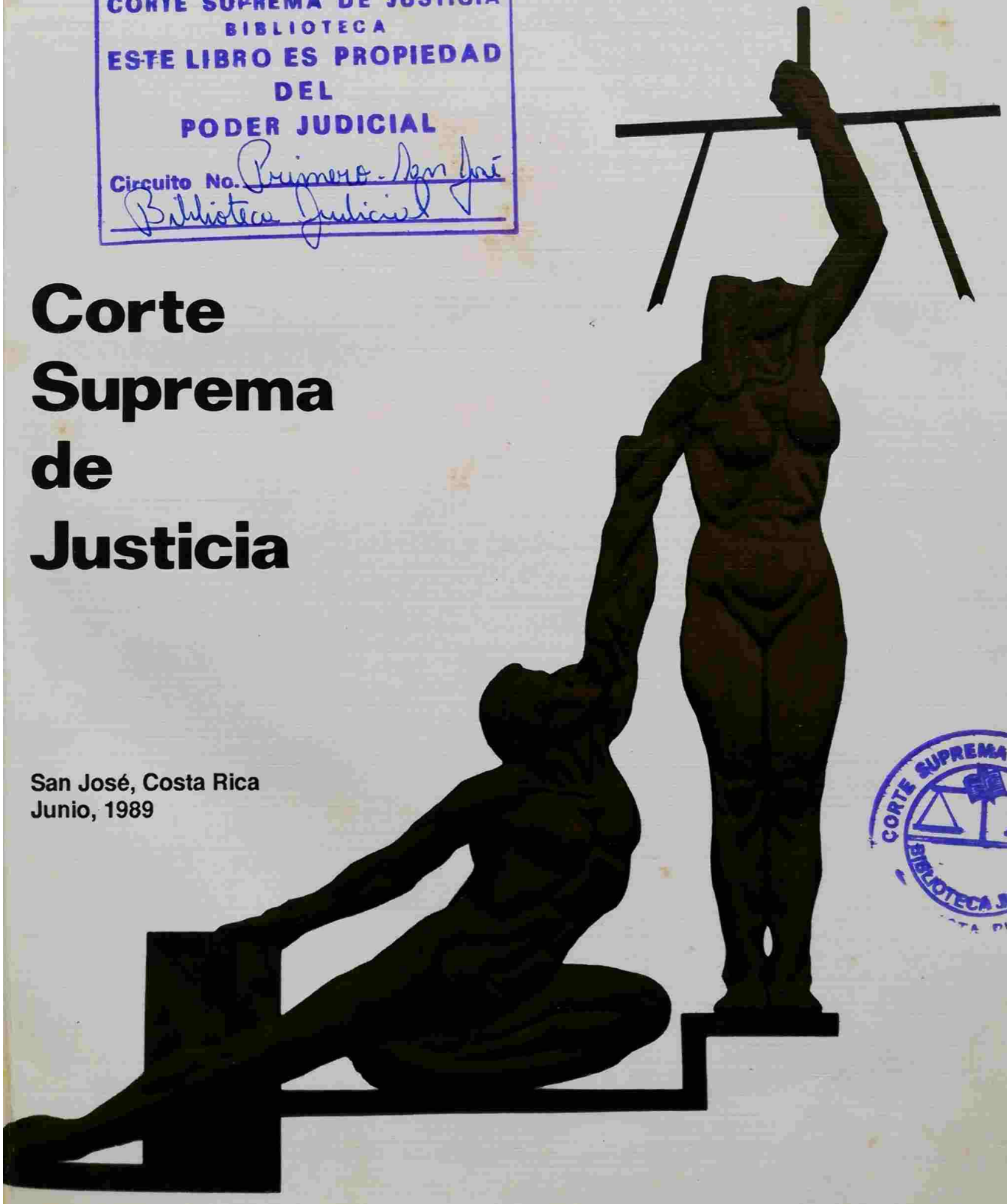
AÑO XIII Nº 46

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

REVISTA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA
ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
DEL
PODER JUDICIAL
Circuito No. Primero - San José
Biblioteca Judicial



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Junio, 1989

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XIII — Núm. 46 — Junio, 1989



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

Andrés Bello, romanista, institucionista 11
Prof. Sandro Schipani

Las fuentes del Derecho, interpretación y aplicación de las normas del título preliminar del Código Civil 49
Prof. Avvocato Augusto Pino

La independencia judicial como dispositivo de garantía 57
Prof. Perfecto Andrés Ibáñez

Los medios de impugnación 65
Lic. Édgar Cordero Arias

En el centenario del Código Civil. Código Civil y el movimiento liberal 71
Lic. Jorge Solano Chacón

El pagaré sujeto a tractos sucesivos y su nulidad en el Derecho Positivo costarricense. 75
Dr. Carlos Gómez Rodas
Dr. Alfonso Gutiérrez Cerdas

Breve análisis de la responsabilidad de los diferentes miembros de una misión diplomática en Costa Rica 87
Lic. Marco Antonio Jiménez Carmiol

Resumen de un arbitraje 91
Lic. Mario A. Gutiérrez Q.

Despertar, problemas y alternativas de la Ciencia Jurídica 97
Dr. Ricardo Zeledón Zeledón

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La teoría del delito según las principales concepciones sobre la acción 107
Lic. Javier Llobet Rodríguez

La declaratoria de abandono y la edad del menor 123
Lic. Esteban Soler Aira

Facultad de abstención en el proceso penal costarricense 127
Lic. Mario Enrique Gómez Somarribas

La tutela de los derechos: El contencioso administrativo 137
Dr. Luis Guillermo Herrera Castro

Los programas de educación primaria y su relación con la prevención de los delitos contra el patrimonio cultural 141
Br. Fernando Coto Martén

La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana 151
Dr. Víctor Pérez Vargas

Sección II: Información Normativa 167
Jimmy Vargas Durán

Sección III: Pronunciamientos Especialmente Relevantes

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 175
Licda. Cecilia Sánchez Romero

Jurisprudencia internacional. Opiniones y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1986 179
Lic. Manuel Ventura Robles

Sección IV: Jurisprudencia 197
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

La Revista Judicial ofrece esta vez estudios sobre las siguientes materias: Codificación civil de Andrés Bello, Derecho Internacional, la Independencia de los Jueces, Derecho Penal, Criminología, Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, Derecho Comercial, Derecho Diplomático, Derecho Laboral, Derecho de Menores, Derecho Procesal Penal y Derecho de la deuda externa.

El **profesor Sandro Schipani**, de las universidades de Roma y de Sassari, quien ha visitado en diversas ocasiones nuestro país, nos ha enviado un trabajo de especial interés, en momentos en que se gesta la revisión de nuestro Código Civil. Su título **"Andrés Bello, romanista, institucionista"**. El distinguido jurista Schipani aporta importantes elementos para una perspectiva romanista y latinoamericana de un Derecho Privado que tiene una unidad terminológica y axiológica secular en evolución compartida. De Bello destaca su autoubicación dentro del sistema romano. El autor muestra el papel histórico de las instituciones de Gayo y Justiniano, así como la obra de otros célebres juristas romanos, entre ellos Quintus Mucius Scaevola, con un tipo de "ars" que se ha proyectado hasta nuestros días y que llega a adquirir una función científica en muchos sentidos: es obra clasificatoria, caracterizada como "Generatim" por el propio Pomponius, dotada de intensa consistencia y de coherencia sistemática, producto de una elaboración constructiva, seguida por muchos otros juristas posteriores. También evoca el distinguido profesor de Roma y Sassari la obra de Cicerón y el valor que éste daba a las clasificaciones, sus propuestas sistemáticas y su misma definición del "ius civile" y destaca las coincidencias y diferencias entre estas ideas y las de Mucius. En relación con las "Instituciones" nos informa sobre sus objetivos educativos y transmisores de una civilización determinada, con una perspectiva constructiva, histórica y dogmática a la vez; de ahí pasa el distinguido autor a los institucionalistas modernos y al papel desempeñado por éstos en la codificación francesa. Comenta también la influencia de las "Instituciones" sobre los escritores posteriores, como aquellos que trabajaron con una perspectiva comparativa y los que utilizaban el Derecho Romano como método, que llegaron a inmortalizar un tipo de enseñanza con una dimensión supranacional (como lo revela la difusión de la obra de Heineccius). El profesor Schipani demuestra que en América Latina también las "Instituciones de Justiniano" tuvieron un *rol* preponderante, a pesar del interés de la Corona por enfatizar el Derecho Real; hace ver que para Bello el Derecho Romano no es extranjero: recordemos que Bello era docente institucionalista y codificador y conjugaba en su persona magistralmente los dos *roles*, reconociendo la comunidad jurídico-cultural de nuestras naciones, lo que le permitió imprimir a su Código una dimensión de Derecho Romano común, expresión de su incesante actividad de institucionalista, continuada también con posterioridad.

Recientemente el **profesor Avvocato Augusto Pino** de la Universidad de Roma, en visita realizada a la Comisión Revisora del Código Civil, formuló una serie de interesantes observaciones, dentro de las cuales se encontraron sus ideas respecto al nuevo título preliminar del Código Civil. Durante su breve permanencia en Costa Rica, se dedicó a redactar algunas consideraciones al respecto bajo el título **"Las fuentes del Derecho, interpretación y aplicación de las normas del título preliminar del Código Civil"** que hoy ofrecemos a nuestros lectores. El distinguido tratadista analiza la Ley 2070, revelando los méritos de la reforma, entre ellos, la reivindicación del Código Civil, frente a las pretensiones de los que creen ver la llegada de la era de la "decodificazione". Cabe resaltar que el autor elogia las nuevas disposiciones que establecen con precisión ob-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

jeto y límites de la interpretación y objeto y función de la aplicación. Agradecemos al maestro italiano su aporte a la revisión de nuestro Derecho.

Gracias a la mediación del licenciado Wálter Antillón Montealegre, podemos ofrecer del **profesor Perfecto Andrés Ibáñez**, Juez de Instrucción de Madrid, **"La independencia judicial como dispositivo de garantía"**, ponencia presentada en diciembre de 1986, en la ciudad de Managua, en el Seminario Internacional "Derecho y Justicia en la Constitución"; este tema es de particular importancia, en momentos que en Costa Rica se registran embates contra la autonomía económica de nuestro Poder Judicial, de parte de quienes superponen las argumentaciones meramente contables a los valores más profundos de nuestro ser y pretenden socavar el papel político (en el sentido sano de esta palabra) que la Corte Suprema de Justicia ha venido cumpliendo en la vida nacional (piénsese por ejemplo en la materia del tipo de cambio) como bastión fundamental de un régimen de Derecho participativo (en el ejercicio del poder), por el cual debemos luchar como lo ha venido haciendo siempre el licenciado Evelio Ramírez; gracias a la fórmula constitucional podemos gozar de un régimen participativo en el ejercicio del poder donde la Justicia no está subordinada a la voluntad del gobernante de turno o a la de los emisarios de presiones extranjeras, que ha sido elevado a precepto de la Carta Magna, pero por cuyo cumplimiento los costarricenses debemos velar, lo cual es mejor que crear dependencias de recursos (sin alternativa) de organismos internacionales, financiados específicamente por agencias de gobiernos extranjeros que, en alguna medida, irrespetando nuestra idiosincrasia cultural de tradición romana, podrían intentar imponernos esquemas de organización, métodos de trabajo y valores, propios de otras latitudes; a veces se olvida —en palabras del profesor Lauderdale, de Arizona, USA— que: "los logros de Costa Rica son especialmente impresionantes cuando comparamos a Costa Rica con otros países, como los Estados Unidos, donde la economía está más claramente racionalizada... Sin embargo, en diversos sentidos es claro que el sistema jurídico costarricense está más racionalizado...". Considera el profesor Lauderdale que "aunque la economía juega un papel importante, no podemos descuidar el papel de la cultura y no podemos olvidar que el impacto de la cultura costarricense es notable". Dentro de los temas relativos a la independencia del Poder Judicial, lugar especial tiene el del nombramiento de los jueces y magistrados; al respecto el autor cuestiona el método tradicional de "oposiciones" (al que califica de "fonográfico"), censura los ascensos a voluntad de los detentadores del Poder Jerárquico, titulares también del régimen disciplinario y critica los casos en que el Ministerio Fiscal está en manos del Poder Ejecutivo. Da cuenta de los "Consejos" (casos de Italia y España) que permiten una democracia participativa en el interior del propio Poder Judicial, con colaboración parlamentaria.

El **licenciado Édgar Cordero Arias,** profesor de Procedimientos Civiles en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, incursiona con gran acierto en la teoría general del Derecho Procesal para ofrecernos la formulación de una noción de gran interés **"Los medios de impugnación".** A partir del concepto mismo de "impugnación", el profesor Cordero Arias, muestra que el concepto no se agota, de ninguna manera, en el tema de los recursos, nos habla del sentido de la impugnación, diferenciándola acertadamente de la invalidez, para concluir aclarando algunos de estos medios, con especial énfasis en la apelación y la casación.

Con ocasión del centenario del Código Civil, el distinguido colega, **licenciado Jorge Solano Chacón,** preparó un comentario de interés histórico titulado **"En el centenario del Código Civil. Código Civil y el movimiento liberal".** El licenciado Solano Chacón muestra los efectos del liberalismo sobre la época, indicando diversos institutos de nuestro Derecho Civil donde es clara tal influencia y donde es profundo el cambio en la legislación. Agradecemos al autor su aporte a las celebraciones del Centenario, que no deben quedarse, sin embargo, en loa del pasado, sino que deben proyectar el Derecho Civil que necesita nuestro tiempo, superando muchas de las concepciones del Código por otras, donde lo prioritario no es el individuo aislado visto como célula de una realidad económica donde el lucro y el consumo son los móviles en un mercado de libre juego, donde opera la ley de los peces

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(aunque tampoco el Estado omnipotente), sino la persona humana, con su especial dignidad, inmersa en una comunidad de cuya gestión puede ser partícipe y de cuyo destino es responsable. Recordemos que al redactarse el Código ni siquiera León XIII había promulgado su Rerum Novarum.

Los profesores de Derecho Comercial, **doctores Carlos Gómez Rodas y Alfonso Gutiérrez Cerdas** nos presentan **"El pagaré sujeto a tractos sucesivos y su nulidad en el Derecho Positivo costarricense".** A partir del examen de los datos positivos, los autores formulan diversos interrogantes, en particular en relación con la aplicabilidad al pagaré de las disposiciones sobre la letra de cambio. Detectan la génesis de este documento en las prácticas de los cambistas (manuales y luego trayecticios) y la vinculación entre estos dos títulos. Establecen posteriormente las diferencias, demostrando con esto que muchas de las disposiciones relativas a la letra son inaplicables al pagaré.

El **Lic. Marco A. Jiménez Carmiol** nos aporta su estudio **"Breve análisis de la responsabilidad de los diferentes miembros de una misión diplomática en Costa Rica".** El enfoque es eminentemente práctico. El distinguido colega parte de la ratificación realizada por Costa Rica de la Convención de Viena de 1961 (sobre relaciones diplomáticas), la cual, por tanto, es de obligado acatamiento, en particular en cuanto en ella se definen los diferentes integrantes de una misión. El autor examina especialmente los artículos 22 y 31 del citado instrumento internacional, donde se desarrolla el principio de inmunidad, del cual aclara sus limitaciones. Especifica finalmente la existencia del reglamento nacional sobre el tema.

En materia arbitral, el **licenciado Mario A. Gutiérrez Q.** nos brinda el **"Resumen del arbitraje promovido por el Poder Ejecutivo, el Banco Nacional de Costa Rica y el Sindicato de Empleados del Banco Nacional de Costa Rica (SEBANA) ante la Corte Plena".** Este interesante trabajo fue presentado en el seminario sobre arbitraje que, con los auspicios del Colegio de Abogados, la Universidad de Columbia y la Asociación Americana de Abogados se celebró recientemente en el Colegio de Abogados.

El Director del Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica y Presidente de la Fundación Internacional de Derecho Agrario, **Dr. Ricardo Zeledón Zeledón** colabora de nuevo con la Revista Judicial, esta vez con **"Despertar, problemas y alternativas de la ciencia jurídica",** trabajo que dedica a los profesores José Luis Redondo, Antonio Rojas y Carlos Carro y que es el discurso que fue dictado con ocasión del Acto Inaugural del Año Académico, en la Facultad de Derecho, el 1º de marzo de 1988. El trabajo persigue sembrar inquietudes para hacer del jurista no un pasivo espectador, sino un activo protagonista de las transformaciones sociales, ofreciendo múltiples ejemplos de la necesidad de revisión de las instituciones en función de la democracia económica verdadera.

"La teoría del delito, según las principales concepciones sobre la acción", es la denominación de la colaboración del **Lic. Javier Llobet Rodríguez.** El autor nos ofrece las perspectivas de las más relevantes teorías sobre la acción: las teorías clásicas (de Von List y Beling) que utilizan el concepto del mundo natural, pero ubican el contenido de la voluntad en el plano subjetivo de la culpabilidad; aclara el autor la incidencia del neokantismo sobre ella con el concepto de comportamiento con el cual se introducen elementos valorativos y subjetivos. A esta teoría critica —entre otras cosas— el desligar del concepto de acción el contenido de la voluntad, el mismo concepto de causalidad utilizado y el hecho de que no sea apta para explicar ciertos delitos. Las teorías finalistas (de Welzel y otros) que afirman el sentido teleológico, no causal, de la conducta humana son seguidamente objeto de examen; al respecto nos indica las críticas a las soluciones en materia de delitos omisivos y delitos culposos y otras que reprueban la primacía que da al disvalor del acto sobre el disvalor del resultado. Posteriormente las doctrinas normativas (de Rodríguez Devesa y otros) que afirman la insuficiencia de los enfoques causal y finalista, la imposibilidad de un concepto unitario con base en ellas y sostienen la necesidad de un criterio normativo, donde la acción es entendida como realizadora del tipo; al respecto agrega algunas críticas en consideración a que tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son predicados de la acción. Finalmente, se refiere a la llamada teoría social de la acción que intenta obtener un concepto unitario de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

acción como conducta socialmente relevante; sobre esta doctrina también anota algunas observaciones y cuestionamientos. En síntesis, señala la forma en que cada una de ellas lleva a cabo el análisis lógico del delito; plantea críticas a todas ellas y nos presenta finalmente su posición sobre el tema. Con este estudio el Lic. Llobet contribuye a la determinación de las consecuencias de la adopción de un criterio determinado de la acción en relación con todo el resto de la teoría del delito. El autor aclara que los apartados relativos a la teoría clásica y a la teoría normativa son parte de una investigación realizada en coautoría con el licenciado Francisco Dall'Anese Ruiz y se incluyen aquí con su autorización.

El **licenciado Esteban Soler Aira,** con su trabajo **"La declaratoria de abandono y la edad del menor"** nos acompaña con sus interesantes notas sobre el problema que se presenta al establecer la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia y el Código de la Infancia, edades máximas diferentes para declarar el abandono y depósito de un menor, indicándonos la existencia de dos vías.

El **licenciado Mario Enrique Gómez Somarribas** nos ha enviado su utilísima investigación titulada **"Facultad de abstención en el proceso penal costarricense";** este aporte se encuentra motivado por las experiencias del autor en el ejercicio de la función judicial; en él, como se explica en la introducción, se enfocan diversos aspectos, como la incorporación del testimonio de quien en la instrucción declara y se abstiene en el debate, la extensión de la cobertura por consanguinidad y afinidad en el supuesto examinado y los problemas que se presentan cuando existiendo diversos imputados el testigo no es familiar de todos.

El **Br. Fernando Coto Martén** vuelve a colaborar en el campo de la Criminología, en esta ocasión con **"Los programas de educación primaria y su relación con la prevención de delitos contra el patrimonio cultural",** cuyo objetivo es detectar manifestaciones de conservación, recuperación y protección de objetivos socioculturales, comparar las definiciones de éstos y determinar constantes en las políticas educativas de América Latina. El trabajo tiene como motivación y causa eficiente el importante estudio "Características psicosociales del menor infractor", realizado por el distinguido **psicólogo Andrés Umaña di Palma,** de Adaptación Social, de quien tuvimos el honor de publicar un trabajo en la Revista Judicial número 35. El autor aboga por un tipo de educación totalizante y transformadora de la realidad. La investigación toma como referente empírico el caso costarricense. Entre otras cosas se destaca la importancia del juego en el proceso educativo y el papel de los libros de texto como recurso importante. Este trabajo es un ejemplo de cómo el diseño de una estrategia educativa por parte de sociólogos puede contribuir con la programación y elaboración de disposiciones jurídicas en el campo educativo.

Ofrecemos, finalmente, en esta sección, **"La excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana".**

En la **Sección Pronunciamientos Especialmente Relevantes,** continuamos con la publicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, gracias al relevante apoyo del **licenciado Manuel Ventura Robles.** En esta ocasión el Secretario Adjunto de la Corte nos ofrece los pronunciamientos relativos al año 1987.

Dentro de esta misma sección, también, continúa la **Licda. Cecilia Sánchez Romero,** Directora del Digesto, colaborando con **Contenido de votos salvados en resoluciones de interés.**

Presentamos, además, las secciones usuales, **Información Normativa,** con el apoyo del **señor Jimmy Vargas Durán** y la **Sección de Jurisprudencia,** al cuidado del **Digesto.**

Dr. Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANDRÉS BELLO, ROMANISTA — INSTITUCIONISTA

PROF. SANDRO SCHIPANI

"herederos de la legislación del pueblo rei. . . tenemos que restituirla a las instituciones republicanas".

(Andrés Bello)

CONTENIDO

Pág.

1. Introducción: Hacia una evaluación de las *Instituciones de Derecho romano* de Andrés Bello desde el punto de vista de sus características generales. 12

2. Las *Instituciones* de Gayo/Justiniano como tipo de obra jurídica. 13
   2.1. *"Ius civile generatim constitutum":* la obra de Quintus Mucius. 13
   2.2. *De iure civili in artem redigendo:* la propuesta de Cicerón para una obra isagógica. 18
   2.3. Las *Institutiones* de Gaius/Justiniano. 21

3. Las *Institutiones* en la Edad Moderna. 25
   3.1. En Europa. 25
   3.2. Y en América Latina. 28

4. La actividad docente de Andrés Bello. De la enseñanza de los *Principios de legislación universal* a la del *Derecho romano* bajo la forma de las *Institutiones*. 33

5. Las *Instituciones de Derecho romano* de Andrés Bello. 35
   5.1. Base de una actividad docente especializada inicial. 35
   5.2. Estabilización de los *"principios generales del derecho"* según el modelo Gaius-Justiniano. 37
   5.3. Afirmación de la pertenencia al espacio-tiempo del Derecho romano. 40
   5.4. En relación dinámica con el *Código Civil*. 45

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Introducción: Hacia una evaluación de las Instituciones de Derecho romano de Andrés Bello desde el punto de vista de sus características generales.

Existen algunas breves observaciones y afirmaciones de Andrés Bello que revelan a mi entender, la clave de su postura metodológica frente al Derecho romano, ya que no se ubica tanto *frente* a éste, como más bien dentro del sistema mismo, resultando así una concepción válida en el tiempo y en el espacio hasta los momentos actuales, en Chile y en América.

La frase que se ha tomado como epígrafe de este Congreso es en verdad ejemplar en este sentido: Está claro que Andrés Bello se ubica entre los *"herederos de la legislación del pueblo rey"* a los que incumbe el deber de *"restituirla a las instituciones republicanas."*

Esta frase del *"Discurso de instalación de la Universidad de Chile"* del 17 de setiembre de 1843 [1] retoma, por lo demás, con profundidad, la visión sistemática e histórica de conjunto de Andrés Bello, como se desprende de otros escritos, de los cuales quisiera examinar ahora particularmente las *"Instituciones de Derecho Romano"*[2] por el valor que adquiere el modelo realizado en ellas, columna fundamental de una concepción global, que se traduce además en la contribución de Bello a la actividad legislativa, por su aporte al Código Civil[3] (en cuya elaboración participó desde 1833/34[4] hasta la aprobación del

---

1. "Discurso de Instalación", en **Universidad de Chile,** Imprenta del Estado, Santiago, 1843, 28 (reimpresión con "Prólogo" de R. FERNÁNDEZ HERES, Madrid, 1981).
   La importancia de esta frase fue recogida por otro gran humanista latinoamericano: MIGUEL ANTONIO CARO, "Ojeada a las opiniones políticas y religiosas de don Andrés Bello", en **A la memoria de Andrés Bello en su centenario. Homenaje del 'Repertorio Colombiano',** Bogotá, 1881, 78 ss. (cfr. hoy **Bello en Colombia,** Bogotá, 1952, 205 s.; **Obras completas de Miguel Antonio Caro, 2, Escritos sobre Andrés Bello,** Bogotá, 1951).

2. **Obras completas de Andrés Bello (O. C. Caracas),** XIV, **Derecho Romano,** Caracas, 1959, 1-213, con "Introducción" de HESSEL E. YNTEMA.

3. Para la bibliografía sobre el argumento en general, cfr. A. GUZMÁN, "Ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista", en **Archivio Giuridico** 195 (Módena), 1978, 147 ss.; "Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la República", VII, ="Ensayo de una bibliografía", en **Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos,** 3 (Valparaíso-Chile), 1978, 360 ss. ("Ensayo de una bibliografía para la historia de la codificación civil chilena", en **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,** 7, 1978, 629 ss.). A las obras citadas **adde,** del mismo, "El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del derecho civil", en **Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano,** al cuidado de S. SCHIPANI, **Studi Sassaresi,** 5 (Milano), 1977-78 (1981), 139 ss.; "Crítica del derecho patrio y proyectos para su fijación", en **Index,** 14 (Nápoles, 1986) (= en **Rev. de Derecho,** 3 Valparaíso de Chile, 1979, 67 ss.); "Crítica del derecho como presupuesto de la fijación en torno al primer tercio del siglo XIX", en **Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos,** 5 (Valparaíso de Chile), 1980, 267 ss.; "La evolución del pensamiento de Bello sobre codificación del Derecho", en **Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario,** 2, Caracas, 1981, 169 ss. (= en **Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos,** 6, Valparaíso de Chile, 1981, 273 ss.); (J. L. DE LOS MOZOS, "Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Codigo Civil de Andrés Bello", en **Diritto romano, codificazioni e unità** cit., 163 ss., H. EICHLER, "Privatrech in Lateinamerika", en **Fest. E. Heilbing,** Berlín, 1981, 489 ss.; SCHIPANI; "Del Derecho romano a las codificaciones latinoamericanas: la obra de Andrés Bello (Pluralidad de fuentes del Tít. I del Lib. IV del ^Código Civil de Chile^ y de sus proyectos)", en **Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos,** 6 (Valparaíso de Chile), 1981, 165 ss.; F. CHUMACEIRO, "Bello y Viso codificadores", en **Bello y Chile** cit., 205 ss.; M. PACHECO, "Don Andrés Bello y el Código Civil de Chile", en **Bello y Chile** cit., 215 ss.; E. BALMES ARTEAGA, "Don Andrés Bello y el Código Civil", en **Bello y Chile** cit., 233 ss. **Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile",** Santiago, 1982, provisto de vol. 2, **Fuentes.**
   Para una breve y equilibrada visión de conjunto, cfr. para todos R. CALDERA, **Andrés Bello,** Caracas, 1935 (trad. it., Parma, 1972, 221 ss.); P. LIRA URQUIETA, "Introducción", en **O. C. Caracas,** XII, **Código Civil de la República de Chile,** Caracas, 1954, XIII ss.
   Cfr. además **Code Civil Chilien promulgué le 14 décembre 1855, entré en vigueur le 1er. janvier 1857, traduit, annoté et précédé d'une introduction** par H. PRUDHOMME, París, 1904.
   Cfr. en fin **Andrés Bello y el Derecho. Congreso Internacional,** Santiago, 1982 y **Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano Internacional. Roma 1981,** Caracas, 1987, 303 ss., sección dedicada a "Il Codice civile di Andrés Bello. Unità e specificità del sistema iuridico latinoamericano".

4. Para la individuación de esta fecha cfr. el testimonio de D. José Benavente in Senato, recordada por E. COOD, **Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile, recopilados por . . . completados por** F. FELIU y C. STUARDO, Santiago, 1958, 90, y la acertada evaluación de la misma por A. GUZMÁN, "El pensamiento. . ." cit. (**supra** n. 3), 156; "La evolución . . ." cit. (**supra** n. 3), 182 s. (=289 s.); "Estudio histórico-crítico", en **Primer Proyecto de Código Civil de Chile,** Santiago, 1978, 100 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mismo el 14 de diciembre de 1855) y a numerosas leyes más.[5]

En relación con la importancia de las *Instituciones de Derecho romano* es innegable una difusa actitud tendencialmente reductora, en la base de la cual se encuentra ciertamente, en primer lugar, el juicio autocrítico del mismo Bello, expresado bien a través del anonimato formal que acompañó la publicación en referencia,[6] bien a través de palabras más explícitas (nadie ignora que él la calificó "texto mezquino y pobre").[7] Pero esta sensibilidad, esta convicción del autor sobre las limitaciones del trabajo publicado —que en la historiografía que le siguió debió de reforzarse también a causa de la actitud general asumida bajo el influjo de Savigny frente al estudio de las "Instituciones"[8]— no debe, en mi opinión, inducir a ignorar la efectiva contribución de esta obra. Este aporte se puede apreciar sobre todo si se toman en consideración algunos aspectos generales de la obra y los pasos seguidos para realizarla relativos: a la destinación y a la forma del discurso jurídico desarrollado en ella; al modelo y a los valores en ella recogidos y propuestos; a sus relaciones con la codificación del Derecho Civil, en el marco de una atención general, que caracteriza la obra de Bello en su conjunto, al sistema, codificación del lenguaje, del saber de relaciones entre personas y pueblos.

2. Las *Institutiones* de Gayo y Justiniano como tipo de obra jurídica.

En la historia del sistema jurídico romanista, las *Institutiones* de Gayo y las de Justiniano, que a los fines del discurso que desarrollo aquí pueden ser consideradas unitariamente y como "las *Institutiones*" por excelencia, representan un punto de referencia de fundamental y perenne importancia para los problemas de la enseñanza del Derecho y de su estabilización sistemática. Ellas *constituyen* una especie de modelo coherente y compacto, pero al mismo tiempo no rígido, ni cerrado o aislado en el fluir de las diversas combinaciones (y modalidades de combinaciones) posibles entre conceptos, principios, instituciones y normas. Su especificidad se genera al interno de la cultura jurídica romana en una coyuntura que no es posible examinar ahora, pero que resulta útil recordar sumariamente.

2.1. *Ius civile generatim constitutum:* la obra de Quintus Mucius.

a. Me parece de particular interés, naturalmente para aludir solo a algunos puntos de referencia de los más significativos —por lo demás ya ampliamente estudiados[9]—, partir de las noticias que Pomponio nos ha transmitido sobre la obra de Quintus Mucius Scaevola (muerto el 82 a. de C.). Él nos dice en efecto —como se sabe— que Quintus Mucius fue el primero que *ius civile constituit* con una tratación de la materia *generatim* (D. 1,2,2,41), caracterizando de este modo la obra por el *objeto* tratado, por la *estructura* y el *resultado* de la exposición sobre él.

Pomponio, en el Enchiridion,[10] al lado de la

---

5. Sobre esta materia cfr. T. POLANCO, "Bello, legislador", en **Bello y Chile** cit., 251 ss.; B. BRAVO LIRA, "Las leyes de prelación de créditos, obra de Bello: 1845, 1854, 1857", en **Bello y Chile** cit., 263 ss.

6. Cfr. **O. C. Caracas,** XIV cit. (supra n. 2), "Advertencia editorial", LVII.

7. Así en el famoso discurso pronunciado a la conclusión del primer quinquenio de vida de la Universidad, en 1948, publicado en **Anales de la Universidad de Chile,** Santiago, 1848 (1850), 183 (= **O. C.,** VIII, Santiago, 1885, 387). Cfr. en particular H. HANISCH, "Fuentes de 'Instituciones de Derecho Romano' compuestas por Andrés Bello y publicadas sin nombre de autor", en **Bello y Chile** cit., 93.

8. F. K. v. SAVIGNY, **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,** Heidelberg, 1814 (trad. it. de F. DE MARINI, en **Savigny. Antologia di scritti giuridici,** Bologna, 1980, 65).
En general, para una reorientación de las ideas acerca del valor del estudio institucional del Derecho romano, cfr. S. SCHIPANI, "Sull 'insegnamento delle'istituzioni", en **Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del Convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore di Silvio Romano,** Milano, 1981, 139 ss.

9. Cfr. para todos, luego de la obra fundamental de F. SCHULZ; **History of Roman Legal Science,** Oxford, 1946; 2ª ed., 1953; **Geschichte der römischen Rechtswissen schaft,** Weimar, 1961 (trad. it. de G. Nocera, Firenze, 1968, a quien me remitiré en las citas), en particular los estudios de M. BRETONE, **Tecniche e ideologie dei giuristi romani,** Napoli, 1971 (2ª ed. ampliada, Nápoles 1982); E. POLAY, **Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen,** Szeged, 1979; L. LANTELLA, **Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia (Appunti per un seminario di Storia del diritto romano),** Torino, 1979, al cual me remito también parta la amplia literatura de más lejana aparición.

10. Cfr. para todos, sobre el problema crítico relativo a esta obra M. BRETONE, **Tecniche. . .** cit. (supra n. 9), 111 ss.; D. NÖRR, "Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristem'" en **ANRW,** 2, 15, Berlín, 1976, 512 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

successio auctorum (enunciada como el objeto del discurso en D. 1,2,2,13) y en el marco de la exposición sobre el origen y tradición de la *scientia iuris civilis* (D. 1,2,2,35 ss.),[11] a veces en forma indirecta delínea una 'tipología' de las obras jurídicas.[12] En esta perspectiva, él individua antiguas obras de colecciones del Derecho (*ius civile Papirianum* D. 1,2,2,2; *ius civile Flavianum* D. 1,2,2,7) sobre las cuales subraya que en ellas el autor *nec de suo quicquam adiecit.*[13] Respecto a ellas, parece que él reconoce haberse creado sucesivamente un género nuevo por Sextus Aelius Paetus Catus con su *tripartita* que incluía entre el texto de la ley de las XII Tablas y el de las acciones, una *interpretatio* por lo que él las calificaba como *cunabula iuris* (D. 1,2,2,7 y 38).[14] Pomponius subraya luego que Publius Mucius Scaevola, Marco Iunius Brutus y Marco Manilius *fundaverunt ius civile* (D. 1,2,2,39); es decir que sus respectivas obras daban un salto de cualidad tal capaz de merecer, en el ámbito de esta exposición, la misma calificación de las XII Tablas, con que *civitas fundaretur legibus* (D. 1,2,2,4) habían merecido en la exposición de la *iuris origo atque processus* (D. 1,2,2, pr. ss.).[15] Ellas iniciaban por lo tanto "la literatura de la *scientia*".[16] A esa tríada de juristas, Pomponio agrega el recuerdo de varios más *ab his profecti* (D. 1,2,2,40), sin mencionar particulares contribuciones. Luego, *post hos,* pone de relieve la figura y la obra de Quintus Mucius en los términos arriba expuestos, recogiendo una novedad, un primado directamente ligado a la estructura del discurso en que se desarrolla el *ius civile.*[17] Es un ulterior *nuevo* "tipo de obra", y también el *más reciente,* después del cual Pomponio deja traslucir que no se habrían producido *otras innovaciones* de las que se pudiera individuar nuevos tipos; es en fin el *más avanzado* al interno de un modelo expositivo que presenta "una evolución en el sentido progresista".[18]

Superada la literatura de simple recopilación; superado el esquema eliano de interpretación de un texto legislativo de base; (re)fundado el *ius civile* en obras de juristas que tienden a incluir, coordinar textos legislativos, instrumentos procesales, reglas y realidad social en un diseño que viene elaborado en ellas, y que conlleva por tanto una técnica de trabajo más rica y compleja; este perfil técnico en la obra de Quintus Mucius, deviene por primera vez, una específica e individualizada estructura formal del discurso (*generatim,* precisamente), que emerge como caracterización de un "tipo de obra" y a la vez como caracterizador en modo "constitutivo" del objeto, afirmándolo, estabilizándolo en una forma que se convierte en la suya.

Por primera vez y en forma definitiva. Tan es así que, prescindiendo del grado de realización de tal discurso en la obra muciana (no se precisa si mejor o peor que en obras sucesivas; ciertamente adecuado al reconocimiento de Pomponio que muy bien la conocía y apreciaba, al punto de haberle dedicado un comentario);[19] en las des-

---

11. Sobre las relaciones entre estos dos objetos diversos del discurso, L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra** n. 9), 23 ss.

12. Cfr. sobre el argumento, las agudas observaciones de L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra** n. 9), **passim,** y especialmente 47 ss.

13. L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra** n. 9), 49; 55 ss.

14. L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra** n. 9), 49 s; 56 ss.

15. Sobre las características de esta primera parte del discurso de Pomponio, cfr. para todos L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra** n. 9), **9 ss.**

16. L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra** n. 9), 50; 58 s. M. BRETONE, **Tecniche** cit. (**supra** n. 9), 173 precisa: "una scienza ormai svincolata dal dato normativo della legge decemvirale, aperta su una realtà giuridica multiforme, tesa a organizzarsi secondo le sue interne esigenze e nuovi criteri di valore", y agrega (p. 175): "Pomponio era mosso da una persuasione che sotterraneamente guida tutta la ricerca: la **scientia iuris. . .** si costituisce e si svolge secondo una **ratio** che le è immanente". Cfr. anche W. KUNKEL, **Herkunft und soziale Stellung der röm. Juristen,** Weimar, 1952 (reimpresión con bibliografía al día, Graz-Wien-Koln, 1967).

17. L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra** n. 9) 159 puntualiza que se trata de una connotación inherente a la "forma del contenido", y entiende **constituit** como un "assestamento" (de la **scientia**).

18. L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra.** n. 9), 26.

19. Cfr. O. LENEL, **Palingenesia,** 2, 60 ss.; 5. DI MARZO, **Saggi critici sui libri di Pomponio 'ad Q. Mucium',** Palermo, 1899 (reimpresión en **Labeo,** 7, 1961, 218 ss.; 352 ss.); F. SCHULZ, **Storia** cit. (**supra** n. 9), 364 s.; D. NÖRR, "Pomponius" cit. (**supra** n. 10), 547 s.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cripciones que siguieron de las obras jurídicas, las novedades no vuelven a tocar tal aspecto, sino que se concentran más bien: en la gran producción de Servius (D. 1,2,2,43);[20] en el orden dado (*digerere*) a un material compuesto, no escrito en función de él, por parte de Aufidius Namusa (D. 1,2,2,44);[21] en la extensión de la "(re)fundación" y elaboración del Derecho pretorio, en Ofilius (D. 1,2,2,44);[22] en la renovación producida por la *ingenii qualitate et fiducia doctrinae* de Labeo (D. 1,2,2,47).[23]

Es por lo tanto un 'tipo de obra' que llega a adquirir una función clasificatoria actual, de modelo propuesto y auspiciado por Pomponio.[24]

b. Generatim implica el recurso a categorías que articulan o enlazan un todo, y que a la vez unifican o agrupan diversas especies.[25] Es un término usado también para designar una de las más significativas operaciones lógicas, cuyo conocimiento (y clasificación) había sido afinado por la dialéctica griega, difundida en Roma a fines del siglo II a. de C., e integrada en el instrumental que se consideraba necesario para redactar obras isagógicas.[26] Dicho término podría haber sido usado también en modo parcialmente específico y nuevo al introducírsele para la designación/descripción de un determinado tipo de discurso jurídico.

---

20. L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra** n. 9), 51 s. En lo atinente a la plena realización de novedades metodológicas, que CICERÓN, **Brutus** 1, 41, 152, reconocería más bien en el planteamiento y en las obras de Servius Sulpicius Rufus, quien sólo habría poseído el **ars** del **ius civile**, cfr. F. BONA, "L'ideale retorico ciceroniano e il **ius civile in artem redigere**", en **SDHI**, 46, 1980, 351 ss., según el cual con dicho reconocimiento Cicerón querría exaltar "l'assoluta padronanza serviana della topica logica e del metodo di argomentazione dialéttica" (p. 365), y no "un opera isagogica serviana" cuyo "fantasma" surgiría sólo de una errada interpretación del referido paso de **brutus**, conectado, sin fundamento alguno con el programa del **ius in artem redigere** enunciado en el **De Orat.** 1, 188-190 (sobre el cual **infra** en el texto). Cfr. también M. VILLEY, **Recherches sur la litterature didactique du droit romain (à propos d'un texte de Ciceron 'De Oratore' I-188 à 190)**, Paris, 1945, 26 n. 58; TH. VIEHWEG, **Topik und Jurisprudenz**, München, 1953 (trad. it. G. CRIFÓ, Milano, 1962, 55); A. GUZMÁN, "Dialéctica, casuística sistemática en la jurisprudencia romana", en **REHJ** (Valparaíso de Chile), 5, 1980, 24 s. En sentido diverso, O. BEHRENDS, "Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex", en **Nachrichten der Ak. der Wiss. in Göttingen, I, Philol Hist. Kl.**, 1976, 265 ss. sostiene que Servius ha realizado una obra sistemática, conforme al objetivo enunciado por Cicerón en el **De Oratore**, para la cual ofrece ideas sugestivas, pero que rebasarían "i limiti offerti dai dati delle fonti" (F. BONA, **op. cit.**, 362 ss.).

21. F. CASAVOLA, "Auditores Servii", en **Atti Congr. Internaz. Soc. It. St. Diritto. La critica del testo**, 1, Firenze, 1971 (Ahora en **Giuristi adrianei**, Napoli, 1980, 132 ss.) subraya que "è dalla scuola di Servio che nasce un nuovo genere letterario tra quelli sino allora sperimentati dai giureconsulti, un genere che prende nome dalla operazione di **digerere**, di mettere ordine. . . **responsa**. . . bisogna ordinarli e pubblicarli per scoprire. . . la dimensione teoretica, e farne argomento di dibattito e di riflessione da servire ai contemporanei e ai posteri. Cosi per il trapasso loro dalle scritture di memorie ai libri di studio, da una disposizione cronografica ad una sistematica, nasceva dal disordine una forma letteraria consapevolmente e per antonomasia ordinata: i **Digesta**".

22. Pomponius nos refiere que ya **Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit**, pero que Ofilius **de iurisditione edictum praetoris primus diligenter composuit** (D. 1,2,2,44). Cfr. para todos F. SCHULZ, **Storia** cit. (**supra** n. 9), 166; E. POLAY, **Privatrechtliche** cit. (**supra** n. 9), 72.

23. L. LANTELLA, **Le opere** cit. (**supra** n. 9), 51 s. Sobre Labeone, cfr. G. GROSSO, "Divagazioni su Labeone" y "Labeone e Capitone: tradizionalismo e conformismo nei giuristi", respectivamente en **Jus**, 1942 y en **Quaderni di Roma**, 1947; y ahora en **Tradizione e misura umana del diritto**, Milano, 1976, 45 ss.; 55 ss.

24. M. BRETONE, **Tecniche** cit. (**supra** n. 9), 143 s. remarca que "solo ripercorrendo il cammino della **scientia iuris** e rendendosi consapevoli della sua razionalità intrinseca —cosi come essa si era costituita nel tempo: dal primo **ius civile** alla 'fondazione' di Manilio, P., Mucio e Bruto; dal **constituere generatim** di Q. Mucio Scevola all'innovare labeoniano—, era possibile affermarne (o riaffermarne) il valore costitutivo, o in pari tempo rivendicarne. . . l'autonomia" (frente al poder imperial). Este "carácter deliberadamente instrumental", esta "precisa intención práctica" de 'política' del método y de la cultura jurídica "conduce" el discurso de Pomponius, haciendo propositivas las indicaciones que él recaba de la historia y de la cual recoge los caracteres y el valor de tipos.

25. Cfr. **Thesaurus Linguae Latinae**, 6, 9, 1779 s., **s.v. 'generatim'**, Lipsia, 1929. Para algunos de los textos más relevantes, cfr. VARRO, **De lingua lat.** 9, 29: **non in volucribus generatim servatur analogia? non ex aquilis aquilae, atque ut ex turdis. . . turdi, sic ex reliquis sui quisque generis?**; CIC., **Verr.** 2, 2, 137: **honores habent. . . homines generatim, ut aratores. . . mercatores**; **orat.** 47: **(declamator) percurrat omnes locos, utetur aptis, generatim dicat**; CAES., **Gall.** 1, 51, 2: **Germani. . . copias. . . generatim. . . constituerunt paribus intervallis, Harudes, Marcomannos**; SALL. **reg.** 2, 12, 2: **omnia generatim describere.** Y para los casos en los que se recoge principalmente la totalidad de un género, y la generalidad de las indicaciones, cfr. PLIN., **nat.** 3, 139: **nunc totum** (es decir los pueblos antes enumerados) **uno nomine Illyricum vocatur generatim**; uso al cual está ligado también el D. 31, 66, 3 (Papiniano): **cum. . . generatim 'homo' legatur.**

26. Cfr. VARRO, **De Lingua Lat.** 7, 110: **in tribus (libris) . . . generatim discretis (sc. secundum verba locorum, temporum, poetarum**; CIC., **de orat.** 1, 41, 186: **nulli fuerunt qui illa artificiose digesta generatim componerent**; PLIN., nat. 12,1: **animalium. . . naturae generatim membratimque ita se habent. . .**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Generatim es por otra parte un término que no se ha demostrado aún en la época de Q. Mucius, pero el uso del mismo por Pomponio, y quizás también por otros antes de éste, para caracterizar la obra del jurista republicano, debía reflejar en un modo bastante preciso un aspecto presente en ella (su obra era en aquella época muy difundida)[27] y que pudiera ser asumido y propuesto como caracterizante, de aquella primera obra del más avanzado tipo de literatura jurídica.[28]

Las palabras de Pomponius vuelven a adquirir el peso que tenían para el jurista quien, retrospectivamente, reconocía el nacimiento de un "tipo de obra" a través de connotaciones realmente presentes de manera innovativa en una obra concreta, que comenzaba a ser considerada no sólo como la primera realización de ese "tipo" (en cierto modo normativa, para quienes habían seguido sus huellas, si bien ella no hubiese sido necesariamente la más completa o la mejor de tales realizaciones), sino que adquiría un significado tal que inducía a ubicar también el discurso jurídico propio de Pomponius mismo al lado de Quintus Mucius; y que venía colocado entre la concreta realización y el modelo propuesto.[29]

El examen de los textos en los que esta referida la obra de Quintus Mucius[30] nos permite descubrir una elaboración y construcción de la materia, realizada con una terminología de intensa consistencia y coherencia sistemática, a la cual se refiere todo lo que existe o acontece en el espacio y en el tiempo (y que es, o podría ser descrito en diversos modos más) y a lo cual se conectan efectos jurídicos;[31] una discusión y análisis en los que se hace uso de una pluralidad de *"rationes decidendi"*, reconducibles, al menos en apariencia, a modelos de argumentos diversos[32] entre los cuales es posible reconocer cierta

---

27. Un comentario sobre la misma fue escrito también por Gaius (cfr. Gai. 1, 188), y una obra **ad Quintum Mucium** habría sido escrita precedentemente por Lelio Felice (cfr. a. GELLIO, **N.A.** 15, 27, 1). Sobre el argumento cfr. F. SCHULZ, **Storia** cit. (**supra** n. 9), 363s.

28. Una interpretación diversa ha sido propuesta recientemente por A. GUZMÁN, "Dialéctica" cit. (**supra** n. 20), 23 ss. y n. 17, quien sostiene que **generatim** "significa también 'generalmente' en el sentido de 'según regla(s) general(es)'", y que por lo tanto en este texto se habría querido decir "que Mucio fue el primero en describir el derecho civil. . . de acuerdo con el método de las **regulae**". Este juicio no me convence: aun si bien es cierto que la elaboración de **regulae** se muestra sobresaliente en el trabajo de los juristas de dicha época —tan es así que a partir de P. JOERS, **Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. Bis auf die Catonen**, Berlin, 1888, se ha difundido la cualificación de "Regularjurisprudenz"—, el término **generatim** usado por Pomponius expresa un concepto diferente: cfr. **supra** nn. 25 y 26. También M. KASER, "Zur Methode der römischen Rechtsfindung", en **Nachr. Ak. Wiss. Göttingen, I, Phil.-Hist. Kl.**, 1962 (ahora en **Ausgewählte Schriften** 1, Napoli, 1976, 25 s.), si bien con mucha cautela, al interpretar tal término, hace referencia a manifestaciones de planteamientos sistemáticos.

29. Hay que tener presente que Pomponius podría haber usado la referencia conceptual a **'generatim'** en forma similar a la referencia a **'mathematice'** utilizada siglos más tarde —LEIBNIZ, desde la juvenil **Disputatio iuridica de conditionibus** (1665), hasta los escritos de la edad más avanzada (cfr. **Opera omnia**, IV, 3, Ginevra, 1768), atribuye como es notorio, en general a los juristas romanos **"certissimas ac pene mathematicas demonstrationes"**, y remacha, **"dixi saepius, post scripta geometrarum nihil extare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jureconsultorum scriptis comparari possit: tantum nervi inest, tantum profunditatis"** (sobre el argumento cfr. para todos F. STURM, **Das röm. Recht in der Sicht von Gottfried Wilhelm Leibniz**, Tubingen, 1968); y luego por ejemplo K.F. v. SAVIGNY, **Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, 1814, pone de relieve y sobre la misma línea de pensamiento (par. 4) que toda la elaboración del derecho llevada a cabo por los juristas romanos, posee una seguridad, una certidumbre en sus conclusiones que no se encuentra "sino en las matemáticas", y se puede decir sin ninguna exageración que los juristas romanos "calculan con sus conceptos" ("mit ihren Begriffen rechnen". Y también R. JHERING, **Geist des röm. Recht**, 3, 5, Leipzig, 1906, 9 especialmente para el antiguo derecho, subraya la **"mathematische Regelmässigkeit und Genauigkeit"**.

30. Cfr. O. LENEL, **Palingenesia**, 1, 757 ss.

31. Observa justamente y en general F. HORAK, "Osservazioni su dogmatica e casistica nel diritto romano e nei diritti moderni" (en imprenta) que "non si può non vedere come molte soluzioni di singoli casi, molti **responsa**, non sono altro, in fondo, che **regulae, dogmata**, e che non si distinguono in linea di massima dalle **regulae** che vengono espressamente definite come tali". Este autor aclara oportunamente además que ello no habría sido posible sin una elaboración de los llamados 'casos' según una técnica de "fattispecizzazione" ("Vertatbeständlichung"), sostenida por la específica "funzione" propia de la exposición del 'caso' por parte de los juristas romanos que es aquella de la construcción de casos ("fattispecie") a los cuales referir las situaciones de hecho, como **species** en el **genus**.

32. Cfr. en general F. HORAK, **Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo**, 1, Aalen, 1969, **passim**, que las agrupa en dos categorías: **Deduktion (Subsumtion) y Wahrscheinlichkeitsbegründungen** (El A. reserva al segundo volumen el examen de un gran número de "Begründungen" en los que predomina o es determinante un juicio de valor).
Sobre esta obra de Horak, cfr. recensión de G. GROSSO, en **Index**, 2, 1971, 105 ss., que examina con particular atención y con justa preocupación el "problema della razionalizzazione dei giudizi di valore".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

actividad dirigida a la elaboración de *genera*, a la búsqueda de *definitiones* y de *regulae*.[33] En su conjunto reconocemos una elaboración constructiva cuyas modalidades y resultados son así fijados y por lo general seguidos en forma substancial por juristas republicanos contemporáneos o posteriores y por los clásicos.[34]

Además, el examen de la secuencia de la tratación de las instituciones en particular, reconstruible siempre a pesar de las dudas y lagunas,[35] ha llevado a reconocerle un orden propio, del que se debe evaluar su consistencia en relación con las categorías utilizables y elaborables a la época, y que ha constituido no solamente una primera realización, sino también y sobre todo un esquema que, ya determinado, ha sido posteriormente apreciado, seguido, enriquecido y modificado.[36]

c. El ***ius civile*** es el derecho en base al cual se habría desarrollado una interpretación que permitía afirmar que *es quod sine scripto venit compositum a prudentibus* (D. 1,2,2,5),[37] y para las vicisitudes del cual, se viene afirmando mayormente el protagonismo de los juristas,[38] con

---

33. Sabemos que Q. Mucius trabajó en la determinación de los **genera tutelarum** (Gai., 1, 188), en la definición de **nexum** (VARRO, **de lingua latina** 7, 5, 105), de **gentiles** (CIC., **top.** 6, 29), de **penus** (GELL., **N.A.** 4, 1, 17; D. 33, 9, 3pr.), de **ruta caesa** (D. 50, 16, 241), de **argentum factum** (D. 34, 2, 27 pr. e D. 34, 2, 19, 9), de **vi factum** y de **clam factum** (D. 50, 17, 73, 2; D. 43, 24, 1, 5), de **postliminim** (CIC., **top.** 9, 37), de **aquapluvia** (CIC., **top.** 9, 38), de **pars** (D. 50, 16, 25, 1), a la individuación de **regulae** (D. 50, 17, 73 pr.; 3; 4; D. 50, 17, 203; D. 50, 17, 204; D. 17, 2, 30; D. 9, 2, 30, l), a una primera elaboración de la general articulación del **re, verbis, litteris, consensu, contrahere obligationem** (D. 46, 3, 80), sobre lo cual confronta en general R. MARTINI, **Le definizioni dei giuristi romani**, Milano, 1966, 90 ss.; A. CARCATERRA, **Le definizioni dei giuristi romani: Metodo. Mezzi. Fini**, Napoli, 1966; B. SCHMIDLIN, **Die römischen Rechtsregeln**, Köln-Wien, 1970; C. A. CANNATA, "La distinctio **re-verbis-litteris-consensu** et les problèmes de la pratique", en **Fest. v. Lübtow**, Berlín, 1970, 431 ss.; E. POLAY, **Privatrechliche** cit. (supra n. 9), 53 ss., 63 ss. (para la inscribilidad de los textos del **liber singularis horón** de Q. Mucius a su obra de **Ius civile**, cfr. F. SCHULZ, **Storia** cit. **supra** n. 9, 171 y n. 7; para una orientación contraria, B. SCHMIDLIN, "Horoi, pithana und regulae-Zum Einfluss der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung", en **ANRW**, 2, 15, Berlín, 1976, 107 s.).
Sobre el problema de la centralidad de la terminología en el trabajo sistemático de los juristas romanos, cfr. siempre B. BIONDI, "La terminologia romana come prima dommatica giuridica", en **St. Arangio-Ruiz**, 2, Napoli, 1953, 73 ss. o, más recientemente, M. TALAMANCA, "Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani", en **La filosofia greca e il diritto romano, Atti Colloquio italo-francese. Accademia Nazionale dei Lincei**, 2, Roma, 1977, 212 ss., quien subraya en particular, para esta fase "dell'organizzazione del sapere giuridico", la tendencia "ad impadronirsi dei nessi e delle relazioni all'interno delle singole figure, degli istituti già empiricamente connotati nella legislazione e nella prassi" y saca a la luz que tal connotación "si manifesta nell'unità della terminologia rispetto a determinate figure, unità che viene assunta dalla giurisprudenza come punto di partenza delle sue classificazioni".

34. No es mi intención, al hacer esta afirmación de conjunto, esconder la particularidad de las contribuciones de cada personalidad, a cuyo esclarecimiento se han venido dedicando interesantes estudios. Considero solamente que sea el caso de subrayar una intensa continuidad, a diferencia de cuanto sostiene por el contrario F. SCHULZ, **Storia** cit. (**supra** n. 9), quien después de haber puesto un excesivo énfasis en "lo studio sistematico dei generi e delle specie giuridiche" por parte de la "giurisprudenza dialettica" (p. 119 ss.) sostiene que en el periodo clásico "l'interesse giuridico per la dialettica declina; vi fu un ritorno alla tendenza nazionale ad applicarsi ai casi concreti" (p. 231 ss.), y "un 'opposizione a Q. Mucio nella quale si può ben vedere una reazione 'romana' contro la dialettica importata" (p. 234). Una atenta consideración de la naturaleza de la actividad constructiva de "fattispecie", y de sus implicaciones, nos permite una visión más ajustada a las fuentes, y también a la interpretación de Pomponius.

35. Según LENEL, **loc. cit.**, la secuencia, con base en el comentario de Pomponius, podría haber sido: **de testamentis; de legatis; de legitima hereditate; de stipulationibus (?); de tutelis (?); de lege Aquilia (?); de statu liberis; de his qui in aliena potestate sunt (?); de possessione et usucapione; de emptionibus et venditionibus; de aqua (?); de contractibus earum personarum quae in aliena potestate sunt (?); de societate (?); de captivis et postliminio; de furtis (?).** Una imagen más elaborada brinda F. SCHULZ, **Storia** cit. (**supra** n. 9), 172 ss., quien además encuadra cuatro macrocategorías unificadoras: derecho sucesorio, de las personas, de las cosas, de las obligaciones; cfr. sin embargo sobre todo los estudios de G. SCHERILLO, "Il sistema civilistico" cit. (**supra** n. 29), 445 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, "La formation du système des commentaires du droit civil dans la science juridique romain", en **Ann. Faculté Droit d'Istambul**, 12, 1953 (ahora en **Scritti**, 4, Napoli, 1977, 211 ss.).

36. Me refiero aquí también a los **Iuris civilis libri tres** de Sabino y a las obras que siguen el esquema sabiniano que es a su vez derivación del muciano: cfr. para todos F. SCHULZ, **Storia** cit. (**supra** n. 9), 279 ss. G. SCHERILLO, **Il Sistema** cit. (**supra** n. 29), 445 ss.

37. Cfr. M. BRETONE, **Tecniche** cit. (supra n. 9), 127 (y también 167).

38. En verdad la perspectiva de Pomponius acentúa tal protagonismo de los juristas, habiendo sido justamente observado que "il racconto sulla **scientia iuris** è in realtà una galleria di personaggi, protagonisti di una tradizione" (L. LANTELLA, **Le opere** cit. **supra** n. 9, 30); pero también más allá de la 'deformación' historiográfica, tal protagonismo resulta verdadero, y, aparte de la específica posición de las XII Tablas, se encuentra inclusive una antítesis **Ius-lex**: cfr. G. GROSSO, **Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano**, Torino, 1967, 47 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

menos interferencias y mediaciones que para con otros principios ordenadores.

El *ius civile* es además aquel complejo de normas que constituye el núcleo del derecho de una sociedad gentilicia, y que, al momento de la articulación del sistema jurídico romano (piénsese en el surgimiento del *ius honorarium,* y en las razones del mismo)[39] replantea su *rol,*[40] —a tal punto que se precisa la renovación del "fundamento"—, llega a una nueva estabilización "(re)constitutiva"[41] a través de una modificación de los nexos constructivos y sistemáticos; por lo que, de expresión y regla del orden histórico de esa sociedad de *paterfamilias* iguales, autónomos y propietarios, viene transformado en un modelo,[42] que con tal modificación queda estrecha e indisolublemente interrelacionado.

d. Emerge entonces la individualidad de un "tipo de obra" **a)** en el que una actividad interpretativa conscientemente sistemática viene realizada tanto en la construcción de la materia a través de una terminología rigurosa, coherente y jurídicamente eficaz, como en el esfuerzo de manifestar los nexos, los fundamentos de tal coherencia, y de componer secuencias expositivas que la representen; y que, entre realidad y propuesta, con referencia a particularidades propias y a los modelos de coherencia existentes, está por lo tanto cualificada *generatim;* **b)** que, con tales características, nace circunscrita al *ius civile,* a su estructura de "derecho de iguales" (en el sentido líneas arriba anotado), y se conecta a la individualidad de éste, que se "(re)constituye" en esta soldadura y fijación; **c)** que luego tiende a superar prontamente este límite y a generalizarse a los diversos complejos de normas que poco a poco se yuxtaponen o sobreponen (*ius honorarium,* etc.), aunque la estabilización inicial (que incluye la secuencia expositiva: el llamado sistema muciano) conserva una identidad propia al informar en particular una serie de obras que derivan de él en forma más directa y específica.

2.2. *De iure civili in artem redigendo.* La propuesta de Cicerón para una obra isagógica.

a. Diversa de la obra realizada por Q. Mucius es la obra isagógica auspiciada por Cicerón, y merece una breve citación el *programma* de *ius in artem redigere* formulado por él en el *de oratore* (1,42, 187-189)[43] y que él mismo quizás más adelante planteó sólo bajo el perfil metodológico en su obra *De iure civili in artem redigendo,* que llegara a perderse, y fuera recordada por Aulo Gellio (*Noctes Atticae* 1,22,7) y tal vez por Quintiliano (*Inst. orat.* 12,3,9).[44] Esto en efecto constituye otro punto de referencia significativo para la individuación del tipo de discurso institucional, si bien, y merece precisarlo preliminarmente, no es mi intención ciertamente afirmar que Gaius se haya inspirado materialmente en Cicerón para elaborar sus *Institutiones* (cuando por el contrario

---

39. Cfr. G. GROSSO, **Problemi** cit. (**supra** n. 38), 71 ss.; **Storia del Diritto Romano,** Torino, 1965, 276 ss.; E. POLAY, **Differenzierung der Gesellschaftsnormen in antiken Rom,** Budapest, 1964, 262 ss.; A. WATSON, **Law Making in the Later Roman Republic,** Oxford, 1974; F. DE MARTINO, **Storia economica di Roma antica,** Firenze, 1980.

40. Es interesante recordar la relación existente entre **ius civile** e **honorarium,** por lo que aquél no venía formalmente modificado por éste, y tendía a quedar en cierto modo vigente, pero sin efectividad: v. M. KASER, **RPR,** 1, München, 1971, 208.

41. Cfr. **supra,** 2, 1, a.

42. Cfr., sobre el punto, las observaciones de L. LOMBARDI V., **Saggio sul diritto giurisprudenziale,** Milano, 1967, 36 ss. (particularmente p. 58).

43. El estudio de esta temática, en los últimos decenios, es siempre deudor de las contribuciones de S. STROUX, **"Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus Geschichte der interpretatio iuris",** en **Fest. P. Speiser-Sararin,** Leipzig, 1926 (trad. it. de G. FUNAIOLI, en **Ann. Palermo,** 12, 1926, 647 ss.); "Die griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft", en **Atti Congr. internaz. dir. rom. Roma,** I, Pavia, 1935, II3 ss.; y de G. LA PIRA, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali", en **St. F. Virgili,** Roma, 1935, 159 ss.; "Genesi" cit. "L'arte sistematrice", en **BIDR,** 42, 1934, 336 ss.; "Genesi" cit., "Il metodo", en **SDHI,** I, 1935, 318 ss.; "Genesi" cit., "Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica", en **BIDR,** 44, 1936-37, 131 ss.
Cfr. ahora una precisa reseña crítica de esta página de historia de la historiografía jurídica en M. TALAMANCA, "Lo schema 'genus species' nelle sistematiche" cit. (**supra** n. 33), 3 ss., y una aguda serie de esclarecimientos sutiles y de distinciones en F. BONA, "L'ideale retorico ciceroniano" cit. (**supra** n. 20), 282 ss.

44. Cfr. D. NÖRR, "Cicero als Quelle und Autorität bei den röm. Juristem", en **Fest. Sontis,** München, 1977, 48s.; A. GUZMÁN, "Dialéctica" cit. (**supra** n. 20), 23; y sobre todo F. BONA, "L'ideale" cit. (**supra** n. 20), 366 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sabemos que había trabajado sobre el texto de Q. Mucius), y me limito por lo tanto a señalar el planteamiento ciceroniano por su carácter emblemático (y por las reflexiones a que dio lugar en épocas posteriores).

b. de Oratore 1,42, 187. *Omnia fere, quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt: ut in musicis muneri et voces et modi; in geometria liniamentan formae, intervalla, magnitudines; in astrologia caeli conversio, ortus, obitus mutusque siderum; in grammaticis poetarum pertractatio, pronuntiandi quidam sonuss; in hac denique ipsa ratione dicendi excogitare, ornare, disponere, meminisse, agere ignota quodam omnibus et diffusa late videbatur.* 188 *Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divolosamque conglutinaret et ratione quadam constringeret.*

Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio. 189 *Tum sunt notanda genera et ad certum numerum pau citatem revocanda. Genus autem id est, quod sui similis communione quadam, specie autem differentis, duas aut pluris complectitur partis. Partes autem sunt, quae generibus eis ex quibus manant subiciuntur; omniaque, quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus quam vim habeant est exprimendum. Est enim definitio rerum earum, quae sunt eius rei propriae quam definire volumus, brevist et circumscripta quaedam explicatio.*[45]

Este texto es ciertamente la expresión significativa de un clima cultural y de un método de trabajo, que se han venido desarrollando en Roma desde la segunda mitad del siglo II a. de C., y que han llevado a la producción en la cultura romana de cierto tipo de obras en diversos campos del saber (por ej. los *libri de re rustica* de Varrone; los *libri de architectura* de Vitruvio; los *libri medicinae* de Celso, etc.), proponiéndose también para la ciencia jurídica.[46]

Para Cicerón, es la organización, la clasificación de las nociones particulares de una disciplina en categorías, lo que tipifica un *ars*. Tal organización de la materia es obtenida empleando un método que es percibido como externo a la materia misma, como un aporte interdisplinario es decir que ella se funda en la asunción de criterios ordenadores extraídos de otra disciplina, filosófica.[47]

Del mismo modo en que se ha actuado para otras disciplinas se debe actuar también para el Derecho, y dado que un *ars* se constituye principalmente *definiendo su objeto*, se debe proceder a tal definición que, a través de la individuación de sus elementos constitutivos, lo aísle y delimite de los de las demás ciencias. Se procederá luego a la individuación de *algunos pocos géneros* (tres precisa para la oratoria en *Partitiones oratoriae* 1,

---

45. ("Casi todas las nociones, reunidas hoy en doctrinas, se encontraban en una época desparramadas y desordenadas: así, en la música, los ritmos, los tonos y la melodía; en la geometría, las líneas, las figuras, los espacios, las magnitudes; en la astronomía, el renovarse periódico de los movimientos celestes, el despuntar, el ocaso y el movimiento de los astros; en la gramática, el estudio de los poetas, el conocimiento de la historia, la interpretación de las palabras, la corrección de la pronunciación; en la retórica misma, la investigación, el embellecimiento, la disposición, la memoria, la declamación; las relaciones de estos elementos entre sí era desconocida, y ellos parecían sin conexiones recíprocas, dispersos. Se ha utilizado por lo tanto un método externo a tales relaciones, propio de otro campo del saber, que los filósofos se atribuyen, con el cual cohesionar esta materia inconexa y desmembrada, y tratar de unificarla racionalmente.
Para el Derecho Civil, comenzando por poner en claro el objeto, sea éste la conservación de la igualdad de los ciudadanos en sus negocios e intereses bajo el respeto de las leyes y usos. Luego se individuen los géneros, reduciéndolos a un número restringido. Género es lo que incluye dos o más partes que se parecen en algo, pero que se diferencian en aspectos específicos. Partes en fin, son aquellas que están incluidas en los géneros que forman. Y todos los términos que designan géneros y partes deben definirse exactamente. La definición es una breve y precisa explicación de aquellas características que son propias de lo que se quiere definir").

46. Cfr. en general M. FUHRMANN, **Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zûr Geschichte der Wissenschaften in der Antike**, Göttingen, 1960.

47. F. BONA, "L'ideale retorico" cit. (**supra** n. 20), 304 ss. ha puesto atención sobre el hecho de que en el texto en examen, Cicerón no haya precisado con claridad la disciplina que guía esta operación; y ello permite pensar que pueda estar constituida por una compleja, sincrética y común base filosófico-retórica que ofrecía una serie de instrumentos utilizables para organizar la base expositiva de cualquier disciplina, y que por lo tanto no se identificase para Cicerón, con la dialéctica, es decir con el arte del **iudicare verum falsumve sit**, de las proporciones verdaderas o falsas (**de orat. 2, 38, 157, 159; de fin. 4, 4, 8, 9**), y de la **distinctio ambiguorum** (**de orat. 2, 26, 111; Brut. 41, 152; Ac. 2, 28, 91 s.; de fin. 1, 7, 22**).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3). Por lo tanto, a través de oportunas distinciones, *se dividen los géneros en especies.* Se *designa* y se *define* por último cada género y especie.[48] Son cinco operaciones, según un hilo lógico-formal riguroso, con las que, a un nivel de elaboración teórica en que la conciencia de aquello que se hace se traduce en precisas proposiciones, se compone esta vasta pirámide de géneros y especies que permite la visión global y unitaria de las nociones, el saber científico. Son cinco operaciones con las cuales se clasifican los conceptos siguiendo el orden decreciente de su extensión, en modo tal que los conceptos inferiores queden comprendidos en los superiores.[49]

c. Esta concepción sobre el modo de organizar el saber se completa con una pedagogía y una perspectiva 'didáctica' del conocimiento científico, cuyo fin es el mejor dominio de las nociones para enseñarles y aprenderlas mejor, y que por ende está fijado sobre exigencias de una 'racional' exposición y aprendizaje.[50]

Usuario de la obra que debía ser compuesta es el *orator,* para el cual parece que Cicerón considerase necesaria una *cognitio* (o *scientia) iuris civili* al lado de la *cognitio* de las demás artes liberales, y plasmada en el mismo modelo.[51] Y si esto es verdad, el manual ciceroniano no parece ideado en función de una propedéutica a la *iuris peritia,* no es una propuesta dirigida a subvertir en su época el método del *docere respondendo.*[52]

d. Objeto de esta obra es el *ius civile,* y su definición —que Cicerón pone al inicio de la descripción de las operaciones que se deben seguir para unificar y ordenar esta materia— tiene una importancia fundamental, porque constituye, aunque sea en forma muy reducida, un pasaje de las reglas del modelo hacia la propuesta de un modelo del sistema del Derecho Civil romano existente.

Los elementos de la definición se sitúan en tres frentes: en primer lugar se individuan las fuentes (ley y costumbre); en segundo lugar se individua el fin del Derecho Civil en el mantenimiento de la igualdad; en tercer lugar, parece que se quiere individuar las situaciones en las que se persigue este fin a través de tres coordenadas, *"in rebus causisque civium",* términos que, como primera aproximación podríamos referir a los "asuntos y controversias de los ciudadanos", y que parecen proponer tres categorías (*cives, res, causae)* que podrían constituir aquellos "pocos géneros a individuar, reduciéndolos a un pequeño número".[53]

Esta definición encierra un intenso significado

---

48. No faltan por cierto problemas en la realización de una correcta y concienzuda interpretación de este texto. Sobre estas cinco operaciones consultar, en general: M. VILLEY, **Recherches sur la littérature didactique** cit. (**supra** n. 20); B. SCHMIDLIN, **Die römischen Rechtsregeln,** cit. (**supra** n. 33), 168 ss. En especial, sobre los géneros y especies, se recuerde la discusión sobre la diferencia o no —para Cicerón, y en general para los antiguos— entre **divisio in species e partitio** (CIC. **Top.** 5, 28): la primera propia de un 'sistema cerrado', la segunda de un 'sistema abierto': cfr. D. NÖRR, **Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie,** Berlin, 1972, y crítico M. TALAMANCA, "Lo schema 'genus-species'" cit. (**supra** n. 33), especialmente, 105 ss. Sobre las definiciones, cfr. A. CARCATERRA, **Le definizioni** cit. (**supra** n. 33), 77 ss. y R. MARTINI, **Le definizioni** cit. (**supra** n. 33), 27 ss.

49. Observa F. SCHULZ, **Storia** cit. (**supra** n. 9), 133 s. cómo "la concezione ciceroniana di questa impresa era immatura e inadeguata. Quello cui egli mirava era un breve, concluso sistema, costruito con distinzioni elementari, definizioni e principi. Quello cui miravano i giuristi era precisamente l'opposto: e cioè. . . un sistema aperto". Esta contraposición que he referido en las sucintas y claras palabras de F. Schulz, pero que gozan de cierto acogimiento, no pienso que pueda ser considerada completamente satisfactoria.

50. Cfr. M. FUHRMANN, **Das systematische** cit. (**supra** n. 46).

51. Cfr., para todos, F. BONA, "L'ideale retorico" cit. (**supra** n. 20), 329 ss.

52. Incisivamente, F. BONA, "L'ideale retorico" cit. (**supra** n. 20), 377 concluyendo una atenta relectura de todos los textos de Cicerón, observa que sería un ir contra Cicerón, si sólo pensáramos que él quería, con su manual, indicar el camino por recorrer a aquellos juristas que caracterizaban, y habrían continuado caracterizando aún por mucho tiempo, la enseñanza de su disciplina, no en base al modelo de las **artes liberales** de molde griego, sino en base al modelo de cuño típicamente romano, del **"docere respondendo"**.

53. Sobre la posibilidad de deducir, de esta definición, las tres macrocategorías principales que sistema (**cives, res, causae**); sobre la particularidad de este planteamiento respecto a otros planteamientos "cuadripartídicos" (VARRO, **Antiquitates, individua hominos, loci, tempora, res** en el camino de las categorías familiares a los gramáticos: **qui, ubi, quando, quid**); sobre su eventual proyección sobre el sistema de las **Institutiones** de Gaius, cfr. M. VILLEY, **Recherches** cit. (**supra** n. 20); **contra,** pero sin profundizar, B. SCHMIDLIN, **Die römischen Rechtsregeln** cit. (**supra** n. 33), 171.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

substancial si se evalúa la evidenciación que hace de la *conservatio aequabilitatis,*[54] tanto en relación al ideal político de los nobles de los últimos años de la república,[55] como en relación con las características estructurales de aquel *ius civile,* arriba aludidas y por las cuales viene propuesta.

e. Entre la obra de Quintus Mucius y la propuesta de Cicerón existe pues una coincidencia referida al objeto por elaborar, el *ius civile,* en relación con el cual Cicerón pone de relieve la perspectiva igualitaria, que se ha presentado en cierto modo como característica implícita y esencial de tal completo de normas.

Existe sin embargo una diferencia en relación ya a la primera secuencia de las macrocategorías a alcance más general (siempre y cuando se acoja la interpretación arriba propuesta de la definición ciceroniana).[56]

Hay diferencia también en lo referente a la destinación de las obras, y a los destinatarios, pues hemos visto que Cicerón tendría como objetivo la enseñanza, y la formación del *perfectus orator,* mientras que Q. Mucius ha compuesto para juristas una obra de elaboración *constitutiva* del Derecho.

Existe en fin diferencia en relación con la estructura del discurso, que en la propuesta ciceroniana se centra en el imaginado dominio cognoscitivo de toda una rama del Derecho a través de un discurso construido con aquéllas, limitadas y circunscritas, operaciones lógicas indicadas, y coherente con las implicaciones y exigencias de las mismas; mientras que Q. mucius procede a la *constitución* interpretativa de todo un complejo de normas a través de la construcción de las categorías y la coherencia terminológica existente y/o perseguida, en un modo no dominado por la preocupación exclusiva de aquellas formalizaciones, y en el cual encontramos también silencios y variedades argumentadoras.

2.3. Las *Institutiones* de Gaius/Justiniano.

a. Queda ciertamente mucho por precisar aún sobre las relaciones existentes entre el mucius-pomponiano *ius civile generatim constitutum,* la propuesta ciceroniana de *ius civile in artem redigere,* y el modelo Gaius-Justiniano de las *Institutiones.* Considero sin embargo que sea importante y posible subrayar con claridad: de un lado, que la adquisición de la problemática ciceroniana por una obra isagógica a la tradición metodológica y al patrimonio de elaboración mucianos, lleva a la creación de *una nueva obra,* la cual se convierte en *un modelo* nuevo; de otro lado, que tal especificidad se coloca —conjuntamente a la de otras obras ya mencionadas— al interior de aquel campo de perspectivas metodológicas que tienen como connotación común lo que Pomponius llama *generatim ius constituere.*

b. El núcleo central de la especificidad de las *Institutiones,* de estos *totius legitimae scientiae prima elementa,*[57] está constituido por la profunda solidez y ligazón entre los dos elementos antes mencionados (y examinados en los dos parágrafos anteriores).

Objetivo fundamental e informador de las *Institutiones* es en efecto el de la preparación inicial del jurista a través de una actividad de enseñanza especializada e institucionalizada,[58] en la cual el derecho es asumido como un objeto preconstituido para hacerlo más fácilmente conocible, por sistematizar y exponer, y en la cual aun

---

54. Cfr. B. SCHMIDLIN, **Die römischen Rechtsregeln** cit. (**supra** n. 33), 170 ss. y n. 24, cita las posibles fuentes griegas de inspiración de un objetivo tal del ordenamiento, el primer de todos ARISTÓTELES, **Eth. Nicom.** 5, c. 6, 1131 a 9; a 15; a 20 ss.; c. 7, 1131,b 9.

55. Cfr. para todos F. DE MARTINO, **Storia della costituzione romana,** 3, Napoli, 1966, 117 s.; 165 ss.

56. Cfr. **supra** n. 53; para las reconstrucciones propuestas del llamado sistema muciano, cfr. **supra** n. 35.

57. Const. **Imperatoriam,** 4.

58. Cfr. M. VILLEY, **Recherches** cit. (**supra** n. 20), 25 ss.; 30; M. FUHRMANN, **Das systematische** cit. (**supra** n. 46), 185 ss.; R. ORESTANO, **Introduzione allo studio storico del diritto romano,** Torino, 1963, 41; H. J. MARROU, **Histoire de l'éducation dans l'antiquité,** Paris, 1965, 418 ss.; D. LIEBS, "Rechtsschulen und Rechsunterricht im Prinzipat", en **ANRW,** 2, 15, Berlin, 1976, 229 ss. En particular, E. POLAY, **Privatrechtliche** cit. (**supra** n. 9), 103 ss. subraya como el **docere** estuviera evidentemente ya presente e individuado en la actividad de los juristas (se puede en efecto recordar por ejemplo que **Mucii auditores compiures fuerunt,** y que también Servio tuvo **auditores:** D. 1, 1, 2, 42-44), pero en la época del Principado ello viene a constituir una específica actividad: el **instituere.** En relación luego a la organización de tal específica actividad, GELL., **N.A.** 13, 13 habla de **stationes ius publice docentium aut respondentium; Schol. ad Iuv.** 1, 128 recuerda que **aut iuxta Apollinis templum iuris periti sedebant et tractabant, aut quia ibi bibliothecam iuris civilis et liberalium studiorum in templo Apollinis Palatini dedicavit Augustus;** y sobre el punto, cfr. D. LIEBS, "Rechtsschulen" cit. **supra,** 236 ss.; F. SCHULZ, **Storia** cit. (**supra** n. 9), 217 s. y, para la época sucesiva hasta Justiniano, p. 490 ss. con lett.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

queda anulada la percepción de participar con el propio trabajo en la *creación* del mismo;[59] es el intento educativo y más latamente civilizador, de transmisión y difusión de un modelo en el marco de la extensión de la *civitas.*[60]

Este objetivo se lleva a cabo mediante un uso de las operaciones lógicas indicadas en el programa de Cicerón, y este uso es tal que otorga la forma general a un discurso entonces hecho para juristas, y promueve la formulación de numerosas definiciones de términos-conceptos, ya presentes y elaborados en el trabajo constructivo, y de sus conexiones recíprocas que en tal modo adaptadas,[61] fijadas y estabilizadas canalizan las posibilidades del mismo, unas veces potenciándolas y otras limitándolas.[62] Este uso que así se liga a ese Derecho positivo estructurado e interpretado según el método muciano, no desemboca pues en la construcción de un modelo de exposición jurídica adaptable a cualquier ordenamiento positivo, sino que significa la vinculación definitiva de dichas operaciones lógicas a la representación del ordenamiento jurídico romano tal como era, y en el modo en que se había elaborado, y a la enucleación en él de específicos valores-verdades, que vienen reconocidos en forma más explícita, dogmáticamente configurados, fijados en términos, conceptos, categorías, y, en

---

59. G. GROSSO, **Problemi sistematici nel diritto romano. Cose e contratti,** Torino, 1974, 2 s. observa que Gaius precisamente "si pone come osservatore ed espositore di ciò che considera creazione del diritto". Cfr. también F. CASAVOLA, "Gaio nel suo tempo", en **Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico,** Napoli, 1966, (= en **Labeo,** 12, 1966, y ahora en **Giuristi adrianei, Napoli, 1980, 149 ss.).**

60. Que las **Institutiones** sean un género literario cuyo origen debería buscarse en la actividad de la jurisprudencia provincial, ha sido sugerido por D. LIEBS, "Römische Provinzialjurisprudenz", en **ANRW,** 2, 15, Berlin, 1976, 345; cfr. sin embargo reservas de M. TALAMANCA, "Per la storia della giurisprudenza romana", en **BIDR,** 80, 1977, 329 ss. Mi observación es en todo caso diversa: hago referencia al general proceso de difusión de la **civilitas,** a la extensión progresiva de la ciudadanía en cuyo marco, y para cuyas exigencias, juristas, eventualmente provincianos o atentos a la experiencia de las provincias, podían dar una contribución que se insertaba no obstante en una problemática madurada en Roma y a cuyas raíces no omitiría señalar las mutaciones en el origen social y cultural de los juristas (cfr. W. KUNKEL, **Herkunft** cit. **supra** n. 16), y sobre todo el creciente número de los operadores del derecho. Cfr. también F. SCHULZ, **Storia** cit. **(supra** n. 9), 276 s.

61. Sería interesante evaluar si, y cómo, a este mismo específico cambio de objetivo del trabajo del jurista, que **Institut** pueda estar conectada también la mutación del tipo de macrocategorías sistemáticas utilizadas, y de sus respectivos nexos, en las **Institutiones** de Gaius (y Justiniano), respecto a las de las obras precedentes.
G. GROSSO, **Problemi sistematici** cit. **(supra** n. 59), 5, distingue precedentes sistemáticas "impostate soprattutto sugli atti e fatti giuridice, che importano il movimento dei rapporti giuridici", de la de Gaius, que se centra sobre "oggetti sostanziali" **(personae, res, actiones),** cuyo "movimiento è presentato dal punto di vista dell'acquisto e della pedita". L. LANTELLA, "Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)", en **Prospettive sistematiche nel diritto romano,** Torino, 1976, 198 ss. reconoce el perfilarse "di una opposizione fra accento dinamico e accento statico all'interno della rappresentazione giuridica", es decir de una oposición entre una perspectiva atenta a los "episodi salienti della vita giuridica. . . coincidente con quella dell'utente giuridico", y un "atteggiamento piú distaccato di chi assume ormai il diritto come un oggetto professionale", que se acompaña a una "crescente separazione del giurista come intellettuale specializzato". Me parece que esta mutación de tipo de macrocategorías pueda ser examinado a la luz del hecho que la sistemática expositiva de las otras obras está conectada a la ocasión, real o ficticia, del encuentro entre el jurista y un usuario-operador del derecho, es decir al **cavere, agere, respondere,** al dar **consilia,** mientras que la nueva sistemática de las **Institutiones** de Gaius está ligada a la exigencia de representar el derecho a un escuchador-estudiante, y por eso tiende a una visión más estática, menos "dramatizada" del ordenamiento.

62. Sobre el valor de las clasificaciones, y en general de las categorías sistemáticas de Gayo, han surgido dudas, tanto en forma general como en relación ya a particulares categorías. No es posible efectuar aquí una reseña de estas posiciones: cfr. por ejemplo W. FLUME, "Die Bewertung der Institutionem des Gaius", en **ZSS, 1962,** 22 ss. quien reconoce solamente conceptos ordenadores ("Ordnungsbegriffe"); A. GUZMÁN, "Dialéctica" cit. **(supra** n. 20), 27 ss., quien considera que Gaius use el procedimiento divisorio "aunque resulte inútil para resolver un caso", pero luego destaca el valor de "unificar conceptos", de "buscar el género común" aun si "antes no han sido conjugados bajo un mismo género".
El alcance histórico dogmático, y en consecuencia práctico, de las categorías y clasificaciones de Gaius, —sin querer decir con esto que todas hayan logrado su perfección— ha sido más bien puesto de relieve claramente por G. GROSSO, **Problemi sistematici** cit. **(supra** n. 59), **passim,** con un planteamiento por lo demás bastante menos rígido —por ejemplo— que el de la considerable obra de AFFOLTER, **Das römische Institutionen-System,** Heidelberg, 1897. Así, Grosso saca a la luz por ejemplo, cómo la categoría de las **res (corporales e incorporales)** unifique la tratación de los derechos reales y de las obligaciones, poniendo conjuntamente el problema práctico de los modos en que tales **res** se individualizan o se transfieren, aunque sea para concluir con la negación de la existencia de un acto que tenga eficacia real y obligatoria (cfr. Gai. 2, 38). Grosso aclara además cómo el mismo orden expositivo general tenga un valor práctico, por ejemplo en relación con el usufructo, no tratado ya en materia de legados (como en los comentarios de Ulpiano, Pomponius y Paulus **ad Sabinum**) sino entre las **res incorporales,** y a mí me parece que este cambio ayude a abrir el camino del usufructo hacia nuevas utilizaciones, como la del usufructo legal del padre.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ésta su específica y compacta estabilización[63] en que los perfiles político-ideológicos se delínean mayormente,[64] proyectados con una carga y una resistencia históricamente dinámica, más allá de las concretas realizaciones de los mismos en normas que varían.

Así por ejemplo, el tratamiento inicial de las fuentes del Derecho (Gai. 1,1-7; J.1,1.2) que parece reflejar un orden expositivo más antiguo,[65] identifica y delimita, *define* el objeto del estudio a través de la indicación de cómo aquel específico derecho positivo (para cuyo estudio *duae sunt positiones, publicum et privatum,* y que está compuesto de normas de *ius naturales,* de *ius gentium* y de *ius civile* J. 1,1,4) se ha producido y se produce en modo tal que, bajo la afirmación de la supremacía de la ley, es también expresión de una experiencia histórica que reconocía la diversidad de complejos de normas, de principios ordenadores, y de fuentes; expresiones de fuerzas y de realidades sociales, de contradicciones de la sociedad, instrumentos positivos de la crítica y de la adecuación de un ordenamiento cuyo fin es la justicia.[66]

Así, la individuación de los *genera perpauca* y de sus principales divisiones, es decir de las macrocategorías, y de sus recíprocos nexos, de las macrosecuencias que atraviesan la totalidad del ordenamiento con el esfuerzo de una interpretación unificadora afectado a estas operaciones, implica en términos dinámicos el objetivo de *servare aequabilitatem* dentro de un ordenamiento concreto, ajustado a una perspectiva constructiva que es a la vez histórica y dogmática, apegada al *principium.*[67] Y, por ejemplo, las categorías más generales propuestas (*personae, res, actiones*) emanan del trabajo constructivo, del cual ciertamente seleccionan y jerarquizan los

---

63. En general, sobre estos problemas, cfr. A. GUZMÁN, **La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones,** Valparaíso, 1977, 22. Sobre la diferenciada permanencia de los diversos elementos de un ordenamiento, y sobre los conceptos jurídicos, como la parte más estable de un sistema, cfr. para todos I. ZAJTAY, "Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und im Common Law", en **Arch. f. Civil. Praxis,** 165, 1966, 97 s.; "La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux", en **Rev. Intern. Droit Comparé,** 18, 1966, 353 s.

64. He aludido antes (n. 62) a las discusiones sobre el valor de las categorías y clasificaciones de Gaius-Justiniano. Me parece que al valor dogmático se una en modo consistente una dimensión ideológico-política intensa, precisamente en el momento en que se tiende a presentar un explícito diseño de conjunto que de un lado se radica en la historia, y de otro lado se propone en una forma más acentuada, y que, injertada en una actividad de enseñanza que se presenta con las características arriba mencionadas, viene a tener interlocutores diversos a los de las épocas precedentes, constituyendo un punto de contacto entre una clase más numerosa de operadores del derecho y un centro que le monopoliza la producción, pero que es también consciente de operar sobre una tradición, así como del hecho de la vinculación que su producto origina.

65. Cfr. en general L. LANTELLA, "Il lavoro sistematico" cit. (**supra** n. 61), 227 ss.

66. Para una lectura del sistema de las fuentes (**lex, plebiscitum, senatus-consultum, constitutio principis, edicta magistratuum, responsa prudentium,** y luego la costumbre), para la posibilidad de orientarlo hacia un único principio ordenador (**quod populus Romanus constituit**), o a más (estando el polo opuesto representado por los **responsa prudentium**), y para las conexiones con partes de la sociedad en diversos modos protagonistas de la historia, cfr. en general G. GROSSO, **Problemi generali** cit. (**supra** n. 38), 47 ss.; **Storia** cit. (**supra** n. 39), **passim;** E. POLAY, **Differenzierung** cit. (**supra** n. 39).
No se puede además desmerecer el valor de la referencia a la **iustitia** en J. 1, 1 pr, y de su relación con la historia, con la dinámica de los complejos de normas, con la pluralidad de las fuentes y de los principios ordenadores, de las realidades sociales que los manifiestan, por lo que ella se pone como objetivo de una "perenne tensión" (cfr. G. ARCHI, "Giustiniano e l'insegnamento del diritto", en **L'educazione giuridica. II. Profili storici,** Perugia, 1979, 117 ss.).
Sobre la distinción **ius publicum - ius privatum,** cfr. para todos STELLA-MARANCA, **"Le duae positiones** dello **studium iuris",** en **Ann. Bari,** 2, 1936, 37 ss.; M. KASER, **"Ius publicum - ius privatum",** en **SDHI,** 17, 1951, 277 ss.; G. NOCERA, **Ius publicum. Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle regulae iuris,** Roma, 1946; G. GROSSO, **Problemi generali** cit. (supra), 87 ss. Sobre la distinción entre normas de **ius naturale, gentium, civile,** cfr. para todos, además de G. GROSSO y E. POLAY cit., G. LOMBARDI, **Ricerche in tema di ius gentium,** Milano, 1946; **Il concetto di ius gentium,** Milano, 1947; M. KASER, **Das Römische Privatrecht,** 1, München, 1971, 202 ss.; J. IGLESIAS, **Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado,** Madrid, 1982, 109 ss. con lett.

67. Me refiero evidentemente al canon metodológico enunciado por Gaius (D. 1, 2, 1), quien iniciando su comentario a la **lex duodecim Tabularum,** subraya haber emprendido un trabajo tal de interpretación de las leyes de los inicios de la ciudad, no por hacer **verbosos commentarios,** sino con la convicción de que en todas las cosas es perfecto aquello que consta de todas sus partes, y ciertamente de cada cosa **potissima pars principium est.** Cfr., sobre el fr. cit., F. SCHULZ, **Storia** cit. (**supra** n. 9), 239 s.; 333 s.; C. A. MASCHI, **Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale),** Milano, 1966, 90 s.; 132 ss.; F. CASAVOLA, "Gaio nel suo tempo" cit. (**supra** n. 59), 158 ss.; D. NOERR, "Pomponius" cit. (**supra** n. 10), 581 n. 373.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

datos en una determinada dirección; potencian algunos perfiles y subordinan otros según una línea de tendencia a largo plazo del sistema, como se desprende en modo particular del elemento central de tal modelo unificante constituido por la macrocategoría de la *persona, cuius causa ius statutum est* (J. 1,2,12), que se coloca a nivel religioso, político, social y económico;[68] que se expresa tanto en los actos *inter vivos* como en los *mortis causa* en términos de "autonomía" de "autorreglamentación directa y concreta de intereses según las premisas y los esquemas típicos ofrecidos por el *ius*";[69] que, mientras que por un lado resulta plenamente realizada en la figura del *paterfamilias* titular de una *potestas* autónoma no individualista, pero que "unifica un interés común",[70] por otro lado, con su constitución unitaria expresa un dato presente *ab antiquo* en el ordenamiento romano, la consideración de cada hombre como tal, y potencia correctamente, en términos históricos y dogmáticos, este aspecto frente a las aún subsistentes *divisiones.*[71]

c. En esencia,[72] la individualidad de este "nuevo tipo de obra" que se une a los tipos individuados por Pomponius, consiste **a)** en la finalidad de preparación inicial del jurista (*instituere*) ligada a una estructura del discurso que inserta en la existente elaboración constructiva un uso más amplio de expresas clasificaciones de conceptos unificadores y de formulaciones de axiomas, que tiende a devenir dominante; **b)** en la emersión y fijación de específicas categorías sistemáticas substanciales prevalentemente propias del *ius civile,* pero puestas para *omne ius, quo utimur,* para *tota legitima scientia,* en una perspectiva unicadora, proyectada en el espacio y en el tiempo; **c)** en fin, para Justiniano, en la explícita ligazón entre centralidad de la *iustitia* y centralidad de la *persona.*

d. Como consecuencia de la creación de este "nuevo tipo de obra", *Institutiones* no significa una obra isagógica cualquiera que exponga un cualquier ordenamiento, sino una obra que *constituye el Derecho romano según la línea del modelo Gaius-Justiniano.*

El trabajo institucional, de mano con las

---

68. Cfr. M. KASER, **Das römische Privatrecht,** 1, München, 1971, 270 ss. y let. ahí cit. n. 1.; B. ALBANESE, **Le persone nel diritto privato romano,** Palermo, 1979; P. CATALANO, **Populus Romanus Quirites,** Torino, 1970-74; C. NICOLET, **Le métier de citoyen dans la Rome républicaine,** Paris, 1976 y 2 ed., 1979 (trad. it., Roma, 1980).

69. Cfr. en general G. GROSSO, **Problemi generali** cit. (**supra** n. 38), 111 ss.; **Il sistema romano dei contratti,** Torino, 1963, 243.

70. G. GROSSO, **Tradizione** cit. (infra n. 73), 87 remarca que para sentir el significado y el valor de la elaboración que los juristas romanos hacen de ciertas instituciones, es necesario tener presente que ellos poseían la percepción de una "sovranità attuale", es decir de una permanencia de ese antiguo poder soberano del **pater,** agudamente actualizado por P. BONFANTE, del cual cfr. **Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia,** Roma, 1925 (reimpr., Milano, 1963).
F. DE MARTINO, "Individualismo e diritto romano privato", en **Ann. Dir. Priv. e St. Legislativi,** 16, 1941 (ahora en **Diritto e società nell'antica Roma,** 1, Roma, 1979, 265; y traducción española de F. HINESTROSA, Bogotá, 1978, 29), evidencia en fin el carácter no individualístico de la **patria potestas.**

71. Considero que sea importante destacar el hecho de que la categoría de la **persona** no sólo se articula en **divisiones,** a través de las cuales se representan los diversos **status** de los hombres en el ordenamiento (sobre el tema cfr. por ej. la interesantísima lectura de F. GORIA, "Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel principato", en **Prospettive sistematiche nel diritto romano,** Torino, 1976, 311 ss.), sino que, además unifica a esta diversidad de hombres, más allá de sus particulares diferencias, que resultan por tanto subordinadas, menos importantes que los datos comunes, y superables (se piense verbigracia a la superación de la división entre ciudadanos y **peregrinos,** categoría esta última presente en Gai. y no vuelta a ser utilizada en J.). Esta unificación, a nivel de categoría dogmática, está arraigada en el ordenamiento, en el que todos los hombres participan al **ius** y pueden pasar de un **status** a otro, lo que, para los esclavos, impresionaba a los griegos, y que, radicada en la época más antigua (en el **principium**), cuando cada esclavo manumiso devenía horro y ciudadano, resiste también a través del tiempo, del mayor desarrollo del sistema servil, y funda la restauración justiniana de la **simplex libertas** de los **prima urbis Romae cunabula** (J. 1, 5, 3). Cfr. S. SCHIPANI, **Derecho romano. Codificación y unificación del derecho. Instituciones,** trad. F. HINESTROSA, Bogotá, 1983, 53 ss.

72. Cfr. para todos M. KASER, "Zur Methode" cit. (**supra** n. 28), 71 (27); F. WIEACKER, "Griechische Wurzeln des Institutionensystems", en **ZSS,** 70, 1953, 93 ss. E. POLAY, **Privatrechtliche** cit. (**supra** n. 9), 108 concluye así su análisis: "Die mit dem Wort **instituere** bezeichnete juristische Tätigkeit ist also die in der klassischen Zeit des Römischen Rechts erreichte höchste Entwicklungsstufe der abstrakten, ja manchmal geschichtlich gefärbten juristischen Denkweise. Der Ausgangpunkt dieses Denkens ist der Begriff des Rechts als ein Axiom, das aber mit der Praxis in irgendeiner Verbindung steht. Die Rechtsinstitute werden in einem System bedacht behandelt und man strebt nach der genauen Definition der einzelnen Rechtsinstitute". A. GUZMÁN, "Dialéctica" cit. (**supra** n. 20), 17 a su vez asevera: "es un dato firme que esta última obra (sc. las **Institutiones**) se aparta de toda y de cada una de las obras de la jurisprudencia anteriores en la naturaleza del sistema (sc. dialéctico) aplicado a la materia jurídica recogida en ella".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

categorías de referencia primaria de la justicia y de la persona, discierne críticamente la experiencia y participa de aquella característica esencial de la tradición romana por la cual ésta no está constituida por una indiscriminada colección de esquemas jurídicos de los cuales el estudioso y la práctica en el tiempo hayan operado y operen como simples portadores, permitiendo al pasado dominar el presente.[73] Tales categorías de referencia en efecto, organizan y seleccionan un modelo completo de comprensión, que tiene la capacidad de constituir matriz del ordenamiento, parte de él, y por lo tanto instrumento para oponerse al riesgo de que el esquema jurídico hecho para el hombre reduzca a éste más bien en un objeto.

El trabajo institucional marcha al lado de las otras formas de elaboración y representación del Derecho romano propias de cada uno de los diversos complejos de normas, sin substituirlos, pero proponiendo su particular interpretación del ordenamiento. Él se concentra en algunos esquemas jurídicos que sirven para representar un orden de hombres y cosas, del cual toman caracteres profundos, que del primitivo arraigo en el *ius civile* —entendido como el derecho de una clase históricamente determinada, transvaluado en el valor universal de un derecho para hombres iguales, autónomos y poseedores— se han extendido a compenetrar el *ius gentium*, y los propone como modelo para una educación jurídica dirigida a su generalización.

Este modelo tiene límites de realización en una sociedad en la que existen —y traducidas en normas—, también desigualdades profundas, y resistencias a su eliminación; en que, transformaciones, mutaciones, crisis y desarrollo son sectoriales y parciales; en que nacen y se consolidan estatutos diversos para diversos grupos sociales. Pero si esto incide sobre su misma efectividad y concretización, y sobre la persistencia de otras elaboraciones mas adecuadas a la contradictoriedad de la historia, no puede incidir sobre su encuadramiento en una perspectiva de vigente reconstrucción del ordenamiento, centrado en los caracteres que ha recogido de éste, y propuestos como llave de lectura general.

3. Las *Institutiones* en la Edad Moderna.

3.1 En Europa. El resurgimiento del estudio del Derecho romano en Europa que, a partir de los siglos XI-XII se difundió desde Bolonia, no puso el problema de la *sistemática*, y el modelo de las *Institutiones* no jugó un *rol* novedoso, si bien en los programas de enseñanza la *lectura Institutionum* adquirió muy pronto su intitulación específica y caracterizante.[74] Con el Humanismo las Instituciones tuvieron mejor suerte.[75] Pero el destino histórico del modelo por ellas instituido se

---

73. No es posible examinar aquí la cuestión que trazo, de la "Herrschaft der Vergangenheit über die Gegenwart", y de su relativa crítica; ella es acusada de ser la vía para demostrar la irracionalidad de lo positivo, y por lo tanto de ser su sustento. Este problema no tiene sólo una dimensión ligada al planteamiento de la Escuela Histórica (cfr. sobre el punto L. RAGGI, "Materialismo storico e diritto romano", en **RISG**, 91, 1955-56, ahora en **Scritti**, Milano, 1975, 15 ss. M. BRETONE, "Tradizione e unificazione giuridica in Savigny", en **Dottrine storiche e diritto privato. Materiali per una storia della cultura giuridica**, 6, 1976, 194 ss.), sino general. Puntualmente aunque sólo con alusiones, G. GROSSO, **Tradizione e misura umana del diritto**, Milano, 1976, **passim**; "Riflessioni sugli schemi giuridici a misura d'uomo", en **St. Scherillo**, 1, Milano, 1972, 1. ss., saca en claro la importancia de la "misura umana" y de la "idea di una sovranità attuale" del hombre como constantes que caracterizan a través de los siglos la experiencia jurídica romana.

74. En relación con la presencia de las **Institutiones** de Justiniano en el Occidente, ya desde el Alto Medio-Evo y antes de la Escuela de los Glosadores, cfr. para todos P. KOSCHAKER, **Europa und das römische Recht**, 1 ed., 1947; 3 ed., Berlin, 1959 (trad. it. de A. BISCARDI, Firenze, 1962, 107 ss.), con especial atención a la interesante obra de los lombardistas de la Escuela de Pavía (sobre la cual más recientemente, en general G. DIURNI, **L'expositio ad librum papiensem e la scienza giuridica preirneriana**, Roma, 1976), y F. CALASSO, **Medio Evo del Diritto. 1. Le fonti**, Milano, 1954.
Podemos además recordar que existen indicios de una prolongada presencia de las mismas **Institutiones** de Gaius: se piense al testimonio en la obra de Isidoro de Sevilla, de una "reelaboración escolar tardía" de aquéllas, sobre la cual cfr. J. DE CHURRUCA, **Las Instituciones de Gaio en San Isidoro de Sevilla**, Bilbao, 1975.
En fin y en relación con el estudio de las J. en las universidades, comenzando por Bolonia, cfr. para todos M. GARCÍA GALLO, **Manual de Historia del Derecho Español. I. El origen y la evolución del derecho**, Madrid, 1977, 312 ss. (599 ss.); H. COING, "Die Juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm", en **Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 1, Mittelalter**, München, 1973, 70.

75. R. ORESTANO, **Introduzione** cit. (**supra** n. 58), 56 ss.; H. COING, "Die Juristische" cit. (**supra** n. 74), 2, **Neuere Zeit**, I, München, 1977, 36.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

encuentra ligado a mediaciones de mayor complejidad entre las instancias emergentes del Humanismo, el racionalismo de la posterior Escuela del Derecho Natural, el *Usus modernus Pandectarum* y el filón continuo del *mos italicus.*[76]

El modelo de las instituciones, la obra de los *institucionistas,* desempeñó un papel decisivo en la maduración de la codificación moderna, y esto debido a diversos factores: a) la difusión del método axiomático de elaboración del Derecho, que en él estaba ya más desarrollado que en otras partes del *Corpus Juris,* y que de él venía por lo tanto trayendo su estímulo y facilidades;[77] b) las categorías, y en especial las macrocategorías sistemáticas que ofrecía, a través de las cuales se reelaboraba y presentaba tendencialmente todo el ordenamiento con una obra de parcial desarticulación y renovación que despertaba a éste de sus anteriores estancamientos, constituidos por la glosa y las obras de los grandes glosadores;[78] c) las Instituciones venían a constituir también un específico lugar de encuentro y de fusión entre Derecho romano común y derechos de los Estados territoriales en formación.[79]

En lo que se refiere particularmente a este tercer motivo, el caso más conocido es el francés, desembocado en el *Code Napoleón.* De la obra de Coquille, *Institution au droit françoit* (1607) y de Loisel, *Institutes coutumières* (1617), a la obra de Argou, *Institution au droit françoit* (1692) y de Bourjon, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris reduits en principes* (1747),[80] se realiza la exposición del Derecho consuetudinario de Francia dentro de los esquemas y el sistema de las Instituciones, contribuyendo de modo significativo a su cientifización y romanización, y por ende a su integración con el *droit écrit* que ha sido recogida por el *Code Napoleón* caracterizado precisamente por la presencia al lado del Derecho romano, de varios elementos de la tradición germánica de las *coutumes.*[81]

Pero las Instituciones han jugado este papel no solamente en Francia. En general, y en forma

---

76. Me parece importante subrayar la continuidad del **mos italicus** y del **usus modernus** a los cuales quizás no se brinda la debida atención en el marco de análisis cuidadosos en recoger las nuevas orientaciones, emergentes y también caracterizantes de las diversas épocas. Y sin embargo, la red sutil, tenaz, menudamente tejida por ellos, imprime su propia huella, absorbe y hace propias las novedades; cambia en la continuidad, innova conservando, contramarcando de modo determinante ese resultado, esa nueva estabilización del derecho constituida por los códigos y proyectándose también más allá de ésta.

77. Cfr. H. COING, "Die Juristische" cit. (**supra** n. 75), 2, 1, 36 s., quien observa cómo, en la lectura y atención a las J., "auch ihre Eignung als Prinzipienvorlesung spielt eine Rolle", y recuerda que un papel parecido es además atribuido, en los planes de estudio de algunas universidades, a lecciones de **de Regulis Iuris** (D. 50, 16) y de **De verborum significatione** (D. 50, 17). Cfr. también H. COING, "Juristisches Vorlesungs-programm der Universität Padua", en **Studi Volterra,** 4, Milano, 1971, 179 ss.
La atención prestada a las **regulae,** que desde el Digesto había tenido también una resonancia de notable significado en las **Decretales** y en el **Liber Sextus,** así como también en una significativa literatura (cfr. F. CALASSO, **Medio Evo** cit. **supra** n. 7, 403; P. STEIN, **Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims,** Edimburg, 1966; H. E. TROJE, "Die literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus", en **Handbuch der Quellen und Literatur,** cit., 2, 1, 776 s.), si a veces adquiere un significado distinto, y quizás en parte contrapuesto a la atención prestada a las **Institutiones,** dado que no se subordina a un sistema, a una estable jerarquía, en otros casos tiende a conjugarse con ésta: nos baste mencionar R. F. POTHIER, **Pandectae in novum ordinem digestae,** 1748-1752, que se destaca por su amplia tratación final, inspirada al título del Digesto y ordenada según el esquema gaiano.

78. Recordando todo lo arriba dicho a propósito del rol de la categoría de la **persona,** se puede reparar en que la tripartición gaiana "permetteva un ordine di trattazione in cui l'argomento persona (quello che poi si dirà il **soggetto di diritto**) assumesse quel posto di preminenza che meglio si intonava col nascente giusnaturalismo moderno e con il formarsi e l'affermarsi dell'idea dei diritti soggettivi quali attributi della personalità" (R. ORESTANO, **Introduzione** cit. **supra** n. 58, 59, y también 96 s.; cfr. además A. CAVANNA, **Storia del diritto moderno in Europa. 1. Le fonti e il pensiero giuridico,** Milano, 1979, 352 s.).

79. Cfr. en general K. LUIG. "Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18 Jahrhundert", en **Ius Commune,** 3, 1970, 64 ss.; S. SCHIPANI, "Sull'insegnamento" cit. (**supra** n. 8), 147 ss.

80. Cfr. sobre el punto A. J. ARNAUD, **Les origines doctrinales du Code Civil Français,** Paris, 1969; K. LUIG, "Institutionenlehrbücher" cit. (**supra** n. 79), 74 ss.; HOLTOEFER, "Die Literatur zum Gemeinen und Partikularen Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal", en **Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte,** 2, **Neuere Zeit,** 1, München , 1977, 228 ss.; 300 s.

81. Los tipos de trabajo arriba mencionados constituyen, en cierta medida, el eje portador de un proceso de elaboración de las **coutumes** arraigado en último análisis, en la general formación romanística de los juristas franceses: cfr. A. CAVANNA, **Storia** cit. (**supra** n. 78), 372 s.; 391 ss.; especialmente 397 ss.; cfr. también F. WIEACKER, **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,** Göttingen, 1967, 340.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esquemática, podemos identificar tres tipos de transformaciones de tal obra que, a veces sufría también notables variaciones en su estructura:

a. Las *Institutiones* de Justiniano sirvieron de base para la redacción de obras —bajo forma de comentarios o de tratados según su orden expositivo— que paulatinamente iban englobando una cantidad mayor de datos normativos, cada vez más precisos y completos; todos ellos extraídos de las otras partes del *Corpus Iuris* y de las obras inspiradas en éste; obras que tendían a absorber en su propio esquema y método institucional las restantes partes de la compilación justiniana, a realizar una más completa representación del ordenamiento: se piense por ejemplo solamente a Balduinus (Baudouin), *Justinianus sive de iure novo Commentariorum libri quattuor,* Parisiis, 1546; hotomannus (Hotman), *Commentarius in quattuor lib. Institutionum iuris civilis,* Venetiis, 1560; Pérez, *Institutiones Imperiales erotematibus distinctae, atque ex ipsis principiis Regulisque iuris passim insertis explicatae,* Lovanii, 4 ed. 1634; de Garzatoribus (Garzadoro), *Compendium Institutionum iuris civilis enucleati omissis eis, quibus a iure canonico, novellis Justiniani Constitutionibus, Imperii mutatione contrario iure derogatum est,* Venetiis, 1555; Schneidewin (Schneidewein)/Oinotomus, *In quattuor lib. Institutionum iuris civilis commentarius* (completada por Wesembeck), Argentorati, 1571; Mynsingerius (Mynsinger von Frundeck), *Apotelesma sive corpus perfectum scholiorum ad Inst. Just. pertinentium,* Basileae, 1555, o también al Vinnius, *Commentarius locupletissimus, academicus et forensis in IV lib. Institutionum Imperialium,* Lugduni Batav., 1642, o all 'Heineccius (Heinecke), *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum,* Amstelodami, 1725 (todas obras con muchas ediciones).[82]

b. Tomando como base las *Institutiones* se escribieron también obras en las que la exposición del Derecho romano venía integrada con la observación de las coincidencias, diferencias y variantes de las normas de los Estados territoriales en formación, en el marco de una perspectiva comparativa que llevaba a estructurar la exposición de esta última tomando como punto de partida el método y el sistema conceptual del Derecho romano, y que portaba así mismo a la configuración de estas normas territoriales como simple especificación e integración de aquél.[83] En los títulos se habla significativamente por ejemplo de *ius romano-germanicum* (G.A. Struve, *Iurisprudentia Romano-Germanica Forensis,* Jenae, 1670); *ius romano-hispanum* (G. Sala, *Institutiones Romano-Hispanae,* 2 ed., 1-2, Valencia, 1795); *Rooms Hollands Regt* (S. v. Leeuwen, *Paratitla juris novissimi. Het Rooms-Hollands-Regt,* Lugduni Batav., 1652); *ius romano-neapolitanum* (G. Basta, *Institutiones iuris Romano-Neapolitani,* Napoli, 1780); *ius sveco-romanum* (M. Wexonius, *Brevis eisagogé ad studium juris civilis Sveco-Romani,* 1650), etc. (todas obras con muchas ediciones).[84]

c. Con base en las *Institutiones* fueron escritas también obras en las que se procedía directamente a exponer el Derecho nacional/patrio/moderno etc. el que se convertía en el único punto directo de referencia formal. Aquí el Derecho romano es método, y también complejo de categorías, así como también fuente de normas no reconocida explícitamente, pero la carga político-jurídica de la referencia al Derecho romano y a la idea misma de Roma, se ve totalmente enervada. Se habla de *ius germanicum* (J. G. Heineccius, *Elementa iuris Germanici,* 1-2, Halae, 1735-1737); *Derecho de Castilla* (I. J. de Asso y M. de Manuel, *Instituciones del Derecho*

---

82. Cfr. R. ORESTANO, **Introduzione** cit. (**supra** n. 58), 61 y n. 1; C. GHISALBERTI, **Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento,** Bari, 1979, 18 s. y n. 18 y 19; E. HOLTHOEFER, "Die Literatur" cit. (**supra** n. 80), 133 s. 141; 171 s.; 201 ss.; A. SOELNER, "Die Literatur zum Gemeinen und Partikularen Recht in Deutschland, Oesterreich, den Niederlanden und der Schweiz", en **Handbuch der Quellen** cit., 2, 1, 526 s.; 533 ss.

83. Sobre el fundamento de la referencia al derecho romano, cfr. K. LUIG, "Institutionenlehrbücher" cit. (**supra** n. 79), 71 ss.; A. CAVANNA, **Storia** cit. (supra n. 78), **passim.**

84. Cfr. S. SCHIPANI, "Sull'insegnamento" cit. (**supra** n. 8), 148 s. y n. 21; C. GHISALBERTI, **Unità** cit. (**supra** n. 82), 20 y n. 20; A. SOELNER, "Die Literatur" cit. (**supra** n. 82), 547 ss.; 567; E. HOLTHOEFER, "Die Literatur" cit. (**supra** n. 80), 309.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

civil de Castilla, Madrid, 1771); *ius neapolitanum* (V. Lupoli, *Iuris Neapolitani praelectiones,* Neapoli, 1781; O. Fighera, *Institutiones Juris Regni Neapolitani,* Napoli, 1772); *ius lusitanum* (P. J. de Melo Freire, *Institutiones Juris civilis Lusitani,* Coimbra, 1780-1793); *droit françois* (como hemos visto líneas arriba), etc.[85]

Se ha afirmado que en este tercer tipo se puede apreciar el inicio del desarrollo de la ciencia civilística nacional moderna de los países europeos.[86] Sin embargo, se ha constatado que tal tipología no expresa una rígida sucesión cronológica, y, sobre todo que se perpetuó una enseñanza del primer tipo de *Institutiones,* es decir del más ajustado a una dimensión *común, supranacional,* como se desprende por ejemplo de la difundida adopción en muchísimas universidades —si bien con diversas adaptaciones formales— de los *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* de Heineccius.[87] Es decir que supervivió la totalidad de las diversas tipologías en todo su significado, en una compleja, diferenciada y cambiante recíproca integración.

Y esto influye también en los códigos, en su redacción e interpretación, en el marco de un nexo estructural profundo entre trabajo de los institucionistas y codificación civil; esto se refleja sobre toda la ciencia del Derecho.[88]

3.2. Y en América Latina. El estudio de las *Institutiones* de Justiniano,[89] había constituido parte esencial de los programas de enseñanza del Derecho en América Latina, antes de su independencia, tanto en las universidades —fundadas siguiendo el modelo de la Universidad de Salamanca— como en los colegios (Mayores) que hubieran sido habilitados para el otorgamiento de grados de *Bachiller en Leyes.* Esto sucedía de acuerdo a un currículo que se centraba en el estudio del Derecho romano y del Derecho canónigo.[90]

En el siglo XVIII la subida de los Borbones al trono español, determinó un cambio de posición en relación con la enseñanza tradicional del Derecho, y un surgimiento al interno de éste de una tensión entre Derecho romano y *Derecho real/patrio.* Una iniciativa del Consejo de Castilla en 1713, para que se enseñaran las "Leyes Reales" en lugar del "derecho de los romanos", no tuvo acogida; pero tal prescripción se volvió a proponer en 1741, cuando se decidió que "los catedráticos

---

85. Cfr. S. SCHIPANI, "Sull'insegnamento" cit. (**supra** n. 8), 149 y n. 22; y más ampliamente, K. LUIG, "Institutionenlehrbücher" cit. (**supra** n. 79), **passim**; cfr. también B. CLAVERO, "La idea del código en la ilustración jurídica", **Historia. Instituciones. Documentos,** Sevilla, 1979, 9; C. GHISALBERTI, **Unità** cit. (**supra** n. 82), 18 n. 17; H. COING, "Die Juristische" cit. (**supra** n. 75), 44 ss.

86. K. LUIG, "Institutionenlehrbücher" cit. (**supra** n. 79).

87. K. LUIG, "Institutionenlehrbücher" cit. (**supra** n. 79), 69. Sobre la difusión de la obra de Heineccius, cfr. ahora, el informe del mismo LUIG presentado en este Congreso, y en modo especial el elenco de las ediciones de sus **Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum.** Sobre Heineccius, cfr. en general, F. WIEACKER, **Privatrechtsgeschichte** cit. (**supra** n. 81), 223.

88. Se considere el nexo entre trabajo de los institucionistas y códigos que resulta por ejemplo en la sistemática de éstos, sobre lo cual para todos cfr. a. J. ARNAUD, **Les origines** cit. (**supra** n. 80); W. WOLODKIEWICZ, **Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain,** Wroclaw, 1978; JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, **La ordenación sistemática del derecho civil,** Madrid, 1954, 29 ss. Los códigos civiles se acoplan por lo tanto sobre, y permanecen anclados a la dimensión común, supranacional, que fluye de las obras más explícitamente romanísticas a través de la ciencia civilística, si bien ésta se autocalifica nacional; cfr. S. SCHIPANI, "Sull'insegnamento" cit., (**supra** n. 8); "Unificação do direito (Direito romano - codificação)", en **Enc. Saraiva do direito,** 75, São, Paulo, 1982, 463 ss.

89. Para América Latina, en consideración a su más limitada producción científica, y —hasta el momento— de la más limitada visión de conjunto de la misma (para un meritorio esfuerzo en este campo, cfr. para todos A. GARCÍA GALLO, "La ciencia jurídica en la formación del derecho hispano-americano en los siglos XVI al XVIII", en **AHDE,** 44, 1974, 195 ss. = en **La formazione del diritto moderno in Europa. Atti,** Firenze, 1977), resulta indispensable plantear el discurso: relativo a las **Instituciones** y al trabajo de los institucionistas, esencialmente, con base en su actividad de enseñanza como se deduce de sus planes de estudio, en vez que de sus obras.

90. Cfr. para el cuadro normativo, **Siete partidas** 2, 31, y para las sucesivas disposiciones, sobre todo **Rec. de Indias** 1, 22. En general, cfr. para todos A. GARCÍA GALLO, **Manual de Historia** cit. (**supra** n. 74), 1, 312 ss. (particularmente n. 601); **A. M.** RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia de las Universidades Hispanoamericanas. Periodo hispánico,** 2 vol., Bogotá, 1973 (1, 46 ss. y **passim**; cfr. también, de la misma, **Salamantica docet. La proyección de la Universidad de Salamanca en Hispanoamérica,** 1, Salamanca, 1977).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y profesores de ambos derechos tengan el cuidado de leer, con el derecho de los romanos las leyes del Reino correspondientes a la materia que explicaren" (*Nov. Rec.* 3, 2, 3). Ni siquiera esta disposición parece haber tenido éxito inmediato, pero con la reforma de 1771 se instituyen cátedras de "Derecho real". En 1780 se crea en fin, en los Reales Estudios de San Isidro de Madrid, una cátedra de "Derecho natural y de gentes". Solo al siguiente siglo, la reforma de 1802, de José Antonio Caballero, ministro de Carlos IV, realiza en modo más incisivo el objetivo de la enseñanza del derecho del reino, y dispone que la cátedra de los dos primeros cursos tuviese como objeto las "Instituciones de Castilla" según el ya referido texto de Jordan de Asso y Miguel de Manuel, y la "Recopilación". Otros estudios se dedican además al derecho del reino. En la reforma de 1824 se delínea una conciliación entre estas dos opuestas tendencias, según la cual se enseñan en diversa medida, todas las tres disciplinas: Derecho romano, español y conónigo.[91]

Unida a la exigencia de promover el estudio del "derecho real" se encontraba también la constitución de academias de leyes, de Jurisprudencia, de práctica, en las que se ponía atención en el Derecho del Estado territorial y en la práctica judicial, con formas de exposición que podrían abrir también problemas relativos al método de elaboración del derecho.[92]

La repercusión de estas tensiones en las universidades de América Hispana había sido limitada, pero no ausente.

En Caracas, donde Andrés Bello había iniciado los estudios jurídicos en la Real y Pontificia Universidad de Caracas,[93] había una cátedra de "Instituta" y otra de "Cánones".[94] Una cátedra para el estudio del "Derecho real", de la legislación de Indias y de las leyes "de estos dominios", fue prevista con R. Cédula del 5 de septiembre de 1786, pero no llegó a instituirse.[95] Para enseñar tal disciplina se buscó también una solución fuera de la Universidad, en la Academia de Derecho Público español, y luego, después de la extinción de ésta

---

Sobre la relevancia que el derecho romano en general tenía, a pesar de no estar incluido en el sistema de las fuentes del derecho, sino como base de la enseñanza, a partir de la **Ley 1 de Toro**, que retoma **Ordenamiento de Alcalá** 28, 1, cfr. recientemente A. LEVAGGI, "Derecho Indiano y Derecho Romano en el Siglo XVIII", en **Anuario Hist. Jur. Ecuatoriano**, 5, 1980, 269 ss.
La relevancia indicada se refleja también en la cultura jurídica, por lo menos según lo que se puede aprehender en las bibliotecas. Sobre éstas existen diversas investigaciones particulares; cfr. por ej. G. DOLEZALEK, "Libros jurídicos anteriores a 1800 en la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del siglo XIX", en **Diritto romano, codificazioni e unità del sistema** cit. (**supra** n. 3), 491 ss.

91. Cfr. para todos A. GARCÍA GALLO, **Manual de Historia** cit. (**supra** n. 74), 1, 316 s. (N. 604 s.); 2, 136 ss. (N. 217 ss.); K. LUIG, "Institutionenlehrbücher" cit. (**supra** n. 79), 69 ss.; H. COING, "Die juristische Fakultät" cit. (**supra** n. 75), 45.

92. Cfr. para todos A. GARCÍA GALLO, **Manual de Historia** cit. (**supra** n. 74), 1, 319 (n. 608); H. ESPINOSA, **La Academia de Leyes y Práctica Forense**, Santiago (s. f.), 4ss.

93. Creada por Real Cédula del 22.12.1721, inaugurada el 11.8.1725, ésta era, como la de San Felipe en Santiago de Chile y la de La Habana, una de las más importantes universidades fundadas en el siglo XVIII: cfr. A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 2, 36 ss.; 58; **Salamantica** cit. (**supra** n. 90), 401 s.; I. LEAL, **Historia de la Universidad de Caracas (1721-1827)**, Caracas, 1963, 33 ss.
En lo referente a los estudios de Bello, "Bello recordaba en su ancianidad, que había hecho (sc. en Caracas) estudios de derecho y de medicina, pero deben de haber sido muy incipientes. Sólo consta en los libros de matrículas que, en 1799, estuvo matriculado para estudiar medicina, pero no completó el primer curso; respecto a derecho no hay ningún dato": cfr. a. ÁVILA, **Andrés Bello. Breve ensayo sobre su vida y su obra**, Santiago, 1981, 12; cfr. también M. L. AMUNÁTEGUI, **Ensayos Biográficos, 2, Andrés Bello**, Santiago, 1882, 9 (que no he podido consultar); H. E. YNTEMA, "Introducción" cit. (**supra** n. 2), XXXIX ss. (que atribuye notable relevancia a tal estudio como "causa de su posterior interés por el Derecho Romano"); O. SAMBRANO, "Cronología de Bello en Caracas", en **Bello y Caracas. Primer Congreso del Bicentenario**, Caracas, 1979, 96; I. LEAL, "Andrés Bello y la Universidad de Caracas", en **Bello y Caracas** cit., 165 ss. (que da noticia sólo de la inscripción a medicina).

94. Cfr. A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 2, 47 (allí, p. 107 n. 106 lett.). Ya antes de la creación de la Universidad, dos cátedras para tales materias habían sido establecidas en el Magnífico Real y Seminario Colegio de Santa Rosa de Lima de Santiago de León de Caracas: cfr. L. SPINETTI-DINI, **"Il diritto romano nel Venezuela"**, en **St. G. Grosso**, 5, Torino, 1972, 439, e I. LEAL, **Historia** cit. (**supra** n. 93), 182 s.

95. A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 2, 74; **Salamantica** cit. (**supra** n. 90), 411. Sobre la institución de esta cátedra, llama la atención R. Caldera en una carta a H. E. Yntema, por este último referida en su "Introducción" cit. (**supra** n. 2), LVI n. 22. Rodríguez Cruz sostiene que una **Real orden** del 13.5.1788 "dejó sin efecto esta anterior (cédula) del 5 de septiembre de 1786" (**Historia** cit., 2, 75); diversamente I. LEAL, **Historia** cit. (**supra** n. 93), 196 ss. Rodríguez Cruz recuerda además una experiencia anterior de activación de dicha cátedra, que llegó a efectuarse, pero con una duración muy breve, de 1774 a 1778 (sobre este punto, con mayor amplitud I. LEAL, Historia cit., 190 ss.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(1797), con una Escuela de Práctica Forense, que se quedó también en proyecto.[96] Dentro de la Universidad la idea fue reconsiderada en 1815, en plena guerra, poniendo tal enseñanza en manos del titular de Leyes,[97] y de este modo, al lado del Derecho Público y de gentes instituido en 1824,[98] venía transmitida a la Universidad Central de Venezuela, cuyo nuevo estatuto quedó promulgado el 24 de junio de 1827.[99]

Desde el 9 de febrero de 1798, el titular de "Instituta" fue J. Germán Roscio; a él le sucedió J. de los Reyes Pinal. En dichos años la enseñanza se impartía siguiendo el texto de Justiniano y con base en el *Vinnius castigatus* [. . .] de J. Sala y a las *Institutiones Imperiales erotematibus distinctae* de A. Pérez,[100] que será, en la traducción al castellano de J. Manuel García, el primer libro de Derecho romano impreso en Venezuela en 1830.[101]

En Santiago de Chile, en donde Andrés Bello habría desarrollado más tarde su actividad más significativa, en la Facultad de Cánones y Leyes de la Real y Pontificia Universidad de San Felipe,[102] existía una cátedra destinada a la enseñanza de "Instituta,"[103] y el estudio de las *Institutiones* de Justiniano se integraba con el *Commentarius* de Vinnius.[104] El mismo texto se utilizaba en el Convictorio Carolino. En 1798, el Rector de la Universidad había dirigido al Rey una carta en la que, en el marco de la solicitud de la concesión "de los privilegios e inmunidades de la de Salamanca, su incorporación en ella, en la de Bolonia, Valladolid y Alcalá de Henares", entre otras cosas, pedía que se instituyera una cátedra nueva, de "Derecho real"; pero el pedido no tuvo éxito.[105] En 1811 en fin, inclusive el mismo titular de "Instituta" Bernardo de Vera y Pintado, presentó una petición al Presidente de la Real Audiencia, para substituir la enseñanza de las Instituciones de Justiniano con las del "derecho real de Castilla", a enseñar con base en la obra de Asso y de Manuel.[106] Esta exigencia venía sin embargo satisfecha en los programas de la Academia de Reales Leyes y Práctica Forense, fundada en 1778,[107] y en la que se desarrollaba una enseñanza también metodológicamente diversa, particularmente atenta a las normas procesales, con base en casos que imitaban la experiencia de los tribunales, integrada con el estudio de las legislaciones (títulos seleccionados de las Partidas, Nueva Recopilación, Leyes de Toro, Ordenanzas de Montalvo),[108] con el apoyo de la *Praxis Ecclesiastica et secularis in qua acta processuum omnium utriusque fori causarum cum actionum formulis sermone hispano composita* [. . .] de G. Suárez de Paz y de la *Curia Filipica* de Hevia Bolaños.[109]

Con el advenimiento de la Independencia, la

96. Cfr. para todos I. LEAL, **Historia** cit. (**supra** n. 93), 190 ss. y 203 ss.

97. A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 2, 88.

98. A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 2, 76; I. LEAL, **Historia** cit. (**supra** n. 93), 207 s.

99. A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 98 s.; **Salamantica** cit. (**supra** n. 90), 414.

100. El testimonio del que disponemos es de 1813 y está contenido en una relación del Arzobispo Colly y Prat al Soberano. Cfr. H. PARRA MÁRQUEZ, **Historia del Colegio de Abogados de Caracas**, I, Caracas, 1952, 75 (cit. en H. E. YNTEMA, "Introducción" cit. **supra** n. 2. XL); I. LEAL, **Historia** cit. (**supra** n. 93), 188; L. SPINETTI-DINI, "Il diritto romano" cit. (**supra** n. 94), 442.

101. Cfr. L. SPINETTI-DINI, "Il diritto romano" cit. (**supra** n. 94), 441.

102. Creada por Real Cédula del 27.7.1738, inaugurada el 7.1.1758; cfr. para todos A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 2, 115 y 120; **Salamantica** cit. (**supra** n. 90), 416 s.; H. ESPINOSA, **La Academia** cit. (supra n. 92), 40 ss.

103. A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 2, 117 y H. ESPINOSA, **La Academia** cit. (**supra** n. 92), 42; A. ÁVILA, "Bello y el Derecho Romano", en Autores Varios, **Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello**, Santiago, 1973, 80 ss.

104. A. ÁVILA, "El derecho romano en la formación de los juristas chilenos del siglo XVIII", en **St. Vassalli**, 1, Torino, 1960, 398.

105. A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 2, 127 s.

106. Cfr. A. GUZMÁN, "Crítica del derecho" cit. (**supra** n. 3), 318.

107. Cfr. para todos H. ESPINOSA, **La Academia** cit. (**supra** n. 92), 47 ss.

108. Cfr. H. ESPINOSA, **La Academia** cit. (**supra** n. 92), 55 y 57.

109. Sobre estas obras, cfr. H. ESPINOSA, **La Academia** cit. (**supra** n. 92), 57 ss.; 60 ss.; G. LOHMANN VILLENA, "En torno de Juan de Hevia Bolaños. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros", en **AHDE**, 31, 1961, 121 ss.; E. HOLTHOEFER, "Die Literatur" cit. (**supra** n. 80), 398; 405; 488; 494.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

enseñanza del Derecho[110] se había transferido al Instituto Nacional[111] y no proveía ya un curso directamente romanístico. Existían además las novedades de un curso de Derecho natural, —que se desarrolló basándose en los *Elementa iuris naturae et gentium* de Heineccius y del *Droit des gens* de E. de Vattel— y de un curso de Derecho civil, leyes patrias y derecho canónigo, desarrollado, para los primeros con base en el *Compendio* de Vizcaíno y de las ya recordadas *Instituciones* de Asso y de Manuel.[112]

A la actividad docente del Instituto, se acompañó pronto la de dos entes privados: el Liceo de Chile y el Colegio de Santiago. Aquí se dio inicio a la reacción contra la supresión de la enseñanza del Derecho romano:[113] en los programas de ambos se proveyó un curso romanístico, en el cual enseñar las *Institutiones* de Justiniano.[114] Pero estas dos entidades cerraron a los pocos años, y Andrés Bello que había enseñado en la segunda, aunque no Derecho romano, anunciaba en *El Araucano* del 24 de marzo de 1832 que habría iniciado los cursos de "Derecho natural y de gentes" y de "Derecho romano" en su casa, mientras que esta disciplina volvía a ser introducida, como "Historia y elementos de Derecho romano" en el tercer año del currículo del Instituto Nacional,[115] y mientras que en el Reglamento de la Academia de 1834 se precisaba que el Bachiller en Leyes que deseara ingresar debía estar capacitado para preparar un discurso "sobre el párrafo de las Institutas de Justiniano que eligiere de tres que salgan en suerte".[116]

Estos dos ejemplos sucintamente expuestos, escogidos por la conexión con la vida de Bello, contienen además la principal tipología de las alternativas, los términos en que se presentaban las tensiones y los debates relativos a la enseñanza institucional del Derecho romano. Pero quizás sea útil, antes de tratar de escarbar sobre el sentido de las indicaciones de Bello, recordar aun, aunque sea en forma muy lacónica, algunos datos más con cierta significación.

En efecto, si en las universidades de Caracas

---

110. La Universidad permaneció en un estado que podríamos calificar de quietud, si bien concediera en algunos momentos títulos académicos, como a Andrés Bello en 1836 (cfr. H. HANISCH, "El derecho romano en el pensamiento y la docencia de Don Andrés Bello", en **Diritto romano, codificazioni e unità del sistema** cit. **supra** n. 3, 25 y n. 11 = en **Rev. de Estudios histórico-Jurídicos,** 3, 1978, 149 ss.). Ella fue cerrada definitivamente por decreto del 17.4.1839, cesando toda actividad el 26.7.1843 (cfr. a M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. **supra** n. 90, 130 y n. 75).
En lo que se refiere a la **Academia,** ella se extinguió en 1815 y fue restablecida en 1828 (cfr. H. ESPINOSA, **La Academia** cit. **supra** n. 92, 70, 75 ss.).

111. El **Instituto Nacional** fue fundado en 1813; luego cerrado por la crisis de 1815 y reabierto en 1819: cfr. para todos D. AMUNÁTEGUI, **Los primeros años del Instituto Nacional 1813-1835,** Santiago, 1889 (cit. en H. HANISCH, "El derecho romano" cit. **supra** n. 110).

112. Cfr. H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 31; H. ESPINOSA, **La Academia** cit. (**supra** n. 92), 70.

113. Así textualmente H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 32.

114. En el Liceo de Chile, enseñaba J. Joaquín de Mora, quien se propuso escribir una obra en varias partes, la que comenzaba con la tratación del derecho natural y habría proseguido con la del derecho romano, para seguir con las demás ramas del derecho. En Santiago se publicó solo la primera parte (**Curso de derecho natural, 1830**), mientras que la parte relativa al derecho romano fue publicada por Mora, después de haber dejado Chile, en Bolivia: cfr. A. ÁVILA, "Bello y el derecho romano", cit. (**supra** n. 103), 85; "La enseñanza del derecho romano en Chile (Desde sus orígenes hasta el siglo XIX)", en **Romanitas,** 10, 1970, 185 ss.; H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 33.
En el Colegio de Santiago, el derecho romano era enseñado por L. Théodore Morinière: cfr. A. ÁVILA, "La enseñanza" cit. **supra,** 186.

115. Los otros cursos eran: en el primer año, "Derecho de gentes"; en el segundo, "Principios de Legislación Universal"; y después en el cuarto y en el quinto "Instituciones de Derecho Nacional"; como cursos complementarios se llevaban en fin: "Bellas Letras", "Economía Política", "Historia y Elementos del Derecho Público, Eclesiástico e Instituciones Canónicas", "Historia Eclesiástica y Suma de Concilios". Cfr. S. MARTÍNEZ BAEZA, "Bello, Infante y la enseñanza del Derecho Romano", en **Rev. Ch. de Hist. y Geografía,** 132 (reimpr., Bogotá, 1981, 21).

116. Cfr. H. ESPINOSA, **La Academia** cit. (**supra** n. 92), 82; esta era la regla antigua (cfr. **Ibíd.,** 54 y 67).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y Santiago, la enseñanza del "Derecho real" no había sido substancialmente introducida,[117] y solo con la independencia existió una decidida opción por él, y con nombre cambiado, ello no constituye una regla general.

En 1787 se había publicado en México la obra de Santiago Magro y Zurita, y Eusebius Bonaventura Beleña, *Elucidationes ad quattuor libros Institutionum Imperatoris Iustiniani* completada con las concordancias con el Derecho castellano e indiano, según las prescripciones de la *Cédula* arriba citada.[118]

La experiencia de mayor relevancia en diverso sentido provino sin embargo de la Real y Pontificia Universidad de San Carlos, en Guatemala,[119] en la que enseñó José María Álvarez, autor de la "única obra de derecho civil escrita por un americano en el periodo colonial", las *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias,* aparecida en cuatro pequeños tomos, Guatemala, 1818-1820.[120] Esta obra es fruto de una actividad docente desempeñada en la cátedra de "Instituta" de dicha universidad, a partir de 1801, y en la que Álvarez subraya haber "servido con la mayor exactitud y puntualidad como es notorio, explicando no sólo el dro. de Romanos, sino también el Real de España y de Indias y la práctica". Y si en el "Prólogo" el autor se remite al *auto acord.* 2, 1, 3 (del 1741), y declara no haberse alejado del "fin primario de mi cátedra", substancial y formalmente realiza una obra que se coloca claramente en el tercer tipo arriba individuado, de las obras en que el Derecho romano es método, es contenido de las categorías, pero, no reconocido, pierde la carga jurídico-política del Derecho común. Esta obra, que "condensa" en los esquemas de las Instituciones "cuerpos de leyes más o menos inorgánicos"[121] tuvo un extraordi-

---

117. Podríamos citar otros ejemplos. Así, notable es, y lo subraya A. GARCÍA GALLO, **Historia** cit. (**supra** n. 74), 1, 316 (n. 604) que, no obstante todo lo establecido en 1771, aun en 1795 la **R. Resolución** institutiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba de Tucumán, proveyese sólo "una cátedra de Instituta", de la que el titular "había de estar obligado a explicar el texto de las Instituciones de Justiniano con el comentario de Arnoldo Vinio, advirtiendo de paso las concordancias y discordancias que tenga con nuestro Derecho Real". Sobre el camino de lo previsto en 1741 (cfr. **Ibid.** 2, 137 N. 219). Cfr. también A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 1, 459. Solo con la reforma del plan de estudios inspirada por el rector Funes, se ponía atención también en el estudio del derecho real y del derecho natural y de gentes, aun conservándose en el primer año el estudio del derecho romano, porque "confesamos de buena fe que las Instituciones de Justiniano son el cuerpo más metódico y claro, en comparación de los demás", según palabras del mismo Funes quien defendió tal enseñanza frente a "los que profesan la Secta filosófica del día" (cfr. A. DÍAZ BIALET, **El derecho romano en la obra de Vélez Sársfield,** 1, Córdoba, 1949, 31 s.; A. LEVAGGI, "La formación romanística de Dalmacio Vélez Sársfield", en **Diritto romano, codificazioni e unità del sistema** cit. (**supra** n. 3), 321; A. CHÁNETON, **Historia de Vélez Sársfield,** Buenos Aires, reimpr. 1969, 344 ss.
Es igualmente importante la traducción efectuada por el jurista cubano J. A. SACO, **Elementos de Derecho Romano por Juan Heineccio,** Filadelfia, 1826, sobre la cual repara H. HANISCH, "Fuentes" cit. (**supra** n. 7), 84 ss. (la obra tuvo otras ediciones en España y en Francia: cfr. **O.C. Caracas** XIV cit. **supra** n. 2, LXVIII n. 1).

118. Cfr. A. ÁVILA, "La enseñanza" cit. (**supra** n. 114), 183 n. 4; H. HANISCH, "Fuentes" cit. (**supra** n. 7), 82 y n. 25; J. ARENAL, "Un libro mexicano del siglo XVIII", en **Rev. Investigaciones Jurídicas,** 3 (México), 1979, 423 ss.
También la obra de J. SALA, **Ilustración del Derecho real de España,** Valencia 1803, tuvo una larga difusión, y con adaptaciones fue publicada en México, 1807, al cuidado de J. M. W. SÁNCHEZ DE LA BARQUERA, (reimpr., México 1831-32), y después con el título de **Sala mexicana, o sea la Ilustración al Derecho real de España,** México, 1845-49 al cuidado de M. DUBLAN y L. MÉNDEZ (cfr. A. GARCÍA GALLO, "La ciencia jurídica" cit. **supra** n. 89, 196 n. 131); fue publicado en fin con el título de **El Sala Hispano Chileno** al cuidado de V. SALVÁ y con la colaboración de M. A. TOCORNAL (cfr. H. HANISCH, "Fuentes" cit. **supra** n. 7, 91).

119. Sobre la Universidad de San Carlos, cfr. A. M. RODRÍGUEZ CRUZ, **Historia** cit. (**supra** n. 90), 514 ss.; **Salamantica** cit. (**supra** n. 90), 367 ss.

120. J. M. GARCÍA LAGUARDIA ha desarrollado una relación sobre "L'opera di J. M. Álvarez, e le sue radici romanistiche, come fattore di unità della cultura giuridica latinoamericana", el 23.6.1978 en el Istituto Giuridico della Università di Sassari, en relación con los trabajos de investigación C. N. R. sobre "Diritto romano e tradizione romanistica nella storia dell'America Latina".
La obra de J. M. Álvarez ha sido reimpresa últimamente, según su edición mexicana de 1826, con "Estudio preliminar, significado y proyección hispanoamericana de la obra de José María Álvarez, fuentes y bibliografía" de J. M. GARCÍA LAGUARDIA y M. DEL REFUGIO GONZÁLEZ, 2 vol., México, 1982. Allí cfr. para las diversas ediciones, p. 35 ss.; 172 ss.

121. H. LAFAILLE, **Fuentes del Derecho Civil en América Latina,** Buenos Aires, 1959, 29 s. Es de subrayar que este A. pone lúcidamente en la misma línea la obra institucional de Álvarez, el proyecto de código civil de Uruguay de 1851 de E. Acevedo, y las **Consolidaçao y Esboço** de A. Teixeira de Freitas para Brasil, identificando en ellas un intento común de "poner orden", "condensar". Cfr. también S. CESTAU, "El proceso de la codificación civil en la parte sur de América Latina", en **Rev. Asociación de Escribanos del Uruguay,** 58, 1972, 417 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nario suceso en América Latina independiente, como resulta claro de su difusión, con las dos ediciones en Guatemala (la primera ya citada y la segunda en 1854) y las ediciones de México (1826), Filadelfia (1826), Nueva York (1827), La Habana (1834), Buenos Aires (1834), Bogotá (1836), La Habana (1841), México (1843), de entre las cuales no escapa ciertamente la importancia de la de Buenos Aires, al cuidado y con apéndice de D. Vélez Sársfield,[122] quien años más tarde será el autor del Código Civil de la República Argentina. Esta se ubicaba claramente en el camino de la codificación, precediéndola y preparándola a través de una apropiación científica de la tradición hispano-indiana, que devenía así en derecho patrio de los países que habían alcanzado la independencia.[123]

4. La actividad docente de Andrés Bello. *De la enseñanza de los* Principios de legislación universal *a la del* Derecho romano *bajo la forma de las* Instituciones. ***a.*** La primera contribución significativa de Andrés Bello a la cultura jurídica de Chile es de 1830, y está constituida por la propuesta para instituir en el Colegio de Santiago[124] una cátedra de "Principios de legislación universal".[125] Una cátedra tal fue luego instituida en el "Instituto nacional", en ocasión de la reforma del plan de estudios que este instituto llevó a cabo en 1832,[126] y que se mantuvo allí hasta 1846, de acuerdo con los planteamientos originariamente sugeridos por Bello, para ser después limitada en dicho periodo al Derecho Penal.[127] Para el Colegio, Bello preparó además el programa que fue impreso, y tenía el título de *Programa para los exámenes de los alumnos de la clase de Principios generales de legislación,* y desarrolló el curso el mismo año de 1830.[128] Tal programa, articulado en cuatro libros, revela claramente el profundo conocimiento que Bello tenía de la obra de Ben-

---

122. Cfr. A. CHÁNETON, **Historia** cit. (**supra** n. 117), 556 ss.; A. DÍAZ BIALET, **El derecho romano** cit. (**supra** n. 117), 1, 61 s.; 67 ss.; A. LEVAGGI, "La formación" cit. (**supra** n. 117), 328 s.; V. O. CUTOLO, **La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas,** Buenos Aires, 1947, 50 ss.

123. Otro tipo de trabajo jurídico que, como hemos visto (**supra** n. 77) había tenido una dimensión ligada también a la enseñanza, llegando a substituir en algunos casos el curso de **Institutiones,** es el de la elaboración y recolección de reglas de derecho, que se desarrolla de D. 50, 17. De ello es expresión por ejemplo, la enseñanza del **De regulis iuris** previsto para el tercer año en la Universidad de Córdoba, después de la reforma de 1818 (cfr. A. CHÁNETON, **Historia** cit. **supra** n. 117, 349; A. DÍAZ BIALET, **El derecho romano** cit. **supra** n. 117, 9; A. LEVAGGI, "La formación" cit. **supra** n. 117, 322), o, en sentido parcialmente diverso, la publicación chilena, en algunos números de la **Gaceta de los Tribunales** de 1847, de la traducción en castellano del citado título del Digesto; la mexicana de las **Explicaciones del jurisconsulto Ever Bronchorst al título del Digesto de diversas reglas del derecho antiguo** (1868; trad. de P. RUANO); y la brasileña de las **Regras de Direito** de A. TEIXEIRA DE FREITAS (Rio de Janeiro, 1882), sobre la cual cfr. S. SCHIPANI, "Il 'methodo didactico' di Augusto Teixeira de Freitas", in **Augusto Teixeira de Freitas e il diritto Latinoamericano,** a cura de S. SCHIPANI, Padova, 1988, 520. ss.
Diverso de los trabajos recién considerados es el de la obra de J. N. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, **Pandectas hispano-mexicanas,** México, 1839 (reimpr. 1980, con "Introducción" de M. DEL REFUGIO GONZÁLEZ), que mencionamos aquí por la relación que ella presenta entre la herencia de Roma y la mejicanización del dato hispánico.
Sería necesario por cierto, pasar de estas indicaciones ejemplificativas a una recensión completa de los datos.

124. Andrés Bello había sido nominado a la dirección del **Colegio de Santiago** poco después de su llegada a Chile: cfr. H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 33 s. (= ID., **Andrés Bello y su obra en Derecho Romano,** Santiago, 1983, 28 s.
Sobre Chile, en la época en que llegó Bello, y sobre los rasgos fundamentales de los decenios en que él actuó, cfr. últimamente S. COLLIER, "Evolución política, institucional, social y cultural de Chile entre 1829 y 1865", en **Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario,** 1, Caracas, 1981, 25 ss. Sobre el significado profundo de tal estada en Chile de Bello, cfr. para todos R. CALDERA, "La conjunción de Bello y Chile, lección y ejemplo para Latinoamérica", en **Bello y Chile** cit., 1, 1 ss.

125. Cfr. sobre el punto, A. ÁVILA, "Londres en la formación jurídica de Andrés Bello", en **Bello y Londres. Segundo Congreso del Bicentenario,** 2, Caracas, 1981, 213.

126. Cfr. **supra** n. 115.

127. Cfr. A. ÁVILA, "The influence of Bentham in the teaching of Penal Law in Chile", en **Rev. Est. histórico-Jurídicos,** 5, 1980, 262; "Londres" cit. (**supra** n. 125), 214 s.

128. El opúsculo lleva, en el interior, como título: **Principios de legislación universal:** cfr. A. ÁVILA, "Londres" cit. (**supra** n. 125), 214 y n. 9, que lo reproduce íntegramente (p. 229 ss.).
El texto de apuntes trascritos en 1833 por Ramón Briceño, quien siguió las lecciones de Antonio Jacobo Vial y estudió "por un texto manuscrito de Bello", ha sido encontrado por A. de Ávila Martel, que está ahora al cuidado de la edición: cfr. A. ÁVILA, "Londres" cit., 216.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tham, la que resulta ampliamente utilizada (libros I, III, IV) junto a la de Constant (libro II).[129]

El planteamiento de la obra le ha valido el ser considerada como "el verdadero curso de filosofía del derecho de Bello";[130] éste sin embargo, aun siendo sensible a esta dimensión de la experiencia jurídica, se inclina más hacia otros aspectos de la misma.

b. Después de la clausura del Colegio, en 1831 Andrés Bello abrió en su casa un curso de "Derecho natural y de gentes".[131] "Su verdadero interés estaba en la segunda materia",[132] y en efecto, de este curso, que después continuó dictando —y que, en la ya mencionada reforma del plan de estudios del Instituto[133] fue indicado como "Derecho de gentes"— nacieron aquellos *Principios de derecho de gentes* publicados en 1832, con un merecido significativo suceso, que más adelante fueron puestos al día, modificados en su título *(Principios de derecho internacional* a partir de la edición de 1844),[134] y adquirieron objetivamente una gran relevancia histórica, como *estabilización científica* de un modelo del derecho de ese ramo, en el cual él trabajó significativamente también al nivel de la práctica diplomática.[135]

c. En el mismo año de 1832 en que se publicó la obra de Derecho Internacional apenas recordada, Andrés Bello se proponía además dictar un curso de Derecho romano,[136] que más bien parece haya iniciado efectivamente sólo en 1834, año en el que junto a la reflexión y discusión sobre la codificación, él se encontraba también iniciando privadamente el concreto trabajo del articulado del Código Civil;[138] es decir que estaba emprendiendo el paso que lo conducía de la expresión de la exigencia de una reorganización del sistema normativo a la (re)construcción sistemática del Derecho y consiguientemente en el campo del Derecho Civil, como, en otra manera (solamente científica), había hecho para el Derecho Internacional. Y cuando, en 1843 publicaba las *Instituciones de Derecho Romano,*[139] Andrés

---

129. Así, A. ÁVILA, "The influence" cit. (**supra** n. 127), 263; "Londres" cit. (**supra** n. 125), 214 s.; F. MURILLO, **Andrés Bello: Historia de una vida y de una obra,** Caracas, 1986, 352 s.

130. A. ÁVILA, "Londres" cit. (**supra** n. 125), 216; "La filosofía jurídica de Andrés Bello" en **Andrés Bello y el Derecho** cit. (**supra** n. 3), 47 ss. Otro es ciertamente el problema sobre la concepción filosófica general, y filosófico-jurídica en particular de A. Bello, sobre las partes textuales y sobre las iniciativas a través de cuyo análisis llegar a reconstruirla: cfr. en general las actuales contribuciones de W. HANISCH, A. ARDAO, S. R. SUTHERLAND, O. BAULNY, en **Bello y Londres. Segundo Congreso del Bicentenario,** 2, Caracas, 1981, 119 ss.; 145 ss.; 171 ss.; 191 ss.; y además C. RUIZ, "Sobre la filosofía de Andrés Bello" (separ.) Santiago, s.f.; H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 85 ss.; R. CALDERA, "Prólogo", **O. C. Caracas,** XVIII, Caracas, 1882; F. MURILLO, **Andrés Bello** cit. (**supra** n. 129), 314 ss.; 345 ss.

131. A. ÁVILA, "Londres" cit. (**supra** n. 125), 218; "La enseñanza" cit. (**supra** n. 114), 187 s.

132. A. ÁVILA, "Londres" cit. (**supra** n. 125), 218; "La filosofía" cit. (**supra** n. 130), 44 ss.

133. **Supra** n. 115.

134. Cfr. **O. C. Caracas,** X, Caracas, 1954. Recientemente, cfr. las contribuciones de F. MURILLO, E. PLAZA, en **Bello y Londres. Segundo Congreso del Bicentenario,** 2, Caracas, 1981, 243 ss.; 263 ss.; y de H. GROS ESPIELL, F. MURILLO, en **Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario,** 2, Caracas, 1981, respectivamente 139 ss.; 161 ss.

135. Sobre la obra de A. Bello en el campo del derecho internacional, cfr. **Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano** cit. (**supra** n. 3), 23 ss., con contribuciones de **F. MURILLO, H. GROS ESPIELL, M. PANEBIANCO, P. FOIS, P.I. MORALES, F. POCAR, J. LAMTLEBEN.**

136. Anunciaba él en **El Araucano,** n. 80 del 24 de marzo de 1832, que el 2 de abril sucesivo habría iniciado cursos privados de "Derecho natural y de Gentes" y de "Derecho Romano".

137. Cfr. H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 42, quien recuerda el testimonio de J. V. Lastarría y Miguel L. Amunátegui.

138. En lo que se refiere al inicio de los trabajos para el código en estos años, cfr. A. GUZMÁN, "El pensamiento codificador" cit. (**supra** n. 3), 156 s. quien alude al testimonio constituido por un discurso de Manuel Benavente, y demuestra que tal trabajo tuvo sus inicios en el libro de las sucesiones (sobre el punto, más ampliamente, A. GUZMÁN, "Estudio histórico-crítico" cit. (**supra** n. 4, 18 ss.).

139. **Las Instituciones de Derecho Romano** se publicaron en 1843 en dos pequeños volúmenes, sin indicación alguna del nombre del A. pero "no cabe la menor duda de que la obra impresa debe atribuirse a nuestro autor" (**O. C. Caracas,** XIV, cit. **supra** n. 2, "Advertencia editoral", LVII). En esta edición, dicha obra comprende el "Programa de Derecho Romano", elaborado por Bello mismo. A esta publicación siguió una nueva edición en 1849, ésta también anónima. En 1871, en 1878 y en 1890 se efectuaron otras ediciones, mientras que la obra continúa siendo el texto adoptado en la Universidad de Chile hasta la reforma del programa del 10.1.1902, y en la Universidad Católica de Chile (fundada en 1889) hasta 1913. H. HANISCH, "Los ochenta años de influencia de Andrés Bello en la enseñanza del Derecho Romano en Chile", en **Andrés Bello y el Derecho** cit. (**supra** n. 3), 168 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Bello se encontraba igualmente inmerso en los trabajos de la "Comisión de Legislación del Congreso Nacional" que preparaba el llamado *Proyecto de 1841-1845* del Código Civil.[140] En 1845 inauguraba también, el 17 de setiembre y como primer rector, la Universidad de Chile,[141] que venía a constituir aquel modelo de la "Universidad de abogados"[142] que regirá por un siglo en todo el continente, y en la que ponía junto a la centralidad del *rol* del derecho, el "estudio de nuestra lengua", como uno de los "vínculos más poderosos de fraternidad" de la que consideraba "nuestra América".[143]

El desarrollo del curso y la publicación de su obra se encuentran así ligados a estas grandes contribuciones. Ese texto venía ofrecido humildemente a los estudiantes, con la convicción de que en él se habían fijado algunas decisiones fundamentales, que en él se había constituido la simple trama, gradual y diariamente construida, en la cual se había venido ordenando y de la cual progresaba un trabajo científico y una actividad didáctica personales, a profundización gradual; de la cual emanaba la equilibrada originalidad del codificador del saber y de la vida social.

En la atención y en el cuidado institucionístico y codificador de Andrés Bello hacia una concreta sociedad histórica, se ha substituido así, y permanentemente, la legislación universal y el Derecho natural por el Derecho romano y el Código Civil, por el Derecho Internacional, por la Universidad y por la *Gramática de la lengua Castellana destinada al uso de los Americanos.*

5. Las Instituciones de Derecho romano de *Andrés Bello.*

5.1. Base de una actividad docente especializada inicial

Las *Instituciones de Derecho romano* de A. Bello son, en primer lugar, la base y el fruto de una actividad docente destinada específicamente a la preparación inicial del jurista.

a. Ellas han nacido para la enseñanza y el estudio como *actividades especializadas,* distintas de la práctica del foro, y del ejercicio inmediatamente destinado a esta última, a la que Bello nunca se dedicó.[144] A diferencia de los *Principios de derecho de gentes/internacional,* que fueron inmediatamente impresos y en este modo puestos a disposición de cualquier operador del Derecho, y que expresamente están destinados a un público siempre mayor de estudiantes y lectores,[145] las *Instituciones* no parecen destinadas al uso directo del jurista en su actividad sucesiva a la de su formación, y llegan a ser publicadas cuando su autor devenido rector de la Universidad, cesa la actividad de enseñanza en contacto directo con los estudiantes de esa disciplina, y expresa así su deseo de continuarla, confiando en el valor del libro impreso que proyecta hacia el futuro el trabajo efectuado en dicho ámbito circunscrito de estudio.

b. Ellas están además atadas a un método de enseñanza, y del cual forman *parte:* constituyen el simplificado instrumento de *base.* Parece que Bello hubiera tenido una evolución en sus métodos para exponer la materia, más cercano al

---

140. P. LIRA URQUIETA, "Introducción", en **O. C. Caracas, XII, Código Civil de la República de Chile,** Caracas, 1954, XXVI.

141. E. GONZÁLEZ ROJAS, "Andrés Bello y la Universidad de Chile", en **Andrés Bello. Homenaje de la Facultad de Filosofía y Educación de la Universidad de Chile,** Santiago, 1966, 9 ss.; M. SALVAT, "Vida de Bello", en Autores Varios, **Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello,** Santiago, 1973, 66 ss.; A. ÁVILA, **Andrés Bello. Breve ensayo sobre su vida y su obra,** Santiago, 1981, 76; H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 65 ss.

142. Cfr. H. A. STEGER, **Die Universitäten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas,** Bielefeld, 1967 (trad. española, México, 1974, 280 ss.); "Universidad de abogados y universidad futura" (relación sostenida en el "Primer encuentro de estudios latinoamericanos", Sassari, 14-15 y 31 de enero de 1972), en **Diritto romano e Università dell'America Latina,** investigación al cuidado de P. CATALANO, = **Index,** 4, 197, ss.

143. "Discurso de Instalación" cit. (**supra** n. 1), 33.

144. Andrés Bello obtuvo el grado de bachiller en leyes en la Universidad de San Felipe de Santiago en 1836 (**cfr. supra** n. 110), pero no ejercitó nunca la profesión de abogado.

145. Cfr. el "Prólogo" de las diversas ediciones. El punto viene subrayado por M. Panebianco, en la relación sobre "Andrés Bello (1781-1865) y el internacionalismo Latino-Americano" presentada en este Congreso y a la cual me remito.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

modelo de Vinnius en un primer momento, al de Heineccius después; este último se encuentra difusamente reflejado en el texto que nos ha llegado,[146] del cual quizás no podamos indicar con certeza el periodo inicial de su formación.[147] El texto en todo caso no contiene más que una parte del trabajo que se desarrollaba: cierto es en efecto que Bello, oralmente ampliaba, y sobre todo profundizaba, discutía en un modo que podía variar de un año para otro, en un estilo que podríamos decir permanece como el de las anotaciones y desarrollos amplios, de las conexiones y combinaciones de carácter constructivo y dogmático que tomaban la inspiración de un texto básico, prevalentemente axiomático y sistemático.[148] Esta otra parte del trabajo, que nos es ignota, no se puede descuidar si queremos estudiar el Bello romanista y su relativa obra, porque ciertamente en ella expresaba su reflexión más compleja; se completaba su enseñanza. El texto es como punta de un iceberg, cuya parte más consistente permanece sumergida,[149] y si queremos conocerla debemos, a mi entender, rebuscarla entre las líneas del Código Civil, en donde ha confluido a través de una serie de mediaciones metodológicas, textuales y dogmáticas de carácter complejo.[150]

c. No es pues debido al nivel de la enseñanza —que del texto disponible parece simple, pero que no lo era— que Andrés Bello consideraba que el estudio del Derecho romano debiera ponerse al inicio del currículo de los estudios, sino por otra razón de mayor significación. Cuando en 1832, en la ya referida reforma de los programas del Instituto se volvió a introducir en el tercer año un curso de "Historia y elementos de Derecho Romano", Bello criticó esta solución, sosteniendo que el Derecho romano "es el origen y fuente de todos los derechos. Primeramente deben conocerse los principios generales del Derecho y pasar después a las deducciones particulares. . .".[151] En estas palabras queda expuesta

---

146. La fuerte influencia operada por la obra de Heineccius sobre el texto de A. Bello que nos ha llegado, es un hecho aceptado por la crítica: cfr. para todos H. E. YNTEMA, "Introducción" cit.; (**supra** n. 2). Y esto viene siendo precisado y esclarecido por los más recientes estudios sobre la materia: cfr. H. HANISCH, "Fuentes" cit. (**supra** n. 7), Andrés Bello cit. (**supra** n. 124), 330 ss; "Gli **Elemento Juris civiles** di J. G. HEINECCIUS come modello per le **Instituciones de Derecho Romano** di Andrés Bello", in **Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano** cit. (**supra** n. 3), 259 ss. y K. LUIG.

147. Cfr. el testimonio de J. V. LASTARRÍA, **Recuerdos literarios**, Santiago, 1878, **passim**, recordado por H. HANISH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 46 s.
Hay quizás algo por aclarar aún sobre las relaciones entre la afirmación de Lastarría, según la cual "Mora enseñaba. . . hablando históricamente como habla Heineccio. . .; en tanto que Bello nos implantó el curso de dos años de Instituta, en latín y de memoria, y por los comentarios de Vinnio" (p. 24), y aquella según la cual "el señor Bello. . . insistía. . ., a pesar de dictarnos en español las lecciones de Derecho Romano, que hoy son tan conocidas, en hacernos estudiar de memoria la Instituta de Justiniano, y de comprensión los comentarios de Vinnio" (p. 77). En efecto, si este texto dictado en español fuera el mismo que se publicó después en 1843, no resultaría clara la referencia a Vinnio, ni en qué cosa consista la contraposición metodológica entre Mora y Bello según Lastarría.

148. Puntualmente H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 48 s. sintetiza: "Del recuerdo de sus alumnos se puede deducir que Bello seguía las siguientes normas para enseñar el Derecho Romano: aprendizaje memorístico de las Institutas de Justiniano; dictado de sus lecciones; manejo del Digesto, Codex y Novelas; comprensión de los comentarios de Vinnio; exposición precisa y concisa del punto que se trataba; conversación sobre él con los alumnos; discusión prolija con detalles y explicaciones aclarando todo lo nebuloso o vago para llegar a ideas lo más completas y claras; consulta de obras selectas de los mejores autores; planteamiento casuístico; todo ello con el fin de habituar a pensar y discutir a sus alumnos dentro de una enseñanza vasta y comprensiva". Cfr. también A. ÁVILA, "Bello y el Derecho Romano" cit. (**supra** n. 103), 87.

149. No habiendo podido examinar las **Explicaciones de Derecho Romano arregladas al estudio del ramo en la Sección Universitaria,** Santiago, 1869 (cfr. "Advertencia Editorial", en **O.C. Caracas,** XIV cit. **supra** n. 2, LIX s.) no me es posible evaluar la medida en que ellas puedan reflejar el tipo de enseñanza del mismo Bello, en aquellos años en que él estaba con los estudiantes, y sobre lo cual cfr. también el testimonio de M. L. AMUNÁTEGUI, **Vida de Don Andrés Bello,** Santiago, 1882, 344 ss. (recordada por H. HANISCH, "El derecho" cit. **supra** n. 110, 45 s.).

150. Para un ejemplo de la relación entre **Instituciones de Derecho Romano** y un concreto trabajo de elaboración del articulado del código civil, cfr. S. SCHIPANI, "Del derecho" cit. (**supra** n. 3), 180 s.

151. Cfr. **El Araucano** del 21.1.1832, citado por S. MARTÍNEZ BAEZA, "Bello, Infante" cit. (**supra** n. 115), 22 s.; H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 34.
Bello continúa así: "El curso principal de esta profesión es el Derecho Romano y, por mucho tiempo que se le consagre, nunca será demasiado, porque en él se encuentran cuantas ideas puedan apetecerse para adquirir un conocimiento radical de los demás, que con sus ramos subalternos. Cuando menos se necesitan dos años para recibir una instrucción regular en esa ciencia reguladora de los actos de la vida social".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una perspectiva que incluye dos dimensiones: una relativa a la *deducción de principios*, y otra referente al *origen y fuentes* de los ordenamientos de un sistema. Ambas merecen examinarse aunque sea brevemente.

5.2. Estabilización de los "principios generales del derecho" *según el modelo Gaius-Justiniano.* Para Bello, de acuerdo con las palabras recién citadas, el Derecho romano debe ser estudiado en primer lugar y ampliamente, es decir que es propedéutico respecto a las otras disciplinas por un motivo de carácter lógico: en él son los "principios generales" de donde se deducen las diferentes soluciones particulares, los "principios" de un todo que tiene carácter sistemático, e implica tal tipo de enseñanza.

Pero si dando vida a la enseñanza de la "Legislación universal", Andrés Bello había por cierto expresado ya una gran exigencia sistemática,[152] él empeñándose personalmente por la enseñanza y en la enseñanza del Derecho romano bajo la forma de las *Institutiones,* con esta opción específica da a la exigencia del discurso sistemático una respuesta no contraria, sino profundamente diversa, porque elige una exposición sistemática constituida no por un sistema ideal sino por un consolidado complejo de conceptos y axiomas, que forma parte de la realidad analizada, en una específica relación con la totalidad del sistema, en su realidad histórica.

Pienso que sea útil interpretar este cambio conectándolo no sólo con las pocas palabras ya recordadas relativas a la deducción de principios, sino también con las reflexiones que él contemporáneamente estaba llevando a cabo en relación a la codificación del Derecho, y que se extendían aun al saber en su conjunto; y además considerando el contenido de la opción en relación también a la no inmutabilidad de las *Institutiones* mismas.

a. En 1831 el Senado aprobaba un proyecto para una codificación-reforma general del Derecho, de la que fue inspirador Juan Egaña[153] e influenciada por las ideas de Bentham.[154] A tal proyecto se opuso la Cámara de diputados, poniéndose en la perspectiva de: "compilar las leyes existentes [. . .]; vertiendo solamente la parte dispositiva de ellas en un lenguaje sencillo y conciso; añadiendo para suplir lo que en ellas falte las reglas que suministrasen los glosadores y tratadistas más acreditados; y citando al fin de cada artículo la fuente de donde hubiera sido tomado"; las eventuales "reformas y mejoras" habrían sido hechas en un segundo momento.[155]

Bello apoya esta segunda posición.[156] Él critica la perspectiva de "formar un nuevo sistema

---

152. Cfr. el **Programa para los exámenes de los alumnos de la clase de Principios Generales de Legislación: Colegio de Santiago,** Santiago, 1831 (vuelto a publicar por A. ÁVILA, "Londres" cit. **supra** n. 125 y 128, 229 ss).

153. Cfr. A. GUZMÁN, "El pensamiento codificador" cit. (**supra** n. 3), 143 y 149; más analíticamente, del mismo "La evolución" cit. (**supra** n. 3), 175 ss. y, recientemente, **Andrés Bello codificador** cit. (**supra** n. 3), 169 ss.

154. Bentham había escrito además una carta a O'Higgins en 1822 ofreciendo, al igual que a Sucre y a Bolívar, su colaboración para la preparación de un código (cfr. A. ÁVILA, "The influence" cit. **supra** n. 127, 260 s.; la trad. española de la carta, al cuidado de P. ESTELLÉ, se publicó en **Historia,** 12, Santiago, 1975, 375 ss.).

155. Así el esbozo de ley presentado por el diputado Juan de Dios Vial del Río: cfr. G. FELIÚ, **La prensa chilena y la codificación,** Santiago, 1966, 20; A. GUZMÁN, "La evolución" cit. (**supra** n. 3), 177 s. **Andrés Bello codificador** cit. (**supra** n. 3), 169 ss. Me parece de sumo interés el hecho que se prevea la referencia a las fuentes: ello hace pensar en efecto, de modo inmediato, a tres tipos de obras diversas, pero que tienen en común esta característica: la obra privada de P. GOROSABEL, **Redacción del Código Civil de España esparcido en los diferentes cuerpos de derecho y leyes sueltas de esta nación,** Tolosa, 1832; una efectuada por encargo del gobierno brasileño, de A. TEIXEIRA DE FREITAS, **Consolidação das Leis Civis,** Rio de Janeiro, 1858; y el **Código Civil de la República Argentina** de D. VÉLEZ SÁRSFIELD. Dicha característica común, que encontramos también en ediciones de otros códigos aun nacidos sin un aparato símil (cfr. por ejemplo el **Codice Civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi romane, approvato dalla Direzione Generale di Pubblica Istruzione, e da S. E. . . Ministro di Giustizia,** 3 vol. Milano 1809-1811), me parece que deba ser evaluada con mayor cuidado para apreciar mejor los diversos tipos de articulación de una continuidad sobre la que se insertan los elementos de innovación.

156. La posición asumida por Bello debería ser analizada también bajo el perfil de las relaciones del mismo con los Egaña, quienes, como es sabido, habían apoyado su llamada en Chile (cfr. para todos G. FELIÚ CRUZ, "Los primeros contactos de Bello con Chile", en **Andrés Bello. Homenaje de la Facultad de Filosofía y Educación de la Universidad de Chile,** Santiago, 1966, 63 ss.), y cuya propuesta no fue apoyada por él. Pero lo que me parece importante subrayar es el distanciamiento asumido respecto a posiciones de tinte benthamista. De frente a éstas, me parece un comportamiento sólo formalmente conciliador la posterior remisión al "célebre Bentham" que hace en el artículo de **El Araucano** n. 324 del 18.11.1836 (cfr. A. GUZMÁN, "La evolución" cit. **supra** n. 3, 185; y el juicio diverso de A. ÁVILA, "Londres" cit. **supra** n. 125, 222 ss.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de leyes, corrigiendo todas aquellas partes del sistema actual que no estuviesen de acuerdo con los principios teóricos de la persona a quien se encomendase esta grande obra"; es decir que él critica una perspectiva de "legislación ideal" realizada "en el gabinete de un legislador filósofo". Es necesario distinguir entre "codificación" y "reforma" porque, de lo contrario, "sería luchar de frente con todas las dificultades". Él sostiene que se trata más bien de reorientar "las leyes civiles a un cuerpo bien ordenado", que "sería para los abogados y los alumnos de jurisprudencia un repertorio útil, donde encontrarían un cuadro sinóptico de las leyes relativas a la materia y de las opiniones de los mejores intérpretes [. . .]. La referencia a las fuentes les haría fácil el recurso a ellas".[157]

O sea que la exigencia de orden pasa de un nivel abstracto, ideal y externo al ordenamiento que, en nombre de aquélla vendría amputado, al nivel en que organiza el conocimiento interpretativo del ordenamiento enraizándolo en sus fuentes; ella adquiere conciencia de que los impulsos reformadores por el ordenamiento mismo pueden brotar casi como un fruto de esta actividad crítica, de esta colación ordenada y metódica, de este adherente arreglo.

En 1843, en fin, en el ya citado discurso de inauguración de la Universidad de Chile, A. Bello subraya: "Lo sabéis, señores: todas las verdades se tocan: desde las que formulan el rumbo de los mundos en el piélago del espacio [. . .] hasta las que dirigen y fecundan las artes [. . .] y yo extiendo esta aserción al dogma religioso, a la verdad teológica". Y poco después: "He dicho que todas las verdades se tocan; y aún no creo haber dicho bastante. Todas las facultades humanas forman un sistema".[158]

La visión sistemática del todo se conjuga con la fundación de la Universidad, personas organizadas para una actividad que indaga normas y sistemas del universo, que descubre y desarrolla un saber sistemático y unificador y, por lo tanto, Universidad "cuerpo eminentemente expansivo y propagador".[159]

Y a las normas, al sistema, al código de la comunicación interpersonal se dirigen sus preocupaciones de lingüista, que ven la máxima realización en aquella *Gramática de la Lengua Castellana* de 1847, en tal modo atenta al uso efectivo de la lengua y al mismo tiempo a la canalización crítica de tal uso. Basta leer el "Prólogo" para percibir la evidenciación de la realidad de la lengua como es, en que "lo convencional y arbitrario abraza mucho más de lo que comúnmente se piensa"; para apreciar luego cómo precisamente esta realidad sea calificada por Bello como "el sistema de la lengua", en el que las abstracciones deben servir "a representar el uso bajo las fórmulas más comprensivas y simples", y constituyen un momento "teórico" necesario porque "el uso no puede exponerse con exactitud y fidelidad sino analizando, desenvolviendo los principios verdaderos que lo dirigen" (no se puede dejar de notar el paralelismo entre este *"desenvolver"* y las *"deductiones"* en el sistema del Derecho), que no debe confundirse con el "fundar estas fórmulas en otros procederes intelectuales que los que real y verdaderamente guía el uso"; para remarcar en fin que esta realidad, acogida como es, analizada con un método que individua y desarrolla sus principios, queda de este modo sujeta además a una selección crítica que, sin producir un "purismo supersticioso", permite evitar "los vicios".[160]

La opción de la forma de las *Instituciones,* ilu-

157. Cfr. el artículo sobre "Codificación del derecho civil", **El Araucano, N.** 146 del 28.6.1833 (vuelto a publicar en **O. C. Santiago,** VII, **Opúsculos Jurídicos,** reimpr. 1932, 137 ss. = G. FELIÚ, **La prensa** cit. **supra** n. 155, 21 s.), y A. GUZMÁN, "El pensamiento" cit. **(supra** n. 3), 150 s.; "La evolución" cit. **(supra** n. 3), 178.

158. "Discurso de Instalación" cit. **(supra** n. 1), 19 y 21. Sobre el argumento, cfr. R. FERNÁNDEZ HERES, "Prólogo" a la ed. cit., 55 ss., que recoge, con rápidos flechazos "las reminiscencias de textos bíblicos, como del **Eclesiástico** y de los **Proverbios.** En estos textos las diversas expresiones del conocimiento son manifestaciones de una misma Sabiduría. . . Bello allí está recordando implícitamente todo un viejo problema que creó Descartes: el de la separación de las verdades de la fe y de las verdades de la razón y aboga por la necesidad de armonizarlas". Sin entrar a examinar el valor de los grandes problemas implicados, me parece en verdad que se subrayan importantes aspectos del tipo de sistema que Bello preconiza.

159. "Discurso de Instalación" cit. **(supra** n. 1), 25.

160. **O. C. Caracas,** IV, 1951, 11 s. (reimpr., Caracas, 1972).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mina y queda iluminada por estas otras reflexiones: Ella expresa el pasaje de una pura exigencia abstracta a la concreta individuación de un núcleo central sistemático de donde se pudiera irradiar la organización científica de aquel "laberinto de una legislación como la nuestra", de aquella "obscuridad y complicación de las leyes", de los "códigos que nos hablan un lenguaje inteligible apenas"[161] y que así mismo regulan concretamente la vida social. En ella se expresa no solo la exigencia por la fijación de una serie de reglas, claramente formuladas y de fácil ubicación, sino también un orden de las mismas.[162] Un orden ínsito en ellas, radicado en el pasado, seleccionado en el tiempo y en el aporte de muchos. La exigencia sistemática en esencia se concretiza identificándose en el tipo de trabajo de los institucionistas; se arraiga a través de ellos en el método y en la sensibilidad de los juristas de la antigüedad clásica, antes que en el iluminismo; acoge y propone un específico sistema.

b. Como para la antigüedad clásica, he subrayado que el discurso institucional no es sólo un método, sino un modelo concreto, creado con base en el *ius civile,* en una específica relación de éste con la totalidad del sistema y de la sociedad; así, a este punto es necesario subrayar que la opción del mismo significa el acogimiento de aquel modelo existente y consolidado de sistema de conceptos, principios y reglas derivadas de un complejo de experiencia jurídica determinado.

Aquel modelo no era, por otra parte, inmóvil. Cambios se habían producido en efecto, en el recorrido del largo camino que había llevado a la maduración de los tres tipos de obras institucionales ya mencionados líneas arriba. A los fines del argumento aquí examinado, sería útil profundizar los cambios del modelo de las *Institutiones,* presentes en la obra de Heineccius, enlazados a las generalizaciones del método axiomático[163] y realizados en el ámbito de una substancial permanencia de los datos normativos del Derecho romano, pero también con una serie de cambios conceptuales y problemáticos potencialmente en parte enervantes del modelo mismo en el marco de una conexión de éste con otros complejos de normas (Derecho natural y Derecho germánico) respecto a los cuales, aun siendo aquél asimilable a un "derecho tipo, una pura teoría del derecho",[164] no venía de este modo a resultar separado, sino más bien, en parte se volvía a proponer como la matriz.

Respecto a la obra de Heineccius, a sus distanciamientos de las *Institutiones* de Justiniano, también Bello interviene, habiendo sido puestos analíticamente a la luz la dependencia de su texto del de Heineccius, y los aportes personales.[165]

Considerando globalmente, por ejemplo, la tratación inicial de las fuentes del Derecho, respecto al modelo de las antiguas *Institutiones,* vemos también modificados algunos términos de referencia, con la introducción del derecho divino positivo, revelado (Heineccius, *Elementa* 1, 2, 35 y 42; Bello, *Instituciones,* 1, 2), y el acantona-

---

161. Son palabras de A. Bello, "Codificación del derecho civil" cit. (**supra** n. 157); "Sistema de administración de justicia" (vuelto a publicar en **O. C. Santiago,** VII cit. **supra** n. 157 y en FELIÚ, **La prensa** cit. **supra** n. 157). Cfr. para todos A. GUZMÁN, "Crítica del derecho patrio y proyectos para su fijación", relación presentada al Coloquio sobre "Diritto romano, codificazioni e rivoluzioni per l'indipendenza nell'America Ispanica", Sassari, 23-25 novembre 1979, en **Index** (V, 14, 1986 (= en **Rev. de Derecho,** 3, Valparaíso, 1979, 67 ss.), y, más ampliamente, del mismo "Crítica del derecho como presupuesto de la fijación en torno al primer tercio del siglo XIX", en **Rev. Est. Histórico-Jurídicos,** 5, Valparaíso, 1980, 290 ss. en que se examina y clasifica diversos puntos comunes de la crítica al derecho castellano e indiano: "multitud de leyes; carácter recopilatorio de los códigos; oscuridad, complicación, contradicción, incoherencia, desorden; vicios del lenguaje; desuso de amplios sectores del derecho; dificultades para el conocimiento del derecho; inseguridad e incerteza jurídica; legislación viciosa y mala administración de justicia", y se pone en luz además, las diferencias respecto a las críticas al derecho romano, y el diverso uso tanto en Europa como en Chile de algunos puntos comunes críticos.

162. Se puede observar evidentemente que, una simple compilación de **regulae,** no habría sido la respuesta inmediata a las exigencias metodológicas de A. Bello.

163. Cfr. H. E. YNTEMA, "Introducción" cit. (**supra** n. 2), XXIII ss.; H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 51 ss.; F. WIEACKER, **Privatsrechtsgeschichte** cit. (**supra** n. 81), 223 y 228 s.

164. La expresión es de LUIG, "Gli **'Elementa Iuris civilis'** de J. G. Heineccius como modelo para las **'Instituciones de derecho romano'** de Andrés Bello", cit. (**supra** n. 146), 267.

165. Cfr. sobre el punto y para todos H. HANISCH, "Fuentes" cit. (**supra** n. 7), 75 ss.; K. LUIG, "Gli **Elementa**" cit. (**supra** n. 146).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento de la "doctrina de los jurisconsultos" (Bello, *ibid.*). O, en lo que se refiere al derecho de las personas, y a la percepción del significado de la *potestas* frente a los hijos y a los siervos, vemos la equiparación de ésta al "dominio quiritario" (sobre cuyo concepto, diverso del antiguo, sería necesario hacer algunas precisiones), que constituye una difusa reinterpretación madurada en concomitancia con la formación del Estado moderno, y la tentativa de monopolio de la soberanía por parte del mismo.[166]

Este, y otros cambios que sería posible mencionar, no pueden alterar radicalmente el mismo modelo institucional, y en su conjunto se puede decir que, en la obra de A. Bello está asumida y se transparenta la versión antigua de aquél y de su contenido normativo, aunque algunos de sus conceptos aparezcan revisados o nuevos. Tal modelo continúa siendo portador de una definición inicial del Derecho y de la justicia en una experiencia de pluralidad de complejos normativos; de un *rol* central de la *persona* reconocida y constituida esquema organizador de una comprensión global, unificadora, a través del cual *conglutinare in genera* una realidad *disoluta et divolsam*, a la que líneas arriba se ha aludido brevemente, etc.; en fin, de un *rol* de punto de referencia madurado al interno del sistema, y también crítico, quizás debido a su parcial alejamiento.

5.3. Afirmación de la pertenencia al espacio-tiempo del Derecho romano. Los cambios que acabo de recordar y los otros que habrían podido ser mencionados, se colocan dentro de una opción precisa, según la cual las *Instituciones* preparadas por Andrés Bello son *de Derecho romano*. Es decir que tales cambios no están destinados a poner el centro de la obra sobre la comparación entre Derecho romano y chileno, o en el Derecho chileno de modo directo y exclusivo, según los modelos alternativos existentes,[167]

166. Para la potestad sobre los hijos, sería interesante partir de Heineccius: en efecto, de un lado él afirma (**Elementa**, cit.), **"itaque nihil aliud est patria potestas, quam dominium Quiritarium, quod patri competit in liberos"** (136), y saca consecuencias en materia de adquisiciones, observando que **"adquirimus nobis non solum per nos ipsos, sed et per res nostras"** (469); **"quum ergo et filiifamilias, et servi Romanorum, tamquam res mancipi, essent in dominio Quiritario parentum et dominorum, consequens erat ut quidquid adquirent servi, eius proprietatem adquirent dominis"** (470) y **"quidquid a filiofiliave adquiritur, id omne adquiri patri"** (472), clasificando este modo de adquisición como **"accessio"** (354); pero de otro lado tiene claro aún el significado **político** y no **propietario** de la **potestas**, participando inclusive del proyecto de su época de separar las dos dimensiones (cfr. **Jus naturae et gentium**, L. 2 C. III § LVII: **"Ex eodem patet, finem huius societatis —sc.: parentum et liberorum— nom exigere ius vitae et necis in liberos, nisi forte in statu naturali parentes diffusae familiae, tamquam capita, praeiverint: quamvis tunc magis ut principes vel imperantes, quam tamquam parentes, id ius exercuisse videantur"; ". . .olim semper exercuerunt, non tamquam patres, sed tamquam supremi imperantes"**). Andrés Bello sigue a Heineccius en la interpretación según la cual "el hijo estaba bajo el dominio quiritario del padre. . .; con respecto al padre era **res mancipi"** (L. I, T. III); pero si también es más evasivo en lo que se refiere a construcción dogmática de la adquisición al padre, no recupera el significado antiguo y político de la **potestas** que parece eclipsarse.

Para la potestad sobre los **servi**, la combinación de conceptos encerrada en la noción antigua de **potestas dominica** está completamente ofuscada en Heineccius, y más bien, en relación con los siervos mismos se adopta la distinción según la cual son **homines**, pero, dado que **"persona est homo, cum statu quodam consideratus"** (§75), **"servus itaque est homo: est etiam persona, quatenus cum statu naturali consideratur. . ., sed ratione status civilis non est persona"** (§77), llegando a una conclusión di-ferente de la del modelo antiguo. Andrés Bello por el contrario omite luego la elaboración de este título.

Sin embargo no es posible profundizar aquí en modo adecuado estas reflexiones. La recuperación para la cultura jurídica romanística de la concepción **política** de la **potestas** se debe en primer lugar a Bonfante, quien ha recogido una corriente interpretativa no extinguida totalmente aún: cfr. G. BRICHETTI, "La natura originaria della famiglia romana nella tradizione giuridica italiana", en **Riv. It. di Sociologia**, 24, 1920, 269 ss.; cfr. además los estudios de G. Lobrano. Para la escisión entre la noción de **persona** y la de **homo**, cfr. R. ORESTANO, **Azione, Diritti soggettivi. Persone giuridiche**, Bologna, 1978; H. COING, "Der Rechtsbegriff der menschlichen Person u. die Theorien der menschenrechte", en **Z. Gesch. d. Privatrechtssystem**, (Frankfurt/M, 1962). Contribuciones atinentes a esta línea de trabajo están constituidas por la relación de K. LUIG, "Gli '**Elementa**'" cit. (**supra** n. 146); o por la de H. HANISCH, "Andrés Bello y la recepción del derecho romano en los Países Latinoamericanos en materia de obligaciones y contratos" ponencia en el "III Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Bogotá, 3-6 agosto 1981" publicada en **Andrés Bello** cit. (**supra** n. 124), 159 ss.; o por la de A. GUZMÁN, "la sistemática del Código civil de Andrés Bello", presentada a este Congreso (**cfr. infra**).

167. **Cfr. supra**, para Europa § 3.1. y para América Latina § 3.2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y que en parte el mismo Bello los tuvo presente en el programa mismo de los estudios.[168]

Considerando que, como se desprende de todo lo dicho anteriormente, todas las obras institucionales son en cierto modo y por sí mismas romanísticas, no se puede no analizar el significado de la elección lúcidamente cumplida por el modelo más intensa, directa y declaradamente romano, con todas las implicaciones que de ello derivan en la historia del sistema romanista. Para aclararlo, me parece útil la confrontación, también por contraste, con el planteamiento dado al estudio de otros dos perfiles de la realidad social, y a lo cual Bello estuvo siempre atento, y se dedicó; me parece útil además el examen en particular de un artículo que él escribió precisamente en el año en que comenzaba su curso institucional.

a. A propósito del estudio de la historia, Bello subrayó: "la nación chilena no es la humanidad en abstracto; es la humanidad bajo ciertas formas especiales; tan especiales como los montes, valles y ríos de Chile; como sus plantas y animales; como las razas de sus habitantes; como las circunstancias morales y políticas en que nuestra sociedad ha nacido y se desarrolla".[169] Él, con estas palabras, aplicaba a la historia, a esta disciplina unificante, la búsqueda de la identidad de "cada hombre-pueblo", la indicación de la centralidad de la dimensión "patria" por él propuesta, en el momento solemne de la inauguración de la Universidad, para la investigación en el campo de la economía, de la estadística o de la medicina.[170] Sobre tal línea orientativa, él alentaba a los "jóvenes chilenos" a imitar la Europa en la "independencia del pensamiento".[171]

Esta dimensión de la historia[172] tiene, en el pensamiento de Bello, una raíz lejana, a tal punto que se podría considerarla una constante: en efecto, la encontramos ya presente en 1810, cuando él publicó en Caracas el *Resumen de la historia de Venezuela,*[173] su "primer escrito de cierto vuelo" y "Primer intento de historia patria",[174] por el cual "el hecho mismo de encontrarnos ante un texto muy incompleto nos impide profundizar en el criterio historial de Bello, si bien sí podemos observar que, según el esquema, de lo que debía ser la obra, cumple con su tesis, enunciada años después en Chile".[175] Y ciertamente puede ser tomado como emblemático el hecho que este escrito comience con la palabra *Colón,* y con la referencia al tercer viaje de éste; lo que aparece detrás de este descubrimiento no es la

---

168. Cfr. las **Cédulas para el examen de Bachiller en Leyes** aprobadas por A. Bello y S. Sanfuentes el 21.6.1844, en **Anales de la Universidad de Chile,** Santiago, 1846, 108, reproducidas por H. Hanisch, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 68 s. n. 105, donde se prevé el "Derecho Romano y Patrio concordados".

169. "Modo de estudiar la historia", en **El Araucano,** n. 913 del 4.2.1848 (vuelto a publicar en **O. C. Caracas, XIX, Temas de Historia y Geografía,** Caracas, 1957, 249).

170. "Discurso de Instalación" cit. (**supra** n. 1), 29: "La Universidad estudiará también las especialidades de la sociedad chilena bajo el punto de vista económico, que no presenta problemas menos vastos. . . examinará los resultados de la estadística chilena, contribuirá a formarla. . . en éste como en los otros ramos, el programa de la Universidad es enteramente chileno. . . todas las sendas en que se propone dirigir las investigaciones de sus miembros, el estudio de sus alumnos, convergen a un centro: la Patria".

171. "Modo de estudiar la historia" cit. (**supra** n. 169), 250.

172. La historia es "una ciencia concreta, que de los hechos de una raza, de un pueblo, de una época deduce el espíritu peculiar"; que incluye entre sus horizontes "la vida de un Bolívar, de un Sucre"; que no niega los valores positivos presentes en la "**Conquista**", en el periodo precedente a la revolución por la independencia; que pone la atención sobre "nuestra agricultura, nuestro comercio, nuestras minas", había observado Bello asumiendo una actitud crítica frente al planteamiento de Lastarría (cfr. "Investigaciones sobre la influencia de la conquista y del sistema colonial de los españoles en Chile. Memoria presentada a la Universidad en la sesión solemne de 22 de setiembre de 1844 por Don José Victorino Lastarría", en **El Araucano,** n. 742 y 743 del 8 y 15.11.1844, vuelto a publicar en **O. C. Caracas, XIX, Temas de Historia y Geografía,** Caracas, 1957, 159 s.).
La diversa actitud historiográfica de A. Bello respecto a la tesis de Lastarría, es sacada a la luz por L. ZEA, "El americanismo de Bello", en **Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario,** 2, Caracas, 1981, 480 ss.

173. Reimpr. en **O. C. Caracas, XIX, Temas de Historia y Geografía,** Caracas, 1957, 1 ss. y más recientemente en volumen separado, Caracas, 1978, con "Palabras preliminares" de P. GRACES.

174. Así, P. GRACES, "Palabras preliminares" cit. (**supra** n. 173), 10 y 8.

175. L. J. RAMOS — D. RAMOS, "Bello y el 'Resumen de la historia de Venezuela'", en **Bello y Caracas. Primer Congreso del Bicentenario,** Caracas, 1979, 325.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

historia de ese específico "hombre-pueblo", para la cual vale la adjetivación "nuestra"; es otra cosa.[176]

Diversa es la dimensión y la profundidad de campo para la lengua. Aquí, por una parte Bello sostiene la importancia del estudio del latín;[177] por otro lado afirma sin embargo enérgicamente: "el que haya aprendido el latín [. . .] sabrá el latín, y además habrá formado una mediana idea de la estructura del lenguaje y de lo que se llama gramática general; pero no sabrá por eso la gramática del castellano; porque cada lengua tiene sus reglas peculiares, su índole propia, sus genialidades".[178] Pero, una vez concentrada la atención en el castellano, éste incluye ante todo sus orígenes, y no es casual el extremo interés de Bello por las *Siete Partidas,* como documento lingüístico, y por el *Poema del Mío Cid,* [179] interés que no contrasta, sino que por el contrario se inserta en una dimensión americana, porque "el estudio de nuestra lengua me parece de una alta importancia", de otro modo "nuestra América reproducirá dentro de poco la confusión de idiomas, dialectos y jerigonzas, el caos babilónico de la Edad Media; y diez pueblos perderán uno de sus vínculos más poderosos de fraternidad, uno de sus más preciosos instrumentos de correspondencia y de comercio".[180] En la más remota "hispanidad" trae alimento este vínculo, que viene a adecuarse a la nueva realidad,[181] y la *Gramática* es *de la lengua Castellana,* pero *destinada al uso de los Americanos,*[182] de esos "diez pueblos" "habitantes de Hispano-América", "mis hermanos",[183] que se identifican en un *nosotros,* que no rechaza sino que interioriza las raíces.

La capacidad de ser creativamente adherente a la realidad concreta en que operaba, inducía pues a Bello a reconocer diversos niveles y exigencias en la identificación del *nosotros,* actores de la historia, comunidad provista de un propio pasado, atenta a no ignorarlo para no extrañarse de sí misma, atenta a sus propios orígenes y a su propio quehacer, a una superior y no indefinida unidad; usuaria de un código común de comunicación. Y estos niveles estaban constituidos por Venezuela, Chile. . . Eran cada uno de los "diez pueblos"; eran la "hispanidad" de "nuestra América".[184]

---

176. En general, sobre el planteamiento historiográfico de A. Bello, cfr. ahora C. GAZMURI R. "Algunas influencias europeas en el método historiográfico de Bello", y S. CORREA SUTIL, "La concepción historiográfica de Andrés Bello como una forma de acercamiento a la realidad americana", ambos en **Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario,** 2, Caracas, 1981, respectivamente 325 ss. y 339 ss.; además, siempre M. PICON-SALAS, "Prólogo sobre Bello y la historia", en **O. C. Caracas,** XIX, **Temas de Historia y Geografía,** Caracas, 1957.

177. Cfr. principalmente "Sobre el estudio de la lengua latina", en **El Araucano,** n. 48; 49 y 52 del 13; 20. 8 y del 10.9.1831; "Latín y derecho romano", en **El Araucano,** n. 184 del 21.3.1834 (vueltos a publicar en **O. C. Caracas,** VIII, **Gramática Latina y estudios complementarios,** Caracas, 1958, respectivamente 471 ss.; 487 ss.), y A. ESPINOSA PÓLIT, "Prólogo", en **O. C. Caracas** apenas citado, XXXVII ss.

178. "Gramática castellana", en **El Araucano** del 4.2.1832 (vuelto a publicar en **O. C. Caracas,** V, **Estudios Gramaticales,** Caracas, 1951, 176 s.).

179. Cfr. para todos P. GRACES, "Los estudios de Bello en Londres sobre literatura Medieval", en **Bello y Londres. Segundo Congreso del Bicentenario,** 2, Caracas, 1981, 41 ss.

180. "Discurso de Instalación" cit. (**supra** n. 1), 32 s. Análogamente se expresa Bello por ejemplo en el "Prólogo" de la **Gramática de la Lengua Castellana** cit. (**supra** n. 160), 12: "Pero el mayor mal de todos, y el que, si no se ataja, va a privarnos de las inapreciables ventajas de un lenguaje común, es . . . que. . . alterando la estructura del idioma, tiende a convertirlo en una multitud de dialectos. . . embriones de idiomas futuros, que durante una larga elaboración reproducirían en América lo que fue la Europa en el tenebroso período de la corrupción del latín".

181. Observa P. GRACES, "Los estudios" cit. (**supra** n. 179), 58: "¿Cuál fue la entrañable intención de los escritos de Bello sobre la Literatura Medieval Europea, centrados alrededor del **Poema del Mío Cid**? Seguramente le llevaba a ellos el ánimo de ensanchar la base de la cultura a que se sentía pertenecer. La Edad Media europea es fuente y alma de la civilización americana, y a este pensamiento rindió Bello muchas horas de su gloriosa vida, para afirmar el entronque de la nueva América en raíces más remotas que los siglos coloniales, al servicio de una comprensión más amplia, más precisa y total".

182. La primera ed. es de Santiago, 1847. Para las sucesivas principales ediciones, cfr. **O. C. Caracas** IV cit. (**supra** n. 160), LXXXVII ss.

183. **Gramática** cit. (**supra** n. 160), "Prólogo", 11 ss.

184. Los acontecimientos que llevan en fin a la designación unitaria de América Latina quedan fuera del ámbito de experiencia terminológica de A. Bello. Sobre ello cfr. para todos los estudios de A. ARDAO, "La idea de la Magna Colombia de Miranda a Hortos", en **Aralsa, Anuario del Centro de Estudios Latinoamericanos 'Rómulo Gallegos'**, Caracas, 1975 (reimpr. en **Latinoamérica. Cuadernos de Cultura Latinoamericana,** 2, México, 1978); **Génesis de la idea y el nombre de América Latina,** Caracas, 1980.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esta misma capacidad lo lleva a individuar, para el Derecho, la *romanidad.*

El rechazo a la "humanidad en abstracto", a la obra de un "legislador filósofo"[185] y la elección de un modelo encajado en la realidad analizada, no induce a Bello, por el Derecho, a la búsqueda del "espíritu peculiar", de la dimensión chilena, o de aquella hispano-americana, pero lo lleva a captar el ámbito concreto y amplio del Derecho romano, común, y de su tensión universalística; a afirmar, de éste, la dimensión espacio-temporal propia, diversa de aquella de la historia y de la de la lengua, y la participación a ella.

b. Existe un conocido artículo intitulado *"Latín y derecho romano"*, escrito por Andrés Bello en 1834, en concomitancia con el inicio efectivo de su curso romanístico, en el cual él sintetiza sus planteamientos en modo claro y preciso.[186] Él remarca la necesidad del estudio del latín, apoyando su tesis, entre otras cosas, en su valor instrumental para los estudios jurídicos, para los que el de la "jurisprudencia romana" es "uno de los necesarios".

El primer motivo está en que el Derecho romano, "fuente de la legislación española que nos rige, es su mejor comentario".

Esta afirmación, estrictamente adherente al ordenamiento de las repúblicas independientes para la fecha de reciente constitución en América Latina, propone una orientada metodología interpretativa. En efecto, la legislación de tales países estaba en gran medida compuesta por el Derecho Indiano y por el Derecho del Reino de Castilla,[187] y no preveía un reenvío al Derecho romano.[188] Más aún "la legislación más clara y metódica necesita de comentarios", porque las leyes no pueden prever la infinita variedad "de los casos" que constituyen un "intrincado laberinto". Para recorrer tal laberinto es necesario un "hilo que conduzca", y éste está constituido por el Derecho romano, que de la legislación es "fuente" de la cual "han bebido todos nuestros comentadores y glosadores", al punto que "los que lo (el Derecho romano) miran como una legislación extranjera, son extranjeros ellos mismos en la nuestra".

El Derecho romano pues viene a constituir el instrumento, el complejo de términos, conceptos, principios de que tiene necesidad el jurista para "una exacta clasificación de [. . .] todos los negocios de la vida", es decir para individuar las uniformidades en la variedad de la vida y, leyendo esta *sub specie iuris* en modo coherente con el

---

185. Cfr. respectivamente loc. cit. **supra** n. 169 y n. 157.

186. Cfr. **supra** n. 177.
La observación hecha en este mismo Congreso por L. MOSCATI, "La problematica giuridica nell'opera pubblicistica di A. Bello", a propósito de la lengua de A. Bello publicista, me parece interesante: Por cierto, se debe distinguir la lengua usada en relación con los objetos tratados y al medio de comunicación al que se confía el mensaje, por los acondicionamientos a que se ve sujeto el lenguaje de quien escribe. Si por lo tanto el control debe ser atento, no se puede en mi entender excluir el hecho de que también en los artículos periodísticos, A. Bello desarrolle un trabajo de construcción jurídica de conceptos y principios impregnados de un preciso valor dogmático y prescriptivo; esto habrá de ser atentamente evaluado, aun en consideración del carácter de un periódico como **El Araucano,** en el que fueron publicados también textos de los proyectos del código civil. Cfr. en general R. SILVA CASTRO, "Andrés Bello en el periodismo", en Autores Varios, **Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello,** Santiago, 1973, 219 ss.

187. Sobre el sistema de las fuentes del derecho indiano, cfr. **Recopilación de Indias** 2, 1, 1, y 2; 2, 2, 2; 2, 1, 4; 5, 2, 2 y, para todos A. GARCÍA GALLO, **Manual** cit. (**supra** n. 74), 415 ss. (§ 776 ss.); J. M. OTS CAPDEQUI, **Historia del derecho español en América y del Derecho Indiano,** Madrid, 1968; R. ZORRAQUIN BECÚ, **Historia del derecho argentino,** 1, Buenos Aires, 1975, 213 ss.; S. SCHIPANI, "Sistemas jurídicos e direito romano", en **Direito e Integração,** Brasilia, 1981, 40 ss.; recientemente A. GUZMÁN, Andrés Bello cit. (**supra** n. 2), 41 ss.

188. La cuestión de la remisión al derecho romano se encontraba precisamente en aquellos años, sujeta a examen en Chile: a instancias de la Corte Suprema, el Gobierno dictaba un **Decreto Complementario,** 1.3.1837 en materia de motivación de las sentencias, en el que, en el punto 7 se negaba la posibilidad de citar el derecho romano en caso de lagunas en la legislación: cfr. H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), 38 s.; últimamente A. GUZMÁN, **Andrés Bello** cit. (**supra** n. 2), 104 s.
A. BELLO, "Proemio" de las **Instituciones de derecho romano** cit. (**supra** n. 2), precisaba que el derecho romano "no rige en las naciones modernas. . . sino en cuanto ha sido adoptado por ellas", y se colocaba en la misma línea de su modelo principal, salvo omitir la subordinación a las normas particulares: J. G. HEINECCIUS, **Elementa** cit. § 17: "ut jus Iustinianeum hodie obliget, quatenus receptum. Ut illi leges et estatuta, necnon mores patrii singularum civitatum et gentium praeferantur".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

complejo de leyes, que tienen su fuente en el Derecho romano, podería reorientar hacia ésta.[189]

La expresión "fuente" recoge una perspectiva que incluye la dimensión diacrónica dentro de una permanente relación de producción interpretativa,[190] y por ello desemboca en el "comentario".

El segundo motivo es que "el derecho romano, por otra parte, es necesario para el canónico; es necesario para el derecho de gentes; y si tenemos la noble curiosidad de explorar las instituciones y leyes de otras naciones. . . (de toda la Alemania, de la Italia, la Francia, la Holanda, y una gran parte de la Gran Bretaña) [. . .] es necesario familiarizarnos con el derecho romano".

También a este fin, de lo que se vale el jurista en cuanto instrumento capaz de unir estos complejos de normas, es del lenguaje; son los principios del Derecho romano —y emerge su *rol* actual— que, mediador entre experiencia histórica, cotidiana y múltiple, y legislación, es también mediador entre legislaciones, la individuación de las cuales, efectuada aunque fuera a grandes rasgos, nos ofrece una imagen del ámbito de validez de tal trabajo comparatístico, extremadamente atenta y consciente de la dimensión de éste, no describible solamente con referencias a áreas geográficamente definidas.[191]

"La prueba del tiempo [. . .] el crisol de la filosofía", la conformidad "a los principios de la equidad y de la recta razón"; consistencia histórica y valor crítico-constructivo, pluralidad de ordenamientos y dimensión espacial del Derecho romano, son elementos de una concepción que

---

189. Quisiera subrayar esta clara convicción de la diferencia entre la variedad de la vida, la tensión de la historia hacia todo aquello que es "peculiar" (**supra** n. 172) por un lado, y, por otro, el conjunto mucho más reducido de las leyes, de las normas en ellas formuladas; y quisiera también poner en claro que no nos encontramos de frente a una simple, y quizás obvia constatación, sino a una actitud que lleva a indicar el *rol* sistemático/clasificatorio del trabajo del jurista y de los instrumentos con los que éste opera.
Esta convicción encierra un dato estructural del derecho del sistema romanista.
En oposición a planteamientos historicistas actuales, me parece —incidentalmente— oportuno recordar la precisa denuncia del "equívoco" contenido en "l'affermazione oggi abbastanza corrente. . . che il diritto è storia", cuando en verdad sucede lo contrario, porque "se il diritto opera attraverso tipizzazioni e schematizzazioni, se l'unità dello schema, dell'ordine in cui esso si inserisce, si afferma precisamente sopra la molteplicità e varietà dei fatti e della vita, ne nasce una visione della continuità dello schema, pur nel fluire del contenuto". (Así G. GROSSO, "Realtà giuridica effettuale e tradizionalismo giuridico", en **Il diritto dell'economia,** 1956, 895, ahora en **Tradizione e misura umana del diritto,** Milano, 1976, 61 ss., donde, en otros ensayos, ulteriormente hace estas observaciones; cfr. también mi: "Sull'insegnamento" cit. **supra** n. 8, 192 ss.). Andrés Bello, con su sentido de la historia y su atención a la misma, queda afuera de tal "equívoco", y el "Derecho Romano" no es para él, necesario solamente en relación, y/o a causa del "enredo" de la legislación precedente a la codificación (ciertamente mucho más casuística que los códigos), sino que lo es también, y en modo permanente, en relación con el derecho codificado (las palabras que escribe en 1832, en el artículo "Latín y Derecho Romano" que estoy examinando, por lo que "si alguna nación pudiera dispensarse de estudiar al derecho romano y de consultar tratadistas, sería tal vez la Francia, que ha reducido sus leyes a un cuerpo completo, metódico y proporcionado a la inteligencia de todos; . . . y sin embargo, se cultiva en Francia con celo el derecho romano, se le ilustra con nuevos comentarios, y se glosa también y se comentan los códigos nacionales"; a estas mismas expresiones recurre en 1843, cuando el trabajo codificatorio se encontraba ya en una fase avanzada: "Yo citaré con Savigny el ejemplo de los jurisconsultos franceses, que se sirven del Derecho Romano con mucha habilidad para ilustrar y completar su Código Civil, obrando así según el verdadero espíritu de ese mismo Código"; y en 1859 puede reafirmar la necesidad del estudio del Derecho romano, cuando el **Código Civil** se encontraba ya en vigor.).
Entonces se subraya exactamente el *rol* "formador del jurista" que Bello atribuye al Derecho romano (R. CALDERA, **Andrés Bello** cit. **supra** n. 3, 201 ss.), y querría yo especificar dicho *rol* observando que la "formación" es en sentido concreto y específico; es decir formación a **aquella** lógica, a **aquellas** categorías, a **aquellos** valores históricos, —y sin embargo orientados hacia lo universal—, que son propios del sistema romanista.

190. Encontramos la expresión "fuente" también en otros casos (por ejemplo, en la polémica con Infante, escribía A. Bello en **El Araucano,** 21.1.1832: "el Derecho Romano es origen y fuente de todos los derechos": cfr. S. MARTÍNEZ BAEZA, "Bello, Infante" cit. **supra** 115, 22), y a mi entender se explica por la clara conciencia de que "nuestra legislación civil, sobre todo las Siete Partidas, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana" (cfr. **El Araucano** n. 484 del 6.12.1839). Omitiendo los diferentes pasajes que sería siempre necesario ejecutar, me parece que se deba recordar el conocidísimo LIV., 3, 34, 6, que con referencia a las XII Tablas, habla de **"fons omnis publici privatique iuris"**, y el hecho que A. Bello, en el "Proemio" a las **Instituciones** cit. (**supra** n. 2), mencionando las XII Tablas, demuestra tener presente tal calificación escribiendo "estas celebradas leyes se miran como la fuente del derecho público y privado de los romanos".

191. Me parece oportuno subrayar la puntualidad de la referencia al derecho canónigo, sobre el cual, en el cuadro de la historia jurídica europea, cfr. para todos K. W. NOERR, "Die Kanonistische Literatur", en **Handbuch der quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 1, Mittelalter,** München, 1973, 365 ss. con lett. Cfr. también, sobre la comparación en Bello, F. MURILLO, "Andrés Bello y los orígenes del derecho comparado", en **Andrés Bello y el derecho** cit. (**supra** n. 3), 243 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Andrés Bello ha madurado plenamente cuando inicia su actividad de docente de Derecho romano, y que en ésta traduce.

En el Derecho, no existe para Bello una fractura análoga a la existente entre el latín y el castellano. No existen ni siquiera los confines de Chile. El Derecho romano no es extranjero; el *nosotros* de la 'persona' que goza de derechos está así —aunque sin una definición explícita—, potencialmente más extendido; está anclado en el modelo político-jurídico de Roma, de un derecho común, y en su nueva dimensión espacial constituida por un "cuerpo " de naciones nacientes que afirma su pertenencia a aquél. El *nosotros* está anclado en un derecho modelo, aun cuando no efectivo, pero tampoco abstracto o ideal; es un sistema de "principios", "fuente" y "comentario", "cuyo permanente imperio sobre una tan grande y tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia".[192]

5.4. En relación dinámica con el Código Civil. En Andrés Bello coinciden dos *roles:* el de docente, que desarrolla y promueve la enseñanza institucional-romanística, y el de autor, por la República de Chile, del *Código Civil;* en él, esa profunda unidad estructural entre *Instituciones* y códigos civiles viene a constituir también experiencia de la misma persona, y la actividad docente se coloca en una relación directa y dinámica con tal actividad codificadora, influye sobre ella en modo determinante, y sigue paso a paso su evolución.

a. A nivel del Derecho, de los valores y de la organización de la sociedad, la identificación del *nosotros* a través de la participación común al Derecho romano, al sistema romanista, tiene notables consecuencias en la elaboración del código. Ella permite a Bello considerar no extranjeras las codificaciones de esos otros pueblos "cuya civilización es un destello de la nuestra", y con los cuales "la independencia [. . .] nos ha puesto en contacto inmediato". "Sus códigos civiles, derivados de la misma fuente, reconocen las mismas reglas fundamentales que la legislación que nos rige: la han simplificado". A la pregunta "¿Qué nos impide aprovecharnos de tantos materiales preciosos?", Bello puede responder proponiendo "codificar nuestras leyes cuales existen",[193] y tomando al mismo tiempo entre las manos el *Code Napoleón,* con su rico bagaje doctrinario, y en primer lugar el *Discours Préliminaire* de Portalis; comenzando a estudiarlos, a trabajar sobre ellos, a traducirlos.[194]

Una identificación tal del *nosotros,* guía de esta adquisición del rico patrimonio de la totalidad del Derecho romano común europeo, se despliega en todas sus potencialidades: en la diversidad de todos los posibles desarrollos interpretativos; en la consistente realidad de ricos "cuerpos de leyes" existentes fuera de la tradición ibera, más allá de aquellas "nuestras leyes, cuales existen"; en la plasmabilidad del Derecho mismo por parte del jurista y de su adaptabilidad "a las necesidades de nuestra época" dentro del marco de una determinada base sólida. Es decir, en su posible dinamismo, y en la posibilidad de conjugar este dinamismo, y por lo tanto las "reformas" con la codificación.[195]

Ella imprime al código de Andrés Bello una

192. Editorial de **El Araucano,** n. 484 del 6.12.1839 cit. (**supra** n. 189).

193. Cfr. respectivamente, la editorial en **El Araucano,** n. 561 del 21.5.1841 y el discurso del Presidente de la República a las Cámaras en la apertura del Congreso en 1834, redactado por A. Bello (**O. C. Caracas,** XVI cit. **supra** n.).

194. Cfr. P. LIRA URQUIETA, **El Código Civil y su época,** Santiago, 1956, 11.

195. Bien analiza A. GUZMÁN, "El pensamiento" cit. (**supra** n. 3), 151 ss., y con mayor profundidad en "La evolución" cit. (**supra** n. 3), 169 ss., las diversas actitudes de Bello. Él examina un periodo en el cual el objetivo sostenido por Bello, en consonancia con el proyecto presentado a la Cámara de Diputados por M. C. Vial en 1833, era el de codificar las leyes existentes, de reducir "las leyes civiles a un cuerpo bien ordenado" (de este modo se expresaba en el artículo "Codificación del derecho civil" cit. **supra** n. 157). Respecto a tal periodo, Guzmán agudamente ve un cambio en el pensamiento de Bello que se abre a la experiencia ya acontecida en los países europeos, los cuales "han simplificado", "han corregido", "han adaptado". Preguntándose a qué cosa se deba tal cambio, A. Guzmán responde que el cambio ha sido determinado por la experiencia concreta y efectiva de autor, si bien en forma privada, de un primer núcleo de proyecto de código. (Sobre el punto, cfr. últimamente aun A. GUZMÁN, **Andrés Bello** cit. **supra** n. 2, 263 ss.). La explicación me parece completamente persuasiva, y creo que sea factible observar ulteriormente que Andrés Bello,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dimensión de código de Derecho romano común, en el que el *nosotros* de sus usuarios no permanece delimitado dentro de los confines de un Estado moderno, de sus ciudadanos, y de esta manera fue reconocido por cuantos lo percibieron operando por la "apetecida unidad social de nuestro continente".[196]

b. Pero estos efectos de ampliación de las experiencias por considerar, de dinamismo crítico y reformador, de proyección hacia una sociedad mucho más extensa, tienen un efecto reflejo en la actividad de enseñanza del Derecho romano.

Si aunque inicialmente consideramos un momento en que parece que el Derecho romano se vierta unívocamente en el código, e identificándose con él perdería su autónoma función;[197] con la puesta en marcha y el proseguimiento de los trabajos de codificación y de la actividad de enseñanza, resulta clara una más articulada y permanente función de la enseñanza de esos principios;[198] es de subrayar que, en el momento en que los trabajos del código se encuentren en una fase avanzada, y el código se disponga a realizar la estabilización del derecho, esa

---

iniciando su trabajo con el código, gracias a su romanismo jurídico, gracias a su sentimiento de jurista de un derecho común que tenía confines más amplios que los que existían para la lengua, pudo tomar tranquilamente en examen las experiencias de matriz romanista aun de países con tradición no hispánica. Hay una coherencia entre la decisión de enseñar **Instituciones de Derecho Romano,** la capacidad de tal abertura, las "reformas" de las que es responsable el jurista, a quien corresponde **"cottidie (ius civile) in melius produci",** según las célebres palabras de Pomponius (D. 1, 2, 2, 13).

Esta evidenciación en fin no contradice las exactas indicaciones de la influencia hispánica sobre el código de A. Bello, en relación con el cual y para todos: J. L DE LOS MOZOS, "Algunos aspectos" cit. (**supra** n. 3), quien aclara la presencia de la "versión hispánica de la tradición romana" (p. 187 ss.); y J. M. CASTÁN, "El sistema jurídico iberoamericano", en **Rev. Estudios Políticos,** 157, 1968, 209 ss. y la relación presentada a este mismo Congreso. Me parece en efecto que sea posible observar ulteriormente el itinerario recorrido por A. Bello en la elaboración del código, las razones de sus preferencias y su valor paradigmático (cfr. mi "Del Derecho Romano" cit. **supra** n. 3). Me parece importante remarcar el esfuerzo realizado por Bello para ampliar al máximo los horizontes en el espacio y en el tiempo; para identificarse en la totalidad del sistema, sin perder la sensibilidad a ser congenial a lo que "existía con anterioridad, y era válido en toda América" (así A. ÁVILA, "Bello y el Derecho Romano" cit. **supra** n. 103, 97), a desarrollar la potencialidad que ésta comportaba.

196. Son las palabras de M. Arcízar, quien se encontraba en Santiago en la Legación de Nueva Granada en 1853, y en una carta a Bello del 10.7.1856 le pedía diversas copias de su código apenas aprobado para enviarlas a la patria, porque se trataba, decía, "de preferir a cualesquiera otras, las doctrinas legales profesadas en nuestra Sur América, lo cual puede ser un primer paso dado hacia la apetecida unidad social. . .". Cfr. R. CALDERA, **Andrés Bello** cit. (**supra** n. 3), 226; E. HARKER PUYANA, "El código de Don Andrés Bello en Colombia", en **Rev. Ac. Col. Jurisprudencia,** 201, 1973, 29; J. ARCÍZAR-SORDO, "Relaciones entre Bello y Arcízar", en **Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario,** 1, Caracas, 1981, 137 ss. (la carta citada está a p. 159 s., seguida de la respuesta de A. Bello). Similares son las palabras de J. Santiago Rodríguez y F. Conde en el **Informe** enviado al Consejo de Estado para la adopción del código de Bello en Venezuela ("es el que puede servir de modelo a las Repúblicas Sur-Americanas"); cfr. B. LIRA, "Difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués", en Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano cit. (supra n. 3) 367. Cfr. además A. BALBIN DE UNGUERA, **Andrés Bello, su época y sus obras,** Madrid, 1910, 219.

Esta perspectiva, se observe, está ligada a una experiencia por la que, como se ha comentado, "el mismo Bello vivirá esa unidad actuante de la Romanía mestiza cuando Chile le otorgue la ciudadanía. . ., lo admire como el padre espiritual de su cultura" (L. BOCAZ, "Andrés Bello: política cultural y formación social dependiente", en **Doscientos años de Andrés Bello, Araucaria de Chile,** Madrid, 1981, 10; sobre la "pasión americanista" de A. Bello, cfr. además G. CERMEÑO TAPIA, "Andrés Bello y su proyección americana", en **Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano** cit. **supra** n. 3, 125 ss.).

197. Cfr. "Codificación del derecho civil" cit. (**supra** n. 157) (una actitud similar he constatado en la vida italiana, y más específicamente del Reino de Cerdeña, poco después de la entrada en vigor del código civil de 1838: cfr. S. SCHIPANI, "Sull'insegnamento" cit. **supra** n. 8, 146 ss.).

198. Baste recordar el ya analizado artículo "Latín y Derecho Romano" (**supra** n. 177). Cfr. en fin R. CALDERA, **Andrés Bello** cit. (**supra** n. 3), 201 ss.; S. MARTÍNEZ BAEZA, "Bello, Infante" cit. (**supra** n. 115); H. HANISCH, "El derecho" cit. (**supra** n. 110), y A. GUZMÁN, "Crítica al derecho" cit. (**supra** n. 3), 333 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

enseñanza romanística institucional parece perder su fijación, y Bello pone en marcha privadamente otras investigaciones y reflexiones.[199] Éstas no dejan de seguir el engranaje institucional de Gaius y Justiniano, pero en esas categorías, en esas secuencias, en esos nexos sistemáticos se concentra un renovado trabajo, que si bien no adquiere una forma suficiente a fin de que el A. considere útil publicar sus resultados y proponerlos a otros, testimonia igualmente que el trabajo de institucionista constituye para él un momento privilegiado del permanente concurrir y renovarse de la reflexión crítica, constructiva y sistemática.[200]

(Trad. de José E. Briceño Berrú)

* * *

199. Evidentemente me refiero al trabajo de "formación de un nuevo texto, en que se dé a la materia la amplitud que reclama, aprovechándonos para ello de lo mucho excelente que se ha publicado en Alemania y la Francia en estos últimos años" (según las palabras del discurso del 29.10.1848), cuyo manuscrito ha sido publicado en **O. C. Caracas;** XIV cit. (**supra** n. 2), 245 ss., y sobre cuyos diversos títulos pensados por el A. (**Notas al texto de los Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones de J.T. Heineccio/Explicación de las Instituciones de Justiniano/Principios del Derecho Romano según el orden de las Instituciones de Justiniano**) cfr. la "Advertencia Editorial", LXIII.

200. Sobre esta obra cfr. HESSEL E. YNTEMA, "Introducción" cit. (**supra** n. 2), XLVIII ss.; H. HANISCH, "El derecho romano" cit. (**supra** n. 110), 78 ss.; F. MURILLO, **Andrés Bello** cit. (**supra** n. 129), 365 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS FUENTES DEL DERECHO, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

PROFESOR AVV. AUGUSTO PINO
Universidad de Roma

SUMARIO

Pág.

1. El carácter de la reforma de la Ley 2070 50

2. Interpretación y aplicación de las normas 51

3. Objeto de la interpretación 51

4. Naturaleza de la interpretación 52

5. La disciplina de la interpretación 53

6. Objeto de la aplicación 53

7. La disciplina de la aplicación 54

8. El llamado Derecho jurisprudencial 55

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. El carácter de la reforma de la Ley 2070.

1) No se puede dejar de compartir el juicio ampliamente positivo expresado por Cornú sobre la Ley 2070, con la cual se ha reformado el título preliminar del Código Civil. Se trata —dijo Cornú— de una ley que se caracteriza por "el estilo sobrio, claro y conciso, realizado por el dominio de las categorías y del vocabulario científico del pensamiento jurídico" y "aparece en una visión teórica y práctica en el orden de las técnicas, tanto como en el de los valores, como síntesis ejemplar de una concepción elevada del Derecho".

2) Entre los diversos méritos de esta reforma debe subrayarse el de haber reivindicado al Código Civil y, con él, en todo el Ordenamiento jurídico, la sistematicidad, la unitariedad y la coherencia, en algunos países tan gravemente comprometidas hoy, tanto que ha hecho surgir en una parte de la doctrina italiana la duda sobre la utilidad y sobre la posibilidad misma de la codificación.

Algunos autores italianos han constatado que las materias disciplinadas por el Código Civil han sido objeto de ulteriores particulares leyes, las cuales las han sustraído del ámbito de aplicación del Código; la materia del arrendamiento, de los contratos agrarios, del divorcio, de la adopción especial. Además, se ha observado, la interferencia de normas fiscales y penales, en particular en cuanto concierne a los seguros obligatorios de responsabilidad civil y, en el pasado, las transacciones en divisa extranjera, etc., sustraen de hecho otras materias a los principios sistemáticos del Código, los que se revelan, pues, ilusorios. En fin, la formación de leyes para la solución de problemas del todo contingentes, determinada por la necesidad de prevenir o de componer conflictos de específicos intereses de algunas categorías de ciudadanos, en particular en materia de trabajo y sustancialmente privadas del carácter de generalidad y abstracción, en el cual se ve la tutela del interés de la colectividad, parecen haber comprometido definitivamente la unidad y sistematicidad, no solamente del Código, sino también de todo el Ordenamiento jurídico. Se ha considerado que, como con la Revolución francesa se ha abierto la era de la codificación, así a fines de este siglo, en plena revolución postindustrial se habría abierto la era de la descodificación.

3) En una relación, leída en el XI Congreso organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado, en Caracas, el 29 de agosto de 1982, un autorizado estudioso italiano, el profesor Sacco, ha observado cómo gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo se basan sobre las codificaciones y sería del todo erróneo hablar de la era de la descodificación. Sucesivamente, otro destacado estudioso, el profesor Busnelli ampliamente ha demostrado en una valiosa monografía, el actual valor de la codificación (BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale,* Guida Editori, Napoli, 1984). Aquí se puede agregar que en los mismos países del Common Law, los "statutes" y los "acts" se están convirtiendo en verdaderas y propias codificaciones y se elaboran recopilaciones organizadas y sistemáticas de los principios jurídicos que inspiran esta o aquella parte del "case law", en general vinculantes (Uniform Commercial Code), con la consecuencia de restringir progresivamente el área de los "mores".

4) El desorden legislativo, la falta de rigor técnico en la formulación de las leyes, la emanación de normas contradictorias y confusas, el abuso del delicadísimo instrumento legislativo son datos de hecho siempre presentes en la historia de la humanidad y contra los cuales ha surgido la exigencia de recoger en forma orgánica y coherente las diversas normas dispersas en una legislación fragmentaria y caótica. El relieve de los autores italianos debería llevar a conclusiones opuestas, respecto a aquellas por ellos presentadas. No la renuncia a la unidad y sistematicidad del Ordenamiento, no la rendición a las incapacidades o a la mala voluntad de las personas que, detentando el poder, cumplen la función legislativa, pero la investigación de todos los expedientes técnicos para que por el principio de no contradicción, se evite que el particular, al respetar unas normas, se encuentre con que viola otras y, pues, potenciar, en lugar de debilitar los criterios que han inducido a las codificaciones.

5) Con el artículo 14 del título preliminar se reafirma el papel del Código Civil como núcleo primario de todo el Ordenamiento jurídico, estableciendo que sus normas son supletorias, cualquiera que sea la materia disciplinada. Con los artículos 1 y 2 viene establecido el rango de las fuentes, predisponiendo así un medio seguro y objetivo para la superación de las antinomias y con los artículos 7 y 8 viene dispuesto el sistema de coordinación entre las normas nuevas y las normas viejas. Las disposiciones contenidas en estos artículos informan todo el Ordenamiento y ponen

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las bases de la unidad y del orden, fundamentales garantías para la libertad de los ciudadanos, que al Estado de Derecho piden un gobierno de Derecho y no "de por derecho".

2. Interpretación y aplicación de las normas.

1) El significado y el papel de la interpretación y de la aplicación de las normas no merecerían, por lo general, la precisa normativa que se encuentra en el título preliminar. En esta normativa, en cambio, reside tal vez el mayor mérito de la ley de reforma.

La interpretación es vista en doctrina muy frecuentemente como instrumental para la aplicación y en función de esta última se ha dilatado o restringido la noción de la primera. Así, se habla de interpretación restrictiva o extensiva (respecto a la formulación literal), de interpretación histórica-evolutiva (respecto al momento de la emanación de las normas), de interpretación integrativa, analógica, etc. Por otra parte, la aplicación, que se actualiza, mediante la emanación de normas individuales y concretas, ha sido considerada más en la perspectiva de creación del Derecho en el caso concreto, que en la de la concretización de las normas abstractas a aplicar y se han atribuido a ella una amplitud que a menudo no tenían ningún soporte en la normativa vigente. La polémica contraposición entre el formalismo jurídico y el derecho libre, entre el derecho legislativo estático y amorfo y el derecho judicial dinámico y vivo, entre el punto de vista externo y el interno de consideración del Ordenamiento jurídico según las enseñanzas de Hart, recuerda precisamente la falta de univocidad de criterio en el definir interpretación y aplicación.

2) En términos muy aproximados las referidas contraposiciones se fundamentan en el plano literal en la multiplicidad de los diversos significados de "derecho" y, en el plano sustancial sobre la defensa del poder de parte de sus detentores. Con el nombre de derecho se ha hecho referencia a los más variados contenidos: desde la idea de la justicia eterna e inmutable y desde los preceptos divinos esculpidos en la conciencia del individuo o revelados en los textos sagrados, a las órdenes del príncipe, a la normativa que se debería deducir de la legislación, de la cultura del pueblo, de las tradiciones históricas y nacionales, de las exigencias sociales, y del mismo modo en que viene aplicado por aquellos que tienen la fuerza. En esta gama de significados cualquier noción en tema de interpretación y de aplicación puede ágilmente autodefinirse el verdadero Derecho.

Por otra parte, en el plano sustancial, existe la exigencia de negar la omnipotencia de la ley, sea de aquellos que ven en ella el instrumento de imposiciones y de abuso de parte de los detentores del poder, sea de estos últimos que encuentran en las leyes límites a sus abusos. Aumentar o disminuir el poder de aquellos que deben aplicar la ley puede estar en función sea de una, sea de la otra exigencia. Me limito a recordar el papel de la jurisprudencia en el período nazi de la historia alemana, para subrayar cuánto sea delicado el problema de la aplicación y tal vez un poco optimista, si no ingenuo, afirmar, con Vega Benayés, que de los "excesos inconstitucionales" serían históricamente responsables solamente los poderes ejecutivo y legislativo y nunca el judicial. Todo el drama de la relación entre Derecho y aplicación se revela en un dicho popular "es inútil tener razón si no se tiene un juez que te la dé". Es un dicho que se puede repetir muy frecuentemente al leer ciertas sentencias.

3) Con el artículo 10 viene establecido el carácter de la interpretación que aparece como la actividad dirigida al conocimiento y a la decisión del Ordenamiento jurídico vigente en Costa Rica.

Por los artículos 11, 12, 13, 15 y 16 viene establecido el carácter de la aplicación y aparece una rigurosa determinación de los límites que el Poder Judicial encuentra en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Todas disposiciones que, a pesar de su sobriedad, tienen el mérito de establecer con precisión objeto y límites de la interpretación y objeto y función de la aplicación.

3. Objeto de la interpretación.

1) El artículo 10 establece que objeto de la interpretación son las normas, aquellas normas que constituyen el Ordenamiento jurídico, del cual el artículo 1 del Título Preliminar enfatiza las fuentes. Va a este propósito observado que mientras el título del capítulo 1 es "Fuentes del Derecho", el artículo 1 del mismo capítulo dispone sobre las "Fuentes del Ordenamiento jurídico", con la consecuencia de que, según el Código Civil, el Derecho se identifica en el Ordenamiento jurídico. La Ley ha evitado cuidadosamente usar la palabra Derecho, salvo con referencia a los principios generales. No porque haya principios generales que puedan existir fuera del Derecho Positivo, dado que ellos se inducen por abstracción de las normas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

positivas, sino porque en la terminología tradicional se usa la expresión de principios generales del Derecho y no del Ordenamiento.

Viene así excluida la invocación del mito de un derecho que exista fuera del Ordenamiento jurídico, un derecho preexistente del cual el Ordenamiento positivo debería ser un reflejo o uno de los componentes, de un modelo, expresión del sentido innato de justicia, entendido como igualdad o como libertad, o como libertad en la igualdad y al cual el legislador debería escrupulosamente atenerse.

2) Con el artículo 1 viene enfatizado el principio monístico de las fuentes y rechazada todavía una vez más la tesis de la pluralidad de las fuentes. El Ordenamiento jurídico está constituido todo y solamente por las fuentes legislativamente indicadas, con una doble consecuencia.

No hay posibilidad alguna de atribuir a hechos diversos de los indicados en la norma la capacidad de crear Derecho. Se excluye así la tentativa de algunos autores de dar crédito o fuerza obligatoria en sentido jurídico al Derecho natural, entendido éste sea en la antigua concepción de universalidad e inmutabilidad, sea en aquella moderna de constante adaptación a la realidad social, al sentimiento jurídico nacional, al espíritu del pueblo. Se excluye así también la posibilidad de dar crédito a las llamadas fuentes materiales, sino dentro de los límites de su recepción en las formales, enumeradas por el artículo 1. Solo éstas, en efecto, hacen surgir las normas jurídicas, aun si en forma tal vez despreciativa se dijo que éstas constituyen la simple manifestación o modalidad del solo Derecho positivo (Orgaz). La necesidad, las exigencias sociales, las instancias económicas, las aspiraciones morales, los valores, las ideologías que, según la doctrina, constituyen las fuentes materiales, forman el material que el legislador considera en la formación de la ley, pertenecen pues a la política legislativa y son prioridad respecto a las fuentes. Lo que estas últimas recepcionan, es decir, la sustancia objetivada en ellas constituye aquello que el artículo 10 denomina "espíritu y finalidad", el artículo 12 "razón" y la doctrina indica como ratio legis que es objetivada en la norma.

3) El artículo 4 de la Ley de reforma establece que éste deroga las leyes que se le opongan. El carácter taxativo del artículo 1, como resulta confirmado por el artículo 6, induce a considerar que desde la entrada en vigencia de la ley, se ha derogado la parte del artículo 7 de la Ley General de Administración Pública Nº 6627 que incluye la jurisprudencia entre las fuentes formales no escritas del Ordenamiento jurídico administrativo. Es verdad que el artículo 14 extiende el ámbito de eficacia de las disposiciones del Código a la materia de otras leyes solo en forma supletoria; pero es verdad, también, que la Ley 2070 es cronológicamente sucesiva a la Ley General de la Administración Pública (2 de mayo de 1978) la cual hace referencia no a normas de naturaleza administrativa, sino a las normas del Ordenamiento diciendo específicamente: "las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho—".

4. Naturaleza de la interpretación.

1) La investigación dirigida a conocer y a describir el Ordenamiento jurídico, como resulta del sistema de las fuentes establecido (artículo 6), está indicada por el artículo 10, con la expresión interpretación, en una terminología generalmente acogida. Es probable que muchas cuestiones surgidas y discutidas en doctrina sean una consecuencia de aquella terminología, que ha inducido a filósofos y juristas a acentuar más el significado extrajurídico que el jurídico.

En el significado extrajurídico la interpretación indica la actividad hermenéutica que es propia, característica y exclusiva, del espíritu humano frente a cualquier forma expresiva o representativa. El resultado de esta actividad es diverso según el grado de cultura, de sensibilidad, de capacidad intelectiva, la formación general y específica, el ambiente social del sujeto intérprete. Este, frente a una forma expresiva o representativa que es muda, atribuye, y pues crea el contenido o el significado representado. Basta reflexionar en el diverso contenido que puede ser atribuido a una poesía por un literato o por un analfabeto.

Se enseña normalmente que también el jurista, frente a las proposiciones normativas, expresadas por proposiciones lingüísticas, desarrolla la misma actividad hermenéutica y que por lo tanto pertenece al contenido normativo de las proposiciones el aporte de su capacidad, sensibilidad, cultura, ideal de justicia, etc.

Si se considera que el artículo 10, así como otras legislaciones de la familia romano-germánica, establece los criterios de interpretación, se comprende cómo la interpretación del jurista no tiene nada que ver con la actividad hermenéutica del espíritu humano, la cual por definición no puede estar sujeta a normas jurídicas. Si se con-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sidera, pues, que una sentencia basada sobre "interpretación" realizada en violación del artículo 10, puede ser casada por el tribunal superior, se comprende que no solamente el legislador no quiso tomarse el derecho de disciplinar la actividad espiritual humana, sino que dictó conscientemente normas jurídicas. Con la consecuencia que otra cosa es la interpretación en sentido no jurídico y otra la interpretación en sentido jurídico.

2) Si objeto del estudio del jurista son las fuentes del Ordenamiento, el estudio se dirige a conocer y a describir las fuentes, que son los hechos a los cuales el artículo 1 atribuye la capacidad de producir normas generales y abstractas, que contribuyan a la formación del Ordenamiento jurídico. El estudio, por lo tanto, se dirige a hechos que pertenecen al mundo de lo real, no al de las ideas y que se manifiestan en ciertos documentos, la Constitución, la ley de aprobación y de ratificación de los tratados internacionales, las diversas leyes así como también en los documentos de los cuales resulte demostrada la existencia de la costumbre y de los usos (artículo 3).

El estudio de los documentos y, pues, de las proposiciones lingüísticas en ellos contenidas, constituye la indagación típica y exclusiva del jurista, el cual actúa un poco como el historiador en cuanto se refiere a la autenticidad y la validez de los documentos y del crítico literario en cuanto se refiere al contenido de las proposiciones lingüísticas. En esta segunda fase la actividad del jurista comienza donde termina la hermenéutica del espíritu humano, como resulta de lo dispuesto por el artículo 10.

5. La disciplina de la interpretación.

1) Al establecer los criterios con los cuales el jurista debe "interpretar" las proposiciones normativas, el artículo 10 impone cuál, entre los innumerables significados que en fase hermenéutica se pueden atribuir a las proposiciones lingüísticas, sea el escogido o dispuesto por el legislador. En cualquier lenguaje las palabras no tienen un significado propio, intrínseco, sino el que les viene atribuido por el uso: por lo tanto a cada palabra pueden corresponder diversos significados, a menudo heterogéneos, si no contradictorios. Entre los diversos significados que, en abstracto, puede tener cada palabra usada en las proposiciones lingüísticas normativas, el jurista debe no escoger el que más le guste, sino el "propio" (el que corresponde); o sea el técnico jurídico, que, diferentemente del significado que se le atribuye en el lenguaje común, es unívoco. A aquella palabra corresponde siempre y solamente un único significado. En la proposición el significado técnico puede ser ulteriormente precisado: una cosa es decir el sujeto, otra cosa es decir sujeto capaz o sujeto obligado, etc.

El Ordenamiento, como entidad unitaria y orgánica lleva consigo que las proposiciones normativas, consideradas en el contexto general, puedan adquirir un significado técnico particular, a la determinación del cual deben obligatoriamente concurrir los antecedentes históricos y legislativos y la preeminente consideración de la ratio, objetivada en la norma.

2) Motivos de orden lógico, antes que jurídico, inducen a rechazar la tesis de la pluralidad de significados de las normas. Si a ellas vienen atribuidos diversos significados, quiere decir que la investigación no ha sido rigurosa. En efecto, a las proposiciones normativas puede ser reconocido un solo significado, desde el momento en que en una misma norma no puede tener una disposición y al mismo tiempo una disposición diversa. Entra en la tarea del estudioso la búsqueda en el ámbito del Ordenamiento de todos los criterios jurídicos idóneos para superar las antinomias, sean ellas de normas, sean ellas de expresiones normativas. Interpretar en sentido jurídico significa por tanto la formación de un vocabulario técnico, rigurosamente elaborado, de forma que a cada expresión corresponda un único significado, así como puede obtenerse de las elaboraciones del sistema normativo, en el cual cada previsión tiene su precisa colocación.

6. Objeto de la aplicación.

1) El artículo 6 establece que las cuestiones se resuelven ateniéndose al sistema de fuentes establecido por el artículo 1. Disposición que es conforme con la normativa constitucional (artículos 166 y 159) así como también otra normativa del Ordenamiento (artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial). Pero viene precisado que el deber inexcusable de resolver los casos sometidos al juicio no se refiere sólo a la solución, sino también al deber de atenernos al sistema de las fuentes.

Viene así establecido que el jurista debe aplicar sólo el Ordenamiento, como resulta de las fuentes formales, con un procedimiento silogístico y deductivo, mediante el cual viene concretizada la norma abstracta. Está normativamente dispuesto que el jurista no pueda sino atenerse a las fuentes formales y no está consentida la referencia a fuentes diversas. No hay para el juez ninguna "justi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ficación" para no cumplir el deber que se le ha impuesto.

2) Es cierto que el deber, como todos los deberes, puede ser cumplido o incumplido y que, no obstante el artículo 6, el juez de hecho puede no atenerse al sistema de las fuentes. Aparte de los más graves casos de prevaricato, delito previsto por el artículo 348 del Código Penal, es cierto que, no obstante lo que diversas veces se ha afirmado en doctrina, la falta de aplicación del Ordenamiento, aun constante y en hipótesis por parte de todos los jueces, no daría lugar a una "fuente de derecho" nueva y diversa de aquellas previstas por el artículo 1, dado que por disposición del artículo 8 "contra la observancia de las leyes no puede alegarse desuso, ni costumbre o práctica en contrario". La falta de aplicación sería siempre un comportamiento "contra legem".

Se excluye que el jurista pueda desconocer la fuerza obligatoria de una norma, solamente porque no está conforme con las propias ideas de justicia o a las propias convicciones morales. Por disposición del artículo 6 él está llamado no a juzgar de legibus si no a juzgar ex legibus y hacer valer la idea de justicia, las orientaciones y los valores "queridos" por el legislador que resultan objetivados en las normas.

7. La disciplina de la aplicación.

1) Con razón Cornú ha reconocido a la Ley 2070 el carácter de flexibilidad, la cual confiere a la aplicación de las normas un carácter de humanidad y de adherencia a la realidad social que no se encuentra fácilmente en otras legislaciones: sin renunciar al principio de que el juez debe aplicar siempre y sólo el Ordenamiento jurídico, como resulta del sistema de las fuentes, el legislador ha conferido al juez un amplio poder discrecional, aun si rígidamente delimitado. El resultado del ejercicio de este poder se queda limitado al caso concreto juzgado y no constituye un precedente obligatorio y vinculante para los juicios sucesivos, sea porque sustancialmente adherente al caso concreto, sea porque no se acoge el principio del Stare decisis.

El orden de los criterios con los que el jurista debe aplicar el Ordenamiento está normativamente dispuesto. El juez debe en primer lugar aplicar las fuentes formales no escritas, esto es aquellas que son dictadas para los fines de interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas; la costumbre, los usos y los principios generales. Debe, además, tener en cuenta la realidad social, tal como es constatable en el momento de la aplicación (artículo 10) y ponderar la equidad y, en fin, aplicar la analogía. Viene así establecido que la sentencia no es un acto de intuición o de sentimiento, como ha sido afirmado por algunos, ni que pueda existir una decisión a la cual luego atribuir una norma para justificación, sino el resultado de un preciso procedimiento lógico.

2) La aplicación de la costumbre y de los usos puede aparecer admitida solo cuando estuviere invocada por las partes, dado que la ley requiere que sea probada la existencia y la carga de la prueba incumbe a aquel que la invoca. Es verdad que el artículo 3 subordina la aplicación a la demostración de la existencia y a la conformidad con la moral y con el orden público en las hipótesis en las cuales falte otra disposición normativa, pero es verdad también que el Ordenamiento no parece acoger la hipótesis de costumbre o de usos no demostrables y no demostrados.

En todo caso la demostración va efectuada con los medios de prueba en las formas y dentro de los límites consentidos por los códigos Civil y de Procedimientos y como es una demostración que la parte tiene que dar al juez, es necesario que ella sea tal como para convencerlo y pues la existencia sea reconocida en la sentencia. Tratándose de cuestiones de hecho, no parece que la decisión del juez esté sujeta al juicio de legitimidad del Tribunal de Casación y tratándose además de un reconocimiento en sentencia, éste no es vinculante para el futuro.

3) Los principios generales, que vienen elaborados mediante un procedimiento de abstracción del Ordenamiento son determinados por el mismo juez que debe aplicarlos, aunque las partes no los invoquen. De la Ley 2070, por ejemplo, parece poderse delinear algunos principios generales: la voluntad individual, hecho psíquico, no es idónea para producir efectos jurídicos: estos últimos son producto del acto de autonomía privada, o sea, de una voluntad expresada en las formas y dentro de los límites del Ordenamiento (artículos 17 y 18); el interés del particular no es merecedor de tutela jurídica sino dentro de los límites en los cuales sea acogida por el Ordenamiento como Derecho subjetivo (artículos 21 y 22); las intenciones y los motivos subjetivos son relevantes, sin embargo, ellos están considerados cada vez que resulta el *fraus* a la ley: "fraus omnia corrumpit" (artículo 20).

4) Tienen igualmente aplicación, sin invocación de las partes, sea la norma en la adap-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tación a la realidad social, sea la referencia a la equidad. La primera resuelve una antigua y debatida cuestión relativa al conflicto entre la estática de las normas cristalizadas en las fuentes formales y la dinámica de la realidad a la cual la norma es aplicada. A este propósito ha sido observado, por ejemplo, cuán diversa sea la aplicación de una norma en períodos de crisis y en períodos de bienestar. La segunda resuelve las otras cuestiones, igualmente debatidas, sobre la no oportunidad de que a situaciones subjetivas diferentes, vengan determinados efectos idénticos. En este campo es de gran ayuda la jurisprudencia que, aun no siendo vinculante, es aquí una vía de la cual, de hecho, no se puede prescindir.

5) Dado que el Ordenamiento está internamente constituido por las únicas fuentes indicadas por el artículo 1, que por lo tanto no hay juridicidad fuera del Ordenamiento y que el Poder Judicial tiene la sola función de aplicar el Ordenamiento (artículo 6) no pueden existir situaciones jurídicamente relevantes y susceptibles de pronunciamiento judicial, si no resultan previstas por el Ordenamiento.

La tesis de la existencia de lagunas, por tanto, es de naturaleza ideológica, no científicamente correcta. Las lagunas son pensables solamente con una confrontación entre el Ordenamiento jurídico positivo a aplicarse y un modelo ideal de Ordenamiento en el cual haya previsiones que faltan en el Ordenamiento jurídico positivo. Si bien hay textos legislativos que hacen expresa remisión a las lagunas (artículo 9, n2, Ley General de la Administración Pública), si una hipótesis no resulta disciplinada por el Ordenamiento, tal hipótesis es jurídicamente irrelevante. En el Ordenamiento jurídico italiano por ejemplo, el transporte de cortesía y las disposiciones fiduciarias entre vivos se consideran en general jurídicamente irrelevantes.

A partir del erróneo presupuesto de que puedan existir lagunas, el mismo artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial parece establecer que mediante la analogía se pueda crear una norma inexistente. El artículo 12, en vez, está formulado técnicamente en forma más rigurosa. Si la analogía permite aplicar una norma que disciplina un presupuesto semejante al expresamente indicado y para el cual haya identidad de ratio, el juez, en virtud del artículo 6, debe aplicar las normas y no puede dejar de aplicarlas con la justificación de la falta de previsión del supuesto específico. Esto significa que el Ordenamiento jurídico, por fuerza del artículo 12, va aplicado independientemente de la falta de previsión del presupuesto específico, en todos los casos en que este supuesto se presenta en concreto y semejante y por el cual haya identidad de ratio. No hay creación de una norma nueva, sino aplicación del Ordenamiento vigente, dado que si el supuesto no es semejante y la ratio no es idéntica el Ordenamiento no encontraría aplicación.

Igual razonamiento vale para la equidad que en tanto constituye norma en cuanto la ley expresamente lo permite (artículo 11).

8. El llamado Derecho jurisprudencial.

1) La sentencia con autoridad de cosa juzgada, en todo caso, conforme o no conforme con el Ordenamiento, justa o injusta, equitativa o inicua, es norma individual y concreta a la cual el Ordenamiento jurídico atribuye la eficacia de disciplinar el caso concreto. La sentencia no tiene una fuerza propia, sino que la adquiere en virtud del Ordenamiento y bajo este perfil es correcto decir que ella crea derecho para el caso específico.

El estudio de las sentencias, emitidas en un período dado y por un dado número de jueces permite, por ejemplo, establecer el porcentaje de las que se remiten a precedentes de la jurisprudencia nacional o extranjera, o constatar si y hasta qué punto los jueces —en concreto— aplican el Ordenamiento en un sentido o en otro, pertenece a la sociología del Derecho, no a la ciencia del Derecho. Para aquel estudio en efecto, se aplica la metodología propia de la investigación sociológica dirigida a registrar y catalogar los hechos no la de la ciencia jurídica, dirigida a conocer, describir y sistematizar las normas de un dado Ordenamiento.

La no obligatoriedad jurídica de los precedentes y la naturaleza sociológica de la investigación dirigida hacia ellos no disminuyen ciertamente la importancia de las investigaciones cuyos resultados, a menudo, vienen indicados como Derecho jurisprudencial. Fórmula brevilocuente para indicar cómo, en efecto, viene entendido y aplicado el Ordenamiento, para indicar con ello la "realidad jurídica", la cual reviste una relevante importancia no solamente para los operadores del Derecho que contribuyen a la formulación de esta realidad, sino para el mismo legislador si quiere ser atento y sensible.

2) La recopilación de las sentencias, aunque rigurosamente sistematizadas, continúa siendo siempre y solamente una reseña de sentencias y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no puede tener el carácter unitario y sistemático que es propio del Ordenamiento jurídico. Tanto menos ella permite la previsión de las decisiones que serán tomadas por sentencias futuras, como con una cierta ingenuidad afirma el realismo jurídico.

Va agregado, por mérito esta vez precisamente de los sostenedores del realismo jurídico, que de ella no se logra un cuadro perfectamente correspondiente a la realidad, dado que el caso concreto no se puede nunca conocer: sea porque éste llega por medio de la representación de aquellos que lo refieren, sea porque al juez esas mismas representaciones llegan mutiladas y alteradas por los límites legales puestos a las pruebas.

3) El artículo 9, con un encomiable sentido realista, ha atribuido carácter de criterio informador del Ordenamiento jurídico a la doctrina que, en modo reiterado, viene dictada por las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena, al aplicar las fuentes escritas y las no escritas, con excepción de los usos. Ha sido acertadamente constatado que los jueces y los operadores de Derecho se atienen a la jurisprudencia constante y uniforme, aun no compartida. Los jueces porque en ella encuentran conforte en las argumentaciones adoptadas para la solución tomada y porque la adhesión permite la uniformidad y la igualdad de tratamiento. Los operadores porque aun cuando pudieran conseguir una solución diversa de los tribunales inferiores, con extrema probabilidad esta solución vendría casada por el tribunal superior.

Con el artículo 9, la referencia a la jurisprudencia constante se convierte en un argumento en el cual el juez debe pronunciarse. La falta de obligatoriedad, por una parte, y la independencia del juez, por otra, permite que se pueda acoger motivándoles adecuadamente soluciones diversas y a la Corte cambiar su propia jurisprudencia, tutelando así las funciones propias de este alto órgano judicial, llamado históricamente a garantizar una interpretación del Ordenamiento "justa, verdadera y uniforme" en la dinámica de su aplicación.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO DISPOSITIVO DE GARANTÍA

PROF. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
Juez de Instrucción de Madrid, España

I. INTRODUCCIÓN.

Con toda sinceridad puedo decir que no me he visto nunca frente a una invitación a la reflexión tan sugestiva como la que se contiene en el programa rector de estas jornadas.

Y no puede por menos de ser así si se piensa en el cúmulo de factores que prestan originalidad y atractivo a este encuentro.

En este sentido creo que más allá de la propia relevancia de los temas en sí mismos considerados, el primer factor de singularidad lo aporta el marco. Nicaragua como país convertido en virtud de su esfuerzo en punto de referencia del más alto valor simbólico de la lucha secular por la libertad, que hoy vive aquí una, tremenda desde luego, pero también rica y aleccionadora experiencia. Pero asimismo Nicaragua como país que se enfrenta a un proceso de institucionalización abierto y en curso, lo que contribuye a reforzar el interés de nuestro debate, en la medida que reclama el planteamiento de los temas, no en el vacío teórico, sino a un nivel de practicabilidad, como para salir al encuentro de los problemas concretos.

Por otra parte, resulta también singular que desde instituciones como las convocantes, de un país enfrentado a la más dura de las emergencias, se nos invite a discurrir sobre garantías, sobre formas de control democrático. A difundir un tipo de pensamiento que hoy por cierto no goza de las simpatías de ninguno de los poderes de los países de la Europa democrática aquí representados.

Desde mi perspectiva, no de teórico, sino de juez de a pie que al mismo tiempo que "dice el derecho" trata de reflexionar sobre lo que hace y las condiciones en que lo hace, hay algunas cuestiones de las propuestas que revisten particular interés.

Pienso sobre todo en la sugestiva asociación de categorías como las de "división de poderes" y "proceso revolucionario"; "juez" y "revolución"; o de "independencia judicial" en ese contexto.

II. DIVISIÓN DE PODERES Y PROCESO REVOLUCIONARIO.

Cuando bajo la rúbrica "poder y justicia" se propone como tema a considerar "el papel de la teoría de la división de poderes en un proceso revolucionario", diría que una de dos, o tras la propuesta del programa se esconde un excelente humorista.

O bien se busca sinceramente una forma, distinta de las conocidas, de concebir el poder que hace la revolución. Porque si nos atuviéramos al dato de experiencia lo correcto sería sin duda hablar no tanto del papel, sino del no-papel, del no-lugar de la división de poderes (ni siquiera como punto de referencia teórico) en la práctica revolucionaria, fuere del signo que fuere.

El poder que hace una revolución, poder fuerte por antonomasia, propende naturalmente a llevarse mal con aquel principio, tanto por razones que diríamos ideales, como por motivos puramente pragmáticos.

El principio de autolimitación que subyace a la fórmula de Montesquieu, en el caso del poder revolucionario carecería de sentido, tratándose por un lado de un poder carismático cuyo potente grado de legitimidad le hace sentirse por encima de cualquier riesgo de prevaricación; y por otro, de un poder en situación de necesidad, que justifica cualquier renuncia a la idea de límite, que por otra parte siempre militaría a favor del enemigo.

Pero el poder, es siempre en alguna medida o —como ha escrito Ferrajoli—, signo y función de la desigualdad social. Y el poder revolucionario no ha gestado nunca demasiada imaginación en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la forma de organizarse, olvidando demasiado pronto que la revolución no está solo ni preferentemente en los fines sino en los medios. Por eso, con frecuencia, al Estado revolucionario ha seguido una "contrarrevolución estática" (Lefebvre), al erigirse el Estado mismo en verdadero obstáculo en el camino de la revolución, que no tendría que ser otro que el de la democracia.

La historia de los Estados revolucionarios está empedrada de fáciles y tristes procesos de degeneración hacia formas nada revolucionarias de ejercicio del poder, hacia la asunción de modalidades de éste típicamente instrumentales del dominio de clase.

Por eso me parece particularmente importante pensar en lo que puede aportar a una experiencia como la nicaragüense de hoy el núcleo ideal que la experiencia histórica ha depositado en el que se conoce como principio de "división de poderes".

Un núcleo que con toda razón sólo se encuentra "en la observación pesimista fundamental de que cualquier detentador del poder se ve llevado a abusar de él y que el único modo de evitar el abuso —una vez comprobada la escasa sensibilidad del poder a las invectivas moralistas— es dividir los poderes de manera que jamás coincida el autor de la regla con su ejecutor". (Silvestri).

La afirmación precedente abre a nuestra consideración un amplísimo abanico de cuestiones relativas a la manera de evitar el eterno retorno hacia cualquier forma de omnipotencia y autonomización de la política respecto de los intereses sociales; hacia el análisis de posibles formas de participación efectiva; pero desde el punto de vista que a mí más me interesa, plantea el tema de la garantía de los derechos de libertad y de las garantías jurídicas, y el papel que en este ámbito corresponde a la jurisdicción.

III. EL LLAMADO PODER JUDICIAL EN EL ESTADO DE DERECHO.

Como es bien sabido, la separación de poderes habría tenido como consecuencia para el judicial la que se concreta en la apertura de un espacio franco de control político en el que la magistratura en su conjunto, pero sobre todo los jueces en particular, podrían ser independientes en la aplicación del derecho.

Curiosamente, el modelo organizativo previsto para hacer eficaz ese postulado ha sido elconcebido por Napoleón. El encuadramiento de los jueces en una férrea estructura funcionarial situada en posición dependiente respecto del ejecutivo.

Este modelo ha estado vigente en países como Francia, naturalmente, Italia, España, y ha puesto de manifiesto, entre otras, una curiosa virtud, que es servir lo mismo a gobiernos liberales que a regímenes autoritarios. Así, por ejemplo en España, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 permaneció vigente hasta el año pasado, y el franquismo apenas sí precisó hacer alguna modificación escasamente relevante en la vieja ley del liberalismo decimonónico.

Preguntarse por el posible sentido de la independencia de los jueces en el marco de una experiencia revolucionaria y con la vista puesta en un proceso de institucionalización en marcha, creo que exige reflexionar primero siquiera sea brevemente, sobre lo que ha significado la categoría independencia en la forma que viene predicándose por la doctrina tradicional sobre el poder judicial.

Esta concepción tiene su punto de arranque lógico como es sabido en la consideración de que no existe en relación con el Derecho otro momento político que el de su formulación por los órganos legislativos. Una vez verificada en esa sede la correspondiente opción, el producto legal se independiza de su matriz política, para convertirse en instancia técnica que solo permite ser manejada técnicamente.

Función de este punto de vista sobre el Derecho son los dogmas iuspositivistas relativos a la naturaleza del ordenamiento jurídico: su completud, su coherencia, es decir su omnímoda capacidad ordenadora de cualquier situación y la ausencia de contradicciones. Es lo que posibilita que el juez sea solo "bouche de la loi". Cauce pasivo por el que fluye de manera espontánea y sin que él tenga que poner nada propio en el esfuerzo, la única voluntad —del legislador o de la ley, tanto da— realmente existente.

Íntimamente conectados con esta manera de entender el sentido de la ley y su significación para el juez se encuentran los mecanismos de selección de los profesionales de la justicia.

En este sentido creo que cabe a mi país el dudoso timbre de gloria de haber puesto en práctica el que mejor se ajusta a la concepción de Montesquieu, aunque evidentemente las motivaciones subyacentes en uno y otro caso sean bastante diversas.

Vale la pena una breve digresión sobre el particular. En España el ingreso en la magistratura ha tenido y tiene lugar a través del que se conoce como sistema de *oposición*. Sustancialmente se resume en la exigencia de memori-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zación de un amplísimo temario comprensivo de casi todas las disciplinas positivas previamente estudiadas para obtener la licenciatura. Pero con una curiosa y nada gratuita particularidad, y es que el "aspirante" tiene un tiempo limitado para la exposición oral de cada tema, que le impone por un lado prescindir en la preparación de todo lo que no sea directamente derecho positivo o alguna leve consideración puramente exegética, y, por otra parte, en el momento del examen, decir prácticamente de memoria todo lo que sabe.

Tanto es así que Oliet y Serena, en una clásica obra dirigida a futuros jueces, escribieron hace bastantes años que "la oposición es sustancial e inevitablemente por tanto, la ejecución en el acto del examen de los 'discos' previamente impresionados en el derecho del opositor con arreglo al programa". De este modo los autores citados, sin pretenderlo, puesto que era ajena a su valoración cualquier pretensión crítica, ofrecían probablemente la visión más ajustada a la realidad de un método de selección que hubiera sorprendido a Montesquieu por su grado de funcionalidad a la producción del tipo de juez "fonográfico" que él había postulado.

El esquema encontraba su complemento adecuado en la figura del "preparador", magistrado maduro y experimentado, buen conocedor de los secretos del oficio y seguro transmisor de la ideología corporativa. Y también en la comisión examinadora, constituida hasta hace apenas unos meses en su casi totalidad también por magistrados, bien situados jerárquicamente, controladores así no solo de la disciplina interna, sino también del acceso a la corporación.

El paso por ese rito de iniciación tendría según un viejo magistrado español, naturalmente "apolítico", aunque conocido exponente de la extrema derecha, la virtualidad de imprimir al seleccionado una especie de "unción carismática" (de Miguel).

De este modo, un curioso proceso de selección, que necesariamente implica también selección económica, en la medida en que exigía un tiempo dilatado de preparación a costa de la economía familiar, una concepción puramente positivista del Derecho, una cultura del juez en fin cortada por el patrón de los esquemas jerárquicos, configuraban el modelo idóneo del magistrado ciertamente capaz para el ejercicio adecuado de la "independencia".

Ese tipo de magistrado que, podía decir con razón Casamayor, la burguesía no necesitaba comprar, por haberlo adquirido previamente a través de un cuidadoso sistema de selección-formación.

Resulta también curioso comprobar como junto a la reducción del derecho a una serie de nociones catequísticas, en la formación del juez tradicional se daba un absoluto desprecio por el conocimiento relativo a la adquisición y a la crítica del material probatorio. Los prejuicios de clase y la visión del mundo recibida por vía de autoridad garantizaban un resultado que muchos jueces vivían como cierta aptitud o capacidad para una captación casi mágica del verdadero sentido de la realidad. Era el fruto del carisma.

Un juez así, naturalmente, no podía por menos de ser "apolítico". No sé en otras latitudes, pero en España, hasta hace poco, la política para los jueces ha tenido connotaciones tan negativas y oscuras como el sexo para los católicos. La interdicción de la política ha sido algo así como el sexto mandamiento para los jueces.

También puede recordarse aquí la opinión de un viejo magistrado del Tribunal Supremo español durante los años del franquismo. Al ser preguntado, ya en la transición democrática, cómo había vivido la política la alta magistratura durante la etapa anterior, respondía: "nosotros en el Supremo, cuando en España había una sola política, le hemos servido, algunos incluso con entusiasmo. Ahora cuando en España hay más de una política, lo prudente es abstenerse".

Una obra reciente del profesor Bastida, sobre el pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura, añade a esa opinión justamente lo que le falta: que en España "había una sola política" durante el franquismo porque la magistratura, sobre todo la alta magistratura, colaboró activamente a que las demás estuvieran en la cárcel.

Por eso aquella frase, debidamente integrada en su contexto, pone de relieve qué es lo que efectivamente se trató de garantizar siempre con ese modelo de selección organización. No la apoliticidad, sino la incorporación plena de los jueces a una determinada política; no la neutralidad sino la aflotación del pluralismo en la magistratura. La separación de los jueces y la creación en torno a los mismos de un cordón sanitario que les mantuviera al margen de cualquier posible contaminación y contacto con el fluido social.

Un factor importante en la reproducción y mantenimiento de ese esquema lo dio la forma de organización en "carrera" y el sistema disciplinario.

La primera producía como fruto inmediato la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

colocación del juez que empieza, ante un futuro profesional constituido por una serie de escalones en régimen ascendente. La promoción interna, el acceso a los puestos de mayor dignidad formal estaría siempre condicionado al otorgamiento del *placet* por los detentadores del poder jerárquico, administradores también del control disciplinario. Y situados en los grados en el sistema de instancias.

A su vez, la formulación de los ilícitos disciplinarios, siempre en términos de gran amplitud, dejaba al juez a expensas de aquéllos.

Ambos mecanismos, jerárquico y disciplinario, actuando sobre un cuerpo de funcionarios extraído de determinado sector social por el procedimiento que se ha dicho, producía como consecuencia inevitable un orden judicial predispuesto al ejercicio de una única calidad de independencia. La independencia y la separación de la sociedad, es decir, de los estratos de la misma no representados por los detentadores del poder, que a su vez y por el cauce del ministerio correspondiente ejercían también el poder interno a la propia carrera.

Todavía, y por si pudiera quedar algún "cabo suelto", aquellos medios de que en cualquier caso tendría que depender la posible proyección práctica de la justicia, fundamentalmente los recursos materiales y la policía, permanecían en manos del ejecutivo.

Aún más, y para cerrar el circuito, el Ministerio Fiscal y su poderosa capacidad de incidencia intraprocesal, quedaba también anclada en el área del gobierno, en algunos casos, y en otros, cuando menos estructurado de manera idónea para servir de freno a cualquier posible manifestación indeseada de independencia.

IV. EL GOBIERNO DEMOCRÁTICO DE LA JUSTICIA.

Italia en la inmediata segunda posguerra, España bastantes años después, con la Constitución de 1978, han conocido modificaciones relevantes en la manera de configurar el gobierno del llamado poder judicial, con trascendencia también para la situación estatutaria del juez. No hay que decir que el caso español tiene inspiración directa en el modelo italiano. *Que el Consejo General del Poder Judicial* tomó inspiración directa del *Consiglio Superiore della Magistratura.*

De forma esquemática y necesariamente simplificadora, se puede afirmar que en ambos casos, y como reacción frente al papel jugado por la magistratura en apoyo de una experiencia autoritaria, se trató, por una parte de evitar futuras posibles instrumentalizaciones de los jueces desde el ejecutivo, y al mismo tiempo, evitar también un tipo de gobierno de los jueces por los jueces que pudiera desembocar en una forma sin duda indeseable de "mandarinato judicial".

Fruto de ello fueron los Consejos, en los que se trataba de ensayar una forma de democracia participativa en el interior de la propia carrera judicial, y también la participación parlamentaria directa en el gobierno de la misma. (20/10 en un caso, 12/8 en el otro, es la forma en que se materializaron los coeficientes de participación judicial y parlamentaria en la nueva institución).

Consecuencias inmediatas del nuevo sistema serían:

1. Distanciamiento del ejecutivo y consiguientemente apertura de un ámbito de relativa autonomía política del Poder Judicial.

2. Apertura a su vez de ese ámbito a la experiencia del pluralismo. Esto ciertamente condicionado en cuanto a su intensidad, por el modo de elección de jueces y parlamentarios, pero en cualquier caso de ineludible constatación como un dato cierto.

3. Crecimiento democrático en el interior de la magistratura, como consecuencia del efecto disolvente para el viejo orden jerárquico que supuso la inserción en él de un mecanismo democrático-representativo. Incluso aun cuando, como ha ocurrido en España, el principio democrático no haya llegado a permear toda la estructura judicial por falta de un desarrollo coherente, la posibilidad de concurrencia de los mismos jueces a la configuración del gobierno de la propia institución, produjo como consecuencia inmediata una liberación de la instancia político-cultural antes reprimida y una notable transformación del clima de la vieja carrera. También por ende una distinta manera de relacionarse aquella con la sociedad y una diferente percepción social de la misma.

Así, sin hablar del caso italiano, que es paradigmático al respecto, el caso español, más modesto, no es menos significativo. La implantación del Consejo en nuestra realidad constitucional trajo como inmediata consecuencia la generalización del fenómeno asociativo en la magistratura, la apertura de un permanente e intenso debate sobre las formas concurrentes de concebir el papel del juez en la sociedad, la afloración de actitudes diversas entre los jueces y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como consecuencia la ruptura del mito del apoliticismo. La posibilidad para determinados intereses sociales de encontrar un eco y una acogida en esa sede institucional que antes no habían encontrado. La colocación en fin de la justicia en el camino que puede conducirla a hallarse más cerca de la sociedad.

Todo esto, hay que decirlo, aun cuando la mayoría de la magistratura española —hablo de hace apenas 4 años— era todavía notablemente conservadora, como procedente de la situación anterior predemocrática. Pero aun así, como decía y aún antes de que se hubieran producido cambios sustanciales en la composición personal de la misma, sí había cambiado el "clima" en su interior.

Algunas vicisitudes que no cabría enumerar aquí han dado lugar a la introducción de una modificación de importancia en el sistema electoral de los miembros del CGPJ. Ahora todos, es decir, no solo los de origen parlamentario, sino también los de extracción judicial, desde 1985, han pasado a ser elegidos directamente por las Cortes Generales, es decir, por el Parlamento.

Según los propios exponentes de la mayoría parlamentaria que llevó a cabo esta modificación —discutible y discutida— se intentaba por ese camino de aportar a la justicia un mayor coeficiente de legitimación democrática, mediante su inserción en el ámbito de la soberanía popular.

En la práctica se trató de llevar a cabo una operación de doble significado. De un lado evitar el posible control de una parte significativa del Consejo por la derecha todavía mayoritariamente representada entre los jueces. Por otra y simultáneamente, concentrar el poder poniendo al alcance la mayoría gobernante también directamente el judicial. Lo que se completaba con una llamativa reducción de las atribuciones del Consejo en beneficio del Ministerio de Justicia.

Es decir, cuando se decía estar potenciando la legitimación democrática del órgano de gobierno de la justicia, curiosamente se reducía de manera importante su significación político-constitucional y sus competencias.

La práctica ha puesto inmediatamente de manifiesto cómo la concentración masiva del poder, incluso del poder democrático, puede terminar siendo un obstáculo para la democracia misma. Trataré de ilustrarlo en el caso español y con base en experiencias recientes.

Hace apenas unos meses, una jueza de Bilbao, ciudad del País Vasco, en el norte de España, una región azotada por el terrorismo, durante la investigación de un delito de tortura posiblemente cometido por miembros de la Guardia Civil, se ha visto obligada a hacer comparecer a declarar a un crecido número de miembros de ese instituto armado. Pues bien, el Gobierno, sin duda incómodo por la decisión judicial, ha dado una orden de incomparecencia a los guardias civiles citados, que es una orden de desobediencia al mandato judicial, en contradicción flagrante con el imperativo contenido en el art. 118 del texto constitucional.

El caso planteaba sin duda una situación límite, en la que todas las fuerzas políticas de la oposición, amplios sectores de la intelectualidad jurídica, la magistratura en pleno, ha estado claramente por la condena de la actitud gubernamental, como claro atentado contra uno de los principios básicos del Estado de Derecho.

Pues bien, el CGPJ, constitucionalmente comisionado para la defensa de la independencia judicial, pero directa expresión —en virtud del nuevo sistema de elección— de la mayoría socialista gobernante, ha protagonizado una vergonzosa actitud de inhibición.

Más tarde, en ocasión de una importante declaración de la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid a propósito de ciertas manifestaciones de la corrupción que existe en la policía, y de protesta contra la inexistencia de policía judicial, y petición de constitución de una comisión parlamentaria de encuesta sobre el estado de la policía, el Consejo eludiendo afrontar la cuestión de fondo planteada, ha optado por imponer una abusiva ley de silencio a los jueces. Dirigida de manera evidente en la práctica no contra la derecha judicial, sino contra el sector de la magistratura que plantea al gobierno cuestiones incómodas que son otras tantas exigencias de la profundización de la democracia.

Es decir, una vez más, el nuevo CGPJ enfrentado al grave dilema de tener que decantarse entre la defensa de determinados principios y la demanda de su urgente asunción por las correspondientes instituciones, o la solidaridad con la mayoría en el gobierno, cuya política se cuestiona, y a la que los actuales componentes del Consejo deben su presencia en la institución, se han decidido por lo último.

Creo que este *excursus* sobre una vicisitud reciente en materia de independencia judicial en España, sobre el fondo de lo anteriormente expuesto, puede permitirnos extraer alguna conclusión, relativa al sentido de la independencia.

La independencia de la magistratura, en tanto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que presupuesto de la independencia del juez, a su vez es presupuesto de la efectividad de la garantía de los derechos fundamentales, demanda la existencia de un espacio institucional de autonomía relativa frente a otras sedes de poder.

Y no conviene incurrir en la falacia de que la independencia de los jueces debe reivindicarse frente a quienes ejercen el poder con criterios no-democráticos, para después olvidar esa exigencia frente a quienes puedan detentarlo con mayor legitimidad.

Como se ha visto por lo expuesto, en España, en la experiencia reciente, en presencia de una magistratura menos democrática en su composición personal que los otros poderes del Estado, salidos ya de las urnas, se ha argumentado capciosamente que se apostaba por el factor "legitimación", con olvido de que sea cual fuere el sistema de designación de los jueces, éstos al fin más que por su origen se legitiman por la rigurosa observancia del régimen de garantías constitucionalmente previsto y por el cumplimiento fiel de las exigencias procedimentales. Algo que exige de ellos hallarse en la posibilidad real de ser independientes frente al poder, que es presupuesto de la posibilidad de ser "terceros", imparciales respecto de los intereses en conflicto en cada caso, sean éstos cualesquiera que fueren.

De ahí que la independencia del órgano de gobierno sea un presupuesto de la del propio magistrado. Independencia la del primero que no quiere decir ausencia de coordinación sobre todo con el órgano de expresión de la soberanía popular, que es precisamente lo que se trataba de evitar, con la presencia de parlamentarios en los Consejos italiano y español. Independencia la del segundo permanentemente contrastada por la necesidad de observancia de la ley, por la efectividad de la contradicción, mediante el control que significa la existencia de un sistema de instancias y recursos, y en fin la posibilidad de una crítica pública abierta y libre.

Una justicia independiente, constitucionalmente fundada; un juez independiente situado objetivamente en condiciones de interpretar la ley en libertad y en conciencia, y naturalmente en el marco de los legítimos controles que se ha dicho, tendrán siempre una dimensión de contrapoder, da garantía del disenso, de límite para la actuación que de quienes gestionan otros centros de poder dentro del Estado, el ejecutivo, sobre todo. Una justicia y un juez de esa naturaleza pueden y deben resultar incómodos, sobre todo al gobierno, en muchos supuestos concretos. Pero son una garantía de la autenticidad de la democracia y un permanente factor de legitimación para quienes la administran.

V. JUECES Y REVOLUCIÓN.

La asociación de ambos términos me sugiere dos tipos de experiencias, ninguna en realidad satisfactoria.

Pienso por un lado en los jueces producto de ese modelo de organización a que antes me he referido, agentes de primera línea en la tarea de criminalizar cualquier forma de contestación al orden establecido, cualquier esfuerzo orientado a la transformación de lo existente. Dispuestos siempre a ir más allá del tenor de la propia ley en su función de servicio permanente a la inmovilidad social.

Es el juez cuya particular forma de ser independiente suponía la permanente y subrepticia integración en el área del poder y el distanciamiento de los fenómenos sociales. Es el juez que ha constituido siempre un obstáculo en el afianzamiento y la consolidación de derechos como el de huelga, o a expresarse libremente, reduciendo el alcance de los progresos que los movimientos sociales podían haber inscrito en el ámbito legislativo. Es el juez que, por ejemplo en España, hasta hace poco y como para llevar hasta el límite del absurdo su actitud de cancerbero de la conservación, ha llevado a los repertorios jurisprudenciales innovaciones como las que en sus momentos pudieron representar el "bikini" o el "top-less", por poner dos ejemplos bien significativos.

Pienso también en los jueces "de la revolución", en los jueces revolucionarios, de la justicia de combate.

No trato de valorar situaciones, me interesan sobre todo los modelos, y en ambos, salvando todas las distancias que hay sin duda que salvar, encuentro sin embargo estructuralmente un fondo común que me parece igualmente recusable.

El juez del primer tipo hace profesión de fe en las garantías, pero no las asume, porque sólo es realmente garante del poder, y llegado el caso acepta también de buen grado ponerlas entre paréntesis siempre que la situación lo requiera, por imperativos de excepcionalidad. Es el juez del "film" de Costa Gavras, "Sección especial", siempre dispuesto a considerarse movilizado y a hacer lo que se le pida como si estuviera en per-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

manente estado de servicio. . . a la justicia, faltaría más, y si fuera necesario más allá o por encima de la ley.

El juez del segundo tipo tiene frente al anterior el valor de la sinceridad. No es tiempo para las garantías. Se juzga al enemigo que como tal está previamente condenado, por lo que representa de obstáculo para el nuevo orden que trata de implantarse.

En ambos casos, la consigna es que el fin justifica los medios, y lo que es peor, así se alimenta una dinámica de la que no será ya fácil salir. En el primer caso, porque ni siquiera se pretende; en el segundo porque a la primera actitud del juez militante deberá seguir otra de juez vigilante, es decir, siempre *combatiente,* a riesgo de parcialidad y de no llegar a ser nunca ese "tercero desinteresado", cauce por el que pueda discurrir la diversidad de intereses que legítimamente se enfrenten en las Sociedades Plurales.

VI. POSIBLE PAPEL DEL JUEZ EN LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA REVOLUCIÓN COMO INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA.

No sé si me equivoco, pero me arriesgaré a decir que los regímenes revolucionarios lo han sido muy pocos en el campo de la justicia judicial. Han sido escasamente imaginativos a la hora de enfrentarse con la organización de una nueva justicia. En general en el marco de las experiencias revolucionarias la justicia ha seguido ejerciendo las clásicas funciones de la justicia de siempre. Ha continuado siendo sobre todo aparato ideológico e instrumento de represión, antes que nada. Cierto que los valores difundidos y las conductas reprimidas han podido ser otras, pero en general el modo de hacerlo ha discurrido por cauces plenamente convencionales.

Todo lo más en muchas experiencias históricas, se habrá acudido a la constitución de algunos tribunales populares, pero unas veces para dar cobertura a auténticas operaciones de linchamiento, y con demasiada frecuencia a formas impresentables de "justicia" sumarísima.

Pues bien, esto —expuesto ahora de manera interesadamente esquemática y simplificadora— podría explicarse como sucedido al dictado de *situaciones de necesidad* elemental, y entenderse en esa clave.

Pero lo que produce desolación es comprobar como casi sistemáticamente, pasados esos primeros momentos, los procesos de institucionalización en materia de justicia, comienzan a desplazarse, pero hacia atrás. Y se suele descubrir lo efectiva y lo práctica que puede resultar para una labor de "gobierno fuerte" una justicia jerarquizada y sumisa. Y se asume sospechosamente el viejo esquema, que el modelo francés, ideado por Napoleón para ser cauce —inteligente desde luego— no de revolución sino para la contrarrevolución en la justicia. Se opera en fin con el esquema nada revolucionario de que alguna institución podría ser instrumento inanimado, puro dispositivo técnico al servicio en último término de quien ocasionalmente la conduzca. Con olvido de una idea fundamental, ésta si bien revolucionaria, y es que las instituciones nacen generalmente para posibilitar la defensa, para garantizar la estabilidad de determinados sistemas de intereses. Que no son inocentes. Que aparentemente desplazados en situaciones de profunda transformación social, pueden seguir viviendo de manera latente y subrepticia bajo la forma de supervivencia de ciertos aparatos.

¿Querría decirse con esto que nada de "lo anterior" puede servir en este campo? No desde luego, porque la historia de la lucha por la humanización de la sociedad no ha empezado ayer. Se puede y se debe volver la cara hacia el pasado jurídico pero es para retomar aquellos principios básicos que el Estado liberal tomó sólo para darse una cobertura ideológica pero renunciando de antemano a hacerlos realidad. Esos principios que instalaron en el marco de ese modelo de Estado una permanente contradicción irresuelta, y que la historia posterior ha enriquecido con nuevos contenidos, de profundización democrática.

Yo creo, para terminar, que no se debe tener miedo a ser revolucionarios, profundamente revolucionarios en materia de justicia. Y para ello se debe como paso primero e inexcusable denunciar cualquier intento de defender como funcional a una situación revolucionaria, un modelo organizativo pensado para ser vehículo de justicia represiva y antidemocrática.

Claro que esta reflexión nos lleva necesariamente a discurrir sobre un momento que es anterior al propiamente judicial. ¿Estará el poder dispuesto a aceptar ser "menos fuerte" en el sentido convencional y autoritario, incluso reaccionario, del término a cambio de buscar la fuerza legitimadora que puede aportar una justicia a la medida de la democracia?

Me parece que esa es la tarea, ciertamente apasionante, en que deben empeñarse los jueces demócratas. También los nicaragüenses, porque

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

este país debe desde luego ganar la guerra, pero necesita como cualquier otro, o más que cualquier otro, puesto que está en el centro de todas las miradas, ganar al mismo tiempo la paz, consolidar la convivencia civil, crear sociedad civil, nuevo tejido social, y darle articulaciones propias y originales.

Ciertamente no es fácil ni tampoco debe existir una fórmula mágica. ¿Pero es que puede haber hoy algo que sea fácil para Nicaragua?

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

LIC. ÉDGAR CORDERO ARIAS

En su sentido idiomático, el vocablo "impugnación" significa acción y efecto de impugnar, e impugnar es combatir, contradecir, refutar.

Entonces desde el punto de vista gramatical, los medios de impugnación, son la vía o el camino para combatir, contradecir o refutar las resoluciones judiciales.

Pero en un concepto jurídico, impugnación es el acto procesal por el cual se exige del órgano jurisdiccional la rescisión o revocación de una resolución judicial, que no siendo nula ni anulable es, sin embargo, violatoria de la ley y, por tanto injusta. Y así, Carnelutti dice que la impugnación tiene por objeto rescindir una resolución judicial injusta. Eduardo Pallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil, página 342.

Pero no faltan procesalistas de la talla del uruguayo Eduardo J. Couture que dan un sentido jurídico mucho más amplio al término impugnación, cuando dice que impugnación es "Acción y efecto de atacar, tachar o refutar un acto judicial —las resoluciones lo son— documentos, deposición testimonial, informe de peritos etc., con el objeto de obtener su revocación o invalidación". (Vocabulario Jurídico de Couture, pág. 323, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976). Sin embargo nosotros estudiaremos el tema restringiéndolo a las vías o caminos para combatir, contradecir o refutar las resoluciones judiciales.

Dentro de ese enfoque restringido tenemos como los medios más frecuentes por virtud de los cuales se procede a la impugnación de las resoluciones judiciales, los recursos; pero no todos los medios de impugnación de resoluciones judiciales son recursos ni con éstos se agotan todos los medios posibles de impugnar las resoluciones judiciales.

Existen procesos autónomos de impugnación de las resoluciones judiciales, como entre nosotros el recurso extraordinario de revisión; y existen procedimientos incidentales de impugnación tales como los de nulidad de resoluciones; y aún más existen formas de impugnación que no son ni procesos autónomos ni procedimientos incidentales, sino simples actos procesales, verbi gratia, la aclaración y la adición de la sentencia en virtud de la cual las partes pueden obtener del juez, la precisión o concreción de algún pronunciamiento confuso o contradictorio o que supla cualquier omisión de pronunciamiento que contenga sobre puntos discutidos en el litigio. Sin embargo para algunos autores como los mejicanos Castillo Larrañaga y De Pina, con los actos procesales de aclaración y de adición de sentencias no se trata de impugnarlas sino de esclarecerlas o completarlas. Y en verdad que no deja de ser atendible la objeción de los procesalistas mejicanos en su "Instituciones de Derecho Procesal Civil", porque la impugnación, como lo enseña otro maestro mejicano, Eduardo Pallares (Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa S.A., México, 1960) la impugnación en sentido puro, esencial, opera mediante la sustitución que se hace del fallo injusto por otro que debe estar apegado a la ley y a la justicia; la resolución que en virtud de la impugnación es revocada o rescindida toma el nombre de "iudicium rescindens" y la que la sustituye se llama "iudicium rescissorium", y son entes jurídicos diversos sin importar que las dos estén contenidas en una sola sentencia. Esto se comprende mejor si se observa la parte resolutiva de las sentencias de segunda instancia: uno de sus puntos resolutivos contiene la revocación del fallo apelado y por ende el "iudicium rescindens" y en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

otro punto resolutivo se declara nueva decisión, o sea el "iudicium rescissorium".

De otra parte esa forma como opera la impugnación la distingue de la invalidación, ya que ésta destruye la resolución anulable sin sustituirla por otra y ya vimos que la impugnación rescinde o revoca el primer fallo para producir en su lugar otro.

El maestro español Manuel de la Plaza atribuye a todos los procedimientos de impugnación el carácter de medios idóneos para alcanzar el fin supremo de lograr la justicia, que el proceso debe perseguir. Dice el maestro De la Plaza, citado por los mejicanos Castillo Larrañaga y De Pina en su "Instituciones", aludiendo a la tesis de Carnelutti, según la cual el principio de inmutabilidad de la sentencia es consecuencia de su condición de instrumento productor de certeza jurídica, que si bien en el orden puro de los principios, se llegaría a la conclusión de declarar inconmovible la resolución, luego que el juez llamado a decidir hubiese dicho su última palabra, tal principio tiene que ceder ante la posibilidad de una decisión injusta y en ese evento, colocada la doctrina ante el dilema de respetar lo intrínsecamente injusto, en aras de la certidumbre, o de moderar las consecuencias de ésta, evitando en cambio la injusticia, se decide, en contemplación de ciertas conveniencias, por la última solución.

Sigue diciendo el maestro De la Plaza, que "no pudiéndose sostener que la sentencia no lo es hasta que adquiere firmeza, no cabe decir que la impugnación es un remedio contra la sentencia injusta, sino un medio de fiscalizar la justicia de lo resuelto; tesis que permite, sin atacar en sus fundamentos el principio de que el proceso y por tanto la sentencia que le pone término, son instrumentos productores de certeza, aumentar las garantías de justicia de lo resuelto, no sólo en consideración al privativo interés de las partes sino, lo que es más importante, en contemplación de un supremo interés social".

Ahondando en el decir del maestro De la Plaza, que la impugnación es un medio de fiscalizar la justicia de lo resuelto, el también maestro del procedimiento, el italiano Carnelutti, en forma maestra liga el error judicial que es germen de la injusticia al concepto de justicia, para explicar la necesidad del instituto de la impugnación. Dice el maestro italiano, que la parte vencida en el noventa y nueve por ciento de los casos, clama a la justicia. Que no se debe creer que esa reacción sea pura pérdida sino que puede servir para garantizar la bondad del juicio. Que la verdad es que tanto como los hombres son imprudentes al juzgar, son igualmente sensibles a los errores judiciales, y tanto más cuanto está de por medio su interés. Los errores judiciales desgraciadamente son posibles y hasta son frecuentes, e inevitables dentro de ciertos límites. Y el ordenamiento del proceso no puede permanecer indiferente a este peligro. Lo que se necesita ante todo es el descubrimiento del error. Y a este fin el ordenamiento jurídico aprovecha la reacción de la parte que se queja de la injusticia de la decisión.

Agrega Carnelutti que una parte es vencida en cuanto la decisión perjudica un interés suyo y por eso, en cuanto acoge la demanda de su adversario. Que puesto que esto se resuelve en la lesión de un interés suyo, el comportamiento de la parte frente al vencimiento es decisivo para el descubrimiento del error o de la injusticia, como se le quiera llamar. Si la parte vencida no reacciona se verifica su aquiescencia. Pero no sería exacto argüir de ella que la decisión es justa. Probablemente la plena justicia de la decisión, es inalcanzable; de todos modos es imponderable. Todo lo que podemos decir es que cuando las partes se conforman con las decisiones, el proceso ha alcanzado su fin: ha vuelto la paz; o si no propiamente la paz, la quietud; en suma, si no el reconocimiento de la justicia, la tolerancia de una verdadera o creída injusticia. El problema, en términos humanos, está resuelto.

Cuando la parte vencida no manifiesta su aquiescencia con la decisión, cuando la cree una injusticia —verdadera o simplemente creída— la finalidad del proceso no ha alcanzado su fin político social de poner paz y tranquilidad entre las partes; más bien el problema del desajuste entre los intereses y derechos de las contendoras se agrava con la decisión a la que la parte vencida no se somete. La situación es entonces que una parte no tenga que luchar solo contra la otra parte sino también contra el juez del cual ella dice que no le ha hecho justicia. Y la valoración de esa situación que viene a ser determinada por la decisión y la falta de aquiescencia de la parte a la que perjudica, es necesaria para profundizar el conocimiento del instituto de la impugnación.

Porque como dice Carnelutti: "La palabra impugnación no se podría explicar de otra manera puesto que alude a un combate, en el cual el verdadero adversario no es tanto la otra parte cuanto el juez a quo. No se puede disimular, si se quiere llegar al fondo, que en el denominado proceso de impugnación él —el juez— tiene una posición que no difiere mucho de la de un imputado: se le

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

imputa, en verdad, ya que no una culpa pero al menos un error, incluso más que un error, en cuanto de ese error depende un daño sufrido por la parte vencida".

La parte vencida quiere eliminar la decisión que ha estatuido su vencimiento y esta aspiración suya es tenida en cuenta por la ley, no tanto por cuanto que un error judicial no se puede excluir siempre, cuanto porque aquella aspiración de la parte vencida es un índice de perduración de la litis.

Esta reacción del vencido denuncia el fracaso del juicio, a decir de Carnelutti, quien agrega que es necesario entonces hacer algo más para que el orden sea restaurado; y que "Lo que hay que hacer, en el fondo, es la misma cosa que el juez hace con el juicio de las partes: someterlos a prueba. Se trata, esta vez, de juzgar el juicio del juez, lo que no se puede hacer más que volviendo a juzgar aquello que él ha juzgado ya".

La impugnación es un remedio contra la injusticia mientras que la invalidación es un remedio contra la nulidad. Según el Derecho romano clásico, la injusticia de la decisión pronunciada por el iudex no podía hacerla valer el vencido sino a través de la nulidad, de la "querela nullitatis" y así se relacionaba la "querela nullitatis" con la impugnación.

A través de una evolución histórica el remedio contra la injusticia de la decisión, se ha venido desvinculando de su invalidez. El epílogo de ese desarrollo es la absorción de la invalidación en la impugnación. Hoy en día, la "querela nullitatis" ha sido absorta por la impugnación. Esta regla es consagrada en el párrafo cuarto del artículo trescientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Civiles nuestro, con la fórmula: "La de resoluciones (nulidad) debe alegarse al interponer el recurso que quepa contra ellas"; y en el inciso a) del artículo 872 en la fórmula: "El escrito de apelación (de un auto simple) aparte de gestiones de nulidad concomitante no podrá contener peticiones ajenas al recurso".

Carnelutti hace una clasificación de la impugnación en simple o incondicionada y condicionada o condicional.

Expresa que puede ocurrir que baste la impugnación para decidir sobre la eficacia de la decisión impugnada, de manera que el juez ad quem, sea al que se acude con la impugnación en constraste con el a quo sea el que dio la decisión impugnada, tenga ante sí la posibilidad de volver a juzgar como si la primera decisión no existiese. Este tipo de impugnación, agrega, inviste al juez ad quem de la potestad jurisdiccional como si fuese el juez a quo, dentro de los límites de las cuestiones a las cuales la impugnación se refiere. Un nombre riguroso de este tipo de impugnación sería impugnación simple o incondicionada.

Cuando la impugnación tiene tal carácter, la decisión adquiere eficacia sólo en su defecto; la decisión está sujeta a la condición suspensiva de la falta de impugnación.

Cuando la impugnación es simple, la decisión ad quem toma el lugar de la decisión impugnada, el cual por así decirlo, ha quedado vacante. Por lo tanto, no se debe hablar de efecto suspensivo de la apelación, el que no suspende sino que impide la perfección de la decisión impugnada.

Conforme a la concepción de Carnelutti, "puede ocurrir de otra parte que la impugnación esté subordinada a ciertas condiciones como ocurre en el procedimiento de casación; entonces solamente, en cuanto el juez ad quem declara que la condición o las condiciones se han verificado, quita de en medio la setencia impugnada y despeja el terreno para el nuevo juicio. En tal caso, la decisión está sujeta no a la condición suspensiva de la falta de impugnación, sino a la condición resolutoria de una providencia del juez ad quem que determine su rescisión. La denominación más exacta de este otro tipo de impugnación debería ser pues la de impugnación condicionada o condicional. En estos casos, el proceso ad quem se articula en dos fases, a las cuales se acostumbra a dar el nombre, no del todo preciso, de iudicium rescindens y de iudicium rescissorium; en la primera fase el juez ad quem, decide si concurren o no las condiciones prescritas a fin de que la decisión impugnada deba o no deba ser rescindida; en la segunda, el juez mismo o un juez diverso, cuando la rescisión haya sido pronunciada, sustituye a la sentencia impugnada que ahora jurídicamente no existe ya, la nueva decisión.

Examinemos ahora la cuestión del juez de la impugnación.

Hay ciertamente impugnaciones que se proponen al mismo juez que ha pronunciado la decisión impugnada; ejemplo entre nosotros es la revocatoria. Pero como dice Carnelutti en su obra "Derecho y Proceso", "aun cuando el juez sea un hombre moralmente digno no es nunca agradable reconocer haberse equivocado y tanto más dadas las respectivas posiciones del juez y de la parte, la superioridad del juez favorece las tentaciones de la soberbia, que son las más tenaces y las más engañosas en el ánimo humano".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se comprende de lo que dice Carnelutti, que la tendencia del ordenamiento procesal es que el juez ante quien se va con la impugnación, el ad quem, y el juez que dice la decisión impugnada, el a quo, sean individuos diversos, aunque la diversidad de los jueces no sea suficiente para agotar enteramente el problema. En verdad, el sentido común indica que cuando se habla de impugnación, se piensa en la crítica de la decisión impugnada por un juez superior al que la ha pronunciado. Precisamente sobre esta superioridad del juez ad quem se asienta aquel tipo de competencia llamado competencia por razón del grado; y la propia jerarquía del orden judicial está establecida para satisfacer a tal exigencia.

La primera impresión de quien valora este principio es que el crítico debe saber más que el criticado; y se pregunta por qué si el ad quem es más capaz e idóneo para hacer justicia que el juez inferior por qué no se le encomienda desde el principio el proceso con lo que se ahorraría el costo de la impugnación. La razón se capta cuando se piensa que en el proceso de impugnación está también comprometido el juez a quo, el que se quiera o no es otro juzgado junto a las partes. Ahora bien, la misma exigencia de la superioridad del juez a quo respecto de la parte opera en la relación jerárquica entre el juez a quo y el juez ad quem.

Se explica así la exigencia, que el juez de la impugnación sea otro distinto del que dijo la decisión impugnada.

Abordemos ahora brevemente el tema de los límites de la demanda de impugnación.

Al juez ad quem se le propone la misma cuestión decidida sobre la cual ha juzgado el juez a quo. Así la prohibición de nuevas cuestiones en el juicio de apelación la estatuyen algunas leyes, como la italiana, pero es un principio común a todas las clases de impugnación.

El error (factible) del juez a quo es el principio de la impugnación. Pero el a quo no ha podido equivocarse sobre lo que no ha podido juzgar. Por ello no puede ampliarse la cuestión decidida en el proceso de impugnación; pero sí, al contrario, puede ser limitada. Cuando muestra el vencido aquiescencia parcial con la decisión impugnándola sólo en algunas cuestiones, establece un límite a la impugnación. En este caso se habla de impugnación parcial.

Ya para ir concluyendo estas rápidas consideraciones sobre los medios de impugnación nos referiremos a dos formas que revisten singular importancia como institutos procesales. Nos referimos a la apelación y a la casación.

APELACIÓN viene de "apellare" que significa llamar y alude al llamado que se hace a un juez superior para que juzgue mejor que el que ha juzgado ya. Resulta así el doble grado, que es condición lógica del juicio de apelación y de una garantía práctica de su mejor resultado. Basta la impugnación para quitar a la resolución impugnada valor de cosa juzgada y de esa suerte, cualesquiera sean los errores que el juez a quo haya cometido, el juez ad quem tiene vía libre para hacer lo que habría debido y podido hacer el primer juez y de ese modo decidir según justicia. Se presenta así el principio del doble grado como una garantía de justicia de la decisión.

Interesa sobre manera establecer si el principio según el cual el juez ad quem debe encontrarse en la misma situación que aquella en que se ha encontrado el juez a quo, llega hasta el punto que las partes no pueden aducir en el juicio de apelación, siempre dentro de los límites de la cosa que se juzga, nuevas razones o nuevas pruebas. Esto último que es denominado "ius novorum" sí es posible en nuestro ordenamiento procesal civil. En efecto, los artículos 888 y 889 franquean a las partes en el juicio de la apelación, el derecho de producir en él nuevas probanzas, aun cuando con ciertas restricciones contempladas en el número 889, cuando se trata de probanzas que no sean documental y confesional. Esta posibilidad permite a las partes, con la experiencia de la sustanciación del primer grado, advertir deficiencias y errores en que ha incurrido y tratar así de rectificarlos o corregirlos en la sustanciación de segundo grado; porque es un hecho que la injusticia de una decisión puede proceder de errores del juez pero también de errores de la parte y no quedarían servidos los intereses de la justicia si el juicio de impugnación no ayudara a reparar también estos últimos.

CASACIÓN.

Chiovenda advierte que la "querela nullitatis" es un antecedente remoto de la Casación y que tuvo en su tiempo un elemento político, asociando la defensa del particular (jus litigatoris) a la del interés general (jus constitutionis) y tal carácter se acentúa en la organización de la Casación francesa y en la italiana en las que ese elemento político se coordinó con el principio de la división de los Poderes del Estado.

Y en verdad que en el Derecho romano parece estar la simiente del instituto de la Casación, en cuanto, por ejemplo, en el Digesto, Título I, Libro XCIX, se dice: "Si expresamente se hubiere

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dictado sentencia contra el rigor del derecho, no debe ser válida. No se profiere en derecho sentencia si se hubiere pronunciado especialmente contra leyes, o contra senado consultos o contra una constitución".

Pero algunos autores como Colin y Capitant, clásicos pero siempre vigentes por su maestría, estiman que la Casación es la obra maestra de la organización jurídico-política de la revolución francesa. Y realmente, cuando aparece como instituto jurídicamente organizado, es con el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente francesa del 27 de noviembre de 1790, que creó la Corte de Casación francesa.

Ese Decreto de la Constituyente francesa creó un instituto exclusivamente de derecho al atribuirle como función primordial, velar por el mantenimiento de la pureza del derecho escrito de la nación.

Pero si bien el objeto de la Casación no es tanto y principalmente el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las ejecutorias de los tribunales superiores, ni su fin último es remediar la vulneración del interés privado, sino imponer a los tribunales de segundo grado la instancia, la recta, verdadera, general y uniforme aplicación e interpretación de las leyes de fondo o doctrinas legales, mediante la anulación de las sentencias en que se produce aquella infracción, violación y quebrantamiento de las normas jurídicas; no por ello la Casación deja de ser un importantísimo medio de impugnación de las sentencias ejecutorias de los tribunales intermedios, porque la casación procedente, anula el fallo ejecutorio para que se dicte de nuevo con respecto del derecho escrito y la parte así victoriosa habrá obtenido un fallo que debe mirarse como la expresión de la justicia con idénticos efectos a los que produce la sentencia de los jueces de instancia.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EN EL CENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL.

CÓDIGO CIVIL Y EL MOVIMIENTO LIBERAL

LIC. JORGE SOLANO CHACÓN

El presente comentario puede tener, apenas, un interés histórico en relación con el Código Civil, cuyo centenario conmemora el Colegio de Abogados en estos días. El movimiento liberal del país; el Liberalismo del siglo pasado, tuvo que ver con algunos aspectos del Código. Los efectos políticos y legales del liberalismo tuvieron lugar principalmente en la década de 1880, precisamente en el tiempo en que se preparaba ese cuerpo de leyes. Los juristas no eran ajenos a ese movimiento, sino por el contrario, en el Colegio de Abogados había algunos de los más destacados. Por esta razón el liberalismo influyó en esa legislación, y este fenómeno no parece haberse estudiado en forma apropiada.

El Liberalismo como forma de pensamiento es una corriente basada en la libertad del hombre en todos sus aspectos, y por lo tanto, buena. Ese concepto se dio entre nosotros en un principio. Después de la independencia reinó en el país un clima de igualdad, de libertad, de deseo de renovación. El disfrute de los derechos de comunicación del pensamiento, libertad de cultos, asociación, petición, etc., se impusieron gracias a la llegada de las ideas en boga en Europa. Ya en 1832, la Ley Federal de libertad de pensamiento y de imprenta, decía en su artículo 2: "La libertad mental y la expresa son tan absolutas, que ninguna censura previa, ningún reglamento, ningún Tribunal especial o común podrá restringirla". Esa era la concepción del liberalismo incipiente; "nació de una auténtica amplitud de criterio, sin odios, sin rencores, sin prejuicios ideológicos ni clasistas, que combatió a los políticos por política, y a los clérigos por sus actuaciones y no por sus ideas". (Ricardo Blanco Segura: 1884. El Estado, la Iglesia y las reformas liberales). Sucedió después que, por liberar al ciudadano de toda atadura o dependencia de la Iglesia, la cual en ese tiempo influía en la vida civil y pública, la acción de esa forma de pensar se dio en quitar a aquella su influencia y deshacerse de una serie de instituciones existentes, con lo que en este aspecto se cayó en el llamado anticlericalismo. Se identificó liberal con anticatólico. Sin embargo la religiosidad de la nación que fue tan marcada en la familia, no permitió, por lo menos como regla general, que ese liberalismo fuera solo de razón. El fenómeno ideológico terminó en que a algunos políticos y pensadores les gustaba llamarse liberales, para darse importancia. El historiador Blanco Segura ha definido este otro liberalismo como "el símbolo de libre pensamiento racionalista, de luces y de progreso" y Monseñor Sanabria, refiriéndose al General Guardia, y al General Fernández, don Próspero, decía que el uno protestaba de que era "católico pero liberal", y el otro "liberal pero católico", con lo que nos define ese estado mental. En otra ocasión, comentando el resultado de las famosas leyes liberales, nos describe las consecuencias de ese movimiento así: "Pero ni ellos (gobernantes y legisladores) querían positivamente destruir la unidad religiosa nacional con la Ley de libertad de cultos, pues que todos querían la paz religiosa, y las divisiones religiosas la turban, ni querían que desapareciera la Iglesia, de la que se declaran protectores y mantenedores, ni tampoco querían descristianizar positivamente al

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pueblo, cuando menos porque sus atavismos religiosos se lo impedían. Según ellos, había que hacer algo "liberal", otro poco "anticlerical", y punto. Eran "católicos pero liberales". Esa era su mentalidad. (Bernardo A. Thiel). Vale la pena observar que en materia de liberalismo del que estamos hablando, son de cita obligatoria Monseñor Sanabria, don Ricardo Blanco y don Hernán G. Peralta, quienes han estudiado más el fenómeno. También vale la pena darle una mirada a la legislación de ese tiempo: secularización de cementerios, expulsión del Obispo y prohibición de órdenes religiosas ("que semejantes instituciones se oponen al espíritu liberal de nuestras leyes políticas"); ley de libertad de cultos, derogación del Concordato, etc.

Pues bien: en ese ambiente nació el Código Civil, y ese ambiente fue causa de que Costa Rica estableciera institutos jurídicos tales como el divorcio con disolución vincular y el matrimonio civil, que en otros países apenas hace pocos años se ha establecido, no sin grandes luchas de opinión. El divorcio en esa forma lo introdujo el Colegio de Abogados cuando se le consultó el proyecto, ya que éste no lo incluía. También se estableció la igualdad de derechos de los cónyuges, pues era de rigor antes, conforme al Código de Carrillo que nos regía, que la esposa para comparecer en juicio o contratar en cualquier forma, debía obtener la autorización del marido. En varios sistemas legales, como en Francia, ese requisito se eliminó a mediados de este siglo. Escogió como sistema de propiedad en el matrimonio, la separación de bienes de los cónyuges, de modo que cada uno dispone libremente de los que le pertenezcan por cualquier título, acordando únicamente la comunidad de gananciales al disolverse el matrimonio. De la bondad o no del sistema, no hay oportunidad de hablar aquí. Se creó el Registro Civil, para sustituir el sistema único que llevaba la Iglesia Católica. Esto fue, a juicio de Monseñor Sanabria, una necesidad y un progreso. Se prohibió instituir heredera de todos los bienes de una persona a "las iglesias" o institutos de carácter religioso, lo mismo que al confesor obtener herencia del testador, etc. Es muy posible que se quisiera evitar lo que al parecer había sucedido en otros países. Debemos tomar en cuenta, como elemento básico para que esas reformas se dieran sin intervención alguna de la Iglesia, que el 28 de julio de 1884 se derogó el Concordato con la Santa Sede, firmado en 1852. Excepto en el divorcio y en el matrimonio civil, con las reformas no salió muy perjudicada la Iglesia, a juicio también de Monseñor Sanabria. Las medidas legales adoptadas por ellos, dice, eran fuertes, pero en la práctica tendrían algún correctivo.

Veamos algunas otras disposiciones relativas al cambio de legislación. En el Derecho de Familia, la inferioridad de la mujer era lamentable: no podía adquirir o disponer de bienes sin la concurrencia del marido; no podía testar libremente sin su autorización, como ya dije. El marido podía pedir el divorcio (el que antes de 1888 era una simple separación que no disolvía el vínculo), por adulterio de la mujer; pero la mujer sólo podía pedirlo cuando se le negaban los alimentos. Como se ve, la causal de adulterio la había únicamente cuando la mujer lo cometía. Curiosamente en el nuevo Código Civil se estableció esta causal para el marido cuando el concubinato fuera "escandaloso", concepto y redacción vulgar e impropia para los letrados que redactaron el Código. La mujer prácticamente no ejercía la patria potestad sobre sus hijos, aun en el caso de enviudar. El hijo estaba bajo la autoridad del padre hasta la mayoridad o emancipación (Art. 186), y el padre, durante el matrimonio y después de la disolución de éste, tenía el usufructo de los bienes de sus hijos hasta que éstos cumplieran 25 años, y era su administrador; la madre no. Después de la disolución del matrimonio por muerte del padre, la "tutela de los menores" pertenecía por derecho a la madre, pero sin embargo el padre podía nombrar a la madre sobreviviente y "tutriz" un asociado, sin cuya asistencia no podía hacer acto alguno relativo a la tutela. (Art. 195). Veamos la curiosa redacción del Art. 197: "Si al tiempo de la muerte del marido, la mujer está encinta, se nombrará por el padre un curador al vientre. Al nacimiento del hijo, la madre será la tutriz y el curador será por derecho el tutor fiscal". (Este tutor, que lo había en toda tutela, era uno nombrado por el Juez, para que fiscalizara al otro). La mujer tampoco podía ser tutora, excepto para sus hijos y nietos; no podía ser testigo instrumental: "Los testigos en los instrumentos, no serán sino del sexo masculino. . .". (Art. 28). Se permitía en los testamentos. Hay muchas disposiciones más en esa legislación anterior a 1888 que hacían, como las que hemos visto y a los ojos del costarricense actual, odiosa la situación de inferioridad de la mujer. Podemos decir, entonces que en Costa Rica la igualdad jurídica de la mujer frente al hombre, comenzó en 1888.

Para terminar quiero referirme a dos instituciones desaparecidas que en alguna forma favorecían a la mujer. Disponía el artículo 970: "El matrimonio produce entre los cónyuges una so-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciedad legal, por la que se hacen entre los dos, partibles todos los bienes ganados durante la unión, aunque los capitales traídos sean desiguales, o aunque el uno llevase capital y el otro no". La DOTE era la suma de bienes que la mujer u otro por ella, daba al marido para soportar las cargas matrimoniales. Por falta de mejor información creo que legalmente no era obligatoria, aunque sí socialmente. El marido era el administrador de la dote y en ello tenía las obligaciones del usufructuario y era responsable de los daños que le acontecieran por su negligencia y estaba obligado a restituir la dote después de la separación del matrimonio. Las ARRAS eran la donación hecha a la mujer por su esposo en remuneración de la dote, virginidad o juventud. Pasaba a ser de propiedad exclusiva de la mujer y de sus herederos. Para evitar liberalidades excesivas, no podía exceder de la décima parte de los bienes del marido.

Con este y otro anterior, modestos comentarios, le rindo mi homenaje al Código Civil de 1888 en el centenario de su existencia. Con este cuerpo de leyes, por mi preferencia en mi profesión de abogado y no por especialización, me he familiarizado casi por una tercera parte de mi existencia.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL PAGARÉ SUJETO A TRACTOS SUCESIVOS Y SU NULIDAD EN EL DERECHO POSITIVO COSTARRICENSE

DR. CARLOS GÓMEZ RODAS
DR. ALFONSO GUTIÉRREZ CERDAS

CONTENIDO

Pág.

I. INTRODUCCIÓN 76

II. RESEÑA HISTÓRICA Y NATURALEZA JURÍDICA 76

III. DERECHO POSITIVO Y PRÁCTICA EN COSTA RICA 81

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. El artículo 802 inciso c) del Código de Comercio estipula que en materia compatible con su naturaleza jurídica le son aplicables al pagaré, entre otras disposiciones, los vencimientos a que puede sujetarse la letra de cambio. Por su parte el artículo 758 del mismo código, taxativamente enumera los siguientes tipos de vencimiento que rigen para la cambial: "A la vista, a plazo cierto desde la vista, a plazo cierto desde su fecha y a fecha fija". Los anteriores son los únicos vencimientos válidos para la letra de cambio, pues el mismo artículo en su parte final, sanciona con nulidad a aquellos títulos que indiquen otros vencimientos[1] o vencimientos sucesivos como expresamente lo señala el código dicho.

Ahora bien, si las disposiciones de la letra de cambio referentes al vencimiento le son aplicables al pagaré, tenemos como efecto obvio y directo de tal disposición que los pagarés no pueden sujetarse a tractos sucesivos, so pena de nulidad. ¿Es válida tal conclusión a la luz de la doctrina de los títulos cambiarios? ¿Será válida tan grave conclusión en el marco general del Derecho Positivo costarricense?

Las interrogantes anteriores motivan la elaboración de este trabajo, que pretende realizar un análisis de la problemática planteada, mediante un estudio de los artículos 758 y 802 del Código de Comercio, y de todos aquellos aspectos colaterales que puedan influir en la misma.

Como ya se mencionó anteriormente, el artículo 802 comienza prescribiendo que todas aquellas disposiciones que norman la letra de cambio son aplicables al pagaré, mientras no se desvirtué su naturaleza jurídica. Cuáles materias de la cambial contrarían la naturaleza del pagaré y cuáles por el contrario le son afines, es cuestión que debe definirse en el presente trabajo, pues de ello dependerá en gran parte la solución del problema que nos ocupa y que se reduce a establecer si son aplicables al pagaré las regulaciones que sobre el vencimiento rigen a la letra de cambio y por ende aceptar o rechazar la nulidad del pagaré sujeto a tracto sucesivo en el Derecho Comercial costarricense.

Conviene comenzar entonces buscando en la génesis y posterior desarrollo histórico de estos títulos, el origen y la razón de sus similitudes y diferencias, para luego establecer con mayor autoridad la aplicabilidad o inaplicabilidad al pagaré de los distintos institutos de la letra de cambio.

II. Si existió la letra de cambio en la antigüedad, especialmente en Roma, es asunto controversial[2] que excede los limitados confines de este trabajo. Sin embargo, se ha establecido con certeza que su mayor desarrollo tuvo lugar en la Edad Media,[3] lo que permite considerar que en su concepción moderna, surge de las prácticas mercantiles medievales y en consecuencia, prescindiremos de sus más remotos antecedentes.

---

1. Antiguamente se acostumbraba señalar como fecha de vencimiento de una letra, el día o días en se celebraba una de las tradicionales ferias de comerciantes. A estos documentos se les llamó letras feriales, algunas legislaciones todavía conservan este tipo de vencimiento.

2. Goldschmidt Levin, *"Storia Universale del Diritto Commerciale"*, prima traduzione italiana, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1913, pp. 313-314, sostiene que en su contenido la cambial era conocida por los helenos y los romanos, denominándola estos últimos "permutatio". Igualmente sostiene que también en su forma típica de escritura era ya conocida por los antiguos: "Il titolo esecutivo circa il prestito di Praxicles al Comune di Amorgos, emmesso circa due secoli d.Cr., é un vaglia cambiario a domicilio al ordine del creditore", p. 314, nota 73. Sin embargo a pesar de lo anterior, afirma que no se le encontró en tal época en medida considerable. En sentido contrario y refiriéndose especialmente a Roma, Rehme Paul, *"Historia Universal del Derecho Mercantil"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 59 asevera: ". . .mientras que la existencia de la letra de cambio, en el sentido moderno, ni está probada ni debe presumirse. . .". También debe rechazarse la tesis de un presunto origen islámico, Mittermaier, citado por Goldschmidt, op. cit., p. 314, nota 76, afirmaba el origen árabe, basado en ciertos documentos encontrados en Florencia por el abogado Salvagnoli, que según Mittermaier "probano che le cambiali furone portati da prima dagli arabi in Sicilia". Contra esta tesis Goldschmidt, op. cit., p. 314, "la derivazione dal diritto arabo manca d'ogni sostengo e d'ogni verosimiglianza"; Goldschmidt luego le resta importancia a los documentos mencionados por Mittermaier afirmando que nunca fueron publicados. Igualmente Rehme, op. cit., p. 86, "En lo que hace referencia especialmente a la letra de cambio, los repetidos alegatos en favor de su origen islámico carecen de fundamento".

3. Garríguez Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo II, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1955, p. 141, dice: ". . .El origen de la letra de cambio hay que buscarlo en la Edad Media y en el comercio de las ciudades del norte de Italia". Pirenne Henri, *Historia Económica y Social de la Edad Media*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p. 79, sitúa el desarrollo de la cambial en el siglo XII, impulsada por las prácticas de las ferias comerciales. Goldschmidt, op. cit., p. 314 también sitúa su desarrollo inicial a mediados del siglo XII. Fanfani Amintore, *Storia Economica, Tratatto Italiano di Economia*, vol. V; UTET, Torino, 1968, p. 404, afirma que su mayor auge lo alcanza la letra a finales del siglo XIV.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Existió en el medioevo un documento notarial al cual se le ha dado el nombre de "pagaré cambiario"[4] que surgió de las prácticas de los cambistas o "campsores", es decir, de los profesionales del cambio.[5] Los cambistas originalmente realizaban el cambio de las distintas monedas manualmente,[6] recibiendo un tipo y entregando a su vez, otro diverso. Pero de esa forma de operar, que consistía en una mera operación física de intercambio de unas monedas por otras, de una especie de "do ut des", se pasa a la promesa de pagar la suma entregada en otro país o lugar geográfico y en su respectiva moneda de curso legal.

Del cambio manual se pasa al cambio trayecticio,[7] que consiste en la promesa de remisión de fondos que se hacía por escrito y en documento con forma notarial. Es esencial esa remisión de fondos de un lugar a otro para alcanzar ese nuevo estadio en la evolución del pagaré, es esencial una voluntad tendiente a que tenga lugar una "vendictio pecuniae absentis pro pecuniae praesenti".[8] El llamado "cambium siccum" o sea el cambio estrictamente local, no se regía por el derecho cambiario.[9]

El pagaré cambiario también llamado pagaré domiciliado en su aspecto formal era similar a cualquier otro documento notarial de su época, diferenciándose únicamente en que su causa no era la compraventa o el préstamo sino el cambio. Mediante este documento se declaraba haber recibido una suma de dinero y se prometía su restitución. Como documento notarial que era, poseía fuerza ejecutiva e incorporaba una doble cláusula a la orden: la cláusula activa, en virtud de la cual se prometía pagar a la persona de quien se recibía el dinero o en su defecto a su mandatario, y la cláusula pasiva, que contenía la promesa del cambista de pagar o hacer que se pagase en lugar distinto y distante.[10] A este documento se le agregó otra cláusula muy importante, "la de valor" ("valuta") "o de recibí", mediante la cual, el deudor (cambista) reconocía haber recibido del tenedor, una determinada suma de dinero, permitiéndole al acreedor repetir contra el cambista si la obligación no era honrada por el socio o mandatario suyo.

Como resulta de lo afirmado, estamos frente a un documento que no es más que un pagaré, especial tal vez por haber nacido del cambio y ser el cambio su causa, pero un pagaré en fin.[11] La

---

4. Garríguez Joaquín, op. cit., p. 143, menciona que a este documento (prescindiendo de su sentido moderno) se le ha llamado también "letra propia domiciliada" o "pagaré domiciliado".

5. Ibídem, pp. 142-143.

6. El llamado "cambium manuale", "purum", "sine litteris".

7. El "cambium impurum", "cum carta", "per litteras".

8. Goldschmidt, op. cit., p. 310, sostiene: "Essenziale per il concetto é adunque esclusivamente la diversita di luogo della (reale o immaginaria) piazza di riscossione e di pagamento ("distantia loci", "solvere de loco in locum"). L'assegno di denaro senza diversita di luogo non e affare di cambio nel senso del diritto medievale".

9. Ibídem, p. 310.

10. Garríguez, op. cit., pp. 113-114. También Pirenne, op. cit., p. 79, dice: "Se trata únicamente de simples promesas escritas de pagar una cantidad en lugar diferente de aquel en que se contrae la deuda, o, para emplear términos más jurídicos, de un pagaré a la orden a determinado plazo. El firmante se compromete al efecto a pagar en otra plaza al remitente o a su "nuntius", es decir a su representante (cláusula activa), o mandar a pagar dicho pagaré por "nuntius" que actúe como su representante (cláusula pasiva).

11. Goldschmidt, op. cit., p. 320, "La forma primittiva della cambiale conclusa per iscritto (della lettera di cambio) nell medioevo non e, come viene insegnato quasi senza eccezione, la tratta, cioe la lettera di cambio in forma di assegno, e nemmeno la tratta a nome proprio (c.d. cambiale di accomandita), ma el vaglia cambiario: una lettera di cambio nella forma di promessa propria di pagamento". Como ejemplo de ese pagaré cambiario transcribimos el siguiente tomado del mismo autor, op. cit., p. 322:

Pisa, 1197

Il Podesta dei Pisani ha ricevuto da Bernardus, operarius opere S. Marie 200 libr. den. Pisan e promette in cambio di pagare o al suo, missus 444 yperpera auri, o alibi si vobis placquerit. (El subrayado es nuestro).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

transición entre el pagaré y la letra tiene lugar precisamente cuando se pasa de la promesa de pago al mandato de pago.[12] En el momento en que la redacción del documento se hace no ya en forma de reconocimiento de deuda, sino a manera de asignación, o sea de orden de pago[13] girada a un tercero, cuando los usos comerciales imponen esa nueva forma, entonces estamos frente a una letra de cambio en el sentido moderno.

Lo anterior nos permite concluir que la letra de cambio desciende en línea directa y legítima del pagaré, lo cual explica precisamente, la gran afinidad entre ambos títulos.

El pagaré y la letra son los documentos cambiarios por excelencia, afines en su naturaleza jurídica de títulos valores a la orden, en su génesis, en su forma de traspaso y en una casi homogénea regulación positiva. Ambos son además, títulos de garantía y en realidad el único aspecto fundamental (con exclusión de aquellos formales) que viene a alterar esta afinidad lo encontramos en el hecho de ser el primero, como su nombre bien lo indica "una promesa de pago" y el segundo en ser "una orden de pago". De este hecho, de esta distinta concepción de ambos títulos, derivan todas las diferencias que entre el pagaré y la letra de cambio tiene lugar.

Esta tan acentuada afinidad a que hemos hecho referencia, se traduce en una misma regulación positiva, quebrantada tan solo por las disposiciones referentes a ciertas instituciones como la aceptación, que derivan directamente del hecho de ser la letra de cambio "un mandato de pago" y que por lo tanto no le son aplicables al pagaré. Es preciso para los fines de este trabajo establecer claramente las diferencias que existen entre ambos títulos y para ello es necesario examinar someramente las instituciones que de estas diferencias se derivan. Hacemos hincapié, aun cuando por ello se caiga en pesadas reiteraciones, que la diferencia básica, fundamental entre ambos títulos, consiste en ser uno, una promesa y en ser el otro un mandato de pago. Ahora bien, de esa diferencia básica, de esa única y relevante divergencia (si se prescinde del aspecto puramente formal) provienen aquellas diferencias de la letra de cambio incompatibles con la naturaleza del pagaré. Son estas instituciones como bien lo estatuye el párrafo final del artículo 802 del Código de Comercio, la aceptación, sus efectos y consecuencias, como la presentación para la aceptación, la aceptación por intervención, las exigencias del protesto[14] y aunque la ley no lo mencione, la existencia de un librado aceptante que se convierte en primer deudor de la obligación.

La orden de pago que contiene la cambial, supone normalmente la existencia de tres sujetos que intervienen en la relación cambiaria, el librador quien es el emisor de la letra y deudor de la obligación y que contrae su deuda en virtud de la relación subyacente; el tenedor o beneficiario, acreedor que adquiere su crédito con fundamento

---

12. Existe desacuerdo en relación con la manera en que el pagaré domiciliario o cambiario se convierte en letra de cambio, ahondar en ello es cuestión ajena a los propósitos de este trabajo, sin embargo deseamos citar algunas posturas acerca de tal conversión. Goldschmidt, op. cit., pp. 331 ss., sostiene que la orden de pago se origina en un segundo documento que acompaña al pagaré cambiario y es instrumento suyo de ejecución. Grünhut citado por Garríguez, op. cit., p. 145, nota 6, difiere de la anterior tesis pues considera poco verosímil que quien ya estuviere legitimado por un documento notarial tuviese que recibir uno inferior a ese para su ejecución. Canstein citado igualmente por Garríguez, op. cit., p. 145, nota 6, opina que los documentos de los cambistas llegaron con el tiempo a tener plena fuerza probatoria y ya no fue necesario que la letra se redactara notarialmente bajo forma de documento de deuda, sino que llegó a redactarse por los mismos "campsores", como una invitación de pago en forma de carta.

13. Copiamos un ejemplo de una letra de cambio antigua para que pueda ser confrontada con el ejemplo de un pagaré cambiario transcrito en la nota 11 anterior:

> *"Al nome di Dio amen. Bartalo e compagni Barna de Lucha e compagni salute. Di Vignone. **Pagherete** per questa lettera a dì XX di novembre CCXXXIII a Landuccio Busdraghie e compagni de Lucha fiorini 312 3/4 d'oro, che questo dì dell fatta n'avemo da Tancredi Bonaglunta e compagni a raxione di IIII e quarto per C alloro vantaggio, e ponete a nostro conto e ragione. Fatta dì V. ottobre 339".*

Freundt citado por Garríguez, op. cit., p. 146, nota 7. El subrayado es nuestro.
Nótese además cómo se cambia la palabra "promette" (promete) por "pagherete" (pagarán), lo cual no significa otra cosa que pasar de una promesa a un mandato de pago.

14. "El protesto es un acto notarial que acredita frente a todos el exacto cumplimiento de la obligación de diligencia impuesta por la ley al tenedor de la letra, supuesto que la responsabilidad de los obligados en vía de regreso está subordinada a la negativa de aceptación o de pago por el obligado directo, se comprende que no puede ejercitarse acción de regreso sin acreditar fehacientemente estos hechos", Garríguez, op. cit., pp. 518-519. Siendo el protesto una acta notarial que deja constancia de la no aceptación o del no pago de la letra, consideramos, circunscribiéndonos a un marco puramente teórico, que no alteraría la naturaleza propia del pagaré, una eventual obligación de levantar protesto por el no pago de un crédito documentado. En Costa Rica obviamente ello no es posible por expresa disposición legal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en el mismo contrato antecedente, pues en su favor se emite la letra y por último el librado, contra quien va dirigido el mandato de pago y quien es un tercero frente al negocio fundamental o relación subyacente, así como frente al negocio cambiario propiamente dicho. El librado es un tercero en relación con el ámbito cambiario, la inclusión de su nombre en una letra de cambio es para él (no para los otros dos sujetos) jurídicamente irrelevante[15] y no posee obligación alguna de aceptar, y aun cuando tuviese a su cargo obligaciones extracambiarias en favor del librador, éstas por sí solas no lo convierten en obligado cambiario. El librado o girado sólo entra en la relación cambiaria mediante su asquiescencia a pagar la letra, declaración de voluntad que se manifiesta por medio de la aceptación. Una vez que el librado ha aceptado, se convierte en el principal deudor de la obligación cartularia y ello aun frente al librador de la letra.[16]

Pese a que la ley exige como requisito formal de su creación, el nombre del librado,[17] la aceptación de éste, no constituye un requisito para la validez de la emisión, ni para la circulación de la letra de cambio. Sin embargo, la deshonra del título como consecuencia de la no aceptación, trae como resultado la pérdida del beneficio del plazo por parte de los obligados cambiarios, pues el tenedor adquiere inmediata acción de regreso.[18] También la situación jurídica que se produce con la no aceptación, puede dar lugar a una eventual aceptación por intervención, como se analizará en su oportunidad.

La aceptación en su aspecto formal se realiza mediante el uso de frases tales como: por aceptación, aceptando, acepto y otras similares que manifiesten la voluntad de adquirir el compromiso cambiario por parte del librado.

Por ser la cambial un mandato de pago girado contra un tercero, debe presentarse al librado para su aceptación. La presentación puede realizarse en cualquier tiempo y por cualquier persona mientras no haya tenido lugar su vencimiento,[19] esto último por cuanto la presentación del título en dicho día se lleva a cabo, no para su aceptación sino para su pago. Nada impide, eso sí que antes del vencimiento la letra pueda ser presentada al librado en repetidas ocasiones. Interesa mencionar la facultad que posee el librado de exigir una segunda presentación.[20] Esta segunda oportunidad ofrece ventajas tanto para el librado como para el tenedor de la letra. Para el primero, pues le concede mayor tiempo para establecer la conveniencia o no de aceptar el título y para el segundo, pues tal presentación puede ser determinante en la voluntad del librado para aceptar la letra, que de otra forma habría podido rechazar.

La presentación para la aceptación permite clasificar las letras de cambio en tres grupos: las de presentación obligatoria, las que no deben ser presentadas y por último aquellas de presentación facultativa.

Es necesaria la presentación cuando se trata de letras giradas a plazo cierto desde la vista,[21] pues el acto de la presentación señala el inicio del plazo de vencimiento. La ley en este caso para evitar que la fecha de la presentación quede al absoluto arbitrio del tenedor, establece un plazo máximo de un año para que el título sea pre-

---

15. "Il trattario anche se sia debitore del traente, anche se sia preventivamente obbligato verso el traente ad accetare e pagare la cambiale e lo abbia autorizzato a trarla su di lui per quella somma e per quella determinata scadenza, non diventa per questo obbligato cambiario, ne verso il prenditore, ne verso el traente", Angeloni Vittorio, *La Cambiale e il Vaglia Cambiario*, IV ed., Giuffrè Editore, Milano, 1964, p. 239. En igual sentido Tena Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, IX ed., Editorial Porrúa, México, 1978, p. 489; Peña Castrillón Gilberto, *De los títulos valores en general y de la letra de cambio en particular*, Editorial Temis, Bogotá, 1981, p. 123; Garríguez, op. cit., p. 424.

16. "La aceptación de la letra constituye al aceptante en deudor principal de la obligación cambiaria", Jacobi Ernesto, Derecho Cambiario, primera traducción del alemán por W. Roses. Editorial Logos Limitada, Madrid, 1930, p. 69; "La única obligación cambiaria del librado nace en el momento de la aceptación", Garríguez, op. cit., p. 424; en el mismo sentido Vivante Cesare, *Trattato de Diritto Commerciale*, vol. III, V ed., Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1924, pp. 285 ss.; Mossa Lorenzo, *La Cambiale Secondo la Nuova Legge*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1935, pp. 433 ss.; Angeloni, op. cit., p. 239; Peña Castrillón, op. cit., p. 123.

17. Artículo 727 inciso c) del Código de Comercio.

18. Artículo 766 inciso a) del Código de Comercio; Angeloni, op. cit., p. 244; Peña Castrillón, op. cit., p. 135; Garríguez, op. cit., p. 438.

19. Artículo 746 del Código de Comercio.

20. Artículo 749 del Código de Comercio.

21. Artículo 758 inciso b) del Código de Comercio.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sentado,[22] término que puede ser variado por el librador y acortado por el endosante según lo demanden sus respectivos intereses. Obligada presentación existe igualmente cuando así lo dispone el librador, quien puede fijar un plazo para llevarla a cabo.[23]

La letra de cambio girada a la vista no debe ser presentada a la aceptación, pues por su propia naturaleza la presentación se lleva a cabo para el cobro y no para la aceptación. La ley concede al librador la facultad de prohibir la presentación de la letra para su aceptación cuando así lo considere conveniente, pese a ello, limita tal potestad a las salvedades establecidas en el artículo 747 del Código de Comercio.

Aparte de las ya mencionadas, los demás tipos de letras son de presentación optativa a la aceptación y dependerá del tenedor hacerlo o no, aunque es innegable que la aceptación por el librado fortalece su situación jurídica, al agregar un nuevo deudor.

Otra forma de aceptación tiene lugar cuando se acepta por intervención[24] y ello sucede cuando el librado se niega a aceptar la letra. En esta situación para evitar la acción de regreso producto de la negativa de aceptación,[25] el librador puede señalar un tercero que acepte en defecto del librado.[26] La intervención puede darse también para el pago, pero tal modalidad no nos interesa puesto que se estudia en esta parte las instituciones que contrarían la naturaleza jurídica del pagaré. En este orden de ideas debemos mencionar las exigencias del protesto, que tampoco son aplicables al pagaré. Tal y como se mencionó en otra parte de este trabajo,[27] el protesto no es aplicable al pagaré en estricto sentido jurídico, solo cuando se levanta para dejar constancia de una negativa de aceptación. Pero no desvirtúa su naturaleza el protesto que surge del no pago del título, pese a lo cual, la ley costarricense no distingue entre ambas situaciones y declara de manera general la inaplicabilidad de las reglas del protesto al pagaré, lo cual a nuestro entender es incorrecto por las razones ya expuestas.

Se han analizado someramente todas aquellas instituciones de la letra de cambio cuya aplicación al pagaré no es posible por atentar contra su naturaleza jurídica de promesa de pago. Dichas instituciones provienen precisamente como tantas veces se ha afirmado en el presente trabajo, del hecho de ser la letra un mandato de pago y por ende ser incompatible en ese aspecto con el pagaré.

Por parte del pagaré se puede afirmar que no existen, fuera de los aspectos puramente formales instituciones propias de este título que no le puedan ser aplicadas a la letra de cambio. Avala la anterior aseveración la regulación misma de la letra de cambio, que establece en el artículo 729 del Código de Comercio, como una forma de libranza, la hecha "contra el propio librador". Una letra de cambio librada en esa forma, no es otra cosa que una promesa de pago hecha por el librador en favor del beneficiario tenedor. Aquí, librador y librado son la misma persona (deudora de la obligación), parte del negocio jurídico antecedente, parte asimismo de la obligación cambiaria y no un tercero ajeno al ámbito cambiario. Estamos entonces, ni más ni menos, que frente a una promesa de pago, aun cuando se respete la estructura formal de la letra de cambio.

Como corolario de todo lo anterior, se puede afirmar que todas las instituciones de la letra de cambio son aplicables al pagaré, incluidos los vencimientos a que se le sujeta,[28] exceptuando todas aquellas que derivan directamente de ser la

---

22. Artículo 748 del Código de Comercio.

23. Artículo 447 del Código de Comercio.

24. "L'intervento, istituto che ha perduto molta dell'antica importanza esendo ormai poco frecuente nella pratica, puo definirsi come l'atto di colui che, in caso de mancata accettazione o mancato pagamento della cambiale, accetta la cambiale opure effettua il pagamento di essa al posto della persona designata a farlo, vale a dire, del trattario o del'obbligato (accettante-emittente), Salandra Vittorio, *Manuale di Diritto Commerciale*, vol. II, nuova ristampa inalterata, Giuffrè Editore, Milano, 1971, p. 296; "con la intervención se trata de evitar el regreso ya que el interviniente se obliga, mediante la aceptación en defecto del girado, o cumple mediante el pago", Muñoz Luis, *Títulos valores crediticios*, II ed., TEA, Buenos Aires, 1973, p. 439.

25. Artículo 766 inciso a) del Código de Comercio.

26. Artículos 767, 768 y siguientes del Código de Comercio.

27. Ver supra nota 16.

28. Artículo 757 del Código de Comercio.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cambial un mandato de pago y que hemos enumerado y analizado en el presente acápite.

III. Resaltar la importancia del vencimiento en la letra de cambio resulta ocioso por obvia, pues no sólo determina el día de su exigilidad, sino que establece también el día del punto de partida de la acción de regreso, amén de fijar el comienzo del término de la prescripción. Por lo delicado de esta materia, el llamado sistema de derecho cambiario continental, siguiendo las pautas de la Ley Uniforme de Ginebra, le aplica principios poco flexibles, basados en el llamado "rigor cambiario". El vencimiento debe en consecuencia ser: posible, cierto y único. Posible, pues si se señala un vencimiento imposible como lo sería una fecha anterior al de la emisión del título, éste sería nulo. Cierto, el vencimiento debe señalar un día que se sepa que llegará y cuando llegará ("dies certus an et quando"). Nula serán las letras con vencimiento incierto, v. gr.: indicar el vencimiento del título un año después de la muerte de determinada persona. Único, el vencimiento debe ser uno y el mismo para toda la cantidad que se adeuda, es decir, debe tener lugar en un solo día, en consecuencia el vencimiento a plazos, también llamado vencimientos sucesivos, es nulo.[29]

Sobre las huellas de la Ley Uniforme de Ginebra,[30] el Código de Comercio de Costa Rica prescribe, como ya se dijo, en el artículo 758 solamente cuatro posibles vencimientos para la letra de cambio, prohibiendo expresamente los vencimientos sucesivos. Así entonces, los únicos vencimientos permitidos por nuestra legislación para la cambial son:

a) A la vista.
b) A plazo cierto desde la vista.
c) A plazo cierto desde su fecha.
d) A fecha fija.

El vencimiento a la vista es aquel que tiene lugar en el momento de su presentación, la cual tiene que llevarse a cabo en el término de un año a partir de su emisión.[31] La letra librada a plazo cierto desde la vista, es aquella cuyo vencimiento empieza a contar a un plazo determinado a partir de su presentación. La letra sujeta a plazo cierto desde la fecha, se diferencia con la anterior en el hecho de que el vencimiento es a un plazo determinado que corre, no desde la presentación, sino desde la fecha de emisión; y a fecha fija cuando se señala un día determinado de vencimiento, v. gr: el 25 de junio de 1979.

La letra de la ley es muy clara en relación con el vencimiento de la letra de cambio, permite sólo cuatro formas que taxativamente indica y proscribe los vencimientos periódicos o sucesivos, y de ello no puede haber duda alguna. De absoluta claridad es igualmente, la remisión que en materia de vencimiento ordena en la regulación del pagaré el artículo 802 inciso b) del Código de Comercio. Ahora bien, la materia referente a los vencimientos de la letra, no es incompatible con la naturaleza jurídica del pagaré, pues no deriva de ser aquel título un mandato de pago y se ha afirmado y comprobado a través de todo el desarrollo de este trabajo que las únicas instituciones de la letra inaplicables al pagaré son precisamente las que se derivan de esa naturaleza especial. Consecuentemente el artículo 758 del Código de Comercio es aplicable al pagaré por ser materia connatural al mismo, pero sobre todo por ser expreso imperativo legal.

Si examinamos las legislaciones que sirvieron de fundamento a los redactores del Código de Comercio, nos percatamos que la problemática jurídica que analizamos, está regulada de la misma manera en que lo hace nuestro Derecho positivo (con una ligera excepción en la legislación

---

29. "Anche in questa materia la legge cambiaria e molto rigorosa stabilendo, per l'esigenza della certezza della scadenza, che questa possa essere indicata soltanto in uno dei quattro modi designati dall'art. 38 a pena di nullita, e vietando la pluralita di scadenze. Quindi per un debito pagabile a rate bisognera rilasciare cambiali distinte quanto sono le rate. . .". Salandra, op. cit., pp. 251-252; Vivante Cesare, op. cit., pp. 221-222; Garríguez, op. cit., pp. 293-294; Mossa, op. cit., pp. 338 ss.; Jacobi, op. cit., p. 33; y en general todos aquellos autores cuyas legislaciones siguen el sistema de derecho continental.

30. Artículo 33 de la Ley Uniforme de Ginebra de 7 de julio de 1930: "La letra de cambio podrá librarse:
    a la vista
    a cierto plazo desde la vista
    a cierto plazo desde su fecha
    a fecha fija.
    Las letras de cambio que indiquen otros vencimientos o vencimientos sucesivos serán nulas".
    Nótese la enorme similitud con el artículo 758 del Código de Comercio.

31. Artículo 759 del Código de Comercio.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mejicana), es decir, la Ley Uniforme de Ginebra, y el Código de Comercio de Honduras no establecen preceptos distintos de los de la ley costarricense. Las legislaciones citadas disponen en materia de vencimiento un sistema de "numerus clausus" en relación con sus distintos tipos, prohibiendo expresamente los vencimientos sucesivos y estableciendo la remisión de la regulación del pagaré a las disposiciones de la letra de cambio, y en esta remisión se incluye todo lo relativo al vencimiento.[32]

En cambio la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, pese a que limita igualmente los tipos de vencimiento y no permite la validez del vencimiento sucesivo, en un evidente afán por no decretar la nulidad de la letra sujeta a tal modalidad, establece que en dicho caso la letra deberá considerarse "pagadera a la vista".[33] Nótese sin embargo, que la ley mejicana tampoco acepta el vencimiento sucesivo, y la diferencia con la costarricense radica, en que no sanciona la nulidad del título.[34] En resumen, ninguna de las leyes que ejercieron mayor influencia en la redacción del Código de Comercio de 1964, admiten la validez de los vencimientos a plazos.

En Latinoamérica solamente tres países permiten el vencimiento periódico y son: Colombia (artículo 633), Nicaragua (artículo 171) y Panamá

---

32. Ley Uniforme de Ginebra de 7 de junio de 1930, artículos 33 y 77. En relación con el primero véase la nota 30 anterior.
Artículo 77: "Serán aplicables al pagaré mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes:
Al endoso (artículos 2 a 20);
Al vencimiento (artículos 33 a 37);
Al pago (artículos 38 a 42);
A las acciones por falta de pago (artículos 43 a 50 y 52 a 54);
Al pago por intervención (artículos 55 y 59 a 63);
A las copias (artículos 67 y 68);
A las alteraciones (artículo 69);
A la prescripción (artículos 70 y 71);
A los días festivos, al cómputo de los plazos y a la prohibición de los días de gracia (artículos 72 a 74).
Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas a la letra de cambio pagadera en casa de un tercero o en localidad distinta a la del domicilio del librado (artículos 4 y 27); a la estipulación de intereses (artículo 5); a las diferencias de enunciación relativas a la cantidad pagadera (artículo 6); a las consecuencias de la firma puesta en las condiciones mencionadas en el artículo 7; a las de la firma de una persona que actúe sin poderes o rebasando sus poderes (artículo 8; a la letra de cambio en blanco (artículo 10).
Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas al aval (artículos 30 a 32). En el caso previsto en el artículo 31, párrafo último, si el aval no indicare a favor de quién se ha dado, se entenderá que lo ha sido a favor del firmante del pagaré. Código de Comercio de Honduras, Decreto #73 del 16 de febrero de 1950, artículos 507 y 594".
Artículo 507: "La letra de cambio puede ser girada:
I.-A la vista;
II.-A cierto plazo vista;
III.-A cierto plazo fecha; y
IV.-A día fijo.
Se considerará pagadera a la vista la letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado en el texto. La letra con otra clase de vencimientos o con vencimientos sucesivos será nula".
Artículo 594: "Son aplicables al pagaré, en lo conducente los artículos 506, 507, 508, 526 al 533, 534 al 540, 554, 555, 557, 558 párrafos segundo, tercero y cuarto; 559 párrafos segundo y tercero; 563, 564, 566 fracciones II y III; 567 al 576 y 578 al 581. . .".

33. Mantilla Molina, Roberto, *Títulos de créditos cambiarios,* Porrúa, México, 1977, pp. 112-113; criticando esta disposición dice: "Por lo contrario, la tiene y grande, plantear la hipótesis de una cambial con vencimientos sucesivos, pues sí se da con frecuencia esta hipótesis, no obstante el texto legal (y, maliciosamente podría añadirse, por sugestión del texto legal), se crean pagarés, y en ocasiones letras de cambio, con vencimientos sucesivos, es decir, documentos en los que se expresa que la suma total será pagadera por fracciones que han de cubrirse en ciertos intervalos. Por ejemplo, un pagaré por la cantidad de $10.000 pagadero en exhibiciones mensuales, el día primero de cada mes, de $1.000,00 cada una.
Por aplicación de la norma legal, el suscriptor del pagaré puede verse constreñido a pagar la suma que ampara el documento al día siguiente de suscrito (quizá el mismo día), cuando razonablemente (a pesar de la máxima de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha) contaba con un mes, por lo menos, para hacer pago de la primera exhibición.
La iniquidad de esta solución es manifiesta: no respeta la voluntad de las partes, y da una posición ventajosa al acreedor, que generalmente es la parte más fuerte, y quien impone el texto del documento al suscriptor. Una alternativa se presenta para resolver el problema: o bien declarar que no tiene eficacia como cambial el documento con vencimientos sucesivos (solución ginebrina) o bien, darle plena validez a la cláusula que los estipula (solución anglosajona), a la cual se denomina en los países del common law, cláusula de aceleración".

34. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, de 1932, artículos 79 y 174.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(artículo 2).[35-36] No existe regulación sobre la materia en Chile, Paraguay y República Dominicana.[37] Las legislaciones de Bolivia (artículo 534), Guatemala (artículo 443), Uruguay (artículo 78) y México (artículo 79), consideran a las letras libradas con vencimientos sucesivos como giradas a la vista.[38] Las restantes leyes latinoamericanas sancionan la nulidad de dichos vencimientos, siendo éstas: Argentina (artículo 35), Brasil (artículo 33), Ecuador (artículo 441), El Salvador (artículo 706), Honduras (artículo 507), Perú (artículo 63), Venezuela (artículo 441) y desde luego Costa Rica en su artículo 758 repetidamente citado.[39]

Insistiendo sobre un punto muy importante para nuestro estudio, llamamos la atención nuevamente sobre la remisión que hace el artículo 802 del Código de Comercio, declarando expresamente aplicables al pagaré, la mayor parte de las disposiciones concernientes a la letra de cambio. Esta remisión a que hacemos alusión es un principio constante en las legislaciones, debido probablemente a la mayor importancia y desarrollo que

---

35. Ver Peña Castrillón, op. cit., p. 76. Código de Comercio de Colombia de 27 de marzo de 1971, Decreto Ley 410, artículo 673: La letra de cambio puede ser girada:
    1) A la vista;
    2) A un cierto día, sea determinado o no;
    3) Con vencimientos ciertos sucesivos; y
    4) A un día cierto después de la fecha o de la vista.

    Artículo 711: "Serán aplicables al pagaré, en lo conducente las disposiciones relativas a la letra de cambio".
    Ley General de los Títulos Valores; de Nicaragua, Decreto #1824 de 1971, artículo 131: La letra de cambio se podrá librar:
    1) A la vista;
    2) A cierto plazo vista;
    3) A cierto plazo fecha;
    4) A día fijo;
    5) Con vencimientos parciales sucesivos.

    Las letras de cambio con otros vencimientos se consideran pagadas a la vista.
    PANAMÁ: Ley de Documentos Negociales, #52 de 1912, artículo 2: La suma pagadera se tendrá por cierta, con arreglo a esta ley, aun cuando deba ser satisfecha:
    1. Con interés;
    2. Mediante pagos parciales determinados;
    3. Mediante pagos parciales determinados y con la condición de que la falta de pago de un plazo o del interés convenido determinará el vencimiento total de la deuda;
    4. Mediante cambio convenido, ya sea a tipo fijo o bien al corriente; y
    5. Con las costas de cobro o los honorarios del abogado, en el caso de que el pago no se verifique al vencimiento.

36. De la Guardia Erasmo y Velarde Fabián, Tratado sobre la Ley de Documentos Negociables, II ed., Editorial Universitaria, Panamá, 1975, pp. 25 y 26, comentan: "La suma pagadera se tendrá por determinada aun cuando se exprese que debe ser pagada en abonos parciales. Desde luego los abonos deben ser precisados de modo que no quede duda respecto a la fecha en que han de hacerse y la cantidad de cada uno de ellos".

37. Peña Castrillón, op. cit., p. 76.

38. Ibídem. Al respecto; Código de Comercio de Guatemala, decreto #2 de 1970.
    Artículo 443: La letra de cambio puede ser librada:
    1) A la vista;
    2) A cierto tiempo vista;
    3) A cierto tiempo fecha;
    4) A día fijo.

    La letra de cambio con otras formas de vencimiento o cuyo vencimiento no esté indicado se considerará pagadera a la vista.
    MÉJICO, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 79: La letra de cambio puede ser girada:
    I. A la vista;
    II. A cierto tiempo vista;
    III. A cierto tiempo fecha;
    IV. A día fijo.

    Las letras de cambio con otra clase de vencimiento, o con vencimientos sucesivos, se entenderán siempre pagaderas a la vista por la totalidad de la suma que exprese. También se considerará pagadera a la vista la letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado en el documento.

39. Peña Castrillón, op. cit., p. 76.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

alcanzó la letra.[40] Obviamente como hemos venido afirmando y la ley misma prescribe, en esta remisión, sólo son aplicables al pagaré aquellas instituciones que se adaptan a su naturaleza jurídica, como acontece precisamente con los vencimientos de la letra de cambio, que no son incompatibles con la naturaleza del pagaré. Así tenemos que el vencimiento a la vista es aplicable al pagaré por cuanto su presentación se hace para el cobro y no para su aceptación, e incluso existe norma expresa estableciendo que todo pagaré sin fecha de vencimiento se tendrá como pagadero a la vista (artículo 801 del Código de Comercio). Lo mismo se puede decir del vencimiento a fecha fija y del vencimiento a plazo cierto desde la fecha, los cuales no presentan ninguna dificultad en relación con su aplicación al pagaré. El primero por cuanto el plazo de vencimiento está expresamente determinado, como dijimos antes, el 25 de junio de 1979. El segundo por cuanto el vencimiento se determina a un plazo cierto desde la fecha de emisión, así a tres meses a partir del 7 de marzo de 1981, vencería el 7 de junio del mismo año. El vencimiento a plazo cierto desde la vista puede presentar dudas en cuanto a su aplicabilidad al pagaré, ya que el plazo comienza a correr a partir de la fecha de su presentación, pudiendo argüirse que siendo la presentación para su aceptación, no puede ser aplicado al pagaré. Este razonamiento es equivocado, aunque ciertamente la presentación para la aceptación no es posible concebirla en el pagaré. Sin embargo, en relación con este título, la presentación se produce en el mismo momento en que se emite, y solo tiene efecto en relación con el vencimiento, porque solamente existe un obligado en la relación cambiaria, quien es el promitente, sea el deudor que formula la promesa de pago. Situación que también se presenta en la letra de cambio girada contra el propio librador o a la orden del propio librador, casos en los cuales no hay una verdadera aceptación, pues no existe un tercero librado a quien dirigirle la orden de pago, ya que la relación cambiaria se da solamente entre dos personas, deudor y acreedor de una misma relación subyacente (artículo 729 del Código de Comercio). En abono a nuestra posición, se puede argumentar además que en el pagaré en relación con este vencimiento no se da el doble efecto que tiene lugar en la letra, sea aceptación e inicio del plazo de vencimiento, teniendo lugar únicamente el segundo efecto, es decir el comienzo del plazo de vencimiento.[41-42]

---

40. "La legge cambiaria" de Italia, R.D. de 14 de diciembre de 1933, #1669, establece:
Artículo 102: In cuanto non siano incompatibili con la natura del vaglia cambiario, sono aplicabili ad esso le disposizioni relative alla cambiale e concernenti:
— la girata (articoli 15 a 25);
— la scandenza (articoli 38 a 42);
— il pagamento (articoli 43 a 48);
— l'azione cambiaria (art. 49), il regresso per mancato pagamento ed il protesto (articoli 50 a 57, 59 a 73);
— il pagamento per intervento (articoli 74, 78 a 82);
— le copie (articoli 86 e 87);
— le alterazioni (art. 88);
— la prescrizioni (articoli 94 e 95);
— i giorni festivi, il computo dei termini l'inammissibilita dei giorni di rispetto (articoli 96, 97 e 98).
Sono egualmente applicabili al vaglia cambiario le disposizioni concernenti. . .
Código de Comercio de Guatemala: artículo 493: Serán aplicables al pagaré en lo conducente, las disposiciones relativas a la letra de cambio".
Código de Comercio de Colombia: artículo 701, ver supra nota 35. Nótese que la remisión de las regulaciones del pagaré a las de la letra de cambio se da en todas las legislaciones citadas, a pesar de tener distintas modalidades en relación con el vencimiento; así, como se había afirmado: Guatemala: considera el vencimiento sucesivo como pagadero a la vista; Italia sanciona la nulidad del mismo y finalmente Colombia lo permite.

41. Asquini Alberto, *Corso di Diritto Commerciale. Titoli di Credito;* Ristampa riveduta, CEDAM, Padova, 1976, p. 184, "L'scadenza a certo tempo vista e ammissibile tanto nella tratta quanto nel paghero; me mentre nella tratta la presentazione a il duplice scopo de ottenere l'accettazione del trattario con la quale nasce l'obbligazione di costui e di segnare l'inizio della decorrenza del termine di scandenza, nel vaglio cambiario il primo effetto e escluso gia che l'accettazione e istituto proprio soltanto della cambiale tratta; mentre l'obbligazione diretta dell'emittente e gia perfetta con l'emissione".

42. Consecuente con esta situación, el artículo 509 del Código de Comercio de Honduras a la letra dice: "La letra de cambio puede ser girada a la orden o a cargo del mismo girador. En este último caso, el girador quedará obligado como aceptante, *y si la letra fuere girada a cierto tiempo vista, su presentación solo tendrá el efecto de fijar la fecha de su vencimiento,* observándose respecto de la fecha de presentación lo que dispone la parte final del artículo 522. La presentación se comprobará por visa suscrita por el girador de la letra misma, o, en su defecto, por acta ante notario. (El subrayado no es del original).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Clara es la remisión a las regulaciones de la letra de cambio, clara por parte de éstas la prohibición de los vencimientos sucesivos, y por lo tanto, de igual claridad, es la nulidad de los pagarés que se estipulan a vencimientos periódicos o sucesivos. No obstante lo anterior, la práctica jurídica costarricense contradice frontalmente la letra de la ley y es muy posible que se suscriban en este país más pagarés con vencimientos a plazos que con vencimiento único. ¿Cuál es la explicación de esta evidente contradicción entre la práctica y la ley? Creemos que la causa radica en la vieja Ley de Cambio de 25 de noviembre de 1902, que en su artículo décimo disponía:

"La exigencia legal de que la suma pagadera en virtud de una letra de cambio debe ser cierta no obsta a que se exprese que ha de satisfacerse con intereses; o por tractos sucesivos, con o sin la condición de que por falta de pago en uno de los plazos se tenga por vencida toda ella; o a que se exprese que debe pagarse conforme a determinado tipo de cambio o de acuerdo con un tipo de cambio determinable, según lo que indique la letra.

Cuando se diga que ha de pagarse el valor de la letra con intereses, debe expresarse la fecha desde que corren. Si no se dijere, correrán desde la presentación al librado".

Por otra parte la misma ley en su artículo 181, disponía en relación con el pagaré, la clásica remisión a las regulaciones de la letra y manifestaba:

"Artículo 181: A más de las anteriores disposiciones, estarán sujetos los vales o pagarés a las que rigen las letras de cambio, con las necesarias modificaciones. Pero no se aplicarán a los vales las disposiciones de las letras, referentes a la presentación para que sean aceptadas, a la aceptación, a la aceptación por intervención, a la expedición de varios ejemplares y a las exigencias del protesto".

Tomando en cuenta las disposiciones de la Ley de Cambio, es de suponer que con anterioridad a la promulgación del Código de Comercio vigente, era normal la emisión de letras y pagarés con tractos sucesivos, práctica que también es de suponer, se arraigó tanto que se continuó con la misma, sin percatarse que el nuevo código había variado substancialmente la situación. Así tenemos, que aún hoy en día millones de colones se encuentran garantizados con pagarés sujetos a esta modalidad de plazo, siendo en consecuencia nulos. Pese a que la costumbre es fuente de Derecho,[43] no se le puede invocar frente a la ley, que es fuente primaria de todo derecho.

Se concluye, sosteniendo la nulidad del pagaré sujeto a vencimientos sucesivos, pero haciendo la salvedad de que dicha nulidad afecta al título en sí, es decir, lo afecta en cuanto a su condición de pagaré y por ende en su condición de título valor; y no siendo pagaré, perderá también su calidad de título ejecutivo. Sin embargo, la obligación contraída en ese documento, es válida y tendrá el valor que el ordenamiento jurídico le otorgue, pero ese documento recalcamos, no es, ni será nunca un pagaré, a la luz del Derecho positivo vigente.

* * *

43. Artículo 2 del Código de Comercio, que sitúa jerárquicamente a la costumbre como tercera fuente de aplicación del Derecho Comercial, siendo la segunda fuente de aplicación en el Derecho Mercantil el Código Civil. Pero además de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, la costumbre es fuente no escrita del ordenamiento jurídico privado costarricense, y no puede contradecir otra fuente de rango superior como es la ley, aplicándose en consecuencia la costumbre solamente cuando no exista ley aplicable, todo lo anterior, de acuerdo con los artículos 1, 2 y 3 del Código Civil.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

BREVE ANÁLISIS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIFERENTES MIEMBROS DE UNA MISIÓN DIPLOMÁTICA EN COSTA RICA

LIC. MARCO JIMÉNEZ CARMIOL

Es interesante analizar, aunque sea de una manera somera, pero desde un punto de vista práctico, la responsabilidad que ante las leyes costarricenses tienen los diferentes miembros de una misión diplomática acreditada por otro país en Costa Rica. Esto por cuanto los miembros de esa misión, como personas insertas en las diversas actividades de nuestra sociedad, evidentemente se encuentran expuestas a ser sujetos activos o pasivos de la aplicación de las diversas leyes que nos rigen.

Para llevar a cabo un análisis sobre el tema indicado, que como se dijo será desde un punto de vista práctico, debemos en primer término encontrar la norma legal que rige las relaciones diplomáticas entre nuestro país y los demás, disposiciones estas que evidentemente regulan tanto las relaciones de país a país, así como la relación de los representantes de ese otro país en Costa Rica, con el nuestro.

Encontramos así que nuestra Asamblea Legislativa, mediante Ley número tres mil trescientos noventa y cuatro, del veintiuno de setiembre de mil novecientos sesenta y cuatro, publicada en La Gaceta número doscientos treinta y ocho del veinte de octubre de ese mismo año, aprobó todas y cada una de las partes de la **Convención sobre Relaciones Diplomáticas y el Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias,** suscritos en Viena el 18 de abril de 1961, y firmados ad referéndum por Costa Rica el 14 de febrero de 1962, y de los cuales, la que nos interesa es la Convención, que es conocida como **Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.** Debe desde ahora tenerse presente que habiendo sido dicha convención aprobada por una ley de nuestro país, es claro que para efectos de nuestro ordenamiento legal la misma tiene plena aplicación en nuestro país, y es de obligatorio acatamiento por parte de quienes tienen a su cargo la aplicación de las leyes.

Entrando ya en la materia que nos interesa, encontramos que el artículo I de dicha Convención de Viena, define cómo debe entenderse en el texto de dicha convención la nominación que se da a los diferentes integrantes de una misión diplomática acreditada en Costa Rica. Según esa norma, por *Jefe de Misión* se entiende la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal; por *Miembros de la Misión* se entiende el jefe de la misión y los miembros del personal de la misión; y por *Miembros del Personal de la Misión* se entiende los miembros del personal diplomático, del personal administrativo y técnico y del personal de servicio de la misión. O sea, que de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, existen en una misión diplomática acreditada en Costa Rica por otro país, tres clases de personas o miembros: a) personal diplomático; b) personal administrativo y técnico; c) personal de servicio de la misión. Por miembros del personal diplomático se entiende los que posean la calidad de diplomáticos otorgada por el gobierno acreditante. Por miembros del personal administrativo y técnico se entiende los miembros del personal de la misión empleados en el servicio administrativo y técnico de la misión. Por miembros del personal de servicio se entiende los miembros del personal de la misión empleados en el servicio doméstico de la misión. La norma general es que los miembros de una misión sean nacionales del país acreditante, pero la indicada convención prevé la posibilidad de que esos miembros puedan eventualmente y como caso de excepción, nacionales del país en donde la misión es acreditada, o nacionales de un tercer país, para cuyo caso en la misma convención existen normas especiales.

Hecha ya la explicación de quiénes son los diferentes integrantes de una misión diplomática,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

entremos entonces a determinar su situación legal frente a nuestras leyes.

Dentro de la Convención de Viena, existen dos artículos que son fundamentales para el análisis que nos proponemos: El artículo 22 y el artículo 31. Dice el artículo 22: "1. Los locales de la misión son inviolables. Los Agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del Jefe de la misión. 2. El Estado receptor tiene obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad. 3. Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución". El artículo 31 dice: "1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata: a) De una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de su misión; b) de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatorio; c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales. 2. El agente diplomático no está obligado a testificar. 3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo primero de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su personal o de su residencia. 4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante". Hasta aquí el texto de los dos artículos de la Convención de Viena que nos interesan por ahora. En el primero de dichos artículos se establece el conocido principio de la inviolabilidad de los locales y pertenencias de una misión extranjera, pues en el fondo se trata de bienes de otro país, principio este que es de evidente conveniencia, sobre todo si se piensa en que es un derecho recíproco, y que igual trata deben recibir los locales y bienes nacionales en misiones de nuestro país acreditadas en otro país signatario de esta Convención. En artículos siguientes al 22 citado, se desarrolla este principio ampliándolo a archivos y documentos, e incluso eximiendo a la misión del pago de impuestos y gravámenes. Es igualmente obligación del Estado receptor adoptar todas las medidas necesarias en protección de los bienes y personal de las misiones extranjeras en nuestro país, y facilitar el cumplimiento de los fines de la misión en nuestro país.

El artículo 31 y siguientes desarrollan el principio de la inmunidad de que gozan los miembros de una misión extranjera, y tal y como lo vimos al transcribir el artículo 31, dichas disposiciones se refieren, en principio, al agente diplomático, debiendo tenerse como tal, de acuerdo con el artículo 1 de la Convención de Viena, al Jefe de la Misión o un miembro del personal diplomático de la misión. Nótese que en el párrafo primero de dicho artículo 31 se otorga inmunidad diplomática al agente diplomático, de la jurisdicción penal del Estado receptor, y se agrega que también gozará de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto en los aspectos que en el mismo artículo se indican y a que antes se hizo referencia. ¿Qué significa, en términos muy breves y prácticos, gozar de inmunidad diplomática? Esto es ni más ni menos que las leyes penales, civiles y administrativas, según el Convenio, no le son aplicables a los agentes diplomáticos extranjeros, son inmunes a la aplicación de nuestras leyes. Pero es importante aquí tener presente que el privilegio de inmunidad que otorga el Convenio a los agentes diplomáticos nos los autoriza al incumplimiento de las leyes del país receptor, y como tales, por ejemplo, deben cumplir las normas de conducción de vehículos por las vías nacionales, no pueden injustificadamente atentar contra la integridad o vida de otras personas, y en fin cosas similares, pues en realidad ese privilegio de inmunidad lo que impide es aplicarles, en caso de violación a la ley, las sanciones que la misma prevé para su incumplimiento. Este principio es importante, pues debe tenerse presente que los agentes diplomáticos en realidad representan o son en nuestro país el país que los acredita. No obstante esto, el artículo 32 del Convenio de Viena, faculta al Estado acreditante para renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme al artículo 37 del mismo Convenio. Los artículos siguientes al 31 indicado, establecen todos los demás derechos y privilegios de que gozan los agentes diplomáticos. Los artículos 29 y 30 establecen la inviolabilidad de la persona del agente diplomático, quien no puede ser objeto de ninguna forma de detención o de arresto,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gozando del mismo privilegio su residencia particular, los locales de la misión, sus documentos, su correspondencia.

¿Se extienden los beneficios de inviolabilidad y de inmunidad de que gozan los agentes diplomáticos a otros miembros de la misión? El artículo 37 del Convenio en estudio establece: "1. Los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa gozarán de los privilegios o inmunidades especificados en los artículos 29 a 36, siempre que no sean nacionales del Estado receptor. 2. Los miembros del personal administrativo y técnico de la misión, con los miembros de sus familias que formen parte de sus respectivas casas, siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades mencionados en los artículos 29 a 35, salvo que la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor especificada en el párrafo 1 del artículo 31, no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones. Gozarán también de los privilegios especificados en el párrafo primero del artículo 36, respecto de los objetos importados al efectuar su primera instalación. 3. Los miembros del personal de servicio de la misión que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones, de exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios y de la exención que figura en el artículo 33. 4. Los criados particulares de los miembros de la misión, que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, estarán exentos de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios. A otros respectos, solo gozarán de privilegios e inmunidades en la medida reconocida por dicho Estado. No obstante, el Estado receptor habrá de ejercer su jurisdicción sobre esas personas de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión".

En términos generales, las disposiciones transcritas son las que regulan la responsabilidad ante las leyes patrias de un miembro de misión diplomática de otro país. Concluyendo, vemos que La Convención de Viena otorga inviolabilidad a locales y bienes, archivos y documentos de las misiones diplomáticas acreditadas en nuestro país (arts. 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28). De acuerdo con los artículos 29 y 30 la persona del agente diplomático es inviolable, no puede ser objeto de arresto o detención, y la residencia particular del agente diplomático, sus documentos, correspondencia y sus bienes son inviolables. El artículo 31 concede la inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor al agente diplomático, y también le concede la inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, con las excepciones que antes se indicaron. El artículo 37 concede los privilegios e inmunidades especificados en los artículos 29 a 36 a los miembros de la familia del agente diplomático (inviolabilidad personal y de sus bienes, e inmunidad penal, civil y administrativa), concede los mismos privilegios al personal administrativo y técnico de la misión, excepto en cuanto a la inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa que no se extiende a los actos realizados por estas personas fuera del desempeño de sus funciones, pero sí conservan la inmunidad penal en todo momento, para ellos y para sus bienes. El personal de servicio, que no sea nacional ni tenga residencia permanente en el país receptor, goza de inmunidad para los actos realizados en el desempeño de sus funciones, de exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban en el desempeño de sus labores, y de la exención contemplada en el artículo 33 (exento de disposiciones sobre seguridad social). Los criados particulares de los miembros de la misión (no nacionales y sin residencia permanente) están exentos de impuestos y gravámenes sobre sus salarios, y queda a criterio del Estado receptor el concederles privilegios o inmunidades.

En términos generales las disposiciones transcritas y comentadas son las que regulan la responsabilidad de los integrantes de misiones extranjeras en nuestro país. Para terminar debe decirse que existe un reglamento a todos los privilegios e inmunidades de los diplomáticos y miembros de misión, tanto nacionales como extranjeros, que fue publicado en La Gaceta de los primeros días del mes de enero de mil novecientos ochenta y cinco, que reglamenta la aplicación de nuestro país de los diferentes privilegios e inmunidades de esas personas y de sus misiones.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

RESUMEN DE UN ARBITRAJE

LIC. MARIO A. GUTIÉRREZ Q.

Resumen del arbitraje promovido por el Poder Ejecutivo, el Banco Nacional de Costa Rica y el Sindicato de Empleados del Banco Nacional de Costa Rica (SEBANA) ante la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia.

En el Banco Nacional de Costa Rica, Institución autónoma del Estado que por disposición constitucional goza de independencia en materia de administración, legalmente existe y funciona una organización sindical activa, denominada Sindicato de Empleados del Banco Nacional de Costa Rica (SEBANA). El Banco y el Sindicato, desde hace muchos años negociaron y firmaron una convención colectiva de trabajo, instrumento laboral que fue depositado y homologado en el Ministerio de Trabajo.

Cuando ambas partes, el Banco y SEBANA, suscribieron la segunda reforma a la quinta convención colectiva de trabajo, el 24 de mayo de 1982, pactaron en el artículo 59 que "el Banco estudiará cada año, antes del mes de setiembre, con participación del Sindicato, la escala de sueldos, a fin de reajustarla si la elevación del costo de la vida lo justifica. Sin embargo, si dentro de dicho periodo se decretare un aumento general de salarios, las partes se reunirán para negociar su incidencia en la escala de sueldos en vigencia. Convenido el aumento, el reajuste entrará en vigencia a partir de la fecha que determinen las partes".

Durante el transcurso de 1983, luego de que SEBANA presentó ante el Juzgado Segundo de Trabajo un conflicto colectivo de carácter jurídico por incumplimiento patronal de la convención colectiva, ambas partes negociaron el reajuste de salarios que contempla ese artículo 59 de comentario, y llegaron a un arreglo definitivo sobre el particular el 30 de julio de ese año de 1983.

La Gerencia del Banco gestionó la aprobación presupuestaria necesaria para dar contenido económico a ese reajuste salarial convenido, en el curso de la cual la Autoridad Presupuestaria, órgano de definición y adopción de políticas de inversión y gasto en el sector público, de previo a tomar decisión, solicitó el criterio de la Procuraduría General de la República, dependencia esta que emitió dictamen negativo en cuanto a la procedencia jurídica de dicho reajuste salarial.

Los empleados del Banco fueron a la huelga, y el movimiento fue declarado ilegal por los tribunales de trabajo. Ante la situación existente el Poder Ejecutivo designó entonces una comisión, integrada por uno de los vicepresidentes y el Ministro de Trabajo, que en asocio de representantes del Banco (el Presidente de la Junta Directiva y el Gerente General), y de SEBANA (el Secretario General), llegaron a un acuerdo que permitió el levantamiento del movimiento de huelga, para lo que se asumió el compromiso de no tomar represalias ni contra los empleados del Banco, ni contra los dirigentes sindicales, por su participación en la huelga. Al mismo tiempo las tres partes, con fundamento en disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, llegaron al acuerdo de someter el diferendo presentado a arbitraje ante la Corte Plena. En el documento que se firmó el 7 de octubre de 1983 se consignaron como puntos a ser arbitrados por la Corte los siguientes dos:

1) prevalencia de las normas convencionales (artículo 59 de la convención colectiva de trabajo) sobre la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, la norma general 98 de la Ley de Presupuesto para 1983, artículos 43, 62 y 188 de la Constitución Política, y 3 y concordantes de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional; y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) que el Banco Nacional, en consecuencia, está obligado a cumplir, en los términos en que se pactó, el arreglo salarial firmado con SEBANA el 30 de julio de 1983.

En este mismo documento las partes se comprometieron "a acatar en todos sus extremos el laudo arbitral que dictará oportunamente la Corte Suprema de Justicia, lo anterior en apego al principio de legalidad vigente".

Además se acordó efectuar un adelanto salarial a los empleados del Banco Nacional, de conformidad con el reajuste convenido, el cual quedó garantizado con el fondo de garantía y jubilaciones de tal personal.

El compromiso arbitral, de acuerdo con lo expuesto, fue suscrito por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia por el Poder Ejecutivo, el Gerente General por el Banco, y el Secretario de la Junta Directiva por SEBANA, y literalmente señala que tiene por objeto concreto "dirimir la discordia surgida entre el Poder Ejecutivo, y el Banco Nacional de Costa Rica, y el Sindicato de Empleados del Banco Nacional de Costa Rica (SEBANA), relacionada con la prevalencia de las normas en cuanto a la aplicación de una norma convencional (artículo 59 de la segunda reforma a la quinta convención colectiva de trabajo suscrita por el Banco Nacional de Costa Rica y su Sindicato SEBANA) en relación con las disposiciones legales de la Ley Nº 6821 del 19 de setiembre de 1982 y la norma presupuestaria Nº 98 de la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República, Fiscal y por Programas para el Ejercicio Fiscal de 1983, y artículos 43, 62 y 188 de la Constitución Política y artículo 3 y concordantes de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional".

Con base en los términos del artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles las partes designaron a la Corte Plena, integrada por sus diecisiete magistrados, para que actuara como árbitro iuris en única instancia y sin recurso alguno.

El compromiso arbitral suscrito contiene una relación tanto de hechos en que las partes están de acuerdo, como de otros hechos en que las partes no están de acuerdo, las pretensiones de cada parte (el Banco, SEBANA, y el Poder Ejecutivo), y contemplaba un término de dos meses para que la Corte dictara la resolución arbitral que correspondiera.

El compromiso arbitral en cuestión fue presentado a la Corte el 7 de octubre de ese año 1983, y ya el 25 de ese mismo mes la Corte tomó un acuerdo en el siguiente sentido: "No ha lugar a dar curso a la presente demanda mientras la Asamblea Legislativa no autorice al Poder Ejecutivo para someter el asunto a arbitraje y no se dicte una ley que dé competencia a la Corte, en el caso concreto, para actuar como Tribunal arbitral". Se justificó esa decisión por una parte en el hecho de que el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles sólo autoriza a los Tribunales Civiles para actuar como árbitros, no teniendo ese carácter la Corte, y por la otra, que el Poder Ejecutivo requería de autorización legislativa para someter a arbitraje sus diferencias patrimoniales.

Mediante Ley Nº 6933 del 22 de noviembre de 1983 se otorgó competencia a la Corte para que actuara como Tribunal arbitral en este asunto, y por acuerdo legislativo Nº 2327 del 10 de noviembre, tomado por el Directorio de la Asamblea Legislativa, se autorizó al Poder Ejecutivo a someter la diferencia a arbitraje.

Fue así, entonces, como el 22 de diciembre siguiente la Corte se tuvo por investida como Tribunal arbitral, y otorgó a las partes quince días para que formularan sus pretensiones, hicieran sus alegatos y ofrecieran la prueba documental del caso, y comisionó para tales efectos al Juzgado Primero de Trabajo de San José.

Posición y argumentos que cada parte sostuvo en el curso de la audiencia que el Juzgado Primero les otorgó:

SEBANA.

1) constitucionalmente está garantizada la posibilidad de que toda persona termine o resuelva sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros (artículo 43). El conflicto presentado, originado en un reajuste salarial, es una diferencia típicamente de naturaleza patrimonial;

2) el Banco Nacional, en tanto institución autónoma del Estado, constitucionalmente goza de independencia administrativa, y solo está sujeta a la ley en materia de gobierno;

3) la Carta Magna otorga fuerza de ley a las convenciones colectivas de trabajo que con arreglo a la ley se concierten entre patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados. Por lo tanto el artículo 59 de la convención colectiva de trabajo suscrita por el Sindicato y el Banco, así como el reajuste salarial convenido, son normas que tienen fuerza de ley;

4) la propia Ley General de la Administración Pública, al establecer la jerarquía de las normas, en primer término contempla la Constitución Política, luego los tratados internacionales y normas de la comunidad centroamericana, y en tercer lugar "las leyes y demás actos con valor de ley",

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dentro de los cuales necesariamente hay que incluir a las convenciones colectivas de trabajo;

5) que en todo caso la convención colectiva de trabajo suscrita por el Banco y SEBANA es anterior a la vigencia de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, por lo que sus disposiciones jurídicamente constituyen verdaderos derechos adquiridos; y

6) la Autoridad Presupuestaria, de acuerdo con su propia ley, debe formular directrices en materia de política presupuestaria para el sector público, en concreto en sus aspectos relativos a inversión, endeudamiento y SALARIOS. Tales directrices requieren siempre de su previa aprobación por parte del Presidente de la República, en consulta con el Consejo de Gobierno, aspecto formal que en el caso no se había dado, además de que la Autoridad Presupuestaria, en materia salarial, así lo dispone su propia Ley constitutiva, tiene que respetar "las normas que al efecto señalen los convenios internacionales de trabajo, las convenciones y convenios colectivos de trabajo celebrados entre los representantes del Estado, sus Instituciones o empresas y las organizaciones sindicales", e igualmente tiene que respetar los derechos adquiridos.

BANCO NACIONAL.

1) El reajuste salarial convenido con SEBANA es legalmente válido y procedente al amparo de lo que disponen los artículos 62 de la Constitución Política (convenciones colectivas con rango de ley) y 9 de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria (respeto de los convenios internacionales, convenios y convenciones colectivas y derechos adquiridos);

2) las directrices que emite la Autoridad Presupuestaria no son de aplicación al Banco toda vez que sólo el Banco Central, su superior jerárquico, podría hacerlo;

3) por carencia, en las pretendidas directrices provenientes de la Autoridad Presupuestaria en materia salarial, de las formalidades requeridas para su existencia como tales (no fueron aprobadas por el Presidente de la República en consulta con el Consejo de Gobierno, ni publicadas en el Diario Oficial La Gaceta); además, en todo caso, la Autoridad Presupuestaria tendría que respetar lo dispuesto en la convención colectiva; y

4) el Código de Trabajo dispone que en caso de conflicto entre las leyes laborales con cualesquiera otras predominan las primeras.

PODER EJECUTIVO.

En el sector público no pueden suscribirse convenciones colectivas de trabajo:

1) porque los servidores públicos no están vinculados con la Administración al amparo de una relación de trabajo, sino por un régimen de servicio público de naturaleza estatutaria. La intención que existió al presentarse el proyecto de creación del Régimen de Servicio Civil fue que el mismo se aplicara a la totalidad de los entes públicos estatales, por lo que si bien la aprobación constitucional lo limitó al Poder Central, jamás con ello se alteró el espíritu inicial, por lo que el término Estado que contiene la Constitución tiene que entenderse referido tanto al Poder Central como a las instituciones descentralizadas. Así la institución de la convención colectiva es incompatible con ese régimen estatutario o de servicio público, posición que quedó ratificada con la promulgación de la Ley General de la Administración Pública;

2) porque si bien el artículo 62 de la Constitución Política confiere fuerza de ley a las convenciones colectivas de trabajo que se concierten entre patronos y sindicatos de trabajadores, el término patrono se refiere, exclusivamente, a los patronos particulares, ya que los patronos públicos están regulados por aparte, en los numerales 191 y 192, que establecen la relación de empleo público;

3) porque los convenios de la OIT números 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, y 98, sobre aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificados por Costa Rica, no contienen ninguna norma que autorice la suscripción de convenciones colectivas de trabajo en el sector público;

4) porque la Administración Pública en general se encuentra sometida al principio de legalidad propio del Derecho Administrativo, lo que le impide tanto suscribir convenciones colectivas como reformar las ya suscritas;

5) porque las juntas directivas de las instituciones descentralizadas no pueden disponer libremente de los recursos económicos por impedírselo ese principio de legalidad; y

6) porque cualquier ley promulgada formalmente prevalece sobre las convenciones colectivas de trabajo. El asignar fuerza de ley a las convenciones colectivas no implica que dichos instrumentos colectivos tengan valor de ley, ya que esas convenciones deben respetar y adaptarse a

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la ley. En el caso concreto no podría pactarse en el sector público en contra de la norma general Nº 98 del Presupuesto para 1983 que establecía: "Los organismos e instituciones descentralizadas, las dependencias y entes adscritos a los ministerios, y las empresas estatales no podrán conceder a sus funcionarios, ni al personal que se nombre con cargo al patrimonio o fondos no aprobados por la Asamblea Legislativa, sumas mayores a las acordadas por el Poder Ejecutivo para los servidores comprendidos en el Régimen de Servicio Civil, por revaloraciones, reasignaciones, y reestructuración de clases de puestos, modificación de clases de puestos, o modificación de escalas de incentivos salariales".

Expuestas en la forma anterior la posición que cada parte asumió, debo recalcar que la Corte, durante el curso del arbitraje, suspendió la resolución que debía dictar hasta tanto no se hubiere pronunciado sobre un recurso de inconstitucionalidad que se había incoado en contra de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria.

Es también importante tener presente, además, que el 3 de mayo de 1984 la Corte declaró inconstitucional la norma general Nº 98 del Presupuesto de 1983, en todo lo que comprendía a las instituciones autónomas, por considerar que tal disposición presupuestaria era contraria a los artículos 121, inciso 11, y 176 de la Constitución Política. Esta norma 98, como se recordará, era precisa y concretamente una de las disposiciones que a juicio del Poder Ejecutivo impedían al Banco negociar salarios con SEBANA en suma mayor a la acordada por el propio Poder Ejecutivo. Habiéndose declarado inconstitucional esa norma 98 la Corte, en el por tanto de su fallo arbitral, omitió pronunciamiento sobre el particular, tal y como se le había solicitado en el compromiso suscrito por las tres partes.

Fue el 14 de junio de 1984 que la Corte resolvió el fondo del asunto sometido a su decisión, y en esa oportunidad arribó a la siguiente conclusión: "Lo pactado en el artículo 59 de la segunda reforma a la quinta convención colectiva de trabajo, suscrita entre el Banco Nacional de Costa Rica y su Sindicato (SEBANA) debe ser respetado por la Autoridad Presupuestaria, y a ésta sólo le corresponde velar porque el respectivo acuerdo de fijación de salarios se ajuste a lo prescrito en la norma convencional pactada".

Diferentes consideraciones de importancia consignó la Corte al dictar ese fallo arbitral para dar fundamento a la conclusión a la que finalmente llegó en este asunto. De ella enumeraré a continuación las siguientes:

1) Es legalmente posible y válida la suscripción de convenciones colectivas de trabajo en el sector público. Literalmente sobre el particular la Corte expresó:

a) "ni la aplicación del Derecho Administrativo, cuando ello proceda, ni el principio de legalidad, son obstáculos para la suscripción de tales convenciones. En Costa Rica, si bien es cierto no existe ley que expresamente las autorice, y regule, su suscripción sí tiene fundamento legal y ha sido reconocida expresamente por el legislador";

b) "en el capítulo de ese Código (el de trabajo) sobre convenciones colectivas de trabajo, en sus artículos 54 y 55 que las define y les otorga fuerza de ley, no se hace ninguna referencia exclusiva a los patronos particulares ni se excluye expresamente a los servidores del Estado. Sólo el artículo 56 le impone a los patronos particulares la obligación de celebrar estas contrataciones, lo que implícitamente las deja como facultativas en el sector público";

c) "la aplicación del artículo 14 del Código citado (el de Trabajo), en relación con los artículos 578 y 579 de ese mismo texto legal, así como la disposición del artículo 74 de la Constitución Política llevan a la conclusión de que las convenciones colectivas en el sector público, sí tienen buen fundamento jurídico"; y

d) realizando una última referencia a la Ley 5573 de 1974, que modificó el Código Municipal para permitir la reforma del presupuesto ordinario de tales entidades para aumentar los sueldos como consecuencia de la suscripción de una convención colectiva de trabajo, y al artículo 9 de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, también la Corte expresó "que el legislador ha reconocido las convenciones colectivas de trabajo en el sector público";

2) La Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria no revoca las normas convencionales pactadas, sean las anteriores a su promulgación, pero las posteriores así como sus reformas sí tienen que ajustarse a ese ordenamiento jurídico. "XI. Si se estimare que la Ley 6821 de 1982, de creación de la Autoridad Presupuestaria, es de orden público, cabría analizar si la vigencia de esa ley revoca las normas convencionales pactadas; pero ello resulta innecesario en el presente caso porque la propia ley, en su artículo 9 dice que en materia de salarios la Autoridad Presupuestaria debe respetar las convenciones y convenios colec-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tivos de trabajo, celebrados entre los representantes del Estado, sus instituciones o empresas, y las organizaciones sindicales. Desde luego, debe entenderse de acuerdo con lo expuesto, que esas normas así como sus reformas deben ajustarse a la ley misma, porque si el artículo 1 faculta a la Autoridad Presupuestaria para formular directrices de la Política Presupuestaria del sector público, esas directrices deben ser respetadas por quienes suscriben la convención. De otra manera resulta contradictorio que se le faculte a formular directrices así como la obligación de guiarse por el precepto de salarios iguales para trabajos iguales en idénticas condiciones de eficiencia, y al mismo tiempo se establezca que las normas convencionales prevalecerán sobre las disposiciones legales";

3) La promulgación y vigencia de la Ley General de la Administración Pública no alteró o modificó la esencia de las relaciones laborales existentes en el sector público, en donde complementándose y armonizándose deben aplicarse tanto el Código de Trabajo como esa Ley General de la Administración Pública.

La Corte se expresó así:

a) "VI. Se ha sostenido que a partir de la vigencia de la Ley de Administración Pública, los servidores públicos quedaron sometidos al Derecho Administrativo y no al Código de Trabajo. Que la relación privada es contractual y se aplica el Código dicho (de Trabajo) y la relación pública es estatutaria, situación en que rige la correspondiente ley. Pero no parece que nuestro legislador al emitir dicha ley (General de la Administración Pública), hubiera tenido en mente una división tan profunda y trascendental, que deja en desprotección y sin legislación adecuada a muchos sectores de la Administración, máxime cuando el criterio de Administración es tan amplio que comprende no sólo al Estado sino a todos los entes públicos. Por el contrario, lo correcto es entender que el legislador siempre tuvo en consideración la vigencia y aplicación del artículo 14 del Código de Trabajo, como ley de orden público, que ordena sujetar a sus disposiciones a todas las empresas, explotaciones o establecimientos de cualquier naturaleza, públicos o privados"; y

b) enumerando algunas, pero reconociendo la promulgación y vigencia de una variada serie de leyes parciales que regulan las relaciones existentes entre la Administración y su personal, aparte del Estatuto de Servicio Civil que se aplica al caso del Poder Ejecutivo, la Corte sostuvo que "esta variedad de leyes, de contenido parcial, e incompleto, llevan a la conclusión de que no es posible, sólo aplicar la ley (General de la Administración Pública) y el Derecho Administrativo al servidor público, con exclusión del Código de Trabajo, sino que deben complementarse y en consecuencia armonizar las disposiciones legales, y de allí que sean de aplicación las normas relativas a las convenciones de trabajo".

4) Las convenciones colectivas de trabajo están sometidas a la Ley: la existencia del Estatuto de Servicio Civil no es obstáculo para que se negocien convenciones colectivas, pero por la vía convencional no se puede dejar sin efecto ese Estatuto. "Las convenciones colectivas de trabajo, tanto en el sector público como en el privado, se encuentran sometidas a la ley, de manera que la existencia de un Estatuto de Servicio Civil, ni es obstáculo para negar la posibilidad de la convención colectiva en el sector público, aunque constituya una seria limitación, ni puede dejarse el Estatuto sin efecto, total o parcialmente, por medio de cláusulas convencionales".

5) Tradicionalmente en Costa Rica en el sector público se ha negociado colectivamente, y como consecuencia de ello se han suscrito convenciones colectivas de trabajo, lo cual es aceptado por la doctrina. "VII. Las autoridades costarricenses han permitido y suscrito durante muchos años convenciones colectivas de trabajo; esta tradición costarricense, está de acuerdo con la mejor doctrina, como aseguradora de la paz social, fruto de la negociación entre las partes. De manera que, esa costumbre, sirve como norma no escrita, para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito".

6) Las cláusulas normativas de la convención colectiva son leyes en el sentido amplio de la palabra en tanto rigen para terceros ajenos a su elaboración, pero están subordinadas al ordenamiento jurídico de origen estatal directo. Reconociendo la Corte expresamente que en los convenios colectivos hay tres tipos de cláusulas o estipulaciones, a saber: NORMATIVAS: "de forzosa aplicación no sólo a los sujetos pactantes sino también a los otros a quienes se haya extendido el convenio"; OBLIGATORIAS: "las que obligan sólo a los sujetos pactantes"; y, DE GARANTÍA: "para asegurar el cumplimiento de las anteriores", se sostiene lo siguiente: "Las cláusulas normativas son leyes en el sentido amplio de la palabra, no sólo porque no pueden ser incumplidas por las partes, lo que es una característica también de la obligacional, sino además porque ampara a terceros ajenos a la elaboración, por eso se dice que tienen los efectos de una ley, pero no pueden

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

considerarse como expresión de la soberanía estatal, sino del grupo social, de allí que están subordinadas a la ley de origen estatal directo".

7) La negociación colectiva en materia de salarios en el sector público está condicionada por la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, las políticas económico-sociales del Estado, la moral y el orden público, pero en la interpretación tanto de las normas sobre convenciones colectivas de trabajo, como de las cláusulas pactadas, debe predominar, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social. "X. Las cláusulas convencionales en el sector público deben guardar conformidad con las disposiciones de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria 6821 de 1982 y con las políticas económico-sociales que el Estado pueda establecer con base en ésta o en otras disposiciones legales. No pueden las normas convencionales ser tampoco contrarias a la moral ni al orden público (art. 28 de la Constitución Política). . . En la interpretación de las normas relativas a las convenciones colectivas de trabajo, así como en cuanto a las cláusulas pactadas debe predominar fundamentalmente el interés de los trabajadores y la conveniencia social (artículo 17 del Código de Trabajo)".

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DESPERTAR, PROBLEMAS Y ALTERNATIVAS DE LA CIENCIA JURÍDICA(*)

DR. RICARDO ZELEDÓN ZELEDÓN
Director del Postgrado en Derecho
Universidad de Costa Rica

A José Luis Redondo, Antonio Rojas y Carlos Carro, profesores queridos, en el día de su retiro de la Facultad por su apostolado.

1. Aun cuando el Derecho tiene una existencia que se afianza y perdura en los siglos: *ubi societas ibi ius,* la ciencia jurídica aparece en el mundo de la cultura en un período relativamente reciente producto de una serie de circunstancias más complejas.

Cuando la ciencia estuvo limitada a las naturales, el conocimiento del Derecho se realizaba en los textos mismos sin imaginarse nunca la posibilidad de estructurar una para su análisis y comprensión. Ni siquiera después de la Revolución francesa, con la promulgación del *Code Napoleón* cuya función fue la de unificar toda la normativa dispersa y contradictoria en un solo cuerpo normativo, se requirió de criterios científicos, pues la ideología de la época era aplicar estrictamente la letra del Código como forma de ser lo más fiel y coincidente posible con la voluntad del legislador.

¡Lastimosa tarea la del cultor del Derecho de esa época de ser mero intérprete y aplicador de los designios del legislador!

Pero pronto el cientifismo, cuya capacidad expansiva dejó las ciencias exactas para aventurarse en abarcar otras como las culturales y sociales, creó serias esperanzas en los conocedores de la ley —principalmente en quienes tenían la tarea de su enseñanza y difusión— pues a ellos se les plantea la duda si también el Derecho sería susceptible de ser tratado, conocido y transmitido científicamente. Esto no sería posible mientras no se demostrara en forma cierta la autonomía del Derecho, ubicando un objeto determinado y distinto del reclamado por otras disciplinas, también en pos de ser calificadas como científicas.

Si fuere necesario establecerse algunos parámetros para señalar históricamente esa autonomía deberían indicarse tres fundamentos: uno de carácter filosófico, otro económico e incluso también uno político-jurídico de donde afirmar su existencia. Fueron forjados por tres sólidas figuras de la cultura: filosóficamente con Kant se separa el Derecho de la moral; con Adam Smith se logra distinguir entre economía y política; y, con Savigny jurídica y políticamente se separa el Estado de la sociedad civil.

Kant elabora una rigurosa distinción entre legalidad y moralidad. Para él hay una diferencia entre la norma ética y la moral, pues en ellas existe

(*) Discurso dictado con ocasión del Acto Inaugural del Año Académico, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el 1 de marzo de 1988.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un criterio distinto de la idea del deber. La moral se refiere a la interioridad mientras la jurídica se refiere al mundo de la experiencia exterior y sensible. La moralidad va a constituir el reino de los fines, de la libre conciencia individual, mientras la legalidad es el reino de los medios y por tal de la coacción externa y las necesidades. La coacción presente en la ley representa el instrumento que permite la coexistencia de la libertad individual. A partir de estos lineamientos resulta como postulado indiscutible que el Derecho debe ocuparse de los comportamientos y no de las intenciones.

Adam Smith estableció las relaciones entre economía y política. Según él cada quien es el mejor juez para definir su propio interés. Así la actividad de los privados en el campo de la producción y el comercio será mejor organizada con base en la propia experiencia fijando los criterios de producción en el mercado según las exigencias de los consumidores, no pudiendo el empresario producir todo lo que quiera o venderlo al precio arbitrariamente fijado por él, sino conforme a lo solicitado por el consumidor, equilibrando oferta con demanda. La economía (y en consecuencia su Derecho) se refiere exclusivamente a los privados, mientras la política —impregnada por el Estado— tiene como única tarea la de fijar y regular las formas de la convivencia y garantizar su ejercicio. Los privados por medio del contrato, propio del Derecho Civil, regularán sus propios intereses.

Savigny, con su Escuela Histórica, va a plantear la distinción entre sociedad civil, donde se aplica la *ley civil,* y el Estado al cual se aplica el Derecho Público. No pudiendo este último afectar a los privados. Pero el planteamiento savigniano va más allá al sostener la autonomía de la ciencia jurídica creando el método histórico sistemático. La tarea de la nueva ciencia debe ser la de encontrar la organicidad del sistema, uniendo los diferentes institutos, debiendo asumir el jurista el papel de mediador entre el espíritu en evolución y la norma parcial dictada por el legislador.

En esta forma, una primera precisación —aun cuando parezca elemental si es oportuno de señalar—, se orienta a caracterizar y distinguir por separado al Derecho como sistema del Derecho como ciencia. El primero, constituido por el ordenamiento jurídico, es obra del legislador, quien lo va conformando según las exigencias políticas, sociales, económicas, o culturales, con diferentes concepciones en distintos momentos históricos —de donde puede tener grandes contradicciones—, siendo a su vez fragmentario, con enormes lagunas, y no necesariamente lógico o coherente. El Derecho como ciencia, (algo totalmente distinto) es obra del científico, quien logra encontrar lógica dentro de la contratación, sistema dentro de la contradicción, sistema dentro de la imperfección, conjunto sistemático aun en presencia de fracturas y lagunas.

No puede identificarse toda la doctrina dictada para la disciplina del Derecho como ciencia. Y esta es una segunda precisación importante. Existe una doctrina precientífica cuando ella se elabora antes de haber identificado el objeto, o sin la identificación del objeto. Tampoco es científica la doctrina si —a pesar de tenerse claridad sobre el objeto— funciona, o se elabora, sin un método científico.

Esto último —y constituye una tercera precisación— reviste una importancia cardinal para el tema, pues es imposible separar la referencia del objeto de la referencia al método, y viceversa. De la adecuada solución al problema de las relaciones entre objeto y método va a depender, entonces, la posibilidad de satisfacer las instancias conexas del carácter científico y de la fundación unitaria de la investigación jurídica. Naturalmente existen diferentes métodos científicos aplicables en la ciencia jurídica. En el campo epistemológico pueden identificarse principalmente tres grandes corrientes en relación con el objeto y el método. La primera es una concepción unidimensional, fundada en identificar el objeto en un único fenómeno: dentro de éstas se ubican las iusnaturalistas, dikelógicas, normativas y sociológicas, cada una con sus características y particularidades propias pero el método varía: es axiológico en las iusnaturalistas y dikelógicas, tiene su propio método —por la teoría pura del Derecho— la normativa, y utiliza el sociológico en las sociológicas o fácticas. La concepción bidimensional es producto de la unión de dos de las anteriores corrientes: normativa-sociológica, dikelógica-normativa, etc. El tridimensional parte de identificar el mundo jurídico, y por tal el objeto es percibido desde una triple dimensión: fáctica, dikelógica y normativa, siendo apreciado como hecho, norma y valor.

Dicho lo anterior conviene aclarar cuáles son las pretensiones y objetivos de este trabajo. Como aspiración se busca dejar planteadas algunas inquietudes, hilvanar algunos pensamientos y meditaciones, en torno al presente y futuro de la Ciencia Jurídica costarricense, todas ellas elaboradas sobre líneas generales y no necesariamente refiriendo a obras o autores particulares, pero buscando dentro de esa generalidad descubrir lineamientos, señalar sus límites y ofrecer algunos correctivos. Como objetivos se busca identificar,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aun cuando sea en pinceladas muy breves, el despertar (y las características) de nuestra cultura jurídica, para proceder luego a señalar los graves problemas descubiertos —tanto en el sistema como en la ciencia del Derecho— cuya aceptación pacífica podría traer serias consecuencias para la disciplina, y finalmente, plantear una serie de alternativas a las cuales puede hoy echar mano el científico del Derecho para tratar de revitalizar la disciplina y no tener que verla con graves padecimientos como los diagnosticados. Las soluciones propuestas, desde luego, en vez de fórmulas acabadas pretenden ser temas de discusión sobre los cuales deberá reflexionar el cultor del Derecho.

2. Ha sido Costa Rica un país profundamente respetuoso y amante del Derecho. La historia así lo demuestra. Cuando se afirma que el nuestro ha sido un país de abogados, quizá se pretende evocar el ideal de los filósofos griegos de tener gobernantes sabios encargados de dictar leyes justas para su pueblo. A lo mejor esta idea merezca muchos reparos pero sí es lo cierto que el costarricense se caracteriza por ser respetuoso del sistema jurídico, tolerante con las ideas políticas de los demás, defensor de la democracia, y —como hoy— paladín de la paz; frente a los retos de la vida efectivamente parsimonioso y poco impulsivo, pero con ello también dispuesto a asumir en forma madura las grandes decisiones, sin temor a los cambios sobre todo cuando ellos tienen una connotación humanista y solidaria.

La eliminación hace más de un siglo de la pena de muerte por un dictador, la introducción de figuras como el divorcio, la libertad contractual de la mujer con el Código Civil de 1888, la majestad del Poder Judicial, la eliminación del ejército, el fortalecimiento constitucional del Poder Electoral, la seguridad social, la nacionalización bancaria, son tan solo algunos de los tantos ejemplos jurídicos sobre los cuales se han escrito bellísimas páginas de la historia patria. Pero también junto a estas epopeyas, en todas las disciplinas jurídicas se percibe una modernización impresionante, encontrándose en los últimos 25 años un sistema normativo bastante diferente del de los años anteriores.

Esto, sin la menor duda, permite explicar, también, el despertar de una doctrina jurídica posiblemente con mejor suerte y con resultados mucho más positivos respecto del resto de los países de América Latina.

Pero todo esto no es el producto de un accidente. Por el contrario se trata de un fenómeno fácilmente explicable históricamente. La enseñanza del Derecho en Costa Rica se remonta a 1824 cuando por Decreto de Juan Mora Fernández se autorizó a la Casa de Enseñanza de Santo Tomás —fundada en 1814— para otorgar títulos de Bachiller en Leyes con un programa organizado en Derecho Civil y Canónico, facultándose luego, en 1843, el otorgamiento de títulos de Licenciado en Derecho cuando por Decreto del Jefe Provisorio del Estado de entonces, don José María Alfaro, se convirtió a la vieja Casa de Enseñanza de Santo Tomás en Universidad, gracias a la iniciativa del joven abogado el Dr. José María Castro Madriz, quien —como muchos otros— tanto durante el tiempo de la Colonia como en los primeros años de independencia, debieron trasladarse a la Universidad de San Carlos, en Guatemala, o a la Universidad de León, en Nicaragua, a estudiar Derecho por no contar el país con un centro debidamente autorizado para ello. Pero la enseñanza en el campo jurídico no ha dependido ni siquiera de la existencia de la Universidad, pues cuando el Congreso Constitucional, en 1888, escribió una de las páginas más negras de nuestra historia cerrando la Universidad, el Colegio de Abogados asumió la Escuela albergándola por más de 50 años hasta que en 1940 se funda la Universidad de Costa Rica. El Derecho, entonces, tiene 164 años de enseñanza democrática e ininterrumpida, como no sucede, posiblemente, en ningún otro país del continente; y esto explica, en síntesis, el porqué Costa Rica ha sentido la marcada influencia del abogado en la construcción de su institucionalidad, su Democracia, y su Estado de Derecho.

Naturalmente lo antiguo de la enseñanza no necesariamente implica profundidad en su estudio, por el contrario, por mucho más de un siglo se creó un abogado codiguero, conocedor de la letra de la ley, impulsado por la exégesis como único método, profundamente desligado de cualquier otra disciplina, aun cuando sus conocimientos le permitían vincularse con el ejercicio de las diferentes funciones del aparato estatal para lo que fue especialmente preparado. Los abogados de las generaciones anteriores creen conocer mucho mejor el Derecho respecto de las últimas generaciones, creen tener una visión más completa y práctica de la ley, y se sienten mejores profesionales; todos ellos tuvieron en sus bibliotecas la Colección de Leyes y la Colección de Sentencias de Casación, todos los Códigos anotados pero quizá pocas o ninguna obra jurídica. Fueron profundamente positivistas, pues el iusnaturalismo nunca tuvo éxito, debido a que el mundo jurídico comenzaba y terminaba en el texto de la ley; y lógicamente —por la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estructura curricular: referida solo a materias profesionales— no tuvieron noticia siquiera de modernas concepciones filosóficas o de la interpretación marxista del Derecho. Fueron pocos los juristas conocedores de la doctrina europea durante este siglo, aun cuando existen evidencias claras de una cercanía mayor de los abogados formados el siglo pasado con los clásicos franceses del Derecho Civil y el Derecho Penal; aun cuando posiblemente algunos profesores citaran textos europeos ello fue fragmentario y aislado en los apuntes universitarios, sufriendo este mismo mal toda la jurisprudencia. En más de un siglo posiblemente solo fue Alberto Brenes Córdoba quien logró escribir en forma completa el comentario de una disciplina, aun cuando —como se sabe— fue él un gran cultor de la exégesis, la que combinó con su conocimiento de la doctrina clásica europea; los otros —y poquísimos autores— escribieron obras mucho más elementales, de donde se explica cómo también Brenes Córdoba fuera el mentor de tantas generaciones, y de una formación sobre todo civilista.

El despertar de la doctrina costarricense, de la Ciencia del Derecho, e incluso las bases de una sólida cultura jurídica, se perciben hasta que en la década de los años 1960 y 1970 un gran número de jóvenes profesores de esta Facultad comienzan a visitar los centros culturales más importantes de Europa y Estados Unidos, para nutrirse de los avances más significativos acrisolados en aquellos países, en sus facultades de Derecho y en sus institutos de investigación jurídica; también por esa época —y en función de los avances culturales de la Universidad que crea el sistema de los estudios generales— se toman medidas para darle un contenido más profundo al estudio del Derecho, introduciendo y fortaleciendo el área de las disciplinas culturales y metodológicas junto a las profesionales, pretendiendo con ello lograr un profesional más vinculado a las realidades, a los valores y al método científico, capaz de percibir la Sociedad desde una óptica mucho más amplia de aquella de los años precedentes encarcelada en el conocimiento de la ley.

El mejoramiento de los cursos institucionales y profesionales, y la existencia de disciplinas como la Filosofía del Derecho, la Sociología Jurídica, junto con el conocimiento de criterios metodológicos para enfrentar la investigación jurídica debían dar como resultado un profesional totalmente distinto. El nuevo jurista no debía ser solo el *alterego* del legislador, sino, por el contrario, el poseedor de una cultura con la posibilidad de percibir la evolución del mundo jurídico para darle al Derecho un significado actual, y de futuro, y no de ayer, dispuesto a buscar en los hechos del momento y los valores de la Sociedad las respuestas modernas de un espíritu permanentemente evolutivo de la norma.

El conocimiento y dominio de la teoría general de las diversas disciplinas, así como de nuevos y modernos institutos, pronto dieron como resultado una forma distinta de comprender y visualizar el objeto del Derecho. Con el mismo ordenamiento jurídico primero, y luego con reformas sustanciales nacidas al calor de los nuevos planteamientos, la ciencia jurídica se manifestó a través de obras con un contenido más rico y profundo. La exégesis debió ceder el paso a la teoría sólidamente estructurada en las culturas más avanzadas, interpretándose el Derecho costarricense con una moderna tecnología que permitió al ordenamiento jurídico alcanzar dimensiones incalculables.

3. Conviene plantear ahora la forma como se ha venido estructurando en Costa Rica la cultura jurídica, descubrir sus ventajas y señalar sus eventuales límites.

La orientación seguida por la mayoría de la generación de los '60 y '70 tiende a la reconstrucción del sistema, para ello se buscan los elementos unificadores de los diferentes sectores de normas, tratando de descubrir un común denominador, el cual ha de constituir el elemento base de la conceptualización. Por ejemplo de los diferentes contratos, junto con figuras como la obligación unilateral, el testamento, y el matrimonio, se construye la figura general del negocio jurídico; de la misma forma encontrando los elementos comunes de disposiciones referidas a la propiedad, la posesión, las servidumbres, el usufructo, la prenda y la hipoteca se logra el concepto general de Derecho real. En esta forma se elaboran conceptos cada vez más generales cuya representación ha de ser la racionalización de enteros sectores de normas. A través de estos conceptos, en cierta forma, se propone también una reconstrucción de la vida del hombre en las relaciones familiares, con los bienes, en las relaciones con los otros, siempre en términos generales y abstractos.

La función de estos conceptos es doble. Por una parte sirven para conocer las normas, el sistema normativo, operándose el proceso de percibir el ordenamiento por medio de conceptos elaborados aparentemente a través del análisis de las normas. Por otra parte, la segunda función consiste

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en dirigirse a conocer la realidad y a dirigir en forma ordenada la *praxis.*

Teóricamente y desde otro ángulo el juez debería llevar el caso concreto a la hipótesis normativa, por medio de una operación denominada subsunción del hecho empírico en la norma típica, para aplicarla a los diversos casos de la vida. En esta forma, también teóricamente, puede conocer los elementos constitutivos del hecho con los elementos constitutivos del concepto, logrando una conclusión de derecho al aplicar la norma como pura y simple deducción. El problema real radica en que muchas veces el juez debe manipular el hecho para vincularlo, o separarlo, de los datos del concepto.

El Derecho analizado desde esta óptica se convierte en un instrumento de operaciones meramente lógicas, pues las argumentaciones de los juristas son operaciones lógicas, sustancialmente fundadas en el principio de identidad y de no contradicción.

¿Cómo se legitima el método utilizado por las recientes generaciones de juristas de la abstracción generalizante que dentro de la multiplicidad de experiencias, la multiplicidad de los sujetos, de los objetos, llega a alcanzar unidad mediante la selección de las cualidades comunes? Verdaderamente no se trata de un criterio fundado estrictamente en términos lógicos sino en el resultado de una valoración, de un juicio de valor condicionado por el punto de vista previamente seleccionado, expresivo a su vez de una determinada base económica y caracterizada por una cierta formación social. Esto trae como consecuencia serios problemas si no se toman en cuenta los diferentes factores que permitieron la elaboración del concepto, así, por ejemplo, la idea del hombre medio del siglo pasado es totalmente distinta a la de hoy, pues aquél era un hombre cuya idea de la economía era esencialmente ahorrativa: tenía en la medida en que lograba acumular riqueza, hoy, por el contrario, el hombre medio está sometido a las tentaciones de los bienes por medio de la propaganda y se convierte esencialmente en un consumidor: vale en cuanto sujeto de consumo. Por esto la ciencia jurídica debe necesariamente plantearse la vinculación con la base económica y con la cultura.

Un problema correlativo vinculado con el método de la abstracción generalizante radica en que los conceptos vienen ofrecidos como definiciones de la realidad, de donde bien podría incurrirse en una idealización del Derecho y de las categorías jurídicas, pudiendo estas entrar en contradicción con la historia, y con la misma estructura económico-social, de donde el traslado de los conceptos de una cultura a otra debe llevar siempre implícita la valoración real de las distintas sociedades donde el mismo concepto pueda ser aplicado. Lo contrario sería condenar a la ciencia jurídica a permanecer en una Torre de Babel sin contacto con la realidad.

No se puede, ni se debe, mitificar el Derecho como una operación tautológica, donde todo razonamiento deba necesariamente convalidarse con el sistema unitario y coherente, pues este es un criterio de argumentación, no necesariamente lógico, pero sobre todo porque es la realidad, son los modelos culturales, los que deben condicionar el concepto y nunca al revés. El Derecho debe ser aplicado al presente y al futuro, aun cuando provenga del pasado, y para ello debe estar siempre en función de hoy y mañana, no de ayer.

El avance de la cultura jurídica costarricense ha sido desbordante en cuanto a la aplicación de criterios teóricos y conceptuales de avanzada, pero nuestro jurista puede sufrir un fuerte revés en cuanto acepte la convicción de ser puramente un técnico, aplicador de operaciones lógicas, aceptando su subordinación a la ley, y condenándose a desempeñar una función de aplicar la subsunción del hecho al esquema conceptual.

4. Si bien los anteriores son riesgos propios de la doctrina teorizante, cuya labor científica es innegable, y sobre los cuales en gran medida ha salido avante el jurista patrio, existen en la actualidad una serie de problemas nuevos sobre los cuales debe necesariamente meditar el científico del Derecho —sobre todo aquél a quien la Sociedad le ha encomendado la difícil tarea de enseñar la disciplina— pues de no superarlos en forma rápida e inteligente pronto podría convertirse en un historiador, cumpliendo la triste misión de describir un museo de antigüedades, sumido en el trauma —conocido y sufrido en otras latitudes por el jurista— de ser un verdadero extraño del mundo.

El problema fundamental de hoy es la pérdida de significado del Derecho dentro de la Sociedad. Los principios sobre los cuales se ha asentado todo el andamiaje del sistema jurídico comienzan a tener serias fracturas. Son muchos los ejemplos que podrían plantearse, pero unos pocos darán una idea clara de esta pérdida de significado del Derecho.

Los postulados tradicionales sobre los cuales se fundó y estructuró el Estado de Derecho, es decir la división de poderes, la distinción entre

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

legislación y administración, la clara separación y demarcación entre la esfera privada y la pública, y en concreto la separación entre Estado y sociedad civil, por el influjo de la economía en la política, y por la permanente invasión de la legislación en la administración y de esta en aquella, son principios con particularidades muy diferentes al momento en que se les concibieron, habiéndose adquirido hoy niveles totalmente distintos cuya destrucción de la institucionalidad original se percibe sin mayores dificultades, creando un verdadero caos no solo en la estructura de las relaciones dentro del Estado, sino también de este con los particulares pues la cada vez más acentuada acumulación de poder —tanto político como económico— en el Gobierno, tiende a cercenar —en las formas más inimaginables posibles— los derechos y garantías de los ciudadanos.

De otro lado, el ordenamiento jurídico no ha llegado aun a regular los presupuestos básicos de una democracia económica, por ejemplo todo lo referido al mercado y a la competencia, y sin embargo ya esta presenta fisuras claras destinándola a una crisis inminente por el caos del sistema financiero y crediticio.

También la democracia política ha sido seriamente afectada en cuanto el parlante ha dejado de ser —como siempre se afirmó— el lugar donde se conforma la voluntad general y se ejerce plenamente el Poder Legislativo, pues tanto la marcada influencia del Poder Ejecutivo como de los sectores más poderosos han convertido a éste en un instrumento para satisfacer los intereses de sectores económicamente organizados y del Gobierno de turno. ¡Es hoy el Parlamento un ente encargado de aprobar impuestos y empréstitos, desligado de dictar las mejores leyes para la Sociedad!

Por otra parte enteros sectores del Derecho Privado se encuentran prácticamente desaplicados, pues conforme al principio dispositivo de las relaciones contractuales diariamente se impone, en todas las formas posibles, la voluntad de una de las partes dejando desprovisto de tutela al sector más débil, sustituyendo los criterios de utilidad a través de las prácticas comerciales.

La economía no logra desarrollarse conforme a sus propias leyes, exigiendo siempre el auxilio de la política, constituyendo las crisis cíclicas, los momentos complejos y las tempestades monetarias, ocasiones favorables para justificar la intervención del Estado en las relaciones económicas.

Hoy más que nunca la existencia de intereses públicos y sociales obligan la intervención estatal en campos otrora reservados para el privado, presentándose primero el fenómeno de la publicización como resultado de convertir derechos originalmente disponibles en indisponibles, y también surge el fenómeno de la socialización en cuanto las relaciones jurídicas deben ser apreciadas con una óptica social y de tutela.

Por su parte la Sociedad Civil se venga del Derecho Público privatizándole importantes áreas de su influencia. Unas veces como acción política y otras involucrando al Estado también en los ámbitos de la economía reservados hasta hace algún tiempo como patrimonio exclusivo de los privados, siendo el Estado-empresario el más poderoso de los privados.

Mientras todo esto sucede las obras jurídicas continúan reportando la existencia de un derecho igual, abstracto y general, adecuado para las estructuras económicas y sociales de cuando nació, pero progresivamente inadecuado a las nuevas tendencias. Este desfase entre la doctrina jurídica y los problemas cada vez más complejos y abigarrados de la Sociedad dejan al jurista relegado en la historia.

Deberán tomarse todas las medidas necesarias. La labor legislativa y administrativa continúan en forma ininterrumpida haciendo del ordenamiento jurídico un objeto permanentemente cambiante, amenazando al jurista teorizante de permanecer en un espacio vacío mientras el contenido del sistema sigue paulatinamente variando.

5. Una primera alternativa podría ser la de tratar de reconstruir un Derecho Jurisprudencial, pues si cierta incapacidad de la doctrina ha sido la de aislarse del mundo de las realidades la labor del Juez como operador del Derecho podría darle una base de reconstrucción científica sobre una estructura judicial.

La experiencia didáctica del Derecho demuestra la urgente necesidad de vincular los conocimientos institucionales con los resultados jurisprudenciales, pues si bien el legislador es el creador de la ley, y el jurista es quien interpreta la norma en función de la generalidad, es el juez el depositario de la potestad de declarar por medio de sus fallos el verdadero sentido de la norma, ofreciendo con su labor toda una doctrina cuyo desconocimiento por los demás operadores del Derecho les convierten en un fracaso profesional.

Debe necesariamente reconocerse la labor de la jurisprudencia en muchos campos donde no solo se ha aclarado el verdadero sentido de la norma, sino, sobre todo, se ha logrado proyectar

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

normas antiguas a realidades modernas ofreciendo un derecho jurisprudencial evolutivo. Para citar solo dos casos merece destacarse la labor en materia de propiedad y de inquilinato, en el primero de ellos dándole a la norma constitucional del artículo 45 una filosofía más acorde con las exigencias de hoy, apartándose de la lectura aislada de la norma para comprenderla dentro de un contexto constitucional más amplio e incluso dentro de la Constitución material, no solo formal; y en materia inquilinaria brindando una auténtica tutela a la parte contratante más débil, impregnando en sus fallos verdaderas soluciones de equidad. Pero ello no sucede en todos los campos. Por el contrario, en disciplinas donde debería esperarse criterios de más avanzada por estar en juego intereses sociales o de la colectividad parece la jurisprudencia retroceder incluso en contra de postulados legales y constitucionales, el caso más típico se presenta en materia laboral donde se aprecia un proceso involutivo, otorgando *contra legem* derechos y garantías a las clases patronales —en demérito de los trabajadores— socabando las bases mismas de este derecho de tutela, y haciendo perder la fe de grandes masas trabajadoras en la administración de justicia.

La lectura de las sentencias judiciales en algunas oportunidades ofrecen verdaderos aportes a la ciencia jurídica, sin embargo por ser ellas de aplicación de la ley ciega y no de la justicia hay tantos casos donde sucede lo contrario que obligan a temer de su uso indiscriminado.

Unos casos podrían demostrar lo afirmado. Dentro de la práctica (ilegal) del inquilinato hoy los propietarios han comenzado a contratar a través de subarrendatarios con lo cual en el momento de querer dar por terminado el contrato demandan al subarrendatario, quien siempre es un testaferro, logrando en esta forma lanzar al verdadero arrendatario: el inquilino, quien ni siquiera es notificado de la acción de desahucio pero sí sufre las consecuencias jurídicas. Existen muchos casos de propietarios que por haber dejado abandonado su inmueble por muchos años, e incluso haber perdido acciones (interdictales, de usurpación o reivindicatorias) simulan la constitución de una hipoteca, logrando en los tribunales poner en posesión a quien se adjudicó en remate, lanzando en esta forma al poseedor contra quien no cabía ningún otro tipo de acción, pues la orden judicial es ejecutiva y se cumple aun cuando el poseedor legítimo no haya sido parte en el proceso ejecutivo. Frente a la práctica comercial de obligar a los deudores a suscribir dos tipos distintos de garantía: una prendaria y otra personal (a través de un pagaré o una letra de cambio), hay acreedores que en caso de incumplimiento ejecutan ambas garantías logrando un enriquecimiento ilícito. Son muchas las mujeres que han establecido una relación de hecho con un hombre divorciado (o viudo), con quien incluso han logrado formar un capital, y al momento de la muerte de su compañero se encuentran totalmente desprotegidas porque el haber sucesorio del causante es reclamado por los hijos del primer matrimonio, sin encontrar ningún tipo de protección o tutela, muy a pesar de la norma constitucional que protege a la familia, cuya interpretación para jueces y cultores de la disciplina es única y exclusivamente el matrimonio.

Se trata de casos donde siguiendo los lineamientos de la materia contractual, las normas del juicio ejecutivo, la autonomía de los títulos de crédito, o sencillamente porque se trata de una familia no legitimada por el matrimonio, los tribunales sin detenerse a meditar aplican ciegamente y en forma automática la letra de la ley, perjudicando a sujetos legitimados como si el Derecho no existiera para ellos, generando verdaderas y atroces injusticias.

En verdad esta alternativa de recurrir al Derecho Jurisprudencial no resulta estimulante, aun cuando pueda pensarse lo contrario a primera vista, pues de seguirse se debería mantener un cierto grado de desconfianza.

Por el contrario, quizá, convendría iniciar por parte de la doctrina una tarea —muy apreciada por cierto en Europa— de mantener una crítica permanente a la jurisprudencia, señalando los avances doctrinarios encontrados cuando se trate de sentencias loables, pero también manteniendo un control científico, y de justicia, permanente, respecto de los fallos condenables.

Una segunda alternativa para enfrentar los complejos retos ofrecidos al jurista por el mundo de hoy consistiría en replantear las bases de la ciencia jurídica volviendo los ojos a la realidad.

Se ha acusado en repetidas ocasiones a los juristas de frustrados por haber perdido el contacto con la realidad, escudándose en fórmulas con un lenguaje especializado y en conceptos teóricos cuya función debe ser aplicada a una realidad desconocida por ellos. Se reclama la urgente necesidad de tener contacto con las experiencias de la vida de todos los días, y de comenzar a tener una cierta sensibilidad frente a los problemas sociales si es que efectivamente el Derecho deba ser catalogado dentro de las ciencias sociales. El plan-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

teamiento pretende recuperar la relación entre Derecho y estructuras sociales, como única forma de reafirmar la función de ese derecho.

Se trata de un intento por actualizar al jurista en su imagen asumiendo el verdadero *rol* que debe ocupar dentro de la Sociedad, y como impulsor de la ciencia jurídica.

El jurista debe descubrir la vinculación entre la dimensión jurídica y la dimensión social, pues regulación social y jurídica deben constituir uno y el mismo momento. Con la aplicación de los valores subyacentes el jurista debe ser intérprete de una Sociedad en transformación, asumiendo el papel no solo de espectador sino de protagonista de los cambios sociales.

Naturalmente el planteamiento no escapa a las críticas. Se acusa el riesgo de confundir la Sociedad, o de no tener claridad, sobre ella. Pero principalmente se duda si esa sociedad de juristas-ingenieros no sea una quimera, o bien otra de tantas abstracciones sin mayor contenido.

La mayor crítica la ha planteado en el campo jurídico Barcelona, dentro de la corriente italiana de hace unos años del uso alternativo del Derecho, quien señala que basta mirar para percatarse de la existencia de al menos dos sociedades: la de los grupos sociales cuyo máximo interés radica en que el Derecho desarrolle una función marginal, algo así como la guardia del sistema sin penetrar en la política del empresario, sin ejercitar control alguno sobre la forma como se ejercitan los servicios públicos, etc., y al polo opuesto la otra Sociedad, nacida del reclamo de una nueva justicia para los oprimidos y explotados. De una parte la sociedad de los oprimidos, por otra parte la sociedad de los grupos sociales interesados en que el Derecho continúe aplicándose en una zona sustancialmente inoperante. Barcelona ve en el reclamo a la realidad social una fórmula vacía, exactamente como sucedió en el pasado con la fórmula vacía de recurrir a la naturaleza de las cosas.

Una tercera alternativa para el jurista de hoy sería la de reivindicar la relación entre Derecho y política, pues la función del científico no puede desarrollarse en forma adecuada si no comprende su propio *rol* político: como se sabe, toda argumentación jurídica expresa en el fondo una línea política determinada. No se trata de sustituir el lenguaje jurídico por el político sino evitar la degradación del Derecho como instrumento al servicio de las fuerzas políticas, adquiriendo conciencia de los contenidos económicos, sociales y políticos escondidos en las normas jurídicas.

La forma de aplicar esta alternativa consiste en privilegiar dentro de los diferentes sectores normativos algunos sectores o algunos significados. Se pretende siempre la reconstrucción del sistema privilegiando un conjunto de normas respecto de otras en abstracto, por ejemplo la Constitución Política respecto de los códigos, siendo posible ello porque los valores asumidos en el sistema nunca son valores absolutos sino condicionados a los intereses tutelados conforme a ciertas condiciones impuestas. Lo que hace quien da un uso político al Derecho es asumir en forma arbitraria ciertos valores y sobre ellos plantea las operaciones jurídicas necesarias, demostrando que las fórmulas, o bien los valores, contrastantes, se encuentran ubicados jerárquicamente en un grado inferior, o bien constituyen una excepción a la regla.

Naturalmente esta alternativa permitiría caer en uno de los círculos viciosos de la ciencia jurídica cual es la de privilegiar normas, valores, conceptos, y sobre ellos estructurar la unidad y coherencia del sistema, aun cuando al ser un método derivado de la conceptualización teorizante se encuentra eximido de referir en cualquier forma a la Sociedad, presentando el razonamiento jurídico en términos de operaciones lógicas puras.

6. Las alternativas planteadas son meras posibilidades sobre las cuales conviene iniciar una seria discusión, no solo para asumir una de ellas sino, principalmente, para evaluar críticamente lo realizado hasta la fecha y encontrar vías de acceso al mejoramiento de la ciencia jurídica.

Antes de asumir cualquier posición es absolutamente necesario que el jurista abandone la esterilidad y el conformismo, se plante en forma urgente la conveniencia de escapar del círculo vicioso de las fórmulas abstractas pues la realidad es siempre infinitamente más rica que la teoría, debiendo la realidad estar al servicio de esa teoría y no a la inversa; en su labor debe intentar un permanente remozamiento con las concepciones más modernas pero fundamentalmente con la realidad y los valores propios de la Sociedad donde vive, y, en fin, debe descubrir el verdadero papel al que está llamado a cumplir, no siendo única y exclusivamente el intérprete del legislador o del político, pues es esta una de las funciones más limitadas, pobres y carentes de sentido.

Hoy, como nunca, debe rechazarse el dogma de la abstracción generalizante según el cual se atenta contra la autonomía de la ciencia si el científico se acerca a la realidad, descubre los valores

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la Sociedad, y sobre ambos pilares plantea su argumentación. Por el contrario, la alternativa más saludable es buscar por todos los medios posibles la Justicia, y para ello el científico del Derecho, antes de elaborar sus fórmulas conceptuales debe involucrarse en forma permanente y constante con el medio donde sus conceptos deben ser aplicados como única forma de poder contar con cierta certeza y credibilidad, al tiempo de construirlos tomando como base la historia y los valores sobre los cuales esa Sociedad se construye.

Para comenzar, un campo fértil lo constituye la forma de enseñar el Derecho, donde deben replantearse muchos temas. Debe enfrentar los nuevos problemas conocidos por la Sociedad de hoy, impulsando todos los esfuerzos necesarios para superar la pérdida de significado de que se acusa al Derecho. Respecto del ordenamiento jurídico no constituye una traición a la ciencia reconocer sus contradicciones y lagunas, sus incoherencias e incluso sus injusticias, sino, por el contrario, es la base para iniciar la construcción de un sistema sobre bases absolutamente reales: no se trata de renunciar al sistema sino, todo lo contrario, redimensionarlo para convertirlo en uno más justo, tampoco se trata de ofrecer otras definiciones respecto de instituciones como el Parlamento, la propiedad, el contrato, la familia, el Estado, sino denotar en ellas sus características propias.

Las argumentaciones de ciertos pedagogos de crear un estudiante crítico se convierten en esquemas vacíos y carentes de sentido porque ese no es el fin, como tampoco lo es la forma o el método de la enseñanza, la verdadera solución es ofrecer alternativas científicas susceptibles de darle al Derecho una posición y un significado capaz de asumir el papel impuesto por las exigencias del presente y el futuro.

Para salvar los graves problemas atravesados por las ramas del Derecho cuya función es la de servir al ejercicio de la profesión, en la mayoría de las universidades se han integrado los estudios con disciplinas culturales y metodológicas, única forma para que el Derecho asuma una dimensión más trascendental y humana, permitiendo con ello lograr algunas derivaciones del Derecho, la Sociedad y la Cultura. En Costa Rica este criterio también ha tenido acogida, aun cuando no con el éxito esperado.

Se trata de incorporar dentro del currículum universitario las disciplinas de la Filosofía del Derecho y la Sociología jurídica. Con la primera es necesario interrogarse sobre la esencia del Derecho, sobre el contenido de la justicia y sobre la ética en la experiencia jurídica, la segunda debe estudiar la praxis de la realidad jurídica. Este conocimiento para el jurista es fundamental en cuanto permite comprender el Derecho positivo en su dimensión racional recurriendo a los hechos históricos, a los valores y a la ideología.

Con la cátedra de Filosofía del Derecho se está viviendo una experiencia altamente estimulante, pues dejando a un curso introducción el estudio de una serie de temas que le habían convertido en forma estéril en una disciplina informadora de las diferentes corrientes de pensamiento, hoy asume —casi como curso monográfico— el análisis de un determinado valor importante (este año el tema es el de la libertad), permitiendo al estudiante vivir la experiencia de analizar primero ese valor desde el punto de vista ontológico, del ser, y luego desde un ángulo axiológico. Por el contrario, en cuanto a la Sociología jurídica, esta como cátedra nunca se ha organizado, limitando el conocimiento del futuro jurista con las enseñanzas de una sociología general, concebida como introductoria para muchas otras carreras, percibiéndose, en consecuencia, un vacío imperdonable.

Lamentablemente este importante esfuerzo —sobre todo el de la Filosofía del Derecho— poco ha servido para superar la forma tradicional de impulsar la construcción de la cultura jurídica, porque en las disciplinas profesionales estas experiencias no son consideradas, y lo que es peor, dentro de las obras jurídicas son pocas las orientadas a plantear una visión amplia vinculando la realidad con las normas y con los valores.

La ciencia jurídica costarricense requiere hoy de un replanteamiento importante en los mismos términos de como ello sucedió hace 25 años. Las alternativas existen. Conviene acercarse aún más a la Sociedad para percibir la realidad donde las normas deben encontrar su adecuada aplicación, el jurista debe convertirse en un experto de la vida social, debiendo tomar de esta los valores informadores de la norma, solo así logrará el equilibrio para la duración y la evolución que constituye el *proprium* del Derecho, impregnando con sus interpretaciones —incluso políticas— el significado más adherido posible a los valores emergentes de la realidad social y humana, y participando en el proceso constructivo de una Sociedad cada vez más justa.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA TEORÍA DEL DELITO SEGÚN LAS PRINCIPALES CONCEPCIONES SOBRE LA ACCIÓN

LIC. JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ

ÍNDICE

Pág.

Introducción 108

I. Teoría clásica de la acción 108

A) Postulados 108

B) Críticas 110

II. Teoría finalista 112

A) Postulados básicos 112

B) Críticas 114

III. Teoría normativa 116

A) Postulados básicos 116

B) Críticas 116

IV. Teoría social de acción 117

A) Postulados básicos 117

B) Críticas 117

V. Nuestra posición 118

Conclusiones 119

Bibliografía 120

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Mientras en algunos países de Europa se discutió durante varias décadas hasta la saciedad sobre la acción en el Derecho Penal, de manera que la discusión ya ha sido abandonada, en nuestro país poco o nada se sabe de las teorías que sobre la acción existen.

Con la presente investigación tratamos de contribuir al inicio del estudio del concepto de acción que rige en el Derecho Penal y las consecuencias de la adopción de un criterio determinado de acción para el resto de la teoría del delito.

Nos referiremos a las principales teorías de la acción, sea la teoría clásica o causalista, la finalista, la normativa y la social de acción. Al hacerlo señalaremos cómo cada teoría lleva a cabo el análisis lógico del delito.

Haremos primeramente una exposición de los postulados básicos de las teorías mencionadas. Luego de exponer cada una, enumeraremos las principales críticas que se le han hecho. Todo lo anterior lo intentaremos hacer de la manera más objetiva posible, esto con la finalidad de que el lector pueda reunir suficientes elementos de juicio para acoger la teoría que le parezca más acertada. No es sino hasta después de haber indicado los postulados básicos y las críticas a cada teoría, que señalaremos brevemente cuál es nuestra posición.

Tratamos de utilizar de primera mano obras de los exponentes de cada una de las teorías. Para ello encontramos dificultades debido a la escasez bibliográfica que existe en nuestro país.

Hay que reconocer que los apartados referentes a la teoría clásica y a la teoría normativa, salvo pequeñas modificaciones, forman parte de una anterior investigación que hicimos con Francisco Dall'Anese Ruiz, titulada "Principales teorías sobre la acción en el Derecho Penal". En aquella investigación dichos apartados fueron redactados completamente por nosotros, mientras que lo referente a la teoría finalista y a la teoría social de acción, por el licenciado Dall'Anese. No se debe sino a la autorización de éste la inclusión en el presente trabajo de lo dicho sobre la teoría clásica y la normativa en aquel otro.

I. TEORÍA CLÁSICA DE LA ACCIÓN[1]

A) Postulados de la teoría clásica.

Bajo la influencia de las ciencias de la naturaleza (que pregonaban que todo resultado tiene una causa que lo ha producido) y de la filosofía positivista del Derecho (según la cual éste debe resolver sus problemas ateniéndose sólo a criterios jurídicos, desechando a los que no lo sean, como los valorativos, sociólogos, etc.), Von List y Beling desarrollaron la teoría clásica de la acción, conocida también como causalista.

Esta teoría en su formulación original pretendió captar el concepto naturalístico de acción. De esta manera dice que no se crea con ella un concepto de acción propio del Derecho Penal, sino que se utiliza el concepto de acción existente en el mundo natural.

Según la mencionada teoría, la acción supone un movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior. El nexo entre

1. Sostienen la teoría clásica: FONTÁN BALESTRA (Carlos), *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Costa Rica, Editorial Estudiantil, s.f., pp. 399-418; JIMÉNEZ DE ASÚA (Luis), *La ley y el delito*, Buenos Aires, Editorial Suramericana, 1979, pp. 210-219. Se acercan a la posición clásica aunque variando de esta con respecto a la exigencia del resultado: NÚÑEZ (Ricardo), *Manual de Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Lerner, 1977, pp. 145-148; SOLER (Sebastián), *Derecho Penal argentino*, T. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973, pp. 243-248; NOVOA MONREAL (Eduardo), *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1980, p. 147. BAUMANN, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 97-103. GIMBERNAT ORDEIG, El sistema de Derecho Penal en la actualidad, *Estudios de Derechos Penal*, España, Civitas, 1976, pp. 82-106 dice que el concepto de acción de la teoría clásica es el más adecuado para distinguir cuándo hay acción y cuándo no. Sin embargo luego ubica el dolo y la culpa en el tipo, con lo que se aleja de la teoría clásica original y la neokantiana.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el movimiento corporal y el resultado es la relación de causalidad.

En la omisión se produce una distensión de los músculos por el agente. Se trata en la omisión, de la no realización de una conducta esperada, existiendo tanto voluntariedad del agente, como nexo de causalidad con el resultado.

Distingue la teoría clásica entre el impulso volitivo y el contenido de la voluntad. Al momento de analizarse si el sujeto ha realizado una acción o no, lo importante es analizar si el sujeto ha querido algo (impulso volitivo),[2] pero no lo que realmente ha querido (contenido de la voluntad), ya que el estudio de esto último queda relegado a la culpabilidad.

El delito se define como una acción típica, antijurídica y culpable. La tipicidad y la antijuridicidad, predicados de la acción, abarcan lo objetivo del delito, mientras que en el predicado culpabilidad se ubicará lo subjetivo.

La culpabilidad está desprovista de todo análisis valorativo; es concebida como la relación psicológica entre la conducta y el resultado. Las formas de culpabilidad son el dolo y la culpa.[3]

El dolo de la teoría clásica es el llamado *dolus malus,* que está formado por el conocimiento y voluntad del resultado típico y por la conciencia de la antijuridicidad. Como consecuencia de ello existe "error de prohibición", que elimina el dolo, tanto si el error en cuanto a la antijuridicidad es vencible o no.

El neokantismo, filosofía orientada hacia los valores, hizo que se fueran abandonando con posterioridad algunos de los postulados iniciales de la teoría clásica.[4] Introdujo el neokantismo la realización de juicios valorativos en la teoría del delito, lo que no era permitido por la teoría clásica original.

Se desecha con el neokantismo el concepto naturalístico de acción, el que presentaba problemas para solucionar el problema de la omisión[5] y la necesidad de producción de un resultado en delitos como el de injurias.[6] Se adopta un concepto de acción que no pretende ser naturalístico, sino propio del Derecho Penal. Se acude al término comportamiento en lugar del de acción, entendiendo por el primero la actuación de la voluntad humana, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior.[7]

El descubrimiento de los elementos normativos del tipo,[8] introdujo elementos valorativos dentro de la tipicidad. Pero más trascendental fue el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto,[9] ya que no se puede seguir en ade-

---

2. El impulso volitivo es definido por la teoría clásica original como el acto psíquico que mediante la inervación de los músculos determina la realización del movimiento corporal.

3. Sobre la teoría psicológica de la culpabilidad y la crítica de esta teoría, véase: ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Manual de Derecho Penal, parte general,* Buenos Aires, Ediar, 1985, pp. 512-513; ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Teoría del delito,* Buenos Aires, 1973, pp. 509-512.

4. La teoría de la acción resultante de la influencia neokantiana es llamada teoría neoclásica o bien teoría neokantiana.

5. "Se hallaba. . . fuera de toda duda que la omisión no supone movimiento corporal alguno, e incluso el intento de dejar a salvo una realidad aprehensible en la inactividad mediante la suposición de una voluntaria 'contención de los nervios motore' (Beling) había de fracasar, en todo caso, en la culpa inconsciente en delitos de omisión". JESCHECK (Hans Heinrich), *Tratado de Derecho Penal, parte general,* V.I., Barcelona, Bosch, p. 278.

6. "La insuficiencia de este concepto de acción se mostró en especial, en la injuria. En ella importan el sentido de una expresión en cuanto manifestación de desprecio y menoscabo de la estima que se debe al ofendido y no los fenómenos fisiológicos y físicos implicados". JESCHECK, *loc. cit.*

7. JESCHECK, *loc. cit.,* sostiene el mismo criterio que el expresado por nosotros arriba, o sea que la posición neokantiana varió la definición de acción que mantenía la teoría clásica original. ZAFFARONI, *Teoría del delito,* p. 128, no comparte esta opinión, manifestando que la teoría neokantiana no varió en lo más mínimo la definición de la teoría clásica original, salvo que en adelante se dirá que no se sigue un concepto naturalístico de acción.

8. Algunos ejemplos de conceptos normativos del tipo son: "cosa mueble ajena" (208 del Código Penal), "documento" (357-363 del Código Penal), mujer honesta (159 del Código Penal). Sobre los elementos normativos del tipo véase: ZAFFARONI, *Teoría del delito,* pp. 246-248; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal, parte especial,* Argentina, Abeledo Perrot, 1978, pp. 18-19.

9. Ejemplos de elementos subjetivos del injusto son: "para ocultar su deshonra" (113.3 del Código Penal) "proponiéndose un interés pecuniario u objeto inmoral" (135 del Código Penal), "con fines libidinosos" (163 del Código Penal). Sobre los elementos subjetivos del injusto véase: ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal,* pp. 421-426; ZAFFARONI, *Teoría del delito,* pp. 305-320; JESCHECK, *op. cit.,* V.I., pp. 433-438; RODRÍGUEZ DEVESA (José María), *Derecho Penal español, parte general,* Madrid, Gráficas Carasa, 1979, pp. 390-392; WELZEL (Hans), *Derecho Penal alemán,* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 113-116; JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.,* pp. 255-156; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal, parte especial,* pp. 10-18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lante ubicando todo lo subjetivo en la culpabilidad, y lo objetivo en la tipicidad y antijuridicidad, como lo hacía la teoría clásica originalmente.

La culpabilidad sufrió un cambio. El dolo y la culpa siguen siendo ubicados en la culpabilidad. Sin embargo se estima por parte de los neokantianos que el fundamento de ésta no es la relación psicológica entre la conducta y el resultado, sino el reproche hecho a quien pudiendo comportarse conforme a Derecho no lo hizo. Se trata así de darle un carácter valorativo a la culpabilidad.[10]

Una consecuencia de la teoría clásica en su versión original y en la neokantiana, es la tendencia a darle primacía al desvalor del resultado sobre el desvalor del acto, de esta manera en cuanto a la punición de la tentativa se pronuncian porque sea penada en menor grado que el delito consumado.

B) Críticas a la teoría clásica.

Se ha criticado a la teoría clásica que es incorrecto desligar del concepto de acción el contenido de la voluntad, lo anterior ya que al hablarse de acción, no se puede prescindir de la finalidad del agente. Si no se toma en cuenta esto, como ocurre en la teoría clásica, no se está considerando una conducta, sino un proceso causal. De esta manera lo típico y antijurídico no son de acuerdo con esta teoría conductas, sino vínculos causales, lo que no tiene sentido, ya que el Derecho en realidad existe para regular conductas humanas.[11]

Desde una perspectiva diferente se ha señalado que el concepto de relación de causalidad, que la teoría clásica tomó de las ciencias de la naturaleza, inclusive en éstas hoy día se ha aceptado que es inexacto, ya que entre antecedente y consecuente no hay una relación de necesidad, sino solamente de probabilidad.[12]

Se ha dicho que la teoría clásica no puede solventar el problema de los delitos de mera actividad, en los cuales el resultado o una situación de peligro concreto no importa.[13] A lo anterior se agrega que tampoco puede explicar la teoría clásica la punición de la tentativa, ya que en esta no se produce el resultado pretendido.

Han afirmado los críticos de la mencionada teoría, que no puede dar respuesta a la situación que se presenta en la omisión, pues en esta no existe interposición de causas que llevan el resultado, sino la no interrupción de un proceso causal ya desencadenado.[14]

Algunos han criticado que sin necesidad de que se adopte un criterio finalista de la acción, la existencia de los elementos subjetivos del injusto y principalmente la punición de la tentativa, hacen que no pueda aceptarse que el estudio del dolo quede relegado a la culpabilidad, sino que dicho

---

10. Los autores neokantianos a su teoría sobre la culpabilidad la llaman normativa. Críticos de esta teoría la prefieren llamar compleja. Sobre dicha teoría véase ZAFFARONI, *Teoría del delito,* pp. 305-320; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal,* pp. 513-514; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.,* pp. 419-420.

11. Así: ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal,* pp. 352-353; ZAFFARONI, *Teoría del delito,* p. 132; WELZEL, *Derecho Penal alemán,* p. 63. Responden los partidarios de la teoría clásica, que la ubicación del dolo dentro de la culpabilidad, no obedece sino a un proceso lógico de descomposición de los elementos del delito, para facilitar el análisis de este. El delito es una acción que reúne los predicados de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, de manera que la teoría clásica, se dice, no deja de tomar en cuenta el dolo. Así: NOVOA MONREAL, *op. cit.,* pp. 56-72.

12. Así: BUSTOS RAMÍREZ (Juan), Del estado actual de la teoría del injusto: ***Bases críticas de un nuevo Derecho Penal,*** Colombia, Temis, 1982, pp. 4-8.

13. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.,* p. 351; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, parte general,* Madrid, Editorial Civitas, 1978, p. 215. Algunos autores para solucionar el problema de los delitos de mera actividad dicen que excepcionalmente en ciertos delitos bastará que exista una conducta humana guiada por la voluntad para que exista acción, sin necesidad de que se produzca un resultado. Véase: NÚÑEZ (Ricardo), *op. cit.,* p. 146; SOLER, *op. cit.,* T. I, p. 247; NOVOA MONREAL, p. 25. Sin embargo al admitir que en no todos los casos es necesaria la producción de un resultado, se apartan de la concepción clásica, en la cual el resultado forma parte de la acción. Baumann es más coherente que los citados autores, ya que dice que el concepto de acción supone solamente una conducta humana guiada por la voluntad, no formando parte del concepto de acción la producción del resultado. Este autor por las razones apuntadas por nosotros arriba, reconoce que no debe calificársele como seguidor de la teoría clásica. Véase: BAUMANN, *op. cit.,* pp. 97-106. En sus demás planteamientos tanto Baumann como los otros autores citados, adoptan lo sostenido por la teoría clásica, razón por la cual no consideramos necesario en esta investigación, desarrollar un apartado propio, para explicar su teoría.

14. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.,* p. 350; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.,* p. 215; BUSTOS RAMÍREZ, Del estado actual de la teoría del injusto, p. 8; JESCHECK, *op. cit.,* V.I., p. 293.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estudio debe llevarse a cabo al analizarse la tipicidad.[15] Los elementos subjetivos del injusto resquebrajaron la teoría clásica original, en cuanto ésta consideraba que en la tipicidad y antijuridicidad no debían ser considerados elementos subjetivos. Aun hoy el reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto por los autores clásicos neokantianos, no lo pueden hacer sin entrar en contradicciones, al no aceptar que el dolo debe estar también ubicado en el tipo, ya que no hay razón para establecer un trato discriminatorio entre los elementos subjetivos del injusto y el dolo.[16] Con respecto a la tentativa, es el dolo del agente el que va a decir si una acción debe ser catalogada como tentativa de lesiones o tentativa de homicidio por ejemplo. Como consecuencia de ello no tiene sentido decir que el dolo forma parte del tipo en los delitos que quedan en estado de tentativa, pero no ocurre lo mismo cuando el delito se llega a consumar.[17]

Se ha señalado que la culpa no debe ser relegada en cuanto a su estudio a la culpabilidad, sino que debe ser analizada al tratar de determinarse la tipicidad de una acción. La conducta prohibida en los delitos culposos consiste no en la producción de un resultado, sino en el incumplimiento del deber de cuidado.[18] A lo que se agrega que es contrario al análisis lógico a que deben someterse los casos en la práctica el que cuando ocurre un homicidio no se pueda saber al estudiarse la tipicidad si nos encontramos ante el delito de homicidio simple o bien el de homicidio culposo, sino habría que esperar el análisis de la culpabilidad para establecer en qué tipo penal se enmarca.[19]

Una crítica relacionada íntimamente con la necesidad de ubicar el dolo y la culpa en el tipo, dice que al colocarse en la culpabilidad al dolo y a la culpa junto al reproche, la teoría clásica en versión neokantiana, le asigna a la culpabilidad un carácter heterogéneo, ya que ésta será en parte una relación psicológica y en parte reproche.[20]

---

15. Así: CEREZO MIR (José), *Curso de Derecho Penal español*, España, Tecnos, 1984, pp. 407-418. Lo injusto en los delitos dolosos en el Derecho Penal español. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 25-38; CEREZO MIR (José), La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho Penal español. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 198-203; CEREZO MIR (José), Polémica en torno a la doctrina de la acción finalista. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 109, 119-120. Adoptamos la ubicación del dolo en el tipo penal en un reciente trabajo. Véase: DALL'ANESE RUIZ (Francisco) y LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *El iter criminis*, San José, 1985, pp. 20-23 (sin publicar).

16. Así: CEREZO MIR, Lo injusto de los delitos dolosos, pp. 27 y 35; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 422-423; WELZEL, *Derecho Penal alemán*, p. 90.

17. Así: CEREZO MIR, Lo injusto de los delitos dolosos, pp. 27-35; ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 131; WELZEL, *op. cit.*, p. 90. Sobre el tipo subjetivo y el tipo objetivo de la tentativa, véase: DALL'ANESE RUIZ y LLOBET RODRÍGUEZ, *El iter criminis*, pp. 20-23.

18. Así: WELZEL, Derecho. . ., p. 183; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, p. 439. MIR PUIG (Santiago), Adición de Derecho español a JESCHECK, *op. cit.*, p. 809. Dentro de los autores que sostienen que la culpa forma parte del tipo del injusto, existe la concepción monista que considera que el injusto está constituido por el desvalor del acto. La concepción dualista mantenida por otros autores, dice que el injusto está formado por el desvalor del acto y por el desvalor del resultado. Véase sobre estas posiciones: HUERTA TOCILDO (Susana), *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, España, Tecnos, 1984, pp. 17-73.

19. Así: ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 130. La respuesta que se da a esta objeción es que existe un tipo de homicidio con dos formas de culpabilidad: dolosa y culposa.

20. Así: *Ibíd.*, pp. 305-320; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 513-514; WELZEL, *Derecho Penal alemán*, p. 199.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. TEORÍA FINALISTA[21]

A) Postulados de la teoría finalista.

Frente a la teoría clásica de la acción, Welzel formuló la teoría finalista.[22] Dicha teoría dice que el Derecho Penal no puede crear un concepto de acción propio de éste, sino debe utilizar el que existe en la realidad,[23] ya que el Derecho existe para regular acciones humanas no para crearlas.

Señala Welzel explicando su teoría: "Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de sus fines. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente".[24]

Si no se toma en cuenta la finalidad del sujeto, dice la teoría comentada, la acción perdería su principal característica, convirtiéndose en un mero proceso causal.

La diferencia fundamental entre el concepto de acción de la teoría clásica y el de la teoría finalista, es que en la primera solo se considera el impulso volitivo, o sea que el sujeto haya querido algo, pero no el contenido de la voluntad, es decir que fue lo que realmente quiso, ya que esto último queda relegado a la culpabilidad; mientras en la teoría finalista tanto el impulso volitivo como el contenido de la voluntad forman parte del concepto de acción.

Con respecto a la omisión, la teoría finalista dice que ésta y la acción en sentido estricto son las dos subclases independientes de conducta capaces de ser regidas por la voluntad final. La omisión no es en sí una acción, sino la no realización de una acción. Elemento fundamental en la omisión es el dominio final potencial del hecho.[25]

De acuerdo con la teoría comentada la dirección final de la acción se lleva a cabo en dos etapas. La primera transcurre en la esfera del pensamiento del sujeto y comprende: el proponerse el fin de realizar por parte del autor, la selección de los medios para la consecución del fin y la consideración de los efectos concomitantes. La segunda etapa supone que el sujeto tomando en cuenta lo comprendido en la primera etapa, efectúa su acción en el mundo real.[26]

La teoría finalista define al delito como una acción típica, antijurídica y culpable, definición

---

21. Sostienen la teoría finalista entre otros: WELZEL (Hans), *Derecho Penal alemán*, pp. 53-60; ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, pp. 337-345 y *Teoría del delito*, pp. 95-112; CEREZO MIR (José), *Curso de Derecho español*, pp. 315-345; BACIGALUPO (Enrique), *Manual de Derecho Penal*, Colombia, Ilanud, 1985, pp. 71-73 y *Lineamientos de la teoría del delito*, San José, Juricentro, 1985, pp. 27-29; CÓRDOBA RODA (Juan), *Una nueva concepción del delito*, La doctrina finalista, Barcelona, Ariel, 1963; BUSCH (Richard), *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, Colombia, Temis, 1980, p. 80; GOSSEL, *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Colombia, Temis, 1984, p. 68; CORY (Enrique), *Tentativa y delito frustrado*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1977, pp. 15-23; MAURACH (Reinhart), *Tratado de Derecho Penal*, España, Ariel, T. I, pp. 182-210.

22. Sobre los antecedentes históricos del finalismo, véase: CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pp. 43-49.

23. El finalismo trata de partir de la naturaleza de las cosas. Véase al respecto: CEREZO MIR (José), La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, España, Tecnos, 1981, pp. 39-59; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 337-347.

24. WELZEL, *Derecho Penal alemán*, p. 53.

25. Así: WELZEL, *Derecho Penal alemán*, pp. 276-278. Seguidores de la teoría finalista han reconocido que no es posible elaborar un concepto de acción unitario que comprenda a la acción propiamente dicha y a la omisión. Kaufmann, el principal teórico finalista sobre la omisión, dice que la única nota en común entre acción y omisión es la capacidad de acción, pero que ésta no permite desarrollar un concepto genérico de conducta. Tanto Córdoba Roda como Cerezo Mir se pronuncian en sentido similar a Kaufmann, a quien citan. Véase: CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, pp. 336-338; CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pp. 64-65. Zaffaroni dice: "Antes del tipo, es decir, a nivel de la conducta no hay omisiones, sino todas son acciones. Ello obedece a que omitir no es un puro no hacer, omitir es solo no hacer lo que se debe hacer". ZAFFARONI, *Manual. . .*, p. 452. Adopta así este autor un concepto normativo de acción para definir a la omisión.

26. Véase: WELZEL, *Derecho Penal alemán*, pp. 54-58.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

igual a la de la teoría clásica, aunque difieren, como veremos luego, en cuanto al contenido de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En los delitos dolosos, el dolo es estudiado por el finalismo dentro del tipo, ya que si la finalidad del sujeto es parte integrante de la acción y el tipo describe acciones, es lógico que se incluya el dolo en éste.[27] Por ello los autores finalistas hablan de la existencia de un tipo subjetivo y un tipo objetivo. El tipo subjetivo está formado por el dolo y los elementos subjetivos del injusto. El tipo objetivo es todo aquello requerido por el tipo que está fuera de la esfera psíquica del autor. Debe aclararse que mientras el dolo de la teoría clásica está formado por el conocimiento y voluntad del resultado típico, y por el conocimiento de la antijuridicidad; el dolo de la teoría finalista comprende sólo el conocimiento y voluntad del resultado típico, ya que el conocimiento de la antijuridicidad es ubicado dentro de la culpabilidad. Consecuencia de lo anterior es que el error sobre las circunstancias de hecho, error de tipo, elimina la tipicidad, y el desconocimiento invencible de la antijuridicidad, error de prohibición, elimina la culpabilidad. La ubicación del dolo en el tipo tiene importancia para la teoría de la participación. La opinión dominante hoy día es que para la responsabilidad del partícipe rige la llamada accesoriedad limitada, de acuerdo con la cual la conducta realizada por el autor debe ser al menos típica y antijurídica, para que pueda ser punible el partícipe.[28] Así, si la acción del autor no fue dolosa, el estudio del dolo en el tipo o en la culpabilidad tiene consecuencias en relación con la responsabilidad del partícipe. La teoría clásica parece que admite la participación dolosa en un hecho en que el autor no actúa dolosamente, mientras que la teoría final de acción no acepta esto desde que ubica el dolo dentro del tipo, aunque eventualmente podría ser que existiera responsabilidad del que actúa con dolo en el anterior caso, pero no a título de partícipe, sino de autor mediato.[29]

La acción en los delitos culposos es también el ejercicio de una actividad final, pero a nivel de la tipicidad, ya no de la acción, el fin perseguido por el autor es irrelevante, pero no lo son los medios elegidos por éste para la consecución del fin ni la forma de realización, los que como se dijo antes forman parte de la primera etapa de la dirección final de la acción.[30] Por ejemplo si el sujeto conduciendo un vehículo a exceso de velocidad con el fin de llegar temprano a casa, causa un accidente en el que resulta con lesiones una persona, tenemos que el fin perseguido, o sea llegar temprano a casa, es irrelevante; el medio utilizado, o sea el vehículo, es también irrelevante; pero no lo es la forma de realización, o sea el exceso de velocidad. La conducta prohibida en los delitos culposos es la violación de un deber de cuidado y no la producción de un resultado, como lo considera la teoría clásica. Por ello el estudio de la culpa debe llevarse a cabo al analizarse la tipicidad. La producción del resultado, la que no forma parte de la acción penal, es una cuestión dependiente del azar, por lo que no agrega una mayor gravedad al ilícito. Sin embargo debido a que generalmente los delitos

---

27. Cerezo Mir, uno de los seguidores de la teoría finalista, difiere de lo anterior, considerando que la ubicación del dolo en el tipo no es consecuencia de la adopción del criterio final de acción, sino de la punición de la tentativa y la existencia de los elementos subjetivos del injusto. Véase: CEREZO MIR, Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español, pp. 25-38; La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho español, pp. 198-203.

28. Sobre la accesoriedad de la participación, véase: BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal*, pp. 201-207; WELZEL, *Derecho Penal alemán*, pp. 161-166.

29. Así: GIMBERNAT, El sistema de Derecho Penal en la actualidad, pp. 88-90; BUSCH, *op. cit.*, pp. 34-38; MIR PUIG, Adición de Derecho español a JESCHECK, *op. cit.*, p. 916.

30. Welzel desde que elaboró la teoría final de acción, adoptó diversos criterios para explicar dentro de su teoría a los delitos culposos. Primeramente dijo que la conducta culposa es una forma defectuosa de la conducta dolosa. Luego señaló que en los delitos culposos existe una causación que era evitable mediante la realización de una actividad final. Posteriormente indicó que los tipos de los delitos culposos penalizan una acción que no representa la medida mínima de dirección final exigida jurídicamente. Por último sostuvo la posición que se encuentra arriba en el texto. Véase: CEREZO MIR, El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal. Problemas fundamentales del Derecho Penal, España, Tecnos, 1982, pp. 15-24; WELZEL, Derecho Penal. . ., pp. 184-185.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

culposos son construidos como delitos de lesión, el resultado forma parte del tipo penal en los delitos culposos.[31]

En cuanto al contenido de la antijuridicidad según la teoría finalista lo fundamental es el desvalor del acto, con lo que se contrapone a la teoría clásica que da primacía al desvalor del resultado. A diferencia de lo dicho por esta última teoría, para el finalismo no basta con que objetivamente se den las circunstancias de una causa de justificación para que se excluya la antijuridicidad, sino además se requiere el conocimiento por el sujeto de los elementos objetivos que hacen justificada su acción.[32]

Al trasladarse el dolo y la culpa al tipo penal, dejan de formar parte de la culpabilidad. Esta no tiene así un carácter complejo, en parte relación psicológica y en parte reproche, como sucede con la teoría clásica, sino sólo es reproche. Está formada la culpabilidad por la conciencia de la antijuridicidad, por la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y la no exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho. En relación con el error de prohibición, al que ya nos hemos referido, hay que decir que el no conocimiento de la antijuridicidad que excluye la culpabilidad, es el que es invencible, con lo que se diferencia de la teoría clásica, en la que el error vencible hace que se excluya el dolo, aunque no la responsabilidad por culpa.[33]

B) Críticas a la teoría finalista.

El finalismo han recibido numerosas críticas, en que se han enumerado acciones relevantes para el Derecho Penal, pero que no pueden ser explicadas como resultado del ejercicio de una acción final.

Las principales críticas se han referido a la solución que la teoría finalista da a los delitos omisivos y a los delitos culposos.

En los delitos omisivos se ha dicho que no hay una sobredeterminación del proceso causal por el sujeto, ya que no hay relación de causalidad entre la omisión y el resultado.[34]

Con respecto de los delitos culposos se afirma que para la ley penal no es relevante la finalidad del sujeto,[35] lo que obliga al finalismo a definir los delitos culposos acudiendo a un concepto normativo, o sea el cuidado debido en el tráfico.[36]

Se indica que la teoría final de acción no explica las conductas automatizadas, como andar, escribir, conducir,[37] ni tampoco los ataques de ira,[38] ya que estos tipos de conducta están desprovistos de objetivos.

---

31. Así: WELZEL, *Derecho Penal alemán*, pp. 181-185., 192-193; BACIGALUPO, Manual. . ., p. 217; ZAFFARONI, Manual. . ., p. 430; CEREZO MIR, El concepto de acción finalista. . ., p. 20 y Polémica en torno a la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal español. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, España, Tecnos, 1982, pp. 114-115. Bacigalupo en otra obra parece decir que la producción del resultado es una mera condición objetiva de punibilidad. Véase: BACIGALUPO, Lineamientos. . ., p. 133. Novoa Monreal, crítico del finalismo, considera que para éste la producción del resultado es una mera condición objetiva de punibilidad. Véase: NOVOA MONREAL, *op. cit.*, pp. 118-119. Huerta Tocildo, aunque en una parte de su libro parece sostener lo mismo que Novoa, lo aclara en una nota al pie, diciendo que al formar parte del tipo, el resultado para Welzel no es una mera condición objetiva de punibilidad. V. HUERTA TOCILDO, *op. cit.*, p. 27. Nosotros mismos en otra investigación mantuvimos la posición de Novoa. Véase: LLOBET RODRÍGUEZ, (Javier) y DALL'ANESE RUIZ (Francisco), *Principales teorías sobre la acción en el Derecho Penal*, San José, 1985 (sin publicar, p. 29).

32. Véase: BACIGALUPO, Lineamientos. . ., p. 63; WELZEL, Derecho. . ., p. 121.

33. Véase: GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 88-90.

34. Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 220; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 351; JESCHECK, *op. cit.*, p. 294; NOVOA MONREAL, p. 141-143.

35. Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 220; RODRÍGUEZ DEVESA, p. 351; JESCHECK, *op. cit.*, p. 294; MUÑOZ CONDE (Francisco), *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 178. Véase la réplica de Welzel a esta crítica. WELZEL (Hans), ¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Argentina, No. 4, octubre-diciembre de 1968, pp. 7-15.

36. Así: MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 178.

37. Así: JESCHECK, *op. cit.*, p. 293; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 220; BAUMANN, *op. cit.*, p. 97. Contesta Cerezo Mir, que en los actos reflejos impropios el estímulo y la reacción se mueven en el plano de la conciencia. Véase: CEREZO MIR, Curso. . ., p. 338.

38. Así: JESCHECK, *op. cit.*, p. 293; NOVOA MONREAL, *op. cit.*, p. 80; BAUMANN, *op. cit.*, p. 97. Frente a esta crítica dice Cerezo Mir, que en las acciones instintivas o pasionales, falta una dirección de los impulsos de la capa profunda, pero no la dirección de la acción externa (en el mundo exterior). Véase: CEREZO MIR, Curso. . ., p. 338.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Han dicho críticos de la teoría comentada, que las acciones realizadas con dolo eventual no son acciones finales, ya que el resultado injusto punible está fuera de la finalidad del sujeto.[39]

Refiriéndose a la tipicidad, manifiestan algunos que el tipo penal debe seguir siendo predominantemente objetivo; conteniendo así los elementos materiales del hecho y solamente por excepción los elementos subjetivos del injusto. La distinción entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, dicen, es parte de un análisis lógico, el que es desvirtuado por el finalismo al ubicar el dolo y la culpa dentro del tipo, con lo que se deja vacía la culpabilidad.[40]

Otras críticas han analizado el contenido de la antijuridicidad de acuerdo con el finalismo. Se ha combatido desde diferentes posiciones la primacía dada por éste al desvalor del acto sobre el desvalor del resultado. Algunos dicen, desde una concepción que podemos llamar valorativa,[41] que el finalismo al subestimar el papel que dentro del delito tiene el peligro, o la lesión al bien jurídico tutelado, dándole importancia a los factores anímicos, demuestra su tendencia al establecimiento de un Derecho Penal de autor.[42] Otros, a los que se puede identificar como imperativistas dualistas,[43] señalan que el desvalor del acto y el desvalor del resultado tienen igual jerarquía, ya que si bien la ley penal prohíbe conductas y no resultados, lo hace teniendo en cuenta que se produzca la lesión opuesta en peligro de un bien jurídico tutelado.[44]

Otros dicen que no existe diferencia entre la teoría clásica y la finalista, ya que de acuerdo con esta última hay acción siempre que se persiga un fin, siendo indiferente cuál es el fin que se persigue, o sea que al igual que con el causalismo lo que importa es que se haya querido algo, pero no qué fue lo que se quiso.[45]

Indican algunos juristas que la teoría finalista no introdujo cambios sustanciales a la teoría causalista, ya que al igual que ésta sigue basándose en la existencia de un nexo causal, solamente que ahora se habla que éste es sobredeterminado por el sujeto. Así al seguir partiendo de la relación de causalidad, se le puede hacer la misma crítica que al causalismo, o sea que entre nexo y consecuencia no hay una relación de causalidad, sino de probabilidad.[46]

Señalan otros que al hacer referencia el finalismo a la sobredeterminación del vínculo causal, al igual que la teoría clásica no logra solucionar el problema que plantean los delitos de mera actividad, en los que falta el resultado.[47]

Se ha dicho que el finalismo se ve obligado a dividir su sistema en cuatro partes: delitos dolosos de acción, delitos dolosos de omisión, delitos culposos de acción y delitos culposos de omisión. Tal división se afirma hace que al no existir unidad en el sistema realmente no pueda hablarse que haya un sistema.[48]

---

39. Así: NOVOA MONREAL, *op. cit.*, p. 77.

40. Así: *Ibíd.*, pp. 56-72; 138-141. Replica Bacigalupo "La crítica preferida de los causalistas en contra de los finalistas consiste en reprocharle a estos últimos que "dejan vacía la culpabilidad", dado que los finalistas trasladan una parte del dolo y otra de la culpa desde la culpabilidad a la cuestión de la tipicidad. Este punto de vista no tiene en cuenta que si se opta por el concepto de culpabilidad "lleno" quedará "vacío" el de tipicidad. Los finalistas podrían entonces alegar contra los causalistas que estos "dejan vacía la tipicidad". En ninguna parte está escrito que la culpabilidad deba estar "llena". Si nada impide que los causalistas operen con la tipicidad "vacía" (sin dolo ni infracción del deber de cuidado), nada puede impedir a los finalistas "llenar" la tipicidad y vaciar la culpabilidad". BACIGALUPO, Lineamientos. . ., p. 21.

41. Esta concepción concibe al delito como lesión de bienes jurídicos. Véase: HUERTA TOCILDO, *op. cit.*, pp. 17-18.

42. Así: NOVOA MONREAL, *op. cit.*, pp. 95-102.

43. Se considera de conformidad con esta concepción al delito como la infracción de un deber de no lesionar bienes jurídicos. HUERTA TOCILDO, pp. 50-73.

44. Así: *Ibíd.*, p. 66.

45. Así: GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 91-92.

46. Así: BUSTOS RAMÍREZ, Del estado actual. . ., pp. 4-8.

47. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 351; CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pp. 65-66. Responde Cerezo Mir a esta crítica: "La causalidad, la utilización de factores causales, se da, incluso, en las acciones que no van seguidas de un resultado material externo como en el bailar, pasear, hablar y por tanto, también, en las injurias y en el falso testimonio". CEREZO MIR, Curso. . ., p. 327.

48. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 352.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. TEORÍA NORMATIVA DE LA ACCIÓN[49]

A) Postulado de la teoría normativa.

La teoría normativa crea un concepto de acción propio del Derecho Penal.

Considera esta teoría que los conceptos causal y final de la acción son insuficientes, ya que el legislador en algunos delitos sigue un concepto causal de acción y en otros uno final, determinando esto arbitrariamente. Como consecuencia de lo anterior es imposible elaborar un concepto unitario de acción, por lo que debe seguirse un criterio normativo, es decir debe acudirse a cada tipo penal para determinar el concepto de acción que sigue. Así la acción es entendida como la acción realizadora del tipo. Al delito, por su parte, se le define como la realización de un tipo, antijurídico y culpable.

Mientras algunos normativistas dedican amplias exposiciones con respecto al concepto de acción,[50] es más frecuente hoy que se prescinda por parte de los normativistas de esto y se empiece a elaborar la teoría del delito partiendo de la tipicidad.[51]

Del concepto de acción del normativismo, a diferencia del dado por el causalismo y el finalismo, no se puede deducir el contenido de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo por razones similares a las dichas por los causalistas o finalistas respectivamente, algunos estudian el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad,[52] mientras otros hacen el análisis de ambos en el tipo.[53]

B) Críticas a la teoría normativa.

Se ha dicho que la teoría normativa al exigir como uno de los requisitos de la acción el que esté prevista en la ley penal, lo que hace es anticipar una valoración jurídica que debe llevarse a cabo al analizarse si la acción es típica. Antes de determinar si la acción es típica, debe establecerse si nos encontramos realmente ante una acción. La tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad deben ser predicados de la acción, pero esto no ocurre con la teoría normativa, ya que ésta introduce el concepto de tipicidad dentro del de acción, del que forma parte, no siendo así un mero predicado de la acción, ya que un acaecimiento dependiente de la voluntad humana que no sea típico no es acción.[54]

Relacionada con la anterior es la crítica que se hace a la teoría normativa en cuanto a que no tiene sentido decir que la acción deviene acción por ser prohibida, ya que precisamente está prohibida por ser acción.[55]

---

49. Sostienen esta teoría: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pp. 347-353; MUÑOZ CONDE (Francisco), *op. cit.*, p. 178; BUSTOS RAMÍREZ (Juan), Del estado actual de la teoría del injusto, p. 9; GALLAS (Wilhelm), *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, 1959, pp. 22-24. BUSTOS RAMÍREZ (Juan), *Manual de Derecho Penal español, parte general*, España, Ariel, 1984, pp. 168-169; COUSIÑO (Lois), *Derecho Penal chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975, T. I, p. 336.

50. Véase: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pp. 347-353.

51. Véase los autores citados por JESCHECK, *op. cit.*, T. I, p. 290.

52. Mantiene esta posición RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 990.

53. Siguen esta posición: BUSTOS RAMÍREZ (Juan), Consideraciones en torno del injusto, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Colombia, Temis, 1982, p. 24. GALLAS (Wilhelm), *op. cit.*, p. 45. El primero que ubicó el dolo dentro de la tipicidad fue Helmuth Von Weber, quien seguía un concepto normativista de acción. Con posterioridad la colocación del dolo en el tipo fue retomada por Welzel al elaborar la teoría finalista. Véase ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 355 y 379. De acuerdo con lo anterior no puede sostenerse que la corriente normativista que ubica el dolo en el tipo haya surgido como consecuencia del finalismo.

54. A lo señalado arriba es que tienden las críticas de: ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 355-357; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, pp. 220-221; MIR PUIG, Adición de Derecho español a JESCHECK, *op. cit.*, pp. 305-306; JESCHECK, *op. cit.*, p. 291; CEREZO MIR (José), *Curso de Derecho Penal español*, pp. 334-335.

55. Así: ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, p. 357.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se ha afirmado que la existencia del concurso ideal de delitos desvirtúa el concepto de acción sostenido por la teoría normativa, ya que de acuerdo con esta teoría no podría explicarse que un solo "hecho" pueda realizar dos o más tipos legales (delitos), o sea que pueda dar lugar a dos o más hechos típicos.[56]

IV. TEORÍA SOCIAL DE ACCIÓN[57]

A) Postulados de la teoría social de acción.

Reconociendo las imperfecciones que presentan la teoría clásica y la finalista, la teoría social de acción trata de dar un concepto de acción que pueda tener un carácter unitario, de manera que comprenda tanto a los delitos dolosos como a los culposos, a las acciones como a las omisiones, a los delitos de peligro concreto y abstracto como a los delitos de resultado. Pero se trata de elaborar este concepto unitario de acción sin anticipar valoraciones que corresponden a los otros elementos del delito, o sea la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Lo anterior para que antes de estudiar estos, se analice si realmente existe una acción relevante para el Derecho Penal.

Se define a la acción por parte de la teoría social de acción, como la conducta humana socialmente relevante. Así se requiere una conducta humana que puede consistir en hacer u omitir. Característica de la conducta humana es que el sujeto tiene el dominio de ese comportamiento o la posibilidad de dominarlo a voluntad. La relevancia social exigida para que se pueda hablar de acción, significa que tiene que afectar la relación del individuo con su mundo circundante, es decir debe trascender a terceros.[58] Esto es debido a que el Derecho existe para regular la vida en sociedad.

La teoría social de acción, al igual que el normativismo, no puede deducir de su criterio de acción la forma en que se estructura el resto de la teoría del delito. Esto ha llevado a discrepancias sobre la ubicación del dolo y de la culpa, ya que mientras algunos los colocan en el tipo,[59] otros los estudian en la culpabilidad.[60] Los motivos que dan unos y otros no difieren de los dados por finalistas y causalistas respectivamente.

B) Críticas a la teoría social de acción.

Dicen algunos que si bien el Derecho lo que debe regular es la vida de relación en sociedad,

---

56. Así: MIR PUIG, Adición de Derecho español a JESCHECK, *op. cit.*, p. 305. El profesor Francisco Castillo González considera al contrario de lo dicho por Mir Puig que para distinguir en la teoría de los concursos cuando hay una sola acción o varias, debe seguirse un criterio de carácter normativo. Así: CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), *El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense*, San José, U. de C.R., Facultad de Derecho, 1981, pp. 14-56.

57. Sostienen la teoría social de acción entre otros: JESCHECK, *op. cit.*, pp. 295-299; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, pp. 209-214; WESSELS (Johannes), *Derecho Penal, parte general*, Argentina, Depalma, 1980, Argentina, pp. 23-24. Eberhard Schmidt es considerado el precursor de esta teoría. Véase CEREZO MIR, Curso. . ., p. 330. En Costa Rica el profesor Francisco Castillo ha dicho "La acción en sentido penal es un comportamiento humano socialmente relevante. Carecen de la nota de tipicidad aquellos comportamientos que no tengan un mínimo de relevancia social, necesaria para ser socialmente dañinos". CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), *El delito de falso testimonio*, San José, Juricentro, 1982, p. 50. Analizando este párrafo con el licenciado Francisco Dall'Anese, éste nos decía con razón, que aunque la definición que da el doctor Castillo es propia de la teoría social de acción, al mencionar la relevancia social luego como aspecto determinante de la tipicidad y no estudiarla así a nivel pretípico como sucede en la teoría social de acción, parece que realmente el citado profesor sigue un concepto normativo de acción.

58. Véase: JESCHECK, *op. cit.*, pp. 296-299; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 209; WESSELS, *op. cit.*, pp. 23-24.

59. Así: JESCHECK, *op. cit.*, pp. 373-438, 645-653; WESSELS, *op. cit.*, pp. 45-80, 195-203.

60. Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, pp. 254-260.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esta función le corresponde a la ley, quedando expresada a través de los tipos penales. La ley puede equivocarse, pero debe seguirse ateniendo a ella desde el momento en que se opta por el principio de legalidad. Así la teoría social de acción, se señala, anticipa un análisis que corresponde llevarlo a cabo al estudiarse la tipicidad.[61]

Otros indican que si bien no debe tipificarse acciones que no trascienden a terceros, no es esto porque estas no sean acciones, sino porque no se afectan bienes jurídicos.[62]

Una crítica que mencionan ciertos juristas es que la utilidad del concepto social de acción es escasa, debido a que tiene un carácter sumamente abstracto.[63]

V. NUESTRA POSICIÓN

Tanto el causalismo como el finalismo fracasan en su intento de lograr elaborar un concepto unitario de acción. La teoría clásica presenta sus principales yerros al tratar de explicar los delitos de mera actividad, la tentativa y la omisión. La teoría final de acción se encuentra ante escollos insuperables principalmente en los delitos culposos y en la omisión. No es necesario aquí repetir los motivos por los cuales las mencionadas teorías encuentran dificultades en tales casos, ya que remitimos a las críticas que con respecto a cada uno de estos se citaron anteriormente.

Los problemas que presentan la teoría clásica y la finalista son ocasionados debido a la gran variedad de acciones que son tipificadas, de manera que es imposible encontrar un concepto que englobe a todas ellas. La teoría social de acción pretende lograr un concepto unitario de acción, pero el resultado no es sino un criterio de acción que por su abstractez no tiene utilidad práctica, amén de que la relevancia social de una conducta es decidida por la ley y no puede precisarse así a un nivel pretípico.

La única manera de conseguir un concepto de acción que comprenda a todas las acciones relevantes para el Derecho Penal es acudiendo a la teoría normativa. Acción es aquella acción realizadora del tipo. Las acciones que no reúnan este carácter no poseen importancia para el Derecho Penal, por lo que no tiene ningún sentido dedicar páginas de páginas, como hacen los partidarios de otras teorías, a la explicación de qué es acción, si al final de cuentas solo interesan al Derecho Penal las acciones típicas. De acuerdo con lo anterior definimos al delito como la realización de un tipo antijurídico y culpable.

En relación con la ubicación del dolo y la culpa, hay que decir, que la punición de la tentativa y la existencia de los elementos subjetivos del injusto hacen que el dolo deba ser estudiado dentro de la tipicidad. La culpa forma también parte del tipo, ya que la conducta prohibida en los delitos culposos es la violación de un deber de cuidado. Nos acercamos así en la elaboración de la teoría del delito de finalismo, aunque diferimos de éste en cuanto al contenido de la antijuridicidad, ya que el desvalor del acto y el desvalor del resultado tienen igual importancia de acuerdo con nuestro criterio. Lo anterior pues si bien el Derecho prohíbe conductas y no resultados, lo hace tomando en cuenta la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico tutelado.

---

61. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 352.

62. Así: ZAFFARONI, Manual. . ., p. 354.

63. Así: CEREZO MIR, Curso. . ., p. 333; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 352.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONCLUSIONES

Las principales teorías que sobre la acción en el Derecho Penal se han formulado son: la teoría clásica, la finalista, la normativa y la social de acción.

Se trata por las mencionadas teorías, con excepción de la normativa, de elaborar un concepto de acción protípico. Sin embargo fracasan en este objetivo debido a la gran variedad de acciones que tienen relevancia para el Derecho Penal, lo que impide al causalismo y al finalismo crear un concepto unitario de acción mientras que a la teoría social de acción le hace dar un criterio de acción que por su carácter abstracto no tiene utilidad práctica.

Solo a través del concepto normativo de acción se logra superar este obstáculo, definiéndose la acción como la acción realizadora del tipo.

La aceptación de un concepto de acción causalista o finalista, tiene repercusiones para el resto de la teoría del delito. Las diferencias fundamentales al respecto son la ubicación del dolo y de la culpa en el tipo o en la culpabilidad, y el contenido de la antijuridicidad. La teoría clásica o causalista estudia el dolo y la culpa en la culpabilidad, dándole prevalencia por otro lado al desvalor del resultado sobre el del acto. Para el finalismo el dolo, el que no comprende la conciencia de la antijuridicidad, se encuentra dentro del tipo, al igual que la culpa. Le da primacía la teoría de la acción final al desvalor del acto. Las otras teorías, sea la social de acción y la normativa, aunque del concepto de acción del que parten no se puede deducir el contenido de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, presentan seguidores que se acercan en su elaboración de la teoría del delito a lo dicho por el finalismo o bien por el causalismo. En definitiva tenemos que autores que difieren en cuanto al concepto de acción que debe seguirse en el Derecho Penal, llegan a concordar al analizar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; por lo que bien podría decirse que al final de cuentas se llegan a sostener dos posiciones: una primera que podríamos llamar del tipo complejo, que algunos identifican con el finalismo, aunque ello no sea lo correcto, y una segunda que denominaríamos del tipo simple, que generalmente se le relaciona equivocadamente con la teoría clásica o causalismo.

Ni la teoría del tipo complejo ni la del tipo simple dejan de estudiar el dolo o la culpa, por lo que las consecuencias de la ubicación de estos en el tipo o en la culpabilidad son mucho menores que las que se les ha querido atribuir. Tal vez las principales consecuencias son para la teoría de la participación y para la teoría del error. Para la primera de ellas desde que se admite por la doctrina mayoritaria la accesoriedad limitada (según la cual basta que el hecho realizado por el agente sea típico y antijurídico para que responda el partícipe) tiene importancia que se ubique el dolo en el tipo o en la culpabilidad. Para la teoría del error, ya que se separa por la teoría del tipo complejo, la voluntad de la realización típica, que forma parte del tipo, del conocimiento de la antijuridicidad, que está en la culpabilidad. Esto hace que la falta de conocimiento de la antijuridicidad (error de prohibición), de acuerdo con la mencionada teoría, solo excusa cuando el error es invencible; mientras que para la teoría del tipo simple, el error vencible de prohibición elimina el dolo, pudiéndose responder a tipo de culpa si existe la figura penal correspondiente.

Aspecto que tiene más importancia que el anterior, es el contenido de la antijuridicidad, o sea si el desvalor del resultado prevalece sobre el del acto, o al revés, o bien ambos tienen igual rango. Consecuencias tiene esto fundamentalmente para determinar la pena que merece la tentativa, para la punibilidad de la imprudencia sin resultado y para establecer si además de la exigencia de que objetivamente se den las circunstancias de una causa de justificación para que se excluya la antijuridicidad, se necesita el conocimiento por el sujeto de los elementos objetivos que pueden hacer justificada su acción.

Lo dicho antes en relación con la ubicación del dolo y la culpa, no quiere decir que se deba renunciar a elaborar una teoría del delito. El estudio a que deben someterse los casos en la práctica exige que establezca un sistema coherente de análisis de la estructura del delito. Esto es lo que nos lleva a pronunciarnos en cuanto a cuál es la elaboración de la teoría del delito correcta, la que consideramos que debe comprender el dolo y la culpa dentro del tipo. En cuanto al contenido de la antijuridicidad no debe dársele primacía ni al desvalor del acto ni al del resultado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO (Enrique), *Lineamientos de la teoría del delito,* Editorial Juricentro, Costa Rica, 1985, 152 pp. *Manual de Derecho Penal,* Temis, Ilanud, Colombia, 1984, 261 pp.

BAUMANN (Jurger), *Derecho Penal,* Buenos Aires, Depalma, 1973, 276 pp.

BUSCH (Richard), *Modernas transformaciones en la teoría del delito,* Editorial Temis, Colombia, 1980, 60 pp.

BUSTOS RAMÍREZ (Juan), Consideraciones en torno del injusto, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal,* Colombia, Temis, 1982, pp. 19-36. Del estado actual de la teoría del injusto, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal,* Colombia, Temis, 1982, pp. 3-36. *Manual de Derecho Penal español, parte general,* España, Ariel, 1984, 475 pp.

CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), *El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense,* San José, U. de C.R., Facultad de Derecho, 1981, 123 pp. *El delito de falso testimonio,* San José, Juricentro, 1982, 130 pp.

CEREZO MIR (José), *Curso de Derecho Penal español,* España, Tecnos, 1984, 450 pp. El concepto de la acción final como fundamento del sistema de Derecho Penal, *Problemas fundamentales de Derecho Penal,* Tecnos, España, 1982, pp. 15-24. El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal, *Problemas fundamentales del Derecho Penal,* España, Tecnos, 1982, pp. 15-24. La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho Penal español, *Problemas fundamentales del Derecho Penal,* España, Tecnos, 1982, pp. 198-203. Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español, *Problemas fundamentales del Derecho Penal,* España, Tecnos, 1982, pp. 25-38. Polémica en torno a la doctrina de la acción finalista, *Problemas fundamentales del Derecho Penal,* Madrid, Tecnos, 1982, pp. 104-132. La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, *Problemas fundamentales del Derecho Penal,* España, Tecnos, 1981, pp. 39-59.

CÓRDOBA RODA (Juan), *Una nueva concepción del delito.* La doctrina finalista, Ariel, España, 1963, 99 pp.

COUSIÑO (Lois), *Derecho Penal chileno,* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975, T. I, 960 pp.

CURY (Enrique), *Tentativa y delito frustrado,* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1977, 221 pp.

DALL'ANESE RUIZ (Francisco) y LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Principales teorías sobre la acción en el Derecho Penal,* San José, 1985, (sin publicar), 42 pp. *El iter criminis,* San José, 1985, (sin publicar), 59 pp.

FONTÁN BALESTRA (Carlos), *Tratado de Derecho Penal,* T. I, San José, Editorial Estudiantil, s.f., 503 pp. *Derecho Penal, parte especial,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, 741 pp.

GALLAS (Wilhelm), *Teoría del delito en su momento actual,* España, Bosch, 1959.

GOSSEL, *Dos estudios sobre la teoría del delito,* Colombia, Temis, 1984, 68 pp.

GIMBERNAT ORDEIG, El sistema de Derecho Penal en la actualidad, *Estudios de Derecho Penal,* España, Civitas, 1976, pp. 82-106.

HUERTA TOCILDO (Susana), *Sobre el contenido de la antijuridicidad,* España, Tecnos, 1984, 147 pp.

ISSA EL KHOURY (Henry), Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción, de Hans Welzel, *Revista de Ciencias Jurídicas,* San José, enero-abril de 1985, pp. 81-95.

JIMÉNEZ DE ASÚA (Luis), *La ley y el delito,* Buenos Aires, Editorial Suramericana, 1979, 578 pp.

JESCHECK (Hans Heinrich), *Tratado de Derecho Penal,* T. I y II, Barcelona, Bosch, 1981.

MAURACH (Reinhart), *Tratado de Derecho Penal,* España, Ariel, T. I, 421 pp.

MUÑOZ CONDE (Francisco), *Introducción al Derecho Penal,* Barcelona, Bosch, 1975, 192 pp.

NOVOA MONREAL (Eduardo), *Causalismo y finalismo en Derecho Penal,* San José, Juricentro, 1980, 147 pp.

NÚÑEZ (Ricardo), *Manual de Derecho Penal, parte general,* Argentina, Marcos Lerner-Editora, Córdoba, 1982, 429 pp.

RODRÍGUEZ DEVESA (José María), *Derecho Penal español, parte general,* Madrid, Gráficas Carasa, 1979, 990 pp.

RODRÍGUEZ MOURULLO (Gonzalo), *Derecho Penal,* Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SOLER (Sebastián), *Derecho Penal argentino,* T. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973, 386 pp.

WELZEL (Hans), ¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista), *Revista de Derecho Penal y Criminología,* Argentina, Nº 4, octubre-diciembre de 1968, pp. 7-15. *Derecho Penal alemán,* Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, 403 pp.

WESSELS (Johannes), *Derecho Penal, parte general,* Ediciones Depalma, Argentina, 1980, 263 pp.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Teoría del delito,* Argentina, Ediar, 1973, 763 pp. *Manual de Derecho Penal, parte general,* Buenos Aires, Ediar, 1985.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA DECLARATORIA DE ABANDONO Y LA EDAD DEL MENOR

LIC. ESTEBAN SOLER AIRA

Por mandato Constitucional la protección especial de la madre y del menor está a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado. Así, el Estado asume a través del PANI la misión de velar, educar, proteger y representar legalmente al menor de edad en estado de abandono; fin que debe inexorablemente cumplir a plenitud. Para ejecutarlo el PANI tiene la potestad de declarar administrativamente el abandono de los menores de edad, representarlos jurídicamente y disponer en forma provisional sobre su guarda y crianza (artículo 6 inciso f de su Ley Orgánica).

El depósito de menores de edad es uno de los principales instrumentos jurídicos con que el PANI cuenta para cumplir su función protectora de la infancia. Pero también es incuestionable que existe un ámbito privado de protección que está vinculado a la familia y que significa realmente la primera protección del menor: la patria potestad. La gran protagonista inicial de la protección del menor es la familia y su desarrollo se realiza en el ámbito familiar, siendo la vigilancia del recto cumplimiento de esas funciones labor subsidiaria del Estado en suplencia de la familia.

Al crearse el Patronato Nacional de la Infancia en el año 1930, no se había establecido en su ley constitutiva ninguna disposición relativa al depósito de menores. Esta posibilidad nació con la promulgación del Código de la Infancia en 1932, pero acudiendo a la vía judicial; fijándose los 15 años como edad máxima para que un menor pudiera considerarse en estado de abandono (véase artículo 15 del Código de la Infancia). Con lo dispuesto en el artículo 6 inciso f) de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia de 1964 fue entonces cuando se instituyó la posibilidad de depositar menores de edad administrativamente; refiriéndose a cualquier persona menor de 18 años de edad. Por consiguiente, existen dos formas legales de lograr el depósito de menores de edad: aplicando el Código de la Infancia (artículos 15-25) por la vía judicial y para menores cuya edad sea inferior a los 16 años, o aplicando la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia por la vía administrativa y para cualquier persona menor de 18 años de edad. En junio de 1985 entró en vigencia el "Reglamento para la Declaratoria de Estado de Abandono y Depósito de Menores de Edad", que regula todo lo relacionado con los procedimientos a seguir por parte del PANI en las declaratorias de estado de abandono y depósito de menores de edad a que se refiere el artículo 6 inciso f) de su Ley Orgánica.

Hay circunstancias del propio menor que lo excluyen en alguna forma de la protección Estatal; siendo la edad la primera de ellas y la que ocupará todo nuestro comentario. Desde la promulgación de su Ley Orgánica, ha sido política rígida del PANI no declarar administrativamente en estado de abandono a menores cuya edad supera los 15 años, no obstante que el artículo 6 inciso f) de la misma ley no fija un límite superior de edad para declarar a un menor en estado de abandono. Esta política del PANI es consecuencia de una obediencia contumaz al artículo 15 del Código de la Infancia, que sí fija un máximo de edad —dentro de la minoridad— para considerar a un menor en estado de abandono. Entonces, parece claro que los me-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nores de 16 años son los sujetos a la protección, y los menores de edad pero mayores de 16 años son ajenos a la protección del Patronato.

Con el Código de la Infancia, desafortunadamente, la protección jurídica al menor en estado de abandono termina al cumplir los 16 años de edad. Quiere decir esto que mientras un menor no haya alcanzado los 16 años de edad, será beneficiario de esta protección a través del instrumento jurídico de la declaratoria de estado de abandono y depósito; cumplidos los 16 años, no procede tal declaratoria. Esta directriz del PANI claramente margina a un segmento de la población de menores de edad entre los 16 a 18 años que, por mandato Constitucional tienen derecho a recibir esta protección especial. No obstante, la declaratoria administrativa de estado de abandono realizada por el PANI excluye a aquellos menores que hayan alcanzado los 16 años de edad.

El principio de legalidad exige una norma jurídica en la base de toda potestad de la Administración Pública y sólo podrá realizar aquellos actos que autorice el ordenamiento. Así, la potestad que tiene el PANI de declarar administrativamente en estado de abandono a un menor de edad y disponer sobre su guarda y crianza está previsto en el artículo 6 inciso f) de su Ley Orgánica. Entendemos entonces que el PANI no puede atribuirse la representación legal de un menor de edad o disponer de los atributos de la patria potestad sin que este menor haya sido previamente declarado en estado de abandono, sea esta judicial o administrativa. Pero no confundamos la atribución de la representación legal del menor con las medidas transitorias que toma el PANI en resguardo de los menores durante las diversas fases del procedimiento administrativo para la declaratoria de estado de abandono previstas en el Reglamento supra citado, que sí permite depositar temporalmente al menor en persona o institución, mientras el PANI decide si el menor se encuentra o no en estado de abandono.

La situación jurídica se complica en aquellos casos donde existan menores abandonados entre los 16 a 18 años de edad y que estén bajo el cuidado del PANI sin haber sido declarados en estado de abandono. Al no estar declarados en abandono, lógicamente sus progenitores aún conservan todos los atributos de la patria potestad, pero, sucede que estos menores permanecen bajo la responsabilidad del PANI sin que la institución ostente la representación legal de ellos. Si sus padres los han colocado en un estado de abandono, como lógica consecuencia de ello, de hecho no están cabalmente ejerciendo la patria potestad (deber de cuidar al menor, proporcionarle el alimento y los estímulos físicos para su adecuado desarrollo y prepararle para la vida), y del otro lado, si el PANI, quien los tiene bajo su cuidado provisional no los declara en estado de abandono por ser mayores de 15 años, carece de la potestad para asumir la representación legal de ellos. Por así decirlo, estos menores residen en un limbo jurídico. Es un principio universal que todo menor deberá tener nombre, nacionalidad y *representante legal.*

"Por su referencia a la realidad —dice García de Enterría—[1] los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refiere de una manera precisa e inequívoca". Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los 18 años. "Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto".[2] Por ejemplo: buena fe, falta de probidad, urgencia, escándalo, abuso del poder paterno, mala conducta notoria de los padres. "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. . .",[3] o hay abandono o no hay abandono. En cambio, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas. "En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la ley no da resuelta la solución concreta de cada caso, de modo que esta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o experiencia, según la naturaleza del concepto; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el

1. García de Enterría, E. y Fernández, T. *Curso de Derecho Administrativo I.* Segunda edición. Editorial Civitas, Madrid, 1977, p. 271.
2. Op. últ. cit., pág. 271.
3. García de Enterría, E. *La lucha contra las inmunidades del poder.* Tercera edición. Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 35.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

concepto remite debe ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto; aunque su precisión reste indeterminada. . .".[4]

Indudablemente la noción de "abandono" que emplea la Ley Orgánica del PANI cae dentro de lo que es un concepto jurídico indeterminado. Con el empleo de este vocablo se está renunciando a hacer una enumeración taxativa de todas las posibilidades de abandono, corriéndose el riesgo de omitir algunas causales, pero, sobre todo, el poner un obstáculo importante a la adaptación de la regla de derecho a su medio y a su época. "Es a merced de los casos, de las especies, que el contenido de este concepto jurídico indeterminado se irá precisando poco a poco".[5]

En materia de abandono, el PANI ha venido desarrollando, precisando poco a poco y coherentemente, el concepto de "abandono", y ha recopilado parte de esa rica experiencia acumulada durante más de 20 años, en un folleto titulado "Abandono de menores: metodología e intervención institucional".[6] En él se parte de un pronunciamiento dado por la Procuraduría de Derechos Humanos de Costa Rica para definir lo que es el abandono, y dice así: "Las responsabilidades de los padres con los hijos, derivadas del ejercicio de la autoridad parental, implican el poder-deber de proteger, educar, guardar, vigilar y corregir a los hijos, pero también comprende el deber de satisfacer sus necesidades nutritivas, de atención médica y medicamentos, de vestido, habitación, educación, afecto, seguridad y el estímulo necesario para el desarrollo físico y mental. En concordancia con lo anterior, el abandono se produce cuando los padres no cumplen con los mencionados deberes, ya, por cuanto conscientemente realicen determinadas acciones, ahora bien, por medio de una actitud negativa o una falta de preocupación e interés. . . para que el abandono se configure, no es necesario que los padres se separen de sus hijos, que los dejen solos gran parte del día o que los envíen a las calles a vagabundear o mendigar". A este pronunciamiento, el PANI añade que "consecuentemente entendemos por abandono, toda aquella conducta de omisión que afecte o perjudique al menor en su desarrollo físico, mental, intelectual o afectivo. Entendiendo el abandono no sólo como omisión sino también abuso o uso excesivo de derechos u obligaciones parentales".

Ciertamente el contenido jurídico del vocablo "abandono" ha sido precisado por el decantar lento de muchos años de conocimiento empírico del PANI en la aplicación de esta noción, que no admite más que una solución justa en su aplicación a un supuesto de hecho determinado. Sin necesidad de subsumir la conducta de abandono en alguna de las tantas causales enumeradas en el artículo 15 incisos 1 al 8 del Código de la Infancia, es dable declarar en estado de abandono a un menor cualquiera que sea su edad, con la única condición de que se califique y precise como "abandono" esa circunstancia concreta o presupuesto de hecho en que se halla el menor de edad y cuya verificación real es perseguida en el procedimiento administrativo. El actual mérito del artículo 15 radica en la rica abundancia de las causales que califican al abandono como tal, y que de hecho han contribuido enorme y valiosamente a la precisión del mismo concepto conforme su aplicación; pero, lamentablemente subordina a un tope máximo de edad –que fija el mismo articulado– para que pueda tipificarse la situación de abandono de un menor de edad.

En síntesis: la utilización de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados –como es el caso de la noción de abandono– legalmente permite declarar administrativamente en estado de abandono a un menor cuya edad supera los 16 años sin necesidad de sustentar el fundamento de derecho de tal declaratoria en cualquiera de las causales enumeradas en el artículo 15 del Código de la Infancia. Al filo de los años, la noción de abandono enmarcada en el artículo 6 inciso f) de la Ley Orgánica del PANI, ha sido precisada y concretada tanto por la doctrina como por los actos resolutorios y trabajos del PANI, como para permitirle al sujeto que dicta el acto administrativo de declaratoria de abandono interpretar y aplicar correctamente este concepto a las circunstancias reales que han de calificarse.

Afortunadamente, con el proyecto de ley que modificará el Capítulo VI del Código de Familia

4. Op. últ. cit., pág. 36.
5. Trejos, G. *Introducción al Derecho de Familia costarricense.* Editorial Juricentro, San José, 1977. p. 205.
6. Abandono de menores: Metodología e Intervención Institucional. Patronato Nacional de la Infancia. Dirección de Operaciones, 1987, p. 1.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(relativo a la filiación adoptiva) se elimina el inconveniente tope máximo de edad que el Código de la Infancia fijara en 15 años para declarar a un menor en estado de abandono. Dicha disposición se encuentra en el artículo 105 del referido proyecto y dice: "La declaratoria de abandono procederá cualquiera que sea la edad del menor". De convertirse algún día en ley, se daría por finalizada, "con un plumazo del legislador" una política que durante más de 20 años ha discriminado en contra de los intereses jurídicos de menores que por su edad fueron excluidos de la protección a que tienen derecho y que el Patronato debe por ley darles.

Se dio una solución tortuosa a un problema creado por la inaplicación de una técnica general e inexcusable de toda normación: la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que a nuestro juicio resultaba suficientemente clara.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

FACULTAD DE ABSTENCIÓN EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

LIC. MARIO ENRIQUE GÓMEZ SOMARRIBAS
Juez Penal de Cartago

INTRODUCCIÓN

A través de estas pocas líneas, y con las limitaciones de espacio y tiempo a las que me veo circunscrito por razones laborales, deseo manifestar mi pensamiento por escrito en lo que se refiere a esa figura procesal penal denominada "FACULTAD DE ABSTENCIÓN", comprendida y regulada por nuestro Código de Procedimientos Penales en sus numerales 227 y 228[1]. La causa fundamental que me motivó a realizar este pequeño estudio sobre este tema en concreto, la constituyen las diversas situaciones que se han presentado y se siguen presentando en mi práctica judicial como Tribunal de Juicio —Juez Penal—. El presente estudio lo he enmarcado y delimitado al análisis de esa figura procesal penal denominada "Facultad de Abstención", pero únicamente en lo que respecta al derecho que tienen o no los testigos familiares del imputado, cubiertos por los extremos de las normas precitadas del cuerpo legal anteriormente indicado, de que se les haga la advertencia de que poseen esa facultad de abstenerse de rendir declaración en el proceso, tanto en la instrucción como en el debate. Pero aún más haremos hincapié en este estudio en la situación que se presenta con mucha frecuencia en la práctica judicial y consiste cuando el testigo, a pesar de que se le ha hecho la advertencia de esa facultad de abstención, decide declarar en la etapa instructiva y cuando es llamado a declarar al debate, este decide abstenerse de rendir declaración alguna; así como las consecuencias jurídicas que esto encierra, sin entenderse menospreciado —por la razón de que en el presente ensayo no se analicen—, otras situaciones que se originan en esa misma figura jurídico-penal de la facultad de abstención como lo son: verbigracia, la incorporación o no del testimonio del deponente que en la instrucción declara y en el debate decide abstenerse de declarar; la extensión de la cobertura por consanguinidad y afinidad de dicha facultad señalada en la propia ley procesal (Código de Procedimientos Penales); así como cuando existiendo pluralidad de imputados el testigo no es familiar de todos, etc. . ., las cuales serán objeto de estudio de futuras investigaciones.

Es este un tema apasionante pero a su vez sumamente complejo y polémico, primero porque es poco lo que existe escrito sobre el mismo y segundo, porque tanto la jurisprudencia como la doctrina no se han podido poner de acuerdo en la forma de darle solución al mismo. Se debe estudiar también, aunque sea de manera somera, aspectos generales como el testimonio en el proceso penal, las doctrinas dominantes, el mismo testimo-

1. Vincenzi (Atilio), *Código de Procedimientos Penales*, San José, Edit. Lehmann, 2a. ed., 1978. Pág. 58.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nio pero propiamente en el proceso penal costarricense con sus diversas facetas —el deber, obligación y capacidad de atestiguar—, así como también enfocar de manera breve lo que la doctrina extranjera y la jurisprudencia nacional vigente han manifestado al respecto.

Para concluir esta breve introducción deseamos indicar que es nuestro deseo que este modesto trabajo sirva como hito de partida para que otras personas afines a la materia y que tengan inquietudes en cuanto a este tema en concreto, se pronuncien sobre el mismo, logrando juntos contribuir con la formación de la doctrina procesal penal costarricense.

CAPÍTULO I

EL TESTIMONIO EN EL PROCESO PENAL

El escritor Bentham decía que "los testigos son los ojos y los oídos de la justicia",[2] pero para que esta frase tuviera sentido, tuvo que darse un desarrollo lidioso y paulatino en cuanto a la aceptación de la figura del testimonio en el proceso penal como medio de prueba se refiere, pues existiendo —como se dio— primero el proceso penal y posteriormente el testimonio, tuvo necesariamente que sufrir una metamorfosis que le permitiera encontrar una forma idónea que justificara la presencia y por ende aceptación del testimonio como una prueba más en el proceso penal. Así pues, tuvo que desarrollarse diferenciándose un tanto del proceso civil, en donde las partes entonces eran factores predominantes de prueba, así como del formalismo del que el proceso civil se revestía[3]. En el Derecho romano es donde esta institución del testimonio se consolida y toma de por sí su propia fisonomía, quedando así aceptada como una prueba más en el proceso penal.

Ahora bien, tomando en cuenta que el testimonio no es otra cosa que la narración de los hechos llevados al proceso por parte de una persona que se denomina testigo y que este viene a ser piedra angular de esa figura, considero importante indicar que así como el testimonio tuvo que luchar para ser aceptado en el proceso penal y consolidarse como tal, la figura del testigo que se define como la persona que conociendo los hechos investigados en el proceso penal los lleva al mismo, ha sido también objeto de polémica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en sus diferentes conformaciones, facetas o formas de presentarse.

Aceptado el testimonio en el proceso penal como un medio más de prueba y por ende el testigo como sujeto constitutivo de éste, se hace necesario indicar que al considerar la participación de este último en el proceso, se deben estudiar y analizar dos aspectos de esa participación; un primero que se refiere a la capacidad testifical del deponente y un segundo que es el Deber y Obligación de rendir testimonio, que consiste en la obligación del testigo de acudir a los estrados judiciales a rendir el testimonio en el proceso penal cuando es citado y que se basa en el poder coercitivo del Estado como ente único encargado de administrar la justicia penal.

A) CAPACIDAD DE ATESTIGUAR.

Esta capacidad de atestiguar, lógicamente por ser parte del testimonio, también sufrió su desarrollo dentro del proceso penal, pues en el Derecho Procesal romano se observa que principalmente con la llegada de las "Leyes Julias" se le imponen una serie de limitaciones, dentro de las cuales se da la exclusión de cierta clase de testigos, verbigracia, como en algún momento lo fueron los esclavos en Roma.

Propiamente en nuestro sistema procesal penal, la capacidad de atestiguar que está señalada en el numeral 226 del Código de Proce-

2. François (Gorphe), *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, Argentina. Edit. La Ley, 1ª edición, 1967, pág. 367.
3. Florián (Eugenio), *De las pruebas penales*, Bogotá. Edit. Temis, 2ª ed., 1976, tomo 2, pág. 71.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dimientos Penales es muy amplia y si se lee en forma aislada del resto de las normas que constituyen ese cuerpo de leyes, pareciera no señalar restricciones o limitaciones de ninguna especie, pues observemos que la norma es clara en indicar que toda persona está obligada a atestiguar. Esta amplitud que nuestro proceso penal posee en cuanto a la capacidad de atestiguar es conteste con el principio de la averiguación de la verdad que inspira nuestro ordenamiento procesal penal.

No obstante lo anterior, nuestro Código de Rito Penal impone cierta limitación a esa amplitud de la capacidad de atestiguar, como es el caso señalado por el artículo 229 del Código supracitado. (Secreto Profesional).

B) DEBER Y OBLIGACIÓN DE RENDIR TESTIMONIO.

Este deber y obligación de rendir testimonio en el proceso penal a que se ven sujetos los testigos cuando son citados en el proceso, tiene su origen en la necesidad de que se determinen los hechos, pues sin testigos la comprobación de estos, en la mayoría de los casos se volvería ilusoria. El desconocimiento de tales hechos obstaculizaría gravemente el fin primordial del proceso penal que es la averiguación de la verdad real.

Siendo la administración de la justicia penal un interés público de primer orden, el Estado, como ente encargado de esa función, impone al testigo la obligación de acudir al llamamiento judicial con el objeto de poner en conocimiento del juzgador los hechos que él ha percibido a través de sus sentidos y que tengan alguna conexión con lo que se ventila en el proceso.

En cuanto a este punto se refiere, el Procesalista Penal Eugenio Florián, en su obra "De Las Pruebas Penales" (tomo II), tiene un criterio muy peculiar, pues señala que las manifestaciones del deber de rendir testimonio se reducen a tres formas fundamentales que son: El deber de comparecer; el deber de declarar y el deber de jurar.

En lo que se refiere propiamente a nuestro proceso penal, observamos que la figura del deber y obligación de rendir testimonio existe y se encuentra regulada en los numerales 224 y 225 del Código de Procedimientos Penales, considerándose en ellos que el juez está en facultad de interrogar a cualquier persona que conozca sobre los hechos investigados y a todos los habitantes del país, quienes tienen la obligación de recurrir a los estrados judiciales cuando sean llamados a declarar.

Sin embargo, al igual que en el caso de la capacidad de atestiguar, esta figura también tiene una excepción que es acogida por nuestro Código Procesal Penal en sus artículos 227 y 228 y que viene a ser en realidad fiel reflejo del principio contenido en el artículo 36 de nuestra Constitución Política.

Esta excepción al deber de atestiguar, que es denominada por nuestra ley procesal como "Facultad de Abstención", consiste en el derecho que tienen los familiares o parientes del imputado (acusado) a abstenerse de rendir declaración en contra de él y es la que nos abocaremos a analizar a lo largo de este estudio, pues al igual que la figura del testimonio, tuvo que pasar por un proceso evolutivo para llegar a alcanzar la forma y contenido con que hoy se presenta, proceso este que podemos enmarcar dentro de dos teorías que consideraremos a continuación y que hemos dado en llamar "Dominantes" en virtud de que sobre estas se centra la evolución de este testimonio familiar.

C) DOCTRINAS DOMINANTES.

1) Prohibición total de declarar.

Esta doctrina, que tiene su origen en el Derecho romano antiguo, considera que los testigos cuando son familiares de los imputados no deben declarar en el proceso penal, por cuanto su testimonio se encuentra corrupto por esos vínculos de parentesco o familiaridad. Para esta doctrina, el familiar del encartado es un testigo sospechoso por razones de humanidad, pues es lógico pensar que ese testigo va a distorsionar los hechos y estará más inclinado a falsear la verdad con miras a ayudar a su pariente (el acusado) que profesarla, imposibilitándose con ello el logro de la averiguación de la verdad real sobre los hechos investigados.

Esta prohibición de declarar que tuvo en su *argé* de un modo absoluto, comenzó a relativizarse desde sus orígenes, pues en el mismo Derecho romano se empieza a aceptar que ciertos parientes o familiares del imputado (acusado) declaren en el proceso, a manera de ejemplo se observa que, en la Ley Julia se permitía que se tomara declaración a los testigos familiares que lo hicieran en forma voluntaria y otros por su parte, abogaban porque se le tomara declaración a los voluntarios, pero solo si estaban unidos por consanguinidad al acusado.

En Francia, el Código francés adopta un sistema que se puede denominar híbrido, por cuanto si bien regula la capacidad de ciertos parientes

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para declarar, no establece una incapacidad absoluta.

Por su parte, también Alemania y Austria, con sus ordenanzas procesales penales estipulaban que los parientes del acusado no están excluidos de rendir testimonio, pero que sí se les debe exceptuar de la obligación de hacerlo.

Se observa así como ya esta figura del testimonio familiar del imputado comienza a tomar su propia fisonomía y a constituirse ya no en una exclusión del mismo en el proceso penal, sino en una excepción, ya que pasa a ser de una prohibición absoluta a una aceptación al menos parcial de ese testimonio en ese proceso, dando así origen a que posteriormente se piense que la mejor solución al problema era que dicha declaración fuese facultativa y nazca así la segunda doctrina dominante que es la que de inmediato analizaremos.

2) Facultad de abstención.

Esta teoría dominante tiene como premisa el hecho de considerar que al testigo, cuando es familiar del acusado, no se le puede prohibir en forma absoluta rendir declaración alguna (como sí se sostenía en la teoría antes expuesta), sino que más bien al testigo se le debe conceder una facultad o derecho de abstención para rendir testimonio en contra del acusado-familiar. El otorgar esa facultad de abstención se fundamenta en la consideración y apreciación de los valores sagrados y afectivos naturales de la familia, puesto que obligar a uno de estos testigos a declarar atentaba contra tales valores.[4]

Vemos como, en cuanto a este punto se refiere, la ordenanza procesal penal de Alemania no excluye el testimonio de un pariente del imputado, pero sí lo exceptúa de la obligación de declarar, pues el artículo 51 de dicha ordenanza dice que pueden abstenerse de rendir testimonio: 1) El novio o la novia del acusado; 2) El cónyuge del mismo, aun cuando ya no exista el matrimonio, etc. . .; y por su parte, el Código noruego de Procedimientos Penales manifiesta que están dispensados de la obligación de declarar como testigos: 1) El cónyuge del acusado; 2) El novio o novia del acusado en línea ascendente o descendente; 3) Los hermanos o las hermanas, así como los afines próximos.[5]

Mencionaremos aquí —aunque no va a ser el centro de este estudio—, que esta figura de la facultad de abstención ha sido discutida ampliamente en la doctrina y fundamentalmente en dos aspectos: un primero que es en cuanto a cuáles grados de parentesco cubre la misma y un segundo en cuanto a que si dicha facultad era solo para la etapa del debate o si también se debía conceder en la instrucción. En esta discusión han participado autores tales como Vacca, De Guilly y Mazzella.

El proceso penal costarricense no es una excepción a esta teoría dominante —Facultad de Abstención—, ya que como lo veremos de seguido, el mismo regula esa facultad en los numerales 227 y 228 del Código Penal de Rito.

CAPÍTULO II

FACULTAD DE ABSTENCIÓN EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

La legislación procesal penal costarricense ha enfocado en dos aspectos el testimonio familiar del acusado, pues si observamos el Código de Procedimientos Penales de 1941, en el mismo no existe esa facultad de abstención para esos testigos, y por su parte, el Código Penal de Rito actual sí contempla esa facultad.

El Código Procesal Penal de 1941, contenía la

4. Florián (Eugenio), *op. cit.*, pág. 138.
5. Florián (Eugenio), *Ibídem*, pág. 139.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

figura de la declaración del testigo familiar o pariente del acusado en el proceso, pero según se observa del propio numeral 426, que era el que lo regulaba, participaba de la teoría dominante que atrás se estudió como prohibición total de declarar, pues ese numeral señala taxativamente una nómina de personas o testigos a quienes la ley les impedía rendir declaración y dentro de ellas señalaba, en forma taxativa, "Al cónyuge del procesado, sus ascendientes, descendientes u otros parientes, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad"[6].

No es sino con la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1975, el cual cambiaba totalmente el proceso a aplicar en los juicios penales, pues se pasaba de un proceso penal eminentemente escrito a un proceso oral y público, que va a estar regido por una serie de principios procesales tales como el de defensa, contradictorio, oralidad, publicidad, acusatorio, etc., que aparece en nuestro proceso la figura jurídica que aquí estamos analizando, denominada "Facultad de Abstención" y que como veremos, se encuentra regulada en los numerales 227 y 228 del mismo cuerpo legal.

FACULTAD DE ABSTENCIÓN.

Esta figura la hemos dado en llamar así no por simple capricho, sino porque el mismo Código Penal de Rito, en sus numerales arriba indicados, así la denomina. Esta facultad de abstención se define como aquel derecho que, tanto por constitución como por ley procesal, tienen los testigos familiares o parientes de los imputados de abstenerse de rendir declaración en un proceso penal en contra de estos. La ley señala en principio, que no están obligados a testificar en contra del imputado su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, ampliando así ese derecho a los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, así como a su tutor o pupilo. Sin embargo, consideramos necesario e importante advertir aquí que, conforme lo dispone la propia ley procesal citada, esta facultad de abstención no asiste a aquellos testigos familiares o parientes que hayan actuado en el proceso como denunciántes.

Dentro de esta figura de la facultad de abstención, uno de los aspectos más importantes y polémicos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, lo es la advertencia que, de conformidad con el artículo 234 del Código Penal de Rito, debe hacérsele al testigo familiar o pariente del imputado, obligatoriamente y bajo pena de nulidad, en el sentido de que puede abstenerse de declarar si así lo desea. Sobre este punto, diremos que, por su carácter de polémico —en doctrina y jurisprudencia—, así como por presentarse a diario en los procesos penales de nuestro país, es que lo hemos escogido como objeto central del presente estudio.

Esta facultad de abstención y la advertencia que de la misma y de previo a rendir testimonio se le debe hacer obligatoriamente a esos testigos, en la práctica no tiene ningún problema cuando el testigo se acoge en el inicio del proceso —etapa de instrucción— a ese derecho y no declara, pues por no existir declaración alguna ni siquiera se le cita en la etapa del debate. Sin embargo, sí se convierte en una situación problemática cuando el testigo decide declarar en la etapa instructiva y posteriormente, haciendo uso de ese derecho constitucional y procesal, decide no hacer lo mismo en el debate, pues en este último caso cabe preguntarse si el testigo, por haber declarado en la instrucción, ha perdido ese derecho o facultad de abstenerse a declarar que la ley le concede, y si consideráramos que no ha perdido ese derecho, cabe también cuestionarse si el juzgador, en la etapa del debate, estará nuevamente obligado a hacerle la advertencia de que puede abstenerse de declarar.

Estas interrogantes, donde mejor se aprecian es en la práctica judicial diaria de los procesos penales, pues constantemente se convierten en centros de discusión en los debates.

A continuación trataremos de exponer los criterios que han exteriorizado nuestros tribunales al respecto, criterio este que, valga decir aquí, no es uniforme.

6. Vincenzi (Atilio), *Código de Procedimientos Penales de 1941*. San José, Edit. Lehmann, pág. 143.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPÍTULO III

EL DEBER DE ADVERTENCIA DE LA FACULTAD DE ABSTENCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Es aquí, en este punto de la advertencia que sobre la facultad de abstención tienen los testigos familiares o parientes del acusado o imputado cuando van a declarar en el proceso, en donde se encuentra el centro de polémica de criterios expresados a través de la jurisprudencia nacional —tanto de los tribunales como de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Casación)—.

Como se dijo en las líneas anteriores, esa figura jurídico-procesal de la facultad de abstención, cobra vida en los numerales 227 y 228 de nuestro Código de Procedimientos Penales; pero en lo que se refiere propiamente a la advertencia que, bajo pena de nulidad, debe hacerle el Juzgador al testigo familiar o pariente del imputado cuando vaya a declarar en el proceso, encontramos su regulación en el numeral 234 del mismo cuerpo legal, cuando este literalmente señala: "Si el testigo pudiere abstenerse de declarar (227, 228) se le deberá advertir, bajo pena de nulidad, que goza de dicha facultad, lo que hará constar".

Es importante aclarar que en lo que respecta a esa advertencia en el inicio del proceso (fase instructiva), cuando el testigo familiar o pariente va a rendir declaración por primera vez no presenta ningún problema ni polémica alguna, pues el criterio de la jurisprudencia ha sido reiterado y claro en precisar que existe deber legal —constitucional y procesal— de hacerle la advertencia al testigo familiar o pariente del acusado, lo cual está sancionado, procesalmente y como arriba se indicó, bajo pena de nulidad; nulidad esta que sería absoluta por provenir de un derecho constitucionalmente garantizado (Arts. 145 y 146 del Código supracitado).

Pero sí es diversa y encontrada la jurisprudencia en cuanto al hecho o situación jurídica concreta que se presenta en la práctica judicial, cuando el testigo declara en la etapa instructiva a pesar de que se le haya hecho la advertencia de esa facultad de abstención. Nos cuestionamos entonces ¿Qué sucede cuando ese mismo testigo es llamado a declarar a la etapa del debate? ¿Deberá el juzgador hacerle la advertencia indicada? o ¿puede este último omitir esa advertencia y obligar al testigo a que declare en esa etapa o fase del proceso? La contestación a estas interrogantes es lo que ha dado origen a dos posiciones o tesis sostenidas en la jurisprudencia nacional. Una primera que es la sostenida por la Sala Tercera (Casación) de la Corte Suprema de Justicia y que hemos dado en llamar, para efectos de un mejor entendimiento del presente ensayo, "La del Principio de Unidad del Proceso" y que es la que considera que si el testigo familiar o pariente del encartado declara en la etapa instructiva, con ello renuncia a ese derecho de guardar silencio que la ley le concede y que esa renuncia debe ser tenida, en aras de ese principio de unidad del proceso, no solamente para la etapa instructiva, sino que para todo el proceso y que por ende, cuando ese testigo es llamado a declarar en el debate, el juzgador ni siquiera tiene la obligación de hacerle la advertencia de esa facultad de abstención. Y una segunda tesis, que es la que avalan los tribunales de instancia y que consiste en que siempre se le debe hacer la advertencia al testigo familiar o pariente del incriminado, a pesar de que en la fase instructiva el mismo haya declarado, pues ese derecho que la ley le concede a ese testigo es un derecho que proviene o tiene su fundamento en una norma constitucional como lo es el artículo 36 de nuestra Constitución Política y que por ser los derechos constitucionales irrenunciables, entonces siempre se le debe hacer la advertencia y jamás tenerse como renunciado ese derecho.

A) TESIS DE LA UNIDAD DEL PROCESO-RENUNCIA DEL DERECHO.

Esta tesis que considera renunciado el derecho por parte del testigo que declaró en la fase instructiva de la causa, que se basa en el principio de unidad del proceso y que es mantenida por la Sala Tercera Penal, sostiene que la sumaria debe verse como un todo y que por ello, la renuncia a ese derecho lo es para todo el proceso en sí y no para una sola de las etapas del mismo. Este criterio, sostenido por dicha Sala, se observa con claridad meridiana en las resoluciones emitidas por la misma, pues, a manera de ejemplo, en la sentencia Nº 226-F de las 13:55 hrs. del 12 de noviembre de 1985, esta Sala indicó literalmente que "Repeti-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

damente ha resuelto la Jurisprudencia Nacional que cuando un testigo a quien se le han hecho las advertencias sobre la facultad de abstenerse de declarar, decide rendir su testimonio, resulta innecesario volver a hacerle esas advertencias en el debate cuando ha sido citado para que comparezca de nuevo a rendir testimonio, pues ya ese derecho no le asistía por haber renunciado a él la primera vez que declaró". En ese mismo sentido pueden verse las resoluciones Nº 141-F de 14:30 hrs. del 23 de julio de 1985; la de las 10:30 hrs. del 20 de agosto de 1982 y la de las 15 hrs. del 29 de agosto de 1984[7].

Es interesante manifestar aquí que este planteamiento acogido por nuestra Sala Tercera Penal, en cuanto a la unidad del proceso se refiere, se encuentra en el Derecho Procesal Penal argentino, pues observemos que el autor Ricardo Núñez C., en su obra "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba", pág. 219, nos lo hace ver cuando señala: "El testigo goza del derecho de abstención cuando ingresa como tal al proceso como unidad, no goza en cada etapa de él. El testigo que, verbigracia, no se abstuvo en la instrucción ya no puede hacerlo en el juicio. Por consiguiente, no procede que en ese caso se le repita la advertencia sobre su derecho"[8].

A pesar de que aún a la fecha en que se elabora este ensayo la Sala Tercera Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación) ha seguido sosteniendo esta tesis, es importante aclarar que los tribunales de instancia, en su gran mayoría, no comparten este criterio y en sus resoluciones se refleja la tesis que aboga por la irrenunciabilidad del derecho con fundamento constitucional.

B) TESIS DE LA IRRENUNCIABILIDAD DEL DERECHO-FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

Este razonamiento, como se expuso antes, es la antítesis del criterio exteriorizado por la Sala Tercera Penal en lo que a la facultad de abstención de los testigos familiares o parientes del encartado se refiere, así como en lo que se refiere concretamente a la advertencia que, de previo a su declaración, se le debe hacer al testigo y es mantenido por los tribunales de instancia en nuestro país, considerando éstos que tanto la facultad de abstención como la propia advertencia que se le debe hacer al testigo familiar del imputado cuando va a declarar en el proceso, es un derecho de origen constitucional que nuestra Carta Magna contempla en su artículo 36 y que, considerando que los derechos constitucionales son irrenunciables según la propia doctrina y teoría constitucionalista, entonces ese derecho jamás se le puede tener por renunciado al testigo familiar del encartado por el solo hecho de que primeramente declarara.

Concluyen nuestros tribunales que ese derecho constitucional prevalece para todo el proceso, entendiéndose éste constituido por cada una de sus fases y que por consiguiente, siempre que el testigo vaya a declarar, deberá advertírsele sobre ese derecho de facultad de abstención. Al respecto y como ejemplo, observamos que el Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera de San José, en su sentencia número 80 de las 10,45 hrs. del 2 de abril de 1982, con claridad meridiana hace resaltar tal planteamiento cuando señala: "Se trata de una flagrante violación a la sobredicha garantía constitucional que no obliga a autoincriminarse ni a incriminar a pariente cercano, el hecho que a los testigos familiares que podían negarse en la instrucción a declarar y no lo hicieron, en la nueva etapa, o sea, durante el debate, —que es donde con más frecuencia se presenta esta situación— se les obliga a declarar sin ni siquiera hacérsele esa advertencia de ese derecho o facultad de abstención[9].

En ese mismo sentido, el presidente del Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón, Lic. Miguel Larios Ugalde, en una entrevista personal que se sostuvo con el mismo, éste indicó en forma clara y precisa su criterio al respecto y dijo: "Para mí ese derecho es irrenunciable por provenir de una norma constitucional como lo es el artículo 36 de nuestra Constitución Política y por consiguiente, considero que siempre debe hacérsele la advertencia al testigo, porque si no se le hace, y el testigo declara así, existe una nulidad absoluta y si esa declaración perjudica al pariente imputado y

7. Sanabria Rojas (Rafael Ángel), *Extractos de resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, años 1985-1986;* Costa Rica, Imp. Judicial. Año 1986, págs. 30-31.
8. C. Núñez (Ricardo), *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba,* Argentina, Ed. Lerner, 1978, pág. 219.
9. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. (Sentencia Nº V-93F de las 10,30 hrs. del 20 de agosto de 1982).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

así se establece en sentencia, la casación por la forma deberá ser acogida por la Sala"[10].

Por su parte tenemos que la Escuela Judicial y la Comisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia, también participan de la tesis de la irrenunciabilidad del derecho, pues en un pronunciamiento dado por estas entidades, categóricamente las mismas indicaron: "Respecto a la segunda cuestión, o sea, si los testigos que se encuentran en la situación dispuesta por los artículos 227 y 228 del Código de Procedimientos Penales, pueden en el debate abstenerse de declarar, es claro que sí pueden ejercer ese legítimo derecho que les acuerda la Constitución Política y el propio ordenamiento procesal"[11].

CONCLUSIÓN

Como se puede observar de lo anteriormente expuesto, el meollo de la polémica en que se han visto la Sala Tercera y los tribunales de instancia, se centra en realidad en las condiciones de "Renunciabilidad" o "Irrenunciabilidad" de la facultad de abstención existente en nuestro proceso penal para los testigos que son familiares o parientes de los acusados o procesados. Para la Sala Tercera, cuando el testigo a pesar de que se le ha hecho la advertencia de esa facultad de abstención, declara, este de ipso facto está renunciando a ese derecho que la Constitución Política le otorga y que por consiguiente se le debe tener por renunciado desde ese momento para el resto del proceso, pues considera que el testigo entra al proceso como una unidad o un todo y que esa renuncia que él hace lo es tanto para esa etapa instructiva como para el resto de las etapas en que se constituye el proceso. Por su parte los segundos consideran que ese derecho de los testigos a abstenerse de declarar en el proceso, por provenir de una norma constitucional como lo es el artículo 36 de nuestra Ley Fundamental, se convierte en un derecho irrenunciable, ya que las normas consagradas en cualquier carta magna o ley fundamental, son irrenunciables de por sí; y que por consiguiente, por ser principio constitucional establecido, existe en sí mismo en forma metajurídica para hacerse valer en cualquier momento y espacio de nuestro territorio nacional, así como en cualquier etapa del proceso.

Por nuestra parte, somos del criterio que en la Constitución Política que nos rige existen derechos que pueden ser objeto de renuncia y otros que no. En este último caso se halla, verbigracia, el de inviolabilidad de la vida, al cual los sujetos no pueden renunciar en ningún momento, sino que más bien, véase que nuestro legislador penal sancionó como delito esa renuncia que alguien pudiera pretender hacer al mismo. Dentro de los derechos que pueden ser objeto de renuncia, a nuestro criterio, se encuentra el comprendido en el numeral 36 de la Constitución Política, consistente en: "La no obligación de declarar en contra de sí mismo o de su cónyuge, ascendiente, descendiente, o parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad".

Compartimos así un poco el criterio de la Sala Tercera en el sentido de considerar que ese derecho consagrado en ese numeral 36 precitado, puede ser renunciable por parte de una persona y aun dentro de un proceso penal, pero lo que no compartimos con ella es el hecho de considerar que la renuncia de ese derecho constitucional se puede hacer en forma genérica, como de la propia sentencia de casación se desprende, cuando manifiesta que ese derecho debe tenerse por renunciado para todo el proceso cuando el testigo decide declarar en la etapa instructiva a pesar de habérsele hecho la advertencia de ley; pues para nosotros el testigo sí está facultado para renunciar a ese derecho, pero esa renuncia debe entenderse para el acto procesal específico en que se da y no

10. Larios Ugalde (Miguel Á.), *Entrevista personal* realizada el 12 de julio de 1987.
11. Pronunciamiento de la Escuela Judicial, 1987.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para todo el proceso, o como es lo mismo, cada vez que el testigo va a ejercitar la acción material de declarar.

Creemos también que desde el punto de vista de la preclusividad de los actos procesales, y concretamente de la instrucción, se da un fundamento más para concluir que en realidad siempre el testigo mantiene su derecho de abstención, aunque en esa etapa instructoria haya decidido no hacer uso del mismo. Y más aún, mantiene el derecho de que el tribunal en esa etapa del debate le advierta sobre la existencia de él; pues veamos que aún considerando que los autos procesales de la etapa instructoria son actos preclusivos, entendiéndose estos como aquellos actos que concluyen una vez realizados los mismos y que no se pueden repetir, salvo que una norma expresa así lo decida en otra etapa del proceso, y más concretamente que el acto de rendir declaración un testigo en la forma expresada por la ley de acuerdo con lo establecido por el número 234 del Código Procesal Penal, es un acto preclusivo y que pertenece además de la etapa instructiva, a lo referente a recepción de un tipo de prueba como es la testimonial, pues obsérvese que en el Código Procesal se encuentra tal acto inmerso dentro del título tercero denominado "Medios de prueba", y que parte de las formalidades que debe cumplir ese acto procesal de emisión y recepción de declaración, en lo que al testigo se refiere, es esa advertencia y facultad de abstención que ese mismo numeral le concede a esos testigos cuando están cubiertos o en las situaciones que enumeran los artículos 227 y 228 del Código de Rito Penal.

Compartiríamos así el criterio de la Sala Tercera, si en realidad no existiera ninguna otra norma en la etapa del debate que autorizara o hiciera resurgir ese acto procesal precluso, como lo es el arriba indicado y que se refiere a la forma de recibir la declaración de cualquier testigo y en específico del testigo que está cubierto por esa facultad de abstención y derecho de advertencia concedido por la propia ley procesal.

Pero consideramos que en nuestra legislación procesal penal y concretamente en nuestro Código de Rito Penal sí existe esa norma que permite y autoriza que ese acto de la instrucción, vuelva a darse en esa otra etapa como sería la del debate, pues el numeral 378 del cuerpo procesal legal precitado, —el cual obsérvese muy bien— está inmerso dentro de la sección segunda del capítulo segundo del título primero del Libro Tercero y se denomina "Actos del Debate", señala que "En cuanto sean aplicables y no se disponga lo contrario, se observarán las normas de la instrucción relativas a la recepción de las pruebas. . .". Vemos como esa norma entonces, ordena que en lo que a recepción de pruebas se refiere, se observarán las disposiciones que en la etapa instructiva existen y teniéndose en cuenta que parte de la forma de la declaración de los testigos y por ende, los testigos familiares del encartado en la instrucción, es el hecho de tener que advertir a estos últimos la facultad de abstención de que gozan y que es un acto de la instrucción que por esa razón entonces surge de nuevo y que tendrá que cumplirse tal y como está dado procesalmente.

Por consiguiente, todo esto nos lleva a pensar de que dentro de la misma legislación procesal existe una hermenéutica legal que conlleva a que en realidad el testigo familiar o pariente del imputado mantiene la facultad de abstención y el derecho de ser advertido sobre la misma por siempre, aunque en la etapa instructiva haya decidido no acogerse al mismo y declarar.

Además considerando el hecho de que los actos de instrucción son actos procesales preclusos, entendiéndolos como aquellos actos que concluyen para sí mismos y que son parte de cada etapa del procesò, llego a la conclusión de que en realidad siempre en el debate se le debe advertir al testigo familiar del imputado, el derecho que tienen de abstenerse de declarar en contra de su pariente. Pues creo que la tesis sostenida por la Sala Tercera, y que parte del principio de Unidad del Proceso, dentro de la cual se ha indicado que el testigo al haber declarado en la etapa instructiva a pesar de que se le hizo la advertencia de esa facultad de abstención que posee, por su condición de parentesco con el encartado, está renunciando a ese derecho y que cuando es citado al debate, entonces el mismo no tiene derecho a abstenerse sino que por esa renuncia que hizo en la etapa instructiva, está obligado a declarar en el debate, en cierta parte de esa preclusividad de los actos procesales de la etapa instructiva y que por eso cree que ese acto concluyó con la declaración del testigo y que como dicha declaración lo es para el resto del proceso, entonces ya se le debe tener por renunciado ese derecho o facultad, de abstención.

Nosotros compartimos el criterio con la Sala de que los actos constituyentes en la etapa instructiva son preclusos, pero no compartimos que dicha condición de preclusividad sea absoluta, pues un acto es precluso hasta tanto no exista otra norma en alguna otra etapa del proceso, que la haga resurgir, como sería el caso de ese deber de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

advertencia que la ley fija a los jueces conocedores de un proceso penal, y en el que están obligados a realizar, bajo sanción de nulidad (absoluta por provenir de una violación a una norma constitucional), de la facultad de abstención, a los testigos que son parientes en los grados estipulados y permitidos por la propia ley procesal, de los imputados. Pues en este caso consideramos que si existe una norma procesal que está situada incluso en la propia etapa donde se está negando (del debate), y que es la norma del artículo 378 del Código de Procedimientos Penales, en el cual se indica que en cuanto sean aplicables esas normas de la instrucción relativas a la recepción de la prueba, se deben observar esas normas o cánones procesales ya establecidos. Pues para nosotros esta norma obliga al juez de juicio a recibir los testimonios en el debate, cumpliendo con las formalidades establecidas en la etapa instructiva, y considerando que parte de las formalidades con que se debe recibir en la instrucción una declaración de un testigo, señaladas en el numeral doscientos treinta y cuatro del Código Penal, lo es el deber del juzgador de advertirle siempre a éste, que es familiar o pariente del acusado, que la ley le concede el derecho de abstenerse de declarar en el proceso en contra de su pariente de acuerdo con los grados establecidos por la misma ley procesal, y que por ende si ese deber de advertencia es parte de las formalidades con que se debe recibir una declaración de un testigo dentro de un proceso penal, y por su parte el artículo 378 de ese mismo cuerpo legal, de rito penal citado, ordena que en el debate al recibir las declaraciones de los testigos deberá el juzgador observar y cumplir con las normas que rigen y regulan la recepción de pruebas existentes en la etapa instructiva, entonces esta norma está haciendo que un acto procesal instructivo como el hecho de recibirle declaración a un testigo, y además precluso como ya se indicó, vuelva a nacer a la vida jurídico-procesal-penal, con las mismas formalidades de origen a cumplir.

Dejamos así concluido este modesto trabajo de investigación, esperando que el mismo sirva para que otros profesionales afines a la materia expresen sus reflexiones sobre el mismo, con el objeto de enriquecer nuestra doctrina procesal penal.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA TUTELA DE LOS DERECHOS: EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DR. LUIS GUILLERMO HERRERA CASTRO

I. JUSTIFICACIÓN.

Desde hace muchos años diversos organismos y personas han venido planteando diferentes tipos de quejas sobre el funcionamiento de los tribunales de justicia. Se han señalado entre las fallas del sistema judicial, la tardanza en la administración de justicia que se traduce en una larga duración de los procesos civiles, contenciosos, laborales y penales; también, la ausencia de mecanismos legales que le permitan a los ciudadanos de más escasos recursos disfrutar de una adecuada defensa.

Existen algunos mecanismos procesales e institucionales que en una u otra forma han contribuido a llenar tales vacíos, pero los mismos resultan totalmente insuficientes: Nos referimos a los consultorios jurídicos patrocinados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, cuyos servicios en el campo de la asistencia jurídica está a cargo de estudiantes. Este sistema, si bien llena una importante finalidad social al proyectar la educación superior a la sociedad, lo cierto es que se torna insuficiente por cuanto los estudiantes al terminar sus estudios dejan los casos a medio tramitar. Estos nuevamente son retomados por otros estudiantes.

El otro instituto procesal es el beneficio de litigar como pobre regulado en el Código de Procedimientos Civiles. Este mecanismo permite que personas con ingresos no mayores de trescientos mil colones anuales puedan litigar sin someterse a ciertos obstáculos de tipo económico, como por ejemplo el afianzamiento de costas. Lamentablemente tal beneficio es extendido a la parte contraria, pese a que tenga suficientes recursos económicos.

Nuestro país tiene establecido en la Constitución Política una serie de garantías fundamentales relativas al proceso judicial: la libertad de petición que es el fundamento del derecho a la jurisdicción o a la tutela jurisdiccional (artículo 27); la igualdad formal ante la ley (artículo 33); la irretroactividad de la ley (artículo 34); el principio de inocencia (artículo 36); el principio de legalidad en materia penal (artículo 39); el derecho a la defensa (ídem), la cosa juzgada (artículo 42); etc. Todas estas garantías han sido incorporadas, además, en los convenios relativos a derechos humanos ratificados por nuestro país. Especialmente el Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la práctica no se cumplen muchas de esas garantías que forman parte del contenido del llamado debido proceso legal.

Interesa señalar algunos problemas relacionados con el proceso contencioso administrativo.

El estudio de este proceso es importante, dado que a través de él se pueden impugnar los actos arbitrarios cometidos por los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones. La situación en este proceso merece una atención especial, pues, los ciudadanos prácticamente no pueden ejercer esos derechos constitucionales de tutela jurisdiccional. Quedan así, sin el debido control jurisdiccional una gran cantidad de actos arbitrarios, lesivos de los derechos e intereses de los ciudadanos, especialmente en perjuicio de los sectores de menores recursos económicos, que es donde se centra el problema fundamental. Algunos sectores de nuestra sociedad se han interesado en este problema, pero generalmente las propuestas que se han hecho son para reforzar ciertos mecanismos oficiales de protección de los derechos fundamentales como el ombudsman, o la ampliación de la competencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo. Sin embargo, y pese a que estos esfuerzos son muy importantes para la vida democrática del país, lo cierto es que el acceso a la justicia administrativa queda prácticamente vedada, a pesar de que es en el seno de la Administración Pública donde se cometen la inmensa mayoría de los actos arbitrarios, muchas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

veces contrarios a normas fundamentales específicas y a las leyes del país (ilegalidad). Estos sectores no se han preocupado de crear los mecanismos procesales que en forma rápida y sin costo alguno, le permita a los ciudadanos de escasos recursos, impugnar las actuaciones ilegales e inconstitucionales de los funcionarios públicos, salvo el contencioso administrativo en virtud del cual se puede, una vez agotada la vía administrativa, impugnar los actos del Estado y de sus instituciones viciados de ilegalidad. Otras pretensiones podrán deducirse en la demanda relativas a desviación de poder, incumplimiento, interpretación de los contratos, cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado. Pero, no obstante éste carece de eficiencia frente a las necesidades como luego lo explicaré.

La posibilidad de que los ciudadanos puedan impugnar en general todos los actos y disposiciones del Estado, es una cuestión de la mayor importancia en el ámbito de los Derechos Humanos, pues generalmente es en el seno de la Administración Pública donde se cometen las mayores irregularidades y arbitrariedades en perjuicio.

Cierto tipo de violaciones, que inciden en las garantías fundamentales que reconoce la Constitución (artículo 48) son atacables a través de un procedimiento especial que es el llamado "recurso de amparo", salvo en el caso específico de la libertad personal y la de tránsito cuya protección queda reducida al llamado "recurso de hábeas corpus".

Tal ámbito de protección es demasiado reducido, por cuanto la mayor parte de las violaciones de los agentes públicos inciden más en normas legales que en normas constitucionales. Ante esta situación únicamente queda el proceso administrativo conforme a las leyes especiales que lo tengan regulado, o bien conforme a la Ley General de la Administración Pública, que establece un procedimiento común y supletorio para todas las instituciones del Estado.

En el campo de la protección constitucional se han presentado algunos importantes proyectos como la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional en virtud de la cual se pretende regular en un único cuerpo legal todo lo relativo a hábeas corpus, amparo, recurso de inconstitucionalidad y conflictos entre los órganos supremos del Estado. Una de las mayores novedades de este proyecto es la posibilidad de recurrir en vía de amparo en contra de ciertos actos de los sujetos privados. En todo caso, si bien es cierto el proyecto es de mucha importancia, lo cierto es que no llena el vacío que venimos comentando, y que es donde se producen las mayores violaciones, las cuales, por afectar únicamente aspectos de legalidad, quedarán fuera de esa jurisdicción y en consecuencia se produce una desprotección de los ciudadanos frente a la Administración Pública.

Los aspectos más importantes son los siguientes:

a) La duración del proceso: Es bien conocido por todos que este proceso es el que más dura en resolverse. Se conocen muchos casos de procesos que han durado más de ocho años, aun cuando la mayoría dura un periodo promedio de cinco años. Así resulta de un muestreo que recientemente realizamos en los juzgados contenciosos administrativos. Obviamente la duración depende de muchos factores: volumen de trabajo, capacitación y número del personal, responsabilidad del juez, participación responsable de los abogados en la conducción del proceso, complejidad del objeto del proceso, etc. En todo caso, lo que sí es efectivo es que cualquier proceso contencioso administrativo de mediana complejidad tendrá una duración no menor a los cuatro años.

Esta situación se torna en un verdadero obstáculo para que los ciudadanos de menores recursos puedan obtener la tutela de sus derechos e intereses afectados por la Administración Pública, dado que es difícil que un ciudadano en tales condiciones pueda soportar tanto tiempo para obtener un pronunciamiento judicial, máxime si sus pretensiones fuesen de poco valor económico.

b) La tecnicidad extrema del proceso: La forma en que está redactada la Ley General de la Administración Pública, lo mismo que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, son verdaderos obstáculos para el disfrute del derecho a la tutela jurisdiccional. Quienes han tenido influencia en esta materia nunca se han preocupado de crear un mecanismo o proceso que le permita a los ciudadanos de pocos recursos económicos impugnar los actos de los agentes públicos violatorios de sus derechos. Los procedimientos instaurados han sido inspirados o responden a concepciones de otros países, generalmente europeos cuya realidad social, económica y cultural es otra; sin que este criterio se mal interprete que estoy en contra del estudio del Derecho comparativo, el cual es de gran importancia académica, pero no determinante para crear las instituciones procesales de un país. Pero

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esto es otra cosa. El positivismo, las concepciones normativistas, siguen privando en esta materia, la cual camina muy alejada de la realidad social.

c) El costo del proceso: Este es el mayor problema. El problema del costo podemos analizarlo desde varios aspectos:

1) El costo de la defensa: Precisamente producto de los aspectos antes mencionados, el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa se ha convertido en un impedimento casi absoluto para que tales sectores obtengan su derecho a la tutela jurisdiccional. Basta ver los libros de entradas de los juzgados para darse cuenta de que los actores en un alto porcentaje son instituciones estatales que litigan conta el Estado o importantes empresas comerciales, o bien personas físicas con suficientes recursos. Los costos de estos procesos son extraordinariamente elevados y ello ha hecho que sean muy pocos abogados, muy pocos bufetes los que se dediquen a la defensa de los intereses, de quienes pueden sufragar los elevados honorarios. En definitiva, esta jurisdicción se ha convertido en el gran salón de las disputas económicas de los sectores de la burguesía nacional que dirimen sus controversias (contradicciones) frente al aparato estatal, el cual es a la vez controlado por ellos mismos.

2) La cuantía del proceso: Basta examinar los informes o estadísticas de la Corte, para darse cuenta que quienes están litigando en este momento en la vía contencioso administrativa son intereses muy fuertes. El siguiente cuadro nos demuestra la situación:

CLASIFICACIÓN POR CUANTÍA

AÑO	HASTA 10.000	De 10.000 a 15.000	De 15.001 a 20.000	De 20.001 a 25.000	De 25.000 a 50.000	MÁS DE 50.000	INESTIMABLES
1983	5	1	2	3	8	87	71
1984	6	6	7	—	—	—	—
1985	—	1	4	10	4	135	82
1986	1	2	—	3	3	103	89
1987	1	3	3	1	7	126	98
						(f)	(g)

Del cuadro anterior y cuyo detalle habrá que seguir en una investigación más amplia, se demuestra claramente que las pretensiones que se formulan ante los tribunales contenciosos administrativos superan la cuantía de 50.000 colones; sin poderse establecer aún, y lo cual haremos en su momento, las verdaderas cuantías de los juicios ordinarios, pues es muy probable, que esa distribución progresiva se mantenga hasta ciertos límites en donde ya las cuantías llegan a sumas exorbitantes. En la columna marcada con la letra a) se puede observar que el número de juicios presentados llega tan sólo a 6 en el año 1984. Lo mismo ocurre en la columna b) en lo que se refiere a juicios con cuantías que oscilan entre diez y quince mil colones. Luego en la columna c) el mayor número de juicios llegó a la cifra de 7 en el año 1984 y en la columna d) referida a cuantías entre 20 y 25.000 colones la cifra máxima llegó a 10 en el año 1985. Luego en la columna e) que contempla las cuantías entre 25 y 50.000 colones el número mayor fue de 8 en el año 1983. Es a partir de las dos últimas columnas referidas a cuantías mayores a cincuenta mil colones o de cuantías inestimables que el número de procesos contenciosos aumenta considerablemente. Se observa en la penúltima columna marcada con la letra f) que en todos los años desde 1983 a 1987 el vo-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lumen de juicios ingresados es mucho mayor que las anteriores columnas, relativas a cuantías inferiores a la suma de cincuenta mil colones. La explicación del cuadro anterior demuestra sin la menor duda, que en materia de derecho administrativo cuando se trata de las violaciones cometidas por funcionarios públicos en contra de los ciudadanos, éstos no tienen la posibilidad real de ejercer los derechos que le consagran la Constitución Política y los pactos internacionales relativos a la tutela jurisdiccional, como por ejemplo el trato igual y la protección igualitaria ante la ley (artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 27 y 33 de nuestra Constitución Política, artículos 8 a 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo 8 de la D.U.Ds.Hs. que garantiza un derecho a recurrir en forma efectiva ante los tribunales de justicia, o el 10 de esta Convención que garantiza el derecho a ser oído en condiciones de igualdad, garantizando así la defensa en juicio, tanto en materia civil como penal.

No obstante lo dicho, debemos aclarar, que el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa se ha establecido en forma expresa como un derecho fundamental de los ciudadanos (artículo 49 de la Const. Política), de tal forma que resulta más evidente el estado lamentable en que se encuentran la mayoría de los costarricenses que deseen impugnar la ilegalidad de los actos realizados por los funcionarios públicos, tanto del Estado como de sus instituciones y de toda otra entidad de Derecho Público.

En conclusión, la justicia administrativa se ha convertido en un negocio bastante lucrativo para un pequeño sector dominante de los intereses políticos y económicos del país; sometiéndose la tutela jurisdiccional a los efectos de las leyes de la oferta y de la demanda, y en consecuencia, encareciéndose la defensa e impidiéndose en forma real y objetiva a que las mayorías puedan impugnar la ilegalidad y la inconstitucionalidad de los actos de los agentes públicos.

Pareciera que la alta técnica empleada en la construcción del complicado proceso contencioso administrativo, se ha constituido en el principal soporte de los ideólogos del Derecho Administrativo, quienes caminan muy lejos de la realidad social y de la democracia social a que todos deberíamos aspirar. Por ello, cuando no vemos la posibilidad de encontrar soluciones nacionales, rápidas y eficaces aparte de los obstáculos jurídico-academicistas y normativistas, más seguimos creyendo de que la justicia en general es una meta bastante lejana. La democracia de que nos regocijamos es muy cuestionable, salvo para quienes viven del gran negocio y entorpecen la búsqueda de esas soluciones realistas y democráticas.

Las "grandes" construcciones teóricas de los juristas costarricenses, los modelos procesales impulsados, son tan sólo el resultado de la dogmática jurídica y del más cerrado positivismo. Los procedimientos son construidos desde bases estrictamente normativistas, con pleno desconocimiento de los demás elementos sociales. La técnica jurídica en definitiva, en manos de los monopolistas del Derecho, se ha asentado a lo largo de décadas en el desconocimiento de la realidad social y en la creencia de que en la norma se encuentra la solución a todos los problemas y controversias objeto de la tutela jurisdiccional. Es la continuación de la enseñanza de nuestras facultades de Derecho.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS PROGRAMAS DE EDUCACIÓN PRIMARIA Y SU RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL

FERNANDO COTO MARTÉN
Sociólogo

INTRODUCCIÓN.

En abril de 1986 el ILANUD envió una carta a los ministros de educación de América Latina solicitándoles información referida a la ley nacional de enseñanza primaria y sobre las leyes que se ocupan de la protección del patrimonio cultural. A su vez se les planteó la necesidad de conocer si los programas de enseñanza primaria incluían alguna materia o hacían mención a la salvaguarda del patrimonio cultural.

Hemos de puntualizar que la educación es el medio idóneo para transmitir y difundir las normas de convivencia social que están en la base de los comportamientos que el legislador reputa como antijurídicos, al crear las diversas figuras delictuosas en protección de determinados bienes e intereses jurídicos. En el caso concreto que nos ocupa, estamos ante una calidad específica de bienes, los bienes de la cultura cuyo nivel de protección legal no es uniforme a lo largo y ancho de Latinoamérica ni comprensiva de toda su pluralidad.

Cabe destacar que la base de datos recabada no comprende a todos los países del continente y no es lo homogénea en el grado óptimo deseado, cuestión que va en perjuicio de la naturaleza comparativa de nuestra investigación.

Nuestro objetivo fundamental es detectar manifestaciones de conservación, recuperación y protección de objetivos socioculturales (patrimonio cultural, identidad cultural, derechos humanos, prevención del delito) y comparar las definiciones explícitas o implícitas de los objetivos mencionados así como tipificar las constantes que a este respecto presentan las políticas educativas de América Latina.

El interés de esta investigación está relacionado con el hecho palpable del ausentismo escolar[1] y la baja escolaridad, características particulares de los grupos juveniles que han iniciado desde temprana edad la socialización delincuencial. También con las nuevas dimensiones de la criminalidad en el contexto del desarrollo de nuestras sociedades. El foco de atención de nuestra investigación gira en torno a los contenidos éticos y culturales de la educación formal y en su contribución al control de la deculturación que sufren los pueblos por el influjo de las transnacionales del mercado mundial de los bienes de la cultura y por expresiones y medios de comunicación que no siempre respetan los valores tradicionales sino que amenazan nuestra identidad cultural en toda su diversidad.

A este respecto cabe señalar el fracaso de los estilos arcaicos de enseñanza-aprendizaje que se utilizan en la escuela y su incapacidad para transmitir mensajes edificantes, normas y modelos de interacción, que tomando en cuenta las tradiciones populares y los valores que encarnan, remitan a códigos de comportamiento socialmente aceptados.

A lo anterior se suma el choque cultural que existe entre los patrones de socialización que poseen el hogar y la comunidad y los que maneja la escuela: "En tanto no exista un acercamiento entre ambas culturas (la cultura del hogar y la cul-

1. Según un estudio realizado por Andrés Umaña (1981), el grado de analfabetismo en la población de menores a cargo de los centros de adaptación social de Costa Rica, es muy elevado en el caso de los hombres (22%) y un tanto más bajo en el caso de las mujeres (13%). Dicho estudio se denomina "Características psicosociales del menor infractor".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tura de la escuela), continuará presentándose el hecho de que mientras en la comunidad el niño aprende una serie de conocimientos, habilidades, destrezas, actitudes y valores, en la escuela es un fracasado que debe conformarse con seguir y repetir un cúmulo de conocimientos que le son extraños y que no encuentran posibilidad de aplicación en su mundo real, con el consecuente sentimiento de apatía y frustración que en forma evidente demuestran los índices de deserción y repitencia en nuestros sistemas educativos"[2]

Dentro del espíritu que genera este análisis cabe referirse a la exposición de artesanía centroamericana que se realizó en la Plaza de la Cultura, como parte de las actividades del Año Internacional de la Paz. Así lo acordo la Décima Reunión de Ministros de Educación y Cultura de Centroamérica que conforman la coordinación educativa y cultural centroamericana. En el "desplegable" informativo de este evento la Viceministra de Cultura Mimí Prado se refiere a que: "La artesanía expresa la concepción de la vida que une a un pueblo con sus raíces. Es el lugar de encuentro y de reflexión de nuestras culturas. Es el camino común hacia nuestra identidad y nuestra razón de ser. La artesanía es el vínculo con la tradición; pero también es la apertura hacia el futuro. Un futuro donde el hombre se reconozca a sí mismo y asuma su derecho a la paz".

Después de este pequeño preámbulo, los alcances de nuestra investigación se enrumban más allá de la noción de patrimonio arqueológico para abarcar una categoría más amplia de bienes que constituyen el marco de aprendizaje social, cuyo cultivo y seguimiento es una garantía para prevenir la delincuencia común.

Tendremos que cerrar filas alrededor de un concepto de educación ligado a la práctica, al trabajo productivo y a la formación científica del estudiante, con el propósito de que este sea sujeto de un conocimiento que se construye en forma permanente. Una educación totalizante y transformadora de la realidad, que utilice los adelantos de la ciencia moderna, que supere el divorcio entre educación y cultura y que conciba una acción que busque cerrar la brecha entre Eros y Logos para así culminar en el mejoramiento de la calidad de vida y en el desarrollo de la interioridad del sujeto del proceso educativo. Para esto se requiere una reestructuración educativa que promueva la flexibilidad e integración del currículum, que estimule el ser creativo del estudiante en la solución de problemas, la participación de la comunidad, la regionalización educativa y la desconcentración administrativa.

Como bien afirmó el Viceministro de Educación costarricense en la inauguración del cuso-taller internacional sobre gestión de sistemas educativos y políticas públicas (que se realizó durante los meses de enero y febrero en San José, Costa Rica): "Es urgente que la educación deje de ser un instrumento de dominación, para que pase a ser uno de promoción de la democracia política y económica y una herramienta que forje a cada uno de sus pueblos".

* *

Nuestra investigación toma como referente empírico el caso costarricense para así enriquecer el trabajo descriptivo y exploratorio que nos hemos encomendado.

Teniendo como mira la eficacia de las nuevas políticas a instrumentar, el Ministro de Educación Pública costarricense, Dr. Francisco Antonio Pacheco, ha considerado prioritario el desarrollo de proyectos de computadorización (también se están instrumentando en otros países y acceso a bases de datos y centros de información internacionales. La gravitación de estos valores de cambio en el proceso enseñanza-aprendizaje, además de cumplir una importante función en la adaptación de las estructuras mentales al presente, prepara al niño para que pueda pensar de manera ordenada, sistemática e independiente. La computadora, le enseña al niño a utilizar el método inductivo y a inducir la lógica de las cosas. El lenguaje Logo, lo capacita para definir respuestas a partir de problemas definidos, con lo que se verá fortalecida su capacidad para obrar con previsión y responsabilidad por las consecuencias que su actuar puede acarrear.

La introducción de la informática en la educación constituye un nuevo y revolucionario paso en el logro de la imagen-objetivo de la situación deseada, pues nos abre interesantes posibilidades para el desarrollo de la sociedad y del educando, coautor involucrado en la

2. Magendza, Abraham. **Hacer escuela es distinto de hacer vida** (estudio hecho en una comunidad guatemalteca bilingüe, con un 96% de población aborigen). Periódico Contrapunto núms. 175, 176, San José, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

construcción permanente del conocimiento. El Seminario sobre Software Educativo en Español (12-14 de mayo de 1987; participación de expertos provenientes de México, Venezuela, Israel y Costa Rica) aportó una serie de indicadores que fortalecen nuestro planteamiento: a) eficacia en la asimilación de conocimientos; b) evaluación automática de los avances; c) participación en la toma de decisiones (solución a problemas concretos); d) confianza en sí mismo; e) motivación; f) programación de juegos tradicionales etc.; g) refuerzo de la coordinación motora-fina; h) estimulación de la conciencia refleja.

La escuela se ha de preparar para enfrentar, con el auxilio de las modernas corrientes psicológicas, una serie de conductas inadecuadas (agresión física, agresión verbal[3], egocentrismo, ausencia de hábitos de higiene, desaseo personal, ausencia de hábitos de cortesía, desorden, jugueteo en clase, etc.) que aparecen de manera frecuente en el medio escolar. Los maestros en tanto agentes de cambio, han de involucrar a la comunidad y al hogar en la modificación de estas conductas. Para esto han de discriminar y adecuar las técnicas según sea el contexto y las diferentes situaciones que se presenten. Los valores de disciplina, esfuerzo, constancia, participación en clase, solidaridad, espontaneidad y compañerismo orientarán el proceso de adquisición y reforzamiento de nuevas conductas. La anterior actitud estandarizante y represiva que caracteriza a la "vieja escuela" ha de superarse en todos sus alcances, utilizando el buen ejemplo, la persuasión y el estímulo.

Ahora bien, se hace indispensable establecer una definición de educación. Tomando la definición del Dr. Víctor García Hoz, y teniendo en mira el que se construya un ser que sepa tomar decisiones, apegado a sus convicciones y principios, no manipulable ni dúctil, podemos afirmar que "Educación se entiende como un proceso de asimilación cultural y moral, y al mismo tiempo como un proceso de separación personal". Es en este sentido que la educación ha de actualizar lo que está en potencia y dirigirse al encuentro de la vocación individual del estudiante y su recreación.

Es evidente que este nuevo rumbo de la educación se ha de complementar con la instrumentación a nivel comunitario de un modelo (instrumentos informales de control social, medio de comunicación y participación del pueblo en la toma de decisiones, desenmascaramiento de los focos contaminantes, elevación del nivel de arraigo de las costumbres y valores tradicionales, etc.) cultural de referencia, que refuerce el criterio de que las condiciones de interacción recíproca y solidaridad humanas fortalecen la cohesión social de los grupos, la integración social y el sentido de pertenencia y favorecen la estructuración de la identidad individual y social del individuo, al apuntar hacia el mantenimiento de la continuidad histórica de los pueblos, sus valores cívicos y el desarrollo de programas preventivos en materia de alcohol y drogas: "Será entonces prioritaria la constitución y propagación de un modo de producción de naturaleza artesanal, que rescate los valores de la división natural del trabajo (promoviendo la creación colectiva), de la economía de autosubsistencia (huertas escolares), de la industria doméstica, compuesto de dos dimensiones: material y espiritual, intrínsecamente relacionadas. La dimensión espiritual aprovechará la facilidad tropical al gregarismo, reforzándola con un dinamismo enriquecedor y actualizante que incorpore toda una serie de conductas adaptativas (juegos, actividades y labores escolares y colegiales, etc.) y toda la gama del arte popular (debe existir un grado paritario de acceso a los medios que permiten el logro de los objetivos sociales); además los instrumentos del ritmo y del sabor en las manos del pueblo, en la realización de encuentros, ferias y conciertos.[4]

Es notorio que en el logro de este cometido, los programas de educación extraescolar, entendidos como "el conjunto de experiencias complementarias del sistema escolar y en el tiempo libre de los educandos", cumplen una importante función, pues se podrá contar con una serie "de actividades formativas de libre elección que el alumno podrá seleccionar de entre las actividades deportivas, recreativas, artísticas, científicas, tecnológicas y sociales que se le ofrecieren"[5] Entre estas, cabe hacer especial mención de la expresión corporal, pues al ser algo innato en los

---

3. Esto no implica que se deban desestimular las manifestaciones de defensa personal y el reclamo de sus derechos.

4. COTO MARTÉN, Fernando, **Recreación y prevención del delito**, Revista de Ciencias Sociales, UCR., núm. 34, págs. 94-95.

5. Revista de Educación, mayo 1980, núm. 79, Chile, **Planes y Programas de estudio para la educación general básica**, pág. 174, Programa de educación extraescolar.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

niños y una forma de comunicación de estados anímicos, constituye un derecho humano que hay que reconocer y orientar, utilizando una alta dosis de imaginación y sensibilidad. Además de liberar energía, la utilización de estos medios audiovisuales (artes plásticas, sonidos de la voz, percusión, etc.) es un importante mecanismo para lograr el dominio físico y continuar el autodescubrimiento corporal en movimiento. Al enlazar el juego espontáneo con el juego dirigido, el maestro se sirve del medio más idóneo para instilar una serie de normas y principios. La expresión corporal cumple con el propósito de desarrollar la capacidad creativa del niño, al fortalecer la interdependencia entre el cuerpo, la mente y el corazón. Además, contribuye en favor de los precitados objetivos socioculturales al integrar en un solo haz las formas de pensar, sentir y actuar de nuestra época con las costumbres y valores ancestrales.

De los trabajos realizados en Costa Rica que recopilan y analizan un tipo particular de producción verbal dentro de los juegos infantiles tradicionales, el estudio de Carla Jara (Maestría en Lingüística, UCR) nos merece especial atención. La autora destaca el carácter lúdico del ritmo y del texto en los juegos de palmadas y la presencia de elementos en lengua extranjera en algunos de ellos: "En relación con la cultura, el juego es una dimensión previa a ella (los animales también juegan) y constituye una cualidad determinada de la acción. Sin embargo, esta forma de actividad está llena de sentido (portadora de mensajes) y cumple una función social dentro de una estructura social; juego y cultura se hallan, pues, implicados uno en el otro. El juego, a pesar de ser actividad espiritual, no tiene una función moral, pues está más allá de las oposiciones verdad/falsedad, bondad/maldad o virtud/pecado. En cambio, de hecho se identifica con lo estético y lo equilibrado".[6] Además de este tipo de juegos, nos interesa resaltar los juegos con representación (Casita[7] y Escuelita) pues en ellos se da una imitación de los papeles sociales y de las actividades sociales; también los juegos con canción o rondas (Los pollos de mi cazuela, La pájara pinta, La virgen de la cueva, La huerfanita, Arroz con leche, etc.). Es importante apuntar que en estos juegos los participantes son emisores y receptores a la vez, con lo que se promueve la convivencia y el actuar en conjunto. Por el contrario, los "juegos hijos de la tecnología", conciben niños menos sociables, más torpes y débiles.

Uno de los más importantes instrumentos de educación que puede contribuir a nuestros propósitos de introducir el juego en el sistema educativo es el "nuevo Museo", específicamente en sus salas "Ludotecas". Contrario al "prohibido tocar" del viejo museo, que servía de receptáculo de objetos y de lugar de visita al pasado, el nuevo museo persigue poner en contacto al menor con sus propias raíces culturales y técnicas. El nuevo museo permite al que lo visita participar en una acción retroalimentadora y obtener sus propios significados. Además de contener una serie de exhibiciones tridimensionales (que despiertan la curiosidad del niño), el nuevo museo pone a la disposición un grupo de talleres donde el niño podrá desarrollar una serie de habilidades y destrezas de coordinación y poner a prueba su talento.

El acceso a juguetes no bélicos permitirá que los niños vayan superando el condicionamiento que introducen los personajes de los programas infantiles de televisión, que sirven de inspiración a los fabricantes de juguetes. El niño tiende a atribuirle a estos juguetes unos poderes de fuerza y de poder y pasan gran parte de su tiempo trepados en una nave o transformando cualquier objeto en arma, con lo que pierden su capacidad para adaptarse a su propia realidad. Por el contrario, la nueva concepción persigue que el niño aprenda a organizar y desarrollar conceptos a partir del uso de estos recursos y llegar con ellos hasta donde su imaginación constructiva se lo permita, cosa que permitirá desarrollar un buen ajuste y una ejecución escolar adecuada.[8] El criterio de la profesora Sonia Pérez de Cerdas, ilustra con gran propiedad estos propósitos: "Los sentimientos artísticos y la capacidad de crear e interpretar, bien dirigidos, en manos de los niños, producen el arte infantil, que es la expresión más sincera de la conciencia, ya que está libre de todo prejuicio y

---

6. JARA MURILLO, Carla, **Recopilación y análisis de los juegos de palmadas.** Universidad de Costa Rica, dic. 1985, págs. 15-16.

7. Es importante hacer énfasis en el intercambio de *roles*, para así ir logrando que se compartan las tareas que demanda la casa y no sea solo la mujer la "encargada" de dar respuesta a determinada situación.

8. Diario Extra, jueves 23 de octubre, 1986, ¡Esos juguetes de los niños!, pág. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

revela grados de efectividad y emotividad que no podemos encontrar en un adulto":[9]

La gran tortuga del mar
con sus aletas nadando
salió a tierra a desovar

¿Ay, quién se robó la postura,
fue coyote o gavilán.
¿Ay, quién se robó la postura
fue Pablo, Pedro o fue Juan.

Uno de los mayores retos con el que se enfrentan los padres y las autoridades educativas consiste en desarrollar los hábitos de estudio en general y específicamente los hábitos de lectura. Esta tarea la han de iniciar los padres en el hogar haciendo uso de la narración oral de cuentos y pequeñas historias antes de que cumplan el primer año. Las canciones de cuna también juegan un gran papel en el logro de estos objetivos, pues la lectura ha de introducirse como un juego, producir gozo y un sentido mágico. Según Mabel Morvillo, maestra y escritora de cuentos infantiles, el sentido de negatividad hacia esa actividad lo promueve en muchas ocasiones la escuela, al considerarla de carácter obligatorio o al imponerla como castigo. Otro de los factores que incide de manera negativa sobre la formación de hábitos de lectura en el niño es el abuso de la televisión, pues los niños se dedican a ver televisión en vez de recrear su fantasía y desarrollar su experiencia interior con la lectura de un poema o de un cuento. El teatro de títeres es un pasatiempo cultural idóneo para responder a la irrupción de la televisión, pues aviva la imaginación del niño y lo invita a participar activamente, ayuda a pensar divirtiendo y sirve de punto de reflexión acerca de la realidad. No obstante, hay que prestar atención en relación con el contenido y la forma del mensaje, pues como lo hemos observado en Costa Rica, también se puede reforzar la conducta violenta y la burda copia y la importación de situaciones ajenas a nuestra realidad, tal como lo hace la televisión.

A este respecto es importante mencionar los resultados a que llegó una investigación realizada en Estados Unidos de Norteamérica,[10] pues se llegó a constatar que la televisión interfiere la capacidad de los niños para aprender a leer, afecta el rendimiento escolar, lo pone frente a situaciones que no puede comprender[11] y le provoca conflictos internos. No obstante, también se llegó a la conclusión que los estudiantes con bajo cociente intelectual, parecen mejorar en algunas materias con la ayuda de la televisión. En dos palabras, bien administrada puede contribuir al mejoramiento de la calidad de la educación.

Volviendo al asunto de la formación de hábitos de lectura, según Mabel Morvillo,[12] en Costa Rica el índice de lectura infantil es bastante alto, comparado con otros países del continente. Sin embargo, en un estudio realizado con el patrocinio de UNSDRI en Costa Rica y Colombia en dos áreas urbanas (la primera de urbanización no rápida y la segunda de rápida urbanización) sobre el desajuste social juvenil y los derechos humanos dentro del contexto del desarrollo urbano, para la pregunta ¿qué hace en su tiempo libre?, en el caso de Costa Rica, en el Área 1, 18 menores de 204 entrevistados contestaron que leían, mientras que en el Área 2, sólo 7 menores lo hicieron así de 200 entrevistados. Por el contrario en Colombia, en el Área 1, de 120 entrevistados, 30 contestaron que leían y en el Área 2 lo hicieron 10, de 120 menores entrevistados. Además hay que anotar que en Costa Rica "un número significativo de jóvenes de A1 indicó que pasan el tiempo libre practicando deportes o leyendo. Por otra parte, los jóvenes en A2 pasan su tiempo libre viendo televisión, reuniéndose con amigos o no haciendo nada en particular. Estos datos dan la impresión de que una gran proporción de jóvenes de A2 dan rienda suelta a sus deseos cuando no están en la escuela. Para los jóvenes de ambas áreas, la escuela ocupa gran parte de su tiempo no familiar. El nivel de educación entre los jóvenes de las dos muestras es significativamente mayor en A1. Antes habíamos señalado que el nivel de vagancia y de

9. GUTIÉRREZ, Joaquín, **Chinto Pinto,** Ed. C.R., 1984, pág. 7. DADA, Rodolfo, **El abecedario del Yaqui. La gran tortuga del Mar.** Editorial Costa Rica.

10. Periódico **La Nación,** jueves 12 de febrero de 1987, página 2D.

11. La pintora Licda. Magda Santonastasio narra una interesante experiencia que nos induce a pensar que también la representación teatral de sucesos históricos puede provocar estos mismos fenómenos.

12. Chilena, nacionalizada costarricense. Directora General de Cultura, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

deserción escolar era mucho mayor en A2 y esto debe tenerse en cuenta cuando se analiza el mayor nivel académico de los jóvenes de A1."[13]

Es evidente, que el Área 2, Ciudadela 15 de Setiembre es una comunidad cuyos residentes viven deprivados en lo social y lo cultural; lo interesante para los objetivos socioculturales del presente trabajo sería el poder verificar (en varios lugares) hasta qué punto la educación formal provoca cambios significativos en el comportamiento político de los individuos (vigencia de los valores cívico-democráticos) como así lo hizo en Brasil un interesante estudio, publicado en los cuadernos de Capel (Centro de Asesoría y Promoción Electoral IIDH), que logró constatar "que la proporción de los que afirman tener algún interés por la política es tanto mayor cuanto mayor es su nivel de instrucción. De esta manera, el interés por la política es una variable que se distribuye en forma diferente entre los diferentes estratos y individuos que componen la sociedad. Señalar cuáles son los factores más determinantes en dicha variación constituye un problema relevante a investigar."[14]

Lo anteriormente apuntado tiene importancia, pues uno de los propósitos del presente trabajo es originar un posterior estudio basado en hipótesis derivadas de esta primera investigación, que de ser verificadas, contribuirían al desarrollo de nuevas proposiciones y al enriquecimiento teórico y quizá práctico. Podríamos vernos abocados entonces a constatar las diversas formas de encarnar los valores universales presentes en América Latina (y la contribución de cada uno de los países) y la existencia de una cultura política (amor por la paz, la libertad y la tolerancia, en el marco de los principios de cooperación, solidaridad social y autodeterminación de los pueblos) forjada en la escuela, a través del rescate de nuestro patrimonio histórico (¿Cómo se podría ayudar a detener la depredación cultural y ecológica y asegurar la sobrevivencia de las minorías étnicas, para de esta forma garantizarle a las nuevas generaciones el conocimiento de su pasado?) y la difusión del pensamiento de nuestros mejores hombres.

En esto ha estado trabajando el Ministerio de Educación de Costa Rica al impulsar la publicación de libros de texto para las diferentes materias de la educación primaria así como para la enseñanza y lectura de las diversas lenguas vernáculas. En relación con el primer punto cabe apuntar que las ilustraciones que aparecen impresas a cuatro colores corresponden a temas y situaciones netamente costarricenses. Para su elaboración se contó con el financiamiento del AID y con la experiencia de maestros y profesores costarricenses. Con su utilización se pretende introducir un cambio de actitud, al valorar lo que es nuestro y criticar lo erróneo y deficiente. La presencia de autores nacionales es mayoritaria, sin descuidar la riqueza que nos pueden aportar otros escritores. Del marco conceptual y de los objetivos que dieron pie a este esfuerzo es importante mencionar que se persigue el rescate de nuestros valores y la protección del patrimonio cultural y ecológico y el desarrollo de "actitudes de comprensión y respeto por el ser humano sin distingo social, de raza o sexo". A su vez, se introducen una serie de valores de cambio, pues la mujer aparece desempeñando *roles* no usuales en el pasado y el hombre compartiendo los *roles* hogareños. Además cabe decir, que son los únicos libros en Latinoamérica en donde aparece la madre amamantando a su bebé. Con las actividades de enriquecimiento se persigue que el educador y el educando se interesen por enriquecer el currículum, cosa que fomenta el deseo de superarse y la mayor capacidad intelectual que presenten algunos estudiantes. La dramatización de escenas, el cultivo y descubrimiento de los valores cívicos y el poner en alta estima la contribución del trabajo del campesino a nuestro desarrollo económico son algunos de los propósitos que se integran a la labor docente, con lo que se contribuye a superar la concepción bancaria de la educación y el estudiante deja de ser un mero receptáculo de depósitos. A su vez, cabe hacer mención de la publicación de cuadernos de trabajo, importante complemento de estos libros de texto y de las guías didácticas del maestro; con esto último se busca que los libros de texto se conserven y cuiden y así puedan ser utilizados por las nuevas generaciones.

Esta nueva concepción responde de manera efectiva a la antigua situación imperante, que en el caso del libro "Paco y Lola", reforzaba una visión

---

13. United Nations Social Defense Institute. Publicación núm. 22. El desajuste social juvenil y los. . . Fratelli Palombi Edotori Rma, 1984, pág.

14. SADEX, María Teresa y BORGES, José Antonio. **Educación y ciudadanía: La exclusión política de los analfabetos en el Brasil.** Cuadernos de Capel núm. 4, pág. 21.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esteriotipada de la realidad, al estilo "Mamá amasa la masa y papá lee el periódico". Por otro lado, a los textos de la ROCAP (Oficina Regional para Centroamérica y Panamá) pues además de que no se capacitó a los maestros para que los usaran con propiedad, integraban una serie de elementos de lenguaje y situaciones que no se adecuaban a nuestra realidad. La concepción del aprendizaje, la metodología, los conceptos utilizados y el tipo de contenidos eran iguales para toda el área centroamericana, con lo que se soslayaban las especificidades de cada país; solo el texto de estudios sociales sí presentaba algunas diferencias de país a país.

En relación con los libros de texto para la enseñanza de las lenguas vernáculas, la Asesoría Nacional de Educación Indígena ha desarrollado una monumental labor en este sentido. A su vez se ha preocupado por la elaboración de mapas, láminas y carteles que muestran los diversos grupos que habitaban en nuestro territorio y la riqueza lingüística que nos caracterizaba.

El decreto núm. 16619 establece que el servicio docente en las regiones aborígenes "se brindará dentro del contexto bilingüe y bicultural de las comunidades indígenas y se orientará hacia la revalorización de las condiciones psicosocioculturales del aborigen y su comunidad"; con lo anterior los aborígenes no quedarán en desventaja ante la minoría blanca y el proceso educativo se verá beneficiado. Con este decreto del 19 de octubre de 1985 se abre el camino para que se atiendan en verdad las necesidades pedagógicas de la mayoría aborigen y se garantiza que el niño aborigen no vaya a recibir una educación como la que recibe cualquier individuo de la ciudad.

De esta forma, los libros de texto se convierten en un importante recurso que sirve como complemento a la tarea del docente y a la labor de promoción y fomento de los valores autóctonos, cuestión que en el caso del idioma inglés criollo (patrimonio común de los pueblos afrocaribeños) merece especial atención, pues al igual que en el caso de los lenguajes vernáculos aborígenes, es vehículo importante para el fomento, protección y rescate de las tradiciones populares: "Ella quería que sus hijos estudiáramos en las escuelas de Jamaica, que aprendiéramos inglés. Le interesaba más el inglés que el español. En esos días todavía mi abuela estaba viva en Jamaica. Yo no le caía muy bien porque en Costa Rica me había acostumbrado a desayunar pan. Allá solo comían fruta de pan en las mañanas. En Jamaica era más barato que el pan. Yo le caía pesado porque siempre estaba pidiendo pan. Mi mamá me dejó con mi abuela y se fue para Cuba. Estaba trabajando allá lavando y planchando la ropa a los paña. Me llevó de regreso y me anotó en la escuela. Pero no me podía llevar bien con los chiquillos paña. Sólo hablaban español. En Cuba hay paña blancos y morenos. Pero en esos días, cuando se daban cuenta que uno hablaba inglés y venía de Jamaica lo llamaban a uno "jamaiquino" como ofensa, y nos peleábamos a cada rato. Entonces no regresé a la escuela. Mi mamá me mandó a una escuela de inglés. Había una señora negra de Jamaica que daba clases en inglés y llegué hasta el cuarto grado. Luego ya no tuve oportunidad de seguir estudiando. Empecé a ayudarle a mi mamá vendiendo periódicos y hacía mi buena plata". Esta historia de Mister Martin Luther es la de un "joven inquieto que luchó por sobrevivir en un mundo desconocido y a veces injusto", nos sirve para hacer énfasis en una importante conclusión a que llega Paula Palmer en su libro "Wa'apin man": Sin contar con el apoyo del Ministerio de Educación Pública, a los limonenses se les dificulta mucho mantener sus escuelas de inglés, y a través de ellas, su idioma materno y su identidad cultural.[15] El olvidar la gravitación de estas variables ha motivado a su vez una serie de inconformidades con el programa de alfabetización para refugiados nicaragüenses, que el Ministerio de Educación de Costa Rica está impulsando en asocio de ACNUR, "pues los padres de las criaturas no han estado de acuerdo —ni podían estarlo— con la orientación del programa de Estudios Sociales, porque desubica a los menores de su ambiente nativo, es decir de su realidad de origen".[16]

A este respecto vale la pena referirse a los esfuerzos que hace el gobierno de Venezuela y su ministerio de educación (que fueron notificados a los delegados de los diversos países del continente con ocasión del "curso-taller internacional

15. PALMER, Paula, **Wa'apin man**, Imprenta Nacional, págs. 17, 132-133.

16. COTO MARTÉN, Fernando, **El refugiado en situación de peligro social**, IV Curso Interamericano de Derechos humanos IIDH, pág. 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobre gestión de sistemas educativos y políticas públicas", organizado por el ICAP —Instituto Centroamericano de Administración Pública— y la OEA) dentro de una dimensión latinoamericanista, pues han preparado sus libros de texto en dos idiomas (español e inglés) con el propósito de lograr su difusión entre las minorías étnicas del continente. Los delegados venezolanos estuvieron en la provincia de Limón (Costa Rica) repartiendo estos libros. Cabe decir, sin embargo, que el foco de interés en este curso-taller se centró en el análisis de los problemas educativos desde el punto de vista de la gestión pública (visión eminentemente tecnocrática y microadministrativa), mientras la perspectiva macroeducativa (o sea la centrada en los aspectos educativos y en el desarrollo humano con miras al año dos mil) no captó la atención, cosa que es un interesante indicador de la situación imperante en el continente. Es importante mencionar que a una mayor formación cultural (especialistas en ciencias sociales) de los asistentes a esta actividad, correspondió un mayor interés por los aspectos macroeducativos.

Los organizadores de este curso-taller consideraron que no se había logrado cumplir con el objetivo que pretendía, desde una perspectiva filosófica, esclarecer la relación del sector educación con el sector de planificación económica y social, cuestión que demandaba un enfoque político de la situación, que pudo haber rematado con el conocimiento del nivel de prioridad asignado al objetivo social de recuperar y fomentar las tradiciones populares y proteger el patrimonio histórico, dentro de los diferentes estilos de desarrollo imperantes en América Latina.

Para terminar la presente introducción es necesario hacer referencia a la necesidad de desarrollar en las escuelas un programa de educación ambiental que persiga infundir una conciencia ecologista en los niños. La naturaleza es el mejor libro y de ella podemos aprender innumerables conocimientos, cuestión todavía más evidente en el caso de las escuelas rurales que demandan una orientación agrícola y pesquera más marcada. Del bosque y del mar se obtiene la materia prima para elaborar artesanías y desarrollar la arquitectura vernácula, tan importante para asegurar la continuidad histórica de los pueblos y el contacto con sus raíces. De la misma forma, la naturaleza guarda en su seno innumerables hierbas, cortezas y bejucos que son una verdadera garantía para el tratamiento de las enfermedades y para combatir otros males, tales como la mordedura de serpiente venenosa, cuestión que cobra un especial interés si observamos los fracasos de la alopatía y la explotación que sufrimos por parte de las transnacionales farmacéuticas, que se aprovechan del estado precario de salud e higiene imperantes y de la violación de las leyes de la naturaleza que ha consumado el hombre. En efecto, la sociedad de consumo ha hecho que cada día el hombre se aleje más de la naturaleza y se olvide de la importancia de mantener una relación armónica con ella.

La revista Biocenosis de Educación ambiental (Fundación de Parques Nacionales, San José, Costa Rica; Universidad Estatal a Distancia) ha comenzado a incluir en sus ediciones una sección de literatura infantil ecologista, que sirve de apoyo a la labor del maestro a este respecto. En ella, los seres de la naturaleza cobran "vida humana" con lo que se proyecta un importante mensaje de respeto a la vida, que contribuye de manera positiva a la formación del carácter de los niños: "En la actualidad se habla de un derecho humano al medio ambiente y eso no se circunscribe al hombre en tanto sujeto de derecho, sino que, además, debe hacernos pensar que las plantas, los animales y en general los ecosistemas, también tienen que ser objeto de una especial protección jurídica. Mucho se lograría si todos comprendieran estos problemas, y si los órganos públicos realizaran una labor de educación y persuasión; porque la verdad es que el Derecho cumplirá mejor su cometido cuando los hombres lo acaten voluntariamente y no sea necesaria la instancia represiva y la sanción penal resultante".[17]

Al plantear una estrategia educativa congruente con los objetivos socioculturales precitados, hay que tomar muy en cuenta la interdependencia que existe entre cultura y medio ambiente. La propaganda comercial aprovecha que los niños se sienten muy atraídos por los animales para promover productos y golosinas que no alimentan y dañan la salud. Los casos de Comelón de Harricks y de Carietón de Colgate constituyen un ejemplo de este fenómeno, pues además de corresponder a una representación irreal, sustituyen a los personajes-animales que generación tras generación

17. COTO MARTÉN, Fernando, **Notas criminológicas sobre el delito contra la naturaleza y el medio ambiente.** Revista Judicial. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, núm. 36, pág. 123.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

han ocupado la mente de los niños y desarrollado un importante papel en su mundo de fantasía.

Para el maestro, que busca atraer la atención de los niños, la utilización de este recurso es imprescindible para llegarle con algún mensaje positivo al infante. Nuestros aborígenes se inspiran en la figura animal para elaborar sus creaciones. Asimismo, el animal es personaje importante en los mitos y leyendas aborígenes y referente empírico en los ritos de iniciación. El simbolismo ornitomorfo y la utilización de plumas con propósitos mágicos se conjugan en la mentalidad primitiva, que se ve asimismo insuflada por el fenómeno de la transformación del hombre en animal.

Lo anteriormente apuntado nos sirve para impulsar el espíritu creativo del maestro y la perseverancia de sus alumnos, pues es necesario un entusiasta esfuerzo dirigido a superar el letargo y el trastrueque de valores que contemplamos.

Según el Dr. Víctor Manuel Valle, especialista principal del Departamento de Asuntos Educativos de la Organización de los Estados Americanos, "Hay conciencia entre los dirigentes educacionales de que la administración es, con frecuencia, deficiente y consecuentemente existe la convicción de que hay urgencia para lograr una administración culturalmente pertinente y adecuada, pedagógicamente eficaz, políticamente efectiva y económicamente eficiente."[18] Este criterio, no rima con el escaso interés observado por los representantes gubernamentales en el curso-taller internacional sobre gestión de sistemas educativos y políticas públicas celebrado en Costa Rica, cosa que nos puede llevar a considerar la proposición de que en los sectores docentes y administrativos es dominante una mentalidad burocrática, que solo se interesa por aumentar sus prerrogativas y por escalar posiciones en el servicio civil.

Desde nuestra perspectiva, al valorar las potencialidades expansivas que brinda el entorno natural y al reforzar el interés por las ciencias naturales y la investigación, se combate la pereza intelectual y se da un importante paso que nos abre el camino hacia una nueva estructura educativa.

Nuestro trabajo, que pretende circunscribirse a un asunto concreto, no puede dejar de referirse, aunque sea de manera tangencial, al importante aspecto de la enseñanza no escolarizada, pues es a través de la transmisión de las pautas culturales como las sociedades se perpetúan, proceso que la nueva escuela ha de hilvanar: "En la medida en que los niños crecen se van familiarizando con las ocupaciones de sus progenitores. El muchacho acompaña a su padre en los viajes de caza y pesca, tan pronto como está en capacidad de hacerlo. El padre le fabrica juguetes, como canoas pequeñas con sus remos; más tarde obtiene pequeños arcos y flechas para practicar disparando a los pájaros y peces. Las niñas quedan en casa y aprendan las artes domésticas; también acompañan a la madre cuando ésta se dirige a pescar con anzuelo o a la plantación."[19]

Es importante, entonces, que la educación formal fomente la autonomía cultural y la reproducción del modo de vida de los diversos pueblos y se aleje del "estilo prescensial", aquel en el que los educandos no participan vivamente de la acción educativa, sino que se limitan a oír al maestro y a ver lo que éste hace.

* * *

18. VALLE, Víctor Manuel, **Investigación participativa y gestión de sistemas educativos,** Artículo dado como material en el curso-taller mencionado.

19. CONZEMIUS, Eduard, **Miskitos y Sumus,** Editorial Libro Libre, págs. 299-300.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE DE LA DEUDA EXTERNA LATINOAMERICANA*

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

"Para el jurista carece de sentido la noción de acto intangible, tanto en el orden internacional como en el interno."
ROUSSEAU Charles.

ÍNDICE

Pág.

I. Introducción 152
A. Orígenes 152
B. Lo civil y lo mercantil 153

II. Presupuestos 154
A. Presupuestos fácticos 154
B. Presupuestos teóricos 156
C. Presupuestos axiológicos 160

III. Conclusiones 164
A. El futuro si sigue el mismo juego 164
B. Papel del jurista; la hora del Derecho Privado 165
C. Un derecho común. Tendencias unificadoras 165
D. Centralidad de la persona 165

(*) Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Lima, Perú, en el congreso ***Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado,*** *organizado por el Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali latinoamericani (ASSLA). Lima, 5, 6 y 7 de setiembre de 1988.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco al comité organizador y al Colegio de Abogados de Lima la amable invitación para participar en este nuevo encuentro sobre las perspectivas del Derecho Civil latinoamericano. Por su actualidad e importancia he seleccionado el tema de la *"excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana"*, una de las doctrinas, dentro del amplio tema de la variación sobrevenida de las circunstancias, que —como expresa Espert Sanz— han servido para paliar las graves consecuencias que la inflexible exigibilidad literal de los contratos podría haber producido".[1]

Me propongo afrontar el tema de la deuda externa de América Latina, siguiendo las oportunas indicaciones metodológicas elaboradas por el profesor Sandro Schipani de las universidades de Sassari y Roma II, así como las acertadas intuiciones del profesor Max Arias Schreiber Pezet, de la Universidad de San Marcos de Lima, desde la perspectiva milenaria del Derecho Privado, a partir de las siguientes premisas:

a) El Derecho es un producto cultural cuya razón de ser y devenir es de orden axiológico; es instrumento de satisfacción de intereses humanos, dentro de un marco de valores. La tridimensionalidad (hecho, valor y norma) de lo jurídico reiteradamente sostenida por Carlos Fernández Sessarego y Miguel Reale, encuentra, en esta constatación, la razón humana esencial de su existencia.

b) Las transformaciones de las circunstancias conexas con la estratificación económica internacional imperante han determinado un rompimiento de la equidad (si es que ha existido en algún momento) de los términos de intercambio internacionales, han afectado el equilibrio de buena parte de los vínculos comerciales, en especial, los de orden financiero y han incidido sobre la soberanía de las comunidades nacionales y sobre la dignidad misma de la persona humana.

c) En nuestro subcontinente, bendecido con riquezas naturales envidiables, el resultado ha sido un descenso en la tasa de crecimiento económico, un aumento en los déficit en la balanza de pagos y también, como consecuencia, un aumento en el endeudamiento externo. Esta es una realidad constatable económica y matemáticamente.

d) Dentro del subsistema latinoamericano existen principios para dar respuesta a la incidencia de las transformaciones de las circunstancias sobre el equilibrio contractual.

A. ORÍGENES.

Ya en la antigua India encontramos la idea de que los cambios en los supuestos fácticos de un contrato pueden afectar su eficacia. De este principio hay manifestaciones en el Código de Manú,[2] lo mismo que se encuentran disposiciones específicas sobre la prohibición de intereses y sobre la llamada lesión enorme.[3]

El profesor Max Arias Schreiber,[4] acertadamente,en su obra EXÉGESIS, ubica el génesis de la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, dentro de nuestra tradición romana, en la filosofía de Marco Tulio Cicerón, precisamente en su obra "Los Oficios".[5] Coincide en esta opinión Osti,[6] quien agrega la figura de Séneca y demuestra posteriormente la continuidad de estas enseñanzas dentro del sistema romano de Derecho Comparado, gracias a la influencia de estos autores, tanto en la Glosa, como en el Decreto de

---

1. ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato.* Editorial Tecnos, Madrid, 1968, p. 22.
2. "Cada quince días, según que el precio de los objetos sea más o menos variable, el rey debe reglamentar el precio de las mercaderías en presencia de expertos". MANAVA DHARMA SASTRA, Editora Nacional, México, D. F., 1968, p. 283.
3. "Que el que presta no reciba. . . ni el interés del interés. . . ni un interés arrancado a un deudor en un momento de apuro". MANAVA, *op. cit.*
4. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, *Código Civil peruano de 1984,* Exégesis, tomo I, **Contratos, parte general,** Studium Editores, Lima, 1987, p. 222.
5. Motivado por las observaciones del profesor Arias Schreiber Pezet busqué en el libro de Cicerón citado el tema y encontré el siguiente texto que considero de especial interés: ". . .muchas cosas que naturalmente parecen honestas, dejan de serlo según las circunstancias; el hacer lo prometido, cumplir los pactos, pagar los depósitos, mudada la utilidad, se hacen torpes". CICERÓN, *Los oficios,* Espasa-Calpe, Madrid, 1968, p. 152.
6. OSTI, Giuseppe, La cosi detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico, texto que obtuve gracias a la colaboración del distinguido profesor Sandro SCHIPANI de las universidades de Roma y Sassari.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Graciano que reproduce pasajes de Cicerón. Se suele citar también un texto de Neratius (Digesto Lib. XII, tít. 4, Fr. 8) como base de la aplicación medieval del principio.[7]

La propia tradición ibérica, presenta algunas manifestaciones de afirmación de este equilibrio contractual que se encuentra detrás del tema. En efecto, en el Fuero Real, de don Alfonso el Sabio (Códice del Escorial) se encuentran algunas formulaciones derivadas de este principio, en particular con referencia al precio de la venta y su relación con el valor de la cosa vendida.[8]

El principio es aceptado en forma más generalizada en la época de los glosadores.[9]

Hoy, como veremos luego, la mejor doctrina latinoamericana se manifiesta favorable en relación con la admisión de los cambios en las circunstancias como elementos que afectan la eficacia contractual.[10]

La relevancia e incidencia de los cambios en la situación real sobre la eficacia de los contratos, de este modo proclamada por las más diversas fuentes (antiguas, medievales y modernas), es el elemento de juicio clave que ha de imperar en el análisis del problema jurídico y financiero que presenta la insostenible situación actual de la deuda externa latinoamericana.

B. LO CIVIL Y LO MERCANTIL.

La distinción entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil tiende cada día más a desaparecer, ante la constatación de la existencia de principios de Derecho Privado, capaces de abrazar ambos sectores. Son varias las legislaciones que han unificado el tratamiento (en particular Suiza en materia de obligaciones, también Italia y Perú han dado el paso hacia la unificación).

Los valores a que haremos referencia entran en esta zona de patrimonio común. Precisamente, la relevancia de la transformación de las circunstancias ha sido considerada como uno de los principios generales del Ordenamiento.[11]

Se trata pues, de determinar y fijar los valores aplicables tanto a las relaciones civiles como a las mercantiles.[12]

En América Latina se ha afirmado que las necesidades del comercio internacional impulsan la unificación en materia de teoría general de las obligaciones, base que, de conformidad con conclusiones del mismo UNIDROIT puede cimentar la codificación progresiva del Derecho del Comercio Internacional.[13]

La común tradición jurídica de que son partícipes nuestros pueblos es otro factor cohesionante positivo. Es "más fácil alcanzar los propósitos de una unificación internacional en aquellos países que han sufrido sucesivamente la común influencia del Derecho Romano y del Código Napoleón, como es el caso de los países latinos",[14] cuya comunidad terminológica y axiológica permite hablar del sistema latinoamericano como realidad cultural con contornos altamente definidos.

---

7. "Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur". V. DA SILVA PEREIRA, Cayo Mario, *Resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente,* en **El Código Civil peruano y el sistema latinoamericano,** Cuzco Ed., Lima, 1986, p. 422.

8. "Ningun ome non pueda desfacer vendida que faga por decir que vendió mal su cosa, maguer que sea verdat, fueras ende si la cosa valia cuando la vendió mas de dos tanto de por quanto la dió, ca por tal razon bien se deve desfacer toda vendida si el comprador non quisiere complir el precio derecho, ca en poder es del comprador, o desfacer la vendida, o de dar el derecho precio e retener lo que compró". *Fuero Real,* Libro III, Ley V. Facsímil de Imprenta Real, Madrid, 1836, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1979, p. 88.

9. V. DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe,* Bosch, Barcelona, 1965, p. 153.

10. V. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max (con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco), *Exégesis,* tomo I, Studium, Lima, 1987, p. 223. También v. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil mexicano,* E. Antigua Librería Robredo, México, 1960, p. 461.

11. V. BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni Diritto Privato,* Zanichelli, Bologna, 1973, p. 472.

12. V. HINESTROSA, Fernando, *Unidad y heterogeneidad del Derecho Privado,* en **Estudios Jurídicos,** Umaña Trujillo, Bogotá, 1983, p. 559.

13. V. MELICH ORSINI, José, *Estudios de Derecho Civil,* E.J. Alva, Caracas, 1986, p. 499.

14. Op. últ. cit., p. 500 y BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, *Propuestas para un régimen integrado de obligaciones y contratos. 100 años del Código Civil de la Nación,* **Ministerio de Justicia, Bogotá, 1987, vol. I, p. 321 y, en particular, p. 329 sobre la revisión contractual.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. PRESUPUESTOS

A. PRESUPUESTOS FÁCTICOS.

1. *Latinoamérica y Costa Rica en Latinoamérica. Desproporción PNB, exportaciones y deuda externa.*

Diversos factores han determinado un empobrecimiento súbito e inesperado de nuestros pueblos: descenso en los precios internacionales de muchos de nuestros productos de exportación, aumento de precio de los productos importados (particularmente repentino en el caso del petróleo hace pocos años), aumento en las tasas de interés, reducción de crédito blando. . .

A nivel global, Latinoamérica ha visto agravarse el costo de su propia supervivencia con deudas enormes.[15]

No se trata de un simple "venir a menos" de la situación de los deudores latinoamericanos, sino de acontecimientos extraordinarios, objetivos, externos, que han determinado una excesiva onerosidad sobreviniente de las prestaciones a que estaban obligados.

No se trata, tampoco de un simple problema de Derecho Comercial; ni siquiera las obligaciones singulares pueden desligarse de esta observación, por tratarse de elementos de una globalidad que merece consideración. La deuda externa y, en particular la deuda pública externa presenta una diferencia fundamental frente a las obligaciones mercantiles internas particulares, donde acreedor y deudor son de (o viven en) un mismo territorio.

La diferencia se encuentra en que en la deuda externa es necesario transferir divisas fuera de la comunidad nacional; en cambio, las deudas internas lo que hacen, simplemente, es redistribuir recursos dentro de una misma comunidad; en palabras de Heilbronner: "a nivel nacional, la deuda interna no nos hace ni más ricos ni más pobres".[16]

El contraste, "mutatis mutandis", ha sido hecho por Heilbronner entre lo que significaría una deuda de una familia para con otra y lo que sería una deuda entre miembros de una misma familia o bien, entre lo que significaría la existencia de una deuda de una sociedad para con otra, en contraposición a una deuda entre dos filiales ("branches") de una misma empresa.

La gran tragedia, aparentemente sin salida, del problema de la excesiva onerosidad sobreviniente de la deuda externa latinoamericana es que ésta "crece, en términos reales, a una tasa mayor que la producción nacional"[17] y esta situación incide sobre la dignidad humana misma de los pueblos, que ven, con ello, afectadas sus posibilidades de desarrollo.

Los países en desarrollo, a partir de 1984, reciben menos capital a mediano y largo plazo que el que giran para el servicio de la deuda exterior.[18]

El problema comenzó a gestarse en los años setenta con el relajamiento de los controles y políticas de orden financiero, prudencia y control monetario que imperaron en la década anterior y con el rompimiento de los topes máximos para el servicio de la deuda (de un 16% pasaron hasta un 50% del valor de los ingresos por exportaciones) y el crecimiento de la participación de la banca comercial (con crédito más flexible, pero más costoso). "El problema de la deuda externa entra así en un proceso acumulativo que deviene explosivo".[19]

La explosión del problema ocurrió el 24 de julio de 1981, cuando Costa Rica comunicó a sus acreedores la moratoria en sus pagos, con un atraso de 50 millones de dólares, siendo en esto la primer nación y siendo también la primera en entrar en etapa de renegociación.[20] Posteriormente habría de producirse en Nueva York, tristemente el célebre fallo "Allied Bank International contra Banco de Crédito Agrícola de Cartago" donde, finalmente, no se aceptó la doctrina del "act of State" y se afirmó que, como los créditos estaban localiza-

---

15. En 1986 la de Brasil era de 110.000 millones de dólares; la de Argentina era de 51 mil millones. Hoy la de México supera los 100.000 millones.

16. HEILBRONNER, Robert, *The Economic Problem.* **Prentice Hall,** New Jersey, 1984, p. 233.

17. ROMERO, Jorge Enrique, *Deuda externa: otra cara de la crisis,* **Revista de Ciencias Jurídicas,** Nº 59, enero-abril 1988, p 76.

18. V. FOUCHARD, Philippe, *Financement et endettement internationaux. Aspects Juridiques.* **Revue Internationale de Droit comparé.** Nº especial, vol. 8, París, 1987, p. 638.

19. V. LOW MURTRA, Enrique, *Financement et dette extérieure.* **Journées de la Société de législation comparée,** Anne 1986, Nº especial, vol. 8, p. 664 y ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Deuda externa: otra cara de la crisis, op. cit.,* p. 93.

20. ROMERO, *Deuda externa. . ., op. cit.* , ps. 77 y 78.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dos en Nueva York, las medidas costarricenses constituían una tentativa unilateral de romper las obligaciones comerciales de Derecho Privado y por ello eran contrarias a la política de los Estados Unidos.[21]

Posteriormente, como sabemos, el Gobierno peruano sostuvo la limitación unilateral de los pagos de servicio de la deuda en un monto fijado por el propio país deudor (en el caso peruano se habló, al principio, de un 10%); esta solución ha sido considerada arbitraria, antijurídica y atentatoria contra nuevos empréstitos, además de que rompe el sistema.[22]

Otra tesis que también rompería el sistema es la de Fidel Castro; parte del carácter impagable de la deuda; pretende un aglutinamiento de fuerzas y propone una declaración de los deudores de una moratoria colectiva e indefinida y un pago de la deuda con un porcentaje de los presupuestos militares de las grandes potencias. . .[23]

Recientemente, el Dr. Oscar Arias, Presidente de Costa Rica y Premio Nobel de la Paz, afirmó que "el pago de esta deuda debe adaptarse a la capacidad de los Estados deudores, debe concordar con nuestras posibilidades de ingreso provenientes de exportaciones; no es justo que sigamos destinando casi la tercera parte de esos ingresos sólo para atender el pago de intereses".[24]

Además como ha aclarado Segura: "La transferencia inversa está planteando serios problemas, ya que los países deudores tienen que crear un superávit en moneda nacional para pagar el servicio de la deuda. Dicho superávit debería hacerse con el ahorro interno, pero todos sabemos que éste no existe; entonces se recurre a emisiones inorgánicas, aumentando la inflación y otros males peores. Además, el pago del servicio de la deuda significa la reducción de las importaciones, aumentar exportaciones de bienes y servicios y dedicar los escasos recursos del desarrollo a pagar, sacrificando el crecimiento".[25]

En el caso de Venezuela el servicio de 1988 se calcula en un 40 por ciento de los ingresos estimados por exportaciones petroleras.[26]

En Argentina, en 1985 el pago de intereses representó un cincuenta y dos por ciento de las exportaciones.[27]

El señor Presidente del Banco Central de Costa Rica, Dr. Eduardo Lizano, resumió en dos aspectos el problema: por un lado el esfuerzo en la erogación de divisas para atender la deuda (un tercio de las exportaciones es usado para pagar únicamente intereses) y por otro, lo que esto determina como obstáculo al desarrollo, simplemente porque tales divisas podrían ser utilizadas, por ejemplo, para la adquisición de materias primas, maquinaria y equipo o para bienestar o seguridad sociales.

2. Gestiones, moratorias, renegociaciones.

Nuestros países continúan ensayando alternativas.

Costa Rica considera que "no es perjudicial continuar con la política de endeudamiento externo, en la medida en que los recursos se canalicen al sector productivo".[28] En estos momentos se ha creado un fondo en fideicomiso para adquisición de títulos de la deuda externa (algunos se han adquirido al 17 por ciento de su valor original. . .).[29]

Se anuncia también una posible actitud más flexible de los bancos comerciales acreedores (se habla de una posibilidad de reducción del interés o del valor mismo de la deuda). La intención es llevar a cabo la renegociación con la banca comercial y posteriormente iniciar el proceso con la deuda bilateral.[30]

---

21. U.S. Court of Appeals for the 2nd circuit. Resoluciones de 23 de abril de 1984 y de 18 de marzo de 1985. Cit. p. FOUCHARD, *op. cit.*
22. V. MURTRA, *op. cit.*, p. 664.
23. V. ROMERO PÉREZ, *Deuda externa. . ., op. cit.*, p. 93.
24. V. LA NACIÓN, p. 4/A de 26 de junio de 1988.
25. SEGURA, Jorge Rhenán, *Cumbre de Toronto y deuda externa*, **La Nación**, 23 de julio de 1988, p. 15/A.
26. La Nación, San José, 31 de mayo de 1988. 22-A.
27. V. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 637.
28. SOLÍS, Otón, *Ministro de Planificación*, **La Nación**, 27 de junio de 1988. En estos momentos la situación es la siguiente: la deuda con la banca comercial es de unos mil quinientos millones de dólares; se renegocia en el Club de París, de ella se paga un 40 por ciento de intereses, 5 millones mensuales. Con los organismos multilaterales la deuda es de unos mil doscientos millones; Costa Rica está al día. Las deudas bilaterales alcanzan unos 900 millones.
29. La Nación 2 de agosto de 1988, p. 3/c.
30. NARANJO, Fernando (Ministro de Hacienda), declaraciones en La Nación 2 de agosto de 1988, p. 5/A.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En noviembre de 1986 presenciamos la tercera renegociación —en cinco años— de la deuda mexicana (12 mil millones de dólares), como obra conjugada del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, de los Estados acreedores y de los bancos comerciales. A partir del caso mexicano las renegociaciones se han multiplicado (alrededor de cuarenta países).[31]

En algunos casos ya se han producido condonaciones (el Gobierno alemán lo ha hecho ya con 24 países).[32] También Canadá y Francia han anunciado esta disponibilidad para ciertas situaciones, según lo revelan algunos resultados de la reciente Conferencia de Toronto (de junio de 1988).

3. Insostenibilidad.

La situación es tal que reiteradamente se ha afirmado su insostenibilidad:

"No es posible sacrificar el crecimiento económico para pagar la deuda".[33]

Para FOUCHARD la situación es "insoportable".[34]

Para HINKELAMMERT la deuda es sencillamente "impagable".[35] Este mismo autor habla de sus "dimensiones catastróficas" y de su "impacto destructor".

Coinciden con esto las apreciaciones contenidas en el documento del Vaticano: "Al servicio de la comunidad humana; Una consideración ética de la deuda internacional"; ahí se ha hablado de "intolerabilidad", de "asfixia", de "urgencia", de "supervivencia".[36]

En estas condiciones el desarrollo resulta imposible.[37]

El Gobierno de Brasil ha dicho que "no está dispuesto a pagar con el hambre del pueblo".[38]

Es imperativo buscar alternativas a la deuda externa donde no resulte sacrificado el ser humano.

B. PRESUPUESTOS TEÓRICOS.

1. Aclaración preliminar.

Las anteriores constataciones son importantes porque revelan el carácter excesivo de la onerosidad sobreviniente, más que para cada deudor individualmente considerado, para cada una de nuestras comunidades nacionales. Conviene, pues, revisar los elementos de la excesiva onerosidad sobreviniente para confrontarlos con la realidad latinoamericana y justificar así la reducción a equidad de los efectos jurídicos de la deuda.

2. Los elementos de la excesiva onerosidad sobreviniente.

El supuesto de la excesiva onerosidad sobreviniente está constituido por contratos a largo plazo (de ejecución periódica, continuada o diferida),[39] en general conmutativos u onerosos donde, entre el momento de la estipulación y el de la ejecución de la prestación, ésta se hace excesivamente onerosa;[40] esta onerosidad (en USA se ha hablado de "extreme burden") ha de ser sobreviniente y dependiente de hechos extraordinarios.

Con referencia al tema de la deuda externa no puede dejar de constatarse que se trata de contratos cuyas prestaciones son diferidas o periódicas; o, en general, de ejecución sucesiva.[41]

---

31. V. FOUCHARD, *op. cit.*, p 635.
32. SCHLOZ, Rudolf, Consejero de Cooperación de la Embajada de la República Federal de Alemania. La Nación, 30 de julio de 1988, p. 16/A.
33. ZÚÑIGA CHAVES, Guillermo, Viceministro de Hacienda de Costa Rica, La Prensa Libre, 17 de junio de 1988.
34. Op. cit., p. 638.
35. HINKELAMMERT, Franz, *La deuda externa de América Latina, El automatismo de la deuda*, DEI, San José, 1988, p. 12.
36. V. JIMÉNEZ CASTRO, Wilburg, *Solidaridad internacional de acreedores y de deudores para el logro de una justa y duradera solución al problema de la deuda externa (documento del Vaticano)*, en **Mundo Actual**, San José, año 1, enero-junio, 1988, Nº 1.
37. ARIAS, Óscar, LA NACION, 29 de mayo de 1988, p. 4-A
38. FUNARO, Dilson, Ministro de Finanzas. Cit. p. ROMERO, *op.cit.*, en **Revista de Ciencias Jurídicas**, Nº 59, p. 85
39. V. PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalitá costituzionale*, **Edizioni Scientifiche Italiane**, Napoli, 1983, p. 228
40. V. LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, **Editorial Revista de Derecho Privado**, Madrid, 1956, p. 93. Se ha hablado de una "distorsión de la originaria ecuación económica del contrato". **Ministerio de Justicia**, República Oriental del Uruguay, *Bases generales para la reforma del Código Civil*, 1984, p. 365.
41. Sobre la relevancia del tiempo en los contratos (de ejecución periódica, sucesiva o continuada). V. GIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELII., NATOLI, *Diritto Civile*, 1, UTET, Torino, 1986, p. 903. V. también SOTELA, Rogelio, *La teoría de la imprevisión*, **Revista de Ciencias Jurídicas**, Nº 7, mayo de 1966, San José, p. 165; FONSECA, José Miguel, *Modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas*, en **Revista Judicial**, Corte Suprema de Justicia, Nº 40, marzo de 1987. ps. 35 y ss.; BAUDRIT, Diego, *Teoría general del contrato*, Juricentro, San José, 1982, p. 100. (Quien plantea observaciones sobre las dificultades que plantea el nominalismo monetario en la ley, p. 101). V. también PERLINGIERI, *loc. cit.*, (quien muestra la relevancia de la distinción).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La ejecución diferida, o sea, la existencia del plazo es prácticamente esencial en el préstamo. Precisamente las operaciones de crédito tienen en su base un negocio jurídico donde una parte concede a la otra la propiedad (o disponibilidad, al menos) de bienes fungibles (o realiza prestaciones que indirectamente implican desembolso de dinero) por un tiempo determinado, con obligación de restituirlo (reembolso) del equivalente a término diferido; las más características son de orden financiero y generan, además, las obligaciones de pago de intereses y comisiones. En todo caso, hay un desfase temporal entre el momento en que se recibe la propiedad del dinero y el momento de su restitución.[42]

En relación con el tema de la deuda no puede dejar de recordarse que la doctrina considera como "evento típico" que presenta los caracteres de la excesiva onerosidad sobreviniente, la desvalorización monetaria (y la inflación),[43] la cual, como aclara el profesor Arias Schreiber, es sólo una de sus causas.[44]

La excesiva onerosidad sobreviniente se torna evidente cuando el desequilibrio pone en peligro la misma existencia económica del obligado.[45]

3. *Los efectos: La resolución y la reducción a equidad.*

La transformación de las circunstancias puede conducir a una imposibilidad o a un mayor costo del cumplimiento.

Para algunos, si la deuda externa es, sencillamente, impagable, hay un problema de factibilidad. Lo que no es posible no se debe, se ha dicho.[46] Frente a esta tesis está la de quienes creemos en la posibilidad de su reducción a términos equitativos.

Dado que la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra su fundamento en la ruptura del equilibrio del contrato, resulta comprensible que deba buscarse con prioridad (como lo hace el nuevo Código Civil peruano, con gran acierto) la reducción a equidad de los términos de aquel. Se trata, precisamente, de ofrecer a las partes los medios para afrontar la perturbación de la relación de paridad.[47] Surge, junto a esta posibilidad la resolución del contrato.

La resolución encuentra su fundamento más general en el sobrevenir de una situación de hecho que incide sobre la funcionalidad negocial.

El principio que se encuentra en la base de las diversas formas de resolución (por incumplimiento, por imposibilidad de cumplimiento, por excesiva onerosidad sobreviniente, e inclusive en la llamada resolución convencional o revocación) es el de la relevancia de un hecho sobreviniente que afecta el equilibrio contractual, la composición misma de intereses de la que el contrato es expresión.

También, detrás de la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente se encuentra un principio que trasciende la materia de la resolución y explica el sentido de otras figuras jurídicas destinadas a la tutela de ese mismo equilibrio de intereses; es en el fondo el mismo principio que justifica el remedio de la rescisión por lesión[48] y hasta la propia imposibilidad de cumplimiento.

Particularmente, en el caso de la lesión, se ha admitido la posibilidad de una reducción a equidad: "Sentado que la ineficacia encuentra su motivo en el perturbado equilibrio de las prestaciones deducidas en el contrato. . . se comprende que la rescisión pueda ser evitada por la otra parte ofreciéndose a modificar el contrato en la medida suficiente

---

42. V. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios*, FELABAN, Bogotá, 1979 y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, 1967, p. 64.

43. Así por ejemplo: RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Civile italiano*, Jovene-ed, 1973, ps. 610 y 611, también SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*, Vallardi-ed, Milano, 1972, p. 291. MORA, Fernando, *Discurso académico de apertura del III congreso jurídico nacional*, en **Revista Judicial**, Nº 7, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo de 1978, p. 9. V. también DÍEZ PICAZO, Luis, prólogo a la obra *"La frustración del fin del contrato"* de Vicente Espert Sanz, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 9. En general, sobre la incidencia de la desvalorización monetaria sobre los contratos v. FUEYO LANERI, Fernando, *Corrección monetaria y pago legal*, Editorial Temis, Bogotá, 1978, ps. 8 y ss. y PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 228.

44. V. ARIAS SCHREIBER, *op. cit.*, p. 224.

45. Así el Tribunal Supremo de Alemania, cit. p. LARENZ, *op. cit.*, p. 93. También en la jurisprudencia italiana es constatable esta orientación. V. PINO, Augusto, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 54.

46. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 70.

47. V. CARIOTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel. . . op cit., infra* , p. 385; BETTI, *op. cit., infra*, p. 73.

48. V. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Tecnos, Madrid, p. 317 y BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil argentino, parte II*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1970, ps. 325 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para reintegrarlo a la equidad",[49] aunque más acertada parece la prioridad que se da en el nuevo Código Civil peruano, en el caso de ejercicio de la acción por excesiva onerosidad sobreviniente, a la reducción a equidad. Debe aclararse que, si bien es cierto que, tanto en la rescisión como en la resolución, la patología se encuentra en la función del contrato y en los intereses que las partes persiguen al celebrarlo,[50] entre ambos remedios hay una diferencia importante: en el caso de la resolución se trata de hechos posteriores a la celebración del contrato que pueden llegar a determinar una eliminación de eficacia (o ineficacia sobreviniente); en el caso de la rescisión por lesión, en cambio, la desproporción entre las prestaciones es originaria y derivada de un aprovechamiento de una de las partes del estado de necesidad o de peligro de la otra; las modalidades del acto en el contrato rescindible están caracterizadas por las circunstancias citadas (estado de peligro o de necesidad) que, ofreciendo a una de las partes la oportunidad de sacar provecho, han condicionado una desproporción entre las prestaciones. En la resolución, en cambio, encontramos un hecho nuevo, posterior al negocio, que perturba el desarrollo normal de la relación; se ubica dentro del concepto técnico de "eliminación".[51] El presupuesto de la resolución, en general, es un hecho objetivo, o el comportamiento de una parte, posteriores a la celebración del negocio, que rompen la composición de los intereses negociales. Esta objetividad y carácter externo de los hechos se encuentra en los que han determinado, en parte, junto a la culpa de acreedores y deudores, la situación de la deuda externa latinoamericana de nuestros días. Se citan como elementos condicionantes de la situación actual y de los mismos recientes refinanciamientos, los cambios en los precios del petróleo, la inflación mundial, el alza en las tasas de interés, entre otros.[52] En particular, el remedio de la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente tiende a tutelar la condición de paridad entre las partes en la fase sucesiva a la celebración del negocio, por lo que se aplica a los contratos de ejecución sucesiva, continuada, periódica o diferida.[53]

4. Derecho Comparado.

Desde el punto de vista del Derecho Comparado, el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente revela un verdadero antagonismo entre las soluciones que tienden a prevalecer dentro del sistema romano, frente a las que imperan en la jurisprudencia del Common Law, las primeras en favor de la revisión de los contratos en el caso de cambio en las circunstancias, en cambio, las segundas, favorables a la rigidez del contrato, más formalistas y menos equitativas.[54]

a) COMMON LAW.

El sistema de Common Law, cuyas reglas suelen aplicarse a menudo en los contratos internacionales de préstamo, como resultado de renuncias expresas a la propia ley y al propio juez que frecuentemente son exigidas por la parte fuerte de la relación, no desconoce del todo la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente; sin embargo, la jurisprudencia mantiene, por lo general, una actitud restrictiva y formalista. Este es un ejemplo más de quienes —en expresión de Díez Picazo— "no han conseguido despegarse de la anacrónica y estrecha formulación de la llamada cláusula *Rebus sic stantibus*".[55]

El propio Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos en su texto 2-615 establece como excusa de cumplimiento la ausencia de "condiciones presupuestas". Así, en caso de atraso en la entrega, o falta de entrega, en todo o en parte "si el cumplimiento como fue acordado se ha hecho impracticable por el acaecimiento de un hecho (contingency), cuyo no acaecimiento era un supuesto

---

49. V. BETTI, *op. cit., supra,* p. 371 también COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil,* Ed. REUS, Madrid 1975, t. I, p. 219; TOMMASINI , Raffaele, *Invalidità,* **Enciclopedia del Diritto,** vol. 22, Giuffrè, ed, Milano, 1971, p. 15.

50. V. FRANCESCHELLI, Bruno, *Nozioni Diritto Privato,* Casa Molisana del Libro, Ed Campobasso, 1962, p. 373.

51. V. MESSINEO, *op. cit.,* p. 631.

52. V. FOUCHARD, *op. cit.*

53. V. sobre el punto: SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico,* Jovene, Napoli, 1969, p. 269; MESSINEO, Francesco, *Manuale Diritto Civile e Commerciale,* vol. III, Giuffrè, ed, Milano, 1959, p. 679. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano,* Morano, editore, Napoli, p. 385 y BETTI Emilio, *Teoría general del negocio jurídico,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 373.

54. Sobre el antagonismo entre el "Pacta sunt servanda y la teoría de la imprevisión", v. FUEYO LANERI, *op. cit.,* p. 22.

55. En prólogo a Espert Sanz, *op. cit.,* p. 9.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

básico sobre el cual el contrato fue hecho, o por la necesidad de cumplir de buena fe con cualquier norma aplicable, extranjera o nacional".[56]

Este texto se ubica dentro del tema de la compraventa, pero el principio que se encuentra detrás es, precisamente, la relevancia de las transformaciones en la base del contrato.[57]

No sobra agregar que dentro del Common Law existen principios que complementan lo expuesto:

Por un lado, el concepto de "failure of consideration" es aplicado a los contratos para denotar no necesariamente una falta originaria sino una causa que ha dejado de existir parcial o totalmente.[58]

Tenemos también el concepto de "reasonable" que expresa lo propio y justo bajo las circunstancias.[59]

A su vez, la noción de "mutuality of contract" nos remite a la idea de la validez de una obligación con base en la consideración de la prestación asumida por la otra.[60]

No hay duda de que el principio inspirado en Cicerón es de tendencial universalidad y ha permeado las mismas fuentes legislativas del Common Law. Sin embargo, la jurisprudencia anglosajona se mantiene con un apego rígido a la perspectiva formalista del "Pacta sunt servanda", anteponiendo la forma y la voluntad expresada a la equidad y a la justicia.

Son abundantes los ejemplos de clara excesiva onerosidad sobreviniente que han sido declarados sin lugar por los tribunales anglosajones.

Por ejemplo, un tribunal inglés, cuando fue cerrado el Canal de Suez y los buques debían dar la vuelta al África por el Cabo de Buena Esperanza, consideró que la nueva prestación no era radicalmente diferente de la pactada, pues los gastos adicionales eran "solamente" de un 12,27% sobre el precio contemplado en el conocimiento de embarque.[61] En el mismo sentido , sobre el mismo problema, hay varios casos en la jurisprudencia norteamericana.

En otro caso donde un distribuidor de leche vio incrementado el costo de este producto en un 33 por ciento, se dijo que los riesgos de la inflación estaban adjudicados al vendedor.[62]

Si consideramos el parentesco histórico entre la doctrina del "hecho del príncipe" y la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, encontraremos un ejemplo adicional de la preferencia, dentro de la jurisprudencia del Common Law, del Pacta sunt servanda sobre el Rebus sic stantibus, en el caso Allied Bank International contra el Banco de Crédito Agrícola de Cartago de Costa Rica, los tribunales de Nueva York rechazaron la doctrina del "act of State". Una vez más la jurisprudencia norteamericana se inclina por la preservación de la eficacia contractual, a pesar de la transformación de las circunstancias. Este caso es especialmente significativo, pues se refiere precisamente al tema de la deuda externa.

Se ha concluido en el sentido de que en la jurisprudencia norteamericana no se ha llegado a determinar en qué medida un cumplimiento más costoso puede considerarse diferente del cumplimiento pactado. Con base en una comparación de diversos casos se ha afirmado que, mientras que un aumento de 1.000 por ciento en el costo determina "impracticability", menos de un 100% de incremento no excusa el incumplimiento. He aquí un problema jurídico serio reducido a una arbitrariedad numérica.[63]

b) Latinoamérica

En América Latina la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación estuvo,

---

56. SMITH and ROBERSON, *Business Law*, **Uniform Commercial Code**, West Publ. St. Paul, 1982, ps. 1048 y ss. (24 del apéndice). Excuse by failure of presupposed condictions: Except so far as a seller may have assumed a greater obligation. . . is not a breach of his duty under a contract for sale if performance has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or orden whether or not it later proves to be invalid" (2-216).

57. V. LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 173.

58. V. BLACK, Henry, *Black's Law Dictionary*, West Publ. Co. St. Paul, 1979, p. 534.

59. BLACK, *op. cit*, p. 1138

60. V. Black, *op. cit.*, p. 920 y SMITH AND ROBERTSON, *Business Law*, West Publ. Co. St. Paul, 1982, p. 182

61. Ocean Tramp Tankers Corp. c V/O Sovfracht, 1964, cit. p. EBIN, Linda, *Defining impracticability due to increased expenses*, University of Florida Law Review, vol. XXXII, Spring, 1980, Nº 3.

62. Maple Frams, Inc. v. City School District, 1974. Cit p. EBIN, *op. cit*, p. 526.

63. V. EBIN, *op. cit.*, ps. 523 y 535.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

durante muchas décadas, en el olvido, debido principalmente al auge del liberalismo,[64] a la fuerte tradición formalista y voluntarista que heredamos de algunos ordenamientos extranjeros.

Sin embargo, recientemente, se ha venido produciendo, tanto en la doctrina[65] como en la ley, un renacer de la perspectiva equitativa que tiende a admitir la relevancia de los factores sobrevinientes en los contratos.

En diversas nuevas leyes y, prácticamente, en todos los proyectos de revisión o reforma de códigos civiles en Latinoamérica se encuentra enunciado el principio en examen.

Así lo admite, por ejemplo, el Código Civil boliviano de 1975.[66]

También el proyecto de Código Civil brasileño (aprobado por la Cámara de Diputados) contiene disposiciones que acogen este remedio contractual.[67] Este proyecto coloca en primer término a la resolución y sólo subsidiariamente a la reducción a equidad.

Por su parte, el proyecto colombiano de Código de Derecho Privado establece la posibilidad de solicitar alternativamente la resolución o la reducción a equidad[68] (Proyecto de Valencia Zea).

También en las "Bases generales para la reforma del Código Civil" del Ministerio de Justicia de la República Oriental del Uruguay encontramos el remedio; se otorga ahí al magistrado la posibilidad de optar entre revisar o resolver el contrato.[69]

El nuevo Código Civil peruano de 1984, establece una regulación mejor que las mencionadas, superando en esto a todos los proyectos y códigos que conozco, ya que, en función de la conservación de la eficacia, da prioridad a la reducción a equidad sobre la resolución.[70] Además, incluye los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo natural del negocio.

En Costa Rica, el reciente Congreso Jurídico Nacional 1987, recomendó a la Comisión Revisora del Código Civil introducir, en términos amplios, "la posibilidad de invocar la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación cuando la transformación de las circunstancias afecte el equilibrio contractual".

C. PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS.

1. *Frente a la doctrina del laudo Framatome de la CCI.*

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, en su jurisprudencia, si es que puede hablarse de "jurispruden-

---

64. "El auge del liberalismo trajo aparejado un nuevo ocaso de estos principios", BORDA, *op. cit.*, p. 326.

65. V. ARIAS SCHREIBER, *op. cit.*, ps. 223 y ss.

66. V. ARIAS SHREIBER, *op. cit.*, p. 225 y DA SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 425.

67. Art. 478. "Nos contratos de execucao continuada ou diferida, se a prestacao de una das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolucao do contrato. Os efeitos da sentenca, que a decretar, retroagirao a data da citacao.
Art. 479: A resolucao poderá ser evitada, oferecendose o réu a modificar equitativamente as condicoes do contrato.
Art. 480: Se no contrato as obrigacoes couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestacao seja reduzida, ao alterado o modo de executála, a fim de evitar a onerosidade excessiva. Proyecto: Novo Código Civil. Redacao final de Projeto de Ley Nº 634-B de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados. Publicada no Diário do Congresso Nacional de 17-5-1984.

68. Art. 482: En los contratos bilaterales de ejecución sucesiva o en aquellos en que una o varias prestaciones deben ejecutarse dentro de cierto tiempo, si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por la realización de hechos o acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada puede demandar la resolución del contrato o su revisión equitativa según las nuevas condiciones.
La resolución o la revisión no podrán pedirse si la excesiva onerosidad es parte del álea normal del contrato.
La parte contra la cual se demanda la resolución puede atajarla ofreciendo modificar equitativamente las prestaciones contractuales.
Proyecto de Código de Derecho Privado. Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1980.

69. Op. cit., p. 365.

70. Art. 1440: "En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.
"Prevaleció el criterio de plantear preferentemente la revisión reduciendo la prestación o aumentando la contraprestación, porque se ajusta mejor al espíritu de justicia que es el fundamento de la institución. . ." V. ARIAS SHREIBER, *op. cit.*, p. 229.
Art. 1441: Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:
1) A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia arbitral",[71] ha llegado a establecer el principio "Pacta sunt servanda" (respeto a los pactos), contrapuesto al principio "Rebus sic stantibus" que, más bien, afirma la relevancia de los cambios en el equilibrio contractual. Al respecto DERAINS, Secretario de dicha Corte, nos da cuenta de que con base en el "respeto a la voluntad privada, se ha sostenido que no es posible suponer la existencia de una cláusula "Rebus sic stantibus" y que, por el contrario, los árbitros deben respetar y obedecer las "cláusulas expresas de revisión de precios".[72] La regla usada es la de que, si las partes no han previsto una variación, es porque no quieren una adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. También el profesor FRIGNANI, en su reciente obra "Il Diritto del Commercio Internazionale" explica ampliamente el punto.[73] Los árbitros, sin embargo, han dado alguna relevancia a los factores sobrevinientes; han aceptado el principio de que el acreedor debe minimizar pérdidas, por lo que el rechazo de una oferta razonable en caso de imprevisión determina una disminución proporcional del monto de los perjuicios.

Los principios de este laudo y de otros laudos de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional son discutibles desde diversos puntos de vista; ¿en qué medida es cierta la tesis del laudo Framatome, en el sentido de que se trata de principios que están en la base de toda relación contractual y especialmente en las relaciones internacionales?, ¿en qué medida es cierto que los usos del comercio internacional consagran el principio Pacta sunt servanda?

El laudo Framatome afirma, en su propio texto, que se trata de "principios que están en la base de toda relación contractual, especialmente en las relaciones internacionales y que están consagrados por los usos del comercio internacional y del Derecho Internacional".[74] Si bien es cierto que el propio laudo cita como precedentes otros casos,[75] esta práctica jurisprudencial es la posición que se ha sostenido en esta sede arbitral (la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional) y no necesariamente la posición que ha de obedecer a la equidad y a la consideración técnica de la causa justa, como función de todo negocio jurídico.

La verdad es que el principio Pacta sunt servanda no está en la base de toda relación contractual; hay muchas relaciones contractuales donde rige el principio opuesto, sea porque las respectivas leyes así lo establecen, sea porque las partes lo hayan pactado; son muchos los ordenamientos jurídicos que admiten la revisión del contrato o su resolución por excesiva onerosidad sobreviniente; aun admitiendo la existencia de usos, estos no podrían ser "contra Legem".

Tampoco es cierto que se trate de un principio reconocido por el Derecho Internacional (público o privado). Más bien, la doctrina, en este campo, afirma la teoría según la cual un cambio esencial en las circunstancias de hecho que contribuyeron a la conclusión de un tratado, puede dar lugar a su

---

2) A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.
Art. 1442: Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.
Si no se puede lograr la reducción de la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440.
Art. 1443: No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.
Art. 1444: Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.
Art. 1445: La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440.
Art. 1446: El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

71. La discusión sobre la existencia de una jurisprudencia arbitral ha sido resumida magistralmente por DERAINS, Yves, Secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matiere de vente internationale: experiences et perspectives. Convegno sulla compravendita internazionale. La duda surge del hecho de que los árbitros aplican derechos diferentes, de que no existen publicaciones sobre las resoluciones arbitrales y de que no existen órganos unificadores de criterio. Sin embargo, el autor, ha detectado algunos principios de reiterada aplicación.

72. Cámara de Comercio Internacional, París, Laudo 3896 de 30 de abril de 1982, Casa FRAMATOME c. AEOI.
Cit. p. FRIGNANI, *op. cit., infra.*

73. FRIGNANI, Aldo, *Il Diritto del Commercio Internazionale. Manuale teorico-pratico per la redazione dei contratti.* Ipsoa, Roma, 1986, p. 27 (cit. a CLUNET, 1983, p. 77). En particular en Laudo Framatome c. AEOI, CCC, Nº 3896 de 30 de abril de 1982, cit, en p. 26.

74. Cit. p. FRIGNANI, *op. cit. supra*, p. 27.

75. Texaco c. Libia, Clunet, 1977, 350, y también CCI n-1939 de 1971, y el laudo 1526 de 1968, cit. p. FRIGNANI, *loc. últ. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

caducidad, o por lo menos afectar su fuerza obligatoria. "En otros términos, se supone que los tratados se concluyen bajo condición de que las cosas no varíen —'Rebus sic stantibus'— de manera que un tratado puede cesar de ser obligatorio si las circunstancias existentes cuando fue concluido han sufrido ulteriores modificaciones. . ." —aclara Charles Rousseau—. Esta teoría, aceptada hoy por la mayoría de los autores, es susceptible de construcciones diferentes (por un lado la cláusula tácita, sobreentendida; por otro, el principio de imprevisión).[76]

Continúa expresando el autor citado:

"El examen de la práctica internacional, especialmente en la época contemporánea, revela una serie de casos de denuncia unilateral de los tratados por aplicación de la cláusula Rebus sic stantibus. . . pero. . . el único procedimiento internacional correcto es el de la revisión de aquellos compromisos que por un cambio imprevisible de las circunstancias se han convertido en caducos. Este procedimiento, en un principio episódico e intermitente, tiende hoy a alcanzar un carácter reglamentario, que asume diversas formas, tales como las de una consulta diplomática a iniciativa del Estado reclamante, una readaptación convencional en virtud de una cláusula del propio tratado, o una revisión realizada por el órgano jurisdiccional".[77]

Frente a argumentos como los de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y los de la jurisprudencia norteamericana, atrás mencionada, la mejor doctrina, dentro de la tradición romana, ha sostenido que el desequilibrio rompe el principio de fidelidad al contrato.[78]

2. Solidaridad y corresponsabilidad.

El Dr. Jorge E. Romero Pérez, en reciente valioso estudio sobre la deuda externa, nos da cuenta de importantes expresiones de Javier Pérez de Cuéllar en el sentido de que "no es suficiente que se receten sacrificios a los países deudores; cada vez más se está aceptando que hay una responsabilidad compartida".[79]

La solidaridad necesaria para afrontar el tema de la deuda "supone la toma de conciencia y la aceptación de una corresponsabilidad respecto de las causas y las soluciones. . . reconocer que se deben compartir las responsabilidades en las causas hará posible un diálogo para encontrar en común las soluciones.[80]

Insistentemente, la mejor doctrina (Díez Picazo,[81] Natoli)[82] ha venido insistiendo en la necesidad de considerar el "llamado derecho de crédito" como una situación jurídica compleja, donde el tradicional "poder cobrar" resulta acompañado, tanto de otras diversas facultades, como de deberes y cargas, muchas de ellas establecidas en beneficio del deudor. No es pues ajena a la doctrina la idea de los deberes del acreedor, deberes cuyo incumplimiento puede generar tanto transgresiones esenciales del vínculo contractual (en el caso de los llamados deberes accesorios o instrumentales), como imposibilidad para el acreedor de obtener la satisfacción de su propio interés (como en el caso de la inobservancia de las cargas).

Si el deudor en forma culposa incurre en violación de su marco de necesidad axiológica de conductas, no puede, luego, pretender la plena satisfacción de su interés.

Los deberes del acreedor han sido referidos, acertadamente, en particular por Natoli, tanto a la fase de formación del vínculo, como a la llamada fase de actuación de la relación jurídica obligatoria. De los Mozos ha hablado de la buena fe *in contrahendo.*[83]

Conviene pues detener un poco el examen en los deberes de prudencia del acreedor en la fase de formación del vínculo para determinar si, en al-

---

76. V. ROUSSEAU, Charles, Derecho Internacional Público, Ariel, Barcelona, 1966, p. 66.

77. V ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 67.

78. V. LARENZ, *op. cit.*, ps. 145 y 146, ARIAS SCHREIBER, Max, *op.cit.*, p. 233 y SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p 292.

79. ROMERO, *op. cit.*, p. 87.

80. Pontificia comisión *"Iustitia et pax"*, Vaticano, 1986 en **Mundo Actual,** Universidad Autónoma de Centroamérica. San José, Año I, Nº 1, enero-junio, 1988, p. 48.

81. V. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato. Las relaciones obligatorias.* Tecnos, Madrid, 1972, p. 356.

82. En particular: NATOLI, Ugo, *La regola della correttezza e l'çattuazione del rapporto obbligatorio. Studi sulla buona fede.* Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, Giuffrè, ed, Milano, 1975 y NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, tomos I y II comportamento del creditore. Giuffrè, Milano, 1974, ps. 13 y ss. y BRUSCUGLIA, Luciano, Cessione del contrato, buona fede e condizione sospensiva, en Studi sulla buona fede, *op. cit.*, p. 305 y ss.

83. DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe,* Bosch, Barcelona, 1965, ps. 60 y 223.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

guna medida, se ha producido alguna violación de la buena fe o algún uso extralimitado (abuso del derecho) de su situación jurídica.

Buena parte de la deuda externa es con bancos comerciales (en el caso de Costa Rica ésta es mayor que las deudas con las agencias multilaterales y mayor también que las deudas bilaterales).[84] Entran en juego en buena medida, sin duda, los principios del Derecho Bancario moderno, pero no simplemente los usos y costumbres que se suelen recopilar (como los existentes en materia de crédito documentario o de cobranzas), sino principalmente los principios que la propia técnica bancaria aconseja, los que, por esto mismo, se convierten en principios de prudencia al contratar.[85] Siempre que un deber de prudencia asoma, suele aparejarse alguna forma de responsabilidad a su transgresión.

Acudimos a los principios de los préstamos internacionales, (según las más modernas obras de Derecho Bancario) y encontramos una afirmación constante: la idea de deberes específicos del propio prestamista a la hora de la conclusión del respectivo negocio jurídico.

Concretamente, se ha afirmado que en el análisis de las solicitudes de crédito, los bancos deben proceder aplicando los fundamentos de análisis de crédito generalmente reconocidos; esto significa que corresponde a ellos una evaluación de sus riesgos, utilizando para ella la prudencia.[86] En este análisis los potenciales acreedores no pueden dejar de tomar en consideración aspectos como: la relación entre monto, plazo, finalidad y posible fuente de posterior pago; igualmente, se encuentran en condiciones de valorar el riesgo financiero de personas determinadas, gracias a la red mundial bancaria. Es, en alguna medida previsible, con relación a muchos países y deudores individuales, el riesgo del cambio: "A veces ocurre que aun habiendo el prestatario obtenido éxito en la venta de los bienes que importó —con base en el préstamo— y aun teniendo la suma debida, en moneda local, para pagar su préstamo, puede ser imposible para él obtener los dólares necesarios. . . se presenta entonces incapaz de pagar con dólares".[87]

". . .al considerar un préstamo el banco no debe solamente valorar la actual posición del país del prestatario, con referencia a la liquidez, sino que debe anticipar cuál podría ser esta posición en el momento de la exigibilidad del derecho de crédito. . . las posibilidades de devaluación en tiempos de tensiones políticas y financieras deben ser consideradas".[88]

En los años setenta esta prudencia no se tuvo.[89] Los acreedores mostraron gran ligereza a la hora de otorgar sus préstamos.[90]

También el Vaticano ha hablado de la responsabilidad de los acreedores, dentro de una ética de supervivencia y de "casos en los que se podría en justicia solicitar una revisión".[91]

Los propios acreedores se encuentran amenazados con su ficticio incremento de activos, ya que al conceder préstamos "nuevos" para que sean pagados intereses devengados, realmente no se produce ningún movimiento de dinero; sin embargo, el patrimonio del acreedor aumenta. Este patrimonio ficticio es terreno fértil para plantar la desconfianza generalizada. Hay, pues, un interés de los mismos acreedores por encontrar una solución.

Se trata de constatar el grado de culpa que han tenido los propios acreedores, al conceder sus créditos, lo mismo que los propios organismos multilaterales, como el Fondo Monetario Internacional.

Los acreedores, con su imprudencia, han contribuido a agravar el pasivo de sus deudores. Ya en Francia hay jurisprudencia de la Sala de Casa-

---

84. De conformidad con recientes declaraciones del Presidente del Banco Central, Dr. Eduardo Lizano, de un total de 3.900 millones de dólares, unos 1.600 corresponden a la deuda con bancos comerciales, unos 1.300 con las agencias multilaterales y la deuda bilateral es de unos 1.000 millones.

85. V. ORTIZ, Eduardo, *Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica*, en **Revista Judicial, Nº** 28, de marzo de 1984, p. 27. "Aun en el silencio del ordenamiento. . . basta con que un concepto empleado sea técnicamente determinable. . . para que se entienda que el Derecho acepta la vigencia jurídica de esas reglas dentro de las circunstancias. . .".

86. OPPENHEIM, Peter, *International Banking*. American Bankers Association, Wáshington D.C., 1984, p. 250.

87. V. OPPENHEIM, *op. cit*, p. 256.

88. V. OPPENHEIM, *op. cit*, p. 256.

89. Así FOUCHARD, *op. cit.*, ps. 645 y 646 .

90. V. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p 56 y LOW MURTRA, *op. cit.*

91. PONTIFICIA COMISIÓN, *"Iustitia et Pax"*, *op. cit.*, p. 60.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción[92] que ha establecido, sobre esta base, la responsabilidad del banco acreedor.

Los acreedores han sido negligentes en informarse sobre las capacidades reales de reembolso de los préstamos y han continuado en forma imprudente sosteniendo artificialmente un crédito cada vez más ruinoso.[93] El propio economista Samuelson[94] ha hablado también de una corresponsabilidad del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, los que a veces se han preocupado más por el equilibrio en la balanza de pagos que por el ser humano mismo, razón de ser de lo jurídico, y han estimulado, en muchos casos, más bien, la imprudente actitud y conducta de la banca comercial.

"Esta responsabilidad parcial (pues no excluye la de los deudores) podrá ser un elemento de apreciación jurídica de las operaciones de reestructuración de la deuda internacional".[95]

En concreto, el concurso de responsabilidad tiene su base en la idea de que se responde dentro de los límites de la causalidad imputable a la propia conducta. La mejor tradición jurídica enseña que, cuando concurre la culpa del propio sujeto afectado, cualquier resarcimiento debe quedar limitado, en consideración a la parte del daño imputable a él; una parte ha de ser aceptada por el "perjudicado culpable"; se ha hablado de autorresponsabilidad por concurrencia en la producción del daño[96] aunque, como ha aclarado Busnelli, hay razones para valorar la diversa eficiencia de las concausas.[97]

III. CONCLUSIONES

A. EL FUTURO SI SIGUE EL MISMO JUEGO.

Presenciamos lo que ha denominado FOUCHARD "el financiamiento de los déficit": operaciones financieras que no están ligadas al movimiento internacional de bienes y servicios, ni a la inversión. Este vicio no es de ahora, sino añejo, crónico; desde 1950, América Latina, vista como región, financiaba los servicios de la deuda con nuevos préstamos y, prácticamente desde 1974 se financian los saldos negativos de la balanza comercial por medio de préstamos. América Central financia todos sus intereses adeudados, más el déficit en la balanza comercial, por medio de financiamientos externos adicionales.[98]

Hinkelammert ha hablado del automatismo de la deuda; ésta crece automáticamente a partir de la necesidad de financiar el pago de intereses por medio de nuevos créditos. Hoy la deuda no crece porque la banca da nuevos créditos, sino que la banca da nuevos créditos porque la deuda crece. . . la deuda se ha transformado en una gran aplanadora. A este automatismo de la deuda corresponde otro automatismo: el del crecimiento de la miseria.[99]

Dentro de las perspectivas de solución se ha ofrecido el denominado Plan Baker, expuesto por James Baker, entonces Secretario del Tesoro de los Estados Unidos, en Seúl, en la reunión anual del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, en octubre de 1985. En este plan se proponen políticas de ajuste y de cambio estructural; se habla de la necesidad de una coordinación de esfuerzos del FMI y del Banco Mundial y de una apertura a la inversión extranjera, ideas que no

---

92. CASS 7 janvier 1976, D. 1976, 277. cit. p. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 646.
93. Así FOUCHARD, *op. cit.*, p. 646.
94. Cit. p. ROMERO, *op. cit.*, **Revista de Ciencias Jurídicas,** Nº 59, p. 91 .
95. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 646.
96. En la jurisprudencia costarricense se ha admitido la culpa común en materia extracontractual (Tribunal Superior Civil, Nº 1616 de 8 y 30 hrs. de 15 de mayo de 1978); pero consideramos que se trata de un principio general (tanto lógico como axiológico) que comprende también a la responsabilidad contractual.
97. *BUSNELLI, Francesco D., Nuove frontiere della responsabilità civile,* **Rivista IUS,** anno XXIII, Gennaio-giugno, 1976, fasc. I y II, p. 69.
98. V. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 23.
99. V. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

revelan realmente ninguna novedad. Este plan, aunque reconoce el contenido político del tema, ha sido considerado poco realista. Dentro de sus propuestas se encuentra un incremento de los préstamos de la banca comercial (con elevados tipos de interés, por supuesto) y se exigen reformas desestatizantes y liberadoras del comercio. El propio Fouchard, tantas veces citado, lo considera "insuficiente",[100] insuficiencia, que ya se ha manifestado porque los bancos no han aportado el dinero suficiente.[101] Ya veremos qué efectividad pueden tener las nuevas ideas de la Administración Bush, cuyo fundamento no resulta del todo convincente, pero representan un paso de importancia.

B. PAPEL DEL JURISTA; LA HORA DEL DERECHO PRIVADO.

Ha llegado la hora en que la justicia sustancial del Derecho Privado levante su voz para aportar principios, criterios y soluciones, en relación con el problema de la deuda externa.

Este es el momento de intentar la determinación de los principios generales, relativos al Derecho de Obligaciones, en particular los relativos a la aplicación de la ley en el espacio, a la jurisdicción competente y a los principios de fondo, que son aceptados por los diversos ordenamientos, al menos formalmente (aunque no siempre jurisprudencialmente, como ocurre en el caso de los Estados Unidos, en materia de excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, según hemos visto).

"Todo parece indicar que las dificultades obligan a modificar las opciones tradicionales".[102] Pablo VI, y el segundo informe Brandt (Common Crisis)[103] han insistido en la necesidad de cambios profundos en el comercio internacional .

C. UN DERECHO COMÚN. TENDENCIAS UNIFICADORAS.

La doctrina se ha referido, recientemente, a la necesidad de un Derecho Internacional del endeudamiento, con instrumentos jurídicos para reaccionar frente a las crisis.

El propio documento del Vaticano, antes citado, habla de la necesidad de nuevas normas en el comercio internacional.[104] Este Derecho deberá entenderse como una organización de relaciones financieras internacionales donde no podrá descuidarse el valor de la persona.

Debe tomarse en cuenta, lamentablemente, que nadamos contra corriente, por lo menos, contra las corrientes predominantes en la jurisprudencia del Common Law (cuya ubicación geográfica corresponde al territorio de los acreedores por lo general, para América Latina) y de la misma Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

D. CENTRALIDAD DE LA PERSONA. . .

En los últimos años, insistentemente, la doctrina jurídica ha venido afirmando la necesidad de considerar la persona como el valor supremo y axial de lo jurídico.

Los más diversos sectores han sido permeados de esta orientación realista.

El Derecho de Familia ha dado prioridad a los intereses de los miembros de la familia, en sus nuevas tendencias en materia de igualdad conyugal, igualdad en la filiación e igualdad en el ejercicio de la guarda, crianza y educación, lo mismo que en la tutela del matrimonio de hecho.

El Derecho de Propiedad tiende a afirmar cada vez más la tutela del productor sobre la simple titularidad formal.

El Derecho de Obligaciones conoce nuevas ampliaciones de la responsabilidad civil. Particularmente relevante es, en este sentido, el principio general de responsabilidad objetiva establecido por el nuevo Código Civil peruano, así como la introducción del "daño a la persona", como figura nueva que coincide, en buena parte, con la doctrina italiana del daño a la salud, de reciente desarrollo a partir de los célebres fallos de Pisa y Génova.

El Derecho del Trabajo, el Derecho Penal, el Derecho de los Valores de la Personalidad y muchas otras ramas del Derecho Privado conocen nuevas afirmaciones del valor de la persona.

Sólo el Derecho del Comercio Internacional pretende mantenerse al margen de esta evolución, preservando su esencial patrimonialidad, superponiendo el "Ius strictum", a menudo, a la equidad.

También las regulaciones de orden económico

---

100. *Op. cit.*, p. 637.

101. V. SEGURA, *op. cit.*, p. 15/A.

102. V. MURTRA, *op. cit.*, p. 665 y BRANDT COMMISSION 1983, Common Crisis, North South: cooperation for world recovery.

103. V. THE BRANDT COMMISSION, Common Crisis, North South. Cooperation for world recovery, Pan Books, London, 1983.

104. *Op. cit.*, p. 54.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

son parte del Ordenamiento y no pueden en ellas permanecer ausentes los valores fundamentales.

Ya hay manifestaciones de esta búsqueda de la equidad en las relaciones patrimoniales, tanto en la interpretación de los contratos de adhesión, como en materia de daños imprevisibles, protección al consumidor y protección al débil.

También el Derecho del Comercio Internacional deberá estar al servicio del hombre.[105] El Derecho de la deuda externa, en particular, debe impregnarse de humanismo.

No es posible dejar de lado la incidencia de la situación internacional sobre los derechos humanos y, concretamente, sobre los postulados de la Declaración (de las Naciones Unidas de 1986) sobre el derecho al desarrollo.[106]

"La deuda externa está destruyendo todo: la posibilidad de desarrollo de los países subdesarrollados, la producción interna, el nivel de vida de las poblaciones, el empleo. . . Los presupuestos nacionales se restringen cada vez más a los gastos militares y policiales y a los gastos que ocasiona el pago de la deuda. Se destruyen los sistemas de salud y de educación, las ciudades se deterioran y la miseria golpea. Hasta la misma naturaleza entra en este proceso progresivo de destrucción. El pago de la deuda no permite el cuidado de nada, ni de la vida humana, ni de las condiciones naturales a ella".[107] "Todo lo anterior implica una lesión a los derechos humanos de acuerdo con los tratados y convenios internacionales firmados por países deudores y acreedores. . . esta es una lesión a los derechos económicos, sociales y culturales de la población de las naciones deudoras".[108]

La eminente dignidad de la persona humana exige la organización de la humanidad en una auténtica comunidad internacional, capaz de garantizar a todo nivel la tutela de los valores fundamentales de que es portador el ser humano, sobre el presupuesto de la soberanía de los Estados. Juan XXIII reiteradamente afirmaba que la comunidad de destino del hombre reclamaba la existencia de la comunidad mundial. También la Declaración de Brasilia de 1987 ha hablado de la solidaridad necesaria para afrontar el tema.[109]

Ante este panorama se impone la búsqueda de alternativas comunes; ya en 1984 el Consenso de Cartagena se vio como un instrumento para facilitar la elaboración de soluciones y no como un club de deudores para no pagar.[110]

Latinoamérica es portadora de una tradición axiológica capaz de romper lo que MOUNIER llama "el desorden establecido" y de dar respuesta humana (y no solamente contable) a los problemas de la deuda externa. Nuestros pueblos comparten principios jurídicos, a nivel de subsistema, que se oponen a las prácticas jurisprudenciales del Common Law (principal trinchera de los acreedores).

Se trata también de tomar conciencia del valor, sentido de lo jurídico y enorme riqueza cultural de nuestra "latinoamericanidad" y de intentar su afirmación como bloque en el contexto internacional.

* * *

105. VATICANO, *op. cit.*, p. 46.

106. Resolución 41/218 de la Asamblea General de 4 de diciembre de 1986, donde se determina el derecho al desarrollo como "un derecho humano inalienable y se afirma la persona humana como el sujeto central del desarrollo, al tiempo que impone a los Estados el deber de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del "derecho al desarrollo". En La Revista: Comisión Internacional de Juristas, Nº 37, junio de 1987, p. 55.

107. V. HINKELAMMERT, *op. cit.*, p. 11.

108. V. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Estado social y democrático de derecho ante la crisis*, **Revista de Ciencias Jurídicas**, Nº 60, mayo-agosto, 1988, p. 168

109. V. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Derecho y deuda externa*, Mimeografiado, agosto, 1988, p. 17.

110. V. LOW MURTRA, *op. cit.*, p. 665.