÓRZANO, pág. 161.

20. V. art. 150 CPP.

21. V. en sentido similar CLARIÁ, tomo IV, op. cit., pág. 170.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

go no se decretó la inadmisibilidad. Algunos dicen que no obstante el vicio no puede decretarse la ineficacia de los actos sucesivos que dependen del acto viciado.[22] Nos parece más correcta la posición que manifiesta que si un acto fue indebidamente admitido, sus efectos son nulos, lo que determina la ineficacia de los actos que dependen del acto viciado, los que deben ser anulados.[23] Nuestro Código Procesal Penal sigue esta tesis, ya que establece como causal de casación por la forma, la inobservancia de las normas establecidas en dicho código bajo pena de inadmisibilidad. Así, si se declara con lugar el recurso de casación que se basaba en la inobservancia de dichas normas, habría que anular todos los actos que dependieran de ésta.[24]

Sección IV. Acto irregular.

Otro de los fenómenos jurídicos que se clasifican dentro de la imperfección de los actos procesales, son los actos irregulares; éstos al igual que los actos nulos se encuentran afectados por un vicio, sin embargo la anomalía no es de tal magnitud que torne el acto ineficaz.[25]

Desde luego, en tanto que acto procesal, debe ser cumplido en determinadas condiciones de modo, tiempo y lugar; no obstante si existe un vicio sobre una de ellas y a pesar de todo se alcanza el fin del acto sin agravio para las partes, el mismo es eficaz.

Por consiguiente no es posible ninguna sanción procesal que elimine la eficacia del acto procesal, como la nulidad, caducidad o inadmisibilidad. Pero no debe pensarse que el acto irregular no tiene entonces mayor consecuencia, pues el mismo puede acarrear sanciones administrativas para los responsables.

El caso típico de acto irregular es el del juez o tribunal que no resuelve dentro de los plazos establecidos por el artículo 107 del Código de Procedimientos Penales.[26] El interesado solicita "pronto despacho" (art. 111 C.P.P.), y transcurridos tres días desde esta gestión el juez o tribunal no provee. Ante esta situación se plantea la denuncia correspondiente ante la Corte Suprema de Justicia, que interviene ordenando al funcionario que resuelva y aplicando una sanción disciplinaria. La resolución desde luego es eficaz, no es nula, a pesar de haberse dictado fuera de los términos de ley; no obstante dio lugar a una sanción disciplinaria.

Otro ejemplo de acto irregular es el requerimiento de elevación a juicio que hace el agente fiscal, que si bien cumple con los requisitos del artículo 341 del cuerpo legal citado, se presenta fuera del plazo establecido por el número 338.[27]

CAPÍTULO II
LA INEXISTENCIA

Sección I. Nociones generales.

A) Definición de inexistencia:

Hasta ahora hemos venido discurriendo sobre actos procesales imperfectos al tratar la nulidad e irregularidad, pero toca ahora hablar de cierto fenómeno jurídico que si bien en apariencia es acto procesal en realidad no existe por no haber nacido a la vida jurídica. Es por ello que alguien ha dicho que se trata de un "no acto".[28]

El mayor problema aquí es que se trata de una figura que no está consagrada normativamente,

---

22. V. CARNELUTTI, op. cit., tomo III, pág. 194.
23. V. DE LA RÚA, op. cit., pág. 56. Esta posición fue la que estableció Clariá-Olmedo al redactar el Código Procesal Penal Tipo, v. DE LA RÚA: *loc. cit.*
24. V. arts. 471.2 y 483 del CPP.
25. V. CARNELLUTTI: op. cit., págs. 183 ss.
26. Los términos establecidos por el artículo 107 del CPP son ordenatorios, esto es una vez vencidos no ocasionan la nulidad del acto cumplido posteriormente. Así NÚÑEZ: op. cit., pág. 138; de igual modo VÁZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO: op cit., tomo I, pág. 364 (al comentar el Código de La Pampa); y tomo IV, pág. 173 (al comentar el Código de Salta).
27. La mejor doctrina al comentar esta norma dice: "A pesar del lenguaje usado, el término prorrogado es simplemente ordenatorio, ya que *vencido, no perime el derecho del Agente Fiscal a dictaminar*". NÚÑEZ: op. cit., pág. 307, lo destacado no es del texto original.
28. Parafraseando a Carnelutti, Gómez y Herce señalan: "El acto inexistente no es más que una apariencia de tal. Se trata de un no acto —como dice Carnelutti— con apariencia de acto". GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, op. cit., pág. 118.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sino es creación doctrinal y a ella se llega por interpretación del Código de Procedimientos Penales.[29]

Para comprender qué es un acto inexistente debemos comenzar por contraponer el concepto con el "acto existente". Ahora bien, ¿cuándo existe un acto procesal? La respuesta no puede ser otra que afirmar que el acto procesal existe en la medida en que contiene los requisitos mínimos para tener vida jurídica, y con ello queda claro que estos requisitos son los presupuestos esenciales que no son otros que los mismos presupuestos procesales, ya que todo acto de este tipo supone la existencia de la relación procesal.[30] Inexistente por consiguiente es el acto que se cumple en ausencia de los presupuestos procesales.

B) Los presupuestos procesales:

Leone comenta el artículo 185 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1930, abuelo de nuestro ordenamiento instrumental,[31] que reza así:

> "Art. 185. **Nulidades de orden general.** Se entiende siempre prescrita bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes:
>
> 1o. al nombramiento y a las otras condiciones de capacidad del juez establecidas por las leyes de ordenamiento judicial, y al número de los jueces necesarios para constituir los colegios juzgadores;
>
> 2o. a la iniciativa del ministerio en el ejercicio de la acción penal; su participación en el procedimiento y en cualquier acto en que la ley la declara obligatoria;
>
> 3o. a la intervención, la asistencia y la representación del imputado, en los casos y en las formas que la ley establece".[32]

El citado tratadista señala que estos son los presupuestos de la relación procesal; si existen pero, alguno o todos, están viciados, sobreviene la nulidad absoluta; mas si alguno o todos falta, la relación procesal es inexistente al igual que todos los actos procesales realizados.[33] Esta es una diferencia esencial entre nulidad absoluta e inexistencia.

Al comparar el lector esta norma con el artículo 145 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, verá que establecen lo mismo. En consecuencia y evidentemente seguimos a Leone, este numeral establece los presupuestos procesales cuya ausencia torna inexistente la relación procesal y siguientes actos.

Sección II. Efectos del acto inexistente y declaración de la inexistencia.

A) "Efectos" del acto inexistente:

El acto inexistente técnicamente no produce ningún efecto jurídico, aunque el problema es que en ocasiones por error in procedendo los tribunales admiten o emiten actos que no se respaldan en los presupuestos procesales, porque uno o todos estos faltan, nos referimos a actos inexistentes; en este caso se dice que los efectos son sólo aparentes y no tienen vida jurídica.[34]

Debemos advertir aquí que al decir esto no se debe pensar en términos de realidad social, pues —por ejemplo— un auto de procesamiento y prisión preventiva inexistente jurídicamente, conlleva privación de libertad del imputado; es por ello que debe considerarse el fenómeno de la inexistencia como una abstracción jurídica.

Un aspecto de importante cuestionamiento es si la sentencia con carácter de "cosa juzgada" convalida el acto inexistente. En este sentido hemos de señalar que no puede convalidarse algo que no existe; aquí hay una gran diferencia con las nulidades, estas se subsanan por el paso del tiempo, por falta de agravio para las partes o por la aceptación de éstas (arts. 147, 148 y 149 del CPP), pero se trata de un acto que aunque viciado tiene vida jurídica.[35]

De modo que el acto inexistente nunca llega a producir efectos jurídicos, y ni el paso del tiempo, la falta de agravio o la aceptación de partes puede hacerlo vivir; consecuencia entonces es que la declaratoria de inexistencia puede venir en cualquier tiempo, aun después de sentencia ya que por ser

---

29. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, op. cit., loc. cit.

30. "La inexistencia se da sólo en los casos de falta de los presupuestos procesales (. . .), de la cual se sigue la incapacidad de la relación procesal (o de una fase de ella) para venir a la vida jurídica". LEONE: op. cit., pág. 728. En igual sentido Carnelutti: op. cit., págs. 195 ss.

31. El Código italiano sirvió de base al de la provincia argentina de Córdoba, que a su vez fue base del código costarricense.

32. Tomado de MANZINI: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1954, pág. 392.

33. LEONE: op. cit., pág. 729.

34. En este sentido LEONE: op. cit., pág. 728; y GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: op. cit., loc. cit.

35. LEONE: op. cit., pág. 688.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aparente nunca adquiere el carácter de res iudicata.[36]

B) Formas de declarar la inexistencia:

En este pequeño apartado trataremos de resolver lo concerniente a la declaratoria de inexistencia. En primer término tenemos que señalar que lo que se declara es la certeza de que un acto no existe; esto implica que sus efectos y actos posteriores tampoco existen, y la forma de eliminarlos del proceso es declarar su nulidad.[37]

Después de afimar esto, es menester señalar que la declaratoria de inexistencia puede ser solicitada en dos hipótesis: a) antes de sentencia, y b) después de sentencia "con aparente carácter de cosa juzgada".

Consideramos que en la primera hipótesis es posible utilizar como instrumento el incidente de nulidad establecido por el artículo 148 in fine del Código de Procedimientos Penales, y resolver el problema interlocutoriamente; y en la segunda, la doctrina recomienda —y nosotros estamos de acuerdo— utilizar el incidente de ejecución establecido por el artículo 502 ibídem.[38]

La pretensión en uno u otro caso es la declaratoria de inexistencia del aparente acto procesal y la nulidad de los efectos producidos hasta ese momento. Pero no debe olvidarse que al faltar un presupuesto procesal la inexistencia puede extenderse a actos anteriores, y hasta la propia integración de la relación procesal.[39]

CONCLUSIONES

Distinguimos entre actos perfectos y actos imperfectos. Los actos perfectos son siempre eficaces. Sin embargo no se puede decir que los actos imperfectos sean siempre ineficaces, esto por cuanto los actos irregulares están sancionados sólo con una sanción disciplinaria al funcionario. Con los actos susceptibles de ser declarados nulos de oficio y los actos en que sea posible la declaratoria a petición de parte, tenemos que con la declaratoria de nulidad, que reúne el carácter de una sanción procesal, se determina la ineficacia del acto, pero podría suceder que nunca lleguen a ser ineficaces debido a la convalidación del vicio. La inadmisibilidad es otra sanción procesal a un acto imperfecto, que causa la ineficacia del acto, pero también puede ocurrir que el acto en cuanto a su vicio se llegue a convalidar, no llegando así nunca a ser ineficaz.

Frente a los actos imperfectos, que pueden ser eficaces según se dijo, se encuentran los actos inexistentes, los cuales al tratarse de un no acto, ni perfecto ni imperfecto, debido a la ausencia de los presupuestos procesales, no pueden por definición producir efectos jurídicos y nunca pueden ser convalidados.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA. *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* T.I. Buenos Aires, Ediar, 1963.

CASTILLO GONZÁLEZ. Los vicios formales en el nuevo Código Procesal Penal. San José, *Revista de Ciencias Jurídicas,* núm. 24, 1974, págs. 330-359.

CARNELUTTI. *Lecciones sobre el Proceso Penal,* T. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.

36. LEONE: op. cit., págs. 728 ss., y además pág. 688.

37. La mejor doctrina suramericana señala: "Para que la nulidad proceda debe tratarse de un acto procesal, y todo acto procesal viciado que ha nacido a la vida jurídica produciendo efectos sólo puede eliminarse por medio de esta sanción. Esta comprende entonces, aun a aquellos actos que cierta doctrina ha considerado como inexistentes refiriéndose a los hechos con apariencia de actos jurídicos procesales. Tales actos, al haber sido incorporados al proceso, deben ser eliminados de él, y no existe otro medio que la nulidad". DE LA RÚA: op. cit., pág. 57.

38. LEONE: op. cit., págs. 739 y ss.

39. Nuestra jurisprudencia nunca ha definido lo que es la inexistencia, sin embargo algunos casos que ha resuelto como nulidad absoluta son evidentemente casos de inexistencia. Ver: V—12—F, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las 16,05 hrs. del 8 de enero de 1985; V—10—F, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las 16,55 hrs. del 8 de enero de 1985; y V—26—F, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las 17,20 hrs. del 20 de marzo de 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CLARIÁ-OLMEDO. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* T. IV, Argentina, Ediar, 1964.

CUNEO LIBARONA. *Nulidad de sentencias en el Proceso Penal,* Argentina, Abeledo-Perrot, 1968.

DE LA RÚA. El Proceso, acto y sanciones procesales. *Proceso y justicia,* Argentina, Lerner, 1980.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA. *Derecho Procesal Penal,* España, 8a. edición.

LEONE. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* T.I., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

MANZINI. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* T.V. Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

NÚÑEZ. *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, anotado,* Buenos Aires, Lerner, 1978.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario manual e ilustrado de la lengua española,* Madrid, Espasa-Calpe, 1977.

ROJAS SOLÓRZANO. *Las nulidades en el Proceso Penal,* San José, tesis de grado para optar al título de licenciado de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1974.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA y CASTRO. *Procedimiento Penal Mixto,* T.I. Argentina, Plus Ultra, 1968.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INFORMÁTICA JURÍDICA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUAN DIEGO CASTRO FERNÁNDEZ
MARÍA CECILIA SÁNCHEZ ROMERO

El volumen de información de la sociedad contemporánea se ha hecho inmanejable a todos los niveles y principalmente en aquellos neurálgicos del Estado mismo: Los Poderes. Para enfrentar este reto histórico, la informática juega un papel de indiscutible relevancia, que resulta mayor en el campo de lo jurídico.

Así como la escritura marcó una nueva etapa al Derecho, cuando a mediados del siglo quinto los romanos sancionaron la "Ley de las Doce Tablas", permitiendo que quien pudiese leer las consultara en el foro. Es la escritura la que provoca la sistematización de las leyes y la división de los poderes. La imprenta permitió que cualquier persona tuviera en sus manos los textos legales, como sostiene el profesor Ricardo Guibourg: "La democracia, tal como hoy se la concibe, es en gran medida un fruto de la imprenta y de su complemento, el soporte del papel; y habría sido muy difícil desarrollarla si el acceso a la información (incluida la información jurídica) dependiese del valor del pergamino y del laborioso empeño de los copistas".

La codificación fue el resultado del Derecho impreso, quinientos años después. "Una nueva revolución tecnológica afecta hoy a la información jurídica, y la etapa a iniciar, llamémosle del Derecho electrónico, —si lo deseamos— ha de cambiar nuestra vida y nuestro pensamiento, al menos tanto como lo hicieron las técnicas del Derecho escrito y del Derecho impreso, que la técnica informática superpuesta a ellas viene a potenciar", afirma el Dr. Guibourg.

El Derecho democrático gira en torno al principio de que se presume conocido por todos y "absolutamente" por el juez. Pero hoy día, lo que hace muchísimos años pudo ser verdad, es una mera ficción sustentadora de la seguridad jurídica del sistema. A pesar de que las leyes se publican todos los días en el diario oficial, resulta tan voluminosa la cantidad de normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, que aun el mismo archivo de la Asamblea Legislativa se hace anacrónico, si buscamos rapidez y eficiencia.

Lo que parece una fantasía de ciencia ficción jurídica, ya en otros países es una realidad, como por ejemplo en Italia, donde no sólo están a la cabeza en cuanto a bases de datos de legislación, doctrina y jurisprudencia, sino también en lo relativo a las investigaciones de la cibernética jurídica. Los avances logrados por el Sistema Nacional de Informática Jurídica son considerables. Realidad que no resultará muy lejana a nuestro país: Instalar un banco de datos legislativos, donde en discos magnéticos se encuentre almacenada de forma ordenada, de fácil y rápido acceso y actualizada, toda la legislación costarricense, puesta al servicio de la ciudadanía. Podría pensarse también en un banco de datos coordinado con el anterior que contenga todas las normas, de orden reglamentario emanadas del Poder Ejecutivo.

En 1971 también parecía que soñábamos, cuando se empezó a trabajar en la informatización del Registro Nacional. Hoy prácticamente el proyecto está concluido, funcionando a la perfección. Los pesados tomos manuscritos se transformaron en folios reales electrónicos, consultables en una pantalla de rayos catódicos en el Registro mismo, y desde el cuatro de abril, en el microcomputador del bufete en cualquier parte del país, a través de líneas telefónicas, a cualquier hora de cualquier día del año, instantáneamente.

Muchos juristas ya han adquirido microcomputadores para sus bufetes, usando el procesador de textos y algunos otros programas adecuados para el mejor funcionamiento de sus oficinas. Nuestros ingenieros ya están diseñando sistemas para los abogados y los notarios.

El interés por la nueva disciplina de la informática jurídica se ha venido manifestando en los últimos años, a partir del Primer Seminario Nacional de Cibernética Jurídica que celebramos en el Colegio de Abogados en marzo de 1984, y el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Segundo Seminario de Informática Jurídica celebrado en noviembre de 1985.

No podemos olvidar que vivimos una época de seria crisis económica, que en gran medida afecta a toda la República y por supuesto al Poder Judicial, lo que desafortunadamente repercute de manera nefasta en la administración de justicia, que al ser lenta y tardía representa desgraciadamente una forma de no administrar justicia.

Es aquí donde pensamos en la informática jurídica, porque consideramos que puede constituir un factor básico para el desarrollo y fortalecimiento.

Bastaría establecer la proporción entre el abultado número de expedientes y el tiempo disponible de un juez, para comprender el motivo principal de la lentitud de la justicia. Creemos que la informatización vendría a solucionar en gran medida este problema, máxime considerando los exiguos recursos económicos con que contamos.

Dentro del ámbito de la "Informática Jurídica de Ayuda a la Decisión" se comienza a trabajar en la construcción de un BANCO DE DATOS JURISPRUDENCIALES, tomando como punto de partida el trabajo desarrollado en los últimos años por el Digesto de Jurisprudencia, que se lleva meticulosamente en ficheros manuales.

A ese efecto, el Digesto llevó a cabo en días pasados, un taller de evaluación de su actividad, que le permitió a su personal valorar el trabajo con que cuenta y replantear directrices acordes con los requerimientos tecnológicos, fue así como se analizó la labor anterior y se llegó a conclusiones interesantes entre las que cabe destacar lo siguiente:

En una etapa inicial y respondiendo a parámetros propios de un sistema jurídico de "Precedente" el extracto jurisprudencial se hacía con la fórmula del silogismo, con un máximo de cinco renglones y sin posibilidad alguna de hacer citas numéricas, lo cual obligaba al redactor a desarrollar toda una argumentación sintetizadora del texto jurídico al que la sentencia se refería, esfuerzo durante el cual normalmente se enredaba, dando como producto final una ficha de difícil sino de imposible comprensión. Por otro lado, la mayoría de los resúmenes se referían al contenido exacto de la norma jurídica, lo que denominamos "Notas Tipo", sin que se aportara valoración alguna hecha por el Tribunal en el análisis del caso sometido a su conocimiento. Igualmente la titulación se hacía de manera esquemática y cortante, con la consiguiente falta de agilidad en el suministro de la información, pues por ejemplo: lo referido al robo simple, se clasificaba en ROBO – SIMPLE – CONFIGURACIÓN, y lo cierto es que cuando la persona quiere información sobre el robo, normalmente precisa el punto exacto, y con este sistema se le obligaba a consultar la gran cantidad de material que sobre el mismo existe. Como parte de la preocupación por resolver estas deficiencias, comenzamos a introducir algunas variantes; en primer lugar se eliminó el silogismo como fórmula de redacción; se permitió el uso de números dentro del texto y en cuanto a la titulación se recomendó, que, si bien la primera palabra debe ser un descriptor de contenido jurídico, las restantes deben ser una síntesis del contenido total de la ficha, de manera que el usuario pueda con solo leer el título orientar su búsqueda; en este sentido jugó un papel muy importante el haberse replanteado la naturaleza del Digesto de Jurisprudencia, y a partir de ahí entender que toda la labor debe orientarse a la satisfacción de los intereses del usuario; esta oficina es una fuente de información tanto para los funcionarios judiciales, como para los litigantes y estudiosos del Derecho en general y es a éstos a quienes debe prestar un eficiente servicio. En virtud de la ya real posibilidad de automatizar el material se procedió a evaluar toda la labor de selección de compendios con el objetivo de adoptar aquellas fórmulas de redacción que resulten más acertadas tanto desde el punto de vista lógico-jurídico como idiomático.

En esa perspectiva, y con el objetivo también de corregir los errores que se han señalado se analizaron los tres procedimientos que en la actualidad se pueden distinguir en la sistematización de la jurisprudencia: el primero incorpora al computador el texto completo de la sentencia, en el segundo se determina el contenido de la providencia, se identifica cada tema con un "Descriptor" (todo concepto que tenga autonomía conceptual propia y diferenciada de otros conceptos del Derecho, aunque comparta elementos con otros, por pertenecer con ellos a un mismo género propio). En el tercero se incorpora un resumen de la sentencia, que pueda complementarse con referencias bibliográficas.

La utilidad de estos sistemas depende de la naturaleza de la jurisprudencia; en el sistema jurídico anglosajón, el "Precedente" de obligada aplicación a casos similares, hace resaltar la importancia de un mecanismo que suministre el caso concreto que dio origen a la regla, con todas sus condiciones de tiempo, modo y lugar. Pero en el Derecho codificado, la regla ya ha sido formulada por el legislador, de manera que el juzgador a lo que debe orientarse es a buscar la norma que sea aplicable al caso que se somete a su consideración, para determinar su alcance y contenido y corregir así las consecuencias jurídicas. No olvidemos que "La labor jurisprudencial tiene como objetivo y alcance de la normatividad, función de naturaleza esencial-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente abstracta y de carácter general. . . Por esta razón en ninguno de los países en que el Derecho está codificado se incorpora al computador el texto completo de la providencia, pues más del ochenta por ciento de la misma es innecesaria para efectos jurisprudenciales (Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica, Jaime Giraldo Ángel, pág. 41).

De manera que resulta más conveniente a un sistema codificado como el nuestro, un documento jurisprudencial que recoja la parte doctrinaria del análisis hecho por los juzgadores, con su correspondiente fundamentación jurídica. Se consideró también la experiencia de otros países que han desarrollado sistemas muy evolucionados tales como Italia y Francia. Los italianos trabajan con resúmenes de sentencia denominados "Másimas", que inicialmente se elaboraban con base en los aportes de la providencia que señalaba el magistrado que la hacía, pero por la heterogeneidad de enfoques que cada uno tenía, se dejó esta labor a la "Oficina de Máxima" (Grupo de Ricerca del Massimario de la Corte Suprema de Casaciones, Teoría e metodi della ricerca. Roma Stamperia Nazionale S.F., pág. 47).

El sistema de información contenido en la máxima es básicamente referencial, pues aunque es un instrumento idóneo para asegurar el precedente entre un gran número de casos, no es suficiente para conocer el valor interpretativo dado a la norma.

Los franceses utilizan el sistema del "abstract" cuyas etapas de elaboración son las siguientes "La primera etapa se consagra a recoger la información útil, que comprende los conceptos de Derecho (con las referencias legislativas correspondientes), los datos de hecho que influyen sobre la decisión y la decisión misma. . . La segunda etapa tiene por finalidad la formulación de los datos, es decir, el paso del concepto de la palabra, la búsqueda de los términos descriptores de la información. . .

La tercera y última etapa está relacionada con la estructura formal del "abstract" que se articula alrededor de dos técnicas. De una parte se jerarquizan los conceptos. . . Su función es la de facilitar la lectura al jurista presentándole un documento ordenado según el modelo al cual está acostumbrado. . .

La formulación del "abstract" implica también su división en frases y en párrafos. Esta división en subconjuntos de longitud variable juega un papel esencial para la función de recuperación, pues permite utilizar los restrictores de distancia a dos niveles. . ." (Catala Pierre. Note pour la Commission Leclerg. París. Ed. Mimeografiada. Dic. 1983, pág. 314).

Este sistema es también referencial y obliga a buscar el texto para obtener la información requerida. De ahí que en un afán por desarrollar un sistema para elaborar el documento jurisprudencial de la manera más completa posible, tanto en la forma como en el contenido, creemos que lo más prudente es la transcripción literal de las tesis sustentada en el fallo, con su correspondiente fundamentación jurídica, pues si bien en las providencias se hacen muchas afirmaciones jurídicas, "Solo constituye jurisprudencia la tesis sustentada, por el fallador sobre los problemas que analiza en forma explícita y que fundamenta jurídicamente" (Manual de Informática Jurídica Documental, Jaime Giraldo, pág. 50).

La selección por transcripción literal se nos facilita en la medida en que los juzgadores se ajusten a ciertos parámetros en la redacción de sus fallos, pues ello garantizaría igualmente la "Oficialidad de la Información"; si cada punto jurídico de interés se trata en considerandos aparte, el redactor del compendio se limitaría a su extracción textual, correspondiéndole únicamente la clasificación y titulación debidas.

Cuando por la forma en que está redactado el fallo se imposibilita su recuperación textual, el redactor se orientará formulando la pregunta central que se resuelve en el fondo y el documento estará constituido entonces por la tesis con su respectivo fundamento, lo que corresponde a la respuesta que se da al problema y a la argumentación que la sustenta. Para hacer comprensible el texto, en muchos casos hay que incluir aclaraciones entre paréntesis, como la pregunta no se transcribe en el documento jurisprudencial, debe revisarse el texto sin ella para estar seguros de su claridad. Ejemplo: El problema a resolver por el tribunal es la conducta de un sujeto que con intención de herir a otro causó la muerte de otra persona; la pregunta a formular será: "¿Qué tipo de delito comete el que con intención de herir a una persona causa la muerte de otro?". El documento jurisprudencial es el siguiente:

"El homicidio cometido en estas circunstancias (se abre paréntesis para indicarlas) se califica como constitutivo del delito de. . ." (aquí se formulan las acotaciones doctrinarias, jurisprudencia, etc. que apoyen la respuesta dada a la pregunta inicial).

En un acto de mutua colaboración, si los juzgadores aceptaran un modelo de redacción, que no interviene en absoluto con el fondo, pues únicamente pretende que cada punto jurídico sometido a consideración, pudiera ser tratado, con su debida fundamentación jurídica y doctrinaria, en considerandos aparte, se facilitaría muchísimo la labor que realiza el Digesto y por supuesto, daría una

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mayor seguridad en cuanto a la información que se suministra al ser fiel reflejo del fallo extractado.

La experiencia colombiana en este aspecto es muy interesante, y les ha permitido crear un sistema para la elaboración del documento jurisprudencial fundado en la lógica del discurso jurídico, desarrollando una serie de pautas formales que se enseñan a los abogados responsables de la recopilación de información cuya aplicación garantiza no sólo la homogeneidad de los trabajos realizados por los distintos analistas, sino que da pautas para la supervisión y control del trabajo.

En adelante este será el procedimiento a utilizar, aunque presenta el inconveniente de que, por la forma que acostumbran redactar nuestros juzgadores, la extracción literal se dificulta, pero se empleará entonces el otro método inductivo, mientras se logra un acuerdo.

Otro de los aspectos que dificulta esa labor es la gran cantidad de material que a diario se recibe, pues de unos dos mil documentos mensuales que llegan al despacho hay capacidad para resumir unos quinientos aproximadamente, y si bien no todos los dos mil son de interés jurídico, deben necesariamente ser leídos para poder clasificarlos; de manera que una preselección llevada a cabo por el tribunal que resuelve, sería de gran ayuda, ya que disminuiría el volumen y se aprovecharía mejor el tiempo en la redacción de los que sí tienen interés jurídico, en el entendido, por supuesto, que se tratará de una actividad coordinada que los compañeros de los tribunales deberán asumir como colaboración disciplinada y no vaya a ser que al final no se envíe material alguno.

Creemos que este procedimiento abona en favor de una correcta administración de justicia, en la medida en que puede generar una actitud de resolver de manera aún muy clara y fundamentada, pues la cita será textual y habrá tal vez mayor preocupación al fallar pues el texto exacto estará a disposición del público, con la velocidad propia del computador. Será además una fórmula que combine las ventajas de la informática con la calidad de información a suministrar.

Por otra parte, para desarrollar un BANCO DE DATOS DOCTRINALES es menester elaborar un plan entre las escuelas de Derecho de las universidades y la Biblioteca del Poder Judicial, de modo que las investigaciones de los estudiantes se practiquen con una metodología tal, que tan importante trabajo se aproveche para alimentar estas bases de datos de doctrina jurídica.

En relación con la información jurídica registral a nivel judicial, se ha empezado a montar informatizadamente los registros de penados y de deudores alimentarios, pero podría pensarse también en desarrollar registros de procesados penalmente, de deudores, etc.

La labor quizá más compleja pero de mayor importancia la tendremos frente a los niveles operacional y decisional, que consistiría en que la máquina en un tribunal lleve toda la actuación repetitiva, el control de asuntos, los pasos obligados de las diferentes fases del proceso con emisión de documentos correspondientes a los formularios normales, con incorporación automática de variables necesarias, y por otra parte se pueden establecer determinadas pautas en resoluciones muy repetitivas y facilitar la redacción de las mismas al propio juez. En estos dos niveles podría planearse primeramente "Tribunales Automáticos Pilotos" en las diferentes competencias a fin de desarrollar y pulir los programas.

A pesar de algunos esfuerzos para hacer frente al incremento de los asuntos que se someten al conocimiento de los Juzgados Civiles, tales como los tarjeteros maestros, la numeración de expedientes, el gran trabajo de ebanistería para dotar de enormes estantes a los juzgados, algunos machotes impresos, más personal, etc., resultan insuficientes, y la resultante del número de expedientes entre el tiempo disponible de jueces y actuarios, daría un promedio que nos llenaría de asombro, porque es absolutamente imposible que nuestros jueces cuenten con pocos minutos para resolver asuntos de muchísima importancia.

Ahora si nos fijamos en la relación asuntos/escribientes, vemos que también el resultado es alarmante. Pero consideremos cuan repetitiva y tediosa se vuelve la labor no sólo de escribientes, sino de administradores de justicia, al consumir gran parte de su tiempo en labores mecanográficas fundamentalmente mecánicas.

La demanda de justicia es cada día mayor, tanto cuantitativa como cualitativamente. Los tiempos que corren, nos hacen pensar que así como en la producción la revolución tecnológica ha dotado a la humanidad de las herramientas necesarias para pasar de lo artesanal a lo industrial, y dentro de la era industrial, hoy la época de la electrónica (de la informática, de la robótica), la Justicia, apenas presta su servicio a los ciudadanos con herramientas propias de un primer momento de la industrialización.

Observando a la justicia, como el más importante y sagrado servicio que el Estado brinda a los ciudadanos, es innegable que la cantidad de "demanda de Justicia" es desproporcionadamente mayor que la oferta de justicia misma. Entendiendo que la relación demanda/sentencia es desproporcionada en favor del primer factor, lo que re-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

presenta entonces una justicia que no es ni pronta ni cumplida, en pocas palabras que no es justicia.

Dentro de los asuntos que son de conocimiento de los juzgados civiles, los juicios ejecutivos (simples, hipotecarios, prendarios y las ejecuciones de sentencia) significan más del cincuenta por ciento. La relación con respecto de los juicios ejecutivos de las instituciones del Estado, que se tramitan en vía contenciosa administrativa es bastante semejante. Del total de los asuntos que se someten a los tribunales de justicia, casi la mitad entonces son juicios ejecutivos, lo que hace que la mitad de los esfuerzos de la administración de justicia se empleen en los cobros judiciales, sin tomar en cuenta las causas por libramiento de cheque sin fondos que se tramitan en las agencias fiscales. Situación que obliga a que los abogados costarricenses busquemos una solución adecuada no solo al problema mismo, sino a la situación financiera de nuestro Estado, lo que nos impide pensar en nuevos tribunales o más funcionarios.

Hoy día los avances de la informática jurídica en nuestro país y en el mundo, ponen en nuestras manos un poderoso instrumental, que nuestros técnicos están en sobrada capacidad de montar en Costa Rica.

Precisamente el proceso ejecutivo, por sus mismas características permite su algoritmización —su automatización—, para que un programa informático sea capaz de llevarlo hasta el final, poniendo en la pantalla del monitor del juez, toda la información necesaria, para que tome la decisión (sentencia, autos, etc.).

Y entonces no será sólo la elaboración automática de "machotes", sino que los juicios ejecutivos podrán ser llevados automáticamente desde el escrito de demanda hasta la confección del último cheque. El trabajo es arduo, pero existen profesionales costarricenses, tanto juristas como informáticos, lo suficientemente capaces como para lograr desarrollar un proyecto de esta envergadura exitosamente.

Es necesario partir de un exhaustivo análisis de la realidad de un estudio completo de factibilidad y viabilidad, para que así, el Tribunal Automático de Ejecución se ajuste plenamente a las necesidades del Poder Judicial. Será el primer Tribunal informatizado. No solo necesitará de computadoras, sino que fundamentalmente de jueces con una nueva mentalidad (al menos con mentalidad abierta al progreso) con secretarios y escribientes, que no bastará que sean mecanógrafos, sino que deberán contar con conocimientos elementales en informática (ya la Oficina de Personal del Poder Judicial ha hecho encuestas entre sus empleados para determinar quiénes tienen alguna preparación informática y se están impartiendo cursos elementales a través de la Escuela Judicial).

Debemos ir pensando en un Tribunal con jurisdicción nacional, y entonces en algunos ajustes legales al respecto, así como con relación al procedimiento mismo.

Además del procedimiento ejecutivo, que se deberá convertir en un "programa computarizado", que correrá en las computadoras del T.A.E. es importante desarrollar otros programas conexos como serán:

Índice de asuntos: En una base de datos amigable, la cual pueda ser consultada tanto por el número de expediente, como el nombre de las partes o sus números de cédula. Índice que a la postre se convertirá en un Registro de Deudores, de mucha importancia en materia concursal y financiera.

Agenda: Agenda electrónica, que automáticamente establezca los señalamientos de las diligencias judiciales, fundamentalmente los remates.

Mandamientos telemáticos: Programa mediante el cual por medios telemáticos (a través de modems y líneas telefónicas) los mandamientos de anotación y embargo practicado se enviarán a los centros de cómputo del Registro Nacional (propiedades y vehículos), Oficina Técnica Mecanizada, Bancos Nacionales. Así como impedimentos de salida del país al Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública. Igualmente se podría pensar en el envío de los edictos a la Imprenta Nacional por medios semejantes, en el momento en que la imprenta cuente con una computadora.

Correo electrónico para escritos y notificaciones: En la medida en que los bufetes cuenten con microcomputadoras, con un programa de correo electrónico, y la asignación de códigos de acceso a los abogados para acceder la computadora del T.A.E. los escritos podrán ser "presentados" telemáticamente, así como las notificaciones llegarán al litigante, por semejante canal.

Pregonero automático: Será un programa que rematará automáticamente los bienes, con un nuevo criterio, ya no solo con los presentes en "la puerta del despacho", sino con los que se "conecten" en el momento de "remate informático" telemáticamente desde sus bufetes, y puedan hacer sus ofertas por este medio.

Consideramos que la informática jurídica representa una posibilidad de solución a los serios problemas de congestionamiento que atraviesa la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

administración de justicia en aras del principio de la "Justicia pronta y cumplida".

Pensamos como ustedes que la informática no es la panacea, ni mucho menos. Pero es indiscutible que las computadoras son la mejor herramienta que ha inventado el hombre para su progreso o para su destrucción.

Confiamos en que el Melquiades de la informática jurídica, produzca una influencia capaz de humanizar el derecho acercándolo cada vez a la Justicia, permitiéndonos a los juristas ejercitar menos los músculos de los dedos mecanográficos y más, mucho más, nuestras mentes jurídicas.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL ACTO DE ADJUDICACIÓN EN UN CONTRATO PÚBLICO

DR. JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ
Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho.
Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
Profesor de Derecho Administrativo.

SUMARIO

Pág.

Siglas más usadas 98

Resumen 98

1. Introducción 98
2. Concepto 98
3. Plazo para adjudicar 98
4. ¿Qué ocurre si el Estado adjudica fuera de ese plazo? 98
5. Trámite que debe seguirse para preparar el acto de adjudicación 99
6. Selección de la oferta "más ventajosa" para la Administración 99
7. Plica ventajosa 99
8. Aclaraciones y mejoras a la plica para los efectos de la adjudicación 100
9. La adjudicación y el estudio de las ofertas 100
10. Adjudicación fallida, negativa o concurso desierto 100
11. Adjudicación compartida 101
12. Legalidad y oportunidad del acto de adjudicación 101
13. El acto de adjudicación debe ser razonado 101
14. Adjudicación de bienes inmuebles 102
15. Venta de bonos 102
16. Aviso de adjudicación (total o parcial) 102
17. Aviso en La Gaceta de la adjudicación 102
18. Corrección de errores en el aviso 103
19. Adjudicación anulada o revocada por la Administración 103
20. Retiro de las muestras 103
21. ¿Precio, como factor de adjudicación? 103

Conclusiones 104

Bibliografía de referencia 105

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Siglas más usadas:

RJ *Revista Judicial*
RCo *Revista Contraloría General de la República*
RCJ *Revista de Ciencias Jurídicas*
D. Lic. *Departamento de Licitaciones*
Co. *Reglamento de la Contratación Administrativa*
LGAP *Ley General de la Administración Pública*
Res. *Resolución administrativa de la Contraloría*
AP *Administración Pública*
E *Estado*

Resumen.

El acto de selección del contratista público es aquel por el cual el Estado ubica a su cocontratante.

Este acto administrativo es esencial para configurar el respectivo contrato público. Por él se perfecciona el contrato y se materializa la voluntad de la Administración Pública de negociar con un particular *(convenio administrativo)* o con otro ente público *(contrato inter-institucional).*

***

1. Introducción.

Cuando la Administración Pública (AP) desea negociar expresa esa voluntad por medio del acto de selección del contratista público.

Este acto administrativo de adjudicación permite que el Estado (E) escoja a sus cocontratistas y le da la perfección y eficacia al contrato administrativo correspondiente.

2. Concepto.

La *adjudicación* es un acto material que condiciona la regulación del ejercicio de la competencia de la autoridad pública calificada para perfeccionar el contrato.[1]

Así pues, la citada *selección* es un acto administrativo por el que, la Administración escoge la plica que estima más conveniente ("la mejor oferta") a sus intereses del conjunto de la totalidad de propuestas presentadas al respectivo concurso.[3]

3. Plazo para adjudicar.

La Administración puede adjudicar dentro de:

A) Los 30 días hábiles siguientes al acto de apertura de los sobres de la propuesta; o,

B) en el plazo dado para tal efecto por el pliego de condiciones, al tenor del artículo 39 del Reglamento de la Contratación Administrativa.[3 bis]

La facultad de adjudicar por parte del Estado *(selección positiva)* también contiene la de efectuar una *adjudicación negativa* (declaración de desierto el concurso).[4]

El artículo 120 del Reglamento de la Contratación Administrativa lo manda así:

> *ARTÍCULO 120.* Dentro de los treinta días hábiles siguientes al acto de apertura, o dentro del mayor tiempo señalado por el cartel, conforme con lo dispuesto por el artículo 39 del presente decreto, procederá la Administración a adjudicar el negocio licitado o declarar desierto el concurso.

4. ¿Qué ocurre si el Estado adjudica fuera de ese plazo?

Si la Administración (A) no adjudica en ese plazo, *pierde* la competencia para seleccionar la oferta.

Si lo hace extemporáneamente, la adjudicación es *nula.*

---

1. FLAMME, M-A. *Les Marches de L'administratívos. Contrats de fornitures et des travaux publics.* (Bruxelles, E. Bryland, 1955, pág. 66).

2. ROMERO, J.E. *La licitación pública en Costa Rica.* (San José, UCR, 1975, pág. 330).

3. *El acto administrativo de adjudicación,* como generador de derechos y deberes recíprocos, sólo puede recaer legítimamente sobre personas físicas o sobre personas jurídicas, dado que éstas son, en principio, los únicos sujetos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones de acuerdo con nuestra legislación civil y mercantil, en tanto la misma no les limite esa capacidad. De ello ser deriva que las ofertas sometidas al procedimiento de licitación deben serlo siempre en nombre de personas jurídicas o personas físicas, para que la Administración licitante pueda admitirlas y considerarlas legítimamente y para que sobre ellas pueda recaer válidamente una eventual adjudicación. En cuanto está demostrado que el acto adjudicatario dictado en este procedimiento de concurso recayó sobre una empresa que, aunque existente desde el punto de vista material, no lo era desde el punto de vista legal al no estar constituida como persona jurídica mercantil. Consecuentemente, dicha oferta estaba viciada de nulidad ya que en ella no podía determinar si quien se comprometía frente a la institución licitante lo era el mencionado señor en su carácter particular o una sociedad mercantil quien él representaba como gerente. Res. núm. 123-78, 19 setiembre 78).

3 bis. *Artículo 39 RCA:* (fijación del ". . .el plazo para la adjudicación cuando se requiera que este sea mayor de 30 días hábiles. . .).

4. Cf. RODRÍGUEZ, Gustavo. *Contratos administrativos y derecho privado de la administración.* (Bogotá, Eds. Librería del profesional, 1983, págs. 46 a 50).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De este modo, el Estado puede usar este procedimiento (dejar pasar el lapso para adjudicar), con el fin de que el efecto sea el mismo que si declarare —oficialmente— desierto el concurso *(adjudicación negativa).*

5. Trámite que debe seguirse para preparar el acto de adjudicación.

La Administración para llegar al acto de adjudicación (que es un acto final, por el cual reconoce, determina, declara y acepta la plica más favorable a los intereses públicos)[4 bis] tiene que cumplir con una serie de pasos (o, iter procedimental), que son necesarios como actos preparatorios de la selección.

Esos pasos son los siguientes:

A) Estudio de las ofertas por los técnicos correspondientes, para establecer las ofertas que son elegibles y aquellas que son excluidas del concurso.

B) Ese estudio de plicas debe ser lo más técnico, completo y objetivo posible. Abarcará todos y cada uno de los elementos que integran una oferta (garantías, precio, calidad, muestras, etc.).

C) El estudio ofertual establecerá, con el criterio de los técnicos que elaboran el informe, cuál es la "mejor oferta"; recomendando así la adjudicación respectiva.

6. Selección de la oferta "más ventajosa" para la Administración.

Todo el procedimiento de la licitación se hace con el objetivo de que la Administración contrate. Es decir, que el contrato se realice. Para decirlo en pocas palabras, el Estado no incurre en los empleos de recursos económicos humanos, administrativos, etc., para llegar a declarar el concurso fallido, desierto y quedarse sin contrato.

Si el Estado llama al concurso es para negociar y adjudicar la plica que más convenga a sus intereses; o sea, la "más ventajosa".[5]

7. Plica ventajosa.

La plica u oferta adjudicada debe ser la más ventajosa para la Administración.

Ya habíamos indicado que dicha propuesta es aquella que consignados todos sus elementos (precio, calidad, repuestos, plazos de entrega, etc.), constituye una plica atractiva para el Estado. Si esa oferta es más cara que las demás, la adjudicación debe fundamentarse debidamente, pues, esa mejor onerosidad en el gasto público se tiene que razonar y justificar con base en los parámetros de calidad, garantías, etc.[6]

El Decreto No. 222 del 2 de febrero de 1983, (de Colombia), en su artículo 33, *in fim,* establece que en igualdad de condiciones se prefiere la oferta de precio más bajo o inferior (respecto de otros ofrecidos).

Si los precios son iguales o similares se deben analizar otros aspectos de la oferta.

Ahora, si se da el caso de igualdad de condiciones entre las ofertas seleccionables, el criterio para *adjudicar* será aquel que cumpla con la tesis de una "distribución equitativa de los negocios".[7]

En Costa Rica, ese criterio se aplica al momento de adjudicar, cuando —por ejemplo— una licitación se reparte en tres oferentes, que son elegibles.

El artículo 121 del Reglamento Contratación Administrativa, ordena estos aspectos del siguiente modo:

> *ARTÍCULO 121.* El acuerdo respectivo lo emitirá la Administración una vez que se hayan dado los siguientes pasos:
>
> 1) El estudio de las ofertas en relación con las condiciones y especificaciones del cartel y con las normas jurídicas reguladoras de la materia, a efecto de declarar admitidas aquellas que se ajusten a las mismas y de declarar fuera de concurso las que incumplan aspectos esenciales de las condiciones generales o bien requisitos de orden técnico del pliego así como las que violen normas jurídicas.
>
> Para ello la Administración podrá asesorarse con funcionarios o entidades oficiales, o con técnicos o empresas particulares de competencia y seriedad reconocidas que no tengan interés alguno en el negocio.
>
> Dicho estudio comprenderá el examen de muestras, garantías, antecedentes, atestados, prospectos, etc., aparte del clausulado propiamente dicho de las ofertas en cuidadosa confrontación con las condiciones y especificaciones del cartel.
>
> 2) El estudio de las ofertas admitidas al concurso, a efecto de establecer cuál o cuáles resultan más ventajosas para la Administración. Tal ventaja estará determinada no necesariamente por el factor primordial, que constituye el precio, sino que será posible establecerla en la conjugación de éste con la calidad, servicio, experiencia, características, condiciones, historial y demás elementos de juicio relevantes en el

---

4 bis. DROMI, José R. *La licitación pública.* (Buenos Aires, Ed. Astúa, 1975, pág. 389).

5. Cf. *Contratos con La Nación y entidades descentralizadas.* (Bogotá, Universidad Externada de Colombia, 1983, págs. 45 y 46).

6. Cf. ROMERO, J.E. *La oferta en el contrato administrativo.* (San José, RCJ, núm. 53, 1985, pág. 139).

7. Cf. *Contratos con La Nación. . .*, ob. cit., pág. 45; y, artículo 125 del RCA.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

caso, que concurran en la oferta y en la persona del oferente.

8. Aclaraciones y mejoras a plica para los efectos de la adjudicación.

La Administración puede solicitar *aclaraciones* de las ofertas a quienes las presentan, con el fin de contar con más elementos de juicio al momento de efectuar la adjudicación.

Tanto el artículo 119 como el 122 del Reglamento de la Contratación Administrativa se refieren a estas *aclaraciones* de la plica.

El *artículo 119* manda, al respecto:

> *ARTÍCULO 119.* Posteriormente a la apertura de las ofertas no se admitirá retiro ni modificación de las mismas, aunque sí las aclaraciones que, sin alterar su contenido, tengan a bien presentar los participantes o solicitárselas la Administración.

Por su parte el *artículo 122,* expresa:

> *ARTÍCULO 122.* Al estudiar las propuestas, tanto por su admisión como para efectos de adjudicación, la Administración podrá solicitar a los oferentes las aclaraciones que estime pertinentes en relación con aspectos fundamentales de las mismas, las cuales se integrarán a las correspondientes ofertas en cuanto no impliquen en manera alguna modificación o alteración de las condiciones establecidas. Las aclaraciones que de propia iniciativa presenten a la Administración los participantes después de abiertas las ofertas, podrán igualmente ser tomadas en consideración, siempre bajo el mismo supuesto de que no las modifiquen o alteren. Las ventajas o mejoras sometidas por los interesados posteriormente a la apertura, obligarán a quien las formule, mas no serán tomadas en cuenta en la comparación o ponderación de las propuestas sino que solo surtirán efecto una vez firme la adjudicación.

En este *artículo 122* hay también una clara indicación a las mejoras que el oferente le haga a la plica luego de abiertos los sobres de la propuesta. Tales beneficios, mejoras o ventajas que se le ofrezcan al Estado, después del acto de apertura de plicas, *no* se tomarán en cuenta para los efectos de la adjudicación, por cuanto ello implicaría romper el principio de igualdad de trato para los proponentes.

Eso sí, una firme e inimpugnable —en vía administrativa y judicial— la adjudicación hecha, las ventajas o beneficios deberán otorgarse por parte del que ya es contratista.

Luego, *no* puede negarse a dar esas mejoras, por cuanto, voluntariamente, las ofreció[8] y se comprometió a ello.

Si se niega a darlas, la Administración puede usar los mecanismos legales para reclamar el cumplimiento de esos ofrecimientos.

9. La adjudicación y el estudio de las ofertas.

Con la finalidad de contar con un bosquejo ilustrativo y rápido para analizar, en su fase última de la selección por el competente para ello, se redacta y prepara un cuadro-resumen de las ofertas.

En ese cuadro comparativo de la plicas, se anotará lo relativo a plazos de entrega, precios, cumplimiento del cartel, etc.

El *artículo 123* del Reglamento de la Contratación Administrativa lo establece así:

> *ARTÍCULO 123.* Para facilitar el estudio comparativo de las ofertas, cuando fueren varios los participantes, el órgano competente confeccionará un cuadro de ajuste con las especificaciones del cartel y de sus características más importantes, el cual formará parte del expediente respectivo.

10. Adjudicación fallida, negativa; o, concurso desierto.

El punto de partida es que la Administración hace el concurso con el fin de negociar o contratar lo que el Estado requiere.

Pero, también está facultada para *no* adjudicar y declarar el concurso desierto.

La regla es que el Estado licita para negociar; y, la *excepción,* es que opta por la vía del concurso desierto.

El Estado puede *no* adjudicar cuando:

A) Las ofertas violan el cartel en aspectos graves o sustanciales.

Así, pues, no hay plicas, porque *todos* están fuera del ámbito establecido por el pliego de condiciones.

B) En el caso de que existan plicas que cumplen con el cartel, se da la circunstancia de que devienen inconvenientes para los intereses del Estado, como por ejemplo cuando presentan estas características:

- baja calidad
- experiencia, antecedentes o atestados negativos
- *precio inaceptable,* o que
- el objeto de la licitación ya *no* es necesario para la Administración.

El *artículo 124* detalla bien esta situación incluyendo lo relativo a lo que debe entenderse por *precio inaceptable.*

> *ARTÍCULO 124.* Si del estudio a que se refieren los artículos anteriores se llegara a esta-

8. Cf. ROMERO. *La oferta. . .*, cit.; págs. 138 y 139.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

blecer que ninguna de las ofertas cumple con lo ordenado por el cartel, o bien que, aun cuando cumplieren, resultan inconvenientes a los intereses de la Administración por fundadas razones, como pudieran ser, precio inaceptable, baja calidad, experiencia o antecedentes negativos, que el objeto de la licitación ya no sea necesario a los fines de la Administración, esta deberá declarar desierto el concurso.

Para los efectos de este artículo se tiene como *precio inaceptable* aquel que asuma cualquiera de las siguientes condiciones:

A) Excesivo en relación con los precios normales de mercado o por encima de una justa o razonable utilidad;

B) Ruinoso para el contratista o no remunerativo, que dé lugar a presumir el incumplimiento por parte de este de las obligaciones contractuales por insuficiencia de la retribución establecida;

C) *Dumping;* y

D) Que exceda la disponibilidad presupuestaria y que la Administración no tenga medios para la financiación complementaria oportuna (solicitud de mercancías o reserva adicional, transferencia de fondos, empréstitos, etc.).

En relación con el numeral a) del párrafo anterior y a los efectos de los porcentajes de utilidad bruta establecidos con arreglo a la Ley de Protección al Consumidor, los entes públicos entran en la misma clasificación de los comerciantes mayoristas.

11. Adjudicación compartida.

La Administración bien puede dividir o distribuir una adjudicación ante varios oferentes elegibles; es decir, que cumplan o estén dentro de las previsiones del cartel.

Es decir, el Estado puede:

A) Adjudicar el concurso a un solo oferente o a varios.

B) Adjudicar total o parcialmente lo que requirió en el cartel.

Esa actuación administrativa está respaldada en la tutela de los intereses públicos a cargo del Estado.

Aunque, se debe recordar que —igualmente— un particular que promueve un concurso está facultado (también) para proceder como el Estado.

Es el *artículo 125* del Reglamento de la Contratación Administrativa quien lo indica así:

> *ARTÍCULO 125.* La adjudicación podrá ser distribuida entre varias firmas, cuando fuere técnica y legalmente divisible y hubiere razones atendibles que justifiquen tal proceder según los supremos intereses de la Administración.
>
> Los diferentes renglones que comprende la licitación, en cuanto independientes, se tendrán como objetos diversos de adjudicación sujetos a las disposiciones anteriores.

12. Legalidad y oportunidad del acto de adjudicación.

El acto de adjudicación debe ser legal, oportuno y conveniente a los intereses del Estado.

La Contraloría ha sostenido que la fiscalización que ejerce sobre los actos citados es fundamentalmente de legalidad.[9]

Nuestro criterio es que también la Contraloría ejerce un control de oportunidad y conveniencia del acto adjudicatorio. Por ello es que las resoluciones (Res.) de la Contraloría no afirman que la fiscalización que ejerce sea *exclusiva* o *únicamente* de legalidad, sino que se pronuncian el signo *fundamentalmente.*

13. El acto de adjudicación debe ser razonado.

La Administración cuando selecciona el contratista público, debe razonar o justificar su decisión, ya que se están gastando fondos públicos.

En el *acto de adjudicación* se debe hacer constar tales fundamentos o razones.

Un resumen de ese acto se publicará en *La Gaceta.*

Ya se trate de una *adjudicación positiva* (contrato perfecto) o una *selección negativa* (concurso desierto), el acto correspondiente tiene que registrar esas razones, para que la Administración dé cuenta a los administradores de sus actuaciones.

Si se selecciona una plica con precio más bajo, la Administración *no* está obligada a rendir cuentas por esta adjudicación, ya que está contratando con un oferente que cotizó lo que el Estado requiere a un precio inferior que el resto de las plicas sujetas al cartel.

Pero, si adjudica una oferta más cara, con un precio mayor que el propuesto por otros cotizantes el Estado está obligado a dar explicaciones y justificaciones de su escogencia onerosa, ya que se trata de dineros públicos.

Así lo manda el *artículo 126* del Reglamento de la Contratación Administrativa:

> *ARTÍCULO 126.* El acuerdo de adjudicación, tanto como el que declare desierto el concurso, deberán constar por escrito debidamente razonados. Cuando la adjudicación se efectúe en favor de la oferta de más bajo precio dentro de las que cumplen con las especificaciones del

9. **Cf. Así, entre otros y por todos, la resolución núm. 106-84 de las 9,00 hrs. del 17 de agosto de 1984, *considerando IV.***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cartel, basta ese solo hecho para fundamentarla, sin embargo, de existir, además de ello, razones de orden técnico que la amparen podrán indicarse. Cuando se adjudique en favor de una oferta de mayor precio que otra u otras que también cumplen con las condiciones y especificaciones del pliego, tal circunstancia debe quedar debidamente fundamentada en la referida acta, según los elementos de juicio que han sido tomados en consideración para preferirla sobre la o las de más bajo precio.

El acuerdo de adjudicación o el que declara desierto el concurso, deberá ser suscrito por la autoridad competente según la ley, los reglamentos o el régimen interno respectivo.

14. Adjudicación de bienes inmuebles.

Para adquirir bienes inmuebles, el Estado cuenta con un plazo establecido por su propio cartel, *pero* que tiene que ser *mayor* a los tres meses; *no* pudiendo ser menor.

El precio de compra no puede exceder en más de diez por ciento a su *valor real;* de lo contrario la adjudicación queda viciada.[10]

El artículo 127 del RCA lo expresa así:

ARTÍCULO 127. La adjudicación de inmuebles que adquiera la Administración no podrá serlo por un precio que exceda en más de un diez por ciento su valor real.

El valor real del inmueble se determinará mediante consulta a la Dirección General de la Tributación Directa o a cualquiera de las instituciones del Estado con personal especializado en ese tipo de avalúos.

La Administración adjudicará esta clase de bienes dentro de un plazo de tres meses, salvo que en el cartel se amplíe el mismo.

15. Venta de bonos.

En este aspecto hay un problema serio y es que algunos bonos no son aceptados en el mercado por su valor nominal o facial; o, en otro caso, el valor real (de mercado) es inferior al valor nominal o facial.

Por ello considero que el artículo 128 no tiene aplicación práctica ante el proceso inflacionario y de recesión *(stag flation)* que vive el país.

ARTÍCULO 128. Para la adjudicación de una venta de bonos, recibidos con carácter de subvención o en pago de obligaciones, se tomarán en cuenta las cotizaciones que rijan en la Bolsa de Valores, o en su defecto, la información sobre cotizaciones en plaza, recogida del Banco Central o de medios bursátiles. En ningún caso se podrán vender dichos títulos por un monto que baje en más de un tres por ciento de los niveles de venta comprobados en la forma expuesta.

16. Aviso de adjudicación (total o parcial).

En La Gaceta se tiene que publicar el aviso de selección del adjudicatario.

Este aviso resumirá los aspectos esenciales del acto de adjudicación como son, *verbigracia:* el precio, contratista, bienes adjudicados.

Si falta alguno de esos elementos el aviso, citado es nulo y la adjudicación también.

ARTÍCULO 129. Tomado que haya sido el acuerdo declarando desierto el concurso, o el de adjudicación total o parcial y firme el mismo conforme con las disposiciones internas del ente, deberá disponerse lo necesario a efecto de que parezca publicado en el Diario Oficial el resumen de su contenido a la mayor brevedad posible.

17. Aviso en La Gaceta de la adjudicación.

A) Si el aviso de selección *no* se publicó en *La Gaceta no* tiene eficacia la adjudicación.

Podría ser el convenio perfecto y valido, pero *no* eficaz. Por lo tanto *no* se puede ejecutar tal negocio.

B) Si el aviso citado es defectuoso o deficiente en elementos que son claves (como ya se indicó), la adjudicación como el aviso son *nulos,* al tenor de las implicaciones del artículo 129 RCA mencionado.

El artículo 129 citado manda que a la "mayor brevedad posible" se debe publicar ese aviso en *La Gaceta.*

Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que pudiera dar lugar a una eventual arbitrariedad, pues para evitar una posible apelación, publica el aviso un mes o dos meses después del acto de adjudicación, ya que el citado artículo no tiene plazo máximo para la mencionada publicación ni la sanción por atrasar ese aviso.

Antes de la reforma del artículo 129 de marras, por los decretos ejecutivos Nos. 16411 (10 de julio de 1985, La Gaceta No. 145 de 1 de agosto de este año) y 16833 (16 de enero de 1986, La Gaceta No. 25 de 5 de febrero de tal año) este numeral decía:

ARTÍCULO 129. Tomado que haya sido el acuerdo declarando desierto el concurso, o el de adjudicación total o parcial y firme el mismo conforme a las disposiciones internas del ente, deberá disponerse lo necesario a efecto de que aparezca publicado en el Diario Oficial el resumen de su contenido a la mayor brevedad posible. En cuanto se adjudique, dicho resumen deberá contener de especial manera el nombre del o de los adjudicatarios (podrá indicarse,

10. **Cf. MAIRAL, Héctor. *Licitación Pública. Protección jurídica de los oferentes.* (Buenos Aires, Depalma, 1975, pág. 35).**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

entre paréntesis, el de los representantes que hubieren mediado en el negocio), el monto o montos adjudicados, la forma de pago o plazos de ejecución y cualquier otra información fundamental, sin que falte la referencia a la licitación correspondiente y la fecha del acuerdo de adjudicación respectiva, con su número, cuando se use numeración en tales acuerdos.

Esta redacción es más completa y precisa. No me parece la redacción actual porque podría dar lugar a actuaciones arbitrarias de la Administración.

Debe quedar claramente establecido que el resumen a que hace referencia tanto el derogado artículo 129 como el vigente tiene que contener lo que el reformado numeral sí establece. Quienes pudieron pensar que reformando o recortando la anterior redacción evitaban referirse en el *aviso* de adjudicación a lo que detalla esa redacción, están *equivocados.*

RESUMEN: Aquí no implica evitar los datos esenciales del negocio adjudicado, los cuales están claramente indicados en la escritura reformada del artículo 129 de marras, que —en nuestro criterio— continúa *vigente.*

18. Corrección de errores en el aviso.

Si el aviso en La Gaceta, la Administración lo quiere subsanar podría hacerlo. *Pero,* si han pasado los tres días hábiles para apelar el acto de adjudicación ante la Contraloría y se impugnó dicho acto, no hay arreglo posible al aviso por cuestiones de deficiencias, lagunas, confusiones, etc. Por cuanto ya el acto en mención (de marras) está apelado.

De ahí que lo establece el artículo 130 del RCA tiene poca aplicación práctica.

> *ARTÍCULO 130.* De existir error u omisión alguna en la publicación, deberá subsanarse mediante aviso referido al solo aspecto que se enmienda o la totalidad del originalmente publicado, según convenga a su debida comprensión.

19. Adjudicación anulada o revocada por la Administración.

El Estado puede revocar o anular sus propias adjudicaciones, ya que no está obligado a negociar contra su voluntad. *Pero,* ello tiene sus *límites.*

Como el plazo para apelar es de tres días hábiles contados a partir del día siguiente de su publicación en *La Gaceta,* tales revocatorias o anulaciones, se tendrán que hacer dentro de esos tres días hábiles (en los que tiene competencia para ello). Pasado ese plazo *no* puede tomar esas determinaciones, porque son *nulas.*

Claro está que si de por medio hay una *nulidad absoluta,* ésta puede ser declarada por la Administración "aún después" de transcurrido ese plazo. Este artículo tiene la omisión grave de no indicar cuánto *tiempo después* puede hacer esa declaratoria, *en esta materia,* ya que al quedar abierto este plazo existe inseguridad y una potencial dosis de arbitrariedad de parte de la Administración, que debe ser evitada.

Este numeral manda:

> *ARTÍCULO 131.* Tomado el acuerdo de adjudicación o el que declara desierto el concurso, el mismo puede ser revocado por la Administración interesada por razones de oportunidad o legalidad, mediante resolución debidamente razonada; dicha revocatoria o anulación, sin embargo, sólo procederá en tanto el acuerdo se tome a más tardar tres días después de publicado el aviso de adjudicación en "La Gaceta", o antes de la publicación del acto que declara desierto el procedimiento. No obstante lo anterior, por razones de nulidad absoluta, podrá la Administración dejar sin efecto el acuerdo de adjudicación, aún después de transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior.

20. Retiro de muestras.

Las muestras ofrecidas por los oferentes que no resultaron adjudicatarios tienen que retirar las muestras que le presentaron a la Administración.

Si tales *muestras* no se retiran dentro de los dos meses siguientes al día en que la adjudicación quedó firme y con plenos efectos jurídicos, pasan a manos del Estado.

La redacción del *artículo 132 RCA* es deficiente por cuanto *no* indica a partir de qué fecha se cuentan esos dos meses citados.

> *ARTÍCULO 132.* Una vez firme el acuerdo que adjudica el concurso o publicado el que lo declara desierto los oferentes no adjudicatarios quedan obligados al retiro dentro de los dos meses siguientes de las *muestras* que no se hubieren inutilizado en pruebas efectuadas. Las muestras que no fueron retiradas dentro del indicado plazo, pasarán a propiedad de la entidad que las tenga en custodia.

21. ¿Precio, como factor de adjudicación?

Este apartado debe completarse con lo dicho en el punto 7) de este trabajo, *("plica ventajosa").*

Efectivamente, el precio por sí solo no decide una adjudicación, salvo cuando es inferior a los demás cotizados y las restantes ofertas cumplen con el cartel.

Nuestro sistema parte del supuesto que "lo barato sale caro" porque es de mala, dudosa o inferior calidad, salvo prueba en contrario.

El principio aplicable para adjudicar es que cualquier elemento diferente de una oferta decide

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una selección cuando es atractivo para la Administración y los demás aspectos son iguales o similares en las ofertas de la competencia.

El *artículo 102 apartado e)* de la Ley de la Administración Financiera de la República sostiene este criterio respecto del factor precio:

> *ARTÍCULO 102, e).* El factor precio, no obstante su primacía, no será determinante por sí solo para la adjudicación. Queda a salvo el derecho de la administración para rechazar la totalidad de las ofertas. Salvo que el cartel disponga lo contrario, la administración podrá hacer adjudicaciones parciales.

Por ello *no* se puede afirmar que el precio sea el factor *único* y exclusivo que decide una adjudicación.

La Contraloría lo ha sostenido en diversas resoluciones entre ellas las siguientes:

A) "El precio no obstante su primación no es determinante por sí solo para la adjudicación, por lo cual deben considerarse otros factores tales como la calidad, etc.".

(Res. No. 138-79, 21 setiembre 79).

B) "Cabe reiterar, sobre este extremo, que no siempre será considerada como mejor oferta la de menor precio, puesto que se deben ponderar también otros factores no menos importantes (ello no obstante la primacía del precio), entre otros, la calidad, el servicio, etc.".

(Res. No. 1510-78, 7 noviembre 78).

C) "La administración puede legalmente adjudicar sus licitaciones de productos, bienes o servicios, a un precio superior a otros que se le coticen si del análisis de las propuestas que recibe se desprende que existen razones de orden técnico que así lo justifiquen, especialmente cuando a esas razones de orden técnico se añaden otros factores que caracterizan a la oferta de mayor precio como la más conveniente para el interés público que se tutela. La justificación de la escogencia, en esas circunstancias como es obvio, deberá constar de manera indubitable en el expediente, con el respaldo de pruebas técnicas o de calidad realizadas con los diferentes productos cotizados por las partes, de tal manera que no quede duda sobre la procedencia de adjudicación".

(Res. No. 13-79, 1 febrero 79).

D) "A pesar de la primacía que tiene el factor precio dentro de procedimientos de esta naturaleza, no debe ser determinada para fundamentar por sí solo el acto de adjudicación, ya que se debe conjugar con otros elementos no menos importantes, como la calidad, el servicio, la experiencia, características, etc. (artículo 121, inciso 2), del Reglamento de la Contratación Administrativa. Por ello, al haber fundado el Instituto el acto de adjudicación en el factor calidad, no obstante que la oferta escogida es de mayor precio, estimamos que ha hecho buen uso de su discrecionalidad administrativa, guardando tal acto perfecta armonía con nuestro ordenamiento jurídico".

(Res. No. 77-78, 2 junio 78).

CONCLUSIONES

1. La adjudicación es un acto administrativo de selección del contratista público.
2. El sistema establecido desde 1885, en el artículo 747 del Código Fiscal para la contratación administrativa es la licitación o concurso. Este artículo 747 fue derogado por Ley 201 del 6 de setiembre de 1945 (Ley de Ordenamiento Fiscal, que junto con la Ley 199 y 200 de esas fechas dieron lugar el de abril de 1951 Administración de Otilio Ulate a la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) pues fue un compendio de las leyes de 1945 (Administración de Teodoro Picado).
3. El precio no es el factor determinante de una adjudicación.
4. Cualquier elemento o factores (Disímil y favorable a la Administración) de una oferta puede decidir una adjudicación, *siempre y cuando* los restantes factores de las ofertas sean equiparables o similares.
5. Así pues, en igualdad de condiciones entre los factores ofertuales, decide la selección, aquel factor de una oferta que establezca la diferencia en favor de los intereses del Estado.
6. El acto de adjudicación de un concurso público tiene el recurso administrativo de apelación ante la Contraloría.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

ÁLVAREZ GENDIN, Sabino. *Los contratos públicos.* (Madrid, Rens, 1934).

Doctrina jurídica de los contratos públicos del Estado y de la administración local. (Madrid, Estudios administrativos, 1969).

Asociación Argentina de Derecho Administrativo. *Contratos Administrativos.* (Buenos Aires, A. Baioaco,1977).

GONZÁLEZ BERENGUER URRUTIA, José Luis. *La Contratación Administrativa.* (Madrid, Municipalia, 1966).

GORDILLO, Agustín. *et al Contratos Administrativos.* (Buenos Aires, Ástrea, 1982).

MÓ, Fernando. *El contrato de construcción privada.* (Buenos Aires, Depalma, 1959).

Régimen legal de las obras públicas. (Buenos Aires, Depalma, 1966).

REHAAG KOPAUKE, Úrsula (Complidadora). *Jurisprudencia de la Contraloría en Contratación Administrativa.* (San José, IFAM, 1979).

RIVERO YSERN, Enrique. *El Derecho Administrativo y las relaciones con particulares.* (Sevilla: Instituto García Oviedo, 1969).

ROMERO PÉREZ, Jorge E. *La licitación pública en Costa Rica.* (San José, Universidad de Costa Rica, 1975, tesis de doctorado, agotado).

Contribución al estudio del contratista público. San José, Revista de Ciencias Jurídicas, número 25, 1975, agotado; y, Madrid, Revista de Administración Pública, núm. 71, 1973, agotado).

El concurso de antecedentes. (San José, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 40, 1980, agotado).

La contratación administrativa. (San José, Revista de Ciencias, núm. 48, 1982).

Reformas al Reglamento de la Contratación Administrativa. (San José, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 52, 1985).

La oferta en el contrato administrativo. (San José, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 53, 1985).

Las garantías en la licitación pública. (San José, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 54, 1985).

La adjudicación de una licitación pública. (San José, inédito, 1986).

El recurso de apelación ante la Contraloría del acto de adjudicación de un concurso público. (San José, inédito, 1986).

El cartel de licitación. (San José, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 55, 1986).

La contratación directa. (San José, inédito, 1986).

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTRATO DE ARBITRAJE EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Elementos y patología*

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

SUMARIO

Pág.

I. Introducción . . . 108
A. Premisas teóricas: La perspectiva real objetiva y la teoría del negocio jurídico . . . 108
B. Premisas fácticas: El uso del arbitraje en el comercio internacional y las dificultades para conocer su realidad . . . 109
C. Premisas conceptuales . . . 109
1. El arbitraje . . . 109
a) Caracteres . . . 109
b) Ventajas . . . 110
c) Tipos ("Ad hoc" y administrado. Doméstico e internacional. Árbitros y amigables componedores) . . . 111
2. Lo comercial (lo comercial y lo comercial internacional. La Lex Mercatoria) . . . 112
3. Lo internacional y los problemas de unificación . . . 113

II. Elementos, eficacia y patología del contrato de arbitraje . . . 114
A. El acuerdo de arbitraje frente a la teoría del negocio jurídico . . . 114
1. Cláusula compromisoria, contrato preliminar de arbitraje, compromiso y acuerdo de arbitraje . . . 114
2. La autonomía del contrato de arbitraje . . . 116
B. Presupuestos y elementos del contrato de arbitraje . . . 117
1. Presupuestos . . . 117
a) Presupuestos subjetivos . . . 119
i. Capacidad
ii. Legitimación
iii. En particular, sobre la capacidad del árbitro
b) Presupuestos objetivos . . . 120
2. Elementos . . . 120
a) La voluntad. Carácter esencial. Ausencia. Vicios . . . 120
b) La forma . . . 122
c) La causa justa. La arbitrabilidad . . . 122
C. La eficacia jurídica . . . 123
1. Efectos contractuales y efectos legales-judiciales . . . 123
2. La excepción de compromiso . . . 124
3. El arbitraje forzoso. Los daños y perjuicios por el incumplimiento . . . 124

III. Conclusión . . . 124

IV. Bibliografía . . . 125

*** Ponencia presentada a las Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado. 30 de noviembre a 3 de diciembre de 1986. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

La materia que nos ocupa es, usualmente, objeto de una deficiente regulación positiva en sus aspectos de fondo;[1] autores como Guasp afirman como tarea del intérprete la de proponerse una línea de inspiración sistemáticamente más correcta que englobe las hipótesis olvidadas por la ley con sus enumeraciones imperfectas y reducidas,[2] en particular en temas como el objeto del compromiso, la forma, la capacidad para comprometerse, la invalidez y la ineficacia del acuerdo de arbitraje, lo mismo que su interpretación, campo donde se observan divergencias acusadas en el Derecho Comparado.

A. PREMISAS TEÓRICAS: La perspectiva real-objetiva y la teoría del negocio jurídico.

Frente a los diversos problemas jurídicos que presenta el comercio internacional son posibles, fundamentalmente, cuatro enfoques prácticos diferentes, basados en diversas concepciones de lo jurídico: la concepción ideal-sustancial, la concepción ideal-formal, la concepción real-subjetiva (o voluntarismo) y la concepción real-objetiva (Ihering, Heck, Rümelin, Pound, etc.).[3]

No hay duda de que la cuarta concepción citada explica más científicamente el fenómeno jurídico; de ahí su preponderancia en el pensamiento contemporáneo.

Si bien es cierto que el Derecho de nuestro tiempo ancla fuertemente sus raíces en el subjetivismo romántico y éste tiene manifestaciones concretas en el campo del comercio internacional (por ejemplo, la preferencia del "Pacta sunt servanda" sobre el "Rebus sic stantibus", la verdad es que en muchos sectores se ha ido afirmando la nueva metodología y al subjetivismo se han opuesto criterios objetivos. Esto es claro, por ejemplo, en la determinación de la ley aplicable, donde se ha hablado del valor objetivo de ciertos índices.[4]

La teoría del negocio jurídico puede servir de punto de partida para el logro de una sistematización de los aspectos sustanciales del arbitraje, como puede servir para cualquier otro contrato. Tanto la cláusula compromisoria, como el compromiso constituyen figuras contractuales a las que son perfectamente aplicables, con los matices del caso, los principios relativos a la existencia, validez y eficacia de los negocios jurídicos.[5]

Los principios generales del negocio jurídico tienen enorme valor para el propósito de obtener una sistematización general y adecuada de la realidad del comercio internacional y, en concreto, de las relaciones contractuales que en éste surgen. Un elenco de tales contratos y de sus particularidades queda por fuera de este trabajo; baste recordar que usualmente, a partir de un contrato base (normalmente un contrato de compraventa) se desarrolla una "red contractual" que corrientemente abarca contratos de transporte, contratos de seguro, contratos bancarios (para la realización de los pagos internacionales), contratos de verificación de calidad, cantidad, origen, estado sanitario de la mercadería, emisión de títulos valores, contratos de depósito y agencia y otros. Es usual que cuando estos contratos asumen caracteres patológicos (en su formación o ejecución) la solución del conflicto de intereses suele obtenerse por medio de un arbitraje; de ahí el carácter central de esta institución, así como su importancia decisiva en el comercio internacional, por confluir en ella las diversas posibilidades conflictuales. El arbitraje, en este sentido, proporciona una perspectiva realista y axial para el estudio y sistematización de la patología negocial en el comercio internacional. La apli-

---

1. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Exposición de motivos y comentarios.* Código Civil peruano de 1984. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral, pág. 627.
2. *Op. ult. cit.*, pág. 692
3. Sobre estas diferentes concepciones y sus consecuencias metodológicas V. FALZEA, Angelo, *Efficacia giuridica*, en Voci di Teoria Generale del Diritto, Giuffrè-ed., Milano, 1970, págs. 229 a 244 e *Introduzione alle scienze giuridiche*, Giuffrè-ed., Milano, 1975, págs. 36 y ss.
4. FOUCHARD, Philipe, *L'arbitrage commercial international. II.* Librairie Dalloz, Paris, 1965, págs. 72, 74: ". . .pour les subjectivistes, de découvrir ou de présumer l'intention inexprimée des parties. . . pour les objectivistes, de localiser le contrat en soupesant la valeur respective de ratachament des différents indices".
5. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, págs. 627, 636 y 657; SCOGNAMIGLIO, R., *Contratti in generale*, Ed. Vallordi, 1972; RAMÍREZ SEGURA, Mario, *Nociones sobre la teoría del contrato*, Revista Judicial, núm. 5, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, setiembre de 1977.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cación de la teoría del negocio jurídico al arbitraje contribuye a esta sistematización, permite superar las omisiones positivas y las imprecisiones terminológicas y proporciona los puntos centrales de referencia, sin perjuicio de las ulteriores constataciones fácticas, sobre la base del examen de la realidad.

B. PREMISAS FÁCTICAS: El uso del arbitraje en el comercio internacional y las dificultades para conocer su realidad.

El tema que afrontamos presenta dificultades epistemológicas particulares: además de la complejidad propia de la materia y las dificultades para su sistematización, debe anotarse que el objeto de conocimiento tiene un dinamismo especial, producto de la mutabilidad de las relaciones comerciales y de la incidencia de los avances tecnológicos sobre ellas, además de que, en buena parte, es de difícil acceso por la privacidad con que normalmente se desenvuelven y resuelven los litigios.[6]

Aunque se desconoce con precisión el nivel de uso del arbitraje en el comercio internacional (en especial del arbitraje "ad hoc"), la doctrina ha detectado, para la solución de disputas, una tendencia creciente en favor de éste;[7] en ciertas áreas (como la relativa a los productos básicos) la solución de conflictos se realiza casi exclusivamente a través del arbitraje (en especial en granos, hule, semillas para aceite, café, cacao, té, especias).[8]

Uno de los factores que han determinado que el arbitraje sea la alternativa prioritariamente escogida para la solución de conflictos en el comercio internacional es "la ausencia de una verdadera justicia internacional que contrasta con la intensificación de los intercambios comerciales en el plano mundial".[9] Al suplir esta carencia el arbitraje se presenta como algo más que un mero rechazo de las jurisdicciones estatales.[10]

Es precisamente a esta problemática que dedicamos el presente trabajo, entendiendo en un sentido amplio el arbitraje comercial internacional como el arbitraje "en" el comercio internacional.[11]

C. PREMISAS CONCEPTUALES.

1. El arbitraje.

a) Caracteres.

El arbitraje resulta de la combinación de una serie de elementos: además del compromiso (que suele estar precedido de una cláusula compromisoria) y la dación y recepción de los árbitros, tenemos el procedimiento arbitral.[12] Es por esto que la institución que nos ocupa puede ser objeto de diversas ramas del Derecho. Fundamentalmente, sin embargo, puede considerarse que presenta dos tipos de aspectos: de fondo y procesales.[13] Aquí nos limitaremos a la sistematización de los aspectos sustanciales; trataremos los procesales únicamente en la medida de su incidencia en la situación de fondo, sea en cuanto a su relevancia, validez, eficacia o efectividad.[14]

Sin pretender por ahora una delimitación detallada de las particularidades del arbitraje, conviene recordar dos características esenciales,[15] que permiten distinguirlo de instituciones vecinas, tales como las cuestiones periciales y la propia vía judicial; estos caracteres son: en primer lugar la existencia de un poder jurisdiccional a cargo de un

---

6. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 27.
7. SANDERS, Pieter, *Trends in the field of international commercial arbitration. Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haya.* 1975-II, Leyden, A.W. Sijthoff, 1976, pág. 215.
8. *Op. ult. cit.*, pág. 213.
9. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 1.
10. *Op. ult. cit.*, pág. 4.
11. *Op. ult. cit.*, pág. 20.
12. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 633.
13. ". . .plus nombreux sont ceux qui pensent, qu'en réalité l'arbitrage est une institution sui generis, de nature hybride, empruntant certains caractères au droit contractuel, et certains autres au droit de procédure. . ." FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 9.
14. Cabe destacar que el nuevo Código Civil peruano ha optado por legislar la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral en sus aspectos estrictamente contractuales, quedando el procedimiento arbitral, propiamente dicho, sometido al Código de Procedimientos Civiles. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 627.
15. Destacadas por FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 5.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tercero;[16] en segundo lugar, la existencia de un acuerdo de voluntad de las partes sobre un conflicto potencial o actual.

Por su parte, el arbritraje comercial internacional presenta peculiaridades: por una parte, el arbitraje en materia de comercio internacional (a diferencia del arbitraje de Derecho Internacional Público) es arbitraje de Derecho Privado.[17] La autonomía privada puede predeterminar la existencia de jurisdicciones específicas y dotar a determinados sujetos u órganos de la competencia suficiente para que sus decisiones puedan tener el mismo efecto preclusivo[18] de la "cosa juzgada". Por otra parte, es "internacional", lo cual significa que hay algún elemento extraño que impide afirmar el carácter local de la controversia; por ejemplo, cuando una de las partes contratantes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el extranjero; en fin, cuando existe una conexión con una legislación distinta de la interna o se utilicen otros criterios para determinar su internacionalidad,[19] como el de la traslación internacional de bienes (en sentido amplio) en el comercio. De conformidad con la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (artículo 1) un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del arbitraje está relacionada con más de un Estado.

b) Ventajas.

Muchas de las ventajas que se suelen atribuir a la vía arbitral frente a la vía judicial no son realmente tales necesariamente.

Frenta a la defendida "economía" que se atribuye a la institución,[20] se ha afirmado que no es evidente que su costo sea necesariamente más bajo, pues esto dependerá del objeto del litigio y del personal del arbitraje[21] y que más bien en este aspecto podría pensarse en una desventaja, por la simple razón de que los árbitros deberán ser pagados por sus servicios, lo que no ocurre con los jueces.[22]

Frente a la afirmada mayor velocidad,[23] se ha sostenido que en muchos casos un arbitraje puede durar varios años.[24] Esto es particularmente cierto en los casos en que una de las partes se niegue a colaborar, por ejemplo en cuanto a la formalización del compromiso, en cuanto a la designación de los árbitros, en cuanto a la aceptación de su competencia, o bien, cuando se discuta la validez y eficacia del compromiso o del propio laudo y cuando se pongan obstáculos para su ejecución, en especial en los casos de ejecución extraterritorial mediante el exequátur.

Se suele afirmar, igualmente, que otra de las ventajas es la posibilidad de designar expertos en el campo específico de que se trate;[25] frente a esta pretendida ventaja se puede considerar que la misión del árbitro es esencialmente "decir el Derecho" en el litigio que se le somete ¿está realmente

---

16. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 632. Sobre la distinción con la actividad pericial V. PARRIS, John, *Casebook of Arbitration Law.* Goldwin, Portsmouth, G.B. 1976, pág. 3.

17. SIQUEIROS, José Luis., *El arbitraje como solución de controversias en el comercio internacional.* Memoria del simposio sobre arbitraje, comercio internacional y Derecho Marítimo. Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

18. FALZEA, *Efficacia Giuridica, op. cit.*, supra 3, pág. 322.

19. SIQUEIROS, *op. cit.*, supra 17, pág. 18 y LABANCA, Jorge, *La venta internacional,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 26.

20. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 1; FURNISH, *Dale Beck, Commercial arbitration agreements and the Uniform Commercial Code,* California Law Review, vol. 67, number 2, march, 1979, pág. 319.

21. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 2.

22. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, 217.

23. FOUCHARD, *loc. ult. cit.*, FURNISH, *loc. ult. cit.*

24. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 2.

25. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 215; RAY, José Domingo, *La responsabilidad del transportista en las reglas de Hamburgo y la solución arbitral de las controversias.* Memoria. Simposio, *op. cit.*, supra 17, págs. 55 a 58.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mejor capacitado para una función jurisdiccional un técnico que un Juez profesional? No necesariamente.

Sobre otras ventajas que se le apuntan no ofrecemos reparo; tales son los casos en que se afirma como una de ellas la "privacidad",[26] o la superación de los problemas de Derecho Internacional Privado, en particular en cuanto a conflicto de leyes y definición de competencia[27] con la aplicación de los usos del comercio internacional o del Derecho Positivo que determinen las partes, cuando esto sea permitido.

En los casos de arbitraje "ad hoc" donde las partes sean cuidadosas en la determinación del procedimiento, o en los casos de arbitraje administrado puede considerarse como ventaja adicional el conocimiento de reglas procesales comunes por parte de los involucrados; en la segunda hipótesis una ventaja adicional sería la posibilidad de conocimiento de las tendencias jurisprudenciales, gracias a la publicación de algunos extractos de laudos. La posibilidad de reglas procesales conocidas por ambos "no es algo que pueda afirmarse de la vía judicial, con cuyas reglas al menos una de las partes probablemente no estará familiarizada".[28]

Si se confronta el litigio judicial con el juicio arbitral se puede observar una diferencia radical: el primero tiene su origen en el ejercicio de un derecho potestativo legal que crea un estado de sujeción procesal, mientras que el segundo se origina en el consentimiento. El origen mismo del juicio arbitral es convencional y, por esto, tendencialmente conciliatorio, a diferencia del sentido esencialmente contencioso de la vía judicial.

Es aquí donde encontramos la principal ventaja si valoramos la posibilidad de continuación de las relaciones comerciales como un aspecto positivo dentro del marco de valores del Ordenamiento y de las relaciones internacionales.

La conclusión es clara:

"Las ventajas de este modo de solución de conflictos son mayores que sus inconvenientes".[29]

c) Tipos.

De conformidad con la nueva Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[30] "arbitraje significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo".

A pesar de esto, es claro que la amplitud generalmente reconocida a las partes en la programación de intereses[31] se manifiesta en forma diversa según se acuda al arbitraje administrado o al arbitraje "ad hoc"; el segundo es el que presenta mayores dificultades, a menudo derivadas de omisiones en el mismo acuerdo de arbitraje; deben tenerse respecto a esta modalidad cuidados especiales, tales como la escogencia, número y clara designación de los árbitros, el lugar del arbitraje, su idioma, los trámites que deben cumplirse en el procedimiento y las normas o recopilaciones de usos a que se someten las partes.[32] En el caso del arbitraje administrado, si bien es un organismo el que se encarga de la determinación de la mayor parte de los aspectos mencionados, las partes pueden establecer disposiciones especiales.

Además de las instituciones arbitrales, las facilidades para el arbitraje comercial internacional se han visto incrementadas por reglas elaboradas por las Naciones Unidas, puestas a la disposición de las partes que quieran remitirse a ellas.[33]

---

26. FURNISH, Dale Beck, *Arbitration and long-term commercial agreements. The American Journal of Comparative Law*, Vol. 26 (supplement), 1978, pág. 123, SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 216.

27. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 3; HUYS, Marcel y KEUTGEN, Guy, *L'arbitrage en Droit Belge et international*. Bruylant, Bruxelles, 1981, pág. 443.

28. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 215.

29. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 445.

30. Asamblea General. Documentos oficiales. Cuadragésimo periodo de sesiones. Suplemento núm. 17 (A/40/17). Naciones Unidas, art. 2.

31. Sobre el negocio jurídico como programación de intereses V. CAMPAGNA, L., *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*. Milano, 1958, pág. 55. PANUCCIO, Vincenzo, *Le dichiarazioni non negoziali di volonta*, Giuffrè-ed, Milano, 1966, pág. 313, BARCELLONA, Pietro, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1965, pág. 150, BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, pág. 116 cit., p. PÉREZ, Víctor, *La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina*. Revista Judicial núm. 4, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, junio de 1977, pág. 59.

32. V. MENTSCHIKOFF, Soia, *Commercial arbitration*, Columbia Law Review, vol. 61, núm. 5, may, 1961. V. PARRIS, *op. cit.*, supra 16, pág. 106.

33. V. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 214.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Junto a ésta se suelen hacer otras clasificaciones: así, se distingue el arbitraje doméstico del internacional; la distinción tiene importancia para los países donde hay reservas a la plena aceptación positiva del arbitraje en los que, sin embargo, se nota una apertura si es internacional.[34] Otra distinción que se hace es la de árbitros que deciden de acuerdo a reglas jurídicas y los llamados amigables componedores ("amiables compositeurs"); aunque el segundo goza de mayor libertad, la diferencia entre ambos no es realmente tanta.[35]

2. Lo comercial.

El problema de la determinación del sentido de lo "comercial" en el arbitraje comercial internacional topa con la gran discusión teórica y práctica sobre la comercialidad en general.

Para algunos son comerciales los comportamientos cuya causa final sea lucrativa; otros con un criterio subjetivo afirman que son los realizados por los comerciantes; para otros la especificidad está en el carácter masivo del comportamiento mismo.[36] Hoy se tiende a afirmar como eje de lo mercantil a la empresa.[37]

El tema de la comercialidad es central y sobre él no hay definición doctrinaria unánime;[38] la ulterior especificación de la "comercialidad internacional" encuentra los mismos obstáculos; se ha propuesto, por ejemplo, caracterizar las operaciones de comercio internacional como "movimientos de bienes, de servicios o de monedas a través de la frontera".[39]

La nueva Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional ha preferido una posición amplia; de conformidad con su propio texto (incorporado por nota al pie): "Debe darse una interpretación amplia a la expresión 'comercial' para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ('factoring'), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ('leasing'), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera".

En el campo del comercio internacional se ha hablado de un verdadero Derecho "anacional", donde los árbitros juegan un papel preponderante; este Derecho está constituido por reglas "que prefiguran un verdadero Derecho común de las naciones".[40]

Una evidencia relevante de lo expuesto se encuentra en la propia jurisprudencia de la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sus constantes referencias a los usos del comercio internacional, habiéndose llegado a hablar de los principios que deben regir la aplicación de la Lex Mercatoria (equidad en las prestaciones contractuales, buena fe, diligencia, etc.).[41]

En síntesis, un elemento que permite vislumbrar la hipótesis de un Derecho del Comercio Internacional, a pesar de la imposibilidad de desligar enteramente el mismo arbitraje de los ordenamientos nacionales y de las jurisdicciones estatales (por ejemplo para el arbitraje forzoso o para la ejecución extraterritorial de los laudos), es la existencia de una universalizante Lex Mercatoria: el comercio internacional y especialmente la compraventa internacional, se rigen cada vez más por usos, por

---

34. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 226.

35. *Op. ult. cit.*, págs. 238 y 243.

36. V. KOZOLCHYK-TORREALBA, *Curso de Derecho Mercantil.* Texto y material de estudio, la compraventa mercantil, tomo II, Facultad de Derecho, U.C.R., San José, 1968, pág. 2.

37. V. PANUCCIO, Vincenzo, *Impresa,* Enciclopedia del Diritto. TORRES y TORRES LARA, *Hacia la unificación del Derecho Civil y Mercantil. El Derecho de la empresa.* Separata de la Revista peruana de Derecho de la empresa, 1985.

38. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 12.

39. *Op. ult. cit.*, pág. 15.

40. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, págs. 544, 545.

41. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 595. *Entendiéndose por Ley Mercatoria:* "Law merchant" o "commercial law" BLACK'S Law Dictionary, Fifth edition. West Publ. Minn. pág. 821.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

costumbres propias. . . fuentes de Derecho Internacional que sustituyen a las viejas leyes, demasiado antiguas o demasiado alejadas de las preocupaciones actuales de los prácticos del comercio internacional.

3. Lo "internacional" y los problemas de unificación.

En diversos sectores de la vida jurídica se ha planteado la alternativa entre el logro de un convenio para una ley uniforme o la delimitación de las reglas de conflicto, para dar respuesta a los problemas que presenta la diversidad de ordenamientos.[42]

En relación con el arbitraje se ha intentado este doble sendero:

Sobre la primera vía la doctrina ha manifestado reservas: por un lado, por las divergencias de principios de los distintos sistemas jurídicos, considerados desde el punto de vista del Derecho Comparado; también, por otro, a causa de las tendencias y disposiciones positivas diferentes, todo lo cual hace difícil la tarea unificadora. Piénsese, por ejemplo, en las divergencias en cuanto a la interpretación extensiva o restrictiva de los acuerdos de arbitraje, o en los requisitos sustanciales y formales de los laudos. Así, "además de las divergencias de principio, se manifiestan tantas particularidades en cada uno de los países que el reto de la unificación parece insuperable"[43] y, aunque se admite que la idea es seductora y parece simple, en sus últimas consecuencias, ella llega a resultados extremadamente complejos y muy discutibles.[44]

La segunda ruta ha sido, en cambio, considerada como más factible, más realista y por ello auspiciable preferentemente, aunque se reconoce que, con la excepción del Código Bustamante, los acuerdos regionales en este sentido hacen que el intento sea básicamente doctrinal.[45]

La anterior disyuntiva no es de obligado curso. Desde 1975 Sanders insistía en La Haya en que "la causa en pro del arbitraje y su armonización bajo diferentes leyes nacionales sería mejor servida mediante la redacción de una ley modelo".[46] Este anhelo se ha logrado con la reciente Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en cuyo proceso de elaboración se realizó una compilación analítica de observaciones, teniéndose como consideración final el funcionamiento eficiente del arbitraje comercial internacional. Se definió entonces, como preferible, la forma de "ley modelo" y no la forma de "convención".[47]

Aunque la mayor parte del articulado de la nueva Ley Modelo se refiere al arbitraje desde el punto de vista procesal, la "Ley" contiene importantes disposiciones que se refieren a los aspectos de fondo del acuerdo de arbitraje, aspectos cuya sistematización es el propósito del presente trabajo. En efecto, ella regula temas como el carácter "comercial" del arbitraje comercial, lo mismo que su "internacionalidad", afirma el respeto a los criterios nacionales sobre la "arbitrabilidad", delimita el concepto de "acuerdo de arbitraje", sus formas, refiriéndose incluso a la forma "per relationem", los efectos del acuerdo de arbitraje, la capacidad del árbitro, los términos previstos en el acuerdo, la autonomía de éste con respecto al contrato al cual se refiere, la ley aplicable y, en particular, la referencia necesaria, "en todo caso" (art. 28-4) a los usos mercantiles aplicables; además: los efectos de la transacción sobre el arbitraje, las repercusiones de la invalidez por incapacidad de las partes o por ausencia de arbitrabilidad del litigio sobre el reconocimiento y ejecución del laudo, o por decidir éste controversias no previstas en el acuerdo de arbitraje. Es interesante recordar que ella establece en su artículo 28 (inciso 4) que "en todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso".

---

42. Así, por ejemplo en la Reunión de expertos sobre adopción de menores, Instituto Interamericano del Niño, OEA, Quito, 7 al 11 de marzo de 1983.
43. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 31.
44. *Op. ult. cit.*, pág. 32.
45. *Op. ult. cit.*, pág. 32.
46. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 281.
47. V. LEY MODELO. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 21 de junio de 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. ELEMENTOS, EFICACIA Y PATOLOGÍA DEL CONTRATO DE ARBITRAJE

A. EL ACUERDO DE ARBITRAJE FRENTE A LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Nos proponemos mostrar la utilidad de estudiar el acuerdo de arbitraje a la luz de la teoría del negocio jurídico. Si aceptamos la ubicación del acuerdo de arbitraje dentro de los contratos (y no podría ser de otra manera si entendemos el contrato como el negocio jurídico bilateral o plurilateral de contenido patrimonial), no hay duda alguna en cuanto a que, con las especificaciones del caso, al acuerdo de arbitraje son aplicables los principios y reglas propios de la doctrina del negocio jurídico, así como su marco conceptual; en particular, la doctrina general del contrato, lo mismo que las reglas generales de los contratos serán a él referibles.[48]

Para los fines de la sistematización de la materia resulta insuficiente una lista indiscriminada de las llamadas "condiciones de validez", tal como se suele hacer, siguiéndose la imperfección de los datos positivos, indicándose como tales la capacidad, el objeto cierto, el consentimiento, etc.,[49] puesto que en todo problema jurídico conviene distinguir los presupuestos, el supuesto y los efectos.

Por otra parte, las diversas formas patológicas que puede revestir el acuerdo de arbitraje se ubican en distintos momentos de la vida de este contrato, ubicación que tiene múltiples consecuencias. En algunos casos la deficiencia que merece una valoración negativa antecede al contrato mismo (como cuando las partes —o una de ellas— carecen de la capacidad de actuar, necesaria para su celebración); en otros casos la patología y el perfeccionamiento del vínculo son estrictamente concomitantes (como en los casos de falta de voluntad o de vicios del consentimiento);[50] en otros casos, en cambio, la ausencia de eficacia jurídica obedece a los ocurridos en un momento posterior al perfeccionamiento del vínculo, pero anterior a su eficacia (como cuando un árbitro designado "intuitu personae" no acepta), o bien, en otros casos, la eficacia final no se produce porque falta completar el supuesto, mediante la determinación del objeto del arbitraje. Lo mismo puede decirse de las causas de extinción del arbitraje. "La convención de arbitraje está sometida a las causas de extinción que afectan a todos los contratos, como su misma ejecución",[51] sin negarse sus particularidades, según veremos.

Es a partir de las anteriores constataciones que afirmamos la utilidad científica (y prelegislativa) de la teoría del negocio jurídico con referencia al contrato de arbitraje. Ella ayudará a trazar algunos lineamientos que escapan a la observación, por la imperfección de los datos positivos, sin perjuicio de las ulteriores constataciones de hecho. El propio Rodotá ha aceptado la utilidad del marco teórico que ofrece esta doctrina "para la reconstrucción unitaria de un conjunto de figuras".[52]

No se trata de un regreso a la "Jurisprudencia conceptualista" ("Begriffjurisprudenz"), sino de un aprovechamiento de su aporte sistemático, el cual debe integrarse, en nuestro caso, con las necesidades, intereses y valores del comercio internacional.

1. Cláusula compromisoria, contrato preliminar de arbitraje, compromiso y acuerdo de arbitraje.

Antes de pasar al estudio sistemático del arbitraje, conviene precisar el sentido y alcances que hemos dado a los términos, acuerdo de arbitraje o convención arbitral, cláusula compromisoria, contrato preliminar de arbitraje y compromiso arbitral.

Para efectos de iniciar el tratamiento del tema podemos plantearnos el interrogante de si la llama-

---

48. V. ROBERT, Jean, *Arbitrage Civil et Commercial en Droit interne et international privé*, Dalloz, París, 1967, pág. 65.

49. Tradicionalmente los códigos y la doctrina han establecido como estructura elemental del contrato cuatro aspectos: consentimiento, capacidad, objeto y causa. V. CARBONNIER, Jean *Derecho Civil, II, II*, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 156 V. en general: STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. Arbitration in Sweden, Stockholm, 1977.

50. "L'existence et la validité de la convention d'arbitrage son subordonnées au respect d'un certain nombre de conditions . . .Elles s'ajoutent aux conditions requises pour tous les contrats" HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 43.

51. HUYS, *op. ult. cit.*, pág. 151.

52. RODOTA, Stefano, *Il Diritto Privato nella società moderna*. Il Mulino, Bologna, 1971, pág. 208.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

da cláusula compromisoria es un precontrato, o más bien, un contrato de objeto indeterminado, pero determinable.

Es importante distinguir diferentes supuestos para contestar esta pregunta:

Si *únicamente* falta el objeto y el acuerdo de arbitraje ha precisado todos los demás aspectos, si estaremos frente a un caso de ineficacia originaria por indeterminación objetiva. En realidad es poco usual este supuesto ya que normalmente en el contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria faltan también otros aspectos del contrato "principal", tales como la designación de los árbitros o la indicación del procedimiento. Este primer caso sería el de una cláusula compromisoria en la que el objeto quedaría definido una vez que surjan las controversias.[53]

Si ya las partes han determinado el objeto de la controversia, estaremos, no ya ante un contrato preliminar de arbitraje o una cláusula compromisoria, sino ante un compromiso.

En este caso no necesariamente habrá eficacia inmediata, pues las partes pueden haber establecido algún mecanismo para la futura designación del árbitro; se trata entonces de un caso de ineficacia originaria por indeterminación subjetiva, la cual se mantiene mientras el árbitro no acepte, pues hasta ese momento no nace, realmente, la sujeción a su competencia. La dación y aceptación del árbitro vienen a completar el compromiso arbitral especificando sus destinatarios: al completarse el supuesto surge el efecto final: la referida sumisión. No es que antes no haya eficacia jurídica; ya había una situación de hecho relevante para el Derecho y ya el Derecho había puesto a disposición de las partes una eficacia preliminar, cautelar, cuya justificación es la de garantizar la situación final: tal es el sentido de los efectos instrumentales preliminares, como la posibilidad de exigir la formalización del compromiso arbitral si únicamente existe una cláusula compromisoria (si es que el sistema lo permite), la posibilidad de que la parte judicialmente demandada oponga la excepción de compromiso y la posibilidad de obtener judicialmente el nombramiento del árbitro cuando una de las partes se niega a dar cumplimiento al sistema de designación acordado. Esta eficacia preliminar y cautelar puede explicarse claramente con la teoría de la relevancia jurídica.[54]

Si la cláusula compromisoria (o el contrato preliminar de arbitraje) no es más que un "compromiso de celebrar un compromiso", contrato preparatorio, o precontrato, en este caso no estaríamos ante un contrato con ineficacia originaria por indeterminación objetiva o subjetiva, sino ante un contrato preliminar[55] autónomo, aunque se encuentre materialmente incorporado en otro contrato (por ejemplo de compraventa, de fletamento, etc.); solo en este último caso cabe hablar con propiedad de "*cláusula* compromisoria".

Así las cosas, no parece del todo recomendable atenuar la distinción entre estos contratos, como es la tendencia,[56] ya que los correspondientes supuestos, según se ha analizado, lo mismo que sus respectivos efectos son distintos.

La diferencia entre las dos figuras es clara si se observa, además de lo expuesto que:

No es necesario que el compromiso se encuentre precedido por una cláusula compromisoria o de un contrato preliminar de arbitraje; del mismo modo, una cláusula compromisoria, sin necesidad de compromiso, puede llevar al arbitraje en ciertos casos.[57]

De tal modo, el compromiso es "el acto por el cual las partes afirman su voluntad de escapar a las jurisdicciones de derecho común que las divide y

---

53. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 638.

54. V. FALZEA, *op. cit.*, supra 3.

55. CÁRDENAS asigna los siguientes caracteres al compromiso de contratar: el objeto está dado por la celebración de un futuro contrato, efectos futuros, es contrato preparatorio, debe tener los elementos esenciales del contrato definitivo, puede ser principal o accesorio (sin negarle su autonomía, es precontrato exigible judicialmente). *Op. cit.*, supra 1, pág. 640.

56. Sobre la tendencia a atenuar la importancia de la distinción v. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 447 y ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 129. Sobre el uso de la expresión "Convención arbitral" v. FOUCHARD *op. cit.*, supra 4, pág. 53. La Ley Modelo de CNUDMI en su artículo 7 regula el "acuerdo de arbitraje" como concepto amplio que cubre diversas posibilidades: "El acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".

57. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 54 y HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 151.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

por la cual ellas especifican las condiciones bajo las cuales ellas pretenden regular este litigio por medio de árbitros".[58]

"Mediante el contrato de compromiso arbitral, dos o más partes acuerdan voluntariamente que una controversia *determinada*, existente entre ellas, materia o no de un juicio, sea resuelta por uno o más terceros (el o los árbitros) a los que designan, sometiéndose expresamente a su jurisdicción y decisión".[59]

La distinción es aún más clara si se enfatiza el hecho de que "la cláusula compromisoria se diferencia del compromiso en que aquella es un acuerdo de las partes anterior a todo diferendo, de someter a los árbitros aquel que eventualmente pueda surgir entre ellas, mientras que el compromiso supone un litigio ya existente y exige la especificación de éste y el nombramiento de los árbitros. La cláusula compromisoria es esencialmente, más bien, un contrato preparatorio"... "La cláusula compromisoria y el compromiso se diferencian entre ellos como la promesa de hacer se diferencia del hacer".[60]

Se ha hecho notar que ambos contratos tienen inclusive causas de extinción diferentes.[61]

Es claro que en muchos casos los dos contratos se producen como resultado de un único acuerdo; imaginemos un compromiso donde se somete al arbitraje un litigio y "los que puedan surgir en el futuro entre las partes con respecto a una relación jurídica"; tal contrato será al mismo tiempo "compromiso" con relación al litigio dado y "cláusula compromisoria" con relación a los futuros litigios siguiendo la perspectiva tradicional; sin embargo, a nuestro juicio, en el segundo caso (si se han especificado los demás aspectos) se trata de un contrato cuyo objeto es indeterminado, pero determinable; por ello válido, pero ineficaz mientras no se produzca el elemento marginal (determinación del objeto).

2. La autonomía del contrato de arbitraje.

Antes de pasar al tema de los presupuestos, elementos y efectos del acuerdo de arbitraje, conviene recordar su importancia en el campo del comercio internacional; de acuerdo con Fouchard, la cláusula arbitral es particularmente frecuente en éste; aunque no se han podido establecer estadísticas, algunos especialistas consideran que alrededor de un ochenta por ciento de los contratos del comercio internacional contienen una cláusula compromisoria.[62]

Uno de los temas donde, a pesar de divergencias en el Derecho Comparado, se nota una tendencia hacia la unificación de criterios es el relativo a la autonomía de la convención arbitral, en cuanto contrato con efectos propios; o sea, autonomía con respecto al contrato al cual se incorpora.

Algunos países latinoamericanos (Ecuador, Panamá, Brasil y Chile)[63] conservan todavía la posición clásica de la unidad entre el contrato base y el contrato de arbitraje. Dentro de la teoría clásica la cláusula compromisoria o el compromiso permanecen vinculados en su existencia a la existencia del contrato al cual se refieren.[64]

Esta tesis ha tenido manifestaciones en la jurisprudencia europea, en particular belga[65] y también en la jurisprudencia norteamericana con anterioridad al célebre caso "Prima Paint Corp. vs. Flood and Conklin Manufacturing Co.", cuando aún las más claras cláusulas arbitrales eran a menudo atacadas... como una táctica dilatoria... "la mera alegación era suficiente".[66]

Frente a esta situación se tomó conciencia de que "solamente si las cláusulas de arbitraje eran

---

58. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 65; CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 627.
59. CÁRDENAS, *op. cit.*,
59. CÁRDENAS, *op. ult. cit.*, pág. 641.
60. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 125.
61. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 156.
62. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 54.
63. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 469.
64. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 181.
65. "Longtemps la jurisprudence belge arguant du caractere accesoire de la clause compromissoire avait subordonné ses effets a l'existence et a la validité du contrat principal (Trib. comm. Anvers, 30 avril 1954; C. app. Bruxelles, 14 octobre 1961; C. app. Bruxelles 23 septembre 1963; Trib. Civ. Verviers, 12 octobre 1965)" HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 148.
66. FURNISH, *op. cit.*, supra 20, pág. 321.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

separables del contrato 'container' y sujetas a un control separado de validez podría el arbitraje ser preservado contra este tipo de estrategia".[67]

Actualmente por el contrario, prevalece otra tesis en los diferentes sistemas del Derecho Comparado analizados; son muchos los países que admiten una completa autonomía.

En Francia, por ejemplo, la Corte de Casación la ha admitido, excluyendo que la convención arbitral pueda estar afectada por una eventual invalidez de la convención principal.[68]

En Estados Unidos de América el principio es reconocido a nivel federal con relación a los casos de arbitraje comercial internacional[69] como ya se ha aclarado. Lo mismo ha ocurrido en Holanda y la República Federal de Alemania.[70]

En América Latina el principio es de amplia aceptación, con algunas pocas excepciones; incluso, está contenido en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.[71]

Del mismo modo la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha admitido la autonomía.[72]

Entre las razones que se han mencionado para dar fundamento a la autonomía encontramos:

Sostener que la cláusula compromisoria es un contrato preparatorio importa, por lo mismo, que es también un contrato completo, con un carácter obligatorio bien definido.[73]

No necesariamente se produce en forma concomitante con el contrato al cual se refiere. Puede preexistir o ser agregada.[74]

La separabilidad (como la denomina la jurisprudencia norteamericana) resulta confirmada si se piensa que el contrato y el acuerdo de arbitraje que a él se incorpora pueden hasta estar regidos por leyes diferentes.[75]

"Lo importante es fijar firmemente la idea de que el acuerdo de arbitraje no es un mero agregado de otro contrato, por ejemplo de venta, sino que es el punto de partida para un análisis independiente".[76] "La razón de fondo, por la cual el principio de la autonomía es consagrado en materia internacional reside en el hecho de que la cláusula compromisoria no es una estipulación accesoria (en el sentido de dependiente) de la convención 'principal' en la que se coloca. . .".[77] No es posible dudar de la naturaleza contractual, así como de su autonomía. . . Son de este parecer muchos autores; entre ellos Codovilla, Mortara, Vecchione, Andrioli, y D'Onofrio.[78]

La doctrina de la autonomía ha sido consagrada en la nueva Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en cuyo artículo 16 se lee: ". . .una cláusula compromisoria, que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria".

B. PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ARBITRAJE.

1. Presupuestos.

Tradicionalmente, la doctrina ha carecido de conciencia de la diferencia entre los presupuestos y los elementos del contrato. Para aclararla parece oportuno recordar que los dos fenómenos capaces de ligar un supuesto jurídico con sus efectos (y un hecho concreto con las situaciones jurídicas que de

---

67. *Loc. ult. cit.*
68. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 182.
69. PRIMA PAINT. .·.U.S. Supreme Court, 12 junio de 1967 (388 US 395, 1967); Yearbook on Commercial Arbitration, T. II, 1977, pág. 123, cit. p. HUYS, *op. cit.*, supra 48, pág. 486.
V. tamb. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 278 y FURNISH, *op. cit.*, supra 20, págs. 318, 322 y 338 (Commercial).
70. *Loc. ult. cit.*
71. *Loc. ult. cit.*
72. Sentence CCI, 1970, núm. 1507, CLUNET, 1974 pág. 913 y DERAINS, sent. CCI, 1976, núm. 2476 CLUNET, 1977, pág. 936. cit. p. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 469.
73. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 158.
74. *Op. ult. cit.*, pág. 153.
75. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 67.
76. FURNISH, *op. cit.*, (commercial), supra 20, pág. 339.
77. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 183.
78. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 642.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

él derivan) son el sujeto y el objeto,[79] el primero necesario, el segundo posible. Estos fenómenos pueden carecer de determinación y aun de existencia en el momento de la celebración de un negocio jurídico, siempre que se encuentren determinados y presentes al momento de la eficacia, o sea el momento del nacimiento de los derechos, obligaciones, cargas y otras situaciones jurídicas que puedan surgir de aquél.

Los requisitos relativos a estos fenómenos se configuran como presupuestos de validez o de eficacia del contrato; hablamos, con relación a ellos, de presupuestos subjetivos y presupuestos objetivos, respectivamente.

La ausencia de estos presupuestos da lugar a diversas situaciones:

Así, la ausencia de capacidad de actuar puede conducir a la nulidad o anulabilidad del contrato; también aspectos relativos al sujeto pueden incidir sobre el momento de la eficacia por ejemplo en los casos de negocio con sujeto futuro, o a designarse por un tercero, o cuya manifestación de voluntad debe esperarse; en estos casos, más que un problema de validez, lo que se presenta es una situación de ineficacia originaria.

En cuanto a los presupuestos objetivos, la existencia, la posibilidad, la licitud, por ejemplo, se presentan como requisitos de validez; la determinación, en cambio es un requisito de eficacia; esto último ocurre claramente en los casos de negocio sobre objeto futuro (es el caso de la cláusula compromisoria), o se designa en forma genérica (por ejemplo en el caso de venta de cosas fungibles) o se espera su indicación por un tercero.[80] Es necesario, sin embargo, para la validez, que el objeto sea determinable.

Cuando hablamos de "elementos" del contrato, en oposición a sus presupuestos, nos referimos a las realidades significantes y significadas y a su sentido axiológico en el momento de perfeccionamiento del vínculo o de nacimiento de la relevancia jurídica del contrato; desde este punto de vista nos limitamos a tres elementos esenciales: la voluntad (o consentimiento, en los contratos), la forma (simbólica o manifestativa) y la causa justa.

Cuando se presenta una patología (falta o vicio) en estos elementos, la validez del contrato resulta afectada.

Tal es en síntesis, el sentido de la distinción que hacemos entre presupuestos y elementos del negocio.

Específicamente nos interesa mostrar la utilidad de este enfoque para dar respuesta a muchos de los interrogantes que pueden surgir con ocasión de la convención arbitral en el campo del comercio internacional.

Las premisas expuestas permiten dilucidar la relación entre la cláusula compromisoria (o el contrato preliminar de arbitraje) y el compromiso arbitral.

La tutela directa de la cláusula compromisoria es de tipo instrumental; su propósito es anticipar y provocar el arbitraje como vía de solución de conflictos.

Aunque para fines prácticos puede ser suficiente la existencia de una cláusula compromisoria (o de un contrato preliminar de arbitraje con objeto indeterminado, pero determinable), sin pasar por un verdadero compromiso, para llegar al arbitraje (forzoso); o bien puede ser suficiente la existencia de un compromiso, sin estar precedido por una cláusula compromisoria y pareciera que desde este punto de vista pudiese hablarse genéricamente de "convención arbitral" o "acuerdo de arbitraje", la verdad es que el análisis no puede prescindir de las anteriores consideraciones que revelan la diferencia de supuestos y efectos entre estos dos contratos.

La cláusula compromisoria donde únicamente queda por determinar el objeto del litigio puede equipararse, eso sí, a un compromiso incompleto por indeterminación objetiva. La determinación del objeto deberá realizarse posteriormente, sea con el acuerdo de las partes o, donde se permita, mediante la solicitud de arbitraje forzoso.

El compromiso, a su vez, aunque contrato perfecto y válido, tiene su eficacia condicionada a la producción de otro hecho: la aceptación del árbitro, con la cual se produce la investidura en su competencia; esto hace comprensible el impedimento de la eficacia cuando el árbitro designado

---

79. Sobre el papel del sujeto como punto de conexión necesario entre hecho y efecto y del objeto como punto de conexión posible v. FALZEA, Angelo. *Il fatto naturale. Voci . . op. cit.* supra 3, pág. 411 y en especial del mismo autor Efficacia Giuridica, en el mismo volumen, pág. 291.

80. V. SCALISI, Vincenzo, *Inefficacia, Diritto Privato*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1971, pág. 342; FALZEA, Angelo, *La Condizione*, Giuffrè-ed, Milano, 1941, págs. 305, 307 y 313.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"intuitu personae" muere antes de haber aceptado el encargo.

Se trata, pues, de dos contratos distintos cuyos elementos de eficacia son diferentes, por lo que no parece del todo útil asimilar bajo un mismo concepto estas dos figuras: en el primer supuesto la ineficacia originaria depende de la indeterminación objetiva; en el segundo de la indeterminación subjetiva.

a) Presupuestos subjetivos.

i) Capacidad de actuar.

Dentro de los presupuestos subjetivos destaca la capacidad de actuar en el caso de las personas físicas y la competencia del órgano en las personas jurídicas.

Como en toda promesa de contrato la capacidad citada es necesaria en el contrato preliminar de arbitraje; con igual razón en el compromiso arbitral.[81]

Entran aquí en juego todas las consideraciones normales para los casos de representación de sujetos incapaces de actuar y los de representación voluntaria.[82] En relación con los primeros es usual que para que el representante legal necesario pueda transigir o comprometer en arbitraje una situación se requiera de una autorización judicial, pues se trata de un verdadero acto de disposición y no de mera administración.

La distinción entre capacidad y poder de representación se comprende si se piensa que la primera es uno de los requisitos del poder de comprometer con acto propio (facultad de disposición, en la terminología de Pugliatti), mientras que el "poder" es la aptitud para comprometer a nombre ajeno.[83]

También dentro del marco de los presupuestos subjetivos debe ubicarse la problemática de la capacidad para someterse al arbitraje que pueden tener los entes públicos en materia de comercio internacional,[84] confirmada reiteradamente por la jurisprudencia.[85]

ii) Legitimación.

Junto a la capacidad de actuar debemos colocar como presupuesto subjetivo la legitimación; ésta designa una determinada posición del sujeto con referencia a particulares situaciones y, más precisamente, con referencia al objeto o al otro sujeto de la relación,[86] lo que ocurre, por ejemplo, cuando el menor no puede transigir con su tutor cuando adquiera la mayoridad, sino bajo ciertas condiciones.[87]

iii) En particular, sobre la capacidad del árbitro.

En cuanto a la capacidad del árbitro no basta afirmar que ésta es otro de los presupuestos subjetivos. Varios supuestos son posibles:

Puede ocurrir que en el momento de la convención arbitral el árbitro no tenga la capacidad de actuar; por ejemplo, puede tratarse de un menor a punto de adquirir la mayoridad o de un sujeto que ya se ha curado de una incapacidad mental y está a punto de obtener el levantamiento de su interdicción. En tales ejemplos, la adquisición de la capacidad por el árbitro (junto con su aceptación) hace eficaz el contrato. Esta solución se perfila particularmente admisible en los casos en que es claro que el conflicto potencial ocurrirá necesariamente una vez que el árbitro haya adquirido o readquirido la capacidad de actuar; así, por ejemplo, cuando el término inicial del contrato sea superior al tiempo que falte para la adquisición de la capacidad.

Puede ocurrir, por otra parte, que con posterioridad a la convención, pero antes de haber aceptado, el árbitro pierda su capacidad de actuar (mediante sentencia de interdicción). Si el árbitro ha sido designado "intuitu personae" tenemos aquí un hecho que impide la eficacia: un impedimento. Se elimina la posibilidad de la eficacia de un contrato perfectamente válido.

Finalmente, puede ser que se produzca una eliminación de la eficacia. El supuesto (fattispecie) complejo del compromiso arbitral tiene dos

---

81. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 148.

82. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 657; HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 45, ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 150.

83. Así HUYS, *op. cit.*, supra 27, págs. 73 y 476. Tamb. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 87.

84. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 480.

85. C. Cass. Fr. 18 mayo de 1971, cit. p. HUYS, *op. ult. cit.*, pág. 479 y SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 258.

86. PUGLIATTI, Salvatore, *Gli Istituti del Diritto Civile*, vol. I, Giuffrè-ed, Milano, 1943, pág. 132 y FALZEA, Angelo, *Capacità*, en *Voci . . op. cit.*, supra 3, págs. 172 a 179.

87. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 45.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

momentos: el momento de su relevancia jurídica (en el que entra a funcionar el juicio sobre la validez) y el momento de la eficacia final, que se produce con la determinación subjetiva (o investidura del árbitro, mediante su aceptación) y con la determinación objetiva (especificación de la materia que se somete a arbitraje). Transcurridos estos dos momentos, o sea, siendo ya eficaz la convención, puede ocurrir que se produzca (en forma sobreviniente) la incapacidad del árbitro (por ejemplo, mediante la declaración de interdicción). Aquí ya no se trata de una situación de ineficacia originaria por indeterminación subjetiva o de un impedimento de la eficacia, como en los dos casos anteriores, sino de una forma de ineficacia sobreviniente, una eliminación de la eficacia ya nacida. Si el árbitro no ha sido designado "intuitu personae" la "inutilidad" es "relativa" pues puede sustituirse; en caso contrario, la inutilidad es absoluta y la ineficacia sobreviniente es definitiva.

Es claro que las situaciones comentadas, relativas a los presupuestos subjetivos, tendrán efectos jurídicos diversos según los criterios que en definitiva determine la solución positiva ante la pregunta relativa a la ley aplicable a la capacidad del árbitro (ley personal de una de las partes, ley del domicilio del vendedor, ley escogida para el contrato base, ley de la sede del arbitraje, etc.). Sin embargo, de lo expuesto resulta claro también el hecho de que la capacidad del árbitro, además de requisito de validez del acuerdo de arbitraje puede funcionar como un requisito para su eficacia, incidiendo sobre su nacimiento, permanencia o eliminación, respectivamente.

Los verdaderos presupuestos subjetivos son aquellos que se refieren a la validez del contrato tomando en consideración si las partes del contrato tienen capacidad de actuar, si tienen legitimación y si hay titularidad de la situación de que se intenta disponer, sometiéndola a arbitraje, sea a nombre propio o por medio de representante.

Distinto es el problema de la invalidez del contrato con el árbitro, en razón de la posible incapacidad de actuar de éste. "Cuando las partes... presentan el compromiso a los árbitros para que acepten el cargo, no hacen sino formular una verdadera oferta, pues reúne la calidad de proposición definitiva cuya aceptación puede dar lugar a la celebración del contrato".[88] De tal modo, la capacidad del árbitro se configura como presupuesto subjetivo de este contrato, que, por supuesto incide sobre su validez.

b) Presupuestos objetivos.

Con referencia a los presupuestos objetivos hay bastante uniformidad en la doctrina en considerar que el objeto del compromiso es "la materia bajo disputa que es sometida a arbitraje" y a ella se refieren los llamados presupuestos objetivos. Se aplican así al litigio, como objeto, los principios de licitud, existencia, posibilidad, certeza y determinación o determinabilidad.

Será así: objeto "lícito" aquel litigio sobre el cual es permitido transigir,[89] o sea, aquel que versa sobre derechos de los que es permitido disponer.[90]

Sobre la determinación del objeto como requisito de eficacia y la determinabilidad como requisito de validez ya hemos expresado suficiente.

De la existencia del objeto es posible realizar análogas consideraciones. Precisamente el compromiso es un contrato con objeto actual (conflicto determinado), pero la cláusula compromisoria o el contrato preliminar de arbitraje se presentan más bien como contratos donde falta una determinación objetiva (conflicto no actual, sino potencial o futuro).

En realidad el tema del objeto tiene incidencia sobre el tema de la causa justa. La ilicitud del objeto puede generar una ausencia de causa justa del contrato. Sobre este tema haremos unas breves reflexiones más adelante.

2. Elementos.

Además de los presupuestos examinados tenemos los elementos del negocio: voluntad, manifestación y causa justa, como "esenciales" y por esto determinantes de la validez.

a) La voluntad. Carácter esencial, ausencia y vicios.

La voluntad es un elemento estructural esen-

88. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 643.

89. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 8.

90. V. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 221.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cial en todo negocio jurídico y por esto también en los acuerdos de arbitraje.[91]

Es precisamente en la decisión de los contratantes de evadirse de la jurisdicción ordinaria que tiene su fundamento el arbitraje. La obligatoriedad del acuerdo arbitral deriva de la voluntad de las partes, por lo que la "voluntariedad" se configura como elemento básico de todo arbitraje y su fundamento jurídico se encuentra en el principio de autonomía. De esto deriva que el arbitraje ha de ser invocado exclusivamente dentro de los límites del acuerdo (aunque no es esta una tesis generalizada).[92]

La voluntad es, pues, el primer elemento constitutivo de la convención;[93] su fuerza se proyecta sobre la validez del mismo laudo.[94] Los casos de arbitraje forzoso, sin base en un acuerdo de voluntad son más bien un fenómeno propio del Derecho interno.[95]

Los aspectos que debe comprender el compromiso arbitral son variables de país a país.[96]

En el arbitraje "ad hoc" es menester poner particular atención al contenido del compromiso, ya que de la redacción de este documento va a depender el buen resultado. A nuestro juicio, por lo menos deberían preverse los siguientes aspectos: nombre y calidades de las partes, hechos que originan la discusión (es conveniente enumerarlos separadamente en forma precisa. Conviene igualmente enumerar en lista separada los hechos sobre los cuales es coincidente la valoración de las partes y los hechos sobre los que hay desacuerdo), las pretensiones de las partes y los puntos de discrepancia enumerados, la indicación precisa de las cuestiones sometidas a arbitraje y aspectos a tener en cuenta, la indicación del árbitro o los árbitros y la extensión de sus poderes y deberes, las reglas procesales que debe cumplir el arbitraje, las reglas de fondo y otros aspectos como cuantía, honorarios, fianza de costas, lugar e idioma del arbitraje.

En el caso del arbitraje administrado no es necesario tener estos cuidados, con excepción de algunos (como el de la ley aplicable), ya que los mismos organismos que cumplen esta función tienen su propio reglamento de procedimientos que regula los diferentes aspectos.[97]

El principio de la autonomía de la voluntad ha sido reconocido en muchas convenciones de arbitraje, lo que ha llevado a suplir los problemas derivados de las reglas de conflicto de leyes.

La voluntad debe ser libre. Esto significa que si se producen factores que intervienen en el proceso de su formación que la distorsionan, el contrato debe reputarse viciado, lo cual no debe identificarse con los casos donde la voluntad falta totalmente.

El consentimiento en los acuerdos de arbitraje puede estar afectado por error, dolo o violencia moral como en cualquier contrato,[98] sin embargo se ha hecho notar (DERAINS) que en la jurisprudencia arbitral comercial internacional la tendencia ha sido restrictiva en cuanto a la admisión de los vicios del consentimiento para la invalidación de los contratos, considerando que los hombres de negocios se suponen que tienen claro los casos en que el error es inexcusable, por ejemplo.

---

91. V. PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile, Metodo-teoria-pratica*, Giuffrè-ed, Milano, 1951, págs. 81, 82.
V. tamb. CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*, Morano Editore págs. 59, 60, 61. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2a. edición, pág. 40; MAZEAUD, Henri, León, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, 2. Vol. I, EJEA, Buenos Aires, 1969, pág. 124.

92. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, págs. 629, 632, 633 y SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 233. Tamb. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 11 y FURNISH, *op. cit.*, supra 26, pág. 125.

93. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 74.

94. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 8.

95. *Op. ult. cit.*, pág. 9.

96. En Perú (nuevo CC de 1984): "El compromiso arbitral contendrá:
1. El nombre y domicilio de los otorgantes y de los árbitros. Si se trata de personas jurídicas su denominación o razón social y su domicilio.
2. La controversia que se somete al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias.
3. El plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo.
4. El lugar en que debe desarrollarse el arbitraje (art. 1911)".
En Bélgica el artículo 1006 no exige más que dos cosas (pero bajo pena de nulidad) que designe el objeto en litigio y el nombre de los árbitros. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 72.

97. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 455. Véanse los diferentes reglamentos (por ejemplo el de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial). V. tamb. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 44 y ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 166.

98. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 74 y ROBERT, *op. cit.*, supra 48, págs. 108 y 109.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) La forma.

La voluntad carente de objetivación, la que no es socialmente perceptible, es jurídicamente irrelevante. Todo contrato requiere de una forma para existir jurídicamente.

Teóricamente la forma puede asumir diversas modalidades; además de la distinción entre forma expresa y tácita, podemos pensar en la distinción entre forma libre y forma vinculada; ésta, a su vez, puede ser vinculada "ad substantiam" o vinculada "ad probationem".

Con respecto a los acuerdos de arbitraje la forma exigida es diversa de país a país.

En algunos casos se ha afirmado en doctrina y jurisprudencia comercial internacional el principio de libertad de forma para el compromiso; [99] lo mismo ha ocurrido en el Derecho Positivo en algunos casos como Holanda y Alemania Federal que admiten hasta la forma oral en matèria comercial.[100]

Contrariamente, con respecto al arbitraje, son muchas las convenciones que exigen la forma escrita para los efectos del reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras.[101]

La exigencia de la escritura ha sido objeto de diversas interpretaciones; en algunos casos, como el de los Estados Unidos de América se admite un sentido amplio y se admite la incorporación por referencia.[102]

La incorporación por referencia es generalmente admitida en la práctica del comercio internacional, aunque una parte de la jurisprudencia mantiene una tesis más restrictiva.[103] La nueva Ley Modelo ya varias veces citada establece que "La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje, siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato" (artículo 7).

c) La causa justa. La arbitrabilidad.

La llamada "causa justa", por su parte, es también un elemento esencial funcional de todo negocio jurídico: los intereses de la programación negocial deben tener una relación de "conformidad" con los valores jurídicos del sistema o de los sistemas involucrados, más específicamente, como veremos, del Ordenamiento donde se ejecutará el laudo en definitiva; de esta confrontación resulta la función jurídica del negocio que se resume en la síntesis de sus efectos esenciales.[104]

La arbitrabilidad del litigio, ya mencionada con referencia a los presupuestos objetivos del acuerdo de arbitraje, tiene especial relevancia con respecto al tema de la causa. Un litigio "no arbitrable" es tal porque la valoración del Ordenamiento se opone a permitir la disposición de determinados intereses por parte de los particulares, como los relativos al estado y capacidad de las personas, los cuales no pueden someterse a arbitraje; lo mismo ocurre en materias como los llamados "derechos" de la personalidad, el nombre, la filiación, la nacionalidad y la autoridad parental, aspectos todos que ponen en juego el orden público; también encontramos, a veces, la prohibición en el campo de la propiedad industrial y en materias relacionadas con la legislación económica moderna sobre la competencia comercial.[105] En todos estos casos, un compromiso arbitral sería contrario al orden público.

Es interesante recordar aquí la Convención de Nueva York de 1958 que hace referencia al orden público del país donde se pretenda lograr la ejecución, criterio realista, a pesar de la afirmación de criterios de orden público internacional,[106] según los cuales verdaderamente sólo las violaciones a concepciones fundamentales de un ordenamiento pueden producir las consecuencias descritas.[107]

La falta de arbitrabilidad, realmente, revela una doble deficiencia: ausencia del presupuesto

---

99. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, págs. 165 y 179 y HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 475.

100. V. *op. ult. cit.*, págs. 474 y 448.

101. *Op. ult. cit.*, págs. 448, 449 y 475.

102. FURNISH, *op. cit.*, supra 20, págs. 325, 326 y 327.

103. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 78 y FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 79.

104. V. PUGLIATTI, Salvatore, en *op. cit.*, supra 86, Nuovi aspetti del problema della causa dei negozio giuridici y precisazioni in torno al tema della causa del negozio giuridico.

105. En Francia v. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 107, en EE.UU. v. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 223.

106. "Public policy of the country of recognition and enforcement", SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 225.

107. *Op. ult. cit.*, pág. 224.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"licitud del objeto" y ausencia del elemento esencial "causa justa". La consecuencia inevitable para un contrato así afectado es, necesariamente, la nulidad absoluta. Las cosas no quedan ahí: tal nulidad se proyecta indefectiblemente sobre la validez del laudo.[108]

Se trata, claramente, de casos donde las partes no gozan de la facultad de disposición de sus intereses y el Ordenamiento, por esto mismo, no puede valorar positivamente los casos donde esta disposición se actualice mediante convenciones arbitrales. La programación de intereses realizada así no estaría de acuerdo con los valores del sistema, por lo que éste no puede asignar al acuerdo los efectos que las partes pretenden; no puede así el negocio recibir tutela de su función jurídica: carece de causa justa.

Acertadamente, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha hecho referencia expresa a la aplicabilidad, en estos casos, "de los principios generales del Derecho de las Obligaciones, particularmente los relativos a la causa de los contratos".[109]

Los ejemplos que, en relación con los presupuestos (subjetivos y objetivos) y a los elementos (voluntad, manifestación y causa justa) del negocio, hemos ido analizando, demuestran la hipótesis de este trabajo: la utilidad del marco que ofrece la teoría del negocio jurídico para dar respuesta cabal a la ubicación de los posibles problemas que plantea en la práctica el acuerdo de arbitraje.

Tales ejemplos podrían adicionarse con los que se refieren a los elementos accidentales del compromiso. Piénsese, por ejemplo, en los diferentes plazos que se pueden formular con relación al arbitraje.

Queda, de esta forma, analizada la figura condicionante del arbitraje.

C. LA EFICACIA JURÍDICA.

Ya examinados los componentes (presupuestos y elementos) de la fase causal (o condicionante) del contrato de arbitraje, procede pasar al examen de la fase efectual (efecto condicionado).

1. Efectos contractuales y efectos legales-judiciales.

Las consecuencias jurídicas centrales del acuerdo de arbitrajes se refieren a la sujeción a una competencia no judicial, complementada con una serie de derechos y vínculos adicionales de carácter instrumental, que tienden a garantizar la realización de la situación final.[110]

Esta eficacia jurídica central, que surge del contrato de arbitraje está caracterizada por la constitución[111] de una serie de derechos, cargas, obligaciones y sujeciones (no solamente "derechos y obligaciones" como se suele afirmar. . .). Así, por ejemplo, nace:

i) el derecho potestativo de poder exigir se lleve a cabo el compromiso (si lo que hay es una cláusula compromisoria) o el arbitraje (si lo que hay es un compromiso),
ii) la sujeción, caracterizada por el "deber" someterse al arbitraje,
iii) la carga relativa a la excepción de compromiso; la parte demandada judicialmente, "debe" hacer valer el compromiso mediante la correspondiente defensa y su demostración (carga de la prueba también).
iv) También, como resultado del compromiso, nacerán, una vez pronunciado el laudo, los derechos y obligaciones que este establezca, incluido el poder de exigir su ejecución.

No basta decir, en forma simplista, que del compromiso, como de todo contrato nacen derechos y obligaciones. Los derechos y las obligaciones no agotan el cuadro de las situaciones jurídicas o de los efectos jurídicos; además de ellos encontramos sujeciones, cargas, derechos potestativos (según se ha descrito) y otras como las expectativas (de especial interés en los casos de ineficacia originaria por indeterminación objetiva, según se ha explicado), los intereses legítimos, las potestades, etc. En el caso del contrato de arbitraje se produce una amplia gama de efectos; el nacimiento de estos depende del momento cronológico en que se encuentre el vínculo: en la fase de ineficacia originaria tendremos expectativas (que son situa-

---

108. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 352.

109. Así expresamente en I.C.C. Arbitration núm. 1397, Award 1966. cit. p. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, págs. 256, 257.

110. No sobra recordar que la "sociedad" internacional de comerciantes tiene además mecanismos de coerción no jurídicos, como las llamadas "listas negras" V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 47.

111. Sobre la eficacia constitutiva, como paso a una situación nueva de específica relevancia v. FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica*, *op. cit.*, supra 3, p.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciones jurídicas instrumentales); luego vendrán sujeciones, derechos potestativos y cargas y, finalmente, con el pronunciamiento del laudo, derechos y obligaciones, normalmente en este orden, aunque los términos pueden alterarse o ampliarse, sin que esto elimine o afecte la regla expuesta: de este contrato nacen muchas formas de situaciones jurídicas y no, únicamente, derechos y obligaciones. Los efectos fundamentales del compromiso son de carácter obligatorio, pero también produce otros efectos, como la interrupción de la prescripción.

2. La excepción de compromiso.

El compromiso, como se ha visto, puede determinar una incompetencia de la autoridad judicial,[112] pero la declinatoria de jurisdicción no es de orden público y debe ser solicitada por la parte interesada,[113] mediante la respectiva excepción.

La nueva Ley Modelo, varias veces citada estatuye: "Artículo 8: El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible".

3. El arbitraje forzoso. Los daños y perjuicios por el incumplimiento.

Otro de los efectos sustanciales del arbitraje es, donde así se permite, la posibilidad de obtener el cumplimiento forzoso (o su sustituto).[114] La mayor parte de los Ordenamientos admiten que una de las partes puede solicitar la designación judicial de los árbitros en caso de renuencia de la otra.[115]

Igualmente es posible solicitar medidas cautelares al juez,[116] de conformidad con la referida Ley Modelo.

III. CONCLUSIÓN

Las premisas expuestas sobre el supuesto y sus efectos en el caso del arbitraje comercial internacional adquieren verdadera importancia en los casos patológicos, campo donde verdaderamente presta su auxilio la teoría del negocio jurídico. Así, por ejemplo, la teoría de la nulidad parcial (invalidez parcial, en general) puede ayudar a comprender la validez del contrato base, a pesar de alguna falta o vicio en la cláusula compromisoria que, aunque autónoma como contrato, no deja de ser una de las cláusulas del contrato en el que se ubica.[117]

Muchas otras modalidades patológicas pueden ser explicadas con el auxilio de esta teoría; ya hemos destacado los ejemplos de falta o indeterminación de los presupuestos subjetivos u objetivos, los vicios de la voluntad, las transgresiones formales y la falta de causa justa; ella sirve para dar explicación acertada a los casos de impedimento de la eficacia y a los casos de su eliminación (por

---

112. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, págs. 167, 168.

113. V. *op. ult. cit.*, págs. 168, HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 142.

114. El nuevo Código Civil peruano ha optado por la referida solución: "La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a exigir judicialmente la celebración del contrato y el de solicitar se deje sin efecto el contrato (el compromiso de contratar). En uno y otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 654. "En tout cas, le refus injustifie d'une partie a se somettre a la clause d'arbitrage, suffirait à justificier de surcroit sa condamnation a dommages et interets. . ." ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 169.

115. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 161 y HUYS, *op. cit.*, supra 4, pág. 544, en Costa Rica, art. 396 del Código de Procedimientos Civiles, SANDERS, *op. cit.*, supra 7 pág. 222.

116. Ley Modelo CNUDMI, art. 9.

117. V. sobre el tema: CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, supra 87, pág. 364; BETTI, Emilio, *op. cit.*, supra 91, págs. 360 y 361; RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Privato italiano*, Jovene, Napoli, 1976, págs. 73 y 313; BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna, 1973, pág. 80; VENZI, Giulio, *Manuale di Diritto Civile italiano*, UTET, Torino, 1933, pág. 163 y HUYS, *op. cit.*, supra 27, págs. 80 y 81.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ejemplo, por resolución o revocación, o bien, por vencimiento de plazos).

Aquí queremos dejar la sistematización. Hay muchos otros temas que pueden ser analizados con la ayuda de este marco teórico que queremos, al menos, mencionar (por su importancia):

- el problema de la competencia del árbitro para determinar su propia competencia,
- las interpretaciones restrictiva y extensiva del acuerdo de arbitraje que se presentan en el Derecho Comparado,
- la interpretación del compromiso o de la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión,
- las diferencias en el Derecho Comparado con relación a los requisitos formales y sustanciales del laudo, para su posterior ejecución,
- las diversas soluciones que se presentan en la jurisprudencia comercial internacional de los entes que realizan arbitraje administrado, en cuanto a la Ley aplicable (v. DERAINS) y
- el tema de las proyecciones de las patologías estudiadas sobre el exequátur.

La lista de ejemplos relativos a los aspectos sustanciales del arbitraje, que pueden ser adecuadamente ubicados dentro del marco teórico general de la doctrina del negocio jurídico, podría continuar. La estructuración ofrecida, que distingue en el supuesto los presupuestos subjetivos y los objetivos, así como los elementos esenciales y en la fase posterior entre la eficacia (el nacimiento de los efectos) y la efectividad y que para el análisis del régimen de la patología negocial distingue entre invalidez (nulidad o anulabilidad) e ineficacia (originaria y sobreviniente) es de gran utilidad como bisturí para la disección precisa del contrato de arbitraje. La demostración de tal utilidad ha sido el propósito de este trabajo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943, t. III.

AMERICAN ARBITRATIO ASSOCIATION, Texbook on commercial arbitration, 192.

BARCELLONA, Pietro, *Profili della teoría dell'errore nel negozio giuridico,* Milano, 1965.

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2a. edición.

BLACK, *Law Dictionary,* Best Pub. Minn. Fifth edition.

BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Civile.* Zanichelli, Bologna, 1973.

BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi,* Milano, 1968.

CAMPAGNA, L., *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale,* Milano, 1958.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Exposición de motivos y comentarios.* Código Civil peruano de 1984. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano,* Morano, Editore.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Ley Modelo, 21 de junio de 1985.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Reglamento de Arbitraje. Res. 31/98 de 15 diciembre 1976.

CHESHIRE AND NORTH'S, *Private International Law.* 10th. edition Butterworths, London, 1979.

DERAINS, Yves, *La jurisprudence arbitral de la C.C.I. en matiere de vente international* Convegno sulla compravendita internazionale.

ELKOURY, Frank, *How arbitration works. The bureau of international affairs,* Washington D.C. 1952.

FALZEA, Angelo, *Voci di teoria generale del Diritto,* Giuffrè-ed, Milano, 1970.

FALZEA, Angelo, *Introduzione alle Scienze Giuridiche,* Giuffrè-ed, Milano, 1975.

FARINA-AZCÁRRAGA, *Jurisprudencia Internacional Marítima.* Ministerio de Marina, 1965.

FURNISH, Dale Beck, *Arbitration and long-term commercial agreements.* The American Journal of Comparative Law. Vol. 26 (supplement), 1978.

FOUCHARD, Phillipe, *L'arbitrage commercial international,* II, Dalloz, París, 1965.

FURNISH, Dale Beck, *Commercial arbitration agreements and the Uniform Commercial Code.* California Law Review. Vol. 67, number 2, march, 1979.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

HUYS, Marcel y KEUTGEN, Guy, *L'arbitrage en Droit Belge et international,* Bruylant Bruxelles, 1981.

ISAAC, Natan, *Two views of commercial arbitration.* Harvard Law Review, vol. XL, may, 1927, num. 7.

KAHN, Philippe, *La vente commercial international,* Sirey, París, 1961.

KOZOLCHYCK-TORREALBA, *Curso de Derecho Mercantil,* tomo II, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1968.

LABANCA, Jorge, *La venta internacional.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968.

MAZEAUD, Henry, LEÓN, Jean, *Lecciones de Derecho Civil,* 2, vol. I, EJEA, Buenos Aires, 1969.

MENTSCHIKOFF, Soia, *Commercial arbitration.* Columbia Law Review, Vol. 61, num. 5, may 1961.

NORBERG, *Inter American Commercial Arbitration Revisited,* Lawyer of the Americas. School of Law, U. of Miami, vol. 7, num. 2.

OTTOLENGHI, Mauricio, *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral.* Revista de la Facultad de Derecho de la U.N. del Nordeste, Corrientes, 1959.

PANUCCIO, V., Impresa, *Enciclopedia del Diritto,* Giuffrè-ed, Varese.

PANUCCIO, V., *Le dichiarazioni non negoziali di volontà.* Giuffrè-ed, Milano, 1966.

PARRIS, John, *Casebook of Arbitration Law.* Goldwin, Portsmouth, G.B. 1976.

PÉREZ, Víctor, *La interpretación de los contratos.* Revista Judicial, núm. 4, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, junio de 1977.

PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile. Metodo-teoria-pratica.* Giuffrè-ed, Milano, 1951.

PUGLIATTI, Salvatore, *Gli Istituti del Diritto Civile.* Vol. I. Giuffrè-ed, Milano, 1943.

RAMÍREZ, Mario, *Nociones sobre la teoría del contrato,* Revista Judicial núm. 5, San José, Costa Rica, setiembre de 1977.

RAY, José Domingo, *La responsabilidad del transportista en las reglas de Hamburgo.* La solución arbitral de las controversias. Memoria.

RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Privato italiano,* Jovene, Napoli, 1976.

ROBERT, Jean, *Arbitrage Civil et Commercial en Droit interne et international privé,* Dalloz, París, 1967.

RODOTA, Stefano, *Il Diritto Privato nella società moderna,* Il Mulino, Bologna, 1971.

SANDERS, Pieter, *Trends in the field of international commercial arbitration, Recueil des cours de l'Academie de Droit International de La Haye,* 1975-II. Leyden, Sijthoff, 1976.

SCALISI, Vincenzo, *Inefficacia, Diritto Privato,* Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed, Varese, 1971.

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale,* Ed. Vallardi, 1972.

SIQUEIROS, José Luis, *El arbitraje como solución de controversias en el comercio internacional,* Memoria del simposio sobre arbitraje, comercio internacional y Derecho Marítimo. Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

SOARES, Guido, *Historical Introduction to the study of practical solutions to litigations and international commercial arbitrements.* Revista da Faculdade de Direito. U. de São Paulo, LXXI, 1976.

STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE, *Arbitration in Sweden.* Stockholm, 1977.

TORRES y TORRES LARA, Carlos, *Hacia la unificación del Derecho Civil y Mercantil. El Derecho de la empresa.* Revista peruana de Derecho de la empresa, 1985.

VENZI, Giulio, *Manuale di Diritto Civile italiano,* UTET, Torino, 1933.

WITKER, Jorge, *El Derecho Internacional económico y el arbitraje comercial internacional.* Boletín mexicano de Derecho Comparado, ene. ag., 1977.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PSICOLOGÍA FORENSE (JUDICIAL-LEGAL): SUS ORÍGENES, CONFIGURACIÓN, FUNCIONES, MÉTODOS Y FINALIDAD

LIC. JORGE ALBERTO GONZÁLEZ PINTO
Psicólogo Clínico Forense

CAPÍTULO II

FUNCIONES Y METODOLOGÍA DE LA PSICOLOGÍA FORENSE
(ÚLTIMA PARTE)

SUMARIO

Pág.

C. Selección y entrenamiento del personal policíaco judicial y de prisiones. 130
a) Del personal policíaco judicial 130
b) Del personal de prisiones. 130
D. Clasificación diagnóstica de los recursos. 130
E. Rehabilitación social del delincuente. 131
F. Prognosis de la excarcelación 132
G. Programas profilácticos. 133
H. Investigación en psicología forense 135
I. Docencia en materia psicológica-forense. 135

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES FINALES

Formación profesional del psicólogo forense. 136
Resumen y conclusiones 136
Limitaciones y recomendaciones 137
Bibliografía 137

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

C. Selección y entrenamiento del personal policiaco judicial y de prisiones.

a) Del personal policiaco judicial.

Es clara la importancia que reviste el hecho de que aquellas personas que vayan a integrar un cuerpo policiaco judicial, reúnan condiciones de integridad, capacidad y equilibrio; y que estén dispuestas a servir a la comunidad velando por el respeto de las leyes, y a colaborar con la justicia mediante el control y la investigación científica de los diversos actos y hechos criminales.

Para tal fin es imprescindible su selección por medios rigurosamente científicos, función en la que el psicólogo forense debe intervenir en alto grado, estableciendo por una parte, el perfil profesiográfico del personal policiaco judicial, donde deben figurar las aptitudes físicas y psicológicas con su importancia relativa necesaria para el cumplimiento en forma eficaz de sus funciones, y por otra, la metodología e instrumentación adecuada para la detección y medición de dichas aptitudes.[58]

Ahora bien, no sólo basta con una adecuada selección del personal policiaco judicial en la que se lleve a cabo una profunda exploración de antecedentes, hábitos y costumbres y en la que se cuente con la intervención del psicólogo, del médico, y de otros profesionales relacionados con este campo, sino que es necesario, después de haber hecho la escogencia del personal más idóneo, formarlo y adiestrarlo en diversas materias, entre otras, Dactiloscopia, Planimetría, Fotografía, recolección de indicios, Balística, Derecho Penal, Relaciones Públicas, Criminología, Psicología, etc. . .

En esta labor de adiestramiento o entrenamiento, el psicólogo forense juega un importante papel, ya que es el indicado para impartir conocimientos sobre temas como la motivación psicológica del delito, la Psicología del Delincuente, la observación detallada de la conducta humana y la apreciación de ciertos hechos que pueden contribuir al esclarecimiento de la verdad, las relaciones públicas y humanas, etc. . ., los cuales son fundamentales para la adecuada formación de dicho personal.

Cabe agregar una última intervención psicológica clínica-forense, que surge de las características propias de las funciones del personal policiaco judicial, que le exigen a éste una gran actividad, esfuerzo, concentración y contacto con situaciones físicas y psíquicas desagradables, que le pueden provocar estados de tensión, ansiedad, angustia y frustración. Nos referimos a la labor clínica psicoterapéutica individual y/o colectiva, haciendo uso para esta última de técnicas de dinámica y de psicoterapia de grupo, de gran utilidad para la reducción y eliminación de los estados descritos.

b) Del personal de prisiones.

Las personas recluídas en una institución de carácter penitenciario, mantienen indirecta o directamente un nivel alto de contacto físico y psíquico con el personal que labora en la misma. A raíz de esto y con fines, no sólo de convivencia pacífica, estable y humana, como condición primaria que debe existir en un sistema carcelario, sino primordialmente de tratamiento para lograr la rehabilitación social del delincuente, es necesaria la selección y el entrenamiento del personal de prisiones tanto de custodia como administrativo, el cual debe poseer, además de ciertas condiciones académicas, de cultura general, psicofísicas y de personalidad, una actitud de cooperación y una capacidad para el aprendizaje básico y comprensión de las diversas técnicas utilizadas por los distintos profesionales que intervienen en la rehabilitación social del delincuente.

El psicólogo forense debe participar en la selección de dicho personal, de la misma manera que lo hace con respecto al personal policiaco judicial, y debe adiestrarlo y motivarlo para que contribuya y participe, en la medida de sus posibilidades, en el proceso de rehabilitación social.

Así mismo debe intervenir interdisciplinariamente en el tratamiento, campo que abordaremos más adelante.

D. Clasificación diagnóstica de los reclusos.

En un sistema penitenciario donde se cuente con los requisitos o condiciones básicas necesarias para que pueda cumplir una función rehabilitadora (instalaciones higiénicas, ventiladas, iluminadas y amplias; talleres de enseñanza y de ejecución ocu-

---

58. Al respecto existe una investigación realizada por GONZÁLEZ PINTO, J., denominada *Perfil Profesiográfico del Investigador de la Sección de Inspecciones y Recolección de Indicios del Organismo de Investigación Judicial.* Publicada por el Poder Judicial de Costa Rica en 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pacional; sistema de educación o de instrucción académica; instalaciones recreativas y deportivas; alimentación equilibrada; personal adiestrado y especializado; etc. . .), debe exigirse una división racional de los grupos de reclusos, o sea, su clasificación diagnóstica, con el fin de ubicarlos en aquellas instituciones, no sólo carcelarias sino también especiales (por ejemplo Psiquiátricas), donde se les pueda brindar el tratamiento adecuado con fines de rehabilitación social y/o mental.

Sobre el respecto, el *rol* del psicólogo forense es el de ayudar a establecer mediante el psicodiagnóstico, la clasificación y ubicación de los reclusos en aquellas instituciones apropiadas para ofrecerles los tratamientos indispensables para su rehabilitación.

E. Rehabilitación social del delincuente.

La ubicación del delincuente y su rehabilitación como fin primordial de la pena, se encuentra plasmada en el artículo 51 del Código Penal costarricense que dispone: *"La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitatoria. Su límite máximo es de 25 años".*

Para emprender cualquier tipo de acción rehabilitatoria, es necesario conocer las principales teorías de la delincuencia, las cuales se pueden clasificar dentro de las categorías biológicas, dinámicas, sociológicas y conductuales.

La Psicología en este quehacer interdisciplinario, ha contribuido con su aproximación dinámica, arguyendo por ejemplo que la delincuencia y el comportamiento psicopático representan síntomas de un conflicto subyacente y concluyendo que una persona se convierte en delincuente a través de la interacción de pulsiones internas insatisfechas con oportunidades dadas por la cultura, para dedicarse a actividades sustitutivas que al menos ofrecen una satisfacción parcial de esas pulsiones internas.[59]; y con su aproximación conductual, por ejemplo la *"teoría general de la socialización"* de EYSENCK, que hace una distinción básica entre aprendizaje de formas adiestradas de comportamiento (caminar) que implica enseñanza, y aprendizaje de valores que implica entrenamiento. La socialización esencialmente implica el entrenamiento conforme a ciertas reglas de comportamiento establecidas por la sociedad como esenciales para su propia preservación, y que con frecuencia, entran en conflicto con las necesidades naturales del niño.[60]

La rehabilitación social del delincuente presupone la existencia de instituciones penitenciarias y especiales con condiciones básicas para la misma (ya mencionadas anteriormente) y exige la participación activa y coordinada de un conjunto de profesionales en diversas ciencias y la colaboración del personal de custodia y administrativo.

Para la rehabilitación en sí, el psicólogo forense debe contribuir básicamente de dos formas:

1) Asumiendo el *rol* de asesor para la toma de medidas recreativas, ubicativas, educacionales y ocupacionales. Para tal fin debe hacerse una clasificación diagnóstica de los reclusos y un exhaustivo examen incluyendo el uso de pruebas de aptitudes generales, específicas y de intereses, tales como:

- El *test* de aptitudes mentales primarias (PMA) (Revista Judicial, núm. 39, pág. 118).
- Los *tests* de clasificación de aptitudes de FLANAGAN (FACT):

Es una batería de aptitud múltiple que empezó como un desarrollo de la investigación de FLANAGAN en la elaboración de los *tests* de clasificación de las fuerzas aéreas durante la Segunda Guerra mundial y se orienta principalmente hacia el consejo vocacional y selección de empleados. Análisis de trabajos de muchas ocupaciones llevaron a la identificación de 21 elementos críticos de trabajo o aptitudes que diferenciaban a los trabajadores satisfactorios de los no satisfactorios en cada labor. Ejemplos de dichos elementos son:

1) Ensamblaje: aptitud para representarse mentalmente la apariencia de un objeto ensamblado a partir de cierto número de piezas separadas;

2) Planificación: aptitud para planear, organizar y programar; aptitud para prever los problemas que puedan presentarse y para anticipar el mejor orden de realización de los diversos pasos a dar; y

3) Ingeniosidad: habilidad creadora o de invención; aptitud para idear procedimientos, materiales o presentaciones ingeniosas.

---

59. Cfr. YATES, A., *supra*, nota 23 del cap. I, pág. 241.

60. *Ibídem*, pág. 243.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cualquier elemento es común a muchos tipos de trabajo y la batería ha demostrado tener una buena validez predictiva respecto de los criterios de formación profesional.

— La batería de *tests* de aptitud general (GATB): fue creada por el Employment Service de Estados Unidos (U.S.E.S.) para su empleo por los consejeros en las oficinas del State Employment Service.

Basándose en una serie de investigaciones se identificaron 10 factores y se eligieron 15 *tests* para medirlos. Posteriormente el número de *tests* se redujo a 12, y el de factores a 9 que son los siguientes: inteligencia, aptitud verbal, aptitud numérica, aptitud espacial, percepción de formas, percepción burocrática, coordinación motora, destreza digital y destreza manual.

La GATB se usa habitualmente para el consejo y la asignación a empleos y además se puede utilizar para aquellas organizaciones que no buscan el provecho económico, como las Universidades, los Hospitales para veteranos y las prisiones.

— El *test* de coordinación motriz de GOMEZ ROBLEDA: Es un *test* psicofisiológico de lápiz y papel que consiste en un machote que contiene tres figuras: una para ser ejecutada con la mano derecha, otra con la mano izquierda, y la última simultáneamente con ambas manos. Esta prueba aplica criterios de rapidez y precisión, y establece la habilidad manual, rapidez y precisión de movimientos y la coordinación motriz de ambas manos. Es una simplificación de los ambidexterímetros clásicos.

— El desterímetro de O' CONNOR (véase Revista Judicial, núm. 39, pág. 122).

— El *test* de comprensión mecánica: Este *test* se refiere a la información, razonamiento o comprensión mecánicas. Emplea dibujos acerca de los cuales hay que responder a cortas preguntas; en este *test* se concede especial importancia a la comprensión de los principios mecánicos aplicados a una gran variedad de situaciones de la vida diaria.

— El Clerical *test* de Minnesota: Es un *test* de aptitud burocrática que consta de dos *subtests* medidos separadamente: el de comparación de números y el de comparación de nombres. Le concede gran importancia a la velocidad de percepción y abarca una multiplicidad de funciones.

— Otros *tests* para aptitudes artísticas y musicales, para la medición del talento, pensamiento o rendimiento creador, para el rendimiento y progreso en la educación, para el diagnóstico de lectura y de las habilidades matemáticas, para selección industrial, para el rendimiento profesional y para la detección y medición de intereses específicos (*Test* de ANGELINI, *Test* de THURSTONE, *Test* de KUDER, *Test* de STRONG, etc. . .).

Lo anterior tiene como objetivo el lograr una labor de orientación y ubicación del delincuente con fines de reeducación, aprendizaje y rehabilitación.

2) Participando activamente en el tratamiento de los diversos trastornos conductuales que se presentan tanto a nivel individual como colectivo.

Para tal fin hará uso, de acuerdo con cada situación en particular, de las diversas técnicas psicoterapéuticas, tales como la terapia psicoanalítica, la psicoterapia gestáltica, la psicoterapia rogeriana, la psicoterapia de grupos y la terapia conductual.

Finalmente se ha de subrayar que todo intento que tenga como objetivo la rehabilitación social y/o mental del delincuente, debe enfocarse en forma interdisciplinaria y contar con la participación de diversos profesionales o especialistas.

F. Prognosis de la excarcelación.

Por prognosis se entiende el conocimiento anticipado de algún suceso. Para comprender la importancia de esta función, es necesario contemplar lo relativo a:

a) Los artículos 97, 98, 101 y 102 del Código Penal costarricense referentes a las medidas de seguridad (ver Revista Judicial, núm. 39, pág. 108).

b) El artículo 65 del mismo código que trata la libertad condicional y dispone: *"La libertad condicional podrá concederse cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

1. Que el solicitante no haya sido condenado anteriormente por delito común sancionado con pena mayor de 6 meses; y

2. Que el Instituto de Criminología informe sobre la buena conducta, servicios prestados, ocupación y oficios adquiridos por el condenado que le permitan una vida regular de trabajo lícito; y acompañe un estudio de su personalidad, de su medio social, así como un dictamen favorable sobre la conveniencia de la medida".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

c) El artículo 90 del código ya mencionado, que dispone: *"El indulto, aplicable a los delitos comunes, implica el perdón total o parcial de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada o bien su conmutación por otra más benigna y no comprende las penas accesorias.*

La concesión del indulto estará subordinada al informe favorable de los órganos jurisdiccionales y del Instituto de Criminología.

El indulto sólo podrá ser concedido por el Consejo de Gobierno y las personas a quienes se les otorgue deberán llenar los requisitos y condiciones estipulados para el otorgamiento de libertad condicional".

d) El Código de Procedimientos Penales, en el artículo 518, sobre las funciones del juez de ejecución de la pena que dispone: *"El juez de ejecución de la pena será nombrado por la Corte Suprema de Justicia y dependerá de ésta. Podrá mantener, sustituir, modificar o hacer cesar las medidas de seguridad impuestas. También podrá conceder o revocar la libertad condicional cumpliendo los requisitos que establece el Código Penal. En todos los casos anteriores la resolución será consultada con el tribunal que dictó la sentencia".* Y en el artículo 519, sobre los deberes del juez de ejecución, que dispone: *"El juez de ejecución visitará todos los centros de internamiento del país por lo menos una vez cada seis meses e informará a la Corte Suprema de Justicia y al Instituto Nacional de Criminología, según corresponda, sobre las situaciones irregulares que note.*

Oirá a los internos cuando estos lo soliciten y dará curso a sus quejas, tomando las providencias que estime necesarias; determinará para éstos las principales modalidades de su tratamiento penitenciario. Dirigirá los servicios de libertad vigilada y la oficina de prueba".

De los artículos citados se pueden observar las delicadas funciones y deberes del juez de ejecución de la pena, y la importancia que reviste la rehabilitación o readaptación del delincuente, como condición para la no imposición, suspensión o modificación de las medidas de seguridad; para la concesión de la libertad condicional; para el otorgamiento total o parcial del indulto y en general para su excarcelación.

Ahora bien, para determinar si un individuo se ha rehabilitado o readaptado al grado de ser capaz de convivir en comunidad, es necesario el concurso de diversas ciencias, dentro de las cuales se encuentra la Psicología, que dictaminen al respecto.

Por tanto, se puede plantear la intervención del Psicólogo Forense en términos de colaborar con la autoridad pertinente, mediante el examen psicológico profundo y exhaustivo de los individuos que aspiren a egresar de un centro penitenciario, para determinar el grado de readaptación psicosocial y el aprendizaje de habilidades y hábitos que les permitan su adecuada integración al medio.

En resumen, el Psicólogo Forense contribuye al conocimiento de la situación psicosocial del sujeto previa a la excarcelación y ofrece un pronóstico sobre el posible comportamiento de éste una vez adquirida su libertad y su consecuente integración a la sociedad.

G. Programas profilácticos.

La rehabilitación de los delincuentes no es por fuerza una manera de reducir el problema del delito. Si se toman en cuenta los valores humanos, la felicidad personal y el aspecto pecuniario, la prevención constituye una meta más elevada que la rehabilitación.

La delincuencia representa uno de los problemas sociales más graves en la actualidad, y para combatirla eficazmente es necesario el desarrollo de programas preventivos que ataquen el problema antes de que éste se origine.

Existen una serie de hipótesis respecto a los determinantes de la conducta delictiva, entre las que destacan:

a) la cultura baja, producto de la cual muchos delincuentes adquieren su conducta, es decir, están educados en un ambiente en el cual la actividad delictiva es aprobada, y en el que la conducta no delincuente no es recompensada o es castigada directamente. A este tipo de delincuente se le puede denominar *"subcultural"*, deduciéndose que su conducta no está desviada desde el punto de vista psicológico, sino que la ha adquirido dentro de la falta de cultura de un ambiente delictivo.[61]

b) El concepto de *"asociación diferencial"*, que proporciona una expresión directa de la influencia ejercida por la casi total carencia de ins-

---

61. Véase MAHER, B., *Principios de Psicopatología*. Editorial Mc Graw-Hill, México, 1970, págs. 269-70.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trucción cultural, para generar delincuentes. Para esta hipótesis, el desarrollo de la conducta delincuente es una consecuencia directa de la frecuencia, duración, prioridad e intensidad del contacto con otros delincuentes.[62]

c) La hipótesis de la frustración que propone, que la selección de compañeros delincuentes puede ser una reacción hacia frustraciones engendradas por no disponer la juventud de objetivos convencionales, y ser educada en las condiciones de pobreza y demás limitaciones docentes y morales, propias de una vecindad altamente delincuente.[63]

Son suficientes las hipótesis mencionadas, para deducir la gran importancia que, aparte de los factores psicógenos, orgánicos y constitucionales que puedan intervenir, tiene el ambiente físico, socioeconómico y cultural en el desarrollo del comportamiento antisocial.

Es función del Psicólogo Forense el prestar su colaboración, junto con otros profesionales, no sólo en la promoción de la salud mental, previniendo la presencia de factores genéticos, orgánicos y psicológicos que puedan conllevar a trastornos de comportamiento, sino también en la elaboración de un conjunto de medidas tendientes a eliminar o modificar aquellos factores ambientales que puedan ejercer una influencia negativa en la conducta humana.

Es, pues, profiláctico, todo cuanto contribuya al aumento de la cultura, al desarrollo de los sentimientos de grupo, a la difusión de las nociones elementales de ética y ciudadanía, a una adecuada psicopedagogía infantil, a la creación de centros de higiene mental, al incremento de juguetes, de literatura y de programas televisivos y cinematográficos didácticos (en contraposición a aquellos que generan en el individuo reacciones agresivas y competitivas), a la expansión de actividades deportivas y artísticas, y en general a todo aquello que conlleve al establecimiento de una sociedad más sana y justa que contemple los derechos inherentes al ser humano.

Finalmente, diremos que una de las maneras de prevenir la delincuencia consiste en modificar la conducta que acompaña o precede a la comisión de actos delictuosos. Al respecto, como ilustración y en forma breve, haremos mención de un estudio preventivo basado en el hecho de que los desertores escolares son más propensos a la delincuencia que los niños que asisten con regularidad a la escuela. De acuerdo con GREEN y WIRTANEN, (1972) SCHREIBER, (1972) y ZELFER (1966), el desertor escolar tiende a ser alguien que proviene de estratos socioeconómicos inferiores, de mayor edad que sus compañeros de clase, sin planes educativos ni vocacionales, miembro de una gran familia, y a menudo sin uno o ambos padres por causas de fallecimiento o separación.[64]

GREEN y WIRTANEN (1972) también comunicaron que existe una importante correlación positiva entre la conducta rebelde en la escuela y la deserción escolar, y vislumbraron además la probabilidad de que el desertor escolar en potencia posea sentimientos de autoestimación y de su eficacia personal inferiores al promedio, y que experimente gran ansiedad relacionada con la escuela.[65]

HARRIS (1972), realizador del tratamiento preventivo, integró los métodos de modelamiento a los programas escolares y seleccionó una serie de sujetos que conforme a los criterios anteriores parecían ser desertores escolares en potencia.[66]

Su propósito consistía en elevar las aspiraciones de sus sujetos exponiéndolos a modelos realistas que habían alcanzado metas, con los cuales se identificaran e inspirasen.

La evaluación de este experimento demostró que, comparados con grupos de control, los estudiantes que habían participado en el programa de modelamiento mostraban mayores aspiraciones ocupacionales que antes, trabajaban mejor en la escuela, es decir, obtenían calificaciones más altas y confiaban más en sus capacidades para moldear sus propias vidas. Así pues, el aprendizaje por observación produjo cambios medibles de actitudes y de conductas, fomentando la estabilidad escolar y aumentando las aspiraciones ocupacionales, previniendo la deserción con sus posibles consecuencias delictivas.

---

62. *Ibídem*, pág. 270-71.

63. *Ibídem*, pág. 271.

64. Cfr. BANDURA, A., y otro. ***Modificación de Conducta: Análisis de la agresión y la delincuencia.*** Editorial Trillas, México, 1975, pág. 169.

65. *Ibídem*, págs. 169-70.

66. *Ibídem*, págs. 170-71.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

H. Investigación en Psicología Forense.

Al ser la Psicología Forense una rama de la Psicología Aplicada que intenta esclarecer todos aquellos problemas psicológicos que se producen en relación con las personas implicadas en un caso judicial o que surgen en la práctica forense, se puede observar que comprende un amplio terreno de acción, más bien dinámico, que requiere constante investigación, tanto en lo que se refiere a las áreas ya analizadas y estudiadas, como a las que se encuentran aún sin explorar.

Es pues fundamental, no solo la constante revisión e investigación de la validez y la fiabilidad, tanto del proceso como del resultado, de todas aquellas técnicas empleadas por el psicólogo forense ya sean éstas de entrevista, evaluativas, de psicodiagnóstico o psicoterapéutico, sino que también es de primordial interés la investigación de gran cantidad de factores psicosociales y ambientales que pueden llevar a la delincuencia. Al respecto podemos citar algunos ejemplos de la posible temática de investigación:

— Análisis de la relación entre la estructura psicológica global del delincuente y una serie de variables tales como la edad, el sexo, la procedencia y zona de residencia, la escolaridad, la ocupación, el estado civil, etc. . ., que puede, por ejemplo, aportar datos respecto a la comprensión psicológica del delito y a su posible prevención.

— Influencia de los psicofármacos en el engendramiento de conductas delictivas y/o en la facilitación del acto delictivo.

— Relación entre movilidad social y conducta delictiva.

— La influencia de determinada literatura y de ciertos programas de cine, radio y televisión en el niño y en el adolescente con relación al comportamiento antisocial.

— Efectos que ejerce en la conducta humana la excesiva publicidad sobre delincuentes que evaden a la justicia y acerca de delitos no resueltos.

— Resultado rehabilitatorio de los diferentes sistemas penitenciarios (cerrados, semicerrados, semiabiertos, y abiertos).

Para la investigación en las distintas áreas, el psicólogo forense puede hacer uso de diversos métodos tales como: método experimental, estudios de campo, técnicas de encuesta y entrevista, las simulaciones por computadora, la observación, métodos fisiológicos, métodos clínicos y psicométricos, etc.

Para finalizar y una vez analizada la importancia de la investigación en el campo de la psicología forense, es fundamental destacar la necesidad de que tanto el psicólogo como otros profesionales vinculados a las ciencias forenses, cuenten con un periodo razonable de tiempo para dedicarse a tan relevante función.

I. Docencia en materia Psicológica Forense.

Esta función se deriva, no sólo de la necesidad de plantear, programar y desarrollar cursos académicos a nivel universitario o superior, fundamentalmente en las áreas de Derecho, Criminología y Psicología con fines de formación profesional, sino que primordialmente obedece a la necesidad de impartir cursos, cursillos, conferencias, seminarios, etc. . ., respecto a las nociones, conceptos, funciones, metodología y finalidad práctica de la Psicología Forense, a los distintos profesionales y personal técnico (jueces, fiscales, defensores públicos y privados, investigadores policiaco-judiciales, etc. . .) involucrados en el terreno de la justicia, con el objetivo de ofrecer una visión más clara del significado, empleo y utilidad de esta especialidad psicológica, cuyo propósito es contribuir, en la medida de sus posibilidades, en las complejas funciones, deberes y metas de la justicia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES FINALES

I. FORMACIÓN PROFESIONAL DEL PSICÓLOGO FORENSE

De acuerdo con la conformación, a las funciones y a la metodología empleada por la Psicología Forense, se puede observar que, desde el punto de vista psicológico, se requiere primordialmente una formación clínica que engloba a las otras esferas configurantes, aunque no se debe dejar de contemplar la necesidad de poseer conocimientos relativos a las áreas laboral-industrial y psicopedagógica, para la realización exitosa de las funciones que se refieren a la selección y orientación laboral-vocacional y a la docencia.

Sin embargo, no es suficiente una formación especializada exclusivamente psicológica, sino que, al tener una íntima relación con el Derecho y con la administración de la justicia, el psicólogo forense debe poseer conocimientos básicos en Derecho (principalmente Penal, Civil, y Laboral) y en Criminología.

En conclusión, el psicólogo forense debe cumplir los siguientes requisitos:

a) Ser profesional en Psicología, que implica conocimientos generales en todas las áreas de esta ciencia, con sus correspondientes nociones fisiológicas, biológicas, estadísticas, filosóficas, sociológicas y antropológicas.

b) Ser especialista en Psicología Clínica (que contempla el conocimiento de la Psicología Experimental, Evolutiva, de la Personalidad y Social como esferas contribuyentes en la configuración de la Psicología Forense), ya que la gran mayoría de las funciones y métodos empleados en el campo forense exigen los conocimientos relativos a esta especialidad.

c) Poseer una formación más que general en las áreas de la Psicología laboral y Psicopedagógica, pues algunas funciones y métodos así lo requieren.

d) Poseer conocimientos básicos en Derecho (principalmente Penal, Civil y Laboral) y en Criminología, ya que dentro de este contexto se desarrolla su acción.

II. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Como se ha podido observar a través del presente trabajo, la motivación principal para llevarlo a cabo ha sido la necesidad de plasmar la importancia que tiene la especialización y la participación activa del psicólogo en el campo forense (judicial-legal), con el fin de que pueda brindar su colaboración en las complejas y relevantes funciones, deberes y metas de la justicia y su administración.

Para tal fin se fijaron los siguientes objetivos:

1) Delimitar las funciones, metodología y finalidad de la Psicología forense;

2) Determinar los requisitos de psicólogo especialista en materia forense; y

3) Con base en el logro de los dos objetivos anteriores, señalar y fijar un nuevo campo de acción para el psicólogo y brindar una fuente de información y consulta para todos aquellos profesionales involucrados en el terreno de la administración de la justicia.

En el primer capítulo denominado *"origen y configuración de la Psicología Forense"*, se llevó a cabo una breve reseña histórica de la ciencia psicológica con fines de facilitar su comprensión, para luego señalar sucintamente el origen y desarrollo de su intervención en el campo de la justicia.

A continuación se plantearon las diversas áreas o esferas del ámbito psicológico (experimental, social, de la personalidad, evolutiva, y principalmente la clínica), que en su conjunto configurarían la especialización forense.

Luego se procedió a definir la Psicología Forense como una rama de la Psicología Aplicada que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trata de esclarecer todos aquellos problemas psicológicos que se producen en relación con las personas implicadas en un caso judicial; o en general aquellos problemas de tipo psicológico que surgen en la práctica forense.

En el segundo capítulo y previo al abordaje de las diversas funciones y metodología de la Psicología Forense, se mencionaron algunas nociones generales del Derecho, para la adecuada comprensión de las mismas.

Seguidamente se expusieron las principales funciones psicológico-forenses con su correspondiente metodología, analizándolas a fondo y llevando a cabo una serie de consideraciones relacionadas con las mismas.

Finalmente en el capítulo tercero se consideró la formación profesional y los requisitos del psicólogo forense y se hicieron las últimas consideraciones.

En conclusión, se puede observar que al haberse configurado la Psicología Forense y analizado sus funciones, metodología y finalidad, y expuesto lo relativo a la formación profesional del psicólogo forense, se cumplieron los tres primeros objetivos fijados y el cuarto como resultado de los anteriores.

III. LIMITACIONES Y RECOMENDACIONES

La principal limitación que surgió en la realización del presente trabajo fue la escasez relativa de material bibliográfico con respecto al tema psicológico-forense y la casi total ausencia del mismo en el idioma español.

Debido a que la Psicología forense comprende una serie de complejas funciones mediante las cuales se pretende brindar ayuda en la difícil y ardua tarea de la administración de la justicia y de la prevención y rehabilitación social y/o mental de la delincuencia, es altamente recomendable, no sólo una constante revisión y evaluación respecto a la validez y fiabilidad de sus métodos, sino también una mayor investigación en lo concerniente a sus posibilidades de intervención y al descubrimiento de nuevas técnicas o estrategias para la comprensión y prevención del delito y para la rehabilitación o readaptación del delincuente.

Asimismo y con el objetivo de comprender esta especialidad y de que preste una ayuda real en el campo forense (judicial-legal), es imprescindible el programar e impartir cursos académicos a nivel universitario de contenido psicológico-forense, principalmente en las áreas de Psicología, Criminología y Derecho.

De esta forma, se da por finalizado el presente trabajo, confiando, no sólo en su posterior revisión y ampliación, sino primordialmente en que pueda ser de utilidad a manera de fuente y consulta tanto para el psicólogo general y para el clínico especialista en materia forense (judicial-legal), como para tantos otros profesionales y funcionarios involucrados en el campo de la justicia y su administración.

BIBLIOGRAFÍA

ALLPORT, GORDON. *Psicología de la personalidad.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 1965.

ÁLVAREZ VILLAR, A. *Psicodiagnóstico clínico.* Editorial Aguilar, Madrid, 1972.

ANASTASI, ANNE. *"Tests" psicológicos.* Editorial Aguilar, Madrid, 3a. edic., 1978.

ANASTASI, ANNE. *Psicología diferencial.* Editorial Aguilar, Madrid, 1970.

ANDIA, E. *Técnica del informe médico-legal psiquiátrico.* Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1948.

ARNOLD, W., y otros. *Diccionario de psicología.* Ediciones Rioduero, Madrid, 1979, Tomo III.

BANDURA, ALBERT, y otro. *Modificación de conducta: análisis de la agresión y la delincuencia.* Editorial Trillas, México, 1975.

BAUNGARTEN, FRANCISCA. *El examen de las aptitudes.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 1954.

BELL, J.E. *Técnicas proyectivas.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 1964.

BENDER, L. *"Test" Gestáltico Viso-Motor.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 1975.

BORING, E. *Historia de la psicología experimental.* Editorial Trillas, México, 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BRAVO PORTILLO, M. *Ensayo sobre policía científica.* Editorial Gassó Hermanos, Barcelona, 1970.

CERDA, E. *Psicología aplicada.* Editorial Herder, Barcelona, 1960.

CROMBACH, L.J. *Fundamentos de la exploración psicológica.* Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1963.

DE ÁNGEL YAGUEZ, R. *Lecciones sobre responsabilidad civil.* Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.

DE ECHALECU Y CANINO, F. *Psicología criminal con nociones de psiquiatría criminal.* Editado por Talleres Penitenciarios de Alcalá de Henares, Madrid, 1974.

EXNER, J. *Sistema comprensivo del Rorschach.* Editorial Pablo del Río, Madrid, 2a. edic. 1980. Tomo I.

EYSENCK, H.J. *Function and training of the clinical psychologist.* J. Ment. Sci., 1950.

EYSENCK, H.J. *Estudio científico de la personalidad.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 1959.

EYSENCK, H.J. *Delincuencia y personalidad.* Editorial Marova, S.L., Madrid, 1976.

FENECH, MIGUEL. *El proceso penal.* Editorial Agesa, Madrid, 1978.

FENECH, MIGUEL. *Derecho Procesal Civil.* Editorial Agesa, Madrid, 1980.

GALTUNG, JOHAN. *Teoría y métodos de la investigación social.* Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1966.

GÓMEZ ROBLEDA, J. *Psicología de las relaciones sociales.* Publicación del Banco de México, México, 1963.

GONZÁLEZ PINTO, J. *Perfil profesiográfico del investigador de la Sección de Inspecciones y Recolección de Indicios del Organismo de Investigación Judicial.* Imprenta del Poder Judicial, San José, 1978.

GRISSO, Th. and BRUCE DENNIS SALES. *Law and professional psychology.* American Psychology Association, Professional Psychology, 1978. Volumen 9, núm. 3.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *Tratado de Derecho Penal.* Editorial Losada, Buenos Aires, 3a. edic., 1964. Tomo I.

KAISER, GÜNTHER. *Criminología: Una introducción a sus fundamentos científicos.* Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1978.

KELLY, LOWELL. *Clinical psychology: The post-war decade.* University of Pittsburg Press, 1961.

KOLB, LAWRENCE. *Psiquiatría clínica moderna.* Editorial Fournier, S.A. México, 4a. edic., 1971.

KRECH, D., CRUTCHFIELD, R.E. BALLACHEY. *Psicología social.* Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1965.

LATORRE, ÁNGEL. *Introducción del derecho.* Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

LEÓN GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad.* En Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas, Edición Universidad de Navarra, Pamplona, 1969. Tomo IV.

MAGNUSSON, DAVID. *Teoría de los "tests".* Editorial Trillas, México, 1972.

MAHER, BRENDAN. *Principios de psicopatología.* Editorial Mc Graw-Hill, México, 1970.

Mc. GUIGAN. *Psicología experimental: Enfoque metodológico.* Editorial Trillas, México, 1974.

MENSH, IVÁN. *Psicología clínica: Ciencia y profesión.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971.

MIRA Y LÓPEZ, E. *Manual de psicología jurídica.* Salvat editores, S.A., Barcelona, 1932.

MIRA Y LÓPEZ, E. *Manual de orientación profesional.* Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1965.

MUÑOZ, SABATE. *Métodos y elementos para una psicología jurídica.* Anuario de Sociología y Psicología Jurídica, 1975, 2., págs. 7 a 29.

NAHOUM, CHARLES. *La entrevista psicológica.* Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1961.

O' NEIL, W.M. *Los orígenes de la psicología moderna.* Editorial Monte Ávila, Venezuela, 1975.

ORTIZ NEVACERRADA, S. *La pericia médica en el proceso penal: notas de doctrina y Derecho Positivo.* Universidad Complutense, Madrid, 1974.

PADILLA CASTRO, G., y otros. *Código Penal.* Editorial Imprenta Nacional, Costa Rica, 1970.

PAVLOV, IVÁN. *Fisiología y psicología.* Alianza Editorial, Madrid, 5a. edic., 1978.

PEDROSA, CIRIACO. *La psicología evolutiva, desarrollo del individuo normal.* Editorial Marova, S.L., Madrid, 1976.

PICHOT, PIERRE. *Los "tests" mentales.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 5a. edic., 1973.

PIERON, HENRY. *Psicología.* Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 2a. edic., 1974.

PIGA SÁNCHEZ-MORATE, B. *Psicología y psiquiatría en el procedimiento penal.* Editorial Marbán, Madrid, 1953.

RAUSCH, RENATE. *Métodos de investigación.* Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1970.

RORSCHACH, HERMANN. *Psicodiagnóstico.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 3a. edic., 1961.

SCHRAML, WÁLTER. *Psicología clínica.* Editorial Herder, Barcelona, 1975.

SZEKELY, BELA. *Los "tests": Manual de técnicas de exploración psicológica.* Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 4a. edic., 1960 Tomo I.

THOMAS MENDAZA, R. *Profesiología.* Editorial Digesa, Madrid, 1978.

TREJOS, GERARDO y otro. *Código de Familia de Costa Rica.* Editorial Costa Rica, San José, 1976.

TREJOS, GERARDO. *Introducción al Derecho de Familia costarricense.* Ediciones Juricentro, San José, 1977.

VARGAS ALVARADO, E. *Medicina Legal.* Lehmann editores, San José, 2a. edic., 1980.

VIADA LÓPEZ PUIGCERVER, C. *Naturaleza jurídica de la pericia.* Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1951.

VINCENZI, ATILIO. *Código de Procedimientos Civiles.* Imprenta Lehmann, San José, 1973.

VINCENZI, ATILIO. *Código Civil.* Imprenta Lehmann, San José, 1975.

VINCENZI, ATILIO. *Código de Trabajo de Costa Rica.* Imprenta Lehmann, San José, 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

VINCENZI, ATILIO. ***Código de Procedimientos Penales.*** Imprenta Lehmann, San José, 1978.

WATSON, ROBERT. ***The clinical method in psychology.*** Editorial Harper, New York, 1951.

WATSON, ROBERT. ***A brief history of clinical psychology.*** The Psychological Bulletin, 1953.

WHITTAKER, JAMES. ***Psicología.*** Nueva Editorial Interamericana, México, 2a. edic., 1970.

WHITTAKER, JAMES. ***La psicología social en el mundo de hoy.*** Editorial Trillas, México, 1979.

XANDRO, MAURICIO. ***Grafología para todos.*** Editorial Paraninfo, Madrid, 2a. edic., 1976.

YATES, AUBREY. ***Terapia del comportamiento.*** Editorial Trillas, México, 1973.

YOUNG, ROBERT y DONALD VELMAN. ***Introducción a la estadística aplicada a las ciencias de la conducta.*** Editorial Trillas, México, 2a. edic., 1975.

***