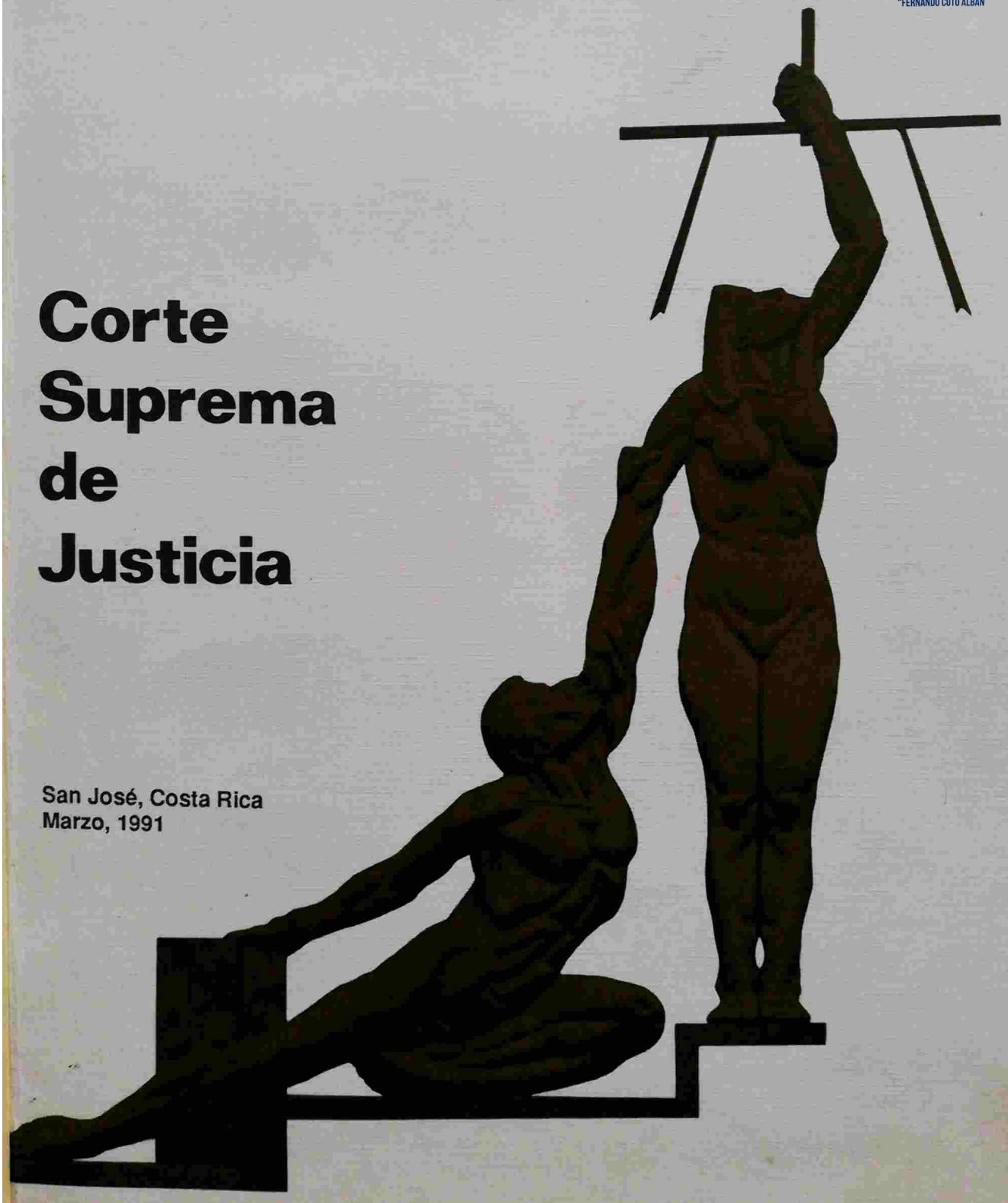
AÑO XVI

Nº 53

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Marzo, 1991

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA
ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
DEL
PODER JUDICIAL
Circuito No.

REVISTA JUDICIAL

Año XVI — Núm. 53 — Marzo, 1991

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA
ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
DEL
PODER JUDICIAL
Circuito No.

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

#53

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS

Contratación internacional de tecnología 13
Dr. Aníbal Sierralta Ríos

Apuntes sobre el concepto tipológico de título valor 21
Dr. Octavio Torrealba Toruño

La negociación colectiva en el sector público 29
Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

La participación del ofendido en el proceso penal 45
Dr. Gerardo Calvo Picado

Algunos apuntes sobre la necesidad de creación de los tribunales laborales administrativos 67
Lic. Francisco Calvo Domingo
Licda. Roma Vargas Cavallini

Nuestros recursos naturales: suelos y bosques. 71
Licda. Roxana Salazar Cambronero

La tutela legal del soporte lógico en Costa Rica 85
Lic. Juan Diego Castro Fernández

Las fuentes del Derecho Agrario 91
Lic. Adrián de Jesús Torrealba Navas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Informática y derecho a la intimidad. Perspectivas de política criminal 131
Lic. Eric Alfredo Chirino Sánchez

El SIDA y la prisión 175
Psic. Andrés Umaña di Palma

SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA
Infecciones por transfusiones. 197
Eladio Avilés Solís

SECCIÓN III: INFORMACIÓN NORMATIVA..... 209
Jimmy Vargas Durán

SECCIÓN IV: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES
Contenido de votos salvados en resoluciones de interés. 215
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN V: JURISPRUDENCIA..... 223
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

En esta entrega contamos con colaboraciones sobre Derecho del Comercio Internacional, Derecho Comercial, Derecho Colectivo del Trabajo, Derecho Penal, Derecho Laboral Administrativo, Derecho Ambiental, Derecho Informático, Derecho Agrario y Criminología.

El distinguido jurista peruano, experto en comercio internacional, **Dr. Aníbal Sierralta Ríos** colabora con nuestra Revista con **"Contratación internacional de tecnología".** En este ensayo, el Dr. Sierralta trata las nuevas formas contractuales, derivadas de la tecnología —servicios o productos— que se desarrollan en el comercio internacional junto a la tradicional compraventa internacional. Se trata de las relaciones contractuales a través de las cuales ocurre la transferencia comercial de tecnología (contratos de "Know How", de Licencia, de "Franchising", de Ingeniería de Consulta y Contratos Informáticos) los que, a menudo, se ligan entre sí y presentan zonas de intersección. Es de especial importancia su posición armonizadora de los criterios del Civil Law y del Common Law. El trabajo analiza separadamente cada una de las figuras antes citadas sobre la base de actualizada documentación de la Cámara de Comercio Internacional y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

El maestro del Derecho Comercial costarricense, **Dr. Octavio Torrealba Toruño** nos honra con su participación titulada **"Apuntes sobre el concepto tipológico de título valor"**. El autor nos informa sobre la doctrina de los títulos valores a la que califica de oscura y de padecer un embrollo de conceptos. Aclara que el tratamiento unitario justifica la disciplina general. Se refiere en particular a la cesión de créditos y afirma que hay un rompimiento de la lógica común en materia de títulos valores, donde hay tutela del adquirente, de la seguridad y de la circulación. Explica la diferencia entre el concepto normativo y el concepto tipológico de título valor, sosteniendo que el concepto normativo es insuficiente. Sobre la libertad de emisión da cuenta del desacuerdo que hay en la doctrina en cuanto a los modos y la discusión entre los que sostienen las diferentes posiciones (autonomía negocial, analogía, usos normativos o efectivos). Explica que si bien la teoría admite los llamados títulos legalmente atípicos la legislación no suministra concepto alguno. Afirma la autonomía de la empresa, pues el peligro del negocio abstracto no se presenta cuando los títulos son

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

emitidos en serie; propone la ubicación del tema dentro de la disciplina de la empresa, siempre que se trate de títulos "típicos" de hecho, sin requerirse la "opinio iuris", más propia, a su juicio, del Derecho Civil.

"La negociación colectiva en el sector público" es el tema de gran actualidad con que participa el **Lic. Ricardo Vargas Hidalgo.** El distinguido autor nos ofrece información amplia sobre el tema y sobre su evolución jurisprudencial (a partir de la sentencia de Casación Nº 58 de 1951), legislativa (en particular con la Ley General de Administración Pública Nº 6227 de 1978) y en los pronunciamientos de la Procuraduría General de la República que finalmente han planteado algunas directrices. Recuerda las ponencias aprobadas en el Quinto Congreso Jurídico Nacional en el sentido de considerar constitucionalmente vigente el derecho del servidor público, y la facultad de los entes estatales de negociar colectivamente. En sus conclusiones realiza análisis de aspectos de orden económico que tienen incidencia en la materia, tales como la política salarial y la inflación. Se pronuncia por una regulación adecuada de la negociación colectiva.

A partir de la determinación de los diferentes sistemas, el **Dr. Gerardo Calvo Picado,** Juez Superior Penal, en su estudio **"La participación del ofendido en el proceso penal",** comenta las acciones que nacen de los hechos punibles en los delitos de acción pública (donde trata el *rol* del ofendido denunciante) y en los delitos de acción privada (donde estudia la querella, su forma, contenido y procedimiento). También se refiere al acusador adjunto. En la segunda parte comenta los aspectos civiles, las condiciones de ejercicio de esta acción y sus consecuencias. Finalmente expone las ventajas e inconvenientes de la constitución del actor civil en el proceso penal.

"Algunos apuntes sobre la necesidad de creación de los tribunales laborales administrativos", se titula el artículo del **Lic. Francisco Calvo Domingo** y la **Licda. Roma Vargas Cavallini.** Comentan el desarrollo del concepto de Estado-Patrono y sostienen que la relación no debe ser tratada con los principios del Derecho Administrativo, sino con los del Derecho Laboral; al respecto exponen la discusión existente y sobre el desarrollo de la relación laboral-administrativa, explicando su manejo estatutario en Costa Rica, explicando la finalidad del precepto constitucional y el resultado práctico, que fue el de que las únicas relaciones laborales que se rigen por el Estatuto del Servicio Civil, son las nacidas con los funcionarios del Poder Ejecutivo. Muestran así la existencia de diversos regímenes para el Estado, lo mismo que la existencia de Convenciones Colectivas. Aclaran que la Ley 6821 de octubre de 1982 (Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria) trajo una mayor unidad. Los autores formulan diversos interrogantes relativos a la necesidad de creación de un nuevo Estatuto del Servicio Civil, la posibilidad de dejarlo al Derecho Laboral y la posible conveniencia de un Estatuto de Ca-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rrera Administrativa. Se definen por la necesidad de un nuevo Estatuto.

"Nuestros recursos naturales: suelos y bosques" es el título de la colaboración de la **Licda. Roxana Salazar Cambronero;** se analizan aquí los factores que inciden negativamente y las relaciones entre producción y población. Hace ver que la erosión del suelo es acelerada por el hombre y nos revela los efectos, entre los cuales cita la disminución de la productividad del suelo; del mismo modo, muestra las relaciones entre erosión, deforestación y contaminación. La autora estudia separadamente la deforestación y nos ofrece un cuadro de la legislación correspondiente (Ley FODEA Nº 7061 de 1987, Ley 1540 de Conservación de Suelos y Aguas, Ley del Instituto de Desarrollo Agrario, Ley del Servicio Nacional de Riego y Avenamiento, Decreto de creación del servicio nacional de conservación de suelos); también nos ofrece un panorama de la legislación de bosques (Ley Forestal, Ley de Informaciones Posesorias, etc.), enfatizando la distinción entre patrimonio forestal privado y patrimonio forestal estatal. Trata finalmente otros temas como los de zonas protectoras, incendios forestales, Ley Indígena, Flora y Fauna. Aporta en sus conclusiones valiosas sugerencias.

El **Lic. Juan Diego Castro Fernández,** asiduo colaborador, nos brinda **"La tutela legal del soporte lógico en Costa Rica",** donde afronta el tema de los retos jurídicos que presenta la regulación del "soporte lógico". Nos da cuenta de la evolución doctrinaria sobre el tema; en efecto, la doctrina ha tratado esta materia desde la perspectiva del Derecho de Patentes y desde la del Derecho de Autor, así como desde otros ángulos híbridos. El autor hace ver la insuficiencia de los medios tradicionales y la necesidad de una modernización con el Derecho Informático. El trabajo contiene útil información sobre el registro, los procedimientos y además, los hechos punibles conexos. En sus conclusiones propicia una reforma legislativa que sea capaz de afrontar los nuevos retos tecnológicos.

Con gran satisfacción publicamos **"Las fuentes del Derecho Agrario",** trabajo presentado por el **Lic. Adrián de Jesús Torrealba Navas** el curso de Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. El autor nos plantea diversos aspectos relevantes de la teoría general de las fuentes del Derecho; explica la evolución de las ramas de Derecho hacia normas especiales con autonomía relativa y la vinculación de éstas con un sistema propio de fuentes. Siguiente al maestro pisano Antonio Carrozza nos habla de los "factores de especificación del Derecho Agrario (como hecho técnico y como hecho político)", con referencia al objeto y la gestión y organización del proceso productivo por una parte y de los factores ideológicos por otra. El autor da cuenta de la polémica sobre las fuentes entre la escuela normativista, la escuela sociologista, así como de la superación doctrinaria de esta polémica,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a partir del principio de efectividad, la distinción entre fuentes legales y "extra-ordinem" y el reconocimiento de la eficacia persuasiva, a la par de la coercitiva. Comenta con particularidad cada una de las fuentes (costumbre, jurisprudencia, Doctrina-Derecho Comparado). Siguiendo a PUGLIATTI nos habla de la "pluralidad subjetiva con unidad objetiva" con referencia a las nuevas formas de gestión. Reafirma la orientación del Derecho Agrario hacia formas de empresa con función social; de ellas nos brinda una tipología. En relación con la especialidad del sistema de las fuentes, recuerda la jerarquización dinámica del Derecho Laboral. Este trabajo es especialmente valioso por el adecuado uso que el autor realiza de los conceptos de la más moderna doctrina, así como por las muchas observaciones personales del licenciado Torrealba Navas.

Incluimos en este número **"Informática y Derecho a la Intimidad. Perspectivas de Política Criminal"**, del **licenciado Eric Alfredo Chirino Sánchez.** Este valioso estudio toca uno de los temas principales del Derecho de las Personas, precisamente el ámbito de los Valores de la Personalidad (mal llamados por algunos, con perspectiva individualista, "derechos" de la personalidad) y, dentro de éstos, "la intimidad". Si bien es cierto que el hombre es un ser social, su existencia no se agota en lo exterior. La persona necesita de una esfera de intimidad, de un ámbito de vida personal, de recogimiento, como lo expresó Mounier hace varios años en su obra **"El Personalismo"** y como lo desarrolló (si bien con un enfoque excesivamente individualista) el pensamiento anglosajón; la intimidad no es solamente el derecho a que nadie se meta conmigo; es una necesidad fundamental, condición de la misma sociabilidad, es recogimiento, repliegue interno, necesario para una mejor acción externa. Frente a estas aspiraciones tenemos la realidad del desarrollo vertiginoso de la Informática y de la creación de Bancos de Datos de gran amplitud. El licenciado Chirino, con gran acierto, enfrenta estos temas; nos habla, así, del papel de la información y de la relación de ésta con los temas jurídicos más vinculados con la dignificación de la persona y de la necesidad de una redefinición del tema a la luz de los avances de la tecnología. Explica tanto el derecho a la información, como el derecho a la intimidad, indicando sus posibles confines. Este trabajo es una importante contribución a la polémica sobre la injerencia de la informática en la intimidad de la persona; entre sus méritos está el de identificar los problemas más importantes y el de tener un enfoque amplio, comprensivo de las diversas dimensiones intervinientes, lo mismo que de las diversas fuentes normativas que dan tratamiento al tema, entre las que destacan los instrumentos internacionales relativos a los llamados "derechos humanos".

"El SIDA y la prisión" es el tema de gran actualidad que nos brinda el **psicólogo Andrés Umaña di Palma,** del Departamento de Investigación y Estadística del Ministerio de Justicia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En primer término nos ofrece un panorama del problema, con amplia información cuantitativa, porcentajes, índices de crecimiento y criterios de clasificación. Entre sus objetivos se encuentra, de gran importancia, el de aportar directrices para la programación, para lo cual aporta valiosas recomendaciones. El estudio consta de dos partes: análisis documental y estudio de campo. Entre otros aspectos trata el marco teórico, las medidas preventivas y el conocimiento que del tema se tiene.

Como de costumbre, ofrecemos nuestras secciones: **La Ciencia al Servicio de la Justicia, Información Normativa, Pronunciamientos Especialmente Relevantes, y Jurisprudencia.**

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

CONTRATACIÓN INTERNACIONAL DE TECNOLOGÍA

DR. ANÍBAL SIERRALTA RÍOS*

El crecimiento del sector servicios y su consiguiente comercialización está relegando a un segundo plano la simple relación mercantil de intercambio de mercaderías. Ello es una manifestación de la tendencia del mundo contemporáneo: el desarrollo de un comercio basado en la tecnología. Es el intercambio de servicios, conocimientos, o de productos en los cuales el aporte tecnológico representa más del 50% de sus componentes.

En el mercado interno como cuanto en las exportaciones el esfuerzo está centrado en un nuevo tipo de productos y de servicios. Aun aquellos que tradicionalmente tienen una gran cantidad de materia prima transformada se comercializan a través de modalidades contractuales o con resalvas en cuanto al nombre o marca que hacen imprescindible, al momento de contratar, diferenciar y analizar los elementos tecnológicos. La exportación de servicios de ingeniería de consulta y de construcción pesada tiene elementos que solo pueden ser entendidos a través de los contratos tecnológicos.

Hoy en día, en los países industrializados y en los de América Latina, se habla cada vez con más frecuencia de "empresas intensivas en conocimiento o en tecnología" en lugar de los tradicionales conceptos de "empresas intensivas en mano de obra" o "intensivas en capital", resultando intrascendente, como consecuencia de ello, hablar de las ventajas de la abundante mano de obra.[1]

La transferencia comercial de tecnología ocurre a través de relaciones contractuales que incluyen concesión de licencias o prestación de servicios y que pueden envolver compraventa internacional de bienes. Aunque existen varias figuras contractuales podemos distinguir cinco tipos específicos:

— Contratos de *Know-How*
— Contratos de Licencia
— Contratos de Franchising
— Contratos de Ingeniería de consulta
— Contratos Informáticos

Estos contratos casi siempre se dan entrelazados. La amplitud del concepto de tecnología y las diferentes modalidades en que se transfiere, rodeado a veces de un exagerado secreto, es tan vasto que genera una zona gris sobre lo que es una licencia de uso de patente, cesión, explotación de marca, o un franchising. En efecto, un contrato de transferencia de tecnología puede incluir uso de marcas, y un contrato de franquicia llevar técnica de ventas o asesoría empresarial; así como un contrato de diseño industrial ir atado a un contrato financiero, marcas e incluso *Know-How.* Por ello es que no hay criterios nítidos en cada uno de los contratos; principalmente entre los de licencia o franchising.[2]

Tales acuerdos de voluntad los denominamos genéricamente como contratos de tecnología y no como transferencia de tecnología pues "strictu sensu" no hay transferencia ya que justamente lo que

---

* Abogado, graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Economía, Administración de Empresas y Comercialización Internacional. Funcionario de la Organización de Estados Americanos (OEA) y Profesor Internacional del Centro Interamericano de comercialización, (CICOM/OEA) en la Fundación Getulio Vargas (Rio de Janeiro). Autor de "Introducción a la Juseconomía".

1. PIAZZA TANGUIS, Wálter, *Internacionalización de las empresas peruanas,* en CADE '88, IPAE, Lima, nov. 1988.
2. SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Contratación Internacional de Patentes y Marcas,* CICOM/OEA, Rio de Janeiro, 1988, pág. 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

quiere el titular de la tecnología es explotarla en un largo horizonte de tiempo sin enajenarla, o añadir sutiles modificaciones, cuando el plazo está por caducar, a fin de no deshacerse del invento, marca o nombre. No hay una "traditio domine".

Se señala que la tecnología en sí no es objeto de una "emptio venditio" (compraventa), sino que aparece como una forma especial de cesión de capital; debido a que no hay una actividad autónoma y especializada para producir tecnología negociable; es decir, no hay una fábrica de tecnología, porque "producir" y "reproducir" tecnología son procesos cualitativamente diferenciados según se trate del "vendedor" o receptor (usuario), pues para el primero, una vez producida, el costo de su reproducción es nulo, no así para el receptor, para quien el uso afectaría sus costos.[3]

Por tal razón y considerando que estos contratos se dan entre sistemas jurídicos distintos, (civil law y el common law) creemos que es necesario armonizar los criterios que la práctica y la costumbre del comercio internacional aconseja junto a las normas de nuestro Ordenamiento jurídico y los tratados internacionales sobre cada uno de ellos, principalmente en lo que se refiere al Know-How y el de licencia, que son administradas por la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI) a través de las llamadas "Uniones".

Una característica de estos contratos, por la pluralidad de las relaciones comerciales, es que los bienes o el conocimiento provienen de diferentes países cuyos sujetos, de alguna u otra manera, van a intervenir en la operación. Así, se pueden poner en acción diferentes reglas de Derecho Internacional privado de los distintos Estados de donde se proveerán los bienes o el conocimiento propiciando lo que algunos juristas llaman "forum shopping" y que nos parece despectivo por lo que proponemos el más propicio de "conjunción de jurisdicciones" ya que se trata de una concurrencia de foros no de una venta de jurisdicciones.

Otra nota resaltante es la posibilidad de que las partes puedan fraccionar la ley aplicable teniendo en cuenta la multiplicidad de los elementos del contrato. Esta técnica se conoce con otro término, que también nos desagrada, el "depecage".

Todo ello nos lleva a tratar de precisar cada una de las figuras contractuales en el comercio internacional de tecnología.

1. CONTRATO DE *KNOW-HOW.*

El término *Know-How* tiene su origen en el lenguaje anglosajón donde se usaba la frase "To Know-How to do it" y cuya traducción sería "Saber cómo se hace alguna cosa" donde la palabra saber está referida al conocimiento tecnológico. Los sujetos de la relación contractual son el titular (dueño del conocimiento) o proveedor y el receptor o usuario que explota dicha técnica.

La Cámara de Comercio Internacional (Paris) lo denomina "arte de fabricación" pues es conjunto de conocimientos y experiencias volcadas en la fabricación de un producto.

En la doctrina, Herbert Stumpf lo define como un contrato que trata sobre un saber (técnico, comercial, económico) no protegido por derechos de tutela industriales, usualmente mantenido como secreto, y cuya explotación le permite al beneficiario no sólo la producción y venta de objetos sino también otras actividades empresariales.[4]

Hay quienes afirman, de manera superficial, que el *Know-How* es un "contrato sobre conocimiento no patentado". Ello no es exacto por dos razones: primero porque el contrato no se refiere exclusivamente a conocimientos secretos ya que puede tratarse de técnicas patentadas, es decir disponibles y registradas; y, segundo, por que si así fuere todo el conocimiento no patentado y que se desea transferir debería hacerse exclusivamente a través de este contrato. En esencia lo que busca el contrato es el control en la divulgación de la información dentro de una determinada jurisdicción.

Nosotros intentamos definirlo como un contrato comercial necesariamente escrito y a plazo determinado por el que se transmite el uso, disfrute y la explotación de un conocimiento técnico, comercial, científico o industrial, usualmente secreto, y cuyo beneficiario se obliga a no develarlo a terceros y a un pago obligatorio que puede ser fijo o un porcentaje sobre el valor de las ventas del usuario.

Se diferencia del contrato de licencia no porque no tenga patente sino por el carácter secreto, formal,

---

3. SOTELO BAMBAREN, Carlos, *Derecho y Tecnología Industrial*, Ed. ITINTEC, Lima, 1970, pág. 59.

4. STUMPF Herbert, *El Contrato de Know-How*, Ed. Temis, Bogotá, 1984, pág. 12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a término y oneroso, en ese estricto orden. Lo que ocurre es que la práctica comercial ha hecho del *Know-How* el contrato previo e inicial al patentamiento de un conocimiento; incluso algunos tratadistas dicen que es un recurso de apuro del que echan mano los inventores que tienen miedo a las patentes.[5]

Las características del contrato son las siguientes:

a) Es atípico e innominado pues no se encuentra expresamente definido sino que está incluido en las reglas generales de transferencia de tecnología, en la Decisión 24 y 84 del Acuerdo de Cartagena, así como sus modificatorias, entremezclado, con reglas sobre patentes.

b) Es un contrato formal, debe ser adscrito para seguridad de las partes, y en algunos casos inscrito en la oficina pública pertinente.

c) Es bilateral y sinalagmático pues ambas partes se ven obligadas a prestaciones recíprocas, no sólo a pagar el uso y explotación y la otra a proporcionar el conocimiento, sino que, además, a no efectuar un contrato similar dentro de un espacio geográfico determinado (titular) y a mantener el secreto (beneficiario).

d) Exclusivo, porque no hay subcontratación posible.

e) Es a título oneroso representado por derechos que se denominan "royalties".

f) Involucra una asistencia y entrenamiento al personal del receptor para el correcto uso del conocimiento; por ello es que algunos lo confunden con el contrato de franchising.

El objeto de este contrato debe ser claro e identificable para seguridad de los contratantes. Especificar el exacto "Know-How", pues el mismo puede ser desarrollado tanto por el usuario como por el propietario y ello repercute en los costos y los "royaltis" que se tiene que pagar.

Inicialmente las medidas de salvaguarda destinadas a impedir la revelación de Know-How, propiciadas por el licenciante, deben ser aplicadas únicamente por el usuario. Aun cuando puede ser interés de este último, tan luego esté en condiciones de explorar el Know-How integrante de la tecnología básica o cuando le hayan sido concedidos derechos exclusivos, que el primero aplique las medidas de salvaguarda del Know-How en su perfeccionamiento posterior.

Además de ello, cuando la licencia o contrato comprende compromisos recíprocos como intercambio de información, el usuario de la tecnología puede llegar a la conclusión de que le interesa exigir que el titular de la tecnología básica aplique disposiciones de salvaguarda al "Know-How" por él desarrollado. De esa manera se puede establecer en el contrato que las medidas de salvaguarda sean aplicadas al "Know-How" recibido inicialmente o desenvuelto en base posterior por una u otra de las partes.[6]

2. CONTRATO DE LICENCIA.

Éste es uno de los más frecuentes contratos de tecnología y su objetivo es permitir la ejecución de ciertos actos protegidos por los derechos exclusivos que faculta la ley en lo que se refiere a una patente de invención, a un diseño industrial, modelo, variedad vegetal, marca o nombre.

Los sujetos en la relación contractual son el concedente o cesionario, que es el titular del derecho, y el licenciado que es la persona natural o jurídica que explota la licencia.

Este contrato parte de un conocimiento que previamente está registrado en un organismo oficial bajo el nombre de licencia o patente.

Licencia es el medio por el cual un titular de propiedad industrial, como una patente de invención, modelo, diseño o marca confiere a otro el derecho de utilizar tal creación que se formaliza mediante un acuerdo comercial (contrato) entre el titular y beneficiario.

Es conveniente que antes de elaborar este contrato se dé un proceso intenso de negociación para determinar el registro de la patente, duración y la complejidad de las relaciones. Con frecuencia muchos asuntos deben ser separados y aun ser colocados en diferentes contratos. Así se pueden utilizar licencias o contratos para marca, otro para instalaciones industriales, diseño u otro para una licencia técnica. Este enfoque puede facilitar la administración de los aspectos comerciales, financieros y técnicos de cada licencia o contrato, especialmente cuando la administración de cada uno de dichos aspectos es confiada a entidades separadas del cedente o del usuario.

Una de las características singulares del contrato es la obligación que tiene el usuario de explotar industrialmente la licencia, y a veces esto se deter-

---

5. SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. cit.*, págs. 20-21.

6. OMPI, *Guía de licencias*, OMPI Nº 650, Ginebra, 1977, pág. 209.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mina de manera compulsoria. Así es posible que las partes especifiquen que el licenciado explorará industrialmente la patente determinando las medidas que deberán ser adoptadas en caso que su utilización no alcance los límites establecidos, entre los que están el cancelar la licencia o dar por concluido el contrato.

Una de las modalidades del contrato de licencia que reviste la mayor importancia para las empresas que van a exportar, es el relativo a las marcas, pues siendo éstas un mecanismo de marketing internacional para asumir y consolidar mercados, es necesaria la intervención del asesor jurídico en la confección del contrato y en la negociación previa para apreciar la conveniencia y la protección de una marca, nombre o distintivo.

Los dispositivos para el uso de marca requieren de un previo examen de los documentos, cuando no existieran disposiciones sobre la concesión de licencias es posible que las partes tengan que recurrir a ciertos expedientes como el registro de marca a nivel local por parte de su titular, la cesión de dicho registro al usuario, seguido de una nueva cesión, suscrita sin fecha al titular o al revés, el registro de marca por el usuario seguido de la cesión de ese registro al titular. De acuerdo con las leyes sobre propiedad industrial de determinados países la condición para mantener vigente el registro de marca es su uso por el titular. De acuerdo con esas leyes el uso de marca por el licenciado es considerado como si lo fuera por el propietario registrado. Consecuentemente, no es extraño que el licenciante desee incluir una disposición en el contrato de licencia de marca en el sentido de que el usuario no solamente utilice la marca en la publicidad que hiciere en el país —lo que normalmente no es considerado uso suficiente— como, también, venda el producto en el país.[7]

Un análisis de las reglas de la OMPI se hace, entonces, necesario; principalmente el arreglo de Madrid, relativo al Registro Internacional de Marcas; Arreglo de Niza, relativo a la Clasificación Internacional de los Productos y Servicios para el Registro de las Marcas; y el Acuerdo de Viena por el que se establece una clasificación de los elementos figurativos de las marcas. Además de otros tratados internacionales sobre patentes y diseños industriales.

3. CONTRATO DE FRANCHISING.

La comercialización y sistema de ventas, unido siempre a una marca identificadora del servicio y la gestión mercantil, ha propiciado el uso del contrato de "franchising", dentro del cual conviven la transferencia de servicios, consultoría Know-How, marcas, nombres, y aun, paradójicamente, también productos.

El término franchising puede significar derechos, privilegios, y aun, en su raíz francesa, libertad de servicio. La verdad no existe una traducción precisa al castellano por lo que preferimos seguir utilizando la identificación del derecho anglosajón.

Algunos juristas incluso la asimilan a la expresión de "franquia comercial", confundiendo el término con el que corresponde al contrato de Know-How. Otros señalan que es una concesión mercantil, pues en inglés las concesiones se denominan "franchises" y la figura contractual en el sistema de common law es "Product and tradename franchising" o simplemente "Traditional Franchising"; sin embargo, el contrato de concesión mercantil siendo todavía una figura en proceso de delimitación técnica y jurisprudencial, posee características distintas al contrato de franchising. Es un negocio que parte de un contrato de compraventa mercantil donde el vendedor no sólo quiere vender las mercaderías, "Quiere seguirlos hasta su reventa al consumidor. Pretende conservar un determinado control sobre los géneros vendidos hasta su reventa. El que las adquiere, como consecuencia, se obliga a algo más que a abonar el precio de los mismos. Se obliga a colaborar en la reventa..."[8] Hay una relación única que se desdobla en la compraventa mercantil y en la participación de los sujetos contratantes en el proceso de reventa. Por ello es que aun conocidos tratadistas como Champaud dicen que es una compraventa especial con pacto de exclusividad.[9]

Si como hemos dicho el franchising es un haz de contratos, difinirlo es tarea de cirujano más que de juristas pues hay que aislar diferentes órganos vitales del cuerpo contractual para no confundir el concepto ni caer en las analogías señaladas anteriormente.

Para Guyenot es: "La concesión de una marca de productos o servicios, a la que se añade la con-

7. OMPI. *Op. cit.*, págs. 281 y ss.

8. PUENTE MUÑOZ, Teresa, *El Contrato de Concesión Mercantil*, Ed. Montecorva S.A., Madrid (España) 1976, pág. 34.

9. CHAMPAUD, G. *La concesión comercial*, en Revue Trimmestrelle.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cesión del conjunto de medios propios para permitir a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y administrar la empresa en las mejores condiciones de rentabilidad para el mismo y para el concesionario".[10]

Una definición práctica es la de Marcelo Cherto, quien señala: "...un contrato por el cual el poseedor de un nombre o marca, de una idea, de un método o tecnología, secreto o proceso, propietario o fabricante de un cierto producto o equipo, y un Know-How a él relacionado otorga a alguien jurídica y económicamente independiente licencia para explotar ese nombre o marca, en conexión con tal idea, proceso, método, tecnología, producto y/o equipamiento. Es establecido por el franchisor (franqueador) el modo por el cual el franchisee (franqueado) debe instalar y operar su propio negocio y desempeñar sus actividades que serán desarrolladas siempre bajo el control, la supervisión, orientación y asistencia del franchisor (franqueador) a quien el franchisee (franqueado) pagará directa o indirectamente, de una forma u otra, una remuneración".[11]

Para nosotros es un contrato de comercio internacional innominado en el derecho positivo latinoamericano, sin forma específica aun cuando por su complejidad estimamos que debe ser escrito, y por el cual una parte llamada franqueador, concede o transfiere una operación comercial específica a otro llamado franqueado; siendo que tal operación mercantil involucra necesariamente para su acción de una serie de otros elementos protegidos jurídicamente como el nombre, marca, gerenciamiento, venta de insumos, equipos y maquinaria específica.

Para autores, como Waldirio Bulgarelli, es una operación por la cual un comerciante titular de una marca común cede su uso, en un sector geográfico definido, a otro comerciante. El beneficiario de la operación asume íntegramente el financiamiento de su actividad y remunera a su contratante con un porcentaje calculado sobre el volumen de los negocios. Reposa sobre la cláusula de exclusividad asegurando al beneficiario, en relación con los concurrentes, el monopolio de la actividad.[12] El deslinde del autor brasileño lo aleja de quienes consideran que el franchising es sólo una técnica de ventas y deja en claro que no es una venta con exclusividad, sino un nuevo contrato, con mayor amplitud y complejidad que el de concesión mercantil.

4. CONTRATO DE INGENIERÍA DE CONSULTA.

Aun cuando la comercialización internacional de servicios de ingeniería de consulta por parte de los países de América Latina es reciente y circunscrita a Argentina, Brasil y México, hay esfuerzos valiosos de empresas peruanas que actuando vía consorcios han logrado penetrar en mercados externos. Además la tarea del consultor está en asistir para que las empresas nacionales se internacionalicen pero igualmente para negociar las obras que se hagan en el propio país.

Este contrato en el comercio internacional es el de mayor volumen en cuanto a precio y junto con el franchising el que presenta más dificultad para delimitarlo jurídica y aun comercialmente.

Así en principio el contrato de consultoría y de diseño y, de modo inevitable, la construcción y montaje son ejecutados siempre en el territorio del país comprador. Luego se trata más bien de una transferencia de insumos, partes y piezas que pueden provenir de diferentes orígenes, es decir distintos países, y que concurren hacia el país importador. De tal manera que siendo un contrato internacional puede darse el caso que el país vendedor no exporte ningún bien o insumo y que en su totalidad éstos provengan de países ajenos a la relación contractual. Siendo incluso que uno de los sujetos, en este caso la empresa de ingeniería solo sea nacional por el capital de origen y que su sede esté en otro país, por ventajas tributarias.

Otra característica de este contrato es que su ejecución se contabilizará indistintamente en la balanza comercial como en la de pagos del país vendedor. Así por ejemplo, el personal que trabaja en el exterior podrá hacer remesas financieras de los ahorros personales para sus familias, o parte de las ganancias de la empresa pueden ser repatriadas bajo la forma de préstamos, vinculándose la operación bancaria con un depósito de igual plazo.[13]

Este contrato puede adquirir las siguientes formas:

---

10. GUYENOT, *Les groupements de consseccionnaires et le franchising*, en Revue Diritto Commerciale, Paris, 1972, pág. 280.
11. CHERTO, Marcelo, *Franchising*, Ed. McGraw-Hill, São Paulo, 3a. ed. 1989, págs. 4 y ss.
12. BULGARELLI, Waldirio, *Contratos Mercantiles*, Ed. Atlas.
13. CEPAL. *Ingeniería y consultoría en Brasil y el Grupo Andino* IPEA/CEPAL, Estudios e Informes Nº 15, Santiago de Chile, 1982, pág. 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a) Contratos de preinversión que comprenden investigaciones de mercado, alternativas industriales.

b) Contratos de factibilidad, para efectuar infraestructura de obra, inversión definitiva, factibilidad técnico-económica-financiera.

c) Contrato de suministro, en el cual se especifica la provisión de insumos y bienes para culminar una obra de ingeniería. Una de las novedades en el nuevo Código Civil del Perú (1984) es el artículo 1606 que lo incorpora. Este es un contrato típicamente mercantil ya que se trata de una operación para la prestación periódica o continuada de bienes o insumos. Es decir una operación normalmente de carácter empresarial, pues, salvo casos de excepción sólo mediante una empresa puede darse tal prestación.[14]

d) Contrato de gerenciamiento, es el que trata de la administración, inspección de la fabricación y pruebas de funcionamiento.

e) Contratos de construcción pesada, es el más importante de todos los contratos pues viene a representar la parte final de los contratos previos que se han explicado anteriormente. Tiene por objeto la ejecución de las obras civiles y/o el montaje de equipos.

En algunos documentos, felizmente no jurídicos se habla de la licitación como una modalidad contractual, no lo es, más bien es un acto administrativo o en todo caso la forma de seleccionar a una empresa. Es un acto que puede o no derivar en un contrato comercial, pero de ninguna manera un contrato internacional. Por ello es que cada vez con más frecuencia se realizan procesos de precalificación y posteriormente la licitación entre las empresas calificadas que es recién el medio por el cual una empresa oferta sus servicios al importador interesado.

Tales propuestas implican elaboraciones complejas y detalladas de servicio a ser prestados. Aceptada la propuesta, sea de manera directa o a través de una licitación, se pasa a celebrar el contrato que es la culminación de un proceso revistiendo así toda la validez jurídica que tal negocio amerita.

5. CONTRATO INFORMÁTICO.

El creciente desarrollo del fenómeno informático ha propiciado la comercialización de los bienes (hardware) y de los servicios (software) derivados de dicha tecnología, a través de los contratos informáticos.

Algunos autores, como Julio Téllez Valdés, designan esta modalidad contractual como "... todo acuerdo de partes en virtud del cual se crean, conservan, modifican o extinguen obligaciones relativas a los sistemas, subsistemas o elementos destinados al tratamiento sistematizado de la información".[15]

Nosotros apuntamos a conceptualizarlo bajo las características de un acuerdo de partes a título oneroso sobre prestaciones vinculadas al tratamiento sistematizado de la información, tanto en lo que se refiere a equipos y bienes como a los servicios para su mantenimiento y el conocimiento, almacenado, procesado y orientado hacia la explotación de tales bienes. Siendo que además se da un desplazamiento de mercancías por jurisdicciones distintas.

Los sujetos de la relación contractual son: el proveedor (fabricantes, distribuidores, suministradores de servicios informáticos); el usuario (que utiliza los equipos o servicios informáticos). Siendo que el objeto puede revestir varias modalidades sea que se trate de una transferencia de equipos, arrendamiento, teasing, o prestación de servicios.

El aspecto que merece más cuidado al momento de estipular el contrato es el gran desequilibrio evidente entre las partes, que además es una constante en todos los contratos internacionales de tecnología, pues siempre el proveedor de bienes y servicios se vale de sus conocimientos técnicos sobre la materia y el correlativo desconocimiento del usuario que no solamente no conoce con profundidad el diseño del equipo ni el detalle de su tecnología sino que, además, carece de asesoría jurídica especializada; así aparecen estos contratos con terminología excesivamente técnica y carencia de elementos jurídicos. Los ejemplos o casos de contratos que se observan en la mayoría de los países latinoamericanos muestran vacíos jurídicos que dan ocasión a las interpretaciones más diversas y un margen bastante gris que propicia conflictos futuros. Así, se aprecian contratos en los cuales hay una ausencia clamorosa de términos como "perfomance bond", reparación del sistema, indemnización por daños y perjuicios, entre otros.

Otro aspecto a considerar es el del llamado "riesgo informático" y que se refiere a la incertidum-

---

14. TORRES Y TORRES LARA, Carlos, *La impronta mercantilista del nuevo Código Civil del Perú* (1984).

15. TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Contratos informáticos*, Ed. UNAM, México, D.F., pág. 17.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

bre ante la eventualidad de un daño sobre los bienes y servicios informáticos.

No existe en el ordenamiento nacional una figura jurídica especial sobre el particular, aunque se pueden aplicar por extensión otras reglas. Sin embargo, es conveniente indicar que el concepto de riesgo informático es una noción "in extenso" que se desarrolla paralelamente con el crecimiento tecnológico y que en consecuencia merece atención por parte de la doctrina a fin de ir perfeccionando los términos contractuales, divulgar esta nueva modalidad, analizar las distintas experiencias surgidas en otras realidades y concadenar estas obligaciones con el contrato de seguro a fin de resguardar la parte más débil en la relación contractual que es siempre el usuario.

Esta modalidad origina otras figuras que son contratos accesorios, como el caso del "seguro informático" como medida preventiva y correctiva ante la eventualidad del "riesgo informático".

Si bien este contrato nace del derecho común contractual sus ajustes y modalidades le dan una consideración particular que merece un tratamiento idóneo. Algunos autores, como Brandon, D. y Segelstein, S. (Data Processing Contracts) y Linant, X (L'informatique et le/droit) hablan incluso de un derecho informático. Nosotros creemos, junto con Domingo García Belaúnde, que no es recomendable hablar de un derecho para cada acontecimiento económico comercial. Más bien se puede tratar dentro de una Teoría General de los Contratos Internacionales pues las principales consideraciones de esta figura (jurisdicción, formalidad, tradición, acuerdos internacionales, responsabilidad) son comunes a los otros tipos de contratos tratados en el presente trabajo.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

APUNTES SOBRE EL CONCEPTO TIPOLÓGICO DE TÍTULO VALOR

OCTAVIO TORREALBA

1. Planteamiento del tema.

Las doctrinas unitarias sobre los títulos valores, nacidas en Alemania e Italia a mediados del siglo pasado, merced a los trabajos científicos de *Brunner* y *Vivante* (principalmente), penetraron muy pronto en las legislaciones de diversos países del viejo y del nuevo continente (Italia, Suiza, México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Nicaragua y varios países sudamericanos) y ejercieron sobre los juristas especializados una suerte de estímulo creador irrefrenable que los llevó a producir, hasta nuestros días, un verdadero océano de literatura sólo para explicar la teoría general de estos documentos; sin ponerse de acuerdo, en la mayoría de los casos, sobre los conceptos fundamentales de la materia o sus respectivos campos de incidencia dentro de la temática general. Por eso tenía razón *Bigiavi* cuando, en el ya lejano 1936, se quejaba de que era imposible leer todo cuanto había sido escrito sobre los títulos de crédito, "si no se quiere correr el riesgo de morir bárbaramente" y también *Garrigues,* cuando afirmaba que la doctrina mercantilista moderna de los títulos valores adolece de una oscuridad extraordinaria y de un embrollo de conceptos dentro del cual es difícil moverse con soltura, y que el comerciante o banquero que manejan a diario los títulos de crédito se quedarían maravillados si conocieran las infinitas construcciones jurídicas a que han dado lugar esos documentos que para ellos no ofrecen complejidad alguna.

Lo anterior no significa que se hayan dejado de alcanzar resultados muy valiosos en la elaboración de la teoría general sobre los títulos valores. Todo lo contrario. Aprovechando esos logros, precisamente, las legislaciones modernas que tratan unitariamente esta clase de documentos, han desarrollado en sus normas principios fundamentales, como los de la *legitimación,* la *autonomía* y la *incorporación,* aplicables (en mayor o menor medida) a todos los títulos valores: no sólo a los disciplinados en la propia ley o en otras leyes especiales como la letra de cambio y el cheque, el conocimiento de embarque o guía de porte, los títulos accionarios y obligacionarios (o sea los títulos *típicos* o *nominados)* sino también a los que brotan y se desarrollan espontáneamente en el mundo de los negocios, sin estar autorizados por ley alguna (o sea títulos *atípicos* o *innominados).*

Precisamente, como ha hecho notar *Libertini,* el concepto unitario de título de crédito encuentra justificación en la posibilidad, presente en el sistema, de conectar la disciplina cartular a nuevos intereses típicos que vengan a formarse. Así como la noción general del contrato está justificada por el principio de la autonomía contractual, la noción general de título de crédito está justificada por el principio de la llamada libertad de emisión.

Esto último conduce a la necesidad de conocer con precisión cuándo y bajo qué condiciones un cierto documento que viene usado en la práctica de los negocios, asume el carácter de título valor y, por consiguiente, se seguirá rigiendo por las normas relativas a esta categoría y no por las que regulan los documentos en general, como son los simples documentos probatorios o los documentos de legitimación o los títulos impropios, sometidos a reglas sustantivas de circulación diversas.

2. Cesión de crédito y título valor.

En efecto, las posiciones subjetivas o créditos que no han sido incorporados a títulos valores sino que han quedado consignados en otra clase de documentos se ejercitan y transmiten mediante las formas y con las consecuencias jurídicas propias del Derecho Civil, sea bajo la disciplina de la cesión de crédito. Esta disciplina parte del principio general de Derecho Privado según el cual *nadie puede sufrir*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

modificaciones en la propia esfera jurídica contra o, en todo caso, independientemente de la propia voluntad (res inter alios acta tertiis neque prodest neque nocet). Este principio combinado con aquel otro, llamado de la libertad de cesión según el cual es regla del ordenamiento privado la libre transferibilidad del crédito entre cedente y cesionario, sin necesidad del consentimiento o aun contra la voluntad del deudor (salvo derechos personalísimos o cuya cesibilidad esté expresamente prohibida), conduce a las siguientes consecuencias: **a)** el cesionario puede adquirir el crédito sólo en tanto en cuanto el cedente sea el efectivo titular del crédito cedido; **b)** el cesionario adquiere el crédito con el mismo contenido que la relación obligatoria tenía en cabeza del cedente; **c)** aunque el crédito pasa al patrimonio del cesionario desde el momento en que la cesión se perfecciona, el deudor conserva el derecho de liberarse válidamente pagando al primitivo acreedor, mientras no tenga conocimiento de la cesión efectuada.

Por consiguiente: si el cesionario adquiere de un no-titular *(non domino);* si el crédito transmitido estuviere afecto a excepciones personales oponibles a titulares precedentes; o bien si el deudor pagare al primitivo acreedor antes de venir en conocimiento de la cesión efectuada, en todos estos casos, el Derecho Civil impondrá el restablecimiento de la "normalidad" declarando, respectivamente, la nulidad del traspaso de cosa ajena, la oponibilidad de excepciones y la validez del pago.

La disciplina de los títulos valores ha debido romper esta "lógica" del Derecho Común para arribar a soluciones enteramente opuestas, que propician el mantenimiento de la "anormalidad", confiriéndole a cada una de dichas situaciones irregulares los efectos de una situación regular, si se dan las circunstancias generalmente previstas en las normas respectivas (además de la transmisión de la posesión del título, buena fe por parte del adquirente, no haber adquirido el título con intención de dañar al deudor eliminándole la posibilidad de excepcionarse, no haber pagado al cedente con dolo o culpa grave, según cada caso).

Así pues, mientras el Derecho Civil ampararía al deudor en todas estas hipótesis, el sistema de los títulos valores prefiere tutelar al adquirente del título en beneficio de la seguridad (y con ella la posibilidad práctica) de la transmisión de créditos, de posiciones contractuales o de participaciones en sociedades o comunidades. En una palabra, en resguardo de la circulación.

De ahí, como decíamos, la urgencia de saber con certeza cuándo estamos frente a un título valor (que pone en juego normas tan contrarias a las que rigen la circulación de los derechos no cartulares), especialmente en aquellos supuestos de documentos dudosos por falta de regulación legal (títulos atípicos o innominados) o porque la ley que los autoriza no es clara al calificarlos o al describir sus características.

3. Concepto normativo y concepto tipológico de título valor.

El concepto de título valor, en la tendencia generalmente seguida, se fija —como señala *Ferri*— a través de una definición apriorística o a través de un elenco de características deducidas de la normativa a la que los títulos están sujetos. Esta tendencia se inauguró en Alemania con la definición de *Brunner* ("documento necesario para el ejercicio de un derecho") y en Italia con la de *Vivante* ("El título de crédito es un documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo en él mencionado"); esta última adoptada hoy, con ligeras variantes, por las legislaciones mercantiles de varios países latinoamericanos, tales como México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Colombia, (Costa Rica la incluyó en su Código de Comercio de 1964 hasta el 10 de octubre de 1990 en que fue suprimida).

De estas definiciones y de otras muchas que la doctrina ha elaborado a través de los años, se deducen las conocidas "características" de los títulos valores (la legitimación, la autonomía, la literalidad y la incorporación) con las cuales se acostumbra explicar escolásticamente la teoría general de estos particulares documentos.

Tanto la definición como las características no son otra cosa que un resumen, una construcción dogmática hecha con base en las disposiciones contenidas en un determinado ordenamiento jurídico (en el caso de la definición vivantiana, el ordenamiento que regía en Italia antes de la promulgación del Cód. Civ. de 1942). Si los títulos valores (categoría dogmática construida por los intérpretes alemanes e italianos) eran, según la definición de *Vivante,* necesarios para ejercitar el derecho, esto era consecuencia de particulares normas vigentes que, en el caso de la letra de cambio, del cheque, de la acción, de la póliza de cargo, etc., exigían expresamente la posesión, la exhibición y la entrega de los respectivos documentos para poder transmitir o ejercitar el derecho en ellos mencionado. Si el derecho mencionado en ellos era, a su vez, literal y autónomo, esto era consecuencia de concretas disposiciones legales (o, en muchos casos, consuetudinarias o hasta contractuales, según lo admitía dicho autor) que quitaban al deudor la posibilidad de oponer al tene-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dor de buena fe del título excepciones basadas en circunstancias no deducibles del título mismo o relativas a relaciones personales con anteriores poseedores del documento. Si, luego, esas eran las características generales, extraídas de la disciplina de los documentos que tradicionalmente se consideraban títulos valores, especialmente del prototipo de ellos, la letra de cambio, todo otro documento que presentara las mismas características, según la disciplina a que estaba sometido, sería también, lógicamente, título valor.

Así se formó la teoría general de los títulos de crédito, mediante la extensión de los principios cambiarios a otros títulos por sucesivas generalizaciones. Y así se llegó al concepto de título valor que hoy utiliza difusamente la doctrina y hasta adoptan las legislaciones, como se ha visto. Es este, por tanto, lo que *Ascarelli* llamaba un *"concepto normativo"* en cuanto se deduce de un conjunto de normas.

Pero este concepto no basta cuando se trata de aplicar la disciplina correspondiente a nuevos documentos no regulados legislativamente (títulos innominados) o a documentos de dudosa calificación legal. Las leyes actuales que han adoptado la teoría unitaria de los títulos de crédito se limitan a dictar normas aplicables, en general, a los títulos valores. Por ejemplo: "El poseedor de un título valor tiene derecho a la prestación en él indicada mediante la presentación del título, si aparece legitimado en las formas prescritas por la ley"; o bien "El deudor puede oponer al poseedor de un título valor solamente las excepciones personales que tenga contra éste"; o bien "Quien ha adquirido de buena fe la posesión de un título valor, de acuerdo con las normas que disciplinan su circulación, no está sujeto a reivindicación".

Pero nada dicen esas leyes en cuanto a qué cosa es, realmente, un título valor. Aun leyes, como las iberoamericanas antes aludidas, que contienen una "definición" de título valor, no dicen nada en cuanto al fenómeno de la realidad social, en cuanto a la *"fattispecie"*, como dicen los italianos, al cual se aplica la normativa. Al definir el título de crédito por sus características normativas (precisamente la definición de *Vivante),* no hacen más que caer en un círculo vicioso que se podría expresar así: "la disciplina de los títulos valores se aplica a los títulos valores; y son títulos valores... aquellos a los que se aplica la disciplina de los títulos valores".

El problema fue puesto en evidencia por *Ascarelli* a través de varios ensayos publicados entre los años de 1954 y 1957, en los cuales señalaba cabalmente que el concepto común de título de crédito era un típico "concepto resumido de una determinada normativa" que, como tal, dejaba en la sombra el problema de la definición *tipológica* de título de crédito, es decir, aquella definición que sirviese para resumir los datos de hecho relevantes para entrar a aplicar la disciplina cartular; esto es, que antes de la aplicación de las normas relativas a los títulos valores, era necesario formular un "concepto atinente a una reconstrucción tipológica de la realidad, en función de la aplicación de una disciplina normativa"; en pocas palabras, un *concepto tipológico* de título valor.

Ahora bien, partiendo de esta posición y considerando que la disciplina cartular constituye, en esencia, una normativa dirigida a facilitar la circulación de los créditos y otros derechos subjetivos, *Ascarelli* concluía que el elemento determinante del concepto tipológico de título valor no podría ser otro que la "destinación a la circulación, según la consideración social" de un documento. Para arribar por ahí a su definición de la *"fattispecie"* título de crédito como "aquel documento escrito y suscrito, nominativo, a la orden o al portador, que mencione la promesa (o la orden) unilateral de pago de una suma de dinero o de una cantidad de mercancías a plazo determinado o determinable o de entrega de mercaderías (o títulos) especificadas y que sea socialmente considerado como destinado a la circulación, así como aquel documento que certifique, con suscripción de uno de los administradores, la cualidad de socio de una sociedad por acciones".

Por su parte, *Ferri* (en memorable polémica con *Ascarelli)* sostuvo la tesis de que, si bien un documento puede ser calificado como título valor cuando como tal viene tratado en la disciplina legal particular que lo regule (sin que sea necesario una expresa remisión o una completa repetición de las normas generales del Código relativas a los títulos de crédito) o cuando viene considerado tal en la "tradición", lo cierto es que cuando esta tradición no pueda decirse formada, se debe acudir, como elemento determinante, a la voluntad del creador de destinar el documento a la circulación.

Esto último, es decir, la posibilidad de tomar en cuenta la voluntad individual del emisor como elemento creador de un nuevo título de crédito, fue rebatido por *Ascarelli* aduciendo, entre otras cosas la necesidad de certeza en la destinación a la circulación, que sólo se alcanza cuando se crea un nuevo "tipo" de documento en la consideración social y no por la voluntad individual de quien lo inventa.

Ferri, al final, intentó una conciliación de ambas tesis advirtiendo que no hay una diversidad sustancial entre las dos posiciones. Valoración individual y valoración social —dice— normalmente coinciden:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un documento en tanto puede ser socialmente considerado como destinado a la circulación, en cuanto los individuos que este documento utilizan lo hayan creado con aquella destinación; de otra parte, quien utiliza un documento que socialmente es considerado como destinado a la circulación, mientras no manifieste una intención contraria, creando el documento, quiere también la destinación que le es propia. Sin embargo, sigue pensando este autor, a la voluntad del creador del título debe esencialmente vincularse la destinación a la circulación, por dos razones fundamentales: mientras la voluntad del creador es un acto exactamente individualizable, no lo es en cambio la valoración social, respecto de la cual se plantea el problema de establecer en qué cosa consiste; y de otro lado, sobre todo, existen hipótesis en las cuales la valoración social del fenómeno no sirve o no puede funcionar, siendo precisamente estas hipótesis las que permiten establecer la bondad de la fórmula utilizada con miras a la reconstrucción del fenómeno.

Sería largo y ajeno a los propósitos de este ensayo continuar relatando la interesantísima discusión de estos dos grandes maestros italianos en la materia que nos ocupa. Lo anterior basta para destacar el inestimable aporte que ellos dieron a la teoría general de los títulos de crédito al detectar la fractura del sistema, consistente en la falta de un concepto tipológico de título valor, condición indispensable para la aplicación de las normas que disciplinan esta clase de documentos, así como para mostrar sus diversos puntos de vista en la construcción de la *"fattispecie"*. El mérito de sus válidas intuiciones podrá apreciarse mejor a la luz de los siguientes apuntes.

4. La libertad de emisión.

Como indicábamos al principio, la teoría general de los títulos valores tiene justificación, no solo como integradora de la disciplina de aquellos documentos solo fragmentariamente regulados en su respectiva ley, sino, sobre todo, como sistema normativo total al que deberán someterse los nuevos títulos valores que se llegasen a crear en la práctica, sin una autorización legislativa expresa. Esto implica que en la base de la teoría unitaria está implícito el principio de que es posible que se formen títulos no tipificados legalmente. Esta posibilidad de creación espontánea de nuevos títulos valores es lo que se conoce como "libertad de emisión".

Tal libertad es admitida por la doctrina unánimemente, no solo por las anteriores consideraciones y por el peso de una tradición que arranca de la formulación de los primeros documentos que hoy llamamos títulos valores (comenzando por la letra de cambio), que surgieron de las antiguas prácticas mercantiles, sino también con base en normas expresas que generalmente se incluyen en las modernas leyes sobre el tema, tal como el artículo 2004 del Código Civil italiano que, al limitar la emisión de títulos de crédito al portador que contengan la obligación de pagar una suma de dinero solo a los casos establecidos por ley, está reconociendo la libertad de emisión en los demás supuestos (norma similar aparece en el artículo 57 del "Proyecto del Convenio Centroamericano sobre Títulos Valores" y en el artículo 56 del proyecto de "Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina", así como en la mayoría de los códigos y leyes generales latinoamericanos).

En lo que no hay acuerdo es en cuanto al modo o a los medios a través de los cuales esta libertad de emisión de nuevos títulos pueda ejercerse válidamente. ¿Bastará un simple acto de autonomía negocial? (Recuérdese a *Ferri).* ¿Habrá que considerar la analogía del nuevo título con otros ya admitidos legalmente? ¿Será necesario que el título se haya difundido en los usos comerciales o, al menos, en la consideración social? (Recuérdese a *Ascarelli).* ¿Habrá otros medios de ejercer la libertad de emisión de títulos valores?

Analicemos en forma muy resumida cada una de estas posibilidades.

En lo que respecta a la autonomía negocial, habría que plantearse la posibilidad extrema de que un individuo, mediante acto de voluntad unilateral y aislado, creara un nuevo título valor, lo que podría efectuarse consignando en el propio documento, luego de la promesa de pago, una fórmula que dijese, por ejemplo: "Este título se rige por las normas relativas a los títulos valores".

Recuérdese, ante todo, que la emisión de un título valor implica la derogación de un entero sistema jurídico de circulación de créditos que puede considerarse "normal" en el Derecho Privado, representado por las reglas que gobiernan la cesión, para poner en vigencia otro sistema enteramente diverso (precisamente el de la llamada "Ley de Circulación" de los títulos de crédito). Esto significa que la transmisión del crédito a terceros, especialmente tratándose de la adquisición *a non domino,* estará sometida a reglas totalmente opuestas de la ordinaria (a diferencia de los créditos comunes, el incorporado en un título de crédito podrá ser adquirido *a non domino* en determinadas circunstancias); el sistema común de oponibilidad de excepciones personales, en virtud del cual el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones oponibles al cedente,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

variará para establecer la regla general de la inoponibilidad de excepciones personales relativas a tenedores anteriores, entre las que podría estar, inclusive, la de falta de causa, para llegar al extremo de indefensión que se puede dar en los títulos abstractos; las normas relativas a la legitimación serán diversas y favorecerán al poseedor del documento en perjuicio del verdadero titular del derecho.

De lo anterior se desprende, con facilidad, la conclusión de que la autonomía negocial no puede crear nuevos tipos de títulos de crédito, así sea solamente por el hecho de que las reglas que regulan la circulación de los bienes y el control causal en los negocios jurídicos no son materia que esté a disponibilidad de los individuos, puesto que afecta directamente derechos e intereses de terceros, por no decir de la colectividad entera.

Ahora bien, si se excluye el ejercicio de la libertad de emisión a través de un acto individual, cabría considerar la posibilidad de que la disciplina cartular se aplique a nuevos títulos que, no estando autorizados por ley, puedan ubicarse sin embargo dentro del ámbito de otras fuentes normativas, como la analogía o la costumbre.

En cuanto a la analogía, habría que observar, en primer término, que no estamos, en el caso de los títulos de crédito, ante la carencia de previsión legislativa, que constituye el presupuesto para la aplicación del procedimiento analógico, puesto que la normativa correspondiente aparece completamente desarrollada en las legislaciones que, como las aquí consideradas, siguen la teoría unitaria de los títulos valores. Y que siendo ello así, la única norma que faltaría sería precisamente aquella que permitiera conectar el nuevo título a la legislación general, norma que no podría ser otra que la que suministrara el concepto tipológico o *fattispecie* de título valor.

Con lo cual habría que volver al punto de partida: encontrar el concepto tipológico de título de crédito para con él establecer si el nuevo título, por el interés económico que realiza, por la coincidencia con la definición que ya tengamos, puede ser considerado título valor. Lo que implica un juicio de identidad y no de analogía con la *fattispecie,* que excluye en última instancia el procedimiento analógico.

Con mayor insistencia se ha sostenido, tanto en doctrina como en jurisprudencia, que sólo a través del *uso* se puede llegar al nacimiento de un nuevo título legalmente atípico. Ello no sólo porque, como ya señalamos, los primeros títulos de crédito conocidos surgieron de las prácticas y costumbres comerciales antes de que la doctrina, primero, y la ley, después, se ocuparan de ellos, sino también porque la aplicación de reglas cartulares codificadas a casos especiales de títulos legalmente atípicos (por ejemplo, a los certificados de depósito negociables creados y difundidos por los bancos) ha sobrevenido después de que esos documentos habían sido consagrados por una larga práctica bancaria o comercial.

El uso de que aquí se trata es, naturalmente, un *uso normativo* que vendría a poner las condiciones para que un determinado documento se rija por las normas legales de los títulos valores. Esto ocurriría cuando las reglas consuetudinarias a que se somete el título en cuestión llegaren a coincidir, en lo esencial, con la disciplina general de los títulos valores, en cuyo caso ésta se les aplicaría íntegramente.

Sin embargo, en el estado actual de nuestros ordenamientos jurídicos, donde la ley escrita prevalece decididamente sobre los usos y costumbres, y estos quedan relegados a materias no legisladas o a aquellas otras en que la propia ley los requiere, sin que en ningún caso sus preceptos puedan ir contra lo que se considera orden público, es difícil que el uso normativo, por sí solo, pueda consagrar títulos valores nuevos (ello a pesar de que algunas legislaciones, como la guatemalteca, la salvadoreña, la hondureña y ahora la costarricense, así como algunos proyectos latinoamericanos de leyes uniformes, ya indicados, hablan expresamente de títulos valores "consagrados por los usos").

En efecto, nadie puede afirmar que la materia relativa a los títulos valores no esté regulada en la ley. Por lo demás, existe un régimen general de circulación para todos los créditos y demás posiciones subjetivas, constituido por la cesión ordinaria, cuyos mandatos pueden considerarse de orden público en la medida en que establecen normas de conducta de aplicación general cuyo acatamiento no depende de la voluntad privada de los sujetos a quienes van dirigidas, por lo que un uso normativo contrario no puede llegar a formarse.

Restaría por considerar la posibilidad de que en la especie no se exija la formación de un verdadero uso normativo, propiamente dicho, sino la efectiva y frecuente circulación de un determinado tipo de documento usado en la práctica, como presupuesto suficiente para la aplicación de la disciplina cartular a ese título.

Pero esta solución podría combatirse fácilmente con un argumento utilizado certeramente por *Libertini,* según el cual, la solución sería criticable desde el punto de vista de su oportunidad. No hay duda, en efecto, que ella sería incongruente respecto de los fines que se propone el reconocimiento de la libertad de emisión de los títulos de crédito: si se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

quiere entender la *fattispecie* de título valor en consonancia con las exigencias de desarrollo del mercado financiero y de los otros sectores económicos sobre los cuales incide la presencia de esta clase de títulos, no se puede esperar a que se haya formado una costumbre en orden a la circulación de un determinado documento. En otros términos, quedaría en buena parte desvirtuado el valor del reconocimiento de la libertad de emisión de los títulos de crédito, si después la aplicación de la disciplina a determinados documentos tuviese que esperar la afirmación de éstos en la práctica.

Llegados a este punto, nuestro problema pareciera no tener solución. Por una parte, resulta innegable que la teoría general de los títulos valores permite la libre emisión de nuevos títulos legalmente atípicos. Es más, la teoría misma sería injustificable y hasta inútil sin la libertad de emisión. Pero por otra parte, la legislación no suministra un concepto tipológico que permita individualizar y calificar como títulos valores aquellos documentos cuyos elementos fácticos coincidan con tal concepto. Además, la posibilidad de encontrar una *fattispecie* capaz de permitir la creación de nuevos títulos valores a través de la autonomía de la voluntad negocial, de la analogía o del uso, pareciera, por lo dicho, quedar descartada.

¿Qué otra salida queda? A nosotros nos parece que una buena solución es la propuesta por *Libertini* en publicaciones suyas relativamente recientes, cuyas ideas pasamos a resumir y comentar.

5. Autonomía de empresa.

Advirtamos previamente que el problema que nos ocupa tiene en Italia relieves muy particulares provenientes de la unificación del Derecho Privado, que se operó en ese país con la promulgación del Código Civil de 1942, a partir de la cual desapareció (al menos formalmente) la división del Derecho Común en dos ramas tradicionales, el Derecho Civil y el Derecho Comercial, que hoy subsiste en la mayoría de los países del llamado sistema continental. Ello hace posible que omitamos aquí reflexiones muy válidas que hace el citado autor en relación con particularidades propias del Derecho de su país.

Según *Libertini,* el concepto tipológico de título valor debe tener un carácter "dinámico" y no puede agotarse en la simple recolecta de datos del pasado y, por tanto, la determinación del concepto mismo viene tendencialmente reportada en aquella esfera de actividad jurídica que se manifiesta esencialmente a través de la actividad privada, aunque no necesariamente a través de la autonomía negocial. Es en torno al concepto de empresa que se deben hoy reconstruir, a través de la elaboración de nuevas categorías jurídicas, aquellas normas y principios que en otros tiempos podían ser considerados propios de una materia comercial en contraposición a una materia civil.

Aun dentro del ámbito del Derecho Privado italiano, no existe, si no en superficie, una disciplina unitaria de la autonomía privada, y es necesario reconocer, junto a las normas y a las categorías propias de la disciplina tradicional de la autonomía negocial, la existencia de normas y categorías jurídicas propias de la autonomía de empresa, que se distingue esencialmente porque se refiere a la autorregulación privada de actos realizados en serie y no a actos individuales.

Sobre este terreno, según dicho autor, se puede arribar a una satisfactoria determinación del concepto tipológico de título de crédito. Si es cierto que la emisión de un título valor no previsto por la ley no sería permitida con base en las reglas generales de la autonomía individual, que determinan taxativamente las condiciones y los límites dentro de los cuales un individuo puede obligarse abstractamente, es fácil observar que en el plano de la congruencia de resultados, el límite relativo a los negocios abstractos no se justifica, en relación con el empresario, del mismo modo en que lo es en relación con otros sujetos. El peligro que el negocio singular abstracto comporta a su autor, no se presenta en la hipótesis en la cual los negocios abstractos sean estipulados en serie, porque en este caso el daño que el autor del negocio sufre al tener que cumplir una prestación singular no justificada por una causa, es largamente compensado por la ventaja que para la actividad, mirada en su conjunto, puede significar la utilización del negocio abstracto.

Desde este punto de vista, la mejor solución sería la de reconocer que la libertad de emisión de títulos valores se inserta, no en la disciplina general de la autonomía privada, sino en aquella particular esfera de tal disciplina que respecta a los poderes propios del empresario.

Admitiendo que un título valor no previsto por la ley pueda ser creado sólo por un empresario y dentro del ámbito de la actividad de empresa, se realizan dos exigencias propias de la disciplina de los títulos valores: de un lado, se reconoce que el título valor es necesariamente "típico", en cuanto la actividad de empresa comprende una serie de actos del mismo tipo, de modo que el título de crédito utilizado por el empresario en el curso de su actividad, como instrumento de ella, deviene por eso un título "típico"; de otro lado, no se requiere, para la validez de un título de nuevo tipo, que a favor de él se haya

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

formado una *"opinio juris"* y los otros requisitos exigidos por la teoría civilista de la costumbre, porque según aquella que es la característica de la autonomía empresarial, el sujeto empresario-comercial es libre de crear nuevos esquemas jurídicos para la consecución de sus propios intereses.

Éste, nos parece, podría ser el camino justo para llegar a la formulación completa del concepto tipológico de título valor, que quedaría así constituido por dos nociones básicas: la ya conocida de la destinación del documento a la circulación y la exigencia de que la emisión del nuevo título se produzca dentro del ámbito de actividad de una empresa comercial.

Esto, por lo demás, resulta congruente con las modernas teorías sobre la naturaleza del Derecho Comercial, que lo justifican y explican como el Derecho propio de la empresa.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

(ASPECTOS DE LEGALIDAD, FINANCIEROS Y POLÍTICOS)

LIC. RICARDO VARGAS HIDALGO

I. ASPECTOS DE LEGALIDAD.

1. La Sala de Casación en la sentencia número 58 de las 15,10 horas del 20 de julio de 1951, señaló que al usar el artículo 56 del Código de Trabajo el término "particular", suprimía la obligación del Estado y sus instituciones de celebrar convenciones colectivas de trabajo; criterio también mantenido por el Tribunal Superior de Trabajo de San José (sentencia 3477-74) y por la Procuraduría General de la República en dictámenes de 1973, 1975, 1977 y particularmente de 1978 en adelante, cuando vertió el número 78-347 de 21 de setiembre de aquella fecha, con ocasión de la consulta que le formuló la Caja Costarricense de Seguro Social, relativa a la posibilidad de celebrar convenciones colectivas de parte de esa institución y la respuesta fue negativa.

2. La vigencia de la Ley General de la Administración Pública (número 6227 de 2 de mayo de 1978), trajo serias dudas sobre la posibilidad de celebrar convenciones colectivas entre los empleados y servidores públicos y el Estado. Estas dudas quedaron disipadas desde el punto de vista de la Procuraduría cuando el pronunciamiento C-204-79 de 14 de setiembre de 1979, expuso en lo conducente: "...a nuestro juicio, no es procedente en ningún caso la suscripción de convenciones colectivas por parte del Estado y los demás entes públicos, toda vez que no existe ninguna disposición en el Ordenamiento jurídico que expresamente la autorice. Amén que el propio Código de Trabajo, en su artículo 56, sostiene el principio que es el patrono particular el que tiene la obligación de suscribir convenciones colectivas con sus trabajadores, con lo cual, obviamente, se excluye de tal deber a los patronos del sector público..." En el dictamen C-084-81 de 8 de mayo de 1981, emitido por la Procuraduría a solicitud de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago, se dijo en lo conducente, lo siguiente: "...Con fundamento en las disposiciones de la Ley número 5525 de 2 de mayo de 1974, Ley número 5507 de 19 de abril de 1974, y en uso de las facultades que le confiere la Ley General de la Administración Pública, artículos 26, 27, 98, 99, 100 y concordantes, el Presidente de la República, emite las siguientes directrices:

> 1. A partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227 de 2 de mayo de 1978), no se pueden suscribir convenciones colectivas de trabajo por parte del Estado, sus instituciones y los respectivos sindicatos de empleados públicos.
>
> 2. En relación con las convenciones colectivas de trabajo, suscritas por el Estado y sus instituciones antes de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública (26 de abril de 1979), y mientras no se promulgue un nuevo Estatuto de Servicio Civil, que comprenderá en sus disposiciones tanto a la Administración Central como a la Descentralizada, se podrá prorrogar la vigencia de dichas convenciones, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:
>
> a. De existir incremento salarial, éste no puede exceder el aumento anual autorizado por el Poder Ejecutivo para sus funcionarios.
>
> b. Si no existiera fijación por parte del Poder Ejecutivo, el aumento salarial se sujetará a las recomendaciones que dicho Poder haga.
>
> c. No será procedente autorizar ventajas ni beneficios adicionales que presenten erogaciones económicas, cuando éstas constituyan en la especie, desigualdad entre los propios entes descentralizados y los otros organismos públicos.
>
> d. De previo a suscribir el documento que contenga la suscripción de prórroga de la respectiva convención de trabajo, los representantes de la Administración Pública deberán con-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sultar obligatoriamente a la Procuraduría General de la República, a fin de que dicha institución se pronuncie sobre la procedencia legal del mismo.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no inscribirá en los registros respectivos el documento de prórroga de una convención colectiva de trabajo, si no se ha cumplido con todos los requisitos a que se refiere la presente directriz.

5. La revaloración general de sueldos que acordaren los organismos descentralizados, las dependencias y entes adscritos a los Ministerios, incluso los puestos con cargo a patrimonios (fondos especiales) cuyo control corresponde a la Contraloría General de la República, no podrán apartarse de las directrices aquí señaladas.

6. La Autoridad Presupuestaria, creada por el decreto ejecutivo número 10855-H en el ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 5º del mencionado decreto, verificará también el cumplimiento de las presentes directrices e improbará los presupuestos que se aparten de éstas."

Este pronunciamiento vino a sentar las pautas a seguir tanto en el aspecto de legalidad como en el financiero, de las negociaciones colectivas, en especial, de las convenciones colectivas en el sector público. Véase, que el aspecto de legalidad se atribuye a dos entes, uno es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en cuanto a la homologación y depósito de las convenciones colectivas, y el otro es la Procuraduría General de la República con respecto a los lineamientos de orden legal, que vino estableciendo por la vía de esos dictámenes. Surge ya a la realidad jurídica del país, un nuevo ente que junto con la Contraloría General de la República, vendría a fijar las directrices de orden presupuestario-financiero a las negociaciones colectivas de trabajo en el sector público, que es la Autoridad Presupuestaria; en esta fecha creada simplemente por decreto ejecutivo, pero como luego se dirá, se conformaría legalmente a breve plazo.

La Procuraduría en el dictamen C-181-82 de 5 de agosto de 1982, que evacuó consulta de la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, en un extenso dictamen continúa sosteniendo que la doctrina, tanto del Derecho de Trabajo como del Derecho Administrativo, se han dedicado a analizar la naturaleza de la relación de servicio en el campo del Derecho Administrativo, y al efecto, en el campo laboral, acudiendo entre otros autores a don Guillermo Cabanellas, así como a De Litala, para llegar a distintos planteamientos, y concluye en que como lo afirma Krotoschin, las relaciones jurídicas entre el Estado y sus funcionarios no nacen de un acto jurídico del Derecho Civil y del derecho convencional del trabajo, sino de un acto de imperio o de mando que consiste en el nombramiento, el cual se haya regido por el Derecho Administrativo, procediendo el Estado como Poder Público y no como persona jurídica; todo esto para concluir que el INVU al igual que los demás entes públicos, no puede celebrar una convención colectiva de trabajo con sus servidores, por no permitirlo el Ordenamiento jurídico vigente. Asimismo, en el pronunciamiento número C-256-85 de 16 de octubre de 1985, la Procuraduría a solicitud del Ministerio de Trabajo, abunda en razonamientos iguales a los anteriormente expuestos, para, una vez más, arribar a la conclusión de que "existen motivos de conveniencia y de sana administración de mucho peso que impiden la suscripción de las convenciones colectivas en el sector público" por lo que termina su dictamen diciendo: "...Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría General concluye que la suscripción de convenciones colectivas de trabajo de parte del Estado y sus instituciones, no obstante lo resuelto por la Corte Plena en el laudo arbitral contenido en su resolución de 16 horas del 14 de junio de 1984, es jurídicamente improcedente". Pero ahí no termina la emisión de dictámenes de la Procuraduría, aunque desde luego, solo estamos mencionando tal vez los más importantes según nuestro criterio, pues en el pronunciamiento C-153-86 de 23 de junio de 1986, dictado a solicitud de la Autoridad Presupuestaria, retoma todos los argumentos anteriores y entonces emite su parecer, así: "...Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría comparte plenamente el criterio sustentado por la Asesoría Legal de la Autoridad Presupuestaria en lo tocante a la improcedencia jurídica de la pretendida reforma de la convención colectiva vigente en el Instituto Nacional de Seguros". Por último, el 24 de julio de 1986, en el pronunciamiento número 125 UNEJUR, que es la Comisión Técnico-Jurídica de la Procuraduría General de la República, evacuando consulta de los Ministros de Justicia y de Trabajo y Seguridad Social, hace un resumen de las situaciones de las convenciones colectivas en el sector público, sus antecedentes históricos, sus fundamentos jurídicos, y desde luego, con base en el principio de legalidad, asimismo, concluye en lo siguiente:

"A) Conforme con nuestro Ordenamiento jurídico vigente, no es posible negociar nuevas convenciones colectivas de trabajo, ni las llamadas 'reformas' a éstas. Lo único procedente,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conforme queda dicho, son las 'prórrogas' de dichos instrumentos.

B) Para lograr una solución jurídica al problema planteado es necesaria la promulgación de una normativa especial que trate todo lo correspondiente a esta materia. En ese sentido, y a manera de información complementaria, adjuntamos copia fotostática del proyecto denominado 'Ley de Creación de la Comisión de Negociación Colectiva en el Sector Público', (Gaceta número 13 de 18 de enero de 1984)."

Por su lado, la Autoridad Presupuestaria atendiendo consulta del Departamento de Control de Presupuestos de la Contraloría General de la República, en el DIF-084-84, de 10 de abril de 1984, establece las directrices que según esa entidad regirían las convenciones colectivas en el sector público. Veamos que la Autoridad Presupuestaria, ya en esta fecha, había sido creada por la Ley de su mismo nombre, que es la número 6821 de 19 de octubre de 1982, que le daba potestades para sentar lineamientos, sobre todo, en el aspecto presupuestario, es decir, ya estamos arribando al control presupuestario, y entonces, informa a la Contraloría sobre la imposibilidad de celebrar convenciones colectivas de trabajo o modificar las mismas, celebradas antes de la ley de su creación. En este dictamen la Autoridad Presupuestaria basándose en los pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, obliga a la Dirección General de Servicio Civil a verificar la prórroga de convenciones colectivas de trabajo, a fin de que se ajusten a sus disposiciones en lo que atañe a los montos salariales e incentivos o beneficios adicionales, lo que comunicará al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Entidad a la cual obliga a no inscribir en los registros respectivos, el documento de prórroga de una convención colectiva de trabajo, si no se ha cumplido con todos los requisitos a que se refiere la presente directriz.

3. Ahora bien, la prohibición no solo cubrió a las convenciones colectivas de trabajo, sino que abarcó a los "arreglos directos", aun cuando se celebraren en los términos de los artículos 497 y siguientes del Código de Trabajo, afirmando que el Ministerio de Trabajo debe rechazar cualquier convención colectiva o arreglo directo que se le presente para su homologación o depósito. Sobre este tema en aquella época hubo varios artículos que se publicaron por algunos especialistas en la materia, tales como el licenciado Otto Fallas, el licenciado Óscar Bejarano, el licenciado Manuel Francisco Umaña, el licenciado Eduardo Ortiz, el doctor Jorge Enrique Romero y otros más, incluyendo el suscrito.

4. En el Quinto Congreso Jurídico Nacional del Colegio de Abogados de noviembre de 1979, se discutió el asunto relativo a las Convenciones Colectivas de Trabajo en el sector público, sobre todo frente a la problemática generada por la promulgación de la Ley General de la Administración Pública y Jurisprudencia existente. Desde luego, que había también otros puntos a discutir en dicho congreso sobre distintas materias jurídicas.

En este congreso, además de lo anterior, a propuesta del licenciado Óscar Bejarano Coto se acordó: "Declárese que existe constitucionalmente vigente en Costa Rica el derecho del servidor público y facultad de los entes estatales de negociar colectivamente por medio de sus organizaciones sociales con el Estado". También se aprobó otra moción del licenciado Bejarano por medio de la cual el congreso propiciaba y recomendaba una reforma legal que contemplaba el "Desarrollo del Derecho Constitucional de Negociación Colectiva del Servidor Público".

En este cónclave a instancia del suscrito, se acordó lo siguiente: "No es la Ley General de Administración Pública el verdadero problema para la celebración de Convenciones Colectivas en el sector público, sino que el mismo, se origina en el texto del artículo 56 del Código de Trabajo".

De aquí que el Congreso aprobó una recomendación a la Asamblea Legislativa para reformar ese artículo 56, relacionado, así: "Todo patrono que emplee en su centro de trabajo público o privado, o en determinado centro de producción o de servicio público..., los servicios de más de la tercera parte de sus trabajadores sindicalizados tendrá la obligación de celebrar con el respectivo sindicato cuando éste lo solicite, una Convención Colectiva".

Merece llamar la atención que en este congreso fue la única oportunidad, en que la Procuraduría General de la República por medio de los procuradores, discutió en forma pública su tesis anticonvencional.

Asimismo en ese congreso se adoptaron otras recomendaciones sobre la base de la ponencia del licenciado Óscar Bejarano y del suscrito referentes a: a) El derecho del servidor público de negociar colectivamente por medio de sus organizadores sociales con el Estado, aunque no existe acción alguna para su ejercicio compulsivo; b) Que el congreso propicia y recomienda una reforma legal que contemple el desarrollo del derecho de negociación del servidor público; c) Que para la protección del servidor público se establezca un control de legalidad que lo lleve a cabo la Procuraduría General de la República y un control financiero que lo realice la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Contraloría General de la República; y d) Que dentro de la estructura del Ministerio de Trabajo, se institucionalice un organismo técnico que se encargue de conducir las negociaciones colectivas del Sector Público, a manera de una Junta de Conciliación Administrativa.

5. En la sede del Colegio de Abogados, en 1981, se efectuó un Seminario Internacional de Derecho Administrativo, en el que el doctor Jorge Enrique Romero Pérez presentó una ponencia que en lo que interesa dice: "La democracia implica sindicatos libres y el Estado democrático tiene que dar un marco de acción que permita las Convenciones Colectivas en el sector público... así lo establece el Régimen Democrático Costarricense y el marco Legal Internacional Democrático".

En este seminario ya no se presentó ninguna ponencia legitimando o defendiendo la posición anticonvencional ni de la Procuraduría General de la República, ni de la importante tendencia nacional que adversa la Convención Colectiva en el sector público.

6. En el primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social realizado del 8 al 12 de marzo de 1982, se volvió sobre este punto y entre otras, se discutieron ponencias de don Guillermo Cabanellas, Óscar Bejarano, Carlos Carro, Édgar Alfaro, Raúl Marín, Bernardo Van Der Laat, Jorge E. Romero, el suscrito y otros distinguidos estudiosos del Derecho Laboral y por lo menos en principio, se aceptó la tesis de que, bajo regulaciones jurídicas especiales, deben permitirse las Convenciones Colectivas en el sector público.

7. En el IV Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, celebrado del 14 al 19 de abril de 1985, se retomaron estos temas y se discutieron otros más. Sin embargo, no se llegó a conclusiones sobre la Convención Colectiva en el Sector Público.

8. Disposiciones legales sobre el tema.

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA[1]

Los artículos 60, 62 y 68 consagran por su orden, tres derechos sociales fundamentales de los trabajadores:

a. el principio de la libertad sindical con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económico-sociales o profesionales;

b. el derecho de celebrar convenciones colectivas de trabajo, con arreglo a la ley, cuando los trabajadores se organicen en sindicatos;

c. el derecho a la no discriminación sobre ventajas o condiciones de trabajo y entre grupos de trabajadores. También debe hacerse alusión al artículo 7 de la Constitución Política que da a los convenios internacionales autoridad superior a las leyes, y al artículo 74, que establece la irrenunciabilidad de los derechos y los beneficios generados en el capítulo de derechos y garantías sociales de la Constitución.

CONVENIOS DE LA OIT[2]

Están ratificados los convenios Nº 87, sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948; el Nº 98, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949, mediante Ley Nº 2561 del 11 de mayo de 1960. Asimismo lo está el convenio Nº 135 relativo a la "Protección y Facilidades que deben otorgarse a los Representantes de Trabajadores en la Empresa" (2 de junio de 1971), y aun cuando penden de su ratificación, fueron apoyados en su adopción por nuestro país los convenios de esa organización Nº 151 "Sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los proce-

1. Se emitió el 7 de noviembre de 1949.

2. Organización Internacional del Trabajo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dimientos para determinar las condiciones de empleo y en la Administración Pública" (7 de junio de 1978) y el Nº 154 "Sobre el Fomento de la Negociación Colectiva", (junio de 1981), y que pretende que los países miembros adopten medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.

Ya en 1958, la OIT había adoptado el Convenio Nº 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, el que fue ratificado por COSTA RICA, mediante Ley 2848 del 26 de octubre de 1961, que prohibía toda suerte de discriminación en materia de empleo y ocupación.

CÓDIGO DE TRABAJO[3]

En nuestro Código se regulan con amplitud las figuras jurídicas de los contratos colectivos de trabajo en los artículos 49 al 53; las convenciones colectivas en empresas o en centros de producción determinados en los artículos 54 a 62; y las convenciones colectivas de industrias de actividad económica o de región determinada, en los artículos 63 a 65; y los arreglos directos en los numerales 497 a 499. De todo este articulado, el que ha sido mayormente desarrollado en distintos estudios, es el artículo número 56 y desde, el 20 de julio de 1951, cuando la Sala de Casación en la sentencia número 58, llegó a la conclusión de que al usar el término "particular" no existe obligación del Estado y sus instituciones de celebrar convenciones colectivas, según lo referido en líneas antecedentes.

LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA[4]
Artículos 11, 12, 111, 112, 364 y 365

LEY DE SALARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA[5]
Artículos 1, 2, 4, 5 y 12

LEY DE CREACIÓN DE LA AUTORIDAD PRESUPUESTARIA[6]
Artículos 1, 2, 3, 4, 9, 10, 12 y 13

REGLAMENTO A LA LEY DE CREACIÓN DE LA AUTORIDAD PRESUPUESTARIA[7]
Artículos 1, 2, 3, 5, 9, 14, 16 y 20

ESTATUTO DE SERVICIO CIVIL[8]
Artículos 1, 2, 3, 4 y 5

---

3. Ley número 2 de 26 de agosto de 1943, pero que entró en vigencia el 15 de setiembre de 1943, para hacerla coincidir con la fecha de la independencia patria.
4. Ley número 627 de 2 de mayo de 1978, que entró en vigencia seis meses después, por disponerlo así el artículo 370.
5. Ley número 2166 de 7 de octubre de 1957 y sus reformas, en especial la Nº 6835 de 22 de diciembre de 1982.
6. Ley número 6821 de 19 de octubre de 1982.
7. Decreto Ejecutivo número 14375-H de 18 de marzo de 1983, publicado en La Gaceta del miércoles 6 de abril de 1983.
8. Ley número 1581 de 30 de mayo de 1953.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ante esta problemática jurídica y social, el Gobierno de la República firmó un acuerdo con los representantes sindicales del sector público, el día 4 de setiembre de 1986, por el cual se comprometió a encontrar alguna solución antes del día 30 de setiembre de ese año al problema de los convenios colectivos de trabajo en el sector público.

El Gobierno designó una comisión formada por los profesionales en Derecho: Bernardo Van Der Laat, Rafael González, Mauro Murillo, Juan Rafael Espinoza y Ricardo Vargas Hidalgo, a fin de conocer su criterio acerca del estado jurídico de la negociación colectiva en el sector público y sugerir algunas soluciones jurídicas.

Esta comisión, fundada sobre todo en los precitados convenios números: 87, 98, 135, 151, 154 y en especial, en nuestra propia realidad, hizo las siguientes recomendaciones y llegó a las conclusiones que se dirán de inmediato.

RECOMENDACIONES.

Finalmente, con base en los elementos de juicio antes mencionados, la Comisión formula las siguientes recomendaciones al Gobierno de la República:

1. Reconocer la validez de las negociaciones colectivas en el sector público, celebradas con anterioridad al acuerdo firmado por el Gobierno y los sindicatos del 4 de setiembre en curso. Sin embargo, la renegociación de salarios o del respectivo instrumento, una vez aprobada la ley que en seguida se dirá, se regirá por el sistema en ella establecido.

2. En vista de las dificultades que ofrece el marco normativo actual, el Poder Ejecutivo debe preparar y someter a la Asamblea Legislativa, un proyecto de ley para regular la negociación colectiva en el ámbito del sector público descentralizado y de las empresas públicas estatales, que contenga al menos, los siguientes principios fundamentales:

a. Creación de una comisión negociadora del Estado, adscrita al Ministerio de Trabajo, dotada de una secretaría técnica y facultada para nombrar subcomisiones negociadoras.

b. La representación negociadora de los trabajadores se determinará en cada caso democráticamente.

c. La comisión negociará los convenios referentes a las condiciones y relaciones de trabajo y empleo del sector público.

ch. La comisión actuará dentro de los límites del Ordenamiento jurídico.

d. Si no hubiere acuerdo sobre la negociación, en un plazo de 120 días, los interesados podrán accionar en la vía jurisdiccional de trabajo.

El tribunal estará sujeto a los mismos límites de la comisión.

CONCLUSIONES.

El Gobierno de la República, después de analizar las razones y recomendaciones de la Comisión de Expertos, coincide con ella en que hay imprecisión en el marco normativo que regula esta materia. Sin embargo, cree de justicia admitir el establecimiento de instrumentos que permitan a los servidores públicos, participar en la determinación de condiciones de empleo que armonicen con el interés público, y manifiesta su compromiso de tomar las siguientes acciones:

1. Reconocer la validez de las negociaciones colectivas en el sector público descentralizado y de las empresas públicas estatales, celebradas con anterioridad al acuerdo firmado por el Gobierno y los sindicatos el 4 de setiembre en curso.

2. Elaborar, con la colaboración de la Comisión de Expertos antes mencionada, el proyecto de ley que regule la negociación colectiva en el ámbito del sector público descentralizado y de las empresas públicas estatales, para someterlo a consideración de la Asamblea Legislativa en el menor tiempo posible. Esta ley incluirá disposiciones que regulen aspectos relativos a remuneraciones y beneficios contenidos en las negociaciones colectivas, y tomará en cuenta los principios fundamentales que la citada Comisión de Expertos recomendó.

3. Mientras no esté aprobada la ley que regule las negociaciones colectivas en el ámbito del sector público descentralizado y de las empresas públicas estatales, las prórrogas o modificaciones de las convenciones colectivas existentes se regirán por las normas vigentes y las directrices que al respecto se emitan. Esto con miras a compatibilizar el gasto público con la situación económica del país, en resguardo del control del proceso inflacionario y en salvaguardia del valor real de los salarios.

4. En cuanto a las convenciones colectivas en trámite de homologación, reformas y acuerdos salariales ya suscritos, se tomarán los acuerdos que permitan, a la brevedad, su aprobación. Aparte el Gobierno de la República aprobó las recomendaciones y conclusiones de la comisión y por medio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, comunicó aquel documento al sector sindical de la Administración Pública, mediante el oficio del 10 de octubre de 1986, suscrito por el *propio señor Ministro y que en lo conducente dice:* "...En cuanto al punto 1 de las conclusiones:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Si bien es cierto que la cuestión que ha concentrado el debate es la relativa a la convención colectiva, es lo cierto que en doctrina se habla de negociación como género y convención como especie, así que la propia OIT usa generalmente la expresión negociación al referirse a ese tema. En todo caso, debo anotar que en ningún momento se utiliza el término negociación en perjuicio o disminución del instrumento de la convención, que ha sido el de mayor desarrollo normativo, doctrinario, jurisprudencial y práctico, en el ámbito del derecho colectivo del trabajo. De todos modos, no hay inconveniente para que en el asunto que nos ocupa, se sustituya el término negociación por el de convención.

En cuanto al punto 2 de las conclusiones: así como en el punto 1 se reconocen las convenciones ahí especificadas, en este apartado se deja claro que para el Gobierno es necesaria una ley que permita (y regule) las negociaciones colectivas por parte de entes públicos (que no sean los que ya las tienen); que esa ley habrá de permitir (y regular) la negociación colectiva para el sector público descentralizado y el de las empresas estatales y no para los otros sectores de la Administración Pública y que será esa ley la que hace a la participación de representantes del sector sindical en la elaboración del citado proyecto de ley, estimo que es posible encontrar un mecanismo —entre los tantos que habría— que permita obtener el criterio de dicho sector antes del envío del proyecto definitivo al Poder Legislativo.

En cuanto al punto 3 de las conclusiones: es uno de los aspectos más trascendentales para la organización sindical y delicados para el Gobierno. Para ustedes porque ahí se refleja, sin eufemismos, el giro que la actual administración establece en materia de convenciones colectivas, al expresar que las que ya existen no solo se pueden prorrogar sino modificar. Para el Gobierno de la República es delicado habida cuenta de que se propone abrir una vertiente que en cualquier situación debe ser normada con cuidado, pero que ante la situación por la que pasa el país, particularmente en materia económica, obliga a una regulación muy bien pensada y expresada. Las normas vigentes a las que debe sujetarse no pueden ser solo las contenidas en la Constitución Política y el Código de Trabajo. El Ordenamiento jurídico es más amplio, particularmente para la administración y en tanto esté vigente no puede ser desatendido. Empero, es necesario dictar nuevas directrices para adecuar la posibilidad de modificar las convenciones, a las posibilidades y políticas del Gobierno, ya que las que existen no prevén —porque no se permitía— la hipótesis de las modificaciones. En todo caso, es importante señalar que las directrices que se emitan deben ir esencialmente al interior de la administración (órganos y jerarcas), antes que al instrumento de la convención, así como aquéllas deben procurar la facilitación del trámite y control, una vez suscrita ésta. En este sentido deberá tenerse muy presente el texto de la Ley Nº 6821 de 19 de octubre de 1982 (Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria), particularmente su artículo 9.

En cuanto al punto 4 de las conclusiones: no requiere mayores comentarios ya lo que en él se expresa es la voluntad política del Gobierno de aprobar, por los medios de su elección, los instrumentos ahí indicados, en el menor tiempo posible."

Los sindicatos en nota del 11 de octubre de 1986, dieron contestación de la siguiente manera:

"...El documento establece el reconocimiento de la negociación colectiva en el sector público y de las empresas públicas estatales, no obstante, nuestro criterio es que el reconocimiento debe ser a la Convención Colectiva de Trabajo en el Sector Público, en sus tres momentos: a) negociación, b) suscripción, c) depósito y homologación." Por lo tanto, sugerimos este texto:

"Reconocer la validez de las convenciones colectivas en el sector público y en las empresas públicas estatales.

2. El Gobierno de la República reconociendo el derecho universal de los trabajadores del sector público a negociar convenciones colectivas se compromete a elaborar un proyecto de ley que garantice y regule la negociación de tales convenciones. En la elaboración del proyecto de ley tendrá participación una comisión de representantes del movimiento sindical, designado por éste.

3. Mientras no esté aprobada la ley que regule las negociaciones colectivas en el ámbito del sector público, las negociaciones, prórrogas, reformas o modificaciones de las convenciones colectivas, se regirán por las normas vigentes en la Constitución Política y el Código de Trabajo.

4. En cuanto a las convenciones colectivas en trámite de homologación, reformas y acuerdos salariales ya suscritos, el Gobierno los considera legítimos y procederá de conformidad, para que entren en vigencia en forma inmediata."

II. ASPECTOS DE ORDEN ECONÓMICO.

En primer lugar, las medidas tomadas por: a) El Consejo de Gobierno; b) La Autoridad Presupuestaria; y c) La Dirección General de Servicio Civil y que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

reciben el nombre en nuestro país de "directrices" o "lineamientos", tienden sobre todo, a ordenar y fijar una política salarial, uniforme y armónica para todo el sector público, así como combatir la inflación.

1. Política salarial.

En Costa Rica, el primer intento de uniformar la política salarial, se dio con la Ley de Salarios de la Administración Pública ya citada pero, que sabemos data de 1957, lo que se evidencia en forma bastante concreta con la lectura de su artículo primero, que dice:

> "La presente ley se dicta para garantizar la eficiencia de la Administración Pública y constituirá el sistema oficial de retribución para todas las clases de puestos clasificados en el Manual Descriptivo de Puestos, conforme lo dispone el Capítulo X del Estatuto de Servicio Civil."

Desde luego, fue un primer paso, que venía incluso a constituirse en un complemento del Estatuto de Servicio Civil, que estableció en su artículo número uno:

> "Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y proteger a dichos servidores."

Puede observarse de las transcripciones anteriores, que el campo de acción tanto del Estatuto de Servicio Civil como de la Ley de Salarios de la Administración Pública, fue limitado a la *Administración Pública*, que originalmente se entendía como *Poder Ejecutivo*, aunque el mandato del artículo 191 de la Constitución Política, fue el de regular totalmente las relaciones entre el Estado y sus servidores públicos, mediante un Estatuto de Servicio Civil con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración.

El desarrollo de la descentralización administrativa en Costa Rica, a partir de 1948, fue intenso, lo que produjo que cada vez más los alcances de aquellos dos instrumentos jurídicos, fueran menores, en tanto que si bien el *Poder Ejecutivo* crecía, la administración descentralizada iba en aumento, tanto en cuanto a las instituciones autónomas, semiautónomas, organismos desconcentrados, hasta llegar a las empresas del Estado. Consecuentemente, habían tantas políticas salariales en el Estado costarricense, como entidades públicas existían, lo que originó, además de la toma de medidas, la toma de conciencia del problema, y surgieran las llamadas directrices o lineamientos, que se originaron primero, como acuerdos del Consejo de Gobierno, luego, como decretos ejecutivos y posteriormente, con el accionar de la Dirección General de Servicio Civil, para culminar con la creación de la Autoridad Presupuestaria, que se generó en un primer momento por decreto ejecutivo, para dar paso a la *Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria*, la que en sus artículos 1 y 4 (en cuanto a salarios), dispone o señala cuáles son sus fines, por lo que los transcribimos:

> "Artículo 1. Créase una comisión denominada Autoridad Presupuestaria, cuyas funciones principales serán las siguientes:
>
> a) Formular las directrices de la política presupuestaria del sector público, incluso en los aspectos relativos a inversión, endeudamiento y salarios.
>
> b) Velar por la ejecución de las políticas formuladas, una vez que hayan sido aprobadas por el Presidente de la República, en consulta con el Consejo de Gobierno.
>
> c) Controlar la eficacia en la ejecución de las instituciones del sector público."

> "Artículo 4. La Autoridad Presupuestaria estará integrada por el Ministro de Hacienda, quien la presidirá, el Ministro de Planificación Nacional y Política Económica y el Presidente del Banco Central de Costa Rica."

Como quedó expuesto, la centralización en la Autoridad Presupuestaria de toda la política relativa a ingresos y egresos públicos, crédito interno y externo, creación y ejecución de los presupuestos públicos, salarios y otros rubros más, implicó una acción eficiente de aquella entidad, la que ha cubierto, conforme a lo dicho, prácticamente toda esta década. Obviamente, parte de sus regulaciones y de sus metas, para poder ordenar el sector salarios, tenía que extender su accionar a la negociación colectiva (celebraciones de convenciones colectivas, convenios colectivos y arreglos directos, así como concertaciones de alto nivel, que comienzan a negociarse en Costa Rica), a lo que hemos dedicado todo lo expuesto hasta ahora.

Para no entrar en grandes detalles sobre el acaecer de la *Autoridad Presupuestaria*, nos limitaremos al análisis de sus directrices, de los dos últimos años, las que insertaremos a continuación y luego comentaremos. Las del año 1988, fueron publicadas en La Gaceta (Diario Oficial) Nº 242 del 18 de diciembre de 1987, y es el acuerdo número 120 de 20 de noviembre de 1987, que textualmente dice:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL MINISTRO DE HACIENDA,

En ejecución de lo dispuesto por el Consejo de Gobierno, en el acuerdo Nº 1, que consta en el artículo segundo del acta de su sesión ordinaria número setenta y seis, celebrada el once de noviembre de mil novecientos ochenta y siete,

ACUERDAN:

Ratificar los siguientes Lineamientos de Política Salarial para el Sector Público para 1988, que fueron aprobados por la Autoridad Presupuestaria, según consta en el acuerdo número 162 de su sesión ordinaria número 25-87:

"1. Se concederán aumentos salariales que compensen el incremento en el costo de la vida, según las variaciones en el Índice de Precios.

2. Es obligatorio el acatamiento de lo dispuesto por el Consejo de Gobierno según consta en el acuerdo número 4, artículo 6 de la sesión ordinaria número 25 del 22 de octubre de 1986.

3. No se podrán conceder aumentos por concepto de revaloración, modificación de escala u otras, que sean mayores en montos y plazo a los concedidos por el Poder Ejecutivo a sus servidores.

4. Los salarios mínimos se regirán por los decretos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

5. Con respecto a los porcentajes por Dedicación Exclusiva, es potestad de la institución establecer el porcentaje correspondiente dentro de los límites aprobados (máximo 55%), para lo cual deben tomar en cuenta la situación financiera y las posibilidades de financiamiento. Cambios en el reconocimiento de porcentajes por Dedicación Exclusiva, dentro de los límites globales, las autorizará la institución sin carácter retroactivo.

6. La prohibición para el ejercicio profesional sólo se concede por ley expresa para ese fin.

7. El reconocimiento de carrera profesional se deja sujeto a la disponibilidad económica de la institución y de acuerdo con las normas vigentes sobre ese particular.

8. Cambios en la clasificación de puestos o reasignación, podrán incluirse en las modificaciones presupuestarias solo cuando estén autorizados por la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria, previo estudio técnico de la Oficina de Personal de las instituciones y empresas estatales. La Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria podrá remitir a estudio de la Dirección General de Servicio Civil, las solicitudes de dichas entidades. En aquellos casos en que las reasignaciones y plazas nuevas sean producto de cambio de estructura, funciones o procedimientos institucionales, deberá contarse con el dictamen previo de la División de Racionalización del Estado de MIDEPLAN.

9. La fecha de vigencia de las reasignaciones de puestos aprobados, será el primer día del mes siguiente en que la Dirección General de Servicio Civil la haya recibido, siempre y cuando la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria lo ratifique.

10. Las instituciones descentralizadas y empresas públicas podrán apelar lo dispuesto por la Autoridad Presupuestaria en materia de clasificación y valoración de cargos dentro del mes siguiente a la fecha en que se haya recibido la comunicación del estudio.

11. Los aumentos que se produzcan con motivo de asignaciones, reasignaciones o resoluciones de puestos, quedan sujetos a lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley número 2166 del 9 de octubre de 1957. Ley de Salarios de la Administración Pública.

12. El Manual de Clasificación de Clases y su correspondencia, índice salarial, constituyen instrumento básico en la administración de personal que le permitan a las instituciones y empresas reclutar, seleccionar, ascender, etc., al personal más idóneo. Para este efecto se confiere el control del uso de estos instrumentos a las autoridades internas, quienes deben velar por el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Manual en concordancia con los del servidor que se nombre, así como que las funciones que realice sean acordes con la descripción de la clase en que esté. Publíquese. ÓSCAR ARIAS SÁNCHEZ. El Ministro de Hacienda, Fernando Naranjo Villalobos."

Puede observarse, que desde el punto primero, ataca el tema de los aumentos salariales permitiendo los mismos, en el tanto en que aumente el costo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la vida y, el que se determina por las variaciones en el índice de precios. Se limitan los aumentos por concepto de revaloraciones, modificaciones de escala de salarios, cuando éstos superen los aumentos salariales del Poder Ejecutivo. Se alude a los salarios mínimos que son propios, aunque no exclusivos del sector privado, y que corresponden al Ministerio de Trabajo por conducto del *Consejo Nacional de Salarios*, que es un órgano desconcentrado (con independencia funcional y orgánica) y que tuvo su origen desde 1949.[9]

Se regulan tanto los beneficios económicos de la dedicación exclusiva, como los correspondientes a la prohibición para el ejercicio profesional; clasificación y valoración de puestos, aumentos anuales o cualquier forma de reconocimiento de la antigüedad. Se ratifica e impulsa la idea que ya venía gestándose desde diciembre de 1982 (con la Ley número 6835 de 22 de diciembre de ese año) de establecer una sola escala de salarios y un solo manual de clasificación y valoración de puestos y clases, con su correspondiente índice salarial y otros puntos más.

En La Gaceta número 234 de 9 de diciembre de 1988, se publican *Los lineamientos de política salarial del sector público para 1989*, que transcribimos a continuación:

"CONSEJO DE GOBIERNO

Nº 173. San José, 10 de noviembre de 1988
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
Y EL MINISTRO DE HACIENDA,

En ejecución de lo dispuesto por el Consejo de Gobierno, en el acuerdo Nº 1, que consta en el artículo segundo del acta de su sesión ordinaria Nº 115, celebrada el 3 de noviembre de 1988,

ACUERDAN:

Refrendar, conforme con el texto que se transcribe en seguida, los 'Lineamientos de política salarial del sector público para 1989', aprobados por la Autoridad Presupuestaria, según el acuerdo Nº 189, que consta en el artículo primero del acta de su sesión ordinaria Nº 21, celebrada el 27 de setiembre".

"LINEAMIENTOS DE POLÍTICA SALARIAL DEL SECTOR PÚBLICO PARA 1989:

1. Se concederán aumentos salariales que compensen el incremento en el costo de la vida, según las variaciones en el Índice de Precios, de acuerdo con la metodología establecida durante los dos últimos años.

2. Es obligación el acatamiento de lo dispuesto por el Consejo de Gobierno, según consta en el acuerdo Nº 4, artículo sexto de la sesión ordinaria Nº 25 del 22 de octubre de 1986.

3. No se podrán conceder aumentos por concepto de revaloraciones, modificaciones de escala u otros, que sean mayores en montos o vigencias diferentes a los concedidos por el Poder Ejecutivo a sus servidores.

4. Los salarios mínimos de las ocupaciones fijadas por el Consejo Nacional de Salarios, se regirán por los decretos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

5. Con respecto a los porcentajes por dedicación exclusiva, es potestad de la institución establecer el porcentaje correspondiente dentro de los límites aprobados (máximo 55%), para lo cual deben tomar en cuenta la situación financiera y las posibilidades de financiamiento. Cambios en el reconoci-

9. Nº 832, Decreto-Ley de 1º de diciembre de 1949, que fue reglamentado por el Decreto Ejecutivo Nº 6 de 30 de marzo de 1951.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento del porcentaje por dedicación exclusiva, dentro de los límites globales, los autorizará la institución sin carácter retroactivo.

6. La prohibición para el ejercicio profesional sólo se concede por ley expresa para ese fin.

7. El reconocimiento del pago carrera profesional se deja sujeto a la disponibilidad financiera de la institución, de acuerdo con las normas vigentes sobre este particular.

8. Las plazas nuevas se podrán incorporar al presupuesto ordinario o modificaciones presupuestarias, previo estudio de la Autoridad Presupuestaria sobre la necesidad de las mismas y la aprobación de la clasificación y valoración por parte de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria.

9. Para cubrir el costo de las suplencias, recargo de funciones y reasignaciones, se autoriza a las instituciones y empresas públicas cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria, la asignación de hasta un 1,5% de la partida de sueldos para cargos fijos.

En aquellos casos en que las reasignaciones y plazas nuevas sean producto de cambio de estructura, funciones o procedimientos institucionales, deberá contarse con el dictamen previo de la División de Racionalización del Estado de MIDEPLAN.

10. La fecha de vigencia de las reasignaciones de puestos aprobados, será el primer día del mes siguiente en que la Oficina de Personal de cada institución y empresa pública, haya recibido la solicitud del interesado.

11. Se autoriza a la Autoridad Presupuestaria extender las resoluciones que sobre clasificación y revaloraciones se den por concepto de reestructuración de puestos, salarios mínimos, etc., por parte de la Dirección General de Servicio Civil, aquellas instituciones y empresas públicas cubiertas por su ámbito y que se han acogido al Manual y a la Valoración de la Dirección General de Servicio Civil.

12. Se autoriza a la Autoridad Presupuestaria para realizar los ajustes de los niveles de los salarios gerenciales de las instituciones descentralizadas y empresas públicas, en montos y vigencias, de conformidad con los estudios que realicen por la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria al respecto.

13. Se autoriza a la Autoridad Presupuestaria para realizar ajustes de los niveles de los salarios del máximo jerarca de las instituciones adscritas, en montos y vigencias, de conformidad con los estudios que se realicen por la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria al respecto.

14. El pago por los aumentos que se produzcan con motivo de asignaciones, reasignaciones o resoluciones de puestos, quedan sujetos al contenido presupuestario de cada institución y empresa pública.

15. El Manual Descriptivo de Clases y su correspondiente Índice Salarial, constituyen el instrumento básico de la Administración de Personal. Las autoridades internas deben velar por la correcta aplicación del sistema de personal.

16. No podrán reasignarse a la serie profesional, los puestos ocupados por los servidores que no posean la licenciatura específica.

17. Le corresponderá a la Contraloría General de la República, velar porque se cumplan los presentes lineamientos".

"Acuerdo firme.

Publíquese. ÓSCAR ARIAS SÁNCHEZ. El Ministro de Hacienda, Fernando E. Naranjo Villalobos."

De nuevo se vuelve a las regulaciones sobre los aumentos salariales para el sector público, permitiendo sólo los necesarios para compensar el incremento en el costo de la vida, según las variaciones en el Índice de Precios. Como en el caso de los lineamientos de 1988, se tiene como obligatorio el acuerdo número 4, artículo 6 de la sesión ordinaria del CONSEJO DE GOBIERNO Nº 25 de 22 de octubre de 1986, de la que ya se hizo un estudio detenido y que como recordaremos con las directrices sobre la negociación colectiva en el sector público. Se continúa con la misma política limitativa y reglamentista de las asignaciones, reasignaciones, revaloraciones, escala de salarios, manual descriptivo de clases y su correspondiente índice salarial; sobre dedicación exclusiva y prohibición para el ejercicio profesional, sobre los que se tiene como máximo para el primer caso, el 55% (porcentaje del beneficio económico a recibir y para el segundo rubro, un 65%).

2. Inflación.

Por ser un tema puramente económico, no lo analizaremos que no sea para manifestar, que entre otros objetos, se ha pretendido con todas las anteriores medidas, minimizar el terrible problema de la inflación y sus efectos directos, en los precios y por ende, en el costo de la vida, el que bien sabemos, tiene una relación inmediata y directa con los salarios, los que a su vez, atañen en forma sustancial, al sector trabajador público y privado, y claro está al tema que hemos venido tratando de analizar con este pequeño trabajo, y que es la negociación colectiva en el sector público.

Para los efectos de señalar las relaciones innegables que existen entre la negociación colectiva en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el sector público y el fenómeno de la inflación, y sus implicaciones salariales, presentamos el siguiente cuadro que señala: a) Que en la primera parte de esta década la tendencia, de las Convenciones Colectivas fue a subir, es decir, aumentó su número cada año, hasta mil novecientos ochenta y seis en que el Consejo de Gobierno y la Autoridad Presupuestaria dictaron las directrices del 22 de octubre de 1986; b) En los años 1987, 1988 y 1989, la tendencia fue a bajar, en otros términos la celebración de Convenciones Colectivas tendió a disminuir, lo cual era lógico porque aquellos lineamientos, prácticamente cerraban la posibilidad de celebración de negociaciones colectivas nuevas y regulaban severamente las prórrogas y las revisiones; c) Contrariamente, y por los efectos precisamente de la inflación, los conflictos colectivos tramitados en San José, que son la mayoría, tuvieron una tendencia a partir del año de 1986, muy fuerte a subir, lo que refleja, que el sector público trabajador buscó otros mecanismos de revisión de sus condiciones de trabajo y particularmente de ajuste de sus salarios. Recordemos, que en Costa Rica, el procedimiento judicial para el trámite de conflictos colectivos, que se divide en dos etapas, las de conciliación y la de arbitraje, es muy usado y no de ahora, sino desde hace bastantes años, pero como se expuso, con gran desarrollo en los últimos 4 años, por lo que nos atrevimos a sugerir, proponer y conseguir la creación de un Tribunal de Conflictos Colectivos de carácter económico social, que ya aprobó la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, para que funcione a partir de enero de 1990.

CONFLICTOS COLECTIVOS: ARBITRAJE SUBEN EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

DATOS ESTADÍSTICOS

CONFLICTOS COLECTIVOS TRAMITADOS EN SAN JOSÉ:

1986 13
1987 18
1988 44
1989 ..... 40 (a set.)

CONVENCIONES COLECTIVAS BAJAN EN LOS ÚLTIMOS AÑOS:

CONVENCIONES COLECTIVAS

BAJAN 1987-88-89		SUBEN 1983-84-85-86	
1987	20	1983	18
1988	18	1984	33
1989	6	1985	35
		1986	26

III. ASPECTOS POLÍTICOS.

Por mi actual condición de Magistrado, tengo ciertas limitaciones frente al accionar político, pero ello no me inhibe —sólo con un propósito informativo— a hacer un ligerísimo desarrollo del pensamiento político del país en los últimos 15 años.

1. En el programa del licenciado Daniel Oduber Quirós, 1974-1978, se establecían —entre otros—, los siguientes puntos:

a) Asegurar la plena vigencia de la libertad sindical;

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) Impulsar y ampliar el régimen de negociación y contratación colectiva.[10]

Efectivamente en ese período de gobierno se suscribieron bastantes convenciones de trabajo, no había entrado en vigencia ni la Ley General de Administración Pública, ni la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria y se pensaba que el artículo 62 de la Constitución Política, daba margen suficiente para suscribir tales instrumentos colectivos de naturaleza laboral.

2. En el Gobierno del licenciado Rodrigo Carazo Odio, 1978-1982, se programó el "estímulo al sindicalismo y la promoción de los pactos colectivos de trabajo".[11]

En este período presidencial, entró en vigencia la Ley General de la Administración Pública, lo que tiene íntima relación con todos los pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, que dejamos analizados supra y se intensifica el proceso inflacionario.

3. Por otra parte, el programa de Gobierno de don Luis Alberto Monge Álvarez, 1982-1986, "Volvamos a la Tierra", formulaba como uno de sus objetivos: "Estimular el sindicalismo democrático como un medio no político de las clases trabajadoras para defender su legítimo interés por contribuir a la democratización y mayor desarrollo económico y social por medio del diálogo y la negociación racional".[12]

El aspecto del programa de Gobierno más relevante de la política de Monge Álvarez, fue la creación del llamado SEL o *Sector de Economía Laboral* con el ahorro y directa participación de los trabajadores del país, así como de los empresarios y empleados públicos (Estado, sus empresas e instituciones). Este programa no fructificó y el *SEL no entró en vigencia.*

4. El programa de Gobierno del Dr. Óscar Arias Sánchez, 1986-1990, fue claro en cuanto a que seguiría las metas aprobadas en el II Congreso Nacional del Partido Liberación Nacional, donde se incluían regulaciones sobre las convenciones colectivas para el sector público, pues la negociación colectiva en la empresa privada, en todas las administraciones, había permanecido inalterable y así lo está desde el 15 de setiembre de 1943. Es fácil recordar que el doctor Arias Sánchez, contó en su administración con dos figuras jurídicas que prácticamente le imponían una conducta a seguir en su Gobierno, que fue la Ley General de la Administración Pública y la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria (1978 y 1982, respectivamente). En esta administración, se preparó por una comisión de juristas coordinados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social un proyecto de Código de Trabajo; por prácticamente el mismo grupo de laboralistas, que prepararon las base para los lineamientos de la Autoridad Presupuestaria y el Consejo de Gobierno del 22 de octubre de 1986, y la misma comisión de estudiosos del Derecho de Trabajo, participó en la redacción de dos anteproyectos de ley, que regulaban la negociación colectiva en el sector público, pero que no fueron presentados, ni siquiera aprobados como definitivos por este Gobierno, a la Asamblea Legislativa, lo que también sucedió con el *Proyecto de Código de Trabajo.* Recordemos que el Gobierno actual tenía otras metas, también importantes, como la paz del área centroamericana y el programa de viviendas populares.

Con el único deseo de informar, transcribo a continuación el esquema de los referidos anteproyectos, que alude al mismo tema de la negociación colectiva y cuya única diferencia es el alcance de sus regulaciones ya que, el primero limita sus efectos al *sector público,* entendiendo por tal, las instituciones descentralizadas, las corporaciones municipales y las empresas públicas estatales y el segundo, es mucho más amplio, toda vez que, la cobertura del *sector público sería,* la administración pública integrada por los poderes públicos, las instituciones de Derecho Público, autónomas o descentralizadas, con excepción de las municipalidades y las universidades públicas, así como a las empresas del Estado y sus instituciones.

A continuación desarrollaremos, aquellos dos intentos, de regular la negociación colectiva en el sector público:

ALTERNATIVA NÚMERO UNO:

Estructura del anteproyecto de ley de negociación colectiva en el sector público descentralizado.

10. Programa de Gobierno, 1974-1978, págs. 96-97.

11. Programa de Gobierno, 1978-1982, pág. 98.

12. Volvamos a la Tierra-Programa de Gobierno, 1982-1986, pág. 66.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(Borrador para la discusión interna en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

Artículo 1. Objetivo de la ley.
Artículo 2. Cobertura de la ley. Alcances del término sector público descentralizado.
Artículo 3. Pacto colectivo. Alcances del término.
Artículo 4. Comisión de Negociación Colectiva del Sector Público Descentralizado. Integración y Ubicación Institucional.
Artículo 5. Sesiones de la comisión.
Artículo 6. Quórum y votaciones de la comisión.
Artículo 7. Subcomisiones. Tareas y funciones.
Artículo 8. Secretaría Técnica de la Comisión.
Artículo 9. Funciones de la comisión.
Artículo 10. Negociación colectiva a nivel de institución o empresa.
Artículo 11. Negociación colectiva a nivel nacional.
Artículo 12. Negociación de arreglos directos.
Artículo 13. Contenido de los pactos colectivos.
Artículo 14. Vigencia de los pactos colectivos.
Artículo 15. Prórroga del pacto colectivo.
Artículo 16. Denuncia del pacto colectivo.
Artículo 17. Alcances de las normas y directrices relativas al empleo.
Artículo 18. Exclusión de los representantes institucionales de los beneficios de los pactos colectivos.
Artículo 19. Delegaciones sindical e institucional. Integración y poderes.
Artículo 20. Prohibición de que el representante laboral en la junta directiva del ente participe como integrante de la delegación institucional.
Artículo 21. Suscripción del pacto colectivo.
Artículo 22. Inicio de la negociación colectiva.
Artículo 23. Duración de la negociación colectiva.
Artículo 24. Depósito de los pactos colectivos.
Artículo 25. Obligación de agotar la vía administrativa.
Artículo 26. Jurisdicción laboral.
Artículo 27. Sentencias del tribunal. Obligatoriedad y duración.
Artículo 28. Carácter de la ley. Fuentes supletorias.
Artículo 29. Reglamento de la ley.
Artículo 30. Vigencia de la ley y derogatoria de leyes opuestas.

ALTERNATIVA NÚMERO DOS:

Estructura del anteproyecto de ley de negociación colectiva en el sector público. (Borrador para la discusión del Consejo de Gobierno).

Artículo 1. Objetivo de la ley.
Artículo 2. Cobertura de la ley. Alcances del término sector público.
Artículo 3. Pacto colectivo. Alcances del término.
Artículo 4. Comisión de Negociación Colectiva del Sector Público. Integración y ubicación institucional.
Artículo 5. Sesiones de la comisión.
Artículo 6. Quórum y votaciones de la comisión.
Artículo 7. Subcomisiones. Tareas y funciones.
Artículo 8. Secretaría Técnica de la Comisión.
Artículo 9. Funciones de la comisión.
Artículo 10. Negociación colectiva a nivel de poder, de institución o de empresa.
Artículo 11. Negociación colectiva en el Poder Ejecutivo.
Artículo 12. Negociación de arreglos directos.
Artículo 13. Contenido de los pactos colectivos.
Artículo 14. Vigencia de los pactos colectivos.
Artículo 15. Prórroga del pacto colectivo.
Artículo 16. Denuncia del pacto colectivo.
Artículo 17. Alcances de las normas y directrices relativas al empleo.
Artículo 18. Exclusión de los representantes institucionales de los beneficios de los pactos colectivos.
Artículo 19. Delegaciones sindical e institucional. Integración y poderes.
Artículo 20. Prohibición de que el representante laboral en la junta directiva del ente participe como integrante de la delegación institucional.
Artículo 21. Inicio de la negociación colectiva.
Artículo 22. Duración de la negociación colectiva.
Artículo 23. Suscripción del pacto colectivo.
Artículo 24. Depósito de los pactos colectivos.
Artículo 25. Obligación de agotar la vía administrativa.
Artículo 26. Jurisdicción laboral.
Artículo 27. Sentencias del tribunal. Obligatoriedad y duración.
Artículo 28. Carácter de esta ley. Fuentes supletorias.
Artículo 29. Reglamento de la ley.
Artículo 30. Vigencia de la ley y derogatoria de leyes opuestas.

Ni el Consejo de Gobierno, y ni siquiera el Ministerio de Trabajo, han tenido, ninguno de los dos proyectos, como definitivos, ya que, ni siquiera han sido objeto de estudio y menos aprobación.

5. Obviamente, el licenciado Rafael Ángel Calderón Fournier, en la segunda parte del Programa de Gobierno que pretendía ser para 1986-1990, llamado "El Nuevo Pacto Social", proponía usar el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

diálogo como instrumento de paz social, promoviendo y utilizando la negociación sincera y oportuna, con la mediación de las autoridades de Gobierno.[13]

6. Desde luego, que el mismo licenciado Calderón Fournier y el doctor Carlos Manuel Castillo Morales, tienen sus propios programas de Gobierno para el período presidencial, 1990-1994, sobre lo cual, por ser una expectativa de orden político, ni siquiera analizaremos. San José, 28 de setiembre de 1989.

13. Programa de Gobierno 1986-1990, II parte, pág. 14.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PARTICIPACIÓN DEL OFENDIDO EN EL PROCESO PENAL

DR. GERARDO CALVO PICADO*

ÍNDICE

Pág.

Introducción 47

I. Intervención del ofendido en el aspecto penal. 47

A. Sistemas del Procedimiento Penal 47
1. El sistema acusatorio 47
a. Oralidad 47
b. Publicidad 47
c. Contradictorio 47
2. El sistema inquisitivo 48
a. Escrito 48
b. Secreto 48
c. No contradictorio 48
3. El sistema mixto 48

B. Acciones que nacen del hecho punible 49
1. Delitos de acción pública 50
a. El ofendido denunciante 51
2. Delitos de acción pública dependientes de instancia privada 53
3. Delitos de acción privada: la querella 55
a. La querella: concepto 55
b. Forma y contenido de la querella. Facultad de disposición de la acción 55
c. El procedimiento 56

C. Participación del ofendido en el proceso penal alemán: El acusador adjunto 57
a. El actor privado 58
b. El actor accesorio 58
c. El actor civil (proceso adhesivo) 58

* *Juez Superior Penal, Poder Judicial.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. Intervención del ofendido en el proceso en el aspecto civil. 59

A. Breve desarrollo histórico 59

B. Constitución en el aspecto civil 61

1. Constitución del damnificado como actor civil 61
   a. Condiciones de ejercicio de la acción civil 62
   b. Oposición y rechazo de la constitución de actor civil 63
2. Consecuencias de la participación del ofendido como actor civil 63
3. Ventajas e inconveniencias de la constitución del actor civil en el proceso penal 64

Conclusión. 65

Bibliografía. 65

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos la participación del ofendido en el proceso penal, tanto en el aspecto estrictamente penal, como en el civil. Es decir, cuál es su intervención en lo que se refiere a la comprobación y existencia del hecho punible y quiénes han sido sus autores, así como su intervención en la demostración de los daños y perjuicios que ese hecho le ha causado.

En el aspecto penal veremos cuál es la situación del ofendido como denunciante en los delitos de acción pública; en los delitos de acción pública pero de instancia privada y en los delitos de acción privada como querellante. En el aspecto civil se tratará sobre la constitución del ofendido como actor civil, así como las ventajas e inconveniencias que se pueden dar con la acción civil resarcitoria dentro del proceso penal.

I. INTERVENCIÓN DEL OFENDIDO EN EL ASPECTO PENAL

Para comprender mejor la intervención del ofendido en el aspecto penal es necesario hacer un breve desarrollo histórico de los distintos sistemas que han regido el procedimiento penal. Me refiero a los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto, siendo este último el que predomina en las distintas legislaciones actualmente. Esto es importante, porque conforme a las características propias de cada uno de esos sistemas, así será la mayor o menor participación que se da al ofendido en el proceso penal. Así, el ofendido tiene una importante participación dentro del proceso en el sistema acusatorio; prácticamente no la tiene en el sistema inquisitivo y su participación es moderada en el sistema mixto.

También veremos que la participación del ofendido en el proceso —en su aspecto penal— está íntimamente ligada a la naturaleza de la acción a la que da lugar un determinado hecho punible. Éstas pueden ser de carácter público; pero de instancia privada y de índole privada estrictamente. En las dos primeras y de acuerdo con nuestra legislación, el ofendido tan sólo puede denunciar y no tiene ulterior participación en el proceso. En la última, por pertenecerle enteramente su ejercicio, su participación durante todo el proceso es esencial.

A. Sistemas del Procedimiento Penal.

Nos referiremos en primer término a los sistemas que han regido el procedimiento penal.

1. *El sistema acusatorio.*

Cronológicamente hablando el sistema acusatorio es el que dio inicio al proceso penal en la mayoría de las naciones. Se caracteriza porque en él el individuo ocupa un primer plano y en donde el papel del Estado es secundario. Únicamente tiene la misión de resolver los conflictos que se producen entre los particulares. El juez actúa como un árbitro que se mueve a impulso de las partes. No hay actividad procesal anterior a una acusación particular, sea del ofendido o de cualquiera del pueblo. El juez no puede actuar de oficio. En este sistema la libertad y personalidad del individuo se anteponen y superponen a todo interés ulterior del Estado. Fue característico de la democracia griega y la república romana. Se mantiene actualmente en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica.

Los principios directores de este sistema lo constituyen la oralidad, la publicidad y lo contradictorio.

a. Oralidad: Siendo prácticamente el sistema más antiguo, la oralidad privaba sobre la escritura. En virtud de que sus orígenes lo constituyen la denominada "justicia privada", las partes concurrían ante un juez pasivo e imparcial a reclamar y a discutir sus derechos en forma oral y de igual manera lo hacían los testigos que debían intervenir.

b. Publicidad: La asistencia a los juicios que ya tienen la característica de un combate simulado y no efectivo como ocurría antes en que la justicia se hacía en forma privada y particular y a manera de "venganza", es pública. Todo el pueblo podía concurrir y de esta manera darse cuenta y enterarse de la forma como se desarrollaba el juicio.

c. Contradictorio: De esta manera se garantizaba la búsqueda de la verdad y el equilibrio entre las partes. Éstas alegaban ante el juez todas sus reclamaciones y en una posición de igualdad. Aportaban las pruebas para demostrar sus pretensiones y luego ese juez o árbitro se pronunciaba.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Consecuentemente los caracteres principales del sistema acusatorio lo constituyen:

a. La instancia única: La jurisdicción es ejercida en única instancia por una asamblea o un jurado popular. La soberanía reside en el pueblo y sobre éste no hay otro poder.

b. La acción penal o acusación: La acción penal emergente de un delito público, que lesionaba a toda la colectividad, es un derecho de cualquier ciudadano (acción popular) y pertenecía al perjudicado directamente cuando se trata de un delito privado. La acusación es la base indispensable del proceso, el cual no se puede iniciar de oficio. Solamente el particular podía provocar la intervención del tribunal.

c. Pasividad del juez: Las partes, acusador y acusado, se encuentran en una situación de igualdad, mientras el juez únicamente actuaba como un árbitro del combate o litigio que se lleva a cabo entre ellas. El juez carece de iniciativa propia en la investigación. Los elementos probatorios son introducidos al proceso tan sólo por las partes y el juez carece de poderes autónomos para investigar la verdad de los hechos, debiendo limitarse a examinar las pruebas acerca de las cuales había versado la discusión entre dichas partes. En la evaluación de tales pruebas impera el régimen de la íntima convicción. El juzgador decide conforme a la equidad y no conforme a derecho.

2. El sistema inquisitivo.

Los abusos del sistema acusatorio dieron lugar al nacimiento del sistema inquisitivo. Si bien aquél fue característico de regímenes democráticos, éste fue propio de regímenes despóticos y totalitarios. Sus orígenes se encuentran en la Roma Imperial y en el Derecho Canónico y tuvo completo desarrollo en la Edad Media.

Contrariamente al sistema acusatorio, los principios que rigen al inquisitivo son diametralmente opuestos. Es escrito, secreto y no contradictorio.

a. Escrito: Toda la investigación se realiza por escrito y da lugar a un expediente, en el que se van acumulando todos los elementos probatorios, los cuales sobre todo son de cargo, ante el carácter persecutorio en contra del imputado, propio de este sistema.

b. Secreto: La acumulación de pruebas que en forma escrita y de manera unilateral lleva a cabo el juez es secreta, incluso para el imputado, a quien generalmente no se le informa de los cargos que se le atribuyen y es considerado prácticamente como un objeto y no un sujeto del proceso y en el que la tortura era un medio muy utilizado para lograr su confesión del hecho.

c. No contradictorio: En este sistema ya las partes no tienen igualdad de participación. Por el contrario, la defensa del imputado se redujo a su máxima expresión, por lo que no se le daba oportunidad de rebatir las pruebas evacuadas en su contra. La investigación abarcaba casi todo el proceso, en el que el juicio consistía en una mera formalidad para dictar la decisión final. Como la investigación se podía iniciar con una denuncia anónima, el imputado muy raras veces conocía y tenía enfrente al acusador a quien rebatirle su persecución.

De lo anterior se desprende que los principales caracteres del sistema inquisitivo, son los siguientes:

a) La jurisdicción es ejercida por magistrados permanentes que representan al Rey, Monarca o Emperador, lo cual lleva implícita la idea de la doble instancia imperante. La función de juzgar se especializa. El juez ya no es un árbitro nombrado por las partes, ni el igual del inculpado, sino un funcionario permanente, escogido entre los que han estudiado el Derecho. La justicia penal pierde su carácter popular.

b) La acción es ejercida por un procurador real, pero es promovida de oficio por el propio magistrado inquirente mediante el eventual concurso de una denuncia secreta. Se convierte en acusador y juez. Crea órganos permanentes para investigar y perseguir los delitos.

c) El juez tiene un poder absoluto de impulsión del proceso e investigador de la verdad; es el director único de aquél, mientras el acusado sufre torturas y carece total o parcialmente de defensa.

ch) La prisión preventiva e incomunicación del imputado es una regla sin excepción.

d) En la valoración de la prueba rige el sistema legal o positivo.

3. El sistema mixto.

Este sistema, cuyos orígenes pueden remontarse en el Derecho romano imperial, realmente fue organizado por el Código de Napoleón de 1808 y modificado en cuanto a la instrucción por las legislaciones modernas de Europa continental, durante la segunda mitad del siglo pasado. Constituye una reunión o yuxtaposición de elementos acusatorios e inquisitivos, aunque prevalecen los primeros. Varía según la mayor o menor influencia de los opuestos principios que lo nutren, pero responde a la idea básica de dividir el proceso en dos etapas distintas, la primera de las cuales —de investigación o instrucción— sirve para preparar la segunda. Sea, para dar base a la acusación propia del verdadero juicio, la etapa plenaria. Se caracteriza porque, como en el sistema inquisitivo, la investigación y persecución de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los delitos representa una función pública, que el poder organizado no abandona a la iniciativa de los particulares; pero al mismo tiempo como en el proceso acusatorio, no es una función del juez. El Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue, porque se convertiría en parte y con ello peligraría la objetividad de su juicio. El juzgador no procede de oficio, sino que el proceso —y a través de él la imposición de la pena— está condicionado por una acusación. Pero el Estado no se desinteresa de la función de acusar y le da tal potestad a otro órgano suyo: El Ministerio Público, adscrito entre nosotros al Poder Judicial.

Los principales caracteres del sistema mixto son los siguientes:

a) La jurisdicción es ejercida, durante la instrucción por un juez técnico, y durante el juicio por un tribunal popular (jurado) o técnico. Hay separación entonces de la función de investigación y acusación y la de juzgar. Los jueces que fallan no tienen intervención en la instrucción y para que haya juicio y eventualmente condena, es preciso que exista acusación.

b) La acción penal es ejercida por un órgano estatal, el Ministerio Público, aunque en algunos países se acuerda también al damnificado el derecho de acusar; y éste puede ejercer la acción civil resarcitoria que se basa en el delito.

c) La situación de los sujetos procesales es distinta en las dos etapas del proceso: durante la instrucción, el juzgador es el director de la investigación, mientras el agente fiscal y las partes solo pueden proponer pruebas que aquél practicará si las considera pertinentes y útiles; durante el juicio, el juzgador actúa generalmente como un árbitro, y las partes gozan de iguales derechos.

ch) En cuanto a la valoración de la prueba, rigen los sistemas de íntima o de libre convicción, según actúe, respectivamente, un tribunal popular o técnico.

d) El procedimiento varía fundamentalmente en las dos etapas del proceso: durante la instrucción es escrito, limitadamente público y limitadamente contradictorio; durante la etapa del juicio, el procedimiento es oral, público, contradictorio y continuo y se rige por el principio de inmediación de la prueba. La sentencia depende de la apreciación por el juez (no sometida a regla legal alguna) de lo realmente hecho y dicho ante él.

Nuestro Código de Procedimientos Penales vigente está inspirado en el sistema mixto, pues de sus distintas disposiciones se desprenden todas y cada una de las anteriores características propias de ese sistema. Pero como hemos dicho, la intervención y participación del ofendido en el proceso penal, no sólo depende del sistema imperante en esa materia, sino también de la naturaleza propia de la acción a la cual da lugar un hecho punible. Sobre este particular nos referiremos a continuación.

B. Acciones que nacen del hecho punible.

Sabemos bien que actualmente todas las legislaciones aceptan que cualquier infracción a la ley penal da lugar a una acción mediante la cual, debidamente ejercitada en un proceso concreto, se pueda aplicar a su infractor, el sufrimiento de una pena. Este tipo de acciones, según su titular e intereses tutelados, se dividen en: acción pública, acción pública dependiente de instancia privada y acción privada. El ejercicio de la acción penal pública —incluso la dependiente de instancia privada— corresponde a un órgano especializado, a quien la ley entre nosotros, le ha dejado el monopolio en ese sentido (artículo 5 del Código de Procedimientos Penales). El ejercicio de la acción penal privada corresponde al particular ofendido, pues es a él a quien le pertenece (artículo 5 citado y 428 y siguientes de ese Código). También las legislaciones disponen que además de esa acción penal, la infracción puede dar origen a una acción para la reparación del daño causado, o acción civil, cuando ese daño pueda ser apreciado pecuniariamente, caso en el cual existe la obligación de repararlo por quien lo ha causado. Es decir, que conjuntamente con el "daño público" que causa la infracción a la sociedad y que justifica su castigo —penalmente considerado— a su autor por dicha sociedad, también existe un daño privado causado directamente al ofendido como resultado de la infracción cometida en su contra. Sin embargo, esta solución no fue sino la consecuencia final de la evolución del Derecho a través de la historia. En sus orígenes, nuestras civilizaciones primitivas únicamente conocían una represión de carácter vengativo. Antiguamente la venganza privada era el único medio de hacerse justicia. El individuo que sufría un daño personal o en sus bienes, castigaba al autor él mismo —mediante la fuerza— produciéndole un daño, incluso mayor en un principio y similar después, con la aparición de la Ley del Talión. Lo importante en todo caso era reparar la ofensa mediante la fuerza, en el cual el deseo de defensa para impedir nuevos hechos, era más importante que el deseo a la reparación. Posteriormente ya no es el individuo quien se hace justicia por su propia mano, sino que nacen otros órganos, de carácter público, para decidir el conflicto, pero actuando únicamente como árbitros pasivamente, para tomar la decisión final. A partir de este momento es que se reconoce

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que es al Estado a quien pertenece la facultad de castigar al autor de una infracción. Concomitantemente se estimó, esto durante el sistema acusatorio, que el particular únicamente lo que tenía era un derecho de accionar para solicitar la intervención del Estado en ese sentido, y solamente él —el particular— podía accionar e iniciar el proceso y no el Estado de oficio. Posteriormente y durante el sistema inquisitivo, ese "accionar" pasó a manos del Estado, para dar paso luego al denominado sistema mixto, en el que ese mismo derecho se delegó a un órgano especializado, el Ministerio Público, pero estrictamente para los delitos de acción pública, pues había otros en los que ese accionar quedaba supeditado a la voluntad del ofendido (delitos de acción pública dependiente de instancia privada) y aun otros en que esa acción se dejó íntegramente en manos del particular, la cual le pertenecía (delitos de acción privada), en los cuales sólo ese particular ofendido y mediante un procedimiento especial, puede iniciar y concluir el proceso y en los que el Ministerio Público no tiene participación alguna.

Conviene ahora analizar cuál es la participación que tiene el ofendido en el proceso penal, según sea la naturaleza de la acción a la cual da lugar un determinado hecho punible.

1. Delitos de acción pública.

Tenemos claro que lo que primitivamente fue un derecho del ofendido, hoy constituye, salvo excepciones, una función pública que el Estado confiere a un órgano específico: El Ministerio Público y sólo cabe discutir, exceptuando ese reducto excepcional de las "acciones" privadas, si a los particulares —entre ellos al ofendido— se les debe permitir que concurran con aquél en el ejercicio de la acción penal.

El fundamento del ejercicio de la acción penal pública en manos de un órgano estatal como lo es el Ministerio Público, estriba en que el delito es un hecho contrario a las condiciones fundamentales de la convivencia colectiva, por lo que no es posible confiar enteramente la acción penal a los particulares.

Por regla general, aún entre nosotros, todo delito da lugar a una acción pública, salvo las excepciones del artículo 81 del Código Penal, que enumera cuáles son de acción privada, y las del artículo 81 bis de ese Código, que establece cuáles son las de acción pública perseguibles sólo a instancia privada.

En lo que se refiere a la acción penal pública y conforme a los postulados del artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, ésta será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público. Esto es lo que se ha denominado el monopolio de ejercicio de la acción penal pública en manos de esa institución. Significa también que el particular, incluido el ofendido, en los delitos que dan lugar a una acción de esa naturaleza, no tiene el poder de ejercitar al órgano jurisdiccional, sino que ésta es una potestad exclusiva del Ministerio Público y consecuentemente en tales delitos, el ofendido no tiene participación alguna en el proceso y a quien únicamente la ley le confiere el derecho de denunciar tales delitos (artículo 152 del Código de Procedimientos Penales).

No obstante esa situación, la ley le confiere al particular ofendido en nuestra legislación, una serie de garantías. A saber, que el Ministerio Público deberá ejercitar ese tipo de acción, aun de oficio y que su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar y además, de que esa institución siempre está obligada a actuar, salvo las excepciones que la misma ley le acuerda en ese sentido. Es decir, que entre nosotros rige lo que se denomina "el principio de legalidad" y no de oportunidad en ese aspecto, propio de otras legislaciones (por ejemplo la francesa), conforme al cual y en ciertas circunstancias, el Ministerio Público puede negarse a actuar.

Para justificar la intervención del órgano estatal en este tipo de delitos se aduce que en el área del Derecho Privado la acción es el poder jurídico, que pertenece al sujeto a quien inmediatamente le interesa la observancia de la ley, y de requerir su actuación en el caso concreto —limitándose el Estado a prevenir, disponer y garantizar los medios para que el Derecho se realice. Sea a ejercitar el poder jurisdiccional—. En el campo del Derecho Penal, en cambio, el Estado, como titular de la potestad represiva, debe intervenir de diversos modos: Antes de la infracción, con medidas de prevención o de policía tendientes a impedirla; después que se presume cometido el delito, con una compleja actividad en todo aspecto y momento dirigida a actuar el Derecho. Precisamente porque es el titular de la potestad represiva, no puede limitarse a juzgar; debe también instituir órganos que se encarguen de la investigación y de la acusación, asumiendo así la triple función que la naturaleza pública del Derecho Penal le impone. Ello no impide y habida cuenta de los intereses tutelados para cierto tipo de delitos, que la actividad procesal necesaria para el juzgamiento de los mismos, quede en manos del particular ofendido (delitos de acción privada), a quien enteramente le pertenece, teniendo un poder absoluto de disposición de la acción, a la cual da lugar ese tipo de delitos. Para otro tipo de ellos la actividad procesal queda condicionada a la decisión inicial del ofendi-

do, quien es el que decide su juzgamiento o no (delitos de acción pública pero de instancia privada).

Si bien el sistema de la oficialidad, ligado al de la legalidad es el que impera entre nosotros para el caso de delitos de acción pública, cuyo ejercicio se deja en manos de un órgano estatal, como lo es el Ministerio Público, en que el ofendido no tiene participación alguna en el proceso, desde el punto de vista penal, en otras legislaciones la solución es diferente.

En efecto, vemos que en España existe la denominada "acción popular", para los delitos de acción pública, cuyo ejercicio puede hacerlo cualquier ciudadano, independientemente de la actuación del Ministerio Público a quien también le compete tal ejercicio, gozando además de una participación activa en el proceso. En Francia el ofendido puede ejercitar la acción pública penal y dar inicio con ello al proceso, cuando se constituya en parte civil. La solución en Alemania es muy particular y en ella también el ofendido tiene una activa participación en el proceso. Sobre esto nos ocuparemos más adelante.

Para justificar la participación del ofendido en el proceso, en su aspecto penal y por delitos de acción pública, se sostiene que él tiene un derecho en ese sentido y por tanto le debe corresponder la facultad de hacerlo valer, pero no se puede negar que el delito es un atentado al orden jurídico social, un ataque al Estado, de modo que éste es realmente el ofendido y el titular de la pretensión represiva emergente del delito y esto por el carácter eminentemente público del Derecho Penal. El único derecho que tiene el particular ofendido es el derecho al resarcimiento del daño que le causare el delito, y su reconocimiento le abre también acceso al proceso penal, pero sólo mediante el ejercicio de la acción civil resarcitoria del daño privado.

El delito es una violación al Derecho Público, en cuya defensa debe ocurrir el Estado. Si la represión no puede ser concebida hoy como el medio de satisfacer la venganza pública, menos puede pensarse en autorizar la vía de una venganza individual. Quien crea que el ofendido acusa en nombre de un interés público o en defensa de la colectividad, y no en un movimiento instintivo de venganza y de réplica a la ofensa recibida, pone su ingenuidad al servicio de una causa noble: cree que de ese modo se favorecerá la actividad del órgano específico que el Estado ha instituido para demandar la justa actuación de la ley. Es evidente que la imparcialidad y objetividad que caracterizan al Ministerio Público, en su afán de búsqueda de la verdad real, deben asegurarse mediante su independencia y que las deficiencias en su actuación, deben ser reparadas por una organización adecuada que lo convierta en un órgano eficaz de la justicia y la ingerencia del particular ofendido da lugar a una serie de inconveniencias prácticas dentro del proceso.

Es evidente el carácter representativo del Ministerio Público quien actúa a nombre y en defensa de la sociedad, quien es la fundamentalmente lesionada por el delito, por ello y con justa razón, negar que los particulares, incluso el ofendido, tengan derecho a lograr el castigo del delincuente, significa rechazar que sean titulares de la pretensión punitiva. Ésta solo pertenece al Estado como tal. El único derecho que realmente tiene el ofendido —repetimos— acordado por la ley civil, es el de ser indemnizado por los daños que el delito le cause. De manera que sólo en la medida en que para demostrar ese aspecto, deba intervenir en la existencia del delito, es que se justifica su presencia en el proceso penal.

Dentro de este orden de ideas, veremos entonces cuál es la intervención que en el aspecto penal tiene el ofendido en el proceso por delitos de acción pública: su situación como denunciante.

a. El ofendido denunciante.

Dispone el artículo 152 del Código de Procedimientos Penales que toda persona que tenga noticia de un delito de acción pública podrá denunciarlo al juez de instrucción, al agente fiscal o a la policía judicial, salvo que la acción dependiere de instancia privada, en cuyo caso solo podrán hacerlo determinadas personas. Es evidente que al establecer el Código la posibilidad de que "toda persona" pueda denunciar un delito de acción pública, entre ellas se encuentra incluido el ofendido, sea la víctima del delito. Si bien la denuncia implica el poner en conocimiento de la autoridad competente la realización de un presunto hecho delictivo, a los efectos de que el Ministerio Público ejercite ante el órgano jurisdiccional correspondiente la respectiva acción pública proveniente de ese hecho, no todos esos actos "de poner en conocimiento", constituyen una denuncia en el sentido estricto que la ley le da.

Estrictamente denunciante es toda persona que cumpliendo con las formalidades legales, transmite a la autoridad competente, el conocimiento de un hecho considerado delictuoso, para que el órgano público correspondiente ejercite la acción penal pública proveniente de tal hecho. No es un simple informante de un hecho a quien se le autoriza a actuar sin responsabilidad alguna, a pesar de que éste pueda también "con su notitia criminis", desencadenar la realización efectiva de la justicia penal, provocando la actuación de oficio de los órganos públicos. Algunos autores estiman que el denunciante debe

ser "penalmente imputable" como elemento necesario para contribuir a la seriedad del procedimiento. Nuestra legislación no exige expresamente tal condición, pues como vimos, el citado artículo 152 habla de "Toda persona" que tenga conocimiento de un delito de acción pública, podrá denunciarlo, la cual podrá presentarse en forma escrita o verbal; personalmente o por mandatario especial, en cuyo caso deberá acompañarse el poder. Si es verbal se extenderá un acta en los términos y con las formalidades que establece la ley, siendo necesario por parte del funcionario, comprobar y hacer constar la identidad del denunciante (artículo 153 del Código de Procedimientos Penales).

Sin embargo sí se exige un determinado contenido. La denuncia deberá contener, en cuanto fuere posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, perjudicados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal (artículo 154 C.P.P.). Cuando la denuncia fuere formulada por el titular de la acción civil (el ofendido o heredero), podrá manifestar si delega esa acción en el Ministerio Público (artículo 154 en relación con el artículo 10, inciso 1) C.P.P.).

El denunciante constituye entonces un colaborador del proceso, pues proporciona a la autoridad un conocimiento sobre lo que él ha percibido; le da noticia sobre la posible comisión de un hecho delictivo y con ello desencadena —insta— la primera actividad procedimental en procura del proceso, por lo que su actividad es previa a la realización de la justicia; se agota en un solo acto y no se proyecta durante la tramitación de la causa, sin perjuicio de la posibilidad de ser el denunciante llamado a declarar como testigo ante el juez para ratificar o ampliar su denuncia. Su actuación provoca o tiende a provocar el ejercicio de la acción penal por el órgano público titular de ese poder, a fin de que se promueva el proceso o para que actúe inmediatamente de promovido según los casos. El denunciante está excluido de ese ejercicio en forma absoluta, porque si lo tuviera se convertiría en acusador. Esto no impide, como lo adelantamos, que el denunciante sea el propio ofendido por el hecho del cual adquiere conocimiento. Lo mismo sucede con la persona damnificada, primero puede denunciar el hecho y después constituirse en actor civil dentro del proceso, o delegar el ejercicio de la acción civil en el Ministerio Público.

En términos generales la ley no obliga a nadie a denunciar un delito de acción pública. Ello constituye una facultad de cualquier persona (art. 152 C.P.P.). No obstante esta regla tiene su excepción. En primer lugar existe "prohibición de denunciar" en razón del parentesco, como "obligación de denunciar" en razón del cargo que se ocupe al momento de tener conocimiento del hecho. Ambas situaciones tienen su excepción también. En efecto, por un lado nadie podrá denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante, o de un pariente suyo de grado igual o más próximo al grado de parentesco que lo liga al denunciado (art. 155 C.P.P.). Por otro lado, tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones; 2) los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por la ley bajo el amparo del secreto profesional (art. 156 C.P.P.).

En lo que se refiere a la intervención del denunciante en el proceso penal, nuestro Código de Procedimientos Penales establece expresamente que él no será parte en dicho proceso (art. 157). Esto obviamente comprende al propio ofendido, cuando ha sido él quien ha denunciado el hecho como cometido en su perjuicio; a menos y como se dijo, que se constituya en actor civil, sea delegando su ejercicio en el Ministerio Público al interponer la denuncia o él directamente luego de iniciado el proceso. De ello se evidencia que la denuncia es un acto único, en la cual la intervención del denunciante finaliza una vez realizada, por lo que la situación que se puede presentar posteriormente en cuanto a que se le llame a ratificarla o ampliarla, o para que declare como testigo, o para que participe en ciertas diligencias —reconocimientos, reconstrucción de hechos, etc.— ello tampoco le confiere la calidad de parte en el proceso, sino que se trata de un elemento probatorio, como cualquier otro dentro del mismo. Consecuentemente, el tribunal no tiene obligación alguna de atender sus gestiones y peticiones. Al denunciante, aun tratándose del ofendido, no se le notifican las resoluciones que se dicten en el transcurso del proceso; no puede establecer recursos contra ellas y en general no tiene ninguno de los derechos y obligaciones que la ley acuerda "a las partes" del proceso. El denunciante es un extraño a él. Habrá situaciones en que el denunciante ofendido, sin admitírsele la calidad de parte, puede coadyuvar con la investigación del hecho. Tal sería el caso en que aporte algún tipo de prueba y el tribunal, estimándola pertinente la acoja, pero esto en razón de la actividad propia de la autoridad que conoce del hecho, que es la investigación del mismo, pudiendo haber actuado de la mis-

ma manera si el conocimiento de esa prueba lo tiene por otros medios o personas. Podrá el denunciante ofendido solicitar al tribunal la devolución de la cosa u objeto del delito que le pertenezca. Pero salvo estas especiales y limitadas intervenciones —si es que se pueden llamar así— ninguna otra tiene el denunciante ofendido dentro del proceso en su aspecto penal.

Consecuencia de lo anterior lo constituye la circunstancia de que el denunciante —incluso si es el ofendido— no incurre con su denuncia, en responsabilidad alguna, salvo cuando sus imputaciones fueren falsas o calumniosas (art. 157). De ser así, su proceder eventualmente daría lugar a un proceso en su contra por delitos de denuncia calumniosa, calumnia real, o simulación de delito, según el caso, previstos y sancionados por los artículos 317 y 318 del Código Penal; delitos en los que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia, en virtud de la actitud irresponsable del denunciante que irregularmente y de manera dolosa, pone en movimiento innecesariamente un proceso, engañando y burlando con ese proceder a las autoridades, pudiendo causar con ello grandes daños, no sólo a una o varias personas en particular, sino también a la administración de justicia en general.

Veremos a continuación cuál es la situación del ofendido en el proceso, cuando se trata de delitos de acción pública dependientes de instancia privada.

2. *Delitos de acción pública dependientes de instancia privada.*

Dispone el artículo 6 del Código de Procedimientos Penales que cuando la acción pública dependa de instancia privada, como el estupro y la sodomía, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito, o en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla, pudiéndose proceder de oficio en los casos previstos por el Código Penal.

Es el Código Penal el que enumera cuáles son los delitos que tienen esa particularidad. Así, el artículo 81 bis establece que "Son delitos de acción pública perseguibles sólo a instancia privada: a) El estupro, la sodomía, el contagio venéreo y la violación, en ésta cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se trate de uno de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 156; b) Los abusos deshonestos y el rapto, cuando no concurren las circunstancias previstas en los artículos 157 y 158 (circunstancias de agravación o calificación por razones de parentesco, daños en la víctima, etc.); c) El hurto, el robo sin violencia en las personas, la estafa, las demás defraudaciones previstas en las Secciones IV y V del Título VII, Libro II (estafa y otras defraudaciones, administración fraudulenta, etc.); y los daños, siempre que el imputado sea ascendiente, o descendiente del ofendido, su cónyuge, hermano, tío o sobrino, por consanguinidad o afinidad; padre o hijo adoptivo, hijo de crianza, concubinario o manceba de éste, si han llevado públicamente vida marital por más de un año; también cuando esos delitos sean cometidos por el bienhechor, en perjuicio de su protegido; y ch) Aquellos que leyes especiales califiquen como tales.

Para proceder en estos delitos, determina el mismo artículo, se necesita la denuncia hecha por el ofendido, o en caso de muerte de éste, por sus herederos legítimos; o bien, cuando estuviere imposibilitado física o legalmente para formularla, por sus representantes o el guardador, en orden excluyente. Si el ofendido no tuviere quien lo represente ni se hallare bajo la guarda de ninguna persona, o existiere entre ellos interés contrapuesto, el Ministerio Público procederá de oficio a instaurar la acción, salvo que el ofendido fuere menor, en cuyo caso necesita la autorización del Patronato Nacional de la Infancia, quien también podrá denunciar el hecho punible ante los tribunales.

Hemos visto que una de las características principales de todo delito de acción pública es el de que cualquier persona pueda denunciarlo ante la autoridad competente, para que luego el Ministerio Público obligatoriamente ejercite dicha acción y se inicie así el respectivo proceso y que aun ese órgano pueda actuar de oficio, todo en razón del "daño social" que los delitos de esa naturaleza producen a la sociedad. Sin embargo, la ley también ha dispuesto conforme a las normas ya citadas que ciertos delitos y en determinadas situaciones, únicamente pueden dar lugar a dicho proceso, sólo si el ofendido de ellos directamente, u otras personas u órganos en su representación en orden excluyente, formulan la respectiva denuncia y sólo con base en ella el Ministerio Público queda autorizado para ejercer la respectiva acción, negándosele la posibilidad de actuación, tanto a otras personas para que lo denuncien, como al Ministerio Público para que actúe de oficio.

En defensa de esta nueva modalidad "de instar", es decir, de llevar al conocimiento de la autoridad competente —sea de denunciar— ese otro tipo de delitos, que la misma ley enumera taxativamente, se aduce que si bien los mismos dan lugar a una acción de carácter público (con lo cual se admite que ellos también lesionan intereses de la sociedad), en realidad existe un interés preponderante del particular ofendido, por lo que es éste y ninguno otro,

quien debe decidir si denuncia ese hecho cometido en su perjuicio o no. Estimándose que más grande sería eventualmente el daño que se le causa, si en todos los casos y por cualquiera otra persona u órgano del Estado, se autorizara esa promoción de la acción. Por esa razón, sabiamente, la ley ha incluido dentro de ellos, ciertos delitos de carácter sexual y en determinadas circunstancias (como se vio), así como ciertos delitos contra la propiedad cometidos en perjuicio de un pariente cercano. Considerándose para los primeros, que más se perjudicará al ofendido al verse envuelto en un proceso, con la consiguiente publicidad que ello conlleva, que al propio imputado al castigársele por el hecho cometido. En cuanto a los segundos se considera que es más importante para la sociedad proteger la relación familiar (pues se incluyen en razón del parentesco y por la poca gravedad de los mismos), que castigar al delincuente. Interesa más, según estos criterios —que son los que prevalecen— proteger a la víctima y esa relación armónica entre los parientes, que castigar al victimario. De manera que si por cualquier razón se iniciare un proceso por ese tipo de delitos, por persona no autorizada legalmente para "promover la acción", el mismo sería nulo, porque no fue válidamente iniciado. Igual sanción se aplica para el evento de que sea en el transcurso de él que se llegue a determinar que el delito que se conoce "es de instancia privada" y no fue iniciado debidamente por la persona autorizada. En estas situaciones "la inadmisibilidad de la promoción" podrá ser declarada de oficio por el tribunal o alegada por el Ministerio Público o las partes mediante la excepción (dilatoria) de falta de acción por no haber sido ésta legalmente promovida y de declararse con lugar, se ordenará el archivo del expediente.

Si el proceso por el contrario fue "válidamente promovido" por la persona autorizada para hacerlo, a partir de ese momento, habiéndose levantado el obstáculo legal de promoción, dada también la naturaleza pública de la acción a que ese tipo de delitos da lugar, el ofendido (o sus representantes en su caso), automáticamente quedan desvinculados del mismo y no tendrán en él ulterior participación. Es decir que a partir de ese momento el proceso sigue el mismo curso que cualquier otro por delito de acción pública "pura y simplemente", en el que el denunciante, aún el mismo ofendido, no tiene intervención, ni es "parte" en dicho proceso, tal y como ya lo analizamos anteriormente y que resulta innecesario repetir ahora.

En este tipo de delitos y por razones obvias, el Ministerio Público también podrá actuar de oficio, pero únicamente en el caso de que el ofendido no tuviere quién lo represente ni se hallare bajo la guarda de ninguna persona, o existiere entre ellos interés contrapuesto, salvo que el ofendido fuere menor, en cuyo caso necesita la autorización del Patronato Nacional de la Infancia, quien a su vez podrá denunciar el hecho punible ante los tribunales. En todo esto lo que se pretende es evitar la impunidad del hecho, pero aún así, se deja como una facultad y no como una obligación de denunciar, prevaleciendo siempre el interés del ofendido.

Como corolario a lo expuesto en relación con la participación del ofendido en el proceso en lo que se refiere a los delitos de acción pública y pública pero de instancia privada, vale la pena comentar que si bien es cierto que la ley no le da intervención alguna en él —en el aspecto penal— y que no tiene ningún tipo de disponibilidad de esa acción, ya que ésta y en cuanto a su ejercicio no puede suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, "salvo disposición en contrario" (art. 5 C.P.P.), hay excepciones en las que de cierta manera, la voluntad del ofendido influye en el juzgamiento de esos delitos, sin que ello implique, repito, una estricta participación en el proceso. Me refiero en primer lugar a lo dispuesto por el artículo 92 del Código Penal, el cual establece que también extinguen la acción penal o la pena, el matrimonio del procesado o condenado con la ofendida, cuando éste es legalmente posible en los delitos contra la honestidad y no haya oposición de parte de los representantes legales de la menor y del Patronato Nacional de la Infancia. Otra situación es la que se presenta en cuanto al perdón judicial, que es el que dan en sentencia los jueces y que tiene como consecuencia la extinción de la pena. En efecto, de acuerdo con el artículo 93 del Código represivo citado, los jueces podrán decretar el perdón judicial del acusado en los siguientes casos (entre otros): a quien haya incurrido en los delitos de encubrimiento, hurto, robo con fuerza en las cosas, estafa, daños o lesiones leves, cuando lo solicite el ofendido que tenga lazos de parentesco cercanos o haya convivido maritalmente por un cierto tiempo; también al autor de un delito de rapto, estupro o abusos deshonestos si la persona ofendida o sus representantes legales conjuntamente con aquél lo soliciten (salvo oposición del Patronato si fuere menor) y lo mismo a los autores de estos últimos delitos cuando manifiesten su intención de casarse con la ofendida mayor de quince años y ella consienta y esté de acuerdo el Patronato Nacional de la Infancia, aun en contra del criterio de sus padres. En todo caso el perdón judicial no afecta la responsabilidad civil proveniente del delito.

Trataremos a continuación la situación del ofendido con respecto a los delitos de acción privada y en qué consiste la querella.

3. Delitos de acción privada: la querella.

Es el artículo 81 del Código Penal, al igual que algunas leyes especiales el que establece cuáles son los delitos de acción privada. Ese artículo dispone que son delitos de acción privada: la injuria, la calumnia, la difamación, el incumplimiento de deberes familiares en sus diversas formas y la propaganda desleal. De acuerdo con esa misma norma, estos delitos pueden ser perdonados por el ofendido o sus representantes legales. Si los ofendidos fueren varios, cada uno de ellos puede otorgar el perdón separadamente; y si los responsables fueren varios, el perdón otorgado a uno de ellos favorecerá a los demás, pero no producirá ningún efecto en quien se niegue a aceptarlo.

A su vez, el artículo 80 de ese Código indica que la acción penal y la pena se extinguen, entre otros motivos, por el perdón del ofendido en los delitos de acción privada.

Por su parte el último párrafo del artículo 6 del Código de Procedimientos Penales prevé que la acción privada se ejercerá por medio de la querella, en la forma especial que ese Código establece (artículos 428 y ss.).

Todo el contenido de las anteriores disposiciones pone de manifiesto que los llamados delitos de acción privada tienen en nuestra legislación —al igual que prácticamente en todas las demás— un trato diferente a los de acción pública y sobre ello nos ocuparemos de seguido.

Diametralmente opuestos son los criterios y fundamentos que justifican la existencia de la acción penal privada proveniente de un determinado delito, en relación con los ya examinados sobre la acción penal pública.

La acción penal privada constituye prácticamente un resabio del sistema acusatorio. En ella —se considera— no existe un interés público para el castigo de su autor, sino que el particular ofendido, a quien le pertenece enteramente, es la única persona quien puede decidir sobre la oportunidad y conveniencia de someterlo a un proceso, dada la naturaleza estrictamente privada de los intereses que lesiona, de lo cual se deriva que el particular ofendido tiene un poder absoluto de disposición sobre ella, no sólo para decidir si da lugar a un proceso, sino también para suspenderlo o terminarlo en cualquier momento, independientemente del estado en que se encuentre y aún después de terminado, su voluntad incide sobre la extinción de la pena impuesta. Se mantiene en el Ordenamiento jurídico positivo por la necesidad de otorgar al ofendido una consideración especial, para quien el juzgamiento de la ofensa puede ser inconveniente (pero no es del todo exacto que el Estado no tenga interés en que ese tipo de delitos sean juzgados) y por ese motivo es que se le otorga la titularidad y el poder de disposición de dicha acción.

La acción procesal le es concedida porque es el único medio de hacer valer el derecho sustantivo que la ley le confiere: el de provocar la represión con exclusión de toda otra persona.

Ante esa situación la ley procesal únicamente puede regular la manera en que este derecho puede ser ejercido, que es mediante la querella (art. 6 C.P.P.) y conforme al procedimiento especial que la misma ley prevé (arts. 428 y ss.).

a. La querella: concepto:

La querella es pues el medio procesal por el cual se debe ejercitar la acción penal privada, siempre y cuando se presente en la forma y con el contenido que la ley exige, ante el tribunal competente para conocer de ella (arts. 428 y 431) y está sujeta a un procedimiento especial, cuyas características principales lo constituyen la circunstancia de que en él no se da la fase de instrucción —formal o sumaria— propia de los delitos de acción pública y además, que en ese procedimiento no tiene intervención alguna el Ministerio Público. El ofendido ocupa su lugar de acusador. Es en este tipo de delitos en los que el particular ofendido tiene entonces en el aspecto penal, una activa y esencial participación, por constituir una de las partes principales del proceso y le corresponde, por ser el titular de esa acción y único acusador, la demostración de la existencia del delito y la culpabilidad de su autor en él. No obstante, también puede participar en ese proceso como actor civil, demandando la reparación pecuniaria de los daños y perjuicios que se le hubieren causado (art. 428).

b. Forma y contenido de la querella. Facultad de disposición de la acción.

La querella deberá ser presentada personalmente o por medio de mandatario con poder especial, por escrito y con una copia para cada querellado y tiene necesariamente que contener, bajo pena de inadmisibilidad, los siguientes requisitos: a) el nombre, apellidos y domicilio del querellante y en su caso, también los del mandatario; b) el nombre, apellidos y domicilio del querellado, o si se ignoraren, cualquier descripción que sirva para identificarlo; c) una relación clara, precisa y circunstanciada

del hecho, con indicación del lugar, fecha y hora en que se ejecutó, si se supiere; ch) si se ejerciere la acción civil, la solicitud concreta de la reparación que se pretenda, de acuerdo con el artículo 57; d) las pruebas que se ofrezcan, acompañándose: 1) la nómina de los testigos, con indicación del nombre, apellidos, profesión, domicilio y hechos sobre los cuales deberán ser examinados; y 2) cuando la querella verse sobre calumnias, injurias o difamaciones, el documento que a criterio del accionante las contenga, si fuere posible presentarlo; e) la firma del querellante, cuando se presentare personalmente, o si no supiere o pudiere firmar, la de otra persona a su ruego, quien deberá hacerlo ante el secretario, o debidamente autenticada por un abogado (art. 431).

El querellante quedará sometido a la jurisdicción del tribunal, en todo lo referente al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales (art. 432).

El querellante podrá desistir de su acción expresamente en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores (art. 433). Esta norma pone de manifiesto la posibilidad de disposición que el ofendido tiene de la acción privada. A él le pertenece enteramente.

No obstante, la ley también prevé situaciones en las cuales dicha acción se tendrá por desistida: es el caso del denominado desistimiento tácito, que es una especie de sanción hacia el ofendido querellante, cuando no mostrare interés en la debida tramitación de la causa. Dicho desistimiento opera, si el procedimiento se paralizare durante un mes por inactividad del querellante o su mandatario, y esto no lo instaren dentro del tercer día de notificárseles el decreto, que se dictará aun de oficio, por el cual se les prevenga el motivo de su silencio; cuando el querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa, la que deberán acreditar antes de su iniciación, si fuere posible, o en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas de la fecha fijada para aquélla; cuando muerto o incapacitado el querellante, no compareciera ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad (art. 434).

Cuando el tribunal declare extinguida la pretensión penal por desistimiento —expreso o tácito— del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido, a este respecto, otra cosa (art. 435).

c. El procedimiento.

El procedimiento que como hemos dicho, carece de la etapa de investigación previa, propia de los delitos de acción pública, consta básicamente de dos etapas; una inicial de conciliación, con la cual eventualmente concluye el proceso y la otra, de continuarse el mismo, consiste en el juicio propiamente dicho. De ello se desprende que el tribunal competente para conocer y resolver los asuntos por delitos de acción privada es un tribunal de juicio, que entre nosotros lo es el juez penal. Existe una excepción sobre este particular y la es de que en tratándose de los delitos previstos y sancionados por la Ley de Imprenta, que también son de acción privada, su conocimiento compete a la Sala Tercera de Casación Penal y mediante otro procedimiento específico que esa misma ley prevé.

Pues bien, presentada la querella ante el juez penal, de cumplir con los requisitos exigidos, él convocará a las partes a una audiencia de conciliación, remitiendo al querellado una copia de aquélla. A la audiencia podrán asistir los defensores. Cuando no concurra el querellado, el juicio seguirá su curso (art. 436). No obstante, cuando el querellante ignore el nombre, apellido o domicilio del autor del hecho, o deban agregarse al proceso documentos que no estén en su poder, se podrá ordenar una investigación preliminar para individualizar al querellado o conseguir la documentación (art. 437).

Cuando las partes lleguen a un acuerdo y se concilien en la audiencia o en cualquier estado del juicio, se sobreseerá en la causa y las costas respectivas estarán a cargo de cada una de ellas, salvo que convengan otra cosa. Tratándose de injuria, calumnia o difamación, si el querellado se retracta en la audiencia o al contestar la querella, la causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el tribunal estime adecuada (art. 438). El tribunal podrá ordenar la prisión preventiva del querellado, previa información sumaria y después de recibir su declaración, solamente cuando, además de concurrir los requisitos previstos en los artículos 286 y 291, lo cual resulta difícil por las penas tan bajas y a veces tan sólo de días multa, con que se castigan esta clase de delitos. Pero tal medida se tomará cuando hubiere motivos graves para creer que tratará de eludir la acción de la justicia. Cuando el querellante ejerza la acción civil, podrá pedir el embargo de los bienes del querellado, respecto de lo cual se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, sin necesidad de hacer depósito alguno (art. 439).

Si el querellado no concurriere a la audiencia de conciliación, o no se produjere ésta o la retractación, será citado para que en el término de diez días comparezca a juicio y ofrezca pruebas con arreglo al

artículo 431, inciso 5) (ya visto), sin perjuicio de que el querellado, dentro de ese término, oponga excepciones previas, incluso la de falta de personería (art. 441).

Una vez vencido el término de citación a juicio, o resueltas las excepciones en el sentido de la prosecución del proceso, se fijará día y hora para el debate y para lo cual rigen las mismas normas de designación de vista del juicio común. El acusador privado deberá depositar los viáticos de testigos, peritos e intérpretes que residieren fuera del sitio del que se realizará el debate (arts. 354, 355, 358, 442).

El debate se efectuará de acuerdo con las disposiciones que rigen para el juicio común, en el que el querellante tendrá las mismas facultades y obligaciones que corresponden al Ministerio Público, en los casos en que éste debe intervenir. Esto quiere decir que el querellante puede establecer incidencias, recursos, interrogar al acusado, testigos y peritos, ofrecer nuevas pruebas para mejor resolver y emitir conclusiones. El querellante deberá actuar con patrocinio letrado, es decir, que deberá representarlo un abogado.

El artículo 443 dispone que el querellante podrá ser interrogado pero no se le requerirá juramento. Tal prohibición en realidad no tiene una clara justificación, pues en tratándose del ofendido, es él quien mejor podrá informar sobre la existencia de los hechos. En todo caso, en cuanto a las consecuencias prácticas de esa situación, consideramos que en realidad no hay ninguna, pues a pesar de que no se le juramenta, el tribunal mantiene su potestad de valorar su deposición de la manera que mejor estime y todo conforme a las reglas de la sana crítica, que es el sistema de valoración de prueba vigente entre nosotros (art. 393, párrafo 2). Tampoco incide la no juramentación del querellante en cuanto a que eventualmente se le exija responsabilidad por falso testimonio, ya que el artículo 314 del Código Penal, que es el que prevé y sanciona esa figura, no establece, dentro de los elementos constitutivos del tipo, la juramentación del testigo (esa sería la calidad del querellante ofendido), exigiéndose tan sólo que la falsedad sea hecha ante autoridad competente. La única importancia de la no juramentación del querellante ofendido sería en el caso de acumulación de causas por ofensas recíprocas (calumnia, injuria o difamación), pues en ese supuesto, el ofendido sería a la vez acusado y es obvio que a éste no se le juramenta.

Si el querellado o su representante —cuando esto último pueda darse (art. 86), para los delitos castigados sólo con días multa— no comparecieren al debate, se procederá en la forma dispuesta por los artículos 362 (acusado ausente del debate) y 364 (fuga del acusado).

Finalmente, la sentencia en este tipo de juicios por acción privada será ejecutada con arreglo a las disposiciones comunes. En el juicio por calumnias, injurias o difamación, podrá ordenarse, a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido, (artículo 445) y en cuanto a recursos, también se aplicarán las normas comunes (artículo 446).

Queda clara entonces la absoluta y plena intervención que tiene el ofendido en la promoción, ejercicio de la acción y participación en el proceso, en los delitos de carácter privado, lo que no ocurre en aquellos de acción pública, ni en los de acción pública de instancia privada.

Sin embargo y como ya lo hemos adelantado, en otras legislaciones se dan soluciones diferentes en lo que se refiere a la participación del ofendido en el proceso penal, en lo que atañe a delitos de acción pública. Conviene por eso referirnos sobre ese particular, haciendo un especial comentario a lo dispuesto por la legislación alemana, en lo que se podría llamar la intervención en el proceso del acusador adjunto.

C. Participación del ofendido en el Proceso Penal Alemán: El acusador adjunto.

Se ha justificado la presencia del ciudadano particular —entre ellos al ofendido— dentro del proceso, aun en los delitos de acción pública, por razones de índole política, en cuanto a que él es parte de la colectividad en la cual reside la soberanía y todos son damnificados porque el delito ataca el orden social, por lo que debe tener el derecho de demandar justicia en nombre y representación de la sociedad, conjuntamente con el Ministerio Público, retomando la parte de poder político que le corresponde. Y en el caso del ofendido directamente, porque no es posible desconocer en la persona damnificada el derecho de velar por el castigo del culpable. Ya hemos visto que la tendencia actual, por el contrario, es la de excluir al particular de esta intervención, en virtud de que el delito es una violación del derecho público, en cuya defensa debe ocurrir el Estado, a través de un órgano especializado: el Ministerio Público.

Sin embargo existen legislaciones actualmente en las que si bien se admite la existencia de ese órgano acusador oficial —por así decirlo— también se permite la presencia del particular —incluyendo al ofendido— para que "coadyuve" o forme una especie de "litis consorcio" con ese órgano, o se pueda "adherir" a éste en el proceso, otorgándosele el

derecho de intervenir junto a él, como ocurre en Alemania.

Los sistemas como el francés o el italiano, no conocen más acusación que la del órgano público —monopolio del Ministerio Fiscal—, el cual ejercita la acción incluso cuando para proceder se requiere la instancia del ofendido (que es el caso nuestro).

En España todos los ciudadanos españoles —hayan sido ofendidos o no por el delito— pueden ejercitar la acción penal (pública), con arreglo a las prescripciones de la ley (es el principio de la acción popular), sin que se excluya la acción oficial del Ministerio Público.

En el proceso penal alemán el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción. No obstante, sin que se admita la acción popular (ni la particular en sentido estricto), en ese país la participación activa del ofendido por el delito no está totalmente excluida, pues puede en determinados casos ocupar la posición procesal de actor privado, actor accesorio o actor civil. La posición del ofendido en el proceso penal ha tomado gran interés en dicho país últimamente. Veremos en qué consiste.

a. El actor privado.

El origen de la acción privada —se dice— estriba en otorgar una mejor protección al ofendido por el delito ante la posibilidad de una denegación de justicia, pero no ante cualquier delito, lo que implicaría la consagración de la acción popular española, lo que no se admite en Alemania. Consiguientemente, sin reconocer una acción privada paralela o supletoria, sino tan sólo para aquellos delitos que impliquen una ofensa, una lesión corporal o que sean perseguibles mediante la solicitud penal. Aunque este tipo de acción recuerda en algo a un proceso de partes, en realidad no se trata de ese tipo de proceso, pues permanecen en cualquier momento las potestades inquisitivas del tribunal. Por medio de la acción privada solo pueden perseguirse delitos leves, castigados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año.

Cabe destacar que en esa legislación el ejercicio de la acción privada no excluye en absoluto el ejercicio de la acción pública, pero es presupuesto para que ésta pueda ser ejercida por el Ministerio Público, que exista interés público en su ejercicio. Pero de proceder a accionar, no lo hace con carácter subsidiario. Más bien, si el Ministerio Público acciona, el actor privado deja de serlo como tal, para pasar a ocupar la posición de actor accesorio.

Tres son las personas legitimadas para accionar: a) el ofendido por el delito; b) sus herederos si muere una vez que ha accionado; y c) el representante del ofendido, si no fuere capaz civilmente para accionar. En cuanto al procedimiento, éste es similar al que se sigue por nosotros para los delitos de acción privada.

b. El actor accesorio.

El proceso de acción accesoria se creó en Alemania para que el ofendido pudiera ocupar la posición de participante penal en el proceso con el fin de velar por su satisfacción (reparación del daño) y controlar la actuación del Ministerio Público al respecto, tratándose de cualquier delito público. Se creó entonces con esa finalidad para que el actor privado, en los casos previstos por la ley, pudiera adherirse, con sus derechos netamente restringidos, a la acción pública ejercida por el Ministerio Público. Sin embargo en la práctica la acción accesoria se ha convertido en una forma de preparar un posterior proceso civil en demanda de reparación. El actor accesorio goza de todos los derechos del actor privado, pudiendo intervenir como tal las mismas personas que lo hacen en este último carácter. El actor accesorio no tiene que rendir una fianza, la que sí se exige al actor privado. La entrada en el proceso del actor accesorio se produce por la llamada declaratoria de adhesión, sobre la que tiene que decidir el tribunal, por medio del llamado "auto de admisión". Dicha admisión no influye en el desarrollo normal del proceso.

Es importante señalar que en cuanto a recursos, el actor accesorio podrá interponerlos, independientemente de que lo haga el Ministerio Público. Esta misma regla rige para el actor privado y ambos tienen en el proceso una activa participación, al igual que la tiene el Ministerio Público u otra parte del mismo.

La declaratoria de adhesión perderá sus efectos por muerte del actor accesorio o cuando sea revocada por el tribunal.

c. El actor civil (proceso adhesivo).

Esta es la tercera forma que tiene en el Derecho Procesal alemán el ofendido, para poder participar en él. Obviamente de que se trata de la misma solución nuestra en el sentido de que el ofendido puede participar en el proceso penal como actor civil, para reclamar en esa vía y conjuntamente con el desarrollo de ese proceso, todos los daños y perjuicios que el delito le ha causado. Sin embargo tiene ciertas particularidades que conviene resaltar. La solicitud de intervención en ese sentido puede hacerse por escrito u oralmente y tiene las consecuencias de una demanda civil ordinaria (ante un tribunal

civil). Sin embargo, cuando hay absolución del acusado, el tribunal penal no se pronuncia sobre esa demanda civil y al actor no se le concede el derecho de recurrir y la ejecución (civil del fallo penal), se ajustará a las disposiciones que rigen para la ejecución de sentencias en los procesos civiles. Es decir, que su ejecución no corresponde hacerla al juez penal, sino al civil.

Analizada ya la intervención del ofendido en el aspecto penal en un proceso de esa naturaleza, corresponde ahora referirnos a su participación dentro de él en su aspecto civil, sea como actor civil, para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que el delito le produjo.

II. INTERVENCIÓN DEL OFENDIDO EN EL PROCESO EN EL ASPECTO CIVIL

Es conveniente primero —a nuestro juicio— hacer un breve desarrollo histórico del porqué las legislaciones modernas y entre ellas la nuestra, han llegado a la solución de permitir que el ofendido de un delito penal, pueda intervenir en la vía represiva, conjuntamente con el desarrollo del proceso en esa vía, en demanda del pago de los daños y perjuicios que ese delito le ha causado.

A. Breve desarrollo histórico.

Se sabe bien que actualmente las legislaciones están de acuerdo y aceptan que toda infracción a la ley penal da lugar, no solamente a una acción "para la aplicación de penas" o acción pública (o privada en su caso), sino que también y muy a menudo, produce el nacimiento de "una acción para la reparación del daño causado" o acción civil, cuando este daño puede ser apreciado en dinero, caso en el cual existe la obligación de repararlo. Así, al lado de un "daño público" causado a la sociedad y que justifica el castigo penalmente considerado de su autor por ella, también hay un daño privado causado directamente a la víctima como resultado de la infracción cometida en su contra.

Sin embargo, esta solución no fue sino la consecuencia de un periodo final en la evolución del Derecho a través de la historia. En los orígenes del Derecho en nuestras civilizaciones primitivas, únicamente se conocía una represión de carácter vengativo, por lo que la distinción entre la doble consecuencia de una infracción y sus correspondientes acciones —pública y civil— no existía como se admite hoy en día.

En un primer periodo la venganza privada era el único medio de hacerse justicia. El individuo que ha sufrido un ataque personal o sobre sus bienes, castiga al autor con la fuerza, produciéndole un daño, que era desproporcionado en un principio, pero análogo después, con la aparición de la Ley del Talión, según la cual el mal se paga con el mal, "ojo por ojo, diente por diente", de manera limitada. En todo caso, lo importante era reparar la ofensa con la fuerza, en que el deseo de defensa, evitando nuevos hechos, sustituía al de la reparación.

Algún tiempo después aparece "la composición" como un modo de hacer la paz entre las partes en combate. Era una especie de transacción mediante la cual la víctima —sea el ofendido por el delito— obtenía una indemnización del ofensor y era fijada libremente entre ellos, pero no tenía el sentido actual.

Un poco antes y como una limitación a la venganza privada, debido al progreso de las sociedades socialmente organizadas, es la colectividad ya quien va a impartir la justicia y no directamente el particular ofendido (sobre esto nos referimos al inicio del trabajo), pero solamente la iniciativa del ofendido podía iniciar el proceso, en el que el juez jugaba un papel de espectador, de árbitro, frente a las partes en combate y la composición, se convierte en legal y obligatoria, pero aún ejecutada por el ofendido. No se veía ninguna diferencia entre un proceso penal y un proceso civil y todos los intereses protegidos son aún particulares. El castigo de las infracciones era considerado como un asunto privado, en que el Estado únicamente intervenía para tomar la decisión en la cual no se distinguía la diferencia entre pena e indemnización. Ambas se confundían, porque la acción privada del ofendido perseguía la responsabilidad penal y civil a la vez. Esta es la situación que se encuentra en los pueblos bárbaros, germánicos y francos, en los primeros periodos de su evolución. Como lo dice Garraud, "Las legislaciones primitivas se caracterizan por la confusión entre los dos aspectos del Derecho que distinguimos hoy en día como resultados de un delito y a los cuales corresponden las dos acciones, pública y privada. Ellas sintetizan la responsabilidad penal y la responsabilidad civil. Se

ve primero en el periodo presocial, el individuo que se ocupa a la vez de indemnizarse, de vengarse y de defenderse. La colectividad no interviene. Luego, cuando el recurso a la justicia reemplaza el recurso a la fuerza, siempre es la víctima quien se hace rendir justicia. Esta confusión de la acción pública y la acción civil tiene dos consecuencias principales. El proceso mete siempre la presencia, de la víctima por un lado y del otro al acusado y su marcha es la misma de todo otro proceso. Tanto en lo civil como en lo penal, es un particular quien se queja de un daño personal y demanda su reparación. Dentro de esta concepción de las legislaciones primitivas, tanto el interés público como el interés privado deben ser satisfechos por la misma acción. El derecho a la venganza que es reconocido al ofendido, sirve de contrapeso a esta concepción bárbara del delito." (Garraud, René, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale. Recueil Sirey. Paris, 1907, tome I., p. 150 (traducido por el suscrito).

Poco a poco y en una subsiguiente evolución del Derecho, motivado por la organización cada vez más compleja de la sociedad en que él se desarrolla, se constata que el deseo de venganza privada es sustituido por la idea de la venganza pública. El Estado comienza a comprender que en la infracción a la ley penal, más que un simple interés particular, existe una amenaza para el orden público y que es necesario intervenir en defensa de toda la colectividad. Así, al lado de una pena de carácter privado en favor del ofendido, era necesario imponer otra de carácter público al condenado, en nombre de la sociedad. Las penas privadas se convierten en penas públicas y el Estado se interesa ya por el castigo público de las infracciones. Fue en los pueblos germanos en que este cambio aparece: el "wergeld" que era una pena estrictamente privada, sufre una evolución y se va a convertir en una parte reservada al personero que ha impuesto la composición pecuniaria (fredum) y otra que es entregada al ofendido. Se ve ya la diferencia que posteriormente se va a precisar, entre "pena" propiamente dicha y "la indemnización" proveniente de la infracción. El "fredum" va a convertirse en una pena pública que el Estado podía directamente ejecutar a su beneficio, distinta de la otra parte privada de la composición destinada al ofendido, que va a tomar el sentido de una verdadera reparación patrimonial. Es así que finalmente se configura, de un lado la acción pública que pertenece a la sociedad para la represión de las infracciones aplicando una sanción y de otro la acción civil o de indemnización —de carácter privado— que es reservada al ofendido para la reparación del daño proveniente de estas infracciones. Garraud lo resume de la siguiente manera: "La evolución jurídica lleva, poco a poco, la sustitución de la venganza pública a la venganza privada y la distinción correlativa de la acción penal que es su expresión y de la acción de indemnización que permanece reservada al ofendido." (Garraud. Op. cit. Tome I, p. 150).

Durante todo este tiempo el Derecho romano evolucionó también en este sentido y es así que el Derecho Canónico a finales del Siglo XII, bajo las influencias romana y bárbara, va a tomar esa situación existente, la cual posteriormente es admitida por las diferentes legislaciones europeas, en las que la legislación francesa tuvo un papel muy importante.

En Francia la distinción entre acción pública y acción civil, que era sobre todo jurisprudencial antes, aparece en el Derecho Positivo, en las ordenanzas de Villers Cotterets de 1539 y se arraiga con la del año de 1670. Se define ya que en cada delito hay que distinguir dos intereses diferentes, el de la sociedad y el del ofendido, pero aún éste juega un papel de acusador y la intervención del Ministerio Público es subsidiaria al de la parte lesionada, quien en todo caso es el único titular para actuar si el delito es privado. Pero la parte civil únicamente podía demandar reparación.

Es el Código de Brumario del año IV, el que va a definir la separación de las dos acciones de manera clara. Como lo dice Garraud, "La acción pública, de acuerdo con el artículo 5, tiene por objeto castigar los ataques contra el orden social y pertenece esencialmente al pueblo y es ejercida en su nombre por funcionarios nombrados con ese fin. Y el artículo 6 define a la acción civil como aquella que tiene por objeto la reparación del daño que el delito ha causado y pertenece a los que han sufrido este daño. Si la vía represiva está abierta al ofendido es con la finalidad de procurarle la indemnización pecuniaria nacida de la infracción y no para el castigo del delincuente." (Garraud. Op. cit. Tome I. p. 152).

El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 va simplemente a tomar la distinción ya hecha por el Código del año IV para consolidarla. Ese Código se inspira en la idea fundamental de la separación y de la independencia de las dos acciones, civil y penal, correlativas a la separación de los dos titulares que las ejercen, la parte privada y el Ministerio Público y los dos intereses a los cuales ellas corresponden, el interés privado y el interés social. Este Código entonces, consagrando la separación de las dos acciones, permitía al ofendido el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Esta es la situación actualmente existente en Francia.

Fue evidente la influencia que el Código francés de 1808 tuvo en las demás legislaciones europeas, las que inspirándose en él, acogieron su misma solución. Tal es el caso de la legislación española e italiana y bajo la influencia sobre todo de España, el Derecho patrio, tanto durante la colonia como luego en su vida independiente, tomó igual partido. Incluso el Código de Procedimientos Penales de 1910, disponiendo sobre la separación de las dos acciones, permitía el ejercicio de la civil dentro del proceso penal. Fue mediante las reformas que se dieron en el año 1937 en que dicha acción se sacó de ese proceso y los tribunales penales tan solo estaban obligados a condenar "en abstracto" sobre los daños y perjuicios, debiendo el ofendido recurrir ante los tribunales civiles, para que, mediante el trámite de ejecución de sentencia, hiciera ahí efectiva su reclamación. Bien sabemos que el Código de Procedimientos Penales que nos rige, bajo la influencia directa del Código de Córdoba, Argentina e indirectamente de la legislación procesal penal italiana, permite al ofendido, o a sus herederos en su caso, el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, para reclamar los daños y perjuicios provenientes de un delito, los cuales, en ningún caso pueden ser acordados de oficio sino a petición de parte, mediante la respectiva constitución que como actor civil haga el titular de dicha acción. En este sentido seguimos los postulados de la denominada "Escuela Clásica" que aboga por el carácter estrictamente privado de esa consecuencia, eminentemente pecuniaria del delito, contrariamente a lo sostenido por la "Escuela Positiva", para quien el Estado debe preocuparse, no sólo por el castigo del delincuente, sino también en la reparación de los daños sufridos por la víctima y de ahí que conforme a dicha Escuela tales daños incluso deben acordarse de oficio, así como que la intervención del Ministerio Público en el proceso debe abarcar ese aspecto. Esta posición es mantenida por la legislación española.

Corresponde a continuación determinar concretamente ya, todo lo relativo a la constitución del ofendido que en el aspecto civil, tiene dentro del proceso penal costarricense.

B. Constitución en el aspecto civil.

La posibilidad que tiene el ofendido en nuestra legislación para poder constituirse como parte civil dentro del proceso penal, en reclamo de la indemnización por los daños y perjuicios que le ha causado el delito, conjuntamente con el desarrollo de la acción penal dentro de ese proceso, la confieren los artículos 9 y 11 del Código de Procedimientos Penales. Expresamente la segunda de esas normas dispone en lo conducente que "La acción resarcitoria podrá ser ejercida en el proceso penal. . .", exigiéndose únicamente como requisito, lo que es lógico, que tal ejercicio únicamente procede "sólo cuando esté pendiente la acción principal", sea la acción penal. Esto nos revela el carácter eminentemente accesorio de la acción civil a la penal, lo que se justifica precisamente, porque los únicos daños y perjuicios que se pueden reclamar en esa vía, son los que provienen del hecho punible. De ahí que, si la acción penal no pudiere proseguir por rebeldía o enajenación sobreviniente del procesado, la civil podrá ser ejercida ante la jurisdicción respectiva (art. 12 C.P.P.). Sin embargo, la absolución del acusado no impedirá que el tribunal de juicio se pronuncie sobre ella en sentencia (art. 398), ni la ulterior extinción de la pretensión penal impedirá que la Sala de Casación decida sobre la acción civil.

1. Constitución del damnificado como actor civil.

El artículo 9 del Código de Procedimientos Penales establece quiénes son los titulares de la acción civil dentro del proceso penal. Evidentemente que el principal actor civil lo constituye el ofendido, sea la víctima que ha sufrido directamente en su persona o en sus bienes el resultado dañoso del delito. Sin embargo el Código nos habla que el titular de esa acción es el "damnificado", lo que quiere decir, de acuerdo con el significado de esta palabra, que es de carácter genérico, que en ella se incluye, no sólo "al ofendido directo", sino también a cualquier otra tercera persona que resulte perjudicada, y en este aspecto el artículo 103 del Código Penal dispone que todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia; ésta ordenará. . . "La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros".

Ese artículo 9 también faculta a los herederos del damnificado para que ellos puedan ejercitar esa acción, en los límites de su cuota hereditaria.

El damnificado o sus herederos podrán actuar por intermedio de sus representantes legales o mandatarios.

El artículo 10 del Código también impone al Ministerio Público la obligación de ejercer la acción civil, cuando el titular de la acción, sin constituirse en actor, le delegue su ejercicio; y cuando el titular de ella sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quién lo represente, sin perjuicio de la intervención del Patronato Nacional de la Infancia. Esta solución es a menudo criticada y con razón, pues resulta contradictorio el ejercicio de esa acción por parte de ese órgano público, habida cuenta de las

atribuciones que legalmente le son conferidas y por la naturaleza propia de tal institución, cuya función básica consiste en que, actuando como órgano objetivo e imparcial en el proceso, defienda principalmente los intereses públicos de la colectividad, por lo que resulta difícil que a la vez deba atender intereses particulares y privados de los ofendidos. Obviamente siempre prevalecerán los primeros.

Señalaremos de seguido cuáles son las condiciones de ejercicio de la acción civil.

a. Condiciones de ejercicio de la acción civil.

Es importante indicar que para ejercer la acción civil resarcitoria dentro del proceso penal, su titular (el ofendido o sus herederos), debe constituirse en actor civil. Sin embargo, para que ello sea posible, es necesario que se cumplan una serie de requisitos, tanto de fondo como de forma. Veremos cuáles son esos requisitos de fondo.

En primer lugar, el ofendido debe tener capacidad para estar en juicio, de lo contrario no podrá actuar si no es representado o asistido del modo prescrito por la Ley Civil (art. 56). Entre nosotros esa capacidad se adquiere a partir de los dieciocho años, salvo que se encuentre incapacitado, en cuyo caso también las personas mayores deben contar con un representante (curador). Si son menores los representarán sus padres, tutores o las otras personas o entidades que nuestra ley establece.

Pero además de la capacidad, para poder estar en juicio es necesario tener un interés. Esto con base en la regla que dice que donde no hay interés no hay acción y en este sentido la acción civil está sometida a los principios del Derecho Común. La acción no se admite si el que la ejerce reclama otro daño que no sea aquel producto del delito, sea de carácter material o moral, pero este daño debe ser actual y cierto, personal y directo y debe resultar de una ofensa a un interés jurídicamente protegido.

El Código de Procedimientos Penales nuestro no contiene ninguna disposición sobre los caracteres del daño producto de un delito, cuando dicho daño; es reclamado por el ofendido ante la jurisdicción penal, constituyéndose parte civil, por lo que en ese aspecto la acción debe estar sometida a las exigencias generales de admisibilidad del Derecho Común.

Siendo la acción civil una acción para la reparación de un daño, es necesario que éste exista. Es decir, debe ser cierto y actual. Debe existir al momento de ejercitar la acción. Por el contrario, un daño incierto o eventual, dudoso en su misma existencia, subordinado a acontecimientos que es imposible de conocer antes de su realización, no puede servir de base a una acción civil. El daño es eventual por ejemplo cuando el empleado de un lechero le echa agua a la leche y con ello expone a su patrón a perder clientes. No obstante, este daño o perjuicio cierto y actual puede ser futuro cuando su realización es ya incontestable, cierta. Como sería el caso de un estudiante de último año de una determinada carrera universitaria que sufre una incapacidad parcial permanente a consecuencia de un accidente de tránsito.

Por otro lado, el daño debe ser personal. La acción civil únicamente pertenece a aquel que ha sido personalmente lesionado por el efecto de la infracción. Este daño personal puede darse o sufrirse en la propia integridad física, en los bienes, en el honor, en la afección, como es el caso de la víctima de un delito de lesiones, de una injuria o difamación, de un hurto o robo, etc., hemos visto que nuestra legislación permite también a los herederos y al tercero ofendido ser titulares de la acción civil en el proceso penal (art. 9).

También es necesario que el daño sea directo. Es decir que los titulares de la acción civil deben fundamentarse en un daño directamente causado por el delito. Éste debe estar ligado a la infracción por un lazo de causa a efecto. Sea que su fuente productora debe ser necesariamente la infracción. Será directo entonces, el daño físico o corporal que sufre el ofendido a consecuencia de un delito de lesiones dolosas o culposas. Es directo el daño moral que se causa al ofendido por un delito de injurias o calumnias, porque se lesiona su honor y no su integridad corporal. Es directo el daño material que se causa al ofendido cuando se le destruye una cosa mueble de su propiedad (delito de daños).

Los requisitos de forma que es necesario cumplir por parte del ofendido —o cualquier otro titular de la acción— para que sea admisible su constitución como actor civil en el proceso penal, los señala el artículo 57 del Código de Procedimientos Penales. Dicho artículo establece que el escrito en que se apersone el actor civil deberá formularse personalmente o por mandatario y contendrá, bajo pena de inadmisibilidad: el nombre y domicilio del accionante; a qué proceso se refiere; los motivos en que la acción se basa, con indicación del carácter que se invoca y del daño que se pretende haber sufrido, aunque no se precise el monto; la petición de ser admitido como parte y la firma.

Como la misma norma lo indica, cuando no se reúnan todos y cada uno de esos requisitos, la única sanción es la no admisibilidad de esa constitución, lo cual significa que los defectos pueden subsanarse y presentarse de nuevo la solicitud, siempre y cuando todavía exista posibilidad para hacerlo.

pues en los delitos de instrucción formal la constitución procede hasta antes de su clausura (art. 59) y en los de citación directa la solicitud deberá presentarse antes del requerimiento respectivo (art. 59, párrafo 2).

Cuando la constitución la haga un heredero, nuestra jurisprudencia no exige su declaratoria como tal al momento de hacer la solicitud, pero ella debe existir —necesariamente— en el debate. De lo contrario se le excluye como actor civil por falta de personería ad causam activa.

Otro requisito indispensable lo constituye la circunstancia de que el actor civil debe actuar siempre bajo patrocinio letrado, es decir, bajo la dirección de un abogado (art. 87).

b. Oposición y rechazo de la constitución de actor civil.

Cuando se proceda por instrucción formal, los demandados (imputados y demandados terceros y civilmente responsables en su caso) podrán oponerse a la intervención del actor civil, bajo pena de caducidad, dentro del término de cinco días contados a partir de su respectiva notificación; pero cuando al tercer demandado civil se le citare o interviniere con posterioridad, podrá hacerlo, dentro de dicho término, a contar de su citación o intervención (art. 61). Cuando se proceda por citación directa, la oposición solo se podrá deducir ante el juez penal, también bajo pena de caducidad, dentro de los tres primeros días.

Durante la instrucción o los actos preliminares del juicio, el tribunal podrá rechazar o excluir de oficio, por resolución fundada, al actor civil cuya intervención fuere ilegal, salvo que su participación hubiere sido concedida al resolverse un incidente de oposición (art. 65), pero el auto que rechace el apersonamiento del actor civil no impedirá el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil (art. 66).

2. *Consecuencias de la participación del ofendido como actor civil.*

A partir del momento en que el ofendido esté legalmente constituido como actor civil en el proceso penal, él tiene una activa participación durante todo ese proceso, no sólo ante las autoridades encargadas de la instrucción, sino también ante el tribunal de juicio y aún ante los tribunales de apelación y la Sala de Casación.

El actor civil debe señalar casa u oficina donde atender notificaciones dentro del perímetro judicial correspondiente, para que se le notifiquen todas las resoluciones que se dicten en el respectivo proceso donde él figura como parte (artículos 123 y 126). Podrá participar, conjuntamente con su abogado, en las distintas diligencias del proceso, tales como inspecciones oculares, allanamientos, requisas, reconocimientos, reconstrucciones de hechos, exámenes periciales (artículo 191); sus abogados podrán intervenir en las diligencias por intermedio del juez (artículo 194); el actor civil tiene acceso al expediente a partir de la declaración del imputado (artículo 195); podrá solicitar la recepción de cualquier prueba (artículo 196); podrá proponer la designación de un perito (artículo 244), etc., todo esto durante la etapa de instrucción. El ofendido, mediante su constitución como actor civil, actúa como un igual del Ministerio Público y se esfuerza de reunir todas las pruebas necesarias para lograr la elevación a juicio del proceso que se sigue contra el imputado y que él ha demandado civilmente.

En la etapa de juicio también la parte civil va a participar activamente. Puede ofrecer pruebas (art. 349); intervenir en el debate (art. 383), y es al actor civil a quien de primero se le da la palabra para que formule las conclusiones, debiendo concretar en éstas debidamente todas sus reclamaciones.

Podrá interponer recurso de casación en lo que se refiere a los intereses civiles (arts. 450, 472, 475).

A su vez el ofendido, no obstante su constitución como actor civil, podrá rendir declaración como testigo (art. 68).

En general, constituido el ofendido como actor civil en el proceso penal, dada la participación activa que la ley le concede durante todo ese proceso, él va a contribuir en la aplicación efectiva de la ley, pues dentro de su deseo está el establecer, tanto la culpabilidad del imputado, como la existencia del daño que reclama y es en este doble aspecto que nuestra ley le permite intervenir. En efecto, sobre ese particular el artículo 67 del Código de Procedimientos Penales es lo suficientemente claro al establecer que "El actor civil podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido y la responsabilidad civil del demandado".

Resta señalar que si bien nuestra legislación permite al ofendido participar en el proceso penal como actor civil, para reclamar la reparación pecuniaria que el hecho punible le ha causado, tal participación únicamente es posible en tratándose de delitos y se encuentra excluida en lo que se refiere a las denominadas "faltas o contravenciones".

Finalmente nos referiremos a las ventajas e inconveniencias que se pueden derivar de la constitución del actor civil en el proceso penal.

3. Ventajas e inconveniencias de la constitución del actor civil en el proceso penal.

El escogimiento de la vía penal para el ejercicio de la acción civil, ofrece ventajas, pero también algunos inconvenientes según lo afirman quienes se oponen a ello. Primero indicaremos cuáles son sus ventajas. Desde el punto de vista de los intereses particulares del ofendido, la vía penal es económica, confortable, rápida y eficaz.

Es una vía económica pues el proceso llegará a su término con menos gastos para el accionante. La mayor parte del tiempo el actor civil no tendrá obligación de pagar peritos y no está obligado a utilizar papel sellado.

Es una vía más confortable porque la prueba es del dominio del Ministerio Público y no exclusivamente del actor civil y son los tribunales quienes también asumen la carga más fuerte en este sentido. El actor civil se va a beneficiar de los medios enérgicos y coercitivos que los jueces disponen para la búsqueda de las pruebas, para poder descubrir de esa manera "la verdad real" de los hechos sometidos a su conocimiento (inspecciones oculares, allanamientos, secuestros, encarcelamiento del imputado, posibilidad de obtener más fácilmente la declaración de testigos, etc.).

Es una vía rápida pues el actor civil tendrá un resultado más rápido ante la jurisdicción penal que ante la civil. El tribunal penal deberá pronunciarse al mismo tiempo tanto sobre la acción penal, como también sobre los daños y perjuicios reclamados por el ofendido. Este no debe esperar una decisión posterior de los tribunales civiles.

Es una vía más eficaz, pues los intereses patrimoniales del ofendido de la infracción, serán mejor salvaguardados. El actor civil se beneficiará de la responsabilidad solidaria que pesa sobre todos los autores y cómplices del delito que le ha producido el daño. En fin, la opción a favor de la vía represiva permite evitar que la acción civil alcance autoridad de cosa juzgada que es propia de una decisión penal, hecha sin que el ofendido haya podido defender sus intereses.

Desde el punto de vista del interés general, el escogimiento de la vía penal es ventajosa, pues la sociedad será mejor protegida contra la delincuencia. La ley penal será mejor aplicada, toda vez que el ofendido toma un papel de auxiliar del Ministerio Público.

Desde el punto de vista de una eficaz administración de justicia, pues no se da el riesgo de que se produzcan pronunciamientos contradictorios, a los cuales se expone la acción civil ante la jurisdicción común, antes del ejercicio de la acción penal en la jurisdicción represiva.

También se han señalado algunos inconvenientes o problemas al ejercicio de la acción civil en la vía penal.

Primero, porque la intervención del actor ofendido produce el riesgo de complicar indebidamente la tarea del tribunal represivo, sometiéndole múltiples problemas y de falsear la función del juez penal, ante la presencia de un acusador parcial y es por eso que ese juez debe conocer y pronunciarse únicamente sobre la acción penal. Este es su papel principal. Además el juez penal, respetuoso de las nociones tradicionales de falta y de responsabilidad, deberá en beneficio de un acusado en que su culpabilidad le parece dudosa, sacrificar al ofendido, que según él debe proteger; o a la inversa, el juez considerará a menudo más conveniente o ético, condenar, aun si existe una ligera duda, que dejar a una víctima sin reparación.

A pesar de todas las inconveniencias señaladas, consideramos que las mismas no son lo suficientemente fuertes. Creemos que la vía penal es la más recomendada para ejercer la acción civil.

También entre nosotros se acogen esas inconveniencias de la acción civil en el proceso penal, tanto por algunos abogados litigantes, como por algunos jueces. Sin embargo estimamos que la crítica negativa se debe más que todo a la falta de interés y desconocimiento de esa institución de parte de quienes proceden de esa manera. En efecto, hemos visto que nuestra legislación contiene una regulación eficaz y protectora con respecto al ofendido que se constituya actor civil en el proceso penal, pues le permite una participación activa durante todo el proceso, no sólo en el aspecto civil, sino en el aspecto penal también. Los problemas los crean las propias personas que no saben actuar como se debe. De proceder en la debida forma, los resultados serán positivos, y esto nos lo informa la práctica, cuando ya el nuevo procedimiento penal que lo permite, tiene trece años de vigencia.

CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto en el presente trabajo podemos concluir que si bien otras legislaciones le dan al ofendido de un delito, una mayor participación en el proceso penal, aun en delitos de acción pública, la nuestra no. Entre nosotros el ofendido, al igual que cualquier otra persona, únicamente tiene el derecho de denunciar los delitos de acción pública ante la autoridad competente. En los delitos de acción pública dependiente de instancia privada, tan sólo se le confiere al ofendido, o a sus representantes legales, con exclusión de cualquier otra persona, el derecho de denunciarlos. Pero el ofendido en ambos casos, no tiene ulterior participación, de ninguna índole, dentro del proceso. Únicamente constituyéndose como actor civil en ese proceso, demandando la indemnización de los daños y perjuicios que el delito le ha causado, es que puede participar de manera activa en el mismo y no sólo en ese aspecto civil, sino también para acreditar la existencia del delito y la participación en él de su autor. Sin embargo, el actor civil se ve restringido en su derecho de recurrir ciertas resoluciones y aun de interponer el recurso de casación, pues se encuentra supeditado a que también recurra el Ministerio Público. Es en este aspecto que se debería legislar para darle autonomía en su derecho de recurrir, como lo tienen las demás partes del proceso. Es en los delitos de acción privada en los cuales se le da al ofendido una activa y esencial participación dentro del proceso, por ser él el titular de esa acción, la cual le pertenece enteramente y tiene sobre ella un poder de disposición absoluto y en ese tipo de delitos por el contrario, es el Ministerio Público quien no tiene intervención.

Estimamos en todo caso que no obstante la solución que tenemos sobre el tipo de participación que tiene el ofendido en el proceso penal y que en nuestro Derecho es el Ministerio Público el que ostenta el monopolio de ejercicio de la acción penal pública, en realidad el ofendido cuenta con los medios y mecanismos necesarios para participar activamente en el proceso penal. Son las personas las que —a veces— no hacen buen uso de esa facultad.

Consideramos finalmente que a pesar de nuestra solución, el ofendido se encuentra debidamente garantizado y protegido en sus intereses, habida cuenta de la calidad y eficiencia de nuestras instituciones y funcionarios a cuyo cargo está la aplicación y observancia de la ley penal y a quienes siempre les interesa, dentro del marco de su objetividad e imparcialidad que los caracteriza, la búsqueda de la verdad real dentro de todo proceso, todo en aras de una correcta aplicación de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y tratados

1. CALVO PICADO, Gerardo, *L'action civile et son exercice devant les juridictions repressives. Etudé comparative du droit français et du droit costaricien. Thèse pour le Doctorat D'université.* Bordeaux, France, 1980.
2. CASTILLO BARRANTES, J., Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,* Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, 1977.
3. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Tomo III, Ediar S.A. Editores, Argentina, 1963.
4. GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale,* Recueil Sirey, Paris, 1907, Tome I.
5. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, ERCE QUEMADA, Vicente, *Tratado Procesal Penal.* Octava Edición, Madrid, 1975.
6. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas.* Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1985.
7. NÚÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal.* Ediciones Lerner, Córdoba, Buenos Aires, 1978.
8. RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho Procesal Penal,* Tomo II. *El Proceso Penal,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.
9. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal,* Tomos I y II, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969.

Códigos

1. Código Penal de Costa Rica.
2. Código de Procedimientos Penales de Costa Rica.
3. Código de Procedimientos Penales francés.
4. Ley de Enjuiciamiento Criminal Español.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA NECESIDAD DE LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES LABORALES ADMINISTRATIVOS

LIC. FRANCISCO CALVO DOMINGO
LICDA. ROMA VARGAS CAVALLINI

Es importante hacer notar que el estudio de este tema lleva consigo el análisis de aspectos políticos, económicos y de conceptos de gobierno; por su estrecha relación con la actividad del Estado y principalmente con las erogaciones de éste.

En el presente análisis no nos interesa estudiar el Estado en cuanto a poder público, con sus facultades de imperio, sino como un Estado-patrono, que adquiere fuerzas de trabajo para realizar su actividad (burocracia estatal). Por lo que es importante aquí la relación de carácter laboral que se establece entre el Estado como patrono y sus servidores, como relación especial, que no debe de ser tratada con los principios del Derecho Administrativo, pero sí con los principios del Derecho Laboral, por su estrecha relación entre éstos y lo que a partir de este momento llamaremos *Derecho Laboral Administrativo.* Sin embargo veremos que esa aplicación de principios laborales tienen sus limitaciones.

Es importante mencionar que se ha dado una extensa discusión entre administrativistas y laboralistas por imponer sus respectivas tesis en lo concerniente a las relaciones laborales del Estado con sus servidores, discusión que no viene al caso mencionar, pues ya diversos tratadistas nacionales e internacionales han enfocado esta situación, que resulta bastante conflictiva; además nuestro interés es el de tratar de dar soluciones prácticas a la situación que se plantea en la actualidad con las relaciones del Estado y sus servidores.[1]

Como primera observación hemos de decir que el Derecho de Trabajo como tal nace a mediados del siglo XIX, con la aparición de los Estados de Derecho, principalmente con el nacimiento de la clase burguesa, que con el fin de evitar la presión social y la posible destrucción de su sistema de gobierno, debió de ceder ante la unión de los obreros, creando un Derecho de Trabajo que les diera protección en contra de los abusos de los empleadores.

Igualmente debido al desarrollo alcanzado por el Estado se hizo necesaria la contratación por parte de éste, de personas, por medio de las cuales él mismo lograra alcanzar los fines propuestos. Esto se debió más que todo a la amplitud que alcanzó la actividad estatal y a que el ejercicio de los cargos públicos dejaron de ser un honor para las personas, pasando a ser una función remunerada, como cualquier otro tipo de trabajo.

Por esta situación el Estado se convirtió en la mayoría de los países en la principal fuente de empleo, y cuya finalidad era la prestación eficiente de los servicios públicos. Así nació lo que hoy comúnmente denominamos burocracia estatal, la cual en sus relaciones laborales con el Estado-patrono han sido manejadas de diversas formas, según la concepción del Estado en que se desarrollen.

En cuanto a nuestro país, las relaciones laborales entre el Estado y sus servidores, han sido manejadas en forma estatutaria. En este sentido el artículo 191 de la Constitución Política determina que las relaciones del Estado con sus servidores serán a través de un Estatuto del Servicio Civil, el cual fue promulgado por la Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953 y que con algunas reformas como fue la re-

1. Ver en este sentido ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Convenciones colectivas de trabajo en el sector público*, (San José, **Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 44, 1981) y BEJARANO, Óscar, *Derecho Laboral de la burocracia pública*, (San José, **Revista de Ciencias Jurídicas,** Nº 59, 1988).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ferente al funcionamiento del Tribunal del Servicio Civil nos continúa rigiendo en esta materia.

Es bien sabido que la voluntad del constituyente de 1949, al aprobar este artículo y el artículo 192, fue la de dar estabilidad y dar idoneidad al servidor público para ejercer su cargo y además el de garantizar la eficiencia del servicio público como uno de los objetivos principales del Estado.

Por esta situación y con la finalidad de evitar que con cada cambio de gobierno, la Administración Pública se transformara en un botín político, para dar empleos únicamente a los partidarios del grupo ganador, fue que se crearon esta serie de instituciones con las finalidades ya apuntadas.

Sin embargo cuando se promulgó el Estatuto del Servicio Civil en el año de 1953, debido más que todo a la mala práctica de nuestros legisladores de utilizar conceptos a los que se les da una acepción diferente a la que en realidad tienen, en el artículo primero del citado Estatuto se dice: "Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y proteger a dichos servidores."[2]; de este artículo podemos obtener varias apreciaciones importantes que es necesario citar para efectos de la investigación y éstas son:

a) Los artículos 191 y 192 de la Constitución que nos rige, hablan de que las relaciones del Estado con sus servidores se regirán por un sistema estatutario llamado Estatuto del Servicio Civil, lo que nos lleva a entender de que todas las relaciones laborales del Estado debían de regirse por el mismo régimen. Sin embargo al redactarse el artículo primero del Estatuto ya citado, se restringió el mismo únicamente para los servidores del Poder Ejecutivo, esto ha traído como consecuencia que exista una pluralidad de regímenes para los distintos poderes del Estado, lo que no es conveniente para la buena administración del mismo.

b) El segundo punto importante de hacer notar es de que el citado artículo procedió a confirmar la finalidad del precepto constitucional, al pretender garantizar la eficiencia de la Administración Pública y proteger a los servidores de los vaivenes de la política electoral del momento, dándoles estabilidad en los puestos que ocupaban.

Como ya dijimos el resultado fue el de que las únicas relaciones laborales que se rigen por el Estatuto del Servicio Civil, son las nacidas con los funcionarios del Poder Ejecutivo, deviniendo en ilusorias las intenciones de los legisladores constitucionales, al pretender un régimen único para todo el Estado.

Esto ha dado, como se mencionó, la consecuencia de la creación de diversos regímenes para los otros poderes del Estado y lo que es más preocupante para el sinnúmero de instituciones autónomas y empresas del Estado que se han creado en las últimas décadas.

Así resulta que a pesar de pertenecer al Poder Central, así llamado también el Poder Ejecutivo, instituciones como el ICE, RECOPE, JAPDEVA, FECOSA, la tristemente recordada CODESA, la Procuraduría General de la República, INS, los bancos del Sistema Bancario Nacional (que se rigen por convenciones colectivas) y algunas otras, todas se rigen por regímenes diferentes, lo que ha inducido a que entre éstas y el Poder Ejecutivo se crearan brechas salariales de imposible solución, que provocan graves problemas a la economía del país.

Con la finalidad de corregir en algo esta situación en octubre de 1982, se promulgó la Ley Nº 6821 que creó la Autoridad Presupuestaria[3] que pretendía ordenar económicamente el Estado, y dentro de sus fines está el de regular lo referente a salarios dentro de la Administración Pública. Con ella algo se logró, pues se obligó a ingresar al Régimen del Servicio Civil a los entes y oficinas desconcentradas y descentralizadas, obteniendo una mayor unidad en la aplicación del Estatuto del Servicio Civil, al ampliarle su campo de acción.

Esto solucionó una ínfima parte del problema, pues el mayor de ellos se ha dado con la independencia que mantienen por mandato constitucional las instituciones autónomas, pues en éstas se ha logrado a través de laudos arbitrales y de convenciones colectivas (que se rigen por el Derecho Laboral Común) a que a sus empleados se les otorguen derechos excesivos, que comparados con los que poseen los funcionarios pertenecientes al Servicio Civil son exagerados y difíciles de equiparar.

Esta situación a dado como resultado que los funcionarios del Poder Ejecutivo, los cuales todos están cubiertos por el Régimen del Servicio Civil, pretendan se les pague en la misma forma que se

2. *Estatuto del Servicio Civil*, Ley Nº 1581 del 30 de mayo de 1953.

3. *Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria*, Ley Nº 6821 del 19 de octubre de 1982.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hace a los funcionarios de las instituciones autónomas, y otros entes del Poder Central lo que prácticamente resulta imposible para el Estado, por la gran erogación de fondos públicos que de esto resultaría, los cuales no posee.

En este punto es donde entramos de lleno en el análisis de varias interrogantes a las que en corto plazo se les debe de dar solución, con el fin de salvaguardar la estabilidad y las instituciones del país, estas interrogantes son:

a) ¿Es necesaria la creación de un nuevo Estatuto del Servicio Civil, que contemple no sólo las relaciones laborales del Poder Ejecutivo con sus servidores, sino que incluya dentro de él a todas las instituciones del Estado, dentro de ellas al Poder Judicial, al Poder Legislativo, a las instituciones autónomas y a las empresas del Estado?

b) ¿Sería más conveniente dejar las relaciones laborales del Estado al arbitrio del Derecho Laboral Común?

c) ¿O sería más conveniente crear un Estatuto de Carrera Administrativa, para todo el Estado donde se contemplen definidamente los principios del Derecho Laboral adaptados a las limitaciones que posee el Estado en cuanto a recursos económicos y cumplimiento de sus fines? Esto traería como consecuencia a nuestro juicio la creación de los *Tribunales Laborales Administrativos,* dependientes del Poder Judicial, con características propias y con un procedimiento previamente establecido, que conserve la celeridad del Derecho Laboral, y a la vez se proteja la estabilidad económica del Estado.

La contestación a estas interrogantes a primera vista resulta difícil, si tomamos en cuenta las doctrinas administrativistas y laboralistas existentes, pero empleando ese recurso que posee todo profesional en Derecho e importante durante todo su ejercicio profesional que es la lógica jurídica, podemos intentar dar respuesta a las interrogantes planteadas de la siguiente forma:

En cuanto a la primera y tercera interrogantes, las mismas pueden ser resueltas conjuntamente. En realidad las respuestas a las mismas se subsumen en una sola, ambas llevan una misma finalidad, que es la de lograr una modificación sustancial al sistema imperante.

Explicamos a continuación el fundamento de la afirmación dada en el párrafo anterior del siguiente modo:

Si diéramos respuesta afirmativa a la primera pregunta, debería de realizarse una modificación de tal magnitud en cuanto al Estatuto del Servicio Civil, que traería como consecuencia una reorganización de la Dirección General del Servicio Civil y principalmente del Tribunal del Servicio Civil, pues todas estas instituciones ya son anacrónicas y no cumplen a cabalidad las finalidades de su creación. Es de hacer notar que la Dirección es un órgano de marcada influencia política y el tribunal es a todas luces inadecuado e ineficiente para realizar su función.

Esto nos lleva a la conclusión de que la primera y la tercera interrogantes se pueden resolver del mismo modo, pues podemos decir que la última comprende a la primera si razonamos de esta forma:

Es definitivo que el Estatuto del Servicio Civil ya no cumple con la finalidad para la que fue creado, el mismo se ha desvirtuado de tal manera que lo que hace es proteger a malos funcionarios de la administración, pues lograr un despido en algunos casos resulta prácticamente imposible, al igual que resulta oneroso y lento el trámite de cualquier reclamo por parte de los servidores, en esto juega un papel importante la ineficiencia del tribunal de todos bien conocida. En cuanto a la dirección resulta que sus resoluciones muchas veces, por no decir la generalidad son consecuencia de decisiones políticas, en lugar de mitigar los gastos del Estado, los aumentan en mucho al obtener los servidores por parte de los tribunales laborales comunes, los beneficios negados por la dirección, generalmente con criterios nada técnicos, y que han hecho de esa dependencia un simple elefante blanco, otro de los tantos que existen en el país.

Esta explicación viene a colación por el hecho de que en lugar de modificar o reformar el Estatuto existente, lo mejor sería crear uno nuevo que podríamos llamar Estatuto o Ley de Carrera Administrativa, donde sí se tome en cuenta la norma constitucional de que las relaciones laborales del Estado con sus servidores, deben de ser manejadas por un solo cuerpo legal, que proteja los mismos principios e intenciones del legislador, pero con modificaciones sustanciales en cuanto a la manera de adquirir derechos, modo de nombrar el personal idóneo para cada puesto, y la manera de evitar que por leyes aisladas de carácter eminentemente político, se creen granjerías y beneficios exorbitantes para ciertos grupos del sector, dejando por fuera a la gran mayoría, la cual luego busca por todos los medios obtener los mismos derechos, sin preocuparse si el Estado está en la capacidad de responder a esas obligaciones.

Con la creación de este Estatuto o Ley de Carrera Administrativa, se lograría como primera medida la protección de los derechos de los servidores frente al Estado, y a la vez el derecho del Estado como patrono de exigir a esos servidores eficiencia e idoneidad plena de ellos para ocupar sus puestos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En cuanto a estos dos requisitos importantes que exige el Estado a sus servidores de eficiencia e idoneidad, los mismos han sido dejados de lado, principalmente por lo inadecuado del sistema que ha perdido vigencia con respecto a la organización actual del Estado.

Por este motivo, debe de especificarse muy bien en esta nueva legislación, de que no se nombre en los puestos en que se exigen requisitos académicos o de alguna otra índole, personas no idóneas, pues se ha llegado por el sistema actual, a través de un estribillo como el de la "preparación equivalente", a nombrar personas que no tienen los requisitos mínimos en puestos, que les da derecho a obtener beneficios que sí adquieren los que son idóneos, llegándose a tener personas ocupando plazas de profesionales, ganando sobresueldos especiales, únicamente por el hecho de tener muchos años de trabajo, o por padrinazgos políticos, sin poseer el título académico que los respalde para ello. Esto es uno de los principales problemas laborales en la administración, y a pesar de que el mismo es evidente, se continúa cayendo en el mismo vicio.

Además se regularía el modo de que los empleados del Estado obtengan sus beneficios, sin perder de vista las posibilidades que ese Estado tiene para cumplir con ellas, sin llevar a nuestras instituciones al colapso.

Todo esto traería como consecuencia la creación como dependencia del Poder Judicial, de los *Tribunales Laborales Administrativos,* los que se regirían en su función por un régimen especial, rápido y no formalista, características del Derecho Laboral, pero apegado a ciertos principios propios del Derecho Administrativo, como son de tipo presupuestario y de eficiencia administrativa, que serán los encargados de resolver los conflictos de carácter laboral de la administración, pero como un todo, y no aisladamente como se hace en la actualidad, y que al fin y al cabo, a pesar de resolver situaciones específicas al final se constituyen en norma general para todos los funcionarios públicos; creando la falta de recursos económicos que el Estado vive actualmente.

En definitiva la opción b) de las propuestas no es viable, pues sería dejar las cosas como en la actualidad, cuando en realidad lo que se pretende es resolver los problemas ocasionados por esta aplicación irracional en algunos casos de los principios del Derecho Laboral Común a las relaciones del Estado con sus servidores.

A MODO DE CONCLUSIÓN.

Definitivamente estas son algunas ideas que nos han surgido durante nuestro ejercicio profesional, por lo que las mismas no son dogmas, son simples sugerencias, que sólo por medio de una voluntad política fuerte, que logre un consenso general con la finalidad de salvaguardar nuestras instituciones, las pueda poner en práctica; con estudios más detallados que las mejoren y logren una justicia laboral para todos los empleados del Estado; desapareciendo en definitiva esas prerrogativas odiosas y personalistas, que han creado un desasosiego social; que tendrá como resultado imperioso la pérdida de nuestra institucionalidad.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

NUESTROS RECURSOS NATURALES: SUELOS Y BOSQUES

Ms. ROXANA SALAZAR CAMBRONERO

Costa Rica, país que a diferencia de sus vecinos centroamericanos ha disfrutado de una democracia estable, está sufriendo los problemas derivados de la explotación de sus recursos naturales, como suelos y bosques. Costa Rica está situada en la América tropical, posee una gran riqueza natural que está en peligro de desaparecer. Debido a que la economía costarricense depende de sus productos agrícolas, es importante analizar desde diferentes puntos de vista —por ejemplo ecológico y socioeconómico— los problemas asociados con la deforestación, el desgaste de los suelos y plantear soluciones para su protección y salvaguarda.

Las tierras centroamericanas originalmente poseían bosques con un área cercana a los 400.000 kilómetros cuadrados.[1] Hoy día más de las dos terceras partes de estos bosques han sido deforestados.[2] Son erradicados a razón de 5.500 km² por año. La deforestación que se realiza en los trópicos está conduciendo a uno de los problemas más terribles de este siglo: la desaparición del bosque tropical. El incremento y uso de la tecnología ha acelerado la explotación irracional de los recursos naturales en general. Esto provocará consecuencias que afectarán toda la población del globo terrestre.

Existe una relación directa entre un aumento en la población y en la producción, con el agotamiento de los recursos y el grado de contaminación que estamos sufriendo. El incremento productivo es importantísimo en los países subdesarrollados: se necesita aumentar la cantidad de comida para alimentar a mayor número de personas y para aumentar el ingreso de divisas. La cantidad de tierra dedicada a labores agrícolas aumenta, apoderando tierras que son bosques. Esto provoca su destrucción en forma irracional y acelerada. Se aumenta, asimismo, el uso de energía adicional sobre la tierra, utilizando agroquímicos como fertilizantes y plaguicidas, muchas veces en forma excesiva e irracional, lo que a su vez conduce a la degradación total del suelo y a la contaminación ambiental.

Erosión.

Erosión es un proceso por el cual el suelo y los materiales rocosos se sueltan o disuelven siendo removidos de la superficie terrestre. La erosión es un proceso natural que es acelerado con la intervención del hombre, quien interrumpe el equilibrio natural existente entre regeneración y remoción de la tierra. El viento y el agua son elementos que inciden en la erosión de los suelos, ambos van gradualmente removiendo y transportando tierra. La erosión un proceso lento, casi imperceptible, se nota su existencia cuando se sienten los efectos que produce. El monto de tierra que es removida varía de acuerdo con diferencias en las condiciones en el suelo y otros elementos como el clima, métodos agrícolas empleados, el cuerpo de la tierra, el tipo de cultivo, la pendiente del suelo, etc. De todas maneras ningún otro proceso es tan destructivo del suelo y sus valiosos nutrientes como es la erosión.

El suelo ha sido considerado un recurso natural renovable, o sea que teóricamente dura para siempre, sin embargo, está siendo objeto de un excesivo

1. NATIONS, J.D. and D.I., Komer, 1983, *Central America's Tropical Rainforest: Positive Step for Survival.* **Ambio,** 12 (5): 232-238; 1984; **Chewing up the Jungle. International Wildlife.** September: 14-16.

2. HARTSHORN, et al., 1982, *Costa Rica: Country Environmental Profile.* **Tropical Science Center,** San José, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

uso y explotación que puede conducir a su extinción. El suelo o tierra se renueva a sí mismo en forma muy lenta. Bajo condiciones normales renovar 2,5 cm de suelo toma de 200 a 700 años. Sea un equivalente de 0,5 a 2 t/ha/año.[3] Lo que demuestra que cualquier pérdida de suelo superior a esta cifra está conduciendo a su degradación, ya que el actual grado de erosión, existente a nivel mundial, es superior a la renovación natural que la tierra realiza por sí misma. La fertilidad de los suelos está siendo destruida por la erosión que están sufriendo y un suelo erosionado pierde su fertilidad, que no puede ser restaurada con fertilizantes. La productividad de la tierra se encuentra en peligro, esto se convierte en alarmante cuando reconocemos que la mayor parte de la comida que nosotros consumimos es producida en la tierra, otras fuentes de producción de comida como los océanos o ríos no juegan un papel tan trascendental como el que realiza el suelo.

Los problemas relacionados con la erosión de los suelos ocurren en proporciones asombrosas en la mayoría de los países. Muchos de los cuales no tienen idea clara de este hecho, por lo que no se están tomando las precauciones necesarias para detener o controlar la erosión. Se estima que al menos 6 millones de hectáreas de tierra se pierden por año[4], y otros 20 millones es tierra que se degrada no siendo apta para labores agrícolas.[5] Esto conduce a buscar otras tierras acelerando la deforestación y, provocando otros problemas como son la pérdida de filtración que los suelos poseen, y generando un aumento lógico en la cantidad de agua que discurre por las pendientes, que lleva consigo los valiosos nutrientes del suelo. El desgaste de los suelos como resultado de la erosión afecta la productividad de la agricultura con la reducción en la infiltración de agua y la remoción de valiosos nutrientes y materia orgánica.

En suelos erosionados se reduce hasta un 93 por ciento la infiltración de agua[6] se acelera la remoción de la materia orgánica del suelo y se produce la pérdida de su fertilidad. Si consideramos al agua como el factor más limitante de la productividad toda medida que ayude a su protección se convierte en elemento clave en la producción agrícola, especialmente cuando muchos cultivos son altamente sensitivos a la falta de agua. Aparte de que la pérdida de nutrientes naturales conduce a su reemplazo con nutrientes artificiales como son los fertilizantes, lo que ocasiona aumentos en los costos de producción.

David Pimentel ha concluido, en un estudio reciente, que la reducción en la productividad del suelo debido a la erosión se puede medir en términos de reducción en la producción y en el aumento de energía adicional incorporada. Valiosos nutrientes como nitrógeno, fósforo, calcio, potasio, que se pierden a consecuencia de la erosión, por lo que son reemplazados con fertilizantes comerciales. Se estima que para este reemplazo se requiere un equivalente de 553 litros (ó 4 barriles) de petróleo por hectárea.[7] En Estados Unidos la pérdida de nutrientes como nitrógeno, potasio y calcio se calcula equivale a $ 4,4 billones en fertilizantes. (Cálculo conservador, para otros el gasto es el triple del monto dado).

La tierra fértil es esencial para la producción agrícola, especialmente en países como Costa Rica donde la fuente principal de divisas depende en un 75 por ciento de productos agrícolas. Aquí se ha producido un desplazamiento de la agricultura a tierras marginales, generalmente localizadas en las montañas o laderas, —suelos pobres muy susceptibles a la erosión— donde se necesita emplear energía adicional para poder producir, lo que conduce a un mayor uso de fertilizantes. Se considera que los pequeños productores no usan grandes cantidades de energía extra, no obstante, tienen fácil acceso a los agroquímicos. En nuestro país el consumo de fertilizantes por hectárea ha sufrido un aumento considerable desde 1961. Se calcula que el aumento en la producción agrícola costarricense se debe a que existe más tierra en producción que a un au-

3. PIMENTEL, et al., 1985.

4. UNED, 1980, *Annual Review.* United Nations Environment Programme, Nairobi, Kenya. KODVA, V.A., 1983, *Loss of Productive Land Due to Salinizations.* **Ambio,** 12: 91-93; DUDAL, 1981, *An Evaluation of Conservation Needs,* in **Soil Conservation Problems and Prospects,** R.P.C. Morgan ed., John Wiles and Sons. Chichester.

5. UNEP, 1980.

6. LAL, R., 1976, *Soil Erosion Problems on an Alfisol in Western Nigeria and their Control,* **IITA Monograph, Nº 1,** october.

7. PIMENTEL, David and others, 1985, *World Food Production and Soil Erosion,* unpublished.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mento en la cantidad generada por hectárea de tierra.[8] Incluso es importante resaltar que estudios recientes[9] muestran que la intensidad de fertilizantes usados en la agricultura centroamericana es varias veces mayor que en Estados Unidos.

Erosión y deforestación van de la mano, la deforestación de los bosques y su conversión en terrenos para actividades agrícolas o ganaderas está acelerando el proceso erosivo de los suelos costarricenses. Por supuesto que el grado en que la erosión está ocurriendo no solo se limita a Costa Rica o Centro América, sino que es una amenaza que ocurre a nivel mundial. La actual deforestación ,que ocurre en nuestros bosques, que unido a otras causas, ha conducido a la pérdida de cerca de 680 millones de toneladas de suelo por año.[10]

La erosión debe apreciarse en su relación con los efectos que produce: sea la degradación y disminución de la fertilidad del suelo y con la consecuente reducción en la producción. En Costa Rica un mal manejo de las capacidades del suelo de acuerdo con su vocación ha conducido a una severa pérdida de su fertilidad. Anualmente los suelos costarricenses de las principales regiones agrícolas están perdiendo entre 18 y 50 t por ha.[11] Cerca del 58 por ciento de los suelos costarricenses no presentan una excesiva erosión, sin embargo un 24 por ciento están erosionados, un 14 por ciento lo están en forma severa y un 3 por ciento no sirven para la agricultura.[12] Se estima que cerca del 84 por ciento de esa pérdida es producida por la ganadería extensiva: la introducción de ganado en tierras apropiadas para la producción agrícola o en tierras marginales. Los hechos asociados con el incremento de tierra para pastoreo son muy complejos. La exportación de carne para los mercados extranjeros ha conducido a tomar tierras, antes bosques o tierras agrícolas y convertirlas en tierras para pastoreo.

El suelo de los bosques, especialmente el bosque tropical, mantiene un delicado equilibrio con el ecosistema, el suelo es considerado ser de baja fertilidad y poco uso una vez que se ha dedicado al pastoreo. La tierra no puede sustentar tantos animales por acre como se intenta, lo que conduce al sobrepastoreo y a buscar más terrenos que sean fértiles. Igualmente, ha ocurrido con tierra que, apta para la agricultura, es convertida en pastizales, lo que ha conducido a los agricultores a sembrar en tierras marginales. La degradación del suelo es también producida por compactación, contaminación biológica, quemas y toxificación química. Pérdidas de suelo son debidas también a factores como el mal planeamiento de urbanizaciones y carreteras, que conducen a la reducción y destrucción de las tierras aptas para la agricultura.[13]

Deforestación.

De continuarse la actual deforestación producirá el agotamiento total de nuestros bosques en menos de una década.[14] La conversión del bosque tropical en tierra para la agricultura y ganadería se conceptúa como la principal causa de la destrucción del bosque costarricense. Mientras nuestros bosques están siendo destruidos solo para el beneficio económico de unos, la destrucción del bosque tropical a nivel mundial se ha considerado el *desastre ecológico más grande de este siglo,* ya que su desaparición podría afectar de alguna manera al resto de la humanidad.

El hombre cuando ha necesitado tierra para trabajar la toma de los bosques, sin preocuparse mucho del valor intrínseco que éstos poseen. Gran parte de este valor natural no es claramente tangible. Los bosques tropicales son misteriosos y maravillosos, ellos poseen grandes tesoros, algunos de los cuales todavía no se han descubierto. La gran capacidad que los bosques poseen de capturar la energía solar y la recolección que ellos realizan del agua llovida, son dos de los tesoros más importantes y necesarios para los costarricenses y para toda la humanidad.

La deforestación elimina la forma natural que tiene el bosque de recoger el agua y proteger las gradientes que el terreno presenta, provocando con

---

8. HARTSHORN, *supra.*

9. HALL, Charles and others, 1985, *Energy and Central American Agriculture,* unpublished.

10. HARTSHORN, *supra;* SÁENZ, A., 1981, *Erosión, deforestación y control de inundaciones en Costa Rica,* Universidad de Costa Rica, Facultad de Agronomía.

11. *Ibíd.*

12. MYERS, N., 1981, *The Hamburger Connection: How Central America's Forests Become North America's Hamburgers,* **Ambio,** 10.

13. HARTSHORN, *supra.*

14. UMAÑA, Álvaro, *"Solo quedan 400 mil hectáreas de bosque",* **La Nación,** 6 de octubre de 1987, p. 20.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ello que sea mayor la cantidad de agua que corre desde las alturas, creando el efecto de una "bola de nieve", que se lleva consigo la tierra superficial que encuentra en su bajada.[15] Esto puede producir inundaciones y derrumbes, además de sedimentación de ríos, riachuelos y represas, pérdidas de cosechas, etc.

Nuestros gobernantes han incentivado el cambio de productos tradicionales a la ganadería como fuente de divisas. En el mercado internacional al ofrecer esta carne barata ha provocado una mayor demanda, que se espera aumente aún más.[16] Al mismo tiempo el consumo nacional de carne ha disminuido. Estos cambios han generado, poco a poco, una serie de consecuencias biológicas y socioeconómicas. Los productores de carne en América Latina, igual que los explotadores de madera en Asia, extienden sus negocios en los bosques tropicales sin cuidarse de la vida silvestre, ni de las riquezas naturales que los bosques ofrecen.

Legislación costarricense.

Nuestra legislación vigente otorga la rectoría sobre los recursos naturales al Ministerio de Agricultura y Ganadería. Esta rectoría no ha sido modificada por ley posterior, por el contrario, en 1987 a la vez que se establecía el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas se aprobaba en el Congreso la *Ley FODEA Nº 7064 de 8 de mayo de 1987 que crea por ley el Sector Agropecuario y de Recursos Naturales Renovables.* Por esta ley se integra en forma legal el sector agropecuario, se establece que el Sector Agropecuario y de Recursos Naturales Renovables estará dirigido y coordinado por el Ministro de Agricultura y Ganadería. Sin embargo, debe eliminarse la determinación del MAG como organismo rector de los recursos naturales; si existe la voluntad política de constituir el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. La visión del MAG sobre los recursos, en relación con la capacidad de aumentar la producción agrícola, históricamente demuestra que no es la de garantizar su uso sostenido.

La Ley FODEA determina que esta rectoría busca una instancia institucional idónea para la dirección, planificación, coordinación, ejecución, control y evaluación de las actividades públicas, como apoyo al desarrollo agropecuario nacional se establece el Sector Agropecuario y de Recursos Naturales Renovables. Éste será un medio para fortalecer y agilizar el sistema de dirección y planificación nacional, así como para coadyuvar a la coordinación de las actividades del Gobierno y de sus instituciones autónomas.

El Sector Agropecuario y de Recursos Naturales Renovables está constituido por todas las entidades o programas que realizan actividades en áreas específicas de la agricultura, la ganadería, la silvicultura, la pesca, la caza, la flora, la fauna y, en general, en el área de recursos naturales renovables tales como la investigación, transferencia de tecnología, capacitación de productores y funcionarios; producción, certificación y distribución de insumos, financiamiento y crédito; transformación de productos agropecuarios; precios y comercialización; sanidad animal y vegetal; riego y avenamiento; titulación, colonización y otras acciones orientadas hacia el ordenamiento y distribución de tierras, seguros, empleo y desarrollo rural; educación, ingeniería agropecuaria y otras actividades similares.

El MAG dentro del sector agropecuario, tendrá las siguientes funciones:

Atender los problemas que afecten las actividades agropecuarias, en especial los relacionados con las enfermedades, las plagas y la contaminación ambiental.

ESBOZO DE LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE SOBRE SUELOS

El suelo y el agua son dos elementos intrínsecamente relacionados, esenciales para la supervivencia del hombre. Principios relacionados con su protección motivaron la aprobación de la *Ley 1540, Ley de Conservación de Suelos y Aguas,* que busca mantener la fertilidad del suelo, con la idea de preservarlo para el beneficio del hombre. Mejores suelos implican mayor producción agrícola, esta ha sido la premisa que guía a los legisladores y políticos a proteger el suelo.

15. FAO, 1979, *Outlook for Agriculture in 2000,* FAO, Rome.

16. *Plan Nacional de Desarrollo 1986-1990,* Costa Rica, tomo I, MIDEPLAN, abril, 1987, San José, pp. 66 a 68.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ley de Conservación de Suelos y Aguas.

Con base en esta ley el Ministerio de Agricultura y Ganadería tiene la rectoría sobre el recurso suelo y la obligación de dictar las medidas necesarias para prevenir y controlar su degradación. La Ley Nº 1540 de 7 de marzo de 1953 tiene como objetivo primordial promover la conservación, mejora y restauración de los suelos y las aguas, que son parte de los recursos naturales renovables del país. Esta ley estableció la obligación para todas las personas, naturales y jurídicas de la República de acatar todas aquellas medidas de interés general que dicte el MAG con el objeto de prevenir y controlar la erosión; para mantener o aumentar la fertilidad de las tierras, para la regulación de los torrentes y la conservación de estos recursos.

El artículo 10 relaciona el proceso erosivo de los suelos con la deforestación. La misma ley plantea que los bancos nacionales darán créditos preferenciales a las personas interesadas en proteger los suelos. Con base en lo estatuido en el artículo 5 el MAG tiene la obligación de difundir y divulgar los conocimientos y técnicas adecuadas para mejorar el uso de los suelos, aguas y recursos naturales. Incluso establece la obligación del Ministerio de Educación Pública de incluir en los programas la educación sobre los recursos naturales. La protección del suelo se ha normado también desde otras leyes como la Ley Forestal que en el artículo 10, inciso b), otorga a la Dirección General Forestal (DGF) la potestad de conservar y mejorar los suelos forestales mediante la prevención y el combate de la erosión y degradación.

Ley del Instituto de Desarrollo Agrario.

La Ley Constitutiva del IDA determina como obligación de la institución cooperar en la conservación de los recursos naturales del país, promover y coadyuvar en las labores de recuperación de tierras. También la Ley de Tierras y Colonización establece como obligación de la ley contribuir a la conservación y uso adecuados de las reservas de recursos naturales renovables de la Nación. También ha establecido que en todo proyecto de colonización, se reservarán las áreas requeridas para el establecimiento y desarrollo de las poblaciones, de los servicios públicos y demás necesidades de la colonia, así como también para la defensa de los suelos, las aguas, el bosque y demás recursos naturales.

Servicio Nacional de Riego y Avenamiento.

La Ley del SENARA establece que como obligación de esta institución procurar el aprovechamiento óptimo y justo de los recursos de tierras y aguas, sean éstas públicas, privadas, colectivas o cooperativas. También deberá promover y dirigir la coordinación con otras instituciones y entidades para mejorar, conservar y proteger los suelos en los distritos de riego y avenamiento y cuencas hidrográficas. El artículo 15 dispone que es de interés público cualquier acción que se realice con el objeto de preservar y proteger las aguas y las tierras comprendidas en los distritos de riego. La Ley del Instituto Costarricense de Electricidad (artículo 2, d) también establece potestades para tomar medidas para proteger los recursos de tierras y aguas.

Servicio Nacional de Conservación de Suelos.

El Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) ha creado el *Servicio Nacional de Conservación de Suelos,* por el decreto *Nº 18564-MAG de 5 de octubre de 1988* con fundamento en lo estatuido en el artículo 3 de la Ley 1540, como un programa nacional dependiente jerárquicamente de la Dirección de Investigación y Extensión Agrícola del MAG, encargada de continuar con los programas, estudios y obras que se realizan a través del proyecto GCP/COSD/009/ITA y de cumplir los demás fines que se señalan en el decreto número 17974-REM de 1 de febrero de 1988 (La Gaceta Nº 39 de 25 de febrero de 1988).

Este Servicio busca cumplir con los principios establecidos en la Carta Mundial de los Suelos (FAO-1981). Esta Carta nació en sesiones realizadas por los miembros de FAO, con el fin de plantear una cooperación internacional con miras a utilizar racionalmente el recurso tierra, alcanzar una serie de principios conservacionistas, para no reducir la producción agrícola. Se reconoce la importancia de los suelos para aumentar la capacidad productiva para la supervivencia humana. Se busca detener su degradación, desertificación y contaminación, ya que la pérdida del suelo deteriora el recurso hídrico y disminuye la producción agrícola.

El *Servicio Nacional de Conservación de Suelos* tiene como funciones principales:

a. elaborar y ejecutar el Plan Nacional de Conservación de Suelos;

b. efectuar levantamientos y estudios básicos de suelos y realizar investigaciones relacionadas con la clasificación de los suelos y las tierras, para propiciar un uso racional de las mismas;

c. realizar un programa nacional de investigación y transferencia de tecnologías en materia de uso, manejo y conservación de suelos;

d. elaborar planes reguladores y operativos para el manejo de áreas agropecuarias en las cuen-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cas hidrográficas prioritarias, en coordinación con la DGF;

e. realizar estudios para determinar las causas de la erosión, en coordinación con otras instituciones;

f. realizar, a través de coordinación con las instituciones encargadas, programas sobre conservación y manejo de los suelos y aguas;

g. proponer normas para el buen uso y manejo de tierras y aguas en cuencas hidrográficas y explotaciones agropecuarias.

El decreto *Nº 18992-RE-MAG de 27 de abril de 1989* declara que los principios, directrices y medidas contenidas en la Carta Mundial de los Suelos de la FAO han sido adoptados por nuestro país, con el fin de incorporar las medidas que permitan el mejor uso posible de los suelos, para el mantenimiento y mejoramiento a largo plazo de su productividad.

ESBOZO DE LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE SOBRE BOSQUES

Por muchos años en nuestro país las políticas de desarrollo se basaron en la consideración de que abundaban los recursos forestales. Se propició su explotación, a través de instituciones como el MAG e ITCO. No se planteaba la explotación forestal como un medio económico por sí mismo. Este enfoque aparece incluido en la Ley Forestal (Ley Nº 4465 de 25 de noviembre de 1969, reformada por Leyes núms. 6442 de 22 de mayo de 1980 y 7032 de 2 de mayo de 1986). Primer cuerpo de leyes que plantea políticas de conservación forestal e incentivaciones a la actividad forestal. Sin embargo, la ley careció de una estrategia y de una educación adecuadas a la población, que le hubiera permitido alcanzar realmente los objetivos propuestos.

La Ley Forestal requiere de la creación del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas para consolidar sus políticas proteccionistas. Debe fortalecerse la educación del público y responsabilizar a las personas y autoridades sobre el problema de la deforestación. Se deben dictar medidas respecto a situaciones reales en relación con qué instituciones, que como el IDA o JAPDEVA, poseen terrenos de aptitud forestal y no tienen políticas definidas al respecto.

La Ley Forestal tiene como objetivo velar por la protección, conservación, aprovechamiento, industrialización, administración y fomento de los recursos forestales del país. Todo con el fin de generar empleo e incrementar el nivel de vida de la población rural radicada en las áreas forestales, mediante su efectiva incorporación a las actividades silviculturales e industriales (artículo 2).

La *Ley de Informaciones Posesorias,* Ley Nº 139 de 14 de julio de 1941, y sus reformas definía el régimen forestal como el conjunto de disposiciones, entre otras, de carácter jurídico, económico y técnico, establecidas por esta ley, su reglamento y demás normas y actos derivados de su aplicación, que regulen la conservación, protección, renovación, aprovechamiento y desarrollo de los bosques y terrenos de aptitud forestal del país.

Las funciones que establece la Ley Forestal las ejerce el MAG por medio de la DGF. El Poder Ejecutivo por medio del MAG administrará las *reservas nacionales.* También podrá traspasar al IDA aquellos terrenos que éste le solicite, exclusivamente cuando hayan sido calificados de aptitud agropecuaria. Por el decreto 51-A de 20 de marzo de 1973, convenio entre MAG, ITCO e ICT, en que se definen las facultades de cada organismo respecto a la administración de terrenos de reservas nacionales.

La *Dirección General Forestal* tiene entre su competencia:

a. Crear, conservar, mejorar, desarrollar y administrar los recursos forestales del país, tanto en terrenos del patrimonio forestal del Estado como en las áreas forestales privadas, de acuerdo con los preceptos de la presente ley.

b. Conservar y mejorar los suelos forestales mediante la prevención y el combate de su erosión y degradación.

c. Proteger, conservar e incrementar la fauna y la flora silvestres en los escenarios naturales, históricos y biológicos.

d. Proponer los convenios que corresponda celebrar con los propietarios de terrenos forestales y bosques, con el objeto de realizar planes de producción y protección forestal.

e. Establecer reservas forestales, zonas protectoras, refugios de vida silvestre y otras categorías de uso que sea necesario definir.

f. Velar por la adquisición de recursos financieros para el desarrollo de los recursos forestales.

Todo proyecto que realice el Estado o alguna de sus instituciones que implique la eliminación parcial o total de un bosque, deberá tener la aprobación de la DGF. Por el *artículo 40* se establece una *limitación*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

especial, que dice que el área de las reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios de vida silvestre, reservas biológicas del patrimonio forestal, solo podrá ser *reducida* por ley de la República, previos los estudios técnicos correspondientes que justifiquen esta medida. En los artículos 55 y siguientes se establece el aprovechamiento del recurso forestal en terrenos del Estado y demás organismos, se exceptúan los parques nacionales y reservas biológicas. La DGF es la encargada de otorgar, mediante concesión, el permiso para el aprovechamiento, previa presentación de un plan de manejo. La DGF podrá otorgar concesiones para el aprovechamiento de productos forestales provenientes de terrenos y bosques del patrimonio forestal del Estado, lo cual no origina derecho real alguno sobre el inmueble a favor del concesionario. La DGF también promoverá la constitución de grupos organizados para el fomento y desarrollo forestal, los cuales podrán gozar de los incentivos regulados en esta ley.

La Dirección General Forestal, para el cumplimiento de sus fines, mantendrá relaciones con los representantes de los grupos organizados privados, con el objeto de fomentar la participación de este sector en la mejora y elevación del nivel tecnológico, en la obtención de nuevas fuentes de financiamiento en la celebración de reuniones de carácter educativo e investigador, en la revitalización de la industria forestal y demás actividades que conduzcan al desarrollo armonioso de los recursos forestales del país.

Modos de adquirir el dominio.

La Ley Forestal divide los bosques a) en privados o de los particulares y b) del dominio público o PATRIMONIO forestal del Estado. El *artículo 4* establece que "Todos los terrenos de aptitud forestal y bosques del país, ya sean estatales o que estén reducidos a dominio particular, quedan sometidos a los fines de la presente ley. Se declaran de utilidad pública y susceptibles de expropiación, los bosques y terrenos de aptitud forestal que sean necesarios para el cumplimiento de los fines de esta ley, excepto los sometidos voluntariamente al régimen forestal, reforestación y manejo de bosques naturales, amparados en los respectivos planes de manejo forestal, aprobados por la DGF. *Se faculta al MAG para que realice las expropiaciones que contempla este artículo".*

a. Patrimonio forestal privado.

Se consideran *áreas forestales privadas* todos aquellos bosques y terrenos de aptitud forestal que pertenezcan a personas físicas o jurídicas particulares. La DGF prestará asistencia técnica, en la medida de sus posibilidades, a los propietarios de las áreas forestales privadas o a aquellas personas que estén ejecutando actividades silviculturales en dichos terrenos.

Con base en lo establecido en el *artículo 37* el MAG tiene potestad para que a solicitud de la DGF o del Servicio de Parques Nacionales (SPN) se incluyan dentro de los límites de las reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios de vida silvestre o reservas biológicas, los predios o partes de predios que deberán comprar o expropiar. Todo con el fin de alcanzar los objetivos propuestos con base en lo establecido en la ley. Si los propietarios particulares aceptan someterse al régimen forestal, se anotará esta limitación en el Registro Público al margen de la propiedad correspondiente.

Las leyes relacionadas con la titulación de tierras por el trámite de información posesoria contienen limitaciones al derecho de propiedad, se establece la prohibición de destruir bosques o arboledas que contengan especies vegetales o animales en vías de extinción, o si la finca se declara de aptitud forestal queda prohibida la corta de árboles en un 25 por ciento de su cobertura.

b. Patrimonio forestal estatal.

El *patrimonio forestal del Estado* está constituido por todos los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables de las fincas inscritas a su nombre, y de las pertenecientes a las municipalidades, a las instituciones autónomas y a los demás organismos de la Administración Pública. Este patrimonio será administrado por la DGF, la que inscribirá los terrenos en el Registro Público de la Propiedad cuando sea procedente, por medio de la Procuraduría General de la República, como fincas individualizadas de propiedad del Estado (artículo 32).

Los terrenos forestales y bosques que constituyen el patrimonio forestal del Estado serán inembargables e inalienables; su posesión por los particulares no causará derecho alguno a su favor y la acción reivindicatoria del Estado por estos terrenos es imprescriptible. En consecuencia, no son susceptibles de inscripción en el Registro Público mediante información posesoria, su invasión y ocupación serán sancionadas conforme con lo dispuesto en esta ley.

Ningún organismo de la Administración Pública podrá expropiar, permutar, ceder o enajenar, a cualquier título, entregar o dar en arrendamiento terrenos rurales de su propiedad o bajo su administración, sin que previamente hayan sido clasificados por la Dirección General Forestal. Si ésta los considera de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aptitud forestal, quedarán automáticamente incorporados al patrimonio forestal del Estado. Corresponde a la más alta autoridad competente del país adoptar medidas adecuadas para prevenir o eliminar, tan pronto como sea posible, la explotación u ocupación en toda el área, y para hacer respetar las características ecológicas, geomorfológicas y estéticas que han determinado su establecimiento.

La *Ley de Titulación Múltiple de Tierras,* Ley Nº 5064 de 22 de agosto de 1972 establece en su *artículo 8:* que la DGF del MAG está obligada a comunicar al ITCO, dentro del término de dos meses a partir de la publicación en La Gaceta del decreto a que se refiere el artículo 7, las áreas comprendidas dentro de la zona a que se refiere dicho decreto que son o deben ser declaradas según la Ley Forestal vigente, reserva forestal o de otra índole. El Instituto no podrá otorgar títulos sobre tales áreas. Si pasado dicho término la DGF no se pronuncia, se considerarán allanadas sus posibles objeciones. Dicha Dirección no tendrá ninguna otra intervención en los programas de titulación ni será necesario su consentimiento o aprobación para ninguno de los demás actos o trámites regidos por esta ley. No obstante lo anterior, el Instituto deberá abstenerse en todo caso de perjudicar terrenos en zonas que evidentemente sean de vocación forestal.

Zonas protectoras.

Se consideran zonas protectoras con base en lo estatuido en el artículo 68 de la Ley Forestal las siguientes:

1. Las áreas que bordeen manantiales que nacen en cerros, en un radio de 200 metros y de 100 metros si los manantiales nacen en terrenos planos.

En la Ley de Aguas en relación con los manantiales que nazcan en los cerros, se prohíbe cortar los árboles situados a menos de 60 metros de los manantiales, y de 50 metros si nacen en terrenos planos (artículo 149). Esta prohibición rige para terrenos nacionales o privados.

2. Una zona mínima de 10 metros a ambos lados en la ribera de todos los ríos, quebradas o arroyos, permanentes o no, si el terreno es plano, y de 50 metros horizontales si el terreno es quebrado. (En Ley de Aguas se fijan sólo 5 metros).

3. Una zona de hasta 100 metros en la ribera de los lagos, embalses naturales y artificiales.

El artículo 154 de la Ley de Aguas prohíbe que las municipalidades enajenen, hipotequen o de cualquier manera comprometan las tierras que posean o que adquieran en las márgenes de los ríos, arroyos o manantiales o en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales o en que tenga su origen cualquier curso de agua de que surta alguna población. Dicha prohibición incluye una faja de 100 metros a uno y otro lados de dichos ríos, arroyos y manantiales; en relación con cuencas u hoyas hidrográficas rigen 250 metros a uno y otro lados de la depresión máxima, en toda la línea, a contar de la mayor altura inmediata.

El artículo 31 de la Ley de Aguas de 1942 declara como reservas de dominio a favor de la nación:

a. Las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de 200 metros de radio;

b. La zona forestal que protege o debe proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables, así como el de los que dan asiento a las cuencas hidrográficas y márgenes de depósito, fuentes surtidoras o curso permanente de las mismas aguas.

En la misma ley se establece en el artículo 143 que el Poder Ejecutivo podrá constituir reservas hidráulicas para generación de energía. Mediante la declaración de que se constituye una reserva, las aguas de propiedad nacional comprendidas en las zonas reservadas ya no estarán a disposición de quien las solicite.

Con las mismas ideas proteccionistas se incluyó la prohibición de destruir en los bosques *nacionales* (solo éstos) los árboles que estén situados en las pendientes, orillas de las carreteras y demás vías de comunicación, lo mismo que los árboles que puedan explotarse sin necesidad de cortarlos (artículo 146).

La Ley Forestal establece que las disposiciones sobre zonas protectoras regirán, tanto para los terrenos de dominio particular, como para los del Estado y demás organismos de la Administración Pública. En general, los bosques y terrenos forestales declarados zonas protectoras, por disposición de leyes o decretos ejecutivos, están sometidos obligatoriamente al régimen forestal y gozarán de sus beneficios. En consecuencia, queda prohibido efectuar en ellos labores agropecuarias o eliminar la vegetación, salvo en los casos que, con sujeción a las normas técnicas, determine la DGF (artículo 70).

Incendios forestales.

Se define como incendio forestal todo aquel que natural o artificialmente afecte los bosques y terrenos forestales del país. El MAG a través de la DGF tiene la potestad de realizar las acciones necesarias para prevenir los incendios forestales que pongan en peligro la riqueza forestal del país. El

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

decreto 17015-MAG de 2 de mayo de 1986 crea la *Comisión Nacional para los Incendios Forestales,* con un representante del Ministerio de Gobernación; de la Comisión Nacional de Emergencia; del Instituto Nacional de Seguros; del Director General Forestal y del Servicio de Parques Nacionales.

Esta comisión tiene como funciones:

a. fomentar los programas de prevención de incendios forestales en todo el país, haciendo énfasis en la educación;

b. establecer los mecanismos para coordinar los recursos institucionales que existan;

c. proporcionar educación a nivel nacional sobre la utilización de quemas agrícolas en la forma más adecuada y educar al público sobre las consecuencias del uso irracional del fuego;

d. desarrollar un plan piloto en el Parque Nacional Santa Rosa y la Reserva Forestal Río Macho.

La Ley Forestal en su artículo 81 establece que el sistema de radiocomunicación nacional debe facilitar los medios de comunicación existentes, para transmitir de urgencia y sin costo la información necesaria para combatir incendios forestales. Toda persona que se dé cuenta de un incendio forestal tiene la obligación de informar a las autoridades más cercanas. Las medidas que se declaren para prevenir y extinguir los incendios son de interés público y vinculantes para las autoridades del país.

En la parte sancionatoria la Ley Forestal prescribe como delito penado con pena de prisión el provocar un incendio forestal.

Ley Indígena.

Esta ley establece que los indígenas podrán talar árboles, explotar los recursos maderables o plantar cultivos para su provecho dentro de los límites de la reserva. En caso de que los terrenos de la reserva contengan tierras con vocación forestal, este carácter debe ser mantenido, con el fin de mantener inalterado el equilibrio hidrológico de las cuencas hidrográficas y de conservar la vida silvestre dentro de la reserva.

Decreto Nº 17549-MAG de 6 de enero de 1987 (La Gaceta Nº 106 de 4 de junio de 1987).

Este decreto establece una *Comisión* integrada por dos funcionarios de la DGF y dos del ICE, cuyo objetivo será la coordinación de acciones a nivel nacional que se relacionen con el sector forestal.

Decreto Nº 18065-MEP-MAG de 5 de octubre de 1987.

Crea la *Comisión Nacional de Educación Ambiental,* cuya función principal es fomentar el campo de la educación ambiental.

Servicio Nacional de Áreas de Conservación.

El Gobierno del periodo 1986 a 1990 en su Plan Nacional de Desarrollo indicó que Costa Rica nunca había planteado políticas rectoras sobre el concepto patrimonio nacional y de dominio público sobre el uso y destino de sus riquezas físicas. Por lo que promovió un proyecto que buscaba un mejor manejo y utilización de los recursos naturales, con una visión al futuro sobre el aprovechamiento racional y sostenido de esos recursos.

En cada uno de los sectores estudiados por la *Estrategia Nacional de Conservación* se determinó:

— la necesidad de crear "consejos sectoriales" con carácter vinculante en sus decisiones, que canalizaren y supervisaren las políticas sobre el sector;
— la urgencia de dictar las políticas necesarias para guiar el sector y a la vez garantizar la creación de fuentes de recursos económicos, generados por el uso de los mismos recursos que se protegen, y
— la obligación de establecer un ente contralor dentro del área de recursos naturales, que sirva también de defensor del administrado.

Entre los objetivos que se indicaron dentro del subsector de Recursos Naturales el Plan Nacional de Desarrollo estableció que era necesario:

1. Consolidar y manejar las áreas silvestres del país; y
2. Educar al público y a los responsables de la toma de decisiones en cuanto al uso del medio ambiente y de los recursos naturales, y la importancia de la conservación y uso racional.

En cuanto al primer punto se estableció:

"Áreas silvestres

Para lograr la consolidación de las áreas silvestres protegidas se incluirá dentro de la Estrategia Nacional de Conservación, la definición del sistema nacional de áreas silvestres en cuanto a su extensión final y función. Esta propuesta se enviará a la Asamblea Legislativa para su aprobación. Se definirán los límites de las áreas protegidas en aquellos casos en que no existan, se adquirirán las tierras que hacen

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

falta y se desarrollarán planes integrales de manejo para cada una de las áreas de acuerdo con la disponibilidad de recursos económicos."

La actual administración ha promovido la reagrupación de las áreas protegidas en grandes sectores, donde se regionaliza y se coordina entre los diferentes organismos y comunidades que se encuentren en la región. Se busca de esta manera alcanzar una eficiente coordinación interinstitucional, como única alternativa viable para lograr el control, protección y manejo entre las instituciones relacionadas.

Administrativamente se integran los organismos existentes bajo la rectoría del MIRENEM y se amalgama el manejo de las actuales áreas protegidas bajo el *Servicio Nacional de Áreas de Conservación,* con carácter de Dirección General del MIRENEM. El Servicio cuenta a **nivel nacional** con un *director general* como jerarca, el personal a su cargo y un *Consejo Nacional de Áreas de Conservación,* este Consejo tiene facultades asesoras y ejecutivas.

El manejo de cada área se **regionaliza** con la creación de *unidades regionales de conservación.* Estas unidades regionales son entes técnico-administrativos regionalizados, conformados por una o varias áreas silvestres protegidas, contiguas o vecinas, cuyas finalidades serán la conservación de la biodiversidad y el ofrecimiento de bienes y servicios, derivados de los recursos naturales y culturales manejados bajo el principio de desarrollo sostenido.

Cada unidad incluye dentro de su jurisdicción aquellas tierras que están bajo la protección de reservas como parques nacionales, zonas protectoras, reservas biológicas o forestales y además aquellas tierras que están bajo categorías de dominio de la propiedad, como las reservas indígenas, tierras del dominio privado de organismos estatales o particulares. Se busca la coordinación con las áreas de influencia que se encuentran en los alrededores del área protegida con el fin de integrar a la comunidad y coordinar entre las instituciones que tienen injerencia en la zona y cuyas acciones estarán orientadas hacia la integración de programas que satisfagan de manera sostenible las necesidades de las comunidades locales. Las unidades podrán incorporar dentro de sus límites físicos áreas silvestres privadas, siempre y cuando los propietarios las sometan al régimen de manejo y desarrollo de la unidad, para lo cual establecerán los mecanismos de coordinación correspondientes y los convenios respectivos. Otros entes del Estado, igualmente podrán coordinar sus actividades con la administración de la unidad a efecto de alcanzar la conservación de la biodiversidad. Estas áreas gozarán de los beneficios de los programas de desarrollo de la unidad.

De esta manera se busca lograr:

1. mayor coordinación entre los organismos encargados;
2. integración de las distintas clases de áreas silvestres en grandes unidades regionales de conservación;
3. descentralización en la toma de decisiones, mayor independencia administrativa y financiera;
4. mayor integración con las comunidades de áreas cercanas (zona de influencia) a las áreas protegidas.

Regionalmente cada unidad está dirigida por un *director regional,* encargado de dictar directrices y supervisar su ejecución. Dentro de la sectorialización se le otorga cierta autonomía a cada unidad para poder llenar plenamente sus objetivos. En coordinación con la unidad regional y bajo la dirección del director regional existen los *comités directores regionales y* los *comités técnicos.*

ESBOZO SOBRE LEGISLACIÓN DE FLORA Y FAUNA SILVESTRES

La vida silvestre la constituyen las plantas y animales que viven en sus ambientes naturales.

Nuestro país posee riqueza en cuanto a estos recursos, lo que constituye un banco genético de comunidades naturales de gran valor. Se pueden encontrar incluso especies únicas por tener hábitat específicos. Respecto al sector vida silvestre, en Costa Rica cerca del 26,9% del territorio se encuentra bajo alguna modalidad de área protegida, sin embargo, actualmente existen una serie de problemas que se agravan con las duplicidades de funciones y falta de coordinación interinstitucional. Otras leyes invaden su campo, como es la Ley Forestal, que no incluyó la fauna y sí fomenta la deforestación, lo que conlleva a la destrucción de hábitat naturales de muchas especies. La legislación no se obliga en forma correcta, por ejemplo existen graves problemas en relación con la importación de animales exóticos, que muchas veces son importados por las mismas autoridades nacionales sin realizar estudios sobre el efecto que podría ejercer sobre nuestro ambiente. La legislación también está desactualizada, por ejemplo en días pasados se presentó un proyecto de ley a la Asamblea para reformar la ac-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tual legislación sobre vida silvestre, parece que en ciertos puntos está en contradicción con el planteamiento del Servicio Nacional de Áreas de Conservación, que promueve del MIRENEM.

Ley Nº 3763 de 19 de octubre de 1966, ratifica la convención para la protección de la flora y la fauna silvestres, y bellezas escénicas de los países centroamericanos.

Ley Nº 5605 de 22 de octubre de 1974, ratifica la convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres.

Ley de Conservación de la Fauna Silvestre, Ley Nº 6919 de 17 de noviembre de 1983, reformada por Ley Nº 7032 de 2 de mayo de 1986. Reglamento: decreto Nº 15403-MAG de 10-4-84.

La *fauna silvestre* es propiedad del Estado así lo establece el *artículo 1* al declarar de interés público la conservación de la fauna silvestre, la que constituye un recurso natural renovable que forma parte del patrimonio nacional. La fauna silvestre objeto de regulación de la ley, está constituida por animales que viven temporal o permanentemente en condiciones naturales, en el territorio nacional, y únicamente puede ser objeto de apropiación particular mediante las disposiciones contenidas en esta ley y reglamentos.

Se incluyen algunos artículos relevantes por su contenido:

Por el *artículo 3* se entiende por *caza o pesca* la acción, con cualquier fin, de buscar, acosar, apresar o matar animales silvestres, así como la recolección de productos derivados de éstos. El MAG está facultado para establecer los procedimientos y requisitos necesarios, así como los periodos de veda, para el ejercicio de la pesca y la caza continental e insular. También queda facultado para establecer la coordinación necesaria con los entes descentralizados y centralizados, que posean programas agropecuarios de conservación de suelos, aguas y bosques, con el fin de lograr la conservación y el mejor aprovechamiento de la fauna silvestre.

El *artículo 10* prohíbe el comercio y negocio de animales silvestres, sus productos o sus despojos, con excepción de lo dispuesto en el reglamento de esta ley.

Por ley de Parques Nacionales también está prohibido cazar o capturar animales silvestres, recolectar o extraer cualquiera de sus productos o despojos, y la pesca deportiva, artesanal o industrial, excepto que ésta sea autorizada por medio de dictamen afirmativo dictado por el consejo, siempre que se compruebe que no producirán alteraciones ecológicas. (Artículo 8, incisos 2) y 5) en relación con el 10).

Sólo el MAG está autorizado, por medio del *Departamento de Vida Silvestre de la Dirección General Forestal,* para conceder permisos de captura de animales silvestres y para fijar el límite del número de piezas que pueden cobrarse por temporada para lo cual el solicitante deberá cumplir con los requisitos establecidos en la presente ley y su reglamento.

Son *refugios nacionales de fauna silvestre* los que el Poder Ejecutivo declare como tales, para la protección y la investigación de la flora y la fauna silvestre, en especial de aquellas en vías de extinción. El Poder Ejecutivo está autorizado para establecer, dentro de las reservas forestales y en terrenos particulares, áreas bajo la clasificación de refugios nacionales de fauna silvestre, las que, para efectos de conservación de la fauna silvestre, quedarán bajo la administración del Departamento de Vida Silvestre de la DGF. También tiene potestad de exonerar del impuesto territorial los terrenos sometidos a este régimen. Está autorizada para expropiar aquellos terrenos de particulares que por la importancia de la fauna y la flora contenidas en ellos, muestren las condiciones necesarias e idóneas para el establecimiento de los refugios nacionales de fauna silvestre. Las instituciones autónomas y semiautónomas quedan autorizadas para traspasar gratuitamente al Estado, terrenos que por su riqueza ecológica son idóneos para el establecimiento de refugios nacionales de fauna silvestre.

De acuerdo con la Ley Forestal los parques nacionales y reservas biológicas serán administrados por el Servicio de Parques Nacionales, mientras que la Dirección General Forestal tiene como competencia: proteger, conservar e incrementar la *fauna y la flora silvestres* en los escenarios naturales, históricos y biológicos y debe establecer reservas forestales, zonas protectoras, *refugios de vida silvestre* y otras categorías de uso que sea necesario definir.

Los refugios nacionales de fauna silvestre estarán bajo la *administración* de la *Dirección de Recursos Pesqueros y Vida Silvestre* del MAG. En el reglamento (D. Nº 15403-MAG de 10-4-84) se establecen las actividades que se podrán realizar en los refugios nacionales de fauna silvestre, tales como la caza de una o más especies cuando se determine que las poblaciones soportan dicha caza. El *artículo 26* establece que las *licencias* de caza las expide el MAG. El derecho de caza, con base en lo dispuesto en el artículo 29, se puede ejercer en los terrenos públi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cos. En los fundos de propiedad privada que estén debidamente cercados o amojonados, se puede ejercer sólo con permiso escrito del dueño.

Conclusiones.

¿Existe alguna esperanza que sirva para detener la acelerada destrucción que sobre los recursos naturales se lleva a cabo en nuestro país? Los esfuerzos realizados por reforestar se pueden considerar intangibles comparados con el grado de deforestación existente. Además de que los nuevos árboles no reconstruyen el anterior ecosistema, una vez que éste ha desaparecido. Sin embargo, a pesar de este sombrío panorama, Costa Rica en un gesto admirable ha creado un extenso sistema de parques nacionales, reservas biológicas, refugios de fauna silvestre, monumentos nacionales y reservas protectoras; sistema que abarca muchos kilómetros cuadrados de nuestro territorio. Se espera que se consolide como sistema con la creación de las Unidades Regionales de Conservación. Es un compromiso histórico ineludible lograr la conservación de nuestro patrimonio natural no sólo para nosotros sino también para las futuras generaciones.

Los suelos costarricenses pueden ser dedicados a la producción en forma permanente, lo mismo que al pastoreo, pero se requiere de un adecuado manejo de los mismos. Siendo la conversión del bosque en tierra para alimentar ganado, que termina en comida barata para animales o en hamburguesas, una de las mayores causas de la erosión, consecuentemente, cualquier medida que ayude a preservar los bosques también protegerá contra la acelerada erosión. Además de que las políticas de conservación de los suelos tienen que estar relacionadas con la protección de las aguas, que juegan un papel muy importante en el desarrollo energético del país.

Las políticas de los últimos años se han dirigido a fomentar la reforestación a través de incentivos, pero aún el problema de la reforestación sigue con caracteres de urgencia, el cual se agrava cuando analizamos la dependencia económica del país en la exportación de carne y otros productos agrícolas al mercado mundial.

El incremento de la deforestación acompañado del incremento en labores de ganadería produce problemas no solo económicos sino también sociales. Trabajadores agrícolas han sido desplazados porque la ganadería requiere menos labor humana, esta reducción de trabajos ha aumentado el desempleo rural, y también intensificado las diferencias en la distribución de la riqueza. Por ejemplo, la industria ganadera está en manos de cerca de dos mil rancheros, quienes tienen un promedio de 750 ha cada uno, quienes de hecho controlan casi la mitad de la tierra en uso para labores agrícolas. Cerca del 45 por ciento de los pequeños finqueros (con menos de 5 ó 10 ha de tierra) poseen 1,89 por ciento del total de la tierra, mientras que el 0,4 por ciento de las grandes fincas cubre cerca del 25 por ciento del territorio nacional.[17]

Las fincas pequeñas son objeto de estudio ya que, generalmente, han ayudado a la conservación del suelo con el empleo de la diversificación agrícola, que muchas veces produce más por unidad de tierra que las grandes fincas, este sistema de policultivos ayuda a reducir la sobreutilización de la tierra, causada por el constante desgaste de los nutrientes debido a estar siempre sembrando el mismo cultivo. Además, se estima que el policultivo ayuda a combatir las pestes de insectos, como está demostrado en investigaciones realizadas en cultivos de algodón en Guatemala que distribuidos entre otros tipos de cultivos han sufrido menos problemas con pestes que monocultivos.[18]

Sistemas agrícolas tradicionales, como el sistema indígena que incluye el sembrar árboles y cultivos entremezclados, es una forma de producir comida y al mismo tiempo restaurar y cubrir el bosque.[19] El diseño y construcción de carreteras alejadas de los ríos, un buen manejo de suelos y la protección de nacientes, son medidas que a corto plazo pueden ser implementadas, con el fin de llegar a la determinación de un uso racional de nuestros recursos naturales. Cerca del 68 por ciento del territorio costarricense es montañoso, de modo que, las fuertes lluvias a que está expuesto y una mala cobertura del suelo constituyen un gran problema. El uso de cobertores del suelo ayuda a evitar el recalentamiento y la resequedad de los mismos. El énfasis en prácticas como diversión, canales lineales y otros tipos de prácticas eficaces en la lucha contra la erosión se deberán usar cuando el cubrimiento no

17. DÍAZ, R., 1976, *Datos básicos de Costa Rica,* **Avances de Investigación,** número 14, Universidad de Costa Rica.

18. LAPPE, F.M. and COLLINS, J., 1982, *Food First,* **Ballantine Books.**

19. MARINELLI, E., 1980, *Eco-crime on the Equator,* **Environmental Action,** 11 (9): 4-13.

puede emplearse. Replantamiento de árboles en laderas ayudará a reducir la erosión, principalmente, la pluvial.

Otras sugerencias deberán incluir:

— un efectivo, eficaz e integrado programa de las diversas instituciones que les concierne lo relacionado con la protección del suelo, sus recursos y de las aguas;
— educación sobre aumento en la producción usando mejores prácticas de cultivo y técnicas eficaces de conservación de los suelos y aguas;
— promover el uso de fertilizantes naturales como un medio de reducir la contaminación.

Bibliografía.

CHACÓN, B. y CHACÓN, Jorge, 1982, *Contaminación de aguas subterráneas con productos químicos,* en **Contaminación Ambiental,** Editorial Tecnológica de Costa Rica.

FAO, 1978, 1980 and 1982, *FAO Trade Yearbook,* Statistical series, Rome.

FAO, 1979, *Outlook for Agriculture in 2000,* FAO, Rome.

LARSON, W.E.; PIERCE, F.J. and DOWDY, R.H., 1983, *The Threat of Soil Erosion Long-term Crop Production,* **Science** 219: 458-462.

ILTIS, H.H., 1983, *What will be their Fate?, Tropical Forests,* **Environment** 25 (10): pp. 55-60.

JANZEN, D.H. ed., 1983, *Costa Rican Natural History,* Univ. of Chicago Press.

JARAMILLO, 1984, *El espectro de la contaminación ambiental en Costa Rica,* inédito.

KEENE, Beverly, *Export Cropping and Hunger. An Interview with MEYER, Judith G.,* 1972, Renewing the Soil, **Environment** 14 (7).

NATIONS, J.D. and KOMER, D.I., 1983, *Central America's Tropical Rainforest: Positive Step for Survival,* **Ambio** 12 (5): 232-238; 1984, *Chewing up the Jungle,* **International Wildlife,** september: 14-16.

OLSON, G., 1984, *Perspectives of Soil of Costa Rica,* Cornell Agronomy Mimeo, 84-10.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA TUTELA LEGAL DEL SOPORTE LÓGICO EN COSTA RICA

JUAN DIEGO CASTRO FERNÁNDEZ*

SUMARIO

Pág.

1. **INTRODUCCIÓN** 86

2. **EL PROBLEMA DE LA TUTELA JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN** 86
   2.1. Definición de "soporte lógico" 86
   2.2. La evolución doctrinaria 86
      a) Derecho de patentes 86
      b) Solución híbrida derecho de patentes-derecho de autor 86
      c) Derecho de autor 86
      d) Derecho de autor especial 87

3. ***LEGE LATA.* SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL** 88
   3.1. Normas constitucionales 88
   3.2. Leyes 88
   3.2.1. Ley de Patentes 88
   3.2.2. Ley de Derechos de Autor 88
   3.2.2.1. Registro de "soporte lógico" 88
   3.2.2.2. Hechos punibles 88

4. **LAS COPIAS DE RESPALDO** 89

5. ***LEGE FERENDA.* NUESTRA PROPUESTA** 89

6. **BIBLIOGRAFÍA** 89

* *Profesor de Derecho Penal, Escuela Libre de Derecho.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. INTRODUCCIÓN.

En la última década del siglo XX, que ahora iniciamos, la humanidad indudablemente creará y desarrollará insospechados recursos tecnológicos, que se agregarán al enorme acervo ya existente. Tecnologías de avanzada que impactarán en todos los ámbitos del quehacer humano, desde lo doméstico hasta lo jurídico.

La informática crecerá tremendamente. Invadirá todas las esferas de la vida, poniendo en nuestras manos las poderosas herramientas digitales, de incuestionada utilidad para los juristas de los albores del siglo veintiuno.

Las leyes serán elaboradas por computadora. Ahora utilizamos los procesadores de textos. Dentro de poco haremos uso del hipertexto y de sistemas expertos. La sombra del binomio hombre/máquina estará detrás de millones de caracteres de información legislativa, almacenada fría y segura en los soportes magnéticos o brillante y parpadeante en los monitores de las terminales y ordenadores personales, de los operadores jurídicos, iniciados o no iniciados en los augustos misterios del Derecho.

El Derecho de las computadoras será creado en las computadoras mismas. No sabemos si en el futuro, el Derecho será producido por la computadora, o si la norma hipotética fundamental estará contenida en un "microchip" del ordenador de la Asamblea Legislativa, o si las curules serán sustituidas por terminales. Lo que sí tenemos muy claro, es que el avance tecnológico, específicamente en cuanto a la informática se refiere, exige respuestas jurídicas inmediatas y efectivas por parte del Derecho.

2. EL PROBLEMA DE LA TUTELA JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN.

Dentro del abanico de la problemática surgida entre la informática y el Derecho reviste particular interés la protección jurídica de los programas de computación.

2.1. Definición de "soporte lógico".

Es menester fijar con precisión el concepto "software" en inglés, "logiciel" en francés y "soporte lógico" en castellano. "Software" es un término abarcador, amplio, que incluye los elementos para identificación y análisis de un problema a ser resuelto por un computador; el programa de computación que resulta de esos elementos; y el material de apoyo correspondiente. El componente central del "software" es el programa de computación. Una definición del programa, breve y my difundida, es la de la Ley de los Estados Unidos de América (Public Law 96-517, de diciembre de 1980) que amplió las disposiciones sobre derechos de autos (título 17 del U.S. Code, art. 101), y que dice: "el programa de computación es un conjunto de afirmaciones o instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un ordenador a fin de obtener un resultado determinado."(1)

El Proyecto de Disposiciones Tipo para Leyes en Materia de Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad, define "Programa de Ordenador" como "el conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de que un 'ordenador' —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones— ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado." (2)

2.2. La evolución doctrinaria.

Doctrinariamente las soluciones jurídicas planteadas al problema de la protección legal del "software", han evolucionado así:

a. Derecho de patentes. Los fabricantes de los primeros ordenadores, los comercializaban junto con el "soporte lógico" que también les pertenecía. Se patentaban, partiendo de los criterios de Derecho Comercial e Industrial.

b. Solución híbrida derecho de patentes-derecho de autor. Los programas de computación adolecen de condiciones como "novedad" y "no evidencia" indispensables para las invenciones patentables. La Convención de Munich sobre la Patente Europea, celebrada en 1973, excluyó los programas de computación del área de las invenciones patentables. Diez años después en nuestro país, la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, dispone que los programas de computación no se consideran invenciones para efectos de esta ley.

c. Derecho de Autor. El Derecho de Autor filipino (Decreto número cuarenta y nueve del catorce de noviembre de mil novecientos setenta y dos) es pionero legislativo, al reformar su ley e incluir el "soporte lógico" dentro de las obras cubiertas por su protección. El programa de computación, así como el análisis y definición del problema, diseño del sistema, codificación y documentación, poseen las características necesarias para considerarla "obra", producto de la creación intelectual humana.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

d. Derecho de Autor especial. Ámbito y características de la facultad exclusiva reconocida al autor del "soporte lógico". Preocupa a los estudiosos del tema, determinar con exactitud los elementos de la obra sobre los que adquiere el autor derecho de disfrute exclusivo, así como la posibilidad del autor de inspirarse en obras preexistentes para producir una nueva.

El marco de tutela jurídica no se restringe a los "programas de computación", sino que abarca la totalidad de la obra: "el soporte lógico" (definición del problema, diseño lógico de la solución, redacción de un programa en lenguaje inteligible por el hombre, escritura de éste en lenguaje ejecutable por el ordenador, elaboración de manuales).

"El problema de la protección de los programas, considerados éstos como verdaderos bienes (inmateriales) potencialmente susceptibles de apropiación y en todo caso fuente de inversiones considerables, amerita una consideración específica.

Entre los diversos medios propuestos, los métodos técnicos y jurídicos (derivados del Derecho Común) parecen insuficientes frente al problema.

La reserva privativa por conducto de las diversas instituciones emanadas del Derecho de la Propiedad Intelectual en sentido amplio a través de un régimen especial *sui géneris* parece la forma de protección más apropiada.

La protección jurídica de los programas es contemplada como una problemática generalizada en los diversos países informatizados, pero reviste perspectivas diferentes en función del tipo de economía existente. De esta forma en los países de economía liberal este problema es de orden prioritario; en los países en desarrollo lo es secundario (pues antes de resolverlo requieren la existencia de su propia industria de programación) y finalmente, en los países de economía socialista, este problema es diversamente apreciado en razón de la gestión económica por parte del Estado. (...)

Cada aportación *nueva* u *original* y susceptible de una *aplicación práctica* no puede dar lugar a una solución eficaz, razón por la cual, no debemos perdernos en lo abstracto.

Hemos expresado siguiendo una línea lógico-jurídica (a diferencia de la lógico-matemática de los programas) cuál es la importancia del problema, sus orígenes y consecuencias, así como las diferentes proposiciones formuladas hasta hoy día (métodos técnicos, contratos, secretos, robo, abuso de confianza, competencia desleal, enriquecimiento ilegítimo, marcas, patentes, dibujos y diseños, derechos de autor y régimen *sui géneris).*

La solución no está, a nuestro parecer, en el recurso a estas instituciones en sí mismas (trátese de una elección o una adaptación) sino en la creación de un régimen particular que tome en cuenta los elementos más aplicables de estas diversas formas jurídicas sin excluir 'otras' figuras.

Hablamos de un dispositivo jurídico que resuelva el problema tomando en consideración los elementos apuntados a lo largo de este trabajo y que permita imponerse al Derecho por encima de paleativos de orden técnico, político o personal." (3)

El desarrollo jurídico nunca ha sido —ni lo será— paralelo al desarrollo social y económico, más bien deriva de este último. Los propios países "industrializados" aún no han generado un derecho informático decantado, sistematizado. Ni sabemos si llegará a cristalizarse como una rama de la ciencia jurídica. En nuestras naciones, en las que paradójicamente y a pesar de nuestro "subdesarrollo", contamos con invaluables recursos humanos para la producción y exportación de "soporte lógico", se han venido estudiando estos temas, cuidadosamente, ante dilemas como el del GATT, de cara a experiencias como la brasileña.

Nuestro ex presidente don Óscar Arias ha dicho: "La informática, apoyada por las disciplinas de la microelectrónica y las comunicaciones, se ha convertido en un fenómeno de masas. Las redes de comunicación, combinadas con el procesamiento de mensajes y acceso a grandes bancos de datos, no constituyen sencillamente un factor cultural adicional, sino que asistimos a una transformación cualitativa de las relaciones humanas y del paradigma que subyace en el hombre acerca de la concepción del universo y de sí mismo.

Cualquier sociedad moderna que pretenda colocarse en algún punto avanzado de la presente Revolución Científica y Tecnológica, asume la responsabilidad de impulsar el desarrollo de las tecnologías de punta, como la informática y de evaluar su impacto en todas las áreas sociales, que van desde el cambio radical en las formas de división del trabajo de los procesos productivos, hasta la invasión del derecho a la privacidad del individuo. Se trata de impulsar una modernización que va más allá de los cambios orientados por necesidades de la producción y comercialización industrial, debiendo incluir la satisfacción de las necesidades de los diversos sectores nacionales enmarcados dentro de los valores que sustentan nuestra sociedad." (4)

El derecho informático costarricense debe tener como norte el pensamiento de nuestro actual mandatario, para lograr los cometidos propios del desarrollo en libertad. La estructura jurídica que regule y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fomente el crecimiento informático de Costa Rica, es nuestra tarea impostergable.

3. *LEGE LATA.* SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL.

El Derecho costarricense protege jurídicamente el "soporte lógico" por la vía del Derecho de Autor. Mencionamos las disposiciones normativas de mayor relevancia.

3.1. Normas constitucionales.

Nuestra Constitución Política (7 de noviembre de 1949), dispone: Artículo 45. "La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley (....)". Artículo 47. "Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley."

3.2. Leyes.

3.2.1. Ley de Patentes.

La Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, número seis mil ochocientos sesenta y siete del 25 de abril de 1983, establece claramente que los programas de computación no se consideran invenciones para efectos de esta Ley (art. 1, inc. 3.a).

3.2.2. Ley de Derechos de Autor.

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, número seis mil seiscientos ochenta y tres del catorce de octubre de mil novecientos ochenta y dos, regula la materia, estableciendo que:

Las producciones intelectuales confieren a sus autores los derechos a que se refiere esta Ley. Los autores son titulares de derechos patrimoniales y morales sobre sus obras literarias y artísticas (art. 1).

La presente ley protege las obras de autores costarricenses, domiciliados o no en el territorio nacional, y la de autores extranjeros domiciliados en el país (art. 2).

Las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior, gozarán en Costa Rica de la protección que les acuerden las convenciones internacionales a que el país se adhiera (art. 3).

Independientemente de sus derechos patrimoniales, incluso después de su cesión, el autor conservará sobre la obra un derecho personalísimo, inalienable e irrenunciable y perpetuo, denominado derecho moral (art. 13).

Se crea el Registro Nacional de Derechos de Autor y Conexos, adscrito al Registro Público de la Propiedad (arts. 95 a 116).

3.2.2.1. Registro de "soporte lógico".

Para inscribir un programa de computación, actualmente, es menester presentar una solicitud escrita dirigida al director del RNDAA, en papel de oficio, con doscientos cincuenta colones en timbres fiscales, veinte colones en timbres del Colegio de Abogados y debidamente autenticada, con dos pliegos de papel de oficio en blanco, especificando:

a. Nombre completo, calidades y domicilio del solicitante, indicando si actúa en nombre propio o en representación de alguien, en cuyo caso deberá acompañar certificación de esto e indicar el nombre y domicilio del representado, indicando apartado postal y teléfono.

b. Nombre del programa.

c. Descripción del contenido del programa (resumen).

d. Copia del programa (en diskette). Administrativamente se dispuso que sea el programa fuente.

e. Copias de los manuales, firmados por el autor y autenticados. Si los manuales fueren impresos deberán depositar seis ejemplares para: Biblioteca Nacional, Biblioteca de la Universidad Nacional, Biblioteca de la Universidad de Costa Rica, Biblioteca del Ministerio de Justicia, Biblioteca de la Asamblea Legislativa y el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Los respectivos comprobantes de tales depósitos hay que adjuntarlos a la solicitud.

Una vez presentada la solicitud, el registrador la revisa y de estar en forma, expide un edicto para su publicación en el diario oficial, confiriendo un plazo de treinta días hábiles para oír oposiciones, vencido el cual —de no existir tales— se procede a la inscripción, emitiendo la correspondiente certificación.

A la fecha existen solo tres programas de computación registrados en Costa Rica:

a. "Sistema de Control de Café" de SUPSSA S.A. Inscrito el 25 de febrero de 1987.

b. "Escribir" de Marco Antonio Cortés Pacheco. Escritura libre y escritura con modelos para edades de 3 a 4 años. Inscrito el 25 de junio de 1987.

c. "Per-cal" de Víctor Manuel Alfaro Ruiz y Leonardo Morales Castro, para el cálculo de las pérdidas de calor de un tanque cilíndrico vertical. Inscrito el 11 de julio de 1989.

3.2.2.2. Hechos punibles.

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos establece sanciones de carácter penal:

De uno a tres años de prisión al que viole cualquier determinación de la presente Ley, cuando el delito no sea penado específicamente con otra pena (art. 117, inc. c).

De ocho a doce meses:

El que reproduzca obra literaria o artística protegida, sin la autorización del autor (art. 119, inc. b).

El que venda, distribuya, guarde en depósito, importe o exporte ejemplares fraudulentamente reproducidos, o de otra forma concurra en la defraudación del autor, del artista, del productor de fonogramas o del organismo de radiodifusión (art. 119, inc. h).

4. LAS COPIAS DE RESPALDO.

No resulta lícito alegar que el casete que reproduce sin autorización un disco, o las fotocopias de un libro, son copias de respaldo. Pero dentro de la informática, es absolutamente necesario realizar y poseer copias de respaldo de los programas, también denominadas copias de apoyo. *Back up* en inglés. En este sentido se debe regular con claridad la facultad del comprador del "soporte lógico" para realizar copias de apoyo para su archivo y uso personal.

5. *LEGE FERENDA*. NUESTRA PROPUESTA.

Independientemente de que nuestro Ordenamiento jurídico llegue a contar con un Código Informático, en donde se regulen una serie de aspectos atinentes a la informática como objeto del Derecho, es indispensable reformar nuestra estructura normativa de inmediato, para tutelar muchos fenómenos actuales que se encuentran desprotegidos o deficientemente cubiertos, como el caso del "soporte lógico", con el afán de proteger la creatividad de nuestros informáticos.

Propongo que se discuta una reforma al Derecho Autoral costarricense, incorporando la normativa específica de "soporte lógico".

Es conveniente incluir en las normas que corresponda, junto a los conceptos "obra literaria y artística" el de "soporte lógico".

Asimismo en el artículo cuarto, debemos agregar la definición de "soporte lógico": como "el conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de que un 'ordenador' —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones— ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado." (5)

La incorporación de un capítulo específico, denominado "soporte lógico", como existe el de "obras cinematográficas", que contenga las siguientes regulaciones:

I. El autor de un programa de computación es la persona física o grupo de personas físicas que han creado el programa.

A menos que se disponga lo contrario por contrato:

a. Con respecto a los programas de computación creados por un grupo de personas físicas, el derecho exclusivo será ejercido en común.

b. Cuando un programa de computación sea creado bajo un contrato, la persona física o jurídica que encargue el programa estará facultada para ejercer todos los derechos respecto del programa.

c. Cuando un programa de computación sea creado en el curso de una relación laboral, el empleador estará facultado para ejercer todos los derechos respecto del programa.

d. Respecto de programas que sean generados mediante el uso de programas de computación, la persona física o jurídica que dé origen a la generación de programas subsecuentes deberá estar facultada para ejercer todos los derechos respecto de estos programas.

El inciso b) del artículo 119, se leerá así:

El que reproduzca obra literaria, artística o "soporte lógico" protegidos, sin la autorización del autor. Los propietarios de copias de programas de computación, podrán poseer hasta dos copias adicionales de respaldo para su exclusivo uso personal.

6. BIBLIOGRAFÍA.

(1) TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *La protección jurídica de los programas de computación,* Imprenta Venecia S.A., México, 1985, páginas 116 a 118.

(2) CORREA, Carlos M., *Derecho Informático,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, páginas 55 y 56.

(3) *Proyecto de Disposiciones Tipo para Leyes en Materia de Derecho de Autor,* **Revista Derecho de la Alta Tecnología,** año II, número 14, Buenos Aires, octubre 1989, página 21.

(4) ARIAS SÁNCHEZ, Óscar, *Discurso pronunciado en el acto de la firma del decreto de creación de la Comisión de Política Informática,* San José, 25 de mayo de 1988.

(5) *Proyecto de Disposiciones Tipo para Leyes en Materia de Derecho de Autor, op. cit.*

Revista Judicial, Costa Rica. Año XVI, Nº 53, marzo 1991

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS FUENTES DEL DERECHO AGRARIO

(Consideraciones en torno a sus particularidades)*

ADRIÁN DE JESÚS TORREALBA NAVAS

SUMARIO

Pág.

1. Premisa. 93

2. Aspectos relevantes de teoría general de las fuentes del Derecho para una adecuada delimitación conceptual: eficacia *"erga omnes"* y complementariedad del binomio fuentes materiales/fuentes formales. 93

3. Las fuentes materiales del Derecho Agrario como sus elementos de especificación y determinantes de su contenido 96

4. El contenido típico general del objeto del Derecho Agrario como determinante de la agrariedad y calidad de las normas jurídicas agrarias 99

5. Las fuentes formales del Derecho Agrario en la perspectiva de su idoneidad para la satisfacción de las exigencias y necesidades que operan como fuentes materiales. 101

   A. Aspectos relevantes de teoría general: principio de efectividad; fuentes legales y fuentes "extraordinem"; juridicidad de la eficacia normativa de carácter persuasivo. Tres grandes aspectos del tratamiento del tema 101

   B. Perfil funcional de la producción normativa 103
      a. Legislación y costumbre como expresiones típicas de modalidades deliberadas y espontáneas 103
         i. La polémica tradicional: valoración crítica a la luz de los caracteres sustanciales del Derecho Agrario 103
         ii. Adecuada integración del binomio legislación-costumbre 108
         iii. Rasgos necesarios para un adecuado procedimiento legislativo 109

* *Trabajo presentado con ocasión del Curso de Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (1988-89) impartido por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (España). Abril, 1989.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b. Otras modalidades espontáneas y su valoración 112
i. La modalidad jurisprudencial 112
ii. La formulación de principios generales por la doctrina y el Derecho Comparado ... 117
c. Otras modalidades deliberadas y su valoración: los actos de autonomía de los privados 118

C. Perfil estructural: pautas para la elaboración de las normas para el caso concreto y peculiaridades de un sistema propio del Derecho Agrario 122
a. Conceptos generales 122
b. Peculiaridades de un sistema propio del Derecho Agrario y su importancia para la autonomía del sistema positivo general de esta rama del Derecho 124
i. En torno al criterio de especialidad 124
ii. En torno al criterio jerárquico 126

D. Perfil subjetivo de la producción normativa: necesaria acogida de la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos 128

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. El desarrollo histórico de toda rama del Derecho que se separa del tronco común pasa por distintas etapas, conforme avanza en su proceso de madurez y consolidación. Así, en un inicio, empiezan a aparecer normas que, respondiendo a determinadas exigencias sociales, económicas y políticas, establecen ciertas excepciones a la lógica normal de los institutos del tronco común. Progresivamente, y sobre la base de que tales exigencias presenten un alto grado de estabilidad en el tiempo y en un ámbito de la realidad social amplio, las normas de excepción, por su reiteración, dejan de ser excepcionales para convertirse en especiales. Nace entonces un sistema positivo de carácter especial.

En este estado de evolución de la rama del Derecho, se dan dos situaciones: por una parte, sobre ella no se ha llegado a construir una ciencia jurídica que haya sistematizado e individualizado principios generales propios de la materia en cuestión, diversos de los del tronco común. En este sentido, se dice, si bien se trata de un Derecho especial, su ciencia no es autónoma. Por otra parte, el sistema positivo no resuelve sus lagunas por sí mismo, sino que es menester acudir al tronco común para completarse. En este caso, se dice que el sistema mismo no es autónomo.

En el contexto del Derecho Agrario, la doctrina se ha planteado largamente el problema de la autonomía de la ciencia de esta rama del Derecho, centrando su atención en el tema de la identificación de los principios generales propios.

En una forma mucho más tangencial, se ha abordado el tema de la autonomía del sistema, lo cual no ha impedido identificar pronto la condición sine qua non para que tal autonomía llegue a darse: que el sistema sea completo, esto es, que se baste a sí mismo y, como requisito fundamental para tal completez, se señala la necesidad de contar con un sistema específico y propio relativo a los mecanismos de creación, interpretación y aplicación normativa, es decir, un sistema propio de fuentes.

Es en este contexto que debe apreciarse la importancia del tema que pretendo desarrollar a continuación.

2. Con la palabra "fuente" se suele designar una serie de objetos diversos que la convierten en un término ambiguo, por lo que resulta imprescindible proceder a realizar ciertas precisiones conceptuales previas, de tal manera de establecer, en primer lugar, cuál es el uso que se le da en el campo del Derecho y, en segundo, cómo dentro de este mismo campo alude a todo un fenómeno complejo plenamente comprensible sólo a condición de identificar sus elementos componentes fundamentales y cómo se relacionan entre sí dentro del fenómeno global. Obviamente, una labor exhaustiva en este sentido es propia de la teoría general de las fuentes y, por tanto, no susceptible de ubicación en un trabajo de la naturaleza del presente, referido a una rama concreta del Derecho. Sin embargo, y dado que la misma "teoría de las fuentes" carga una historia plagada de arduas polémicas, es preciso hacer un esfuerzo de toma de posición en relación con ciertos aspectos medulares, sin el cual resultaría imposible conducir un análisis coherente del tema ya ubicados en el terreno del Derecho Agrario.

Como bien ha puesto en relieve PARESCE, el significado más elemental de la palabra de "punto en el que emerge un venero de agua" se ha venido cargando de sobresentidos místicos y religiosos, hasta llegar a indicar todo tipo de "principio o comienzo", incluso en un sentido simbólico o metafórico. Así, en el campo del Derecho propiamente dicho, el problema planteado es el del principio o comienzo de un objeto determinado: las normas jurídicas. Y, a raíz de la ambigüedad del vocablo, tal problema se ha tendido a enfocar en dos sentidos básicamente: en su originario sentido físico (origen) y en un sentido figurado de "fundamento".[1] De este elemental planteamiento surgen los dos primeros y más generales aspectos susceptibles de precisión: por una parte, el relativo a la discusión en torno al objeto (normas jurídicas) ya no desde un punto de vista general sobre el concepto de "norma jurídica", sino desde uno más restringido, cual es el de la diferencia entre un efecto jurídico de carácter normativo de uno que no tenga tal carácter; por otra, el de la tradicional clasificación de las fuentes que deriva precisamente de la dualidad de enfoque señalada, esto es, en fuentes formales y materiales.

El primer problema constituye el punto de partida para dilucidar qué se entiende por "fuente del Derecho", en el tanto su solución nos dirá qué es lo que ésta origina o fundamenta. Sin que proceda aquí una profundización del tema, diremos que la discusión tradicional ha oscilado alrededor de las carac-

1. Véase en ese sentido: PARESCE, Enrico, v., *"Fonti del Diritto (Filosofía)"*, **Enciclopedia del Diritto**, volumen XVIII, Giuffrè Editore, Milán, 1968, p. 803; HERNÁNDEZ, Rubén, *Las fuentes normativas*, Editorial Fundación Colegio Académico, primera edición, San José, Costa Rica, 1981, p. 11.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

terísticas que debe reunir un efecto jurídico para que pueda decirse que consiste en la producción, extinción o modificación de una norma jurídica, de modo que el hecho productor de tal efecto pueda ser considerado "fuente". De aquí queda claro, obviamente, que no es lo mismo la fuente que la norma jurídica producida, distinción que puede expresarse técnicamente, siguiendo la terminología elaborada por el profesor italiano FALZEA,[2] así: mientras la primera se presenta como un fenómeno temporal jurídicamente relevante, la segunda constituye el "componente de hecho" de un efecto jurídico derivante de dicho fenómeno, cuya formulación completa sería "deber de" (componente de valor) "respetar o acatar la norma jurídica en cuestión" (componente de hecho). Como puede verse fácilmente, la particularidad de tal efecto sólo puede venir dada por los rasgos de su componente de hecho, lo que es decir, de la norma jurídica.

Dentro de tales rasgos, destaca su condición de regla de comportamiento, estructurada normalmente según el esquema "supuesto de hecho-consecuencia", la cual plantea una neta diferencia respecto de los casos en que el componente de hecho es un mero comportamiento y no un comportamiento respecto de una regla de comportamiento. Las dificultades se plantean más bien respecto a reglas de comportamiento que, siendo tales, no son necesariamente normas jurídicas. La doctrina ha hecho uso de distintos criterios para identificar lo que es propiamente una norma jurídica, destacándose entre ellos los de "generalidad", "abstractez" y "novedad". Respecto de los dos primeros se ha objetado, por ejemplo, que tales requisitos responden, antes que a una necesidad lógica de la misma estructura deóntica de la norma, a una exigencia ideológica de igualdad y certeza: es bueno y deseable que las normas jurídicas sean generales y abstractas, a efecto de asegurar el valor de que todo hombre sea igual ante la ley y la certeza de que existan tipos normativos preestablecidos que le indiquen con anticipación a los ciudadanos las consecuencias de sus eventuales conductas.[3] En relación con la "novedad", sostenida por una corriente doctrinaria que ve la peculiaridad de la norma jurídica en su capacidad de innovar el ordenamiento preexistente,[4] ha sido cuestionada por dar lugar a una concepción demasiado amplia de la norma jurídica, que la haría extensible a *cualquier* regla jurídica de comportamiento, incluyendo, por ejemplo, aquella destinada a regular relaciones entre sujetos determinados (v.g., habría que reconocer una norma jurídica en toda regla derivada de un contrato entre privados).[5]

En vista de la insuficiencia de estos criterios, ha tendido a imponerse, al menos en una doctrina tan autorizada como la italiana,[6] el de que la característica esencial está en la capacidad que tenga la regla de comportamiento producida de ejercer, a su vez, efectos jurídicos *erga omnes*.[7] De este modo, la eficacia normativa propia de las fuentes consistirá, en síntesis, en la generación de un precepto destinado a regular la conducta de una gama indeterminada e indeterminable de sujetos, más allá de los sujetos que intervienen en la realización del fenómeno temporal que da lugar a tales efectos normativos.

Respecto del segundo aspecto señalado, decíamos que la doble acepción de la palabra "fuente", sea como origen o como fundamento, trae como resultado la conocida clasificación de "fuentes formales" y "fuentes materiales". Me interesa aquí precisar cómo es que se integran estos dos tipos de fuentes en el fenómeno global de producción normativa, lo cual tiene una importancia básica para el desarrollo posterior.

---

2. Tal terminología aparece elaborada y desarrollada por FALZEA, Àngelo, v., *"Efficacia giuridica"*, **Enciclopedía del Diritto**, Giuffrè Editore, Milán, 1970.

3. HERNÁNDEZ, Rubén, *op. cit.*, pp. 20-21.

4. *Ibíd.*, pp. 22-23. La corriente aludida incluye nombres como LABAND, ANSCHUTZ, JELLINEK, DONATI, SANTI ROMANO, SANDULLI.

5. Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, *Delle Fonti del Diritto*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1977, p. 473.

6. Cfr. *Ibíd.*, pp. 16 y ss. No está de más hacer notar que esta obra forma parte de la empresa colectiva desarrollada en Italia a cargo de los profesores BIANCA y SCIALOJA para la realización del comentario general del Códice Civile de 1942, correspondiéndole así al profesor PIZZORUSSO la obra relativa al problema de las fuentes.

7. "La capacità di esercitare effetti erga omnes si presenta invece indipendente dal carattere generale o particolare, astratto o concretto, ecc., del precetto, in quanto nulla impedisce che una regola particolare o concreta sia operante nei confronti di una intera collettività di cittadini (nel senso che essi debbano osservarla come canone regolatore dello specifico rapporto cui ha riferimento), così come nulla impedisce che una regola generale sia fissata in un atto non normativo con effetti limitati alle parti di uno specifico rapporto." PIZZORUSSO, *Ibíd.*, p. 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En general, las fuentes formales se refieren al origen de las normas jurídicas, esto es, a sus procesos de creación,[8] en virtud de los cuales se positivizan con fuerza legítima obligatoria (vigencia y eficacia).[9] De acuerdo con la categoría de las fuentes materiales, constituyen también fuentes del Derecho el conjunto de motivos éticos, axiológicos y de hechos o circunstancias que "condicionan la aparición de las transformaciones de las normas jurídicas".[10] Es decir, "se trata del problema del fundamento ético y social de las normas de Derecho".[11]

La relación entre ambas categorías puede apreciarse claramente si partimos de la consideración de que, en última instancia, el tema de la producción de las normas jurídicas alude a un problema de carácter histórico, de modo tal que "determinar cuáles son las fuentes del Derecho significa determinar cuáles son sus instancias creadoras y cuáles los factores que determinan en la dinámica social"[12] tal creación.

De esta forma concebido el problema de las fuentes, resulta claro que tanto el elemento formal como el material intervienen en el proceso de creación de las normas jurídicas. Así, determinadas motivaciones en la sociedad, que se presentan como hechos (fenómenos temporales), situaciones y como juicios de valor respecto de esos hechos y situaciones que plantean exigencias de comportamiento debido (los cuales son tan reales como los hechos y situaciones mismas[13]), demandan que se responda a ellas mediante la producción de normas jurídicas. Ante esta exigencia, se plantea un problema evidente: la sociedad debe organizar de alguna forma los procesos mediante los cuales se llega a la producción de las normas, lo que implica que se dé una convención social, jurídicamente vinculante, acerca de aspectos tales como el de quiénes realizarán la labor de creación, y de qué pasos deben seguirse, fijándose así los rasgos de los fenómenos temporales idóneos para asumir efectos normativos.[14]

Dentro de este esquema, queda claro que las motivaciones presentes en la sociedad constituyen las llamadas fuentes materiales y los fenómenos temporales productores de normas jurídicas (hechos y actos normativos) destinadas a dar respuesta a las exigencias motivantes, constituyen las llamadas fuentes formales. Debe resaltarse el hecho de que la función de cada uno de estos órdenes de fuentes respecto de cada norma jurídica se refleja en ella de una forma directa, de tal manera que se puede afirmar que toda norma debe su existencia tanto a una fuente formal como a una material. En efecto, mientras que de la fuente formal la norma adquiere su juridicidad, de la fuente material adquiere su contenido.[15]

Es precisamente de esta dualidad de fuentes que, a mi entender, la norma jurídica deriva su estructura tridimensional, esto es, lógica, fáctica y axiológica a la vez. Así, la norma jurídica, formalizada según una estructura lógica de deber ser (deóntica), constituye sustancialmente "el momento de integración de una clase de hechos según un orden de valores y no puede ser comprendida sin referencia a esos dos factores que ella dialécticamente integra y supera.[16]

Planteadas estas cuestiones generales, podemos enfrentar el tema central de este trabajo refiriéndonos, por un lado, a las fuentes materiales del Derecho Agrario y, por otro, a las fuentes formales. Como se verá, restan importantes dilucidaciones de

---

8. Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., undécima edición, México, 1963, p. 50.

9. Cfr. REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Ediciones Pirámide, tercera edición, Madrid, 1979, p. 112.

10. REALE, Miguel, *Ibíd.*, pp. 111-112.

11. *Ibíd.*, p. 112.

12. SMITH, Juan Carlos, v., *"Fuentes del Derecho"*, **Enciclopedia Jurídica Omeba,** Bibliografía Omeba, Buenos Aires, Argentina, p. 754.

13. En ese sentido, FALZEA sostiene la tesis de que los valores pertenecen al mundo real y no al mundo ideal. "La dificultad del problema no es tanto la de encontrar fuera del plano físico un condicionamiento real, sino la de mostrar que este condicionamiento puede ser un condicionamiento de valores, de valores reales y no meramente ideales". FALZEA, Ángelo, *"Eficacia jurídica"*, en **Antología de Derecho Privado I,** volumen I, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981, pp. 57-58.

14. "I diversi 'tipi' di fonti dovrebbero distinguersi sotto l'aspetto formale, facendo in questo rientrare (per le fonti-atto naturalemente) il soggetto e l'organo emanente, il procedimento e l'esternazione del atto", CRISAFULLI, Vezio, v., *"Fonti del Diritto (costituzionale)"*, en **Enciclopedia del Diritto,** volumen XVII, Giuffrè Editore, Milano, 1968, p. 959.

15. Dice EDUARDO ORTIZ al respecto: "El contenido proviene de la fuente material, pero la naturaleza jurídica y la fuerza de obligar de la norma dependen de la fuente formal", ORTIZ, Eduardo, *Derecho Administrativo*, tomo I, Ciudad Universitaria "Rodrigo Facio", Universidad de Costa Rica, San José, 1976, tesis V, p. 2.

16. REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 81.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

teoría general que hacer, mas me parece que la exposición resultará más dinámica si las vamos sacando a relucir conforme sea necesario para ir resaltando las particularidades que resultan en el contexto de la rama del Derecho en comentario.

3. El análisis del problema de las fuentes dentro del contexto del Derecho Agrario debe tener como punto de partida el supuesto de que una rama determinada del Derecho es tal en el tanto constituye un sistema normativo desarrollado para dar respuesta a determinadas realidades, las cuales, de acuerdo con lo planteado en el apartado anterior, constituyen precisamente las fuentes materiales de la rama en cuestión y, por ende, de cada una de sus normas. Como una rama del Derecho se diferencia de las otras no por su juridicidad sino por su contenido, resulta entonces evidente que son las fuentes materiales las que determinan la especificidad de la rama.

Resulta entonces fundamental la identificación de las fuentes materiales que motivan la producción del Derecho Agrario o, más precisamente, la síntesis de todas esas fuentes.[17] Tal síntesis no debe ser sino la enunciación de lo que CARROZZA llama "factores de especificación del Derecho Agrario".[18]

De acuerdo con el profesor CARROZZA, tales factores de especificación pueden ser sintetizados dentro de los conceptos de "hecho o factor técnico" y "hecho o factor político".[19]

En cuanto al primer concepto, el factor o hecho técnico, se considera como el "necesario antecedente lógico de las proposiciones legales y soporte de la regla jurídica".[20] La especialidad de este factor deriva de determinadas características ligadas al ciclo biológico agrario, a las que se les da relevancia jurídica,[21] que vienen a caracterizar el contenido de las normas jurídicas. Así, pueden señalarse algunos aspectos de dicha especialidad.

En primer lugar, el aspecto relativo a los bienes parte del objeto material del Derecho Agrario.[22] En la misma naturaleza vegetal o animal de los bienes agrarios y de su aptitud frugífera natural se pueden individualizar suficientemente la razón de la especialidad del Derecho Agrario: se trata de bienes de interés social, y, por esa razón, su apropiación y circulación debe ser controlada, no sólo por su característica función, de la cual depende la conservación y la prosperidad de la especie humana, sino también porque forman parte de los tres sectores vitales de los que participa el hombre: su propia vida, la de la comunidad y la de la tierra.

En segundo lugar, la organización y la gestión del proceso productivo agrícola constituyen el segundo aspecto del factor técnico, en la medida en que están atados a datos jurídicos imprescindibles: el tiempo y la forma de la producción en agricultura son diferentes de aquellos de otras ramas productivas y se traducen necesariamente en el complejo de normas jurídicas que puedan satisfacer las peculiares exigencias de la materia.[23]

La relevancia de este hecho técnico se concreta en directrices orientadas a canalizar el régimen jurídico de la agricultura de manera que se aleja del Derecho Común mediante enmiendas apropiadas destinadas a conciliar con la orientación agrarística los elementos que fluyen al Derecho Agrario desde

---

17. En este sentido, CARROZZA sostiene que estudiar todas las fuerzas creativas es imposible, pero que sí es posible sintetizar categorías homogéneas. Véase CARROZZA, Antonio, *Problemi generali e profili di qualificazione del Diritto Agrario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 96.

18. "Con questa espressione si vuole alludere a quelle forze fondantele intime forces creatices care al Ripert-dalle augli traggono origine le più volte rilevate anomalie e peculiarità della normativa del D.A.", CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario. I elementi di teoria generale*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, p. 230. En igual sentido, CARROZZA, Antonio, *Problemi generali..., op. cit.*, pp. 95-96.

19. CARROZZA llega a estos factores luego de haber descartado otros. Véase al respecto, *Problemi generali...*, pp. 100 y ss.

20. Cfr. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, p. 231.

21. "Il concetto di 'fatto tecnico' che si vuole utilizzare no coincide, naturalmente con quello di agricoltura, cioè non rappressenta la sintesi dei fenomeni fisici e sociali dell'agricoltura esprimibili col vario linguaggio della biologia, dell'agronomia, dell'economia, ma si presenta come un quid che fa ponte fra alcuni aspetti essenziali di tali fenomeni e la traduzione di essi in termini giuridicamente rilevanti". CARROZZA, Antonio, *Problemi generali...*, pp. 108-109.

22. "Según se afirma en epistemología jurídica, el objeto se desdobla en dos: el objeto material y el objeto formal. Dentro del material el Derecho Agrario debe ubicar la actividad agraria, la cual resulta ser hecho pero también norma, y el objeto formal va a ser el fin de la actividad agraria, que tiene un hondo sentido social, y por ende susceptible de un tratamiento axiológico." ZELEDÓN, Ricardo, *"Determinación del objeto y el método del Derecho Agrario"*, trabajo presentado en la "V Tavolta Rotonda Italo-soviètica di Diritto Agrario", celebrada en Italia en las ciudades de Firenze, Brescia y Sirmione del 8 al 6 de noviembre de 1982, ahora en **Antología de Derecho Agrario**, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, 1988, p. 18.

23. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, p. 232.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

otras ramas del Derecho. Parte del hecho técnico o, al menos, pasa por éste, la reacción del sistema iusagrarístico a la acción de elementos de importación, al influjo de los principios exógenos; reacción que tiende, por lo demás, a restablecer la originalidad del sistema, preservando la coherencia con el carácter de agrariedad.[24]

Puede notarse que el hecho técnico se concreta en una vertiente prevalecientemente técnico-económica, en cuanto alude a hechos o cuestiones peculiares al proceso de satisfacción de necesidades de los miembros de la sociedad. Como en todo fenómeno que tiene la función de fuente material de normas jurídicas, al aspecto fáctico va siempre ligado el aspecto axiológico. De este modo, ante las peculiaridades del hecho técnico, se suscita la exigencia axiológica de que el comportamiento individual y social respecto de tales peculiaridades se ajuste a la naturaleza de las cosas, en aras de favorecer la eficiencia económica, en tanto valor presente en la realidad social.

Este ligamen indisoluble entre hecho y valor se convierte en el elemento motivante de toda una constante en la normativa jurídica agraria: las normas jurídicas que consagran el deber del buen cultivo, esto es, según "la buena técnica agraria", las que tutelan la necesidad de que la "azienda" tenga determinadas características estructurales que la hagan apta para satisfacer las exigencias económicas planteadas por el hecho técnico, relativas a la dimensión del fundo, a la relación tierra-capital, a la tutela de la unidad "aziendal", etc.[25]

En cuanto al hecho o factor político, por otra parte, se hace alusión a aquellos motivos de naturaleza sociopolítica de las grandes y pequeñas decisiones legislativas que, una vez aclarados, permiten que el análisis de los instrumentos jurídicos pueden ser planteados en términos que no son únicamente de correspondencia a una línea de objetiva racionalidad tecnológica (el respeto del factor técnico), sino que corresponda también a un criterio determinado de interpretación política de las relaciones de producción en agricultura y de la valoración, de parte del Poder Legislativo a diversos niveles, de exigencias relacionadas con el interés público.[26] Así, se razona que la normativa dictada para disciplinar el sector agrícola siempre aparece como simple superestructura del aparato político-económico de la agricultura y, frecuentemente, una vez que el movimiento de las transformaciones del mundo agrícola se tornó más rápido y tumultuoso, como un deseo incontenible de reforma de superestructuras anacrónicas y nocivas.[27]

En ese sentido, no debe olvidarse que el Derecho Agrario moderno tiene su origen en determinados factores de naturaleza económica, social y política que van a imprimirle rasgos de identidad esenciales en su desarrollo posterior. Así, con el capitalismo, las necesidades de expansión de las inversiones productivas llevan pronto a la proyección de éstas a la agricultura, lo cual entra en contradicción con las viejas concepciones de la tierra como elemento de *status* social, sujetas al interés individual del propietario sin que importase el uso, productivo o no, que le diera. Esta situación provoca una orientación política encaminada a asegurar que la tierra fuera puesta al servicio de las necesidades del capital, en tanto instrumento de la producción. Asimismo, el desarrollo de movimientos ideológicos al interno del sistema capitalista que se erigen en críticos de éste por las injusticias provocadas y claman por la justicia social, encuentran progresivamente manifestación a nivel político y jurídico mediante la

---

24. De acuerdo con la llamada "teoría de la agrariedad", formulada, como es sabido, por el profesor CARROZZA, lo agrario es la "actividad productiva consistente en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo, bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones." CARROZZA, Antonio, *"La noción de lo agrario (agrarietà). Fundamento y extensión"*, **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano**, 1ª edición, San José, Costa Rica, 1982, p. 110. Esta noción alude a la llamada actividad agraria principal. También se incluyen las llamadas actividades conexas. La exposición detallada de esta teoría puede verse en CARROZZA, Antonio, *Problemi generali...*, pp. 60 y 22.

25. Cfr. CARROZZA, Antonio, *Lezioni...*, pp. 232-233. Véase también en ese sentido, SANZ JARQUE, Juan José, *Derecho Agrario. General, autonómico y comunitario*, vol. I, Reus S.A., Madrid, 1985, pp. 60 y ss.; BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *Derecho Agrario, con referencias especiales al Derecho iberoamericano. La Constitución de 1978 y la agricultura*, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edición, Madrid, 1978, pp. 278 y ss.; ROMAGNOLI, Emilio, *"Azienda agraria"*, **Rivista di Diritto Agrario**, Milano, Nº 3, julio-setiembre de 1979, pp. 396 y ss.; LUNA SERRANO, Agustín, *"La conservación inter vivos de la concentración parcelaria,"* **Rivista di Diritto Agrario**, *Ibíd.*, pp. 411 y ss.

26. CARROZZA, Antonio, *Lezioni...*, pp. 236-237.

27. CARROZZA, Antonio, *Problemi generali...*, p. 144.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

consagración constitucional de derechos humanos de carácter económico-social, dándose lo que se ha dado en llamar la evolución del esquema jurídico constitucional.[28] Análogamente, el desarrollo de movimientos ecologistas, no sólo a nivel nacional de los distintos países, sino a nivel de las declaraciones internacionales,[29] también ha imprimido un sello a la normativa agraria, orientándola hacia la conservación de los recursos naturales renovables.[30]

Este origen del Derecho Agrario se va a manifestar en su desarrollo posterior, de tal manera que las decisiones políticas que subyacen detrás de la normativa jurídica oscilan entre la preocupación por resolver las necesidades de producción y conservación en el agro y la de conseguir equidad y justicia social en el sector. Así, según el país y el momento histórico determinado, tiende a predominar una tendencia sobre la otra, mas la síntesis del problema lleva a la búsqueda de soluciones equilibradas que permitan dar respuesta política y jurídica tanto a los factores económicos como a los sociales.[31]

En ese sentido, y dejando de lado la tradicional polémica en la doctrina (sobre todo la italiana) en torno a si puede hablarse de verdaderos principios generales del Derecho Agrario (se cuestiona unas veces su exclusividad respecto de esta materia y otras su generalidad a toda ella y no sólo a determinados institutos[32]), la formulación de tales principios u orientaciones pone de relieve el papel de las fuentes materiales indicadas. Así, la función social de la propiedad, en su aspecto subjetivo tutela la eficacia económica y en su aspecto objetivo pone énfasis en la justicia social;[33] el principio de la protección del empresario agrícola no propietario frente al propietario no empresario[34] responde a las exigencias de que la actividad agraria se realice y desarrolle sin obstáculos en aras del interés social; la preferencia de formas empresariales de naturaleza asociativa,[35]

---

28. Para todo esto, véase ZELEDÓN, Ricardo, *"El origen del Derecho Moderno Agrario"*, **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano,** cit., pp. 11 y ss.

29. En ese sentido puede consultarse el volumen *Ecodesarrollo, el pensamiento del decenio,* Instituto de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), compilación de Margarita Marino de Botero y Juan Tokatlián, Bogotá, 1983, así, como el Nº 12 de *Pensamiento Iberoamericano,* **Revista de Economía Política.** *"Medio ambiente deterioro y recuperación"*, julio-diciembre 1987, Instituto de Cooperación Iberoamericana y la Comisión Económica para América Latina. Entre las declaraciones internacionales pueden citarse: la "Declaración de Estocolmo" de junio de 1972; la "Declaración de Cocoyoc", de octubre de 1974; la Carta de Belgrado: "Un marco general para la educación ambiental" de octubre de 1975; la "Declaración sobre políticas y procedimientos ambientales relativos al desarrollo económico", Nueva York, 1º de febrero, 1980; la "Carta Mundial de los Suelos", Resolución 8/81 de la 21ª sesión de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Roma, noviembre de 1981; la "Declaración de Bogotá", de 3 de abril de 1982; la "Declaración de Nairobi", de mayo de 1982.

30. Véase al respecto BARAHONA ISRAEL, Rodrigo, *"Régimen jurídico de los recursos naturales renovables y Derecho Agrario en la América Latina"* y CASANOVA, Ramón Vicente, *"Derecho Agrario y los recursos naturales renovables"*, ambos en **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano,** cit., pp. 221 y ss. y 231 y ss.

31. Para un desarrollo extenso de las oscilaciones seguidas en Italia, y en Europa en general, a raíz del Plan Mansholt, véase CARROZZA, Antonio, *Problemi generali...*, pp. 139 y ss. Igualmente, para una descripción de los factores políticos incidentes en la configuración del Derecho Agrario costarricense, puede verse ZELEDÓN, Ricardo, *"La consolidación del Derecho Agrario en Costa Rica (Apuntes para una historia inconclusa)"*, relación presentada al seminario **Evolución del Derecho Agrario en Europa y América Latina (características, principios, fuentes del Derecho Agrario),** celebrado en Cartagena, Colombia, del 8 al 10 de setiembre de 1986, hoy en **Antología de Derecho Agrario,** cit.

32. Un desarrollo muy claro y sintético de esta polémica puede verse en CARROZZA, Antonio, *"Problemas de teoría general del Derecho Agrario"*, **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano,** cit., pp. 86 y ss.

33. La inclusión de la función social de la propiedad en las diversas sistematizaciones de principios intentadas por la doctrina es constante. Por todos, puede verse un buen resumen de la doctrina al respecto en SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

34. Cfr. BARAHONA ISRAEL, Rodrigo y SALAS MARRERO, Óscar, *Derecho Agrario,* San José, Universidad de Costa Rica, 1980, pp. 50-51 y CARROZZA, Antonio, *"Problemas de teoría general..."*, cit., p. 92.

35. En ese sentido, GELSI BIDART, Adolfo, *Estudios de Derecho Agrario,* vol. I, Montevideo, 1977, pp. 196 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que no hace sino denotar una tutela de la función social también a nivel del instituto de la empresa agraria, igualmente tanto en un aspecto subjetivo como objetivo;[36] la limitación de la autonomía de la voluntad en materia contractual, como forma de protección a la parte de hecho más débil;[37] el principio de la dimensión mínima de la empresa agraria y la unidad fundiaria constituye una evidente respuesta a las exigencias técnicas de la actividad agraria;[38] el principio de la protección jurídica de los recursos naturales renovables, tendiente a satisfacer las exigencias ecológicas de conservación que el mero desarrollo de la actividad agraria plantea.[39] Todos ellos, y otros que omitimos mencionar, reflejan con claridad valoraciones técnicas y políticas que tienen su punto de referencia en los valores de eficacia económica, conservación ecológica y justicia social.

4. Se ve de lo anterior que el Derecho Agrario presenta en sus normas lo que podríamos llamar un contenido típico general, que determina la "agrariedad" de éstas. Así, el objeto de la ciencia del Derecho Agrario se presenta como la síntesis de contenidos específicos del sistema normativo agrario, de tal modo que establece el común denominador que liga las normas y conjuntos de normas (institutos), determinando su pertenencia a una misma rama del Derecho.[40]

Este contenido típico del Derecho Agrario, como ya vimos, viene determinado por una serie de fuentes materiales fundamentales, histórica y fácticamente identificables que, en tanto condiciones extrajurídicas referidas a fenómenos económicos, políticos, sociales y hasta culturales,[41] impulsan la producción de normas jurídicas que reúnen una serie de características particulares. De este modo, una norma *es agraria* en tanto constituye una respuesta a las exigencias axiológicas relativas a hechos y situaciones implícitas en dichas fuentes. Esto significa que la *agrariedad* de una norma se define tanto por referirse a un determinado conjunto de fenómenos de la realidad (elemento fáctico) constituido por la "actividad productiva consistente en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo, bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones,[42] como por tutelar una serie de valores fundamentales (elemento axiológico).

La síntesis de esos elementos (fáctico y axiológico), que permite la determinación del objeto del Derecho Agrario en su doble aspecto material y formal,[43] se erige como un punto de referencia básico para el estudio científico de las normas jurídicas componentes del sistema, en el tanto no sólo abre la posibilidad de definir si una norma pertenece o no a éste, sino también si se trata o no de una "buena" norma agraria, según su grado de adecuación a las exigencias presentes en las fuentes materiales.

---

36. Al respecto señala BALLARÍN MARCIAL: "ya hace algún tiempo que la doctrina se había planteado si al lado de la función social de la propiedad procedía hablar de la función social de la empresa o si el único planteamiento correcto sería precisamente referir la función social al empresario, más bien que al propietario. La gran novedad del Derecho Agrario español en este punto ha sido contemplar la función social de la empresa junto a la función social de la propiedad. Ello ha sido una consecuencia de la planificación, la cual en el número segundo del artículo 15 de la Ley del Plan, declara que el 'IRYDA intensificará y emprenderá las acciones sobre modernización y estructuración de las empresas individuales y comunitarias, tanto en las zonas de ordenación rural como en el resto del territorio nacional'. No se trata sólo de reformar las estructuras agrarias, en especial la estructura básica que es el dominio, sino también reformar las unidades productivas. Esto nos lleva a la siguiente cuestión que se han planteado todos los reformadores agrarios: ¿cuál es el tipo o tipos de explotación a considerar como ideales..." BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *"La especialización del Derecho Agrario"*, **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano...**, p. 57.

37. Cfr. BARAHONA ISRAEL, Rodrigo y SALAS MARRERO, Óscar, *op. cit.*, p. 51; CARROZZA, Antonio, *"Problemas de teoría general..."*, cit., p. 93. GALLONI, Giovanni, *"Limiti dell'autonomia nella nuova disciplina dei contratti agrari"*, **Rivista di Diritto Agrario**, Giuffrè Editore, Milano, Nº 43, 1964, pp. 131 y ss.

38. Así formulado por FRASSOLDATI en la ponencia presentada al I Convenio Internacional de Derecho Agrario (Firenze, 1954) publicada en los atti relativos, vol. II, Milano, pp. 145 y ss. Cit. por CARROZZA, Antonio, *"Problemas de teoría general..."*, p. 91.

39. Formulación que se encuentra, v.gr. en VIVANCO, Antonio, *Teoría del Derecho Agrario*, I, Ed. Librería Jurídica, La Plata, 1967, pp. 199 y ss., cit. por SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, p. 63.

40. Ver en ese sentido ZELEDÓN, Ricardo, *"Determinación del objeto y el método del Derecho Agrario..."*

41. ZELEDÓN, Ricardo, *"El origen del moderno Derecho Agrario"*, cit., p. 13.

42. CARROZZA, Antonio, *"La noción de lo agrario..."*, cit., p. 110.

43. Véase nota 22, al respecto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esta especificidad de las fuentes materiales del Derecho Agrario le imprimen a esta rama dos características esenciales en su contenido: por una parte, su orientación hacia la reforma y la renovación y, por otra, la marcada interacción de elementos de Derecho Público y Privado.

Respecto de la primera característica, señala BALLARÍN MARCIAL que "(...) en todas partes puede comprobarse el nacimiento y esplendor del Derecho Agrario según se produce con ocasión de dictarse leyes extravagantes del Código Civil que reforman determinados sectores agrarios, como los contratos y, en especial, cuando se dictan leyes de reforma agraria".[44]

Tal reforma tiende ciertamente a la transformación, en mayor o menor grado, de las estructuras agrarias, tendencia que ha destacado CARRERA al señalar que "el Derecho Agrario es un nuevo Derecho, que tiene como finalidad primordial la de aspirar a ser el Derecho que habrá de regular las nuevas estructuras agrarias, que deben instaurarse, una vez operado el cambio estructural que propugnan".[45]

En cuanto a la segunda característica, señala GERMANO que "las relaciones agrarias, antes completa y exclusivamente privadas, adquieren importancia para la colectividad, sufren la intervención del Estado, y se revisten con elementos publicísticos... Pero si las relaciones ya no quedan abandonadas a la autonomía privada, tampoco han acabado en el ámbito del Derecho Público..."[46] En este sentido, es importante destacar que la presencia de tales elementos publicísticos y privados no se da en forma separada, sino que se integran en forma sintética y dialéctica a nivel de los distintos institutos del Derecho Agrario. Esto no parece sino ser el reflejo de la tensión que representa la búsqueda *simultánea* de satisfacción de valores de eficacia, conservación de recursos naturales y justicia social, sobre todo si consideramos que estos valores han tendido a manifestarse como contradictorios en muchos procesos históricos. De ahí que no sea aventurado afirmar la presencia en la base del Derecho Agrario de un elemento ideológico claramente influenciado por las corrientes que, en general, se han orientado por la búsqueda de vías intermedias respecto de los extremos individualistas y colectivistas.[47] Así, las alternativas tradicionales como propiedad privada/propiedad estatal; empresa estatal/empresa privada (capitalista); libre mercado/planificación centralizada; etc., no suelen estar, tales cuales, en la base de los institutos agrarios, sino que la opción por formulaciones intermedias y sintéticas representa una de las mayores riquezas del contenido del Derecho Agrario.

Planteado así el problema de las fuentes materiales como determinantes del peculiar contenido de las normas jurídicas agrarias, procede orientar la exposición hacia el otro aspecto del fenómeno de la creación o producción normativa: el de su juridización. Es decir, hacia el problema de las fuentes formales el cual, asumido desde una perspectiva valorativa, debe ser dilucidado en términos de que los "modos de producción normativa" tengan caracteres idóneos para la satisfacción de las exigencias y

---

44. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *"Propiedad y empresa en la base del reformismo agrario"*, **Derecho y reforma agraria,** Mérida, Venezuela, Nº 3, 1971, p. 3.

45. CARRERA, Rodolfo, *"Fundamentos jurídicos de la reforma agraria integral"*, **Derecho y reforma agraria,** Mérida, Venezuela, Nº 5, 1974, p. 222.

46. GERMANO, Alberto, *"El Derecho Agrario y el proceso"*, **Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario,** Salamanca-Valladolid, nov., 1972, public. 1976, Universidades de Salamanca y Valladolid, p. 501. En igual sentido, CAPELLETTI, Mauro, *"Il problema processuale del Diritto Agrario alla luce delle tendenze evolutive delle costituzione moderne"*. **Atti della seconda assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato,** Giuffrè, Milano, 1964, p. 483.

47. La vinculación que pueda establecerse entre el núcleo axiológico del Derecho Agrario y los "derechos humanos" refleja esta tendencia a la síntesis, en el sentido de que su conexión, si bien es más directa con los derechos económicos y sociales (segunda generación) y los de solidaridad (tercera generación), no se contrapone a los de la primera (civiles y políticos). Al respecto señala ZELEDÓN que "si bien el origen del Derecho Agrario presenta un cierto antagonismo con el Derecho Civil tradicional, y en concreto con su Código, ello no significa una postura similar en cuanto a los derechos humanos civiles o políticos. No se ocupa directamente de ellos porque no son objeto de su ámbito de influencia y estudio. Pero no les niega. Por el contrario debe afirmarles pues sin su existencia tampoco tendría razón de ser el agrario. Su vinculación estrecha va a manifestarse con los económicos y sociales, cuya función es la de desarrollar aquéllos, de donde no puede deducirse ninguna confrontación". ZELEDÓN, Ricardo, *Origen, formación y desarrollo del Derecho Agrario en los Derechos Humanos (hipótesis para una investigación)*, conferencia dictada en el acto inaugural del congreso internacional denominado "Derecho Agrario y Derechos Humanos" celebrado en el Perú, en las ciudades de Lima y Cuzco, del 7 al 12 de setiembre de 1987.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

necesidades que operan como fuentes materiales, de tal manera que sea posible la creación de "buenas normas agrarias".

5.A. Como paso previo ineludible, conviene, en primer lugar, una referencia a una polémica muy tradicional dentro de la historia de la doctrina sobre las fuentes del Derecho que, a mi juicio, ha sido satisfactoriamente saldada por la doctrina reciente. Se trata de la polémica entre las llamadas escuelas normativista y sociologista.[48]

Sin entrar a exponer a fondo las posturas de estas escuelas, me interesa destacar esta diferencia esencial: mientras que la primera, llamada también "positivista" y que tiene como su mayor representante a KELSEN,[49] sostiene que sólo es Derecho el conjunto de reglas de conducta establecidas mediante los procedimientos fijados en la Constitución del Estado, de modo que es la voluntad de éste, expresada según tales procedimientos y sea en un papel de formulación directa o bien de mera aprobación de formulaciones realizadas por voluntades extraestatales, la que dota de juridicidad a las normas de conducta, la segunda[50] afirma que en la realidad social concreta se dan, y como producto de ella misma, sistemas de reglas que describen y orientan de hecho el efectivo comportamiento humano, los cuales constituyen el "Derecho".[51] A primera vista, podría desprenderse que lo que aquí se discute es si las normas jurídicas nacen o tienen su origen en mecanismos formalmente preestablecidos o bien si ese origen lo encuentran directamente en la "realidad social", con lo cual el problema se ubica en términos de una disyuntiva entre fuentes formales y fuentes materiales. Sin embargo, es preciso no incurrir en una tal confusión.

En efecto, aun en el caso de que las circunstancias y motivaciones presentes en la realidad social provoquen el ajuste efectivo de los comportamientos a determinadas reglas, el hecho de que tales normas no sean el producto de fenómenos temporales previstos en las normas sobre fuentes incluidas en la Constitución o en las leyes estatales, no implica que no sean el producto de *otros* fenómenos temporales respecto de los cuales se da una convención social acerca de su idoneidad para erigirse en el paso intermedio necesario entre el fundamento de reglas obligatorias y las reglas mismas. En otras palabras, tal como hemos planteado la definición de fuentes materiales y formales, no puede existir relación lógica de contradicción entre estas dos categorías conceptuales, sino que son intrínsecamente complementarias: una fuente material, por sí misma, no puede originar directamente una norma jurídica.

En consecuencia, la polémica a que aludimos debe ubicarse en el terreno de las fuentes formales. En ese sentido, es preciso destacar que, por un lado, la crítica más importante de las corrientes sociologistas a las normativistas consiste en cuestionar la verdadera validez jurídica de reglas de deber ser establecidas respetando los procedimientos previstos en la Constitución y las leyes pero que, en la realidad, no orientan efectivamente los comportamientos. Es decir, el puro formalismo no puede ser condición suficiente para la existencia de normas jurídicas; se requiere su inserción efectiva en la realidad social. Por otro lado, la incongruencia que le señalan las corrientes normativistas a las sociologistas es la de que formas de creación del Derecho no reconocidas por la voluntad estatal en *su* sistema de fuentes carecerían del poder coactivo del Estado para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas de ellas, con lo cual, al carecer de un elemento definidor de lo jurídico, no podrían ser consideradas como fuentes de Derecho propiamente dichas.

La superación doctrinaria de esta polémica se ha cimentado en torno a tres evoluciones conceptuales básicas: el reconocimiento del llamado "principio de efectividad" como el fundamento último del sistema de fuentes (formales); la distinción entre dos categorías de fuentes formales, a saber, la de las "legales", por una parte, y la de las "extraordinem", por otra; el reconocimiento de una eficacia normativa de carácter persuasivo a la par de la tradicional eficacia consistente en la provisión de una sanción. Evoluciones, de más decirlo, estrechamente interrelacionadas y mutuamente condicionadas entre sí.

De acuerdo con el "principio de efectividad", los mandatos jurídicos son reconocibles como tales a

---

48. Una exposición de ambas escuelas puede verse en PARESCE, Enrico, *op. cit.*

49. Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1968 y *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945.

50. La cual tiene en EHRLICH a uno de sus principales representantes. Cfr. MAROI, Fulvio, *"Il Diritto Agrario e le sue fonti"*, **Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario**, Palermo, 19-23, ottobre, 1952, a cura del Prof. S. ORLANDO CASCIO, Milano Dott. Antonio Giuffrè-Editore, 1954, p. 331.

51. MAROI, Fulvio, *Ibíd.*, p. 329.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

condición de que reciban un cierto grado de observancia y de aceptación por parte de los miembros del conglomerado social.[52] Este principio se presenta como la norma fundamental de todo sistema de fuentes, cuya función consiste en el establecimiento del ligamen entre norma y hecho, el cual resulta necesario para explicar el fenómeno jurídico en sus términos más completos y que viene generalmente expresado mediante la fórmula "ex facto ius oritur". Así, funciona como medida o parámetro de la validez y eficacia de todas las normas que componen el ordenamiento jurídico, de tal modo que, constituyendo la base del funcionamiento de las normas sobre las fuentes, justifica también la operatividad de las otras normas.[53] Ciertamente, este principio tiene su origen ya en la concepción kelseniana, la cual, como es bien sabido, justifica la juridicidad de la Constitución, en tanto norma culminante de su pirámide, en el acuerdo social (de naturaleza obviamente fáctica) de acatarla.[54] Sin embargo, la novedad de la formulación moderna radica en que, por un lado, la aplicación del principio se extiende a todas las normas jurídicas que derivan de las fuentes previstas por la Constitución, con lo cual la fuerza normativa de éstas se ve condicionada a la efectividad de su producto y, por otro, una norma efectiva, a la cual se adecuan los comportamientos de hecho, que no deriva de una de las fuentes preestablecidas sino de cualesquiera otros fenómenos temporales, les confiere a éstos el carácter de fuentes. Y con esto caemos en la distinción señalada entre "fuentes legales" y "fuentes extraordinem".

Las primeras son aquellas reguladas y disciplinadas por disposiciones y normas sobre la producción jurídica, normalmente contenidas en la Constitución, o bien, en textos legales, y que forman un sistema. Se trata de las fuentes que, en tanto "fattispecies", son previstas en las llamadas "normas sobre la normación", que son aquellas que se caracterizan, por un lado, por regular los modos de creación, modificación y extinción de las normas y, por otro, por cuanto ellas mismas se sujetan a la disciplina establecida, dándose una suerte de "eficacia refleja".[55] Estas normas se erigen en una especie de "puente", para usar una expresión metafórica, entre el principio de efectividad y las normas sustantivas creadas, de tal modo que éstas no obtienen su juridicidad sólo de aquél, sino de la verificación del concreto fenómeno temporal contenido en la "fattispecie" de dichas normas sobre la producción normativa.

Las fuentes "extraordinem", en cambio, son aquellas que, sin estar previstas en disposiciones y normas sobre la producción normativa, representan un producto inmediato del principio de efectividad el cual, mientras que en el ámbito del sistema de las fuentes legales opera solamente como norma fundamental del sistema mismo, en estos casos funciona directamente como una norma sobre la producción jurídica aplicable a hechos normativos singulares, cuya acción determina la introducción en el ordenamiento de normas derogatorias respecto a aquellas que derivarían del sistema de las fuentes legales y que, no obstante, de un modo y otro deben coexistir con ellas.[56]

Ahora bien, el no reconocimiento de estas formas "extraordinem" dentro del sistema legal plantea, obviamente, el problema de si la falta de la presencia del poder coactivo o sancionador estatal en caso de incumplimiento de tales normas les resta el carácter de "jurídicas". La respuesta a tal objeción viene dada por una evolución de alcance general, no referido exclusivamente a este dilema de las fuentes "extraordinem", que plantea una distinción de la mayor importancia entre fuentes productivas de normas asistidas de sanciones (en el sentido tradicional del término) y fuentes productivas de normas provistas de mera influencia persuasiva.[57]

Las primeras se apegan al esquema tradicional consistente en la previsión de una norma ulterior operante en caso de inobservancia de la primera norma, la cual comporta la aplicación de una "sanción", esto es, de una obligación que grava al destinatario del deber establecido por la norma primaria,

52. Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, *op. cit.*, p. 11.

53. *Ibíd.*, p. 12.

54. Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho...*

55. Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro, p. 7.

56. Cfr. *Ibíd.*, p. 541.

57. Cfr. *Ibíd.*, pp. 49 y 22.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

implicándole un resultado desfavorable en tanto autor de la inobservancia.[58] Así, al tenerse la existencia de una "sanción organizada" como elemento constitutivo del Derecho en general, ha existido la tendencia a cuestionar la verdadera juridicidad de normas no asistidas de sanción. Sin embargo, como hizo notar BOBBIO,[59] cuando se habla de tal elemento, la referencia es no a las normas singulares sino al ordenamiento en su complejo, razón por la cual el decir que sanción organizada distingue al ordenamiento jurídico de todo otro tipo de ordenamiento, ello no implica que todas las normas de aquel sistema estén provistas de sanción, sino únicamente que lo está la mayor parte.

Este tipo de consideraciones ha dado lugar al reconocimiento de normas que, si bien no están provistas de verdaderas sanciones, no por ello carecen de juridicidad. El hecho de que concurran presiones de distinto tipo, sea de orden político, económico, cultural, psicológico, o bien de orden jurídico pero no directamente sancionador (v.g. la eventual casación de una sentencia de un juez inferior a cargo del más alto órgano judicial), que tengan como resultado el cumplimiento habitual de la norma en cuestión, es suficiente para reconocer la presencia de una verdadera norma jurídica, dotada de eficacia persuasiva. Obviamente, este tipo de eficacia es la que está presente en las normas derivadas de fuentes "extraordinem".

Cabe señalar, por último y para pasar de inmediato a la referencia concreta al Derecho Agrario, tres grandes aspectos del tratamiento del tema de las fuentes formales, en torno a los cuales estructuraré el desarrollo sucesivo, si bien, claro está, sin el ánimo exhaustivo propio de una teoría general sobre las fuentes sino dentro de la perspectiva de destacar las peculiaridades relevantes dentro de la rama del Derecho que he escogido como objeto de la investigación.

Tales aspectos pueden plantearse así: en primer lugar, el aspecto, que podríamos llamar funcional, atinente a las características de los procedimientos o fenómenos temporales normativos; en segundo lugar, un aspecto estructural, relativo a las orientaciones que el sistema de fuentes establece para hacer posible la aplicación de las normas a los casos concretos, que implica, de hecho, un proceso de previa elaboración de la norma a aplicar a partir de los materiales normativos generales;[60] en tercer lugar, un aspecto subjetivo, relativo al sujeto u órgano legitimado para la producción normativa.[61]

B.*a.i.* Una de las discusiones de mayor tradición que se ha planteado la doctrina iusagrarista en materia de fuentes es la de la preeminencia entre ley (o, mejor, legislación) y costumbre.

Ya desde el año 1934 GIANGASTONE BOLLA había planteado formalmente que el tecnicismo de la materia agraria determina una específica relevancia de las normas consuetudinarias.[62] A partir de ahí otros autores hacen eco de la posición de BOLLA al otorgar a la costumbre un valor especial, dentro de los cuales cabe mencionar a MAROI,[63] COSTA,[64] SANZ JARQUE,[65] etc.[66] Una orientación opuesta ha sido dirigida en forma más reciente por CARROZZA, quien afirma que el valor actual del elemento consuetudinario en el sistema de las fuentes del Derecho Agrario no corresponde a aquel que la vetusta tradición le asigna.[67]

Esta discusión puede ser enfocada en diversos planos que conviene distinguir, pues es frecuente que los autores que hablan de un papel especial o principal de la costumbre en el Derecho Agrario no sean del todo claros en cuanto al alcance que le dan a tal afirmación: en efecto, puede hablarse, por una

---

58. Cfr. *Ibíd.*, p. 49.

59. BOBBIO, *Teoría della norma giuridica*, p. 207. Análogamente, A. LEVI, *Teoría generale del Diritto*, pp. 182-183, cit. por PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 50.

60. *Ibíd.*, p. 19.

61. Cfr. CRISAFULLI, Vezio, *op. cit.*, p. 959.

62. BOLLA, Giangastone, citado por IRTI, Natalino, *"Le due scuole del Diritto Agrario"*, **Rivista di Diritto Agrario**, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 29.

63. MAROI, Fulvio, *op. cit.*

64. COSTA, Joaquín, *La vida del Derecho. Ensayo sobre el Derecho consuetudinario*, Ediara Edit., Zaragoza, 1982, pp. 152-161.

65. SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

66. FIGUEROLA, Francisco José, v., *"Costumbre"*, **Enciclopedia Jurídica OMEBA**, p. 18.

67. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, p. 223.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

parte, en términos de la preeminencia puramente histórica de una u otra fuente en la regulación de las relaciones en el agro, en cuyo caso nos estaríamos refiriendo al problema de cuáles son, en un momento y lugar determinado, las instancias productoras de normas jurídicas;[68] por otra parte, en términos de consideración estimativa o política, sobre qué fuentes sea mejor establecer en virtud de las peculiaridades del Derecho Agrario.[69]

En el primer plano, es cierto que en diversos momentos históricos y en diversos ordenamientos, las relaciones del sector agrario se han regido por la costumbre,[70] mas este hecho, de carácter histórico, por sí mismo, no puede constituir un argumento definitivo para justificar también su preeminencia estimativa. En efecto, no debe olvidarse que, por definición, la costumbre "constituye la forma primitiva de aparición de todas las clases de normas y, por tanto, también de las normas jurídicas,[71] por lo que la preeminencia en determinado momento bien puede ser simplemente el reflejo del estado embrionario del Derecho Agrario. Hipótesis que, por lo demás, ha tendido a comprobarse conforme se ha ido desarrollando esta rama del Derecho, al establecerse una progresiva introducción del elemento legislativo, tal como, por ejemplo, ha demostrado CARROZZA para el caso italiano.[72]

En cuanto al segundo plano de enfoque, no hay duda de que es el que presenta un mayor interés para el presente desarrollo. Como punto de partida, conviene recordar que ley y costumbre se diferencian primordialmente por su pertenencia a distintas categorías dentro de la clasificación que distingue entre hechos y actos normativos. De acuerdo con ella, "los hechos normativos, aunque se manifiesten en comportamientos humanos (o una serie o complejo de comportamientos), son asumidos por el ordenamiento en su objetividad, sin ninguna referencia a circunstancias subjetivas o voluntarísticas".[73] En cambio, los actos normativos son aquellos fenómenos temporales imputables a un sujeto determinado al cual se le ha atribuido el poder de generar, mediante la manifestación de su voluntad, efectos normativos.[74] Así, mientras los hechos normativos constituyen una modalidad espontánea de creación del Derecho —esto es, en ciertas condiciones, determinados fenómenos temporales (que pueden ser actos en tanto son realizados por sujetos) que no se realizan con la intención de establecer normas, tienen sin embargo este efecto—, los actos normativos constituyen una modalidad deliberada, pues son realizados por sujetos u órganos competentes con la intención de establecer determinadas normas jurídicas.

---

68. Éste es uno de los problemas diversos sobre las fuentes del Derecho que individualiza RECASÉNS SICHES: "Se trata de cuatro problemas distintos (...): I. ¿Cuál es la fuente o mejor dicho causa de validez jurídica de todas las normas de un sistema de Derecho positivo (pregunta que se contesta diciendo que, siempre y necesariamente, esa fuente o causa es la voluntad del Estado). II. ¿Cuáles pueden ser en la realidad social las instancias productoras de normas jurídicas (pregunta que se contesta enumerando los modos o vías de producción de Derecho más habituales y difundidos: la producción legislativa, la producción consuetudinaria, la producción jurisprudencial y la autonomía de la voluntad-contratos, testamentos, etc.). III. Situados en un determinado ordenamiento, esto es, dentro del Derecho de un país en un cierto momento histórico, se pregunta cuáles son en él las instancias productoras de normas jurídicas (a lo cual se tiene que contestar indagando qué es lo que dicho ordenamiento dispone sobre éstos). IV. Consideración estimativa o política —en el plano de la teoría valoradora del Derecho con el plano del Derecho constituyente— sobre qué fuentes sea mejor establecer...", RECASÉNS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y Derecho*, México, Editorial Porrúa, S.A., 3ª edición, 1952, p. 290.

69. Este es otro de los problemas a los que se refiere RECASÉNS SICHES.

70. A manera de ejemplo, dicen SALAS y BARAHONA para el caso costarricense: "Otra peculiaridad observable dentro de las fuentes del Derecho Agrario, se refiere a la costumbre agrícola. Ésta surge originalmente como un fenómeno espontáneo o de grupo. Los campesinos cooperan entre sí para la producción agraria, a nivel familiar o de villa o pueblo, hasta que la función jurídica es asumida por el poder político que interviene en el proceso económico de producción agrícola. Aún entonces, la norma consuetudinaria impera en las zonas rurales, unas veces llenando los vacíos legislativos y otras derogando y sustituyendo normas escritas aun cuando éstas no lo admitan. Uno de los muchos ejemplos que pudiera citarse en Costa Rica, lo constituye el 'esquilmo', contrato en virtud del cual el propietario de la tierra le da al campesino una porción de terreno para que éste la cultive por un año sin tener que pagar renta alguna en metálico o especie, quedando solamente obligado o desmontar y limpiar el terreno. Así, el dueño recibe el beneficio que representa la mejora introducida en el terreno y el campesino el disfrute del mismo. Este contrato no está regido por ninguna ley en especial, pero en la costumbre llena el vacío legislativo y señala las reglas que le son aplicables", BARAHONA ISRAEL, Rodrigo y SALAS MARRERO, Óscar, *op. cit.*, p. 46.

71. RECASÉNS SICHES, Luis, *op. cit.*, p. 295.

72. Ver CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, pp. 224-225.

73. HERNÁNDEZ, Rubén, *op. cit.*, p. 24.

74. *Ibíd.*, p. 24; PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La legislación constituye un ejemplo típico de acto normativo, consistente, entendido en un sentido amplio, en la manifestación de voluntad de un órgano de carácter público o estatal mediante un procedimiento sujeto a distintas formalidades, según el caso.[75] La costumbre, en tanto "fenómeno social consistente en la repetición espontánea de una forma más o menos constante y prolongada de una serie de actos uniformes realizados con conciencia de su obligatoriedad,[76] es el ejemplo típico de hecho normativo.

Los argumentos de índole estimativa en favor de la costumbre se refieren fundamentalmente a su especial idoneidad para reflejar los comportamientos que de hecho se dan en el sector agrario, como una respuesta espontánea a las exigencias de la realidad del agro, fruto no de arbitrios de la voluntad ni de "rutinas y de modas efímeras que se eclipsan y mueren, sino de la sabiduría, raíces profundas y fecundidad de los modos de vida, acciones y actitudes, libre y conscientemente aceptados con fuerza de obligar por los hombres y generaciones de hombres de los pueblos".[77] En otras palabras, su gran ventaja estriba en su estrecha vinculación con el principio de efectividad, al punto de que aun la costumbre contra legem adquiere categoría de fuente formal, obviamente de carácter extraordinem, imponiéndose por sobre la ley (que es fuente legal), la cual deviene, al decir de MAROI, en "regla de papel".[78]

En sentido contrario, CARROZZA se ha encargado de sintetizar, con su acostumbrada lucidez, los problemas que presenta la costumbre como fuente formal del Derecho Agrario. En primer lugar, cuestiona la opinión tan difundida de que la norma consuetudinaria sea por definición equitativa, esto es, provista de una mayor idoneidad para realizar la justa armonización de los intereses contrapuestos de aquellos que le han producido con su comportamiento y que la practican. En efecto, esta posición no toma en cuenta de manera suficiente la circunstancia de que cuando existe una desigual distribución de la fuerza contractual entre las categorías de sujetos que siguen el comportamiento consuetudinario, como puede ser la posición de debilidad de los aparceros o arrendatarios frente a los concedentes, o los trabajadores agrícolas subordinados frente a sus patronos, se corre fatalmente el peligro de que los intereses de la categoría más débil sean sacrificados. En segundo lugar, ante la argumentación tradicional de que la costumbre es producto espontáneo de la conciencia jurídica popular, es posible objetar que la reiteración del comportamiento, si bien ciertamente espontáneo, se da con escasa conciencia de que se está creando Derecho. Por último, la costumbre conlleva una menor certeza a causa de los complejos mecanismos de reconocimiento, que trae como consecuencia dificultades de procedimiento ante el enfrentamiento de fuentes concurrentes (como puede manifestarse respecto de un problema de abrogación); y presenta una esclerosis tendencial que conlleva una lenta capacidad de modificación en cierta medida incontrolable, la cual contrasta con la tendencial rapidez e incisividad que distingue a la ley (y a cualquier otro acto con fuerza de ley), y que permite su modificación según la variación del objeto regulado. En fin, la costumbre se presenta como un instrumento esencialmente conservador, frente al cual la legislación se presenta como el único instrumento verdaderamente eficaz a disposición del reformador.[79]

No resulta difícil intuir que en ambas posiciones se encuentran partes de verdad. Para intentar una valoración integrada, es preciso partir del carácter reformador o transformador que, como vimos, caracteriza al Derecho Agrario. Para guardar coherencia con este carácter, es fundamental dentro del contexto de la valoración de las fuentes formales idóneas para esta rama del Derecho la consideración de que el proceso de creación normativa debe ser idóneo para la creación de normas jurídicas de reforma y transformación. Y, para ello, creo conveniente no circunscribir las reflexiones al campo estrictamente jurídico.

En el fondo, la formulación hecha del problema no es más que una forma jurídica de presentar el clásico problema en la economía política relativo a los mecanismos de funcionamiento del sistema

---

75. Se alude a normas creadas deliberadamente, sea que sean dictadas por una convención constituyente, por un Congreso, los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo, ordenanzas municipales y universitarias, etc., *Ibíd.*

76. SMITH, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 758. Véase también PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, pp. 354 y ss.

77. SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, p. 74.

78. MAROI, Fulvio, *op. cit.*, p. 338.

79. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario...*, pp. 225-226.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

socioeconómico, esto es, si se opta por un mecanismo espontáneo, puramente económico (v.g. las fuerzas del mercado) o si se opta por un mecanismo político, que implica el intento de conducir en forma consciente el proceso económico, hacia determinados fines.

Sin necesidad de tomar partido en esta disyuntiva, por cierto de la más profunda naturaleza ideológica, es preciso señalar que, para bien o para mal, el mecanismo político "es el instrumento más poderoso con que la sociedad cuenta para reforzar su transformación económica".[80] En este sentido, donde quiera que se haya escogido la introducción de mecanismos políticos de intervención en la economía con el fin de lograr transformaciones, el papel de la legislación como fuente formal ha tenido primacía, en tanto incorpora el elemento voluntarístico de conciencia como parte fundamental del mecanismo de producción normativa. Así, al decir de RENÉ DAVID, la tendencia y la primacía de la ley "(...) se ha visto fortalecida como consecuencia de las ideas dirigistas y la ampliación, en todas las esferas de la intervención del Estado".[81]

En sentido inverso, el modo de producción normativa consuetudinario tiende a ser el reflejo del comportamiento social tal cual es, por lo que su capacidad para impulsar transformaciones es más débil y, en todo caso, más lenta. Casualmente, cuando la legislación se limita a su función más elemental de introducir el valor "certeza" en las relaciones sociales, lo que hace simplemente es reflejar los preceptos de comportamiento ya existentes en un cuerpo social, ya que de ello depende su adecuación a la realidad y, por ende, sus posibilidades reales de concreción. Así, por ejemplo, GIOVANNI GALLONI caracteriza precisamente la ley de carácter ordinario (en contraposición terminológica con la ley especial) como reflejo de la costumbre, con lo cual se resalta la falta de idoneidad de ésta como fuente de un derecho especial.[82]

Puede decirse entonces que, históricamente, las necesidades de transformación en los distintos sectores económico-sociales en general y, en particular, en el sector agrario, se han canalizado o, dicho más precisamente, ha tenido su fuente formal por excelencia en la legislación especial. De este modo, se ha dicho, la ley especial es tal cuando deroga el sistema normativo común y no participa del mismo principio de racionalidad que preside a otras normas. Por lo tanto, mientras frente a la costumbre la legislación ordinaria se justifica como una forma de suplir las deficiencias de certeza que aquélla presenta pero sin dejar de representar un esfuerzo de interpretar las reglas de conducta ya producidas por la costumbre, la ley especial responde, en cambio, a una diversa exigencia política: aquella de modificar la realidad, reformándola. La ley especial no pretende, por esa razón, interpretar la realidad social, sino que está pensada para poder perseguir más eficazmente el fin común de la sociedad mediante la introducción de nuevas reglas de conducta que deroguen el sistema. El Derecho especial es, pues, todo Derecho político, en el sentido de que refleja una voluntad política de transformación del ordenamiento y, como tal, se expresa siempre a través de la norma escrita.[83] Consecuentemente, el Derecho Agrario, en tanto Derecho especial, se orienta precisamente a transformar muchas costumbres subsistentes en el agro, fundamentalmente aquellas que se concretan en reglas de comportamiento respecto de las cuales no puede destacarse su "agrariedad", entendida ésta en los términos expuestos atrás, al no encarnar los valores propios del Derecho Agrario, tratándose en realidad de simple Derecho Común de aplicación al agro.[84]

Ahora bien, en aras de balancear adecuadamente la valoración, conviene llamar la atención sobre el peligro que representa el caer en una postura que ponga una fe ciega en la legislación especial, desdeñando de manera absoluta toda forma espontánea de producción jurídica. No debe perderse de vista que uno de los peligros de la legislación como fuente formal es su tendencia a no adecuarse a la realidad, de modo tal que llegue a entrar en contradicción con el principio de efectividad. De darse esa situación, el objetivo transformador se ve lisa y

---

80. HEILBRONER, Robert L., *La formación de la sociedad económica*, **Fondo de Cultura Económica**, 3ª edición, México, 1974, p. 49.

81. DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de Pedro Bravo Gala de la segunda edición francesa, Aguilar S.A., 1ª edición, 1968, p. 84.

82. GALLONI, Giovanni, *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola*, Milano, Liguori Editore, 1980, pp. 29-30.

83. GALLONI, Giovanni, *Ibíd.*

84. Se habla, por ejemplo, de Derecho Civil Agrario. Véase, en ese sentido ZELEDÓN, Ricardo, "*La consolidación del Derecho Agrario en Costa Rica*", cit. pp. 4 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

llanamente frustrado, dejándose sin respuesta las exigencias presentes en las fuentes materiales.

Para comprender en su real dimensión este problema, debe tomarse en cuenta nuevamente el hecho de que la legislación, en tanto proceso particular de producción normativa, es el correlato jurídico del mecanismo político de funcionamiento del sistema económico. En ese sentido, debe recordarse que las líneas críticas a este mecanismo se refieren básicamente a la imposibilidad práctica para que una persona o un conjunto determinado de personas puedan prever el sinnúmero de situaciones que se dan en la sociedad. Estas limitaciones del conocimiento se hacen más evidentes en todo proceso de legislación especial y, con particular énfasis, en el caso de la legislación especial agraria. En ese sentido, no es casual que la doctrina haya caracterizado al producto de esa legislación como un conjunto de normas parciales, disorgánicas y contradictorias.[85]

Tradicionalmente, se ha achacado esta situación a un problema de técnica legislativa, al decirse, por ejemplo, que "el reproche dirigido frecuentemente contra las leyes nuevas, por ser resultado de una inadecuada técnica legislativa, se debe, en gran medida, al hecho de que el legislador, al ocuparse de las materias nuevas, no acierta a fijar, en el plano que nos gustaría verle desenvolverse, la norma jurídica".[86] CARROZZA, por su parte, al referirse a esta problemática de legislación especial como una crisis del Derecho, achaca esta crisis al método adoptado para la fabricación de las leyes.[87] Este enfoque resulta, a mi juicio, parcial, pues no refleja, en verdad, el problema de fondo inherente al modo de producción normativa de carácter legislativo, que no es otro que el ya señalado al mecanismo político de orientación de la economía. Así, decir que la solución es mejorar la técnica legislativa equivale exactamente a decir que la solución es mejorar las técnicas de intervención política en la economía, lo cual es aceptable tan sólo como parte de una solución global y, ciertamente, no la más importante.

Mucho más incisiva y profunda resulta la valoración que hace GALLONI de esta problemática. Para este autor, la tendencia hacia el positivismo que se ha verificado en la mayor parte de los países en los cuales rige el Derecho codificado (Europa continental y América Latina), en materia de legislación especial, prácticamente implica la renuncia a considerar y a darle relevancia jurídica a la función integrativa que la norma no escrita asume respecto del Derecho escrito ordinario, lo que agrava la crisis del Derecho. En este sentido, GALLONI señala como elemento fundamental de solución a este problema el ligamen de la ley especial a la realidad mediante la integración con fuentes no escritas.[88]

Como puede verse, el planteamiento de GALLONI lleva al cuestionamiento acerca de la función que, dentro de un contexto de Derecho especial, de naturaleza reformadora, deben cumplir las modalidades espontáneas de creación de la normativa. Lo cual, obviamente, tiene también su correlato dentro del problema de los mecanismos de funcionamiento de la economía.

En ese sentido, es interesante tomar en cuenta que, en el contexto de la economía política, la crítica a los mecanismos puramente políticos ha marcado una tendencia a replantear el papel de los mecanismos económicos espontáneos, sólo que, y esto es lo importante, en condiciones distintas de las tradicionales. Tal diferencia en las condiciones se orienta en general hacia la búsqueda de paridad entre los distintos agentes económicos, lo cual obviamente pasa por una transformación de las estructuras socioeconómicas.[89]

Este razonamiento es de perfecta aplicación al aspecto jurídico del problema, esto es, el de la producción jurídica espontánea. En ese sentido,

---

85. En este sentido, GALLONI, Giovanni, *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola*, p. 33 y CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario*, pp. 217-218.

86. DAVID, René, *op. cit.*, p. 75.

87. CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario*, p. 215.

88. GALLONI, Giovanni, *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola*, pp. 32-33.

89. A manera de ejemplo, el desarrollo de la organización de los trabajadores, sobre todo en sociedades capitalistas avanzadas, ha constituido un factor fundamental de equilibrio en las condiciones de negociación. En sociedades como la inglesa y la estadounidense, por ejemplo, las remuneraciones son fijadas como resultado de las negociaciones entre las grandes corporaciones y las "trade unions". Las contrataciones individuales dan paso a las colectivas y de hecho se desarrolla lo que MILLER llama una visión orgánica de la sociedad, esto es, como organización de organizaciones. Cfr. MILLER, David, *Social Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1976, p. 103. El planteamiento autogestionario, como se sabe, apela al funcionamiento del mercado en paridad de competidores, según la "ley de equivalencia económica o de intercambio". Cfr. GUILLÉN, Abraham, *Democracia directa: autogestión y socialismo*, Montevideo, Ediciones Aconcagua, primera edición, 1970, p. 160.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

resulta crucial recordar el defecto que apuntaba CARROZZA a las costumbres que en el contexto de una sociedad basada sobre una estructura injusta en términos de desigualdad de condiciones y oportunidades reales, lo que puede producir en normas jurídicas que perjudican claramente al más débil y que, por lo tanto, carecen del carácter de agrariedad. Tal problema desaparece cuando las relaciones jurídicas se establecen entre iguales, de modo que cada uno está en posición de exigir lo que le corresponde y no podrá exigir más de lo que le corresponde pues la otra parte tendrá la fuerza suficiente para reclamar lo que a su vez le corresponde.

Bajo estas condiciones, la modalidad consuetudinaria sí puede jugar un papel en la producción o integración de normas jurídicas agrarias, en el tanto que, preservando el valor justicia, favorece el de eficacia económica y las posibilidades reales de ajuste a la realidad. Piénsese acaso en el papel que juega la costumbre en el esquema de fuentes del Derecho Mercantil, respecto del cual no es aventurado afirmar que, desde que esta rama del Derecho regula mayoritariamente relaciones entre comerciantes, la relativa igualdad de condiciones entre ellos hace que la costumbre, sin llevar a situaciones particularmente injustas, cumple el fin práctico de adecuar el Derecho a los comportamientos sociales reales y, en consecuencia proveerle de una mayor agilidad.[90]

En el Derecho Agrario la exigencia básica es que la modalidad consuetudinaria produzca normas jurídicas que tengan como rasgo la tutela de una igualdad real de los sujetos. En ese sentido, es importante tener en consideración que, en la base de toda forma espontánea, se dan normalmente actos jurídicos (con o sin efectos normativos, según el caso), los cuales, siendo mucho más particulares, constituyen los comportamientos individuales que, al reiterarse, producen espontáneamente normas jurídicas. Concretamente, en el caso de la costumbre tradicional, el tipo de acto jurídico que está en la base es normalmente el contrato individual, en tanto supuesto reflejo de la autonomía de la voluntad de los individuos contratantes. En cambio, en el contexto del Derecho Agrario, un instrumento importante en la búsqueda de la igualdad real es precisamente el fomento a la organización de los sujetos agrarios a efecto de mejorar el poder de negociación (v.g. cooperativismo, contratación colectiva).

De esa forma, es ilustrativo tener en cuenta que normalmente es a este tipo de costumbres, nacidas de ese "sentimiento innato de mutuo interés, de solidaridad" de que hablaba MAROI,[91] que se traducen en diversas y ricas formas de cooperación[92] y que en el fondo se caracterizan por una situación de relativa igualdad entre los sujetos que entran en relación, el que traen a colación los autores que defienden las bondades de esta modalidad de producción normativa. Obviamente, no es ésta la clase de normas consuetudinarias que deben ser excluidas por la legislación especial agraria ni desechada del sistema de fuentes legales.

En el fondo, estas reflexiones nos llevan a la consideración básica de que el "carácter continuadamente renovador y finalista de la normativa agraria"[93] debe ir indisolublemente vinculado al principio certeramente formulado por SANZ JARQUE en términos de que la creación de la normativa y de las instituciones agrarias debe hacerse con estricta atención sobre la realidad sociológica de cada comunidad y no sobre la base de utopías o arbitrariedades irrealizables emanadas del legislador.[94]

Ello implica la necesidad de establecer una adecuada integración del binomio legislación-costumbre, por un lado, y de que el proceso legislativo reúna determinados caracteres, por otro.

ii. Respecto de lo primero, es claro que la idoneidad del modo de producción consuetudinario

90. En este sentido, véase, entre muchos, MORA, Fernando, *Introducción al estudio del Derecho Comercial*, Editorial Juriscentro, San José, Costa Rica, 1982, pp. 174 y ss.

91. MAROI, Fulvio, *op. cit.*, p. 332.

92. Véanse los ejemplos de MAROI, *Ibíd.*, pp. 334 y ss.

93. SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, p. 58.

94. Como dice SANZ JARQUE, "El gran fracaso de tantos proyectos y leyes de reformas agrarias sobre el campo, en el ámbito universal, se debe a que se hicieron para servir ideas más o menos lúcidas antes que para satisfacer, sobre un principio de justicia, necesidades y exigencias de los inmediatamente afectados y de las comunidades políticas en que cada grupo de ellos se integraba", *op. cit.*, p. 61.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

depende, en última instancia, de que se desarrolle en condiciones tales que favorezcan la realización de los valores fundamentales del Derecho Agrario.[95]

A partir de ahí, parece resultar conveniente una utilización amplia del mecanismo de producción normativa de la costumbre secundum legem, caracterizado por la confluencia de los procesos legislativo y consuetudinario en la formación de la norma. Así, en este caso, la legislación deviene en una fuente productora no de normas completas, sino de fragmentos de disposiciones que deben completarse mediante la remisión a determinadas costumbres, cuya verdadera agrariedad es sometida al control del legislador mismo.[96] De este modo, asegurándose su carácter propiamente iusagrarístico, la espontaneidad del grupo social confluye a determinar detalles de la normativa, de manera que el instituto en cuestión encuentre efectiva realización.

Respecto de la costumbre en tanto fuente autónoma, que es la denominada en doctrina "praeter legem" y que se caracteriza por cuanto opera en los espacios no invadidos por la legislación, deriva su valor precisamente de su aptitud para la producción de normas propiamente agrarias, según lo dicho, por lo que su inclusión en el sistema legal de fuentes debería ir presidida por una disposición que especifique que la referencia no es a cualquier costumbre existente de hecho en el agro, sino sólo aquéllas que garantizan el cumplimiento de los fines de eficacia económica, conservación de los recursos naturales y justicia social inherentes al objeto del Derecho Agrario. Sin perjuicio, obviamente, de su exclusión en casos en que sea necesario de establecer espacios de reserva de ley.[97]

En relación con la costumbre "contra legem", verdadera fuente de carácter "extraordinem", cabe destacar la reducción del espacio en el contexto del Derecho Agrario de una forma muy difundida en el Derecho Civil, cual es la de aquella que produce normas que, si bien se oponen a la ley, se admite "a condición de que se trate de leyes que puedan dejar de aplicarse por la voluntad de las partes, como ocurre con aquellas que sean derogables en el caso concreto por no ser de interés público ni prohibitivas". Esta reducción del espacio se debe a la presencia del elemento publicístico en el Derecho Agrario, mediante el cual se han ido convirtiendo normas de Derecho Privado *strictu sensu*, en normas que contienen derechos indisponibles, tutelados por el ordenamiento jurídico, donde la voluntad del individuo ya no es decisiva pues interviene el poder público para la satisfacción de un interés colectivo.[98] Por lo demás, otras formas de costumbre *contra legem* no parece que puedan tener mayor cabida en Derecho Agrario, y su imposición en la práctica no puede sino ser el resultado de los defectos mismos de la legislación.

iii. En relación con el proceso legislativo en sí mismo, es preciso señalar, en primer lugar, que los problemas que en la experiencia de los distintos países han aflorado son el resultado de lo que CARROZZA ha llamado una crisis del método adoptado para la fabricación de las leyes.[99] Tal crisis se refleja tanto en aspectos de pura técnica legislativa (defectos de oscuridad, redundancia, antinomias, disyunciones, disfunciones sistemáticas, impropiedad del vocabulario, de sintaxis, de puntuación y de toda una increíble gama de disfunciones textuales[100] como en aspectos sustanciales relativos a la desvinculación de la voluntad política expresada mediante el proceso legislativo tanto de la realidad a regular (con los ulteriores problemas de efectividad),

---

95. En ese sentido, parece necesaria la inclusión de una norma que establezca que el ordenamiento agrario se entenderá integrado por las normas no escritas producidas en forma espontánea que sean necesarias para garantizar el adecuado cumplimiento de los fines de eficacia económica y justicia social inherentes al objeto del Derecho Agrario. En el campo del Derecho Administrativo, por ejemplo, vale mencionar lo que dispone en este sentido el artículo 8 de la Ley General de Administración Pública de Costa Rica, Nº 6227, de 28 de abril de 1978: "El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo".

96. Respecto de la clasificación de disposiciones completas y de fragmentos de disposiciones, véase PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, pp. 36 y ss. y sobre costumbre secundum legem, *Ibíd.*, pp. 369 y ss. y SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, p. 58.

97. Véase PIZZORUSSO, A., *Ibíd.*, pp. 371 y ss. y SANZ JARQUE, *Ibíd.*, p. 75.

98. ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, p. 22.

99. Véase CARROZZA, Antonio, *Lezioni di Diritto Agrario*, p. 215.

100. Cfr. *Ibíd.*, p. 218.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuanto de aquellos caracteres que conforman lo específico del Derecho Agrario.[101]

Algunas importantes líneas de solución han sido esbozadas por el mismo CARROZZA, para quien el horizonte de la revisión crítica del mecanismo de producción es doble, en cuanto las innovaciones comprendan sea los perfiles formales del proceso de preparación, aprobación y publicación, sea los perfiles sustanciales de la racionalización de su contenido, lo que implica la necesidad de desarrollar un análisis acerca de la idoneidad del medio preseleccionado para alcanzar el fin deseado, teniendo en cuenta el grado de capacidad receptiva y operativa de las administraciones involucradas. Es decir, se trata del juicio de factibilidad de la eventual ley. A ese respecto, resulta fundamental la institucionalización de órganos de asesoría legislativa que cuenten con personal de alta profesionalidad en materia de elaboración de borradores de proyectos de ley.[102]

En este sentido, resulta interesante traer a colación la distinción elaborada en la teoría de las fuentes entre "fuentes políticas" y "fuentes culturales": las primeras son aquellas mediante las cuales pueden ser introducidos en el ordenamiento jurídico preceptos correspondientes a los programas políticos de un movimiento político o de un grupo social, que de esa forma busca hacer prevalecer las opiniones y los deseos propios y extenderlos a la entera colectividad nacional; las segundas son aquellas mediante las cuales viene asegurada la observancia de reglas que resultan de la experiencia pasada o del análisis teórico de los fenómenos. La legislación, en tanto reflejo de la voluntad de un sujeto al cual el ordenamiento jurídico le atribuye el ejercicio de poderes soberanos y cuya manifestación representa el momento conclusivo de un proceso político en el curso del cual las fuerzas contrapuestas han confluido para influir en la determinación del contenido de aquélla, es la típica fuente política. La jurisprudencia, que conlleva la racionalización de la experiencia jurídica pasada, y la doctrina, que asume el estudio científico de los fenómenos jurídicos, son las típicas fuentes culturales.[103]

A la luz de esta distinción, puede resaltarse la importancia de que en el mismo proceso legislativo se inserten modalidades culturales, fundamentalmente de índole doctrinaria, sobre todo a nivel de la elaboración de proyectos y de asesoramiento a los miembros del Poder Legislativo, de manera de asegurar un contenido adecuado a la normativa, orientado por el análisis racional, objetivo y pausado propio de la doctrina, sustrayéndolo de los avatares políticos. Un ejemplo interesante de esta modalidad es el Proyecto de Ley General Agraria de Costa Rica,[104] preparado por un grupo de juristas dirigido por RICARDO ZELEDÓN, que incorpora una verdadera sistematización de la teoría moderna del Derecho Agrario, tal como ha sido reconocido recientemente en la doctrina italiana por el propio profesor CARROZZA.[105]

Otra técnica legislativa que parece indispensable en una materia como la agraria es la de que el procedimiento legislativo dé lugar a fragmentos de disposiciones que deben ser completados, para precisar definitivamente sus términos, sobre la base de conocimientos de índole técnica (fundamentalmente, de carácter agronómico y ecológico). Obviamente, tal integración correrá a cargo de los destinatarios de las normas o las autoridades administrativas competentes en la fase normal del Derecho, en tanto que, en la fase conflictiva, tal labor vendrá a cargo del juez, dotado de la debida asistencia técnica.

De otro lado, una discusión que ha ocupado a la doctrina iusagrarista en materia de fuentes es si se debe orientar el proceso legislativo hacia la configuración de un cuerpo sistemático (llámese Código o Ley General Agraria) o si, por el contrario, conviene mantener el esquema disperso prevaleciente hasta ahora en la mayoría de los ordenamientos. La reserva básica que se plantea respecto de la existencia de un cuerpo sistemático es que pueda constituir un obstáculo para el carácter renovador y dinámico del Derecho Agrario, tal como de hecho ha sucedido en la experiencia de la codificación tradicional. Esta estaticidad de los códigos obedece más que todo a razones de orden psicológico o sociológico, ligadas al peso de la tradición y de los elementos conservadores en la sociedad, y no de orden jurídico, pues un código es tan modificable como cualquier ley de rango ordinario. Sin embargo, la doctrina ha tenido

101. Cfr. *Ibíd.*, p. 218.

102. *Ibíd.*, p. 217.

103. Cfr. PIZZORUSSO, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

104. Nº 9217, publicado en el Diario Oficial La Gaceta de 30 de setiembre de 1985.

105. CARROZZA, Antonio, *Lezioni...*, p. 221.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que rendirse ante la evidencia de la necesidad de poner orden en la profusa normativa especial y, en ese sentido, ha apelado a las modalidades de "ley general agraria" o "ley orgánica" (no en el sentido de la vigente Constitución española), o del texto único.[106]

La ley orgánica o general agraria implica la ordenación de toda la materia agraria en un sistema, mediante la cual no sólo se intenta superar los problemas de falta de coordinación entre una ley y otra, sino realizar una ubicación sistemática de los diversos institutos dentro del Derecho especial y de las normas singulares dentro de los institutos respectivos, con formulación expresa de los principios generales de la materia y del sistema de fuentes.[107] Las diferencias conceptuales entre un código y una ley orgánica no parecen claras, siendo que se señala una mera diferencia de grado (edificio legislativo de menores proporciones al decir de CARROZZA) y de denominación, para evitar el peso de la tradición y asegurarle su receptividad a las modificaciones.[108]

El texto único es el resultado de una delegación legislativa a favor del Gobierno o Poder Ejecutivo que autoriza a éste a proceder a reunir en un solo texto los distintos cuerpos normativos atinentes a una materia, pudiéndose incluir en la autorización la potestad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales,[109] o de realizar las oportunas modificaciones cuando sea necesario para fines de coordinación, en cuyo caso se atribuye eficacia innovativa.[110]

Resulta evidente, por otra parte, que la clásica división de la legislación en procedimientos diferenciados, esto es, de carácter constitucional, legislativo en sentido estricto y reglamentario debe ser acogida dentro de un sistema de fuentes del Derecho Agrario, por cuanto cada uno de ellos cumplen funciones fundamentales: proveer estabilidad a la normativa ahí donde ésta es básica; proveer agilidad en los aspectos más rápidamente cambiantes de la realidad.

Así, la consolidación de los valores fundamentales del Derecho Agrario y de los principios generales de sus institutos exigen la presencia de un procedimiento de producción normativa diferente a la de creación de otras normas menos generales y trascendentes. En ese sentido, el papel de un procedimiento legislativo de carácter constitucional, distinto del ordinario, con un mayor rigor y exigencia de requisitos para la producción de las normas, resulta fundamental para darle estabilidad y coherencia al conjunto del Derecho Agrario y, en consecuencia, dejar debidamente delimitados los fines generales propios de esta materia. Por ejemplo, la importancia de que el sistema de fuentes incluya un "modo constitucional" de producción normativa agraria se ha manifestado en ordenamientos como el italiano y el portugués (y en alguna medida también el español), con el fenómeno que llama CARROZZA de "constitucionalización del Derecho Agrario".[111] Este fenómeno ha tenido como consecuencia la producción de normas de la magnitud de la del artículo 44 de la Constitución italiana, que formula los dos fines esenciales de la política del Derecho Agrario en términos de "conseguir el racional disfrute del suelo y establecer relaciones sociales equitativas",[112] o bien los artículos 96 a 99 de la Constitución portuguesa que prevén la eliminación del latifundio y una redimensión adecuada del minifundio a realizar preferiblemente con la adopción de la forma cooperativa.[113] Este tipo de disposiciones marcan, ciertamente, el momento de maduración de un verdadero sistema de Derecho Agrario pues, al establecerse una modalidad de producción normativa más difícil de cumplir, se somete a prueba la presencia de una voluntad política (factor político) suficiente para impulsar una respuesta normativa agraria que, a su vez, por las

106. Véase CARROZZA, A., *Ibíd.*, pp. 219 y ss.; SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

107. CARROZZA, A., *Ibíd.*, p. 219.

108. *Ibíd.*, p. 219 y SANZ JARQUE, J.J., p. 154.

109. Por ejemplo, véanse los artículos 82.1 y 82.4 de la Constitución española de 1978.

110. Caso de la Ley de 3 de mayo de 1982, Nº 203 de Italia. Cfr. CARROZZA, A., *Lezioni...*, p. 221.

111. CARROZZA, A., *Lezioni...*, p. 198. En relación con el Derecho Agrario español y su presencia a nivel constitucional, véase BALLARÍN MARCIAL, A., *Derecho Agrario...*, pp. 628 y ss. CARROZZA clasifica a la Constitución española de 1978 entre aquellas caracterizadas por un escaso número de referencias explícitas al modo en que debe ser organizado el régimen jurídico de la agricultura, de ahí la reserva manifestada en el texto. Cfr. *Ibíd.*, p. 206.

112. *Ibíd.*, p. 209.

113. *Ibíd.*, p. 202.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mismas dificultades del procedimiento de revisión, adquirirían una gran estabilidad.

Asimismo, el elemento publicístico en el Derecho Agrario, que obliga a diseñar todo un sistema de intervención pública en el sector agrícola, hace necesaria la inclusión de modos de producción normativa análogos a los del Derecho Administrativo, tales como los decretos, los reglamentos, etc. Todos estos procedimientos no hacen sino satisfacer las necesidades de la agilidad de los modos de producción deliberada para responder a las necesidades sociales que se vayan presentando, en aras de una mayor adecuación de la norma a la realidad, precisamente por cuanto presentan menores dificultades de promulgación. Obviamente, su importancia se manifiesta respecto de aquellos niveles de la producción normativa en que los aspectos puramente técnicos, de desarrollo de las orientaciones políticas ya previamente delineadas, son los relevantes, dado el carácter teóricamente neutral de los actos normativos elaborados según la técnica del procedimiento administrativo.[114]

Cabe, por último, hacer referencia a un rasgo que debe reunir la legislación agraria para mantener el básico ligamen con la realidad sociológica de cada comunidad: la descentralización legislativa, en tanto manifestación del movimiento más general de revisión de los mecanismos políticos de intervención en la economía, tendiente a superar el estilo centralizador como fórmula básica para favorecer la eficacia y excluir la arbitrariedad.[115] Tal es el modelo acogido, por ejemplo, en países como España e Italia. Así, en la Constitución española, artículo 148.1.7, se incluye a la agricultura y la ganadería entre las materias objeto de posible atribución a la competencia de las comunidades autónomas; en la italiana, artículos 117 y 118, se prescribe la descentralización en favor de las regiones la competencia legislativa y administrativa en materia de agricultura y bosques. En estos casos, se plantea toda una compleja problemática jurídica en torno a las relaciones entre la legislación estatal y la de las regiones o comunidades, generadora de una amplísima doctrina,[116] caracterizadas en general por la confluencia de ambos procesos en la formación de las normas de modo de lograr la conciliación entre los objetivos generales y las necesidades concretas de cada región o comunidad, en cuyos detalles no cabe entrar aquí.

b.i. Cabe ahora la referencia a la jurisprudencia, generadora de precedentes judiciales. Como se sabe ésta constituye un hecho normativo y, por tanto, una modalidad espontánea de dar origen a normas jurídicas. Su funcionamiento puede sintetizarse, a grosso modo, en estos términos: además de las normas legales o consuetudinarias, al pronunciar sus fallos los jueces muchas veces toman en consideración en los fundamentos de la sentencia, determinados criterios generales de razonabilidad, equidad, etc. Esos criterios, que no fueron dictados por un legislador ni se originaron en la costumbre de la población, pueden ser tomados en cuenta por otros jueces a los que se les plantea un caso análogo al resuelto originariamente. Cuando tales criterios son adoptados reiteradamente por los jueces como fundamento de sus sentencias y el apartarse de ellos es motivo de crítica, se ha dado origen a ciertas normas jurídicas, cuya eficacia puede ser directamente vinculante (caso de los países del sistema del Common Law, sobre todo en el caso de Gran Bretaña) o más bien persuasiva (caso de los países del sistema romano-germánico).[117] No quiere ello decir que el cuerpo judicial sancione deliberadamente normas de esa índole (como sí lo hace con las sen-

---

114. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 67.

115. Se trata de la introducción de variantes de mecanismos políticos que tienen la característica de funcionar mediante la intervención de las organizaciones sociales y no según el estilo centralizador. En el capitalismo, estas orientaciones se enmarcan dentro de la llamada visión orgánica de la sociedad. (Cfr. MILLER, David, *op. cit.*, p. 308); en el socialismo, dentro de la corriente autogestionaria y el concepto de planificación democrática o con libertad. (Cfr. GUILLÉN, Abraham, *op. cit.*, p. 160).

116. En la doctrina española destaca la recopilación hecha en Dirección General de lo Contencioso del Estado. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vols. I, II y III, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, en que aparecen diversos trabajos que desarrollan esta temática, v.gr.: GARRIDO FALLA, Fernando, *"Las fuentes del Derecho en la Constitución española"*, vol. I, pp. 29 y ss.; MENDOZA OLIVÁN, Víctor, *"Tipología de las leyes en la Constitución"*, I, pp. 80 y ss.; VILLARROYA, Joaquín Tomás, *"Las fuentes del Derecho en las comunidades autónomas"*, I, pp. 140 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *"Autonomía y sistema de fuentes"*, vol. II, pp 832 y ss.; DE ELIZALDE Y AYMERICH, Pedro, *"Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las comunidades autónomas"*, II, pp. 727 y ss., etc. Con referencia específica al Derecho Agrario, un desarrollo bastante extenso se encuentra en SANZ JARQUE, Juan José, *op. cit.*, pp. 128 y ss. Y en la doctrina italiana, para limitarnos al campo agrario, es de interés mencionar CASCIO Salvatore Orlando, *"Il decentramento normativo in agricoltura"*, **Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario**, cit., pp. 303 y ss.

117. Véase DAVID, René, *op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tencias). Los precedentes van surgiendo espontáneamente, como la costumbre, a medida que los jueces van compartiendo una fundamentación similar para resolver casos análogos y empiezan a considerar criticable el no tomar en cuenta los criterios en que se apoyaron las decisiones anteriores (regla llamada *"stare decisis"*).[118]

La condición de fuente de Derecho de la jurisprudencia no puede ser cuestionada ni aun en los ordenamientos de corte romano-germánico, básicamente en virtud de dos órdenes de consideraciones: por una parte, la ya mencionada aceptación de la hipótesis de la eficacia persuasiva, de la que indudablemente participa la jurisprudencia y respecto de la cual no es necesario insistir aquí, bastando la remisión a lo dicho atrás; por otra, el reconocimiento de una verdadera eficacia vinculante en aquellos ordenamientos en que, a nivel constitucional, se consagre el principio de igualdad ante la ley. En efecto, modernamente se ha interpretado que tal principio implica tanto igualdad en la ley cuanto en la aplicación de la ley. En ese sentido expresa ANDRÉS OLLERO:

> "No es extraño, pues, que se repita en el ámbito judicial el mismo juego del principio de igualdad que ya hemos tenido ocasión de observar en el legislativo. Si su contenido esencial condiciona la creación de nuevas leyes, lo mismo ocurrirá con las sentencias judiciales en determinados supuestos. El principio de igualdad en la ley, que rechaza toda discriminación entre sus destinatarios, encuentra su equivalente judicial en el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que pretende excluir también en el caso concreto toda desigualdad arbitraria. La historicidad gravitará ahora aún más, porque nos hallamos ante la necesidad de juzgar un caso concreto, enmarcado en unas circunstancias peculiares. Pero ello no hace sino agudizar una situación ya experimentada. Se mantiene coherentemente, idéntica exigencia básica: la necesidad de aportar una fundamentación objetiva y razonable que justifique la diversidad de trato.
>
> La regla general de la igualdad ante la ley (...) contempla en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tienen que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable."[119]

En relación con esta modalidad, conviene plantear algunas reflexiones respecto de su idoneidad para satisfacer los caracteres sustanciales del Derecho Agrario.

Presupuesto básico para que las normas producidas mediante los precedentes jurisprudenciales reúnan un verdadero carácter de agrariedad, resulta ser la existencia de una jurisdicción agraria especializada, regida por principios procesales coherentes con los principios sustantivos de la materia, tal como la doctrina procesal agraria ha reiterado incesantemente.[120] En general, se ha razonado que el fenómeno de publicización presente en el Derecho Agrario como una de sus notas características central, se manifiesta, o debe coherentemente manifestarse, en el campo procesal, "de tal suerte que entre la función fijada en el plano sustantivo y la procesal no existan grandes diferencias pues la conexión del interés individual con los colectivos o públicos a causa de los cuales los Estados modernos han limitado los derechos subjetivos privados de las relaciones agrarias dan además de normas sustanciales inspiradas en fines generales o sociales, un proceso afectado con esa nueva inspiración, con lo cual el proceso también se publiciza".[121]

De este modo, la estructuración de un proceso agrario basado en los principios de oralidad, de inmediatez, de concentración, en el principio inquisitivo que le atribuye al juez amplios poderes, asignándole "una función de guía no sólo técnica y 'formal'

---

118. Véase *Ibíd.*, pp. 339 y ss.

119. OLLERO, Andrés, *"Principio de igualdad y teoría del Derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución"*, **Anuario de Derechos Humanos, Nº 4**, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1986-87. En igual sentido se pronuncia PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 534, siguiendo a GORLA.

120. Cfr. Entre muchos, GERMANO, Alberto, *op. cit.*, pp. 501 y ss.; CAPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 481; ZELEDÓN, Ricardo, *"Derecho y proceso agrario"*, **Rivista di Diritto Agrario,** abril-junio, 1979, pp. 194 y ss.; ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982, San José, pp. 17 y ss.

121. ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina*, p. 23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sino también 'material', es decir, una función activa y de asistencia a las partes, dirigida a la búsqueda de la verdad real: ingeniándose para que la victoria sea obtenida por la parte que tenga efectivamente razón, y no por la que haga prevalecer una superior fuerza económica o una habilidad superior propia o de su defensor";[122] en el de defensa técnica gratuita y bajo costo del proceso, tendiente a hacer la justicia accesible, de hecho, a todos, en particular a los campesinos de escasos recursos,[123] constituye una parte fundamental en el proceso de formación de la jurisprudencia idónea para corresponder a las exigencias de las fuentes materiales agrarias.

Ahora bien, "cuando se le han confirmado al juez amplios poderes en el proceso agrario, no se ha tratado solamente, de darle un alto contenido técnico a la materia, sino, principalmente, darle responsabilidad para que se comporte como hombre de su tiempo y a su vez pueda conducir con sabiduría las grandes decisiones que su responsabilidad exige, es decir, comportarse como elemento de cambio, imbuido en una mística que busca satisfacer el valor justicia".[124]

Esta particularidad tiende sin duda a matizar dos características que tradicionalmente se le asignan a la jurisprudencia, a saber, la de ser una fuente meramente "cultural", por una parte, y de ser fuente productora de normas interpretativas y no de normas innovativas o integrativas,[125] por otra.

Del carácter estrictamente "cultural" tradicionalmente vinculado a la jurisprudencia puede decirse que tiene su origen en el esquema de razonamiento jurídico del positivismo clásico el cual, en aras de la tutela del valor de seguridad jurídica, distinguía netamente dos fases en la dinámica jurídica. "Una primera, en la que se pone el Derecho, encomendada a una actividad legislativa, que se presenta como acto de voluntad, otra posterior, en la que se aplica el Derecho ya positivado, encomendada a una actividad judicial diseñada como tarea cognoscitiva, científica —y gracias a ello— racional. Absoluta discrecionalidad legislativa a la hora de poner el Derecho y drástico mecanismo a la hora de aplicarlo. Positivación política y razonamiento científico marcaban dos procesos tajantemente separados".[126] Así, la apoliticidad del juez, junto a su imparcialidad e independencia, constituye un rasgo básico para fundar la seguridad jurídica, garantizándose que "la interpretación y aplicación del Derecho no son actividades arbitrarias, sino encauzadas por una cierta metodología científica".[127]

El cuestionamiento de la rigidez de este esquema toma fuerza a partir de que las aspiraciones de justicia social, entendida ésta sobre la base de un criterio material de justicia vinculado a formas de igualdad real, efectiva, superadoras del formalismo de la tradicional igualdad ante la ley, hacen su aparición en los ordenamientos jurídicos, sobre todo a nivel constitucional.[128] Esta aparición normalmente asume la forma de normas programáticas o principios generales que, si bien de cuya verdadera juridicidad no cabe ya dudar,[129] no son obviamente de

---

122. GERMANO, A., *op. cit.*, p. 503.

123. Cfr. ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario...*, pp. 121-122.

124. *Ibíd.*, p. 113.

125. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 536. Innovativas: "si verifica quando una fonte produce disposizioni o norme destinate a regolare una materia o una fattispecie precedentemente non prevista, almeno in modo esplicito, per cui la sua disciplina doverà (se del caso) venir ricostruita attraverso l'impiego del ragiionamiento analogico, del ricorso ai principi generali o di altri operazioni interpretative di questo genere", p. 45. Interpretativas: "si ha quando invece la materia o la fattispecie é regolata da una fonte superiore che la disciplina compiutamente senza lasciare spazi vuoti (...) ovvero nei casi in cui essa é riservata alla fonte superiore mediante una 'riserva assoluta'", p. 46. Integrativas: "è quella che si verifica quando la fonte superiore si limita a dettare una disciplina parziale della materia o della fattispecie", p. 47.

126. OLLERO, Andrés, *op. cit.*, p. 187.

127. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *"Los principios generales de Derecho y la Constitución"*, **La Constitución española y las fuentes del Derecho**, vol. II, pp. 1168-1169.

128. Esta evolución se identifica como la fase del "constitucionalismo social", que tiene sus raíces ya en la Constitución mexicana de 1917, pasando luego por la soviética de 1918, la de Weimar de 1919, y que tiene una clara formulación en artículos como el 3 de la Constitución italiana de 1948 y el 9.2 de la española de 1978. Cfr. ZELEDÓN, Ricardo, *"El origen del moderno Derecho Agrario"*, pp. 19 y ss. y BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *Derecho Agrario*, p. 642.

129. "...anche le norme costituzionali c.d. programmatiche possono essere causa di illegitimatà delle norme che perseguono finalità con esse contrastanti e recentemente si è prospettata la possibilità di sanzionare in qualche modo, non solo l'inerzia della Pubblica amministrazione, ma anche quella del legislatore...", PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 53.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

directa aplicación debido a su falta de concreción. Así, se plantea el dilema acerca de la postura a tomar cuando el legislador no ha traducido tales principios o programas en normas más concretas, respecto de si los órganos jurisdiccionales han de proceder a tal formulación, primero en la forma de reglas de aplicación al caso concreto y luego como normas jurídicas producidas mediante el mecanismo jurisprudencial. Obviamente, tomar esta opción implica abrir un espacio al elemento político y, además, un debilitamiento del valor de seguridad jurídica.

Cuando la realidad plantea exigencias de reforma, de transformación, las relaciones entre seguridad y justicia entran en especial tensión. El esquema según el cual la seguridad, si bien por sí sola no garantiza la justicia, sí es su valor fundante, en el sentido de que "establece las condiciones básicas que hacen posible el cumplimiento del valor superior que es la justicia",[130] tiende a ceder cuando su resultado es el de una "seguridad injusta". En tales situaciones, la búsqueda de la justicia, en tanto valor superior, puede plantear cierta contradicción entre estos dos valores, lo que "obliga al hombre a tomar riesgos, a abandonar la seguridad ya obtenida para buscar alcanzar la justicia".[131]

La formulación más fuerte y decidida de una orientación como la que comentamos se encuentra, sin duda, en la llamada "teoría del uso alternativo del Derecho", desarrollada por parte de la doctrina italiana en forma nada casual sobre la base del artículo 3 de la Constitución vigente, que incorpora la idea de la igualdad real, efectiva, en términos análogos a los del artículo 9.2 de la Constitución española de 1978.[132] Sin poder entrar aquí en una exposición detallada de esta teoría, me interesa destacar, con GONZÁLEZ PÉREZ, que "según los teóricos del uso alternativo del Derecho, la actividad judicial tiene un indudable carácter político, en cuanto el juez adopta, en definitiva, opciones de clase: ni el juez ni el Estado son entidades imparciales, por encima de las clases en continuado conflicto. De aquí que el juez 'progresista' deba utilizar las incoherencias, lagunas y contradicciones del Derecho burgués a favor de la clase oprimida, para su liberación".[133] Más allá de la postura ideológica de orientación marxista presente en el discurso de estos teóricos, es preciso subrayar que el planteamiento de fondo que es posible extraer es, simplemente, el de que el poder jurisdiccional debe participar de los movimientos en pos del cambio social, los cuales no tienen por qué estar circunscritos al monopolio marxista.

Esto se manifiesta en forma clara en el terreno del Derecho Agrario, en cuya formación obedece al consenso de distintas corrientes ideológicas en torno a determinados valores y fórmulas para concretarlos, dentro del cual la aspiración por la igualdad efectiva juega, como vimos, un papel de identificación axiológica de esta rama del Derecho insoslayable. En ese sentido, la participación del juez en pos de este objetivo cobra una importancia central, a la par del mecanismo legislativo, de modo que se convierte en canalizador directo de los factores políticos que operan como fuentes materiales del Derecho Agrario. El carácter social-asistencial del proceso agrario parte de la afirmación de que "no existe desigualdad mayor que aquella de tratar las desigualdades de un modo igual,[134] con lo cual se le compromete directamente con el tratamiento del

130. GUTIÉRREZ, Carlos José, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Editorial Tridente, S.A., Madrid, 1963, p. 269.

131. *Ibídem*, p. 270.

132. Dice el artículo 3 de la Constitución italiana: "Todos los ciudadanos tienen igualdad de derechos sociales y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas y de condiciones personales y sociales. Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país". Y el 9.2 de la Constitución española: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

133. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, p. 1169. "Desde la idea de que la superestructura jurídica no es siempre reflejo exacto de las relaciones de producción capitalista, se alude a la posibilidad de que el Derecho sea también un terreno válido de lucha de clases y no un territorio definitivamente abandonado a la mención de la clase burguesa". N. LÓPEZ CALERA, *Sobre el alcance teórico del uso alternativo del Derecho*, cit., por GONZÁLEZ PÉREZ, p. 1168. Otros autores de esta corriente: BARCELLONA, FERRAJOLI, TODOTA, CONTRERRI, etc.

134. ZELEDÓN, Ricardo, *Proceso agrario comparado en América Latina...*, pp. 26-27.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

problema de las grandes desigualdades sociales en tanto manifestaciones de injusticia. ZELEDÓN resume así el razonamiento en términos precisos:

> "...en sede agraria, más evidente que en otros campos jurídicos, las partes se enfrentan en un notable estado de desigualdad económica y por esto cobra especial interés el balancear la desproporción existente; por una parte, a través de los mecanismos legislativos que reivindiquen la conducción de la parte más débil, y por otra, obligando al juez a realizar una función tuitiva."[135]

La consecuencia más relevante de esta función asignada a la actividad jurisdiccional se refleja en el carácter creativo que la doctrina agrarista ha sido insistente en destacarle.[136] En efecto, el compromiso con los valores y principios sustanciales del Derecho Agrario obliga a los jueces a asumir una labor de integración en los casos en que falten normas jurídicas concretas que desarrollen los principios generales contenidos en normas programáticas,[137] en cuyo caso pasan a "asumir un papel muy semejante al del legislador",[138] sea derivando la norma directamente de los principios, sea valiéndose de la ayuda de la analogía.[139] Cuando ésta es posible, se da la ventaja de que se le presenta al juez un instrumento que le permite la producción de una norma jurídica lo suficientemente concreta para resolver el caso según un esquema normativo preestablecido de igual grado de concreción, lo cual asegura la aplicación de una norma expresamente elaborada para responder a un caso concreto análogo. Por supuesto, lo fundamental es que, efectivamente, la valoración del supuesto análogo sea concordante con los valores fundamentales del Derecho Agrario, esto es, que responda a fuentes materiales también análogas.[140]

Asimismo, y por las razones que hemos destacado, en el ejercicio de la función puramente interpretativa, la actividad jurisdiccional, al decir de CAPELLETTI, "debe ir más allá de la norma y penetrar a fondo en el aspecto económico, técnico y social para llegar a su clarificación, de modo que aquella valoración de los intereses (equidad social), que normalmente representa un método de interpretación para ser utilizado entre otros, o como mero criterio subsidiario respecto de otros criterios de hermenéutica en el campo de las relaciones agrarias constituye el único método que el juez puede aplicar.[141] Se trata de la aplicación del criterio conocido en doctrina como 'histórico-evolutivo', que se funda sobre la constatación de la posibilidad de que una misma fórmula normativa venga entendida en forma diferente según circunstancias históricas diversas, deduciéndose la necesidad de utilizar materiales normativos producidos en épocas no recientes teniendo en cuenta las modificaciones derivantes de las transformaciones sucesivamente experimentadas por el ordenamiento positivo y por la realidad social. Así, la labor del intérprete no puede ser limitada a la construcción de un sistema de conceptos que representen el producto de operaciones de pura lógica (caso del llamado criterio lógico-sistemático), sino que

---

135. *Ibíd.*, p. 27.

136. CAPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 488. En sentido análogo, GERMANO, Alberto, *op. cit.*, pp. 499-508.

137. Este es uno de los típicos problemas de "laguna" que admite la corriente doctrinaria moderna que rechaza el planteamiento tradicional que consideraba el problema de las lagunas como el resultado de que la ley no previera todos los casos posibles, sosteniendo que la introducción en el sistema de fuentes de todo un complejo de formas de creación del Derecho distintos de la ley que ofrecen al intérprete una serie de normas jurídicas que hacen restrictivo el espacio para que se den lagunas a algunos problemas específicos. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, pp. 100 y ss.

138. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 366.

139. La analogía consiste, como se sabe, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en una norma jurídica), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. "Ello equivale a formular una *nueva* norma de cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre una y otra sólo hay una identidad parcial". GARCÍA MAYNEZ, E., *Ibíd.*, p. 369. Pero, además, lo que justifica la aplicación de la disposición de una ley a un caso no previsto en su supuesto no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver uno y otro de un mismo modo. *Ibíd.*, p. 370, lo cual es un problema axiológico.

140. Este mecanismo puede tener aplicación respecto de normas contenidas en otras ramas del Derecho de análoga orientación axiológica al Derecho Agrario en el supuesto análogo, como puede ser, en materia de contratación, respecto del Derecho Laboral, en tanto sus normas tiendan a proteger a la parte más débil. Debe aclararse, de todas maneras, que en este caso no se trata de que se esté aplicando una norma de una rama ajena al Derecho Agrario, sino que se utiliza esa norma como marco para producir una nueva norma, diferente, propia del Derecho Agrario.

141. CAPELLETTI, Mauro, *op. cit.*, p. 488.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

debe tener en consideración los intereses que el ordenamiento jurídico demuestra pretender tutelar y que consecuentemente califica como intereses públicos".[142]

Restan algunas consideraciones comparativas de la modalidad jurisprudencial en relación con la consuetudinaria y la legislativa.

En relación con la costumbre y los puntos de crítica que se le señalan, puede decirse que, en primer lugar, la jurisprudencia representa una evidente superación de la escasa conciencia por parte de los sujetos que espontáneamente concurren a la formación del hecho normativo consuetudinario acerca de que están creando Derecho, pues tal conciencia está indudablemente presente en los actos conformativos de la jurisprudencia (las sentencias judiciales). Asimismo, también existe una superación del problema de los complejos mecanismos de reconocimiento, si se lleva un adecuado sistema de registro y clasificación.[143] De más insistir también respecto de la superación de la lenta capacidad de modificación y su incontrolabilidad propios de la costumbre.[144]

En relación con la legislación, es preciso señalar que el carácter de espontaneidad que se le atribuye a la jurisprudencia es en mucho relativo, precisamente por cuanto cada uno de los actos que, con su reiteración, convergen a la estructuración de normas de carácter *erga omnes*, es, en sí mismo, deliberado y que, en el caso concreto del Derecho Agrario, conlleva una adecuada ponderación de elementos científicos y políticos. De modo que, si los actos jurisdiccionales formulan y acogen principios y fundamentos de verdadero contenido agrario, también las normas jurídicas producidas a posteriori tendrán ese carácter, con la ventaja adicional de que, al desarrollarse en virtud de exigencias reales concretas, su adecuación a la realidad —máximo problema que enfrenta tendencialmente la legislación, según tuvimos ocasión de ver— es más segura, máxime cuando ésta es tan compleja y cambiante como la agraria.

Por supuesto, esta constatación debe resaltar el hecho de la importancia de la jurisprudencia como complemento de la legislación, mas no, como quizá pudiera parecer, a resaltar la potencial superioridad de aquélla con respecto de ésta dentro de un eventual sistema de fuentes del Derecho Agrario. Y ello por dos razones: en primer lugar, por cuanto mientras la jurisprudencia es un mecanismo diseñado para intervenir en la esfera conflictiva del Derecho, esto es, para restablecer la paz social en caso de contención, la legislación es un proceso que permite delinear jurídicamente, en su esfera de normalidad, el comportamiento y organización de los individuos y de la sociedad.[145] De manera que si el Derecho Agrario pretende echar las bases de un orden socioeconómico nuevo en el sector agrario, la jurisprudencia no sería un instrumento idóneo para desplazar a la legislación como fuente primigenia. En segundo lugar, por el valor que representa la presencia del juego de control democrático, con sus frenos y contrapesos, en el mecanismo legislativo como forma de excluir y prevenir la arbitrariedad.

ii. Por último, me interesa hacer una breve referencia a otra modalidad espontánea —hecho normativo que está llamado a jugar un papel importante en el sistema de fuentes formales del Derecho Agrario: la combinación doctrina (ciencia del Derecho)—Derecho Comparado que tiene como resultado la formulación de principios generales.[146] Se trata de un proceso complejo en el que participan, por una parte, la reiteración de normas de distintos ordenamientos, que denotan ciertas orientaciones genera-

142. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 124.

143. En Italia, por ejemplo, existe el llamado "Ufficio del Massimario", en el que se enmarca la actividad oficial de extracción de las máximas jurisprudenciales. Cfr. *Ibíd.*, p. 529.

144. Aún en el sistema del "Common Law" inglés, en el que "está excluido cualquier cambio de jurisprudencia", (DAVID, R., *op. cit.*, p. 305), mediante la regla del precedente, en aquellas esferas que así lo exigen se adapta dicha regla a las necesidades de nuestra época, elaborando doctrinas nuevas y utilizando, sobre todo, la técnica de las "distinctions", que consiste en sustraer la aplicación de una norma jurisprudencial alegando diferencias sustanciales en el caso concreto del supuesto con vista del cual tal norma fue elaborada. Cfr. DAVID, R., *Ibíd.*, p. 294.

145. DAVID refleja bien esta situación cuando dice de los regímenes del Common Law, a diferencia de la familia romano-germánica que "su preocupación inmediata es restablecer la paz, no echar las bases del orden social", *Ibíd.*, p. 27.

146. Bien mirada, la inclusión de los llamados principios generales como fuente resulta una formulación harto imprecisa, precisamente por cuanto éstos consisten en preceptos normativos en sí mismos que pueden ser producidos por distintos medios. Tales medios serían las fuentes propiamente dichas. Así, un principio general puede estar incluido en la Constitución Política o en una ley, con lo cual resultaría el resultado de la legislación. O bien puede ser el resultado del proceso descrito en el texto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

les en dichas normas; por otra, entra en juego el papel de la ciencia del Derecho, en tanto sistematizadora y descubridora de dichas orientaciones, a través de la labor reiterada de los autores. La importancia de esta modalidad radica en el hecho de que, al constituir un proceso de formación espontánea que sintetiza la labor consciente y deliberada de muchos juristas y la reiteración de actos deliberados en distintos ordenamientos, realizada por personas de preparación jurídica. Así, las normas jurídicas producidas de esta forma, vienen a indicar precisamente los lineamientos generales debidamente consolidados mediante la experiencia común de distintos países y ordenamientos jurídicos de las normas jurídicas llamadas a responder a las necesidades que operan como fuentes materiales del Derecho Agrario. Es decir, delinean el tipo de respuesta que es eficaz para la solución. Y, además, como la doctrina y el Derecho Comparado no sólo tratan los principios generales, sino de las normas más concretas de donde éstos en un primer momento se infieren y en un segundo de ellos se deducen, con lo cual se facilitan el proceso de formulación de ese tipo de normas (esto es, las directamente aplicables gracias a su suficiente grado de concreción) que se deba emprender mediante la legislación y/o la jurisprudencia.[147]

c. Como otra variedad de actos normativos (modalidades deliberadas) que presenta especial interés para el Derecho Agrario, hago referencia ahora a lo que la doctrina llama "actos de autonomía de los privados", en tanto, claro está, tengan éstos eficacia normativa.

Para efectos de aclaración, diremos que por autonomía privada se entiende el poder que sujetos no investidos de funciones públicas ejercitan para disciplinar relaciones jurídicas destinadas a desarrollarse entre sí o con sujetos que en virtud de cualquier título deben atenerse o uniformarse a sus disposiciones. Cuando tal autonomía sea ejercitada mediante la determinación de reglas válidas *erga omnes*, aun cuando sean aplicables a una colectividad limitada de sujetos, nos encontramos frente a un verdadero "Derecho de los privados", definible como el complejo de las normas que autoridades no estatales emanan para regular determinadas relaciones jurídicas entre las personas sujetas a éste.[148]

La doctrina distingue dos modalidades de manifestación de esta autonomía de los privados: por un lado, la no negocial, que se da cuando el poder de autonomía conlleva la utilización de un bien o un complejo de bienes respecto del cual el titular tiene un derecho real (absoluto, en contraposición con los derechos relativos o de prestación), siendo los casos típicos los reglamentos que el propietario de un bien puede dictar para la utilización del bien mismo por parte de otros sujetos legitimados a usarlo por diversos títulos y los que el empresario puede establecer para el ejercicio de la "azienda" sobre la base de criterios organizativos que involucran la labor de los dependientes y también la acción de los usuarios de los servicios producidos o de otras categorías de personas implicadas en la actividad de diversas maneras. Tales reglamentos pueden ser adoptados por el propietario o el empresario mediante el ejercicio de su iniciativa autónoma, cuando se trate de un sujeto individual, o bien a través de procedimientos del tipo de aquellos previstos para la formación de las deliberaciones de los órganos colegiales, donde se trate de propiedad o empresas colectivas. Por otra parte, la negocial, que se basa en el consenso expreso de todos los destinatarios directos de la disciplina, según la técnica propia de la estipulación de los contratos.[149]

Respecto de la primera modalidad, es fundamental tomar en consideración, en primer lugar, que en el Derecho Agrario "la propiedad está presente y es relevante en la medida en la cual hace de soporte a la empresa, la cual precisamente por la diferente relación en la cual se encuentra con la propiedad se califica de un modo o en otro, con diversidad de efectos bastante notables. Una propiedad, en suma,

147. "Todo lo que significa el término 'principios generales del Derecho' es lo que los autores, básicamente tratadistas y comentaristas autorizados, digan respecto al principio, regla o institución en cuestión. TORREALBA, Octavio y KOZOLCHIK, Boris, *Curso de Derecho Mercantil*, Litografía Lehmann, 1ª edición, San José, Costa Rica, 1974, p. 118. "Non è arbitrario collocare la legislazione comparata tra le fonti del Diritto Agrario accanto alle fonti del Diritto interno. E questo non tanto perché nei tempi più recenti si sia affermata la tendenza ad abbatere le barriere che dividono gli Stati, e quindi gli ordinamenti giuridichi, e a realizzare sempre più vaste forme di cooperazione economica internazionale, quanto e supratutto perché è proprio dalla comparazione delle fonti del Diritto straniero che si possono ricavare principi capaci de dare nuova luce al Diritto interno, anchenelle sua tendenze evolutive". GALLONI, G., *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola*, p. 53.

148. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 469.

149. Cfr. *Ibid.*, pp. 469-470.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de considerarse como instrumento respecto a la empresa".[150] Por esta razón, la distinción señalada entre el caso del propietario y del empresario tiende a difuminarse, pues la propiedad propiamente agraria debe implicar necesariamente el ejercicio de una actividad empresarial.[151]

En segundo lugar, debe destacarse que las exigencias de reforma han redundado en el hecho de que ha sido tendencial en la legislación especial el desarrollo de formas jurídicas de empresas agrarias propias, lo cual tiene su soporte en una análoga tendencia en el instituto de la propiedad. Se ha considerado incluso que la existencia de tales figuras constituye uno de los criterios formales que concurren a delimitar la tipicidad de la empresa agraria.[152] Más aún, puede afirmarse que el Derecho Agrario, a diferencia del Derecho Mercantil, se caracteriza por tener como parte importante de su objeto la existencia de distintos tipos de empresa. Así, las formas comunitarias, familiares, asociativas, son objeto de regulación del Derecho Agrario, sin que exista una circunscripción a un solo tipo de empresa, como sucede al Derecho Mercantil respecto de la empresa capitalista.[153] Igualmente, desde el momento en que la empresa se califica precisamente por la diferente relación en la cual se encuentra con la propiedad, según expresamos en palabras de CARROZZA, la tendencia es también a la de la regulación de varias formas de propiedad.

Por supuesto, en la dimensión axiológica, esta tendencia del Derecho Agrario hacia formas propias reformistas refleja claramente la búsqueda de concreción de los valores propios del objeto formal del Derecho Agrario. En materia de propiedad, esta dimensión axiológica se manifiesta, como se sabe, en la introducción del principio de la función social, tanto en el aspecto subjetivo como objetivo. En el primer aspecto, relacionado con la obligación de poner los bienes productivos objeto de propiedad al servicio de una actividad productiva acorde con su naturaleza, esto es, de satisfacer el destino económico de tales bienes según criterios de buena técnica y de respetar las exigencias ecológicas,[154] se busca indudablemente plasmar la tutela del valor de eficacia económica y adecuada conservación de los recursos naturales, que implica la necesidad socioeconómica de que la sociedad halla una utilización óptima de sus recursos. En cuanto al aspecto objeto de la función social, puede decirse que "afecta al otro aspecto básico de la propiedad, que es el de su distribución",[155] orientado hacia la generalización o difusión de la propiedad, no ya como abstracta posibilidad jurídica, sino como actuación económica concreta,[156] como elemento básico de justicia social.[157] Ahora bien, si bien a través de este aspecto se plantea la necesidad de hacer la propiedad accesible a las grandes masas, este principio, aisladamente considerado, presenta dos limitaciones. Por un lado, en su aplicación práctica puede entrar en conflicto con el fin de racionalidad económica, pues en nombre de distribuir la propiedad podría no escogerse la forma más eficiente y racional de producir, fenómeno harto generalizado en una gran mayoría

---

150. CARROZZA, A., *"La propiedad como instituto del Derecho Agrario"*, **La propiedad: ensayos.** Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1983, p. 190.

151. De no ser así estaríamos ante una regulación no agraria de la propiedad, sino civil con aplicación en el agro.

152. Véase, en ese sentido, VATTISA FUENZALIDA, Carlos, *"Configuración dogmática de la empresa agraria"*, **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano,** cit. p. 126.

153. "El Derecho Mercantil ha tomado la empresa en su moderna estructura capitalista", GARRÍGUEZ, Joaquín, *"¿Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil"*, **Antología de Derecho Comercial, I**, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983, p. 71. "...el Derecho Agrario, a diferencia del Derecho Mercantil, debe dar tratamiento jurídico a la empresa no sólo en su dimensión externa sino, fundamentalmente, en su dimensión interna y, además, ese tratamiento no se circunscribe al tipo de empresa capitalista, sino que abarca *otros* tipos". TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *El perfil funcional de la organización subjetiva en la empresa de reforma agraria (contribución a la búsqueda de un modelo óptimo para Costa Rica)*, **Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho,** Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987, p. 133.

154. Tal aspecto de la función social puede verse consagrado en España en la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables de 22 de julio de 1971, hoy refundida en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, número 5185 del 20 de febrero de 1973, que dice en su artículo 2º: "Cultivar con arreglo a criterios técnicos-económicos; realizando las transformaciones y mejoras necesarias para una adecuada explotación de acuerdo con el nivel técnico existente y siempre que las inversiones sean rentables".

155. BALLARÍN MARCIAL, A., *"La especialización del Derecho Agrario"*, p. 55.

156. PUGLIATTI, Salvatore, *"La proprietà e le proprietà"*, **La proprietà nel nuovo Diritto,** Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1964, p. 277.

157. Debe advertirse que en la discusión en torno a la distribución de los factores productivos está implícita también una discusión relativa a la incidencia en la eficacia económica, la cual no abordaremos aquí.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de procesos de reforma agraria. Por otra parte, las mismas limitaciones físicas de disponibilidad de recursos podrían hacer nugatoria su realización práctica. En ese sentido, la necesidad de dar acceso a los miembros de la sociedad a la propiedad se enfrenta a exigencias económicas propias de la actividad empresarial, que no permite la excesiva atomización de las unidades productivas. Antes bien, no hay duda de que en la economía moderna se da una tendencia irreversible a la concentración de los factores productivos bajo formas de gestión unificadas, sea mediante las empresas de gran tamaño, sea por mecanismos de integración vertical y horizontal. De este modo, por exigencias de coherencia con los valores tutelados, el instituto de la propiedad agraria se ve plenamente invadido por el fenómeno que llama PUGLIATTI de la "pluralidad subjetiva con unidad objetiva", presente en las formas de condominio.[158] Es decir, se trata de difundir la propiedad, pero sin diseminar la unidad adecuada de la "azienda".

En sentido correlativamente análogo, el Derecho Agrario se ha orientado hacia la tutela de determinados tipos de empresa destinados a cumplir la función social de dar acceso a los trabajadores a la gestión, a los excedentes y a la propiedad.[159] BALLARÍN MARCIAL habla incluso de una "función social objetiva de la empresa", que se concreta en la persecución de los siguientes tipos ideales de empresa:

> "— Empresa comunitaria
> — Explotación familiar viable
> — Empresa asociativa
> — Empresa capitalista con elementos de participación comunitaria..."[160]

De todo esto se desprende que lo verdadero y específicamente agrario de la regulación del instituto de la empresa es precisamente la presencia de estos elementos y, para lo que en particular nos interesa en estos momentos, sobre todo del elemento "asociativo" en las relaciones entre los sujetos de la empresa,[161] que implica la participación de todos los aportantes de factores productivos en los poderes de orientación de la actividad. Esto le imprime un sello particular a la modalidad de producción normativa que comentamos cuya consecuencia más visible es que se borra la distinción respecto de la modalidad negocial consistente en el consentimiento expreso que en ésta se da de todos los destinatarios directos de la disciplina. En efecto, en el momento en que el trabajador también participa de los poderes de gestión, ocurre el fenómeno de que un mismo sujeto, en relación con la orientación de la actividad empresarial, se coloca, simultáneamente, en una situación de poder y en otra de deber. De poder, en tanto puede participar en la elaboración de los reglamentos o estatutos internos de la empresa; de deber, por cuanto debe sujetarse a tales reglamentos. Sigue existiendo subordinación, mas ahora se establece en relación con un órgano no respecto a un sujeto (empresario), de cuya composición participa el mismo sujeto subordinado.[162] Obviamente, la eficacia *erga omnes* se sigue manifestando respecto a los nuevos trabajadores que se asocian, en relación con los estatutos o reglamentos ya vigentes. Por otra parte, otra consecuencia es la necesaria adopción de las normas a través de procedimientos deliberativos de órganos colegiales y no mediante la iniciativa autónoma del empresario o propietario tradicionales.

Ahora bien, para pasar a la referencia a las formas negociales, es preciso señalar que nada impide, y de hecho es lo normal, que las normas producidas dentro de las empresas agrarias sean el producto de un contrato asociativo, sean de carácter bilateral o plurilateral,[163] de los que la doctrina agra-

---

158. Cfr. PUGLIATTI, S., *op. cit.*, p. 168.

159. Véase en ese sentido MAGNO, Pietro, *Diritto Agrario del Lavoro*, Franco Angeli Editore, Milano, 1984, p. 62.

160. BALLARÍN MARCIAL, A., *"La especialización del Derecho Agrario"*, p. 65.

161. Es por ello que me parece que la empresa capitalista tradicional que opera en el agro está sujeta a una regulación de Derecho Laboral (Agrario) y no de Derecho Agrario propiamente dicha.

162. Cfr. ROBERTI, Giovanni, *"Participación de los trabajadores en la reforma de la empresa"*, **Revista de Estudios Sindicales y Cooperativos**, Madrid, octubre-diciembre, 1965, Nº 24, p. 102.

163. Es bilateral aquel contrato en que existen típicamente dos únicas partes, cada una de las cuales es titular de derechos y obligaciones y poderes contrapuestos o complementarios respecto de la otra. Plurilateral es aquel que presenta un esquema abierto a una pluralidad de partes. Cfr. GALLONI, G., *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola*, p. 409.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ria clasifica como contratos constitutivos de empresa (contratos para la empresa),[164] con lo cual es indudable de que se trata de formas negociales. Obviamente, la categoría no se agota ahí, sino que se extiende tanto a otras formas de contratos asociativos como de contratos de cambio.[165]

Así, son formas negociales asociativas también las que se establecen *entre* las empresas, y que constituyen lo que la doctrina llama contratos de empresa de coordinación,[166] que pueden dar lugar, a su vez, a la constitución de una persona jurídica empresarial que gestiona a nombre propio algunas de las fases del proceso productivo (caso típico de la sociedad cooperativa de servicios dotada de personalidad jurídica), o simplemente a la utilización asociada de aquellos recursos que, de otro modo, resultarían más costosos o de menor calidad.[167]

Todas estas formas asociativas, negociales o no negociales, pueden clasificarse dentro de la llamada "agricultura de grupo",[168] regida por el principio de asociación que "supone la unión de personas, en torno a fines comunes, poniendo en común actividades y, por ende, la realización de actos, autorizados, permitidos, eventualmente impuestos, en todo caso regulados, por el Derecho (unión jurídica). Se procura, pues, la comunicación y unión de esfuerzos entre los productores, en beneficio, directo o indirecto, de la producción agraria".[169]

En cuanto a las formas de cambio, lo característico en el Derecho Agrario es el papel central de las formas de autonomía colectiva o de grupos, buscándose que las organizaciones de sujetos, y no éstos aisladamente, sean las que establezcan las relaciones jurídicas, en aras de fortalecer y equiparar los poderes reales de negociación. Así, se ha dicho, en el Derecho Agrario la autonomía de los grupos sociales es fuente evolutiva del Derecho.[170] Igualmente, SALAS y BARAHONA señalan que "una fuente del Derecho Agrario que merece destacarse es la que un autor llama 'corporativa o profesional', la cual está constituida por los contratos colectivos de trabajo y las convenciones y normas establecidas o dictadas por ciertas organizaciones profesionales de Derecho Privado y de Derecho Público, a las que el Estado confiere la protección de intereses colectivos. Operan como intermediarios entre una clase dedicada a una actividad determinada a la que representan y el Estado, favoreciendo o tratando de frenar su intervención y fomentando la solidaridad entre los empresarios agricultores y trabajadores rurales".[171] Conviene, no obstante, subrayar que es cuestionable la especificidad propiamente agraria que pueda tener el mecanismo tradicional de la convención colectiva laboral, el cual presupone la estructura capitalista de las empresas, en cuyo caso me parece más preciso hablar de un Derecho Laboral Agrario y no de un Derecho Agrario Laboral.[172] Valga, empero, su mención, pues se trata de una zona fronteriza, en la que una normación positiva agraria no se ha desarrollado plenamente aún, y que, no obs-

---

164. "Essi sono propriamente i contratti costitutivi dell'impresa agricola, stipulati per consentire, attraverso la cooperazione di più soggetti, la combinazione dei fattori produttivi. Si tratta perciò di contratti che concernono il conferimento del fondo e dei capitali giàorganizzati o da organizzare in azienda, il conferimento del lavoro direttivo ed esecutivo, la designazione dell'imprenditore titolare dei poteri organizzativi e la distribuzione degli utili". *Ibíd.*, p. 17.

165. La doctrina agrarista ha puntualizado que la diferencia esencial para determinar si la naturaleza del contrato es asociativa o de cambio radica en que mientras en el asociativo se prevé algún grado de coparticipación en la actividad empresarial causa del contrato agrario de las partes, no sucede así con el de cambio. Cfr. *Ibíd.* y CASADEI, Ettore, *Diritto Agrario*, Bologna, ad uso degli studenti della Facoltà di Giurisprudenzia delle Università di Bologna e di Modena, 1975, p. 89. La mera cláusula parciaria (división proporcional del beneficio o utilidad) no convierte a un contrato de cambio en asociativo. En ese sentido, DE LOS MOZOS, José Luis, *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, Editorial Tecnos, 2ª ed. 1972, pp. 225 y ss.

166. "Tra i contratti di impresa agraria che sono stati classificati di coordinamento rientro tutti quelli stipulati dall'imprenditore agricolo allo scopo di integrare e potenziare l'economia della sua impresa in una dimensione associativa più vasta". GALLONI, G., *"Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola...*, p. 439.

167. Cfr. VERRUCOLI, Piero, *"Ruolo e prospettive della cooperazione in agricoltura"*, **Rivista di Diritto Agrario, Nº 2**, abril-junio, 1985, pp. 176–177. Véase también CARROZZA, A., *"Le varie forme di agricoltura di gruppo nel Diritto italiano (profili sistematici)"*, **R.D.A., Nº 4**, octubre-diciembre, 1980.

168. Véase sobre el concepto, entre muchos, CARROZZA, *Ibíd.*, p. 518; VERRUCOLI, P., *Ibíd.*; GALLONI, G., *Lezioni...*, pp. 407 y ss.; FRANCO GARCÍA, José María, *"La agricultura de grupo"*, **Revista de Derecho Agrario y reforma agraria**, Mérida, Venezuela, 1978.

169. GELSI BIDART, Adolfo, *op. cit.*, p. 46.

170. GALLONI, G., *Lezioni...*, p. 33.

171. BARAHONA ISRAEL, R. y SALAS MARRERO, O., *op. cit.*, pp. 45-46.

172. En ese sentido la obra de MAGNO, P., *op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tante, conlleva la existencia de normas de otra rama del Derecho cuyas fuentes materiales en alguna medida guardan analogía con las del Derecho Agrario, aunque no las satisfagan completamente.

Otro ejemplo importante es el de los llamados contratos agroindustriales,[173] en los que un grupo de agricultores, en forma colectiva, negocian con empresas industriales la venta garantizada de la cosecha, en aras de ubicar a las partes en igualdad de condiciones.

La autonomía colectiva se ubica como un interesante paso intermedio entre legislación y autonomía privada, que resalta el carácter del Derecho Agrario de estar en una posición equidistante entre el Derecho Privado y el Derecho Público a través de las llamadas "técnicas de actuación de la economía concertada".[174] Su menor grado de generalidad respecto de la legislación y su estrecha vinculación con la realidad, dan a este mecanismo una especial idoneidad para concretar fines propios del Derecho Agrario. Lo normal es que asuma una función integrativa de la legislación, aunque en muchos ordenamientos se ha abierto paso como verdadera fuente "extraordinem".

Cabe puntualizar, en fin, que el elemento publicístico del Derecho Agrario, que se manifiesta a través de la legislación y demás instrumentos de la planificación,[175] implica limitaciones de contenido para estas formas privadas de producción normativa, así como formas de concurrencia normativa, en virtud de la cual la disposición final es producida fragmentariamente por fuentes diversas.

Cabe puntualizar, en fin, que el elemento publicístico del Derecho Agrario, que se manifiesta a través de la legislación y demás instrumentos de la planificación[176] y que necesariamente inciden en el ejercicio de los derechos de propiedad y de los poderes de gestión de la actividad, implica limitaciones de contenido para estas formas privadas de producción normativa, así como formas de concurrencia, en virtud de la cual la disposición final es producida fragmentariamente por fuentes diversas.[177]

C.a. La regulación del fenómeno de la producción jurídica no se agota en la determinación de los procedimientos mediante los cuales se producen las normas jurídicas abstractamente consideradas, sino que resulta necesario atender el proceso de aplicación de tales normas, pues es en ese contexto que, a partir de la búsqueda previa de los materiales normativos, se pasa luego a su selección e interpretación, para conseguir el resultado final de la elaboración de la norma tal como ha de aplicarse en el caso concreto.[178] Concentraremos aquí la atención sobre el problema de la selección, pues cuanto quisiéramos señalar respecto a la interpretación, teniendo en cuenta el grado de generalidad del presente trabajo, ya lo hemos delineado al referirnos al proceso de producción de las normas de fuente jurisprudencial, por lo que no haremos sino remitirnos a lo ya dicho.

Al hablar de selección de los materiales normativos, siguiendo a PIZZORUSSO, se pretende pasar revista a los instrumentos utilizables para superar las antinomias que puedan eventualmente darse entre los diversos "proyectos" de norma contenidos en los materiales abstractamente susceptibles de ser usados para regular la "fattispecie" en examen, instrumentos que se concretan sobre todo en el empleo

---

173. "El contrato agroindustrial es un contrato por medio del cual los agricultores entregan los productos de determinada cantidad y calidad a una industria que garantizará el pago de un precio mínimo con reajuste por cosechas, el cual irá girando desde el inicio de la cosecha hasta su recolección, en distintos porcentajes, como forma de financiamiento y adelanto de pago, suministrando asistencia técnica y el tipo de semilla cuando el producto deba ser de una especial calidad. Este contrato será colectivo y las partes lo negociarán con ese carácter cada año." *Art. 95 Proyecto Ley General Agraria de Costa Rica.*, cit.

174. "La nota característica del moderno D.A. es el papel creciente que adquiere en él las fuentes corporativas y profesionales; en este sentido POLAK dice, refiriéndose a Holanda que, al lado de la Ley Pública y ordenanzas ministeriales fundadas sobre estas leyes, hay, además, normas que provienen del hecho de que el legislador, por vía de delegación, confiere un papel en la protección de ciertos intereses colectivos a los organismos de Derecho Privado, y además los reglamentos en vigor dentro de las empresas; incluso hecha abstracción de su poder legislativo, las corporaciones de Derecho Público, consecuencia de la organización de la vida profesional, ocupan un lugar cada vez más importante, sobre todo por la extensión a la agricultura de las técnicas de actuación de la economía concertada, principalmente mediante los contratos de producción, de comercialización, de exportación y de integración agroindustrial". BALLARÍN MARCIAL, A., *Derecho Agrario*, p. 285. Cita la obra de POLAK, *Apercu du Droit Agraire néerlandais*, pp. 125 y ss.

175. Sobre el papel de la planificación respecto de la especialidad del Derecho Agrario, véase VALLARÍN MARCIAL, A., *"La especialización..."*, pp. 52 y ss.

176. Ídem nota 175.

177. Ídem nota 163.

178. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, pp. 19 y 89 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de un grupo de criterios potencialmente idóneos para realizar la superación de tales antinomias. Los principales de esos criterios son el temporal, el jerárquico y el de la especialidad.[179] De estos tres criterios, el primero, que gira alrededor del elemento cronológico,[180] en el tanto de lo que se trata es de determinar cuál norma es posterior a cuál y, en consecuencia, prevalece sobre la anterior en virtud del fenómeno de abrogación, no representa, hasta donde alcanzo a ver, ninguna particularidad de interés respecto del Derecho Agrario, por lo que hemos de prescindir de su tratamiento. Los otros dos, en cambio, sí son de indudable interés.

El criterio jerárquico "postula que las normas del ordenamiento se encuentran distribuidas en planos o estratos diversos, según una línea vertical que se baja desde la cúspide a la sima y viceversa, de manera que los estratos superiores prevalecen sobre aquellas ubicadas en los planos inferiores, las cuales se encuentran condicionadas y limitadas por las primeras, por lo que no pueden válidamente contradecirlas. Esta mayor o menor estratificación de las normas es consecuencia, a su vez, de la mayor o menor fuerza formal reconocida por el ordenamiento a las respectivas fuentes productoras, es decir, a la diversa medida en que puede válidamente expresarse la eficacia que le corresponde a cada uno de ellos en razón de su forma típica. Así, entonces, puede hablarse de que cada norma tiene una fuerza formal típica, lo que justamente permite ubicarla dentro de la pirámide, según su mayor o menor fuerza formal típica. Dado que la eficacia natural de las fuentes consiste, por definición, en su capacidad para innovar el Derecho objetivo, mediante la introducción de nuevas normas y la cesación de la vigencia de otras, su diversa fuerza formal se expresa al mismo tiempo como una fuerza activa (capacidad de producir normas con un determinado rango normativo y de abrogar preexistentes del mismo o inferior nivel) y como fuerza pasiva (capacidad de las normas así producidas para resistir las sucesivas fuentes sobrevinientes). En relación directa con su resistencia jurídica están los medios para impugnar su validez".[181]

El criterio de especialidad, por su parte, implica que, entre dos disposiciones reguladoras de la misma materia, la disposición especial deroga a la general, constituyendo una verdadera aplicación del principio de igualdad el cual, si bien exige que los casos similares sean tratados de manera igual, impone también que se distingan los casos que presentan elementos de diferenciación y que se les dedique reglas oportunamente diferenciadas. Debe hacerse notar que este principio, si bien normalmente opera con referencia al contenido de varios materiales normativos, funciona en modo parcialmente diverso en los casos en que existe una repartición de competencias entre fuentes colocadas en el mismo grado jerárquico, en cuyo caso la selección de los materiales a aplicar se realiza con vista de su proveniencia de una o de otra fuente y no ya de su contenido específico. En estos casos se suele hablar del "principio de competencia", implicante de relaciones horizontales entre normas, en contraposición con el "principio de jerarquía", que da lugar a relaciones verticales. En realidad, como ha hecho ver PIZZORUSSO, esto que se indica como principio de competencia no es más que una manifestación particular del principio de especialidad en relación con una categoría de hipótesis en la cual se presenta en una conexión particular con el principio de jerarquía. Así, en los casos en que se recurre al principio de competencia, el efecto que de hecho se produce es la aplicación del criterio jerárquico entre fuentes pertenecientes al mismo grado del sistema general, pero tal aplicación no es rígida, como sucede en los casos normales de aplicación de las normas que establecen la jerarquía, antes bien, es flexible, en el sentido de que el criterio jerárquico juega a favor de una o de otra fuente, según que nos encontremos dentro del área de competencia de una o de otra.[182] Otras aplicaciones del principio de especialidad se manifiestan en la prevalencia de la ley local, esto es, territorialmente limitada, sobre aquella general; en el

179. Cfr. *Ibíd.*, p. 103.

180. Su utilización "trae origine, da un lato, dal carattere continuativo ed inesauribile che è proprio della funzione normativa (e quindi, almeno di solito, delle singoli fonti) e, dall'altro lato, dalla regole generale-operante anche fuori della sfera dei rapporti giuridice-per cui la volontà più recente prevale sulla più antica", PIZZORUSSO, A., *Ibíd.*, p. 107. Consecuencia de esto es que se aplica mejor a los actos normativos que a los hechos normativos.

181. HERNÁNDEZ, Rubén, *op. cit.*, pp. 59 y ss. Cfr. PIZZORUSSO, A., *Ibíd.*, pp. 103 y ss.

182. Cfr. PIZZORUSSO, A., *Ibíd.*, pp. 109-110.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

principio de prevalencia de la ley excepcional (desde el punto de vista del tiempo, de las personas, etc.); en el principio de prevalencia de la ley más favorable en materia penal y en materia laboral, etc.[183]

Es importante señalar, por último, que se da una jerarquía lógica entre estos criterios, normalmente manifestada positivamente en los distintos ordenamientos, según la cual el criterio de especialidad prevalece sobre el temporal y el jerárquico prevalece sobre los otros dos. Esta prevalencia del criterio jerárquico sobre el de especialidad tiende a impedir que la mayor fuerza que se le ha querido imprimir a un precepto (v.g. por la vía de su constitucionalización) sea anulada por una fuerza inferior proveniente de una norma especial, así como a evitar la derogación para casos particulares, que implicaría una clara violación del principio de igualdad ante la ley.[184]

b.i. Resulta evidente que plantear el problema de un sistema de fuentes propio del Derecho Agrario, no es sino hablar de un sistema especial, diverso por tanto del sistema general. Por lo tanto, la prevalencia de aquél sobre éste se funda en un criterio de especialidad material, esto es, derivado del contenido mismo de la materia. En este sentido, la atención se fija en las fuentes materiales, las cuales, según vimos, son las que determinan el contenido de las normas, de modo que se hagan prevalecer las normas que se manifiestan como coherente respuesta a los factores de especificación del Derecho Agrario por sobre aquellas que responden a diversos factores de especificación. A ese respecto, CARROZZA habla de "proclama de que prevalecen las fuentes internas sobre las externas",[185] que implica también la prevalencia de las fuentes propias por sobre las subsidiarias, que son las que, perteneciendo a otra rama del Derecho, se aplican a una disciplina que carece de las propias, las cuales pueden introducir "otros esquemas jurídicos que puedan tergiversar, cuando no negar, aquella pretendida innovación que le haya sido reconocida"[186] a la materia agraria.

Lo anterior quiere decir, ni más ni menos, que siempre que se dé una situación de hecho que se pueda encuadrar dentro del objeto material del Derecho Agrario (la actividad agraria, definida según la teoría de la agrariedad), deberá prevalecer la norma de fuente material agraria frente a la no agraria, con independencia de la fuerza formal (tanto activa como pasiva) de una y otra. Así planteadas las cosas, salta a la vista el problema de que lo que se afirma es la prevalencia del criterio de especialidad por sobre el de jerarquía pues, por ejemplo, habría de prevalecer un principio general del Derecho Agrario no recogido ni en la Constitución ni en la ley por sobre una ley de contenido civilista. La cuestión es, entonces, si se da aquí una quiebra del principio señalado de prevalencia del criterio jerárquico sobre el de especialidad.

Ciertamente, reconocer esa quiebra conllevaría la aceptación de un régimen anárquico, en el que el valor de seguridad jurídica se vería totalmente menoscabado. En realidad, no es necesario caer en este extremo para lograr el fin buscado. La solución jurídica más lógica y coherente es que tal posibilidad de que una norma de rango inferior pueda prevalecer sobre una de rango superior sobre la base de la especialidad, a la manera de lo que la doctrina conoce como "fuente atípica",[187] sea contemplada en una norma de rango igual o superior al de las normas que se verían eventualmente desplazadas en virtud del criterio de especialidad.

De hecho, el recurso a este expediente constituye un requisito indispensable para la consolidación de toda rama del Derecho, en tanto sistema positivo, como autónoma, lo cual se refleja en distintas normas positivas básicas de otras ramas, tales como el Derecho Laboral o el Administrativo. Así, para citar dos ejemplos de la legislación costarricense, el artículo 15 del vigente Código de Trabajo establece una prelación que acude al Derecho Común sólo hasta haber acudido a los principios generales del

183. *Ibíd.*, p. 111.

184. *Ibíd., pp. 112-113.*

185. CARROZZA, A., *"La autonomía del Derecho Agrario"*, **Temas de Derecho Agrario europeo y latinoamericano**, p. 43.

186. ROJAS SÁENZ, Orlando y BOLAÑOS CÉSPEDES, Carlos, *"Las fuentes del Derecho Agrario con especial referencia a la jurisprudencia"*. Trabajo presentado al congreso internacional **"Evolución del Derecho Agrario en Europa y América Latina"**, celebrado en Cartagena, Colombia, del 8 al 10 de setiembre de 1986. Hoy en **Apuntes sobre teoría general del Derecho Agrario**, mimeografiado, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 68.

187. "Existe una fuente atípica, cada vez que un acto tiene la fuerza activa o de innovación de una particular categoría de actos y la fuerza pasiva (resistencia jurídica) de otra categoría, de modo que existe una disociación neta entre los dos aspectos que caracterizan la fuerza formal", HERNÁNDEZ, Rubén, *op. cit.*, p. 63.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Derecho de Trabajo, a la costumbre, al uso, a los convenios internacionales.[188] Por su parte, el artículo 9º, inciso 1), de la Ley General de la Administración Pública es más explícito aun cuando establece que "el ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otras ramas del Derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el Derecho Privado y sus principios".[189]

En materia mercantil, la mayoría de las legislaciones reconoce una prevalencia de la costumbre mercantil sobre la legislación civil, que "es una consecuencia lógica de que en una rama del Derecho en que la influencia de los fenómenos económicos se produce día con día, esas fuentes originarias y espontáneas de producción de normas tengan una mayor importancia que en otras ramas del Derecho (...).

En el Derecho italiano es típico el ejemplo del artículo 1 del Código de la Navegación (por lo demás, análogo al artículo 1 del Código de Comercio italiano abrogado, de 1882), el cual establece que en materia de navegación marítima, interna y aérea, se aplica el presente código, las leyes, los reglamentos, las normas complementarias y los usos relativos a ella, añadiéndose en el inciso 2) que sólo donde falten disposiciones del Derecho de la Navegación y no se den normas aplicables por analogía, se aplica el Derecho Civil.[190] Precisamente CARROZZA, refiriéndose a esta disposición y a la del abrogado Código de Comercio, concluye que "un derecho que debe completarse en esta forma, o sea de llenar las lagunas de las propias fuentes sin la obligación de recurrir a la aplicación en vía directa o analógica de fuentes heterónomas, se afirma espontáneamente y en límite como autónomo".[191]

En materia agraria propiamente dicha resulta interesante hacer mención de dos proyectos de ley costarricenses en los que se nota claramente la influencia de la doctrina en cuanto a esta tendencia hacia la afirmación de la autonomía del sistema positivo mediante la especialidad del sistema de fuentes.

En primer lugar es muy significativa la norma contemplada en el proyecto de reforma de la Ley de Jurisdicción Agraria, en el artículo 8º, cuando establece que las "actuaciones y resoluciones se regirán por los procedimientos señalados en la presente ley y, a falta de norma expresa en ésta, se aplicarán, en su orden, los principios generales del Derecho Agrario, el Código de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto se compagine con la naturaleza de esta clase de asuntos, así como, supletoriamente, el Código de Procedimientos Penales, el Código Penal, mientras no se disponga expresamente lo contrario en la presente ley".[192] En la propia exposición de motivos del proyecto se exalta la necesidad de estructurar un sistema de fuentes propio del Derecho Agrario y que la vigente ley no contempla. Se hace ver la necesidad de agotar primero el orden agrario para luego acudir a otros, con el fin de evitar en lo posible "...que se sigan criterios de Derecho Civil".[193] Más adelante se aclara cuál es el sentido de esta nueva legislación cuando se afirma: "No se trata de aplicar automáticamente otra normativa, sino la que más se asemeja a la agraria..."[194]

Por otra parte, debe destacarse también el artículo 348 del ya mencionado Proyecto de Ley General Agraria, el cual literalmente establece:

> "Los casos no previstos en este cuerpo normativo, en sus leyes conexas o su reglamento no podrán ser resueltos con base en normas de igual o mayor jerarquía si éstas corresponden a disciplinas jurídicas distintas, debiendo resolver-

188. Art. 15: "Los casos no previstos en este Código, en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales del Derecho de Trabajo, la equidad, la costumbre o los usos locales; y en defecto de éstos se aplicarán por su orden, las disposiciones contenidas en los convenios y recomendaciones adoptadas por la Organización Internacional de Trabajo en cuanto no se opongan a las leyes del país, y los principios y leyes de Derecho Común."

189. Cit. esta ley en nota 95.

190. Cfr. PIZZORUSSO, A., *op. cit.*, p. 366.

191. CARROZZA, A., *"La autonomía del Derecho Agrario"*, p. 43.

192. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Comisión de Asuntos Agropecuarios y de Recursos Naturales. Dictamen de mayoría afirmativo al *Proyecto de Reforma a la Ley de Creación de los Tribunales Agrarios*, exposición de motivos, pp. 10-11.

193. *Ibíd.*, p. 17.

194. *Ibíd.*, p. 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> se de acuerdo con los principios generales del Derecho Agrario y la equidad, se trate del arrendamiento o de cualquier otro instituto."[196]

Puede notarse en este artículo la nitidez con que se establece la distinción entre el criterio de especialidad respecto del jerárquico, señalándose la prevalencia del primero.

Ahora bien, como puede verse, esta primacía de la normativa agraria sobre otras ramas, es claro que debe entenderse que se trata precisamente de eso —primacía— y no de exclusividad. Es decir, debe obviamente contemplarse la eventualidad de tener que acudir a fuentes heterónomas supletorias. Esto es reflejo ciertamente del concepto de que la autonomía de una rama jurídica (en tanto sistema) no puede ser absoluta, sino relativa: "Porque ninguna rama jurídica podría tener vida independiente bastándose a sí misma, más bien debe existir sólidamente afianzada en la unidad del ordenamiento jurídico en donde se sustenta y desarrolla".[196]

Debe, en todo caso, precisarse lo que implica esta relatividad. En ese sentido, no debe olvidarse que la autonomía exige que el sistema de fuentes plantee el necesario agotamiento de la jerarquía de fuentes propiamente agrarias, antes de acudir a las no agrarias. Esto significa exactamente que la influencia de tales fuentes heterónomas sólo puede manifestarse respecto de aquella zona o zonas de un instituto de Derecho Agrario en que lo agrario no se manifieste como elemento especificante. Es decir, debe tenerse presente que la formación de un instituto de Derecho Agrario no conlleva la existencia de un conjunto normativo totalmente nuevo, sino la de normas que introducen elementos de novedad en ciertos aspectos pero que, en otros, mantienen la regulación contenida en la rama desde la cual se operó la especialización. Piénsese, por ejemplo, en materia de contratación, en la medida en que el contrato agrario guarda un espacio para la autonomía de la voluntad, las normas relativas al consentimiento, sus vicios, etc., previstas en la legislación civil se aplicarían, pues ninguna norma agraria ha implicado innovación del Derecho Civil a este respecto.[197] En fin, se trata de aquellas normas que son neutrales respecto del Derecho Agrario, pues no atañen a sus elementos de especificación. Así, se aplicaría la *misma* norma externa, sin que se cree una específica como sucede cuando se recurre a la analogía.[198]

ii. La idea de que el sistema formal de fuentes debe ser idóneo para responder a las exigencias provenientes de las fuentes materiales obliga a plantearnos dos problemas atinentes al funcionamiento del criterio jerárquico al interno de las fuentes propiamente agrarias. Como de lo que se trata es de que, en última instancia, se aplique la norma que mejor satisfaga los fines y valores del Derecho Agrario, tales problemas se refieren, por una parte, a la consideración de la eventualidad de que una norma de rango inferior ofrezca una mejor solución que una superior, en cuyo caso cabe analizar si debe darse un aumento de la fuerza formal de esa norma de inferior rango; y, por otra parte, a la capacidad de resistencia de la norma inferior cuando la mejor solución está orientada por una norma superior.

A ese respecto, conviene traer a colación una distinción bien conocida en la teoría de las fuentes dentro del contexto del Derecho Laboral: la jerarquización estática y la jerarquización dinámica. Así, "en una jerarquización estática, la escala de las normas (...) se estructura de acuerdo con el rango formal de cada disposición; esto es, de acuerdo con el grado del acto aprobatorio de la norma en cuestión".[199] Una jerarquización dinámica presupone, en cambio, que la ordenación jerárquica no viene determinada por la distinta fuerza formal de éstas, sino más bien por su contenido, respecto de su mayor o menor valor. En ese sentido, en relación con el Derecho Laboral, se dice que "la escala de las normas laborales se estructura de acuerdo con el carácter más o menos favorable de cada norma para con el trabajador".[200] En

---

195. *Proyecto de Ley General Agraria de Costa Rica*, cit.

196. ZELEDÓN, Ricardo, "Autonomía y especialidad entre la doctrina clásica y la escuela moderna del Derecho Agrario", discurso académico presentado al *Congreso Internacional de Derecho Agrario*, celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, del 15 al 18 de setiembre de 1986. Hoy en *Antología de Derecho Agrario*, cit., p. 147.

197. Al respecto dice J. MENÉNDEZ: "Como el Derecho Privado tiene, desde hace siglos, decantadas las soluciones para múltiples relaciones jurídicas, es inteligente acudir a su acervo legal para rellenar los huecos de los nuevos ordenamientos", *Derecho Privado Fiscal*, EDERSA, 1977, p. 447.

198. Véase nota 135.

199. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tridente, S.A., pp. 262 y ss.

200. *Ibíd.*, p. 226.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

este caso, el carácter tuitivo del Derecho Laboral, consagrado en el principio proteccionista del trabajador, define una prioridad del contenido de las normas, por sobre el de la fuerza formal. Este "dinamismo" de la jerarquía no es sino el resultado del juego de otra manifestación del criterio de especialidad, según vimos.

Así, la jerarquización dinámica conlleva que, cuando el contenido de una norma satisface mejor un valor que el contenido de otra, pueda suceder una de dos cosas: si la norma más satisfactoria es de rango inferior, su potencia aumenta y desplaza a la de la superior, dándose un caso de fuente atípica; en sentido inverso, si la norma que satisface mejor el valor es de rango superior, el problema se presenta en relación con los medios de impugnación que, según el sistema positivo de que se trate, deban vencerse para obviar la aplicación de la norma inferior. Concretamente, puede pensarse en el caso en que una ley entre en colisión con la Constitución dentro del contexto de un régimen de control de la constitucionalidad de carácter concentrado que exige la aplicación de la ley mientras no se cumpla con éxito el debido trámite de impugnación (v.g., recurso de inconstitucionalidad). Para obviar este trámite previo, de tal manera que sea posible la aplicación directa de la norma constitucional, sería necesario que una norma de igual o mayor rango a la que establece el mecanismo de impugnación prescribiera expresamente esta nueva prevalencia del criterio de especialidad por sobre el de jerarquía, en términos exactamente análogos a lo dicho en relación con la prevalencia del criterio de especialidad por la materia.

Obviamente, al mismo resultado puede llegarse sin necesidad de alterar el sistema jerárquico si el régimen de control de constitucionalidad es de carácter difuso.[201]

La introducción de esquemas de jerarquía dinámica constituye otro caso en que se arriesga en alguna medida el valor de seguridad en aras del valor justicia. Sin embargo, es claro que no se trata de renunciar a la seguridad, pues ello implicaría caer en el terreno de la anarquía y, con ello, se abriría espacio a la arbitrariedad. En ese sentido, es preciso tener en cuenta que una jerarquía estática y una dinámica no son necesariamente excluyentes entre sí, sino que pueden coexistir, con lo cual lo fundamental es la determinación de las reglas de esa coexistencia.

En el Derecho Laboral, por ejemplo, se establece, por una parte, que la jerarquía dinámica sólo actúa cuando una norma inferior contiene una norma más favorable al trabajador que una norma superior siempre y cuando ésta no sea de "Derecho necesario", esto es, de orden público.[202] Y, por otra parte, en esta materia la existencia de una forma de jerarquización presupone la vigencia de un principio general bien delineado: el de la aplicación de la norma más favorable al trabajador.

En ese orden de ideas, me parece que la posibilidad de establecer este tipo de jerarquía en materia agraria dependerá de la existencia de principios con ese nivel de concreción y claridad en los institutos iusagrarios. Así, por ejemplo, si aceptamos que en el contexto del instituto del contrato agrario un principio fundamental es el de la "protección del empresario agrícola no propietario frente al propietario no empresario",[203] bien podría plantearse que se aplica tal principio como fundamento de una jerarquización dinámica. No parece admisible tal posibilidad respecto de principios de difícil concreción o de tan excesiva abstracción que implicaría una excesiva lesión del valor de seguridad jurídica. Por esta razón, podría ser aventurado enunciar la jerarquiza-

---

201. Como se sabe, en un sistema de control difuso, todos los órganos jurisdiccionales están legitimados para interpretar si una norma de rango inferior contradice la Constitución y, en consecuencia, decretar su desaplicación para el caso concreto.

202. "En consecuencia, en el momento dinámico de la aplicación del Derecho a un supuesto dado habrá de observarse la siguiente jerarquía, que puede modificar la que hemos llamado jerarquía estática: Normas de Derecho necesario, que son inderogables tanto por la voluntad de las partes o por normas de rango inferior (así, las normas de procedimientos, las normas sobre capacidad o sobre formas, o cualesquiera otras de orden público. Normas, cualquiera que sea su rango, contengan condiciones más favorables que otras normalmente superiores, siempre que éstas no sean de Derecho necesario", MONTOYA MELGAR, A., *op. cit.*, p. 226. En igual sentido, véase ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Ariel, S.A., 8ª edición, Madrid, 1982, pp. 239 y ss.

203. Véase sobre este principio BARAHONA ISRAEL, R. y SALAS MARRERO, O., *op. cit.*, pp. 58 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción dinámica para todo el Derecho Agrario, siendo preferible hacerlo mediante la identificación de principios debidamente formulados en el contexto de cada instituto.[204]

Otro rasgo interesante del que cabe hacer mención deriva de la conveniencia señalada de que el sistema de fuentes contemple modalidades descentralizadas de producción legislativa. En tal caso, las necesidades de coordinación con la legislación general del Estado conlleva la particularidad de que, como en ésta deben señalarse las directrices generales en términos de contenido, las normas legislativas descentralizadas, aun cuando sean del mismo rango jerárquico, no pueden ponerse en contraste con ella. Es el caso típico de las leyes de bases previstas en el ordenamiento constitucional español (artículo 150.1) en su relación con las leyes autonómicas, de igual rango (leyes en sentido estricto), que deben desarrollar los principios, bases y directrices fijados por dicha legislación básica,[205] y de las leyes marco *("leggi-cornici")* previstas en el ordenamiento constitucional italiano (art. 117), a cuyos principios se subordinan las leyes regionales.[206] En referencia a esta problemática, la doctrina italiana, por ejemplo, califica a la legislación (en sentido estricto) regional como "fuente subprimaria", en contraposición a la legislación estatal, que es fuente primaria.[207]

D. La referencia al aspecto subjetivo de la producción normativa, esto es, lo relativo a quién o quiénes son las personas, órganos o grupos legitimados para producir normas jurídicas, debe enfocarse en relación con un viejo problema en la doctrina sobre las fuentes y cuya solución, cuando menos en el contexto del Derecho Agrario, parece claro, máxime tras las consideraciones que hasta aquí hemos hecho. Me refiero al clásico enfrentamiento entre dos corrientes teóricas, a saber, la estatista y la institucionalista.

Según la teoría estatista, "sólo es Derecho aquél promulgado por el Estado, cuyo máximo exponente lo constituye la filosofía de Hegel".[208] "La tendencia a identificar el Derecho con el Derecho estatal, tiene una raíz histórica concreta, que es el proceso de centralización del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado moderno".[209]

Para la teoría institucionalista, cuyo más célebre formulador es, como se sabe, SANTI ROMANO,[210] en la sociedad coexisten una pluralidad de ordenamientos jurídicos y, en consecuencia, el Derecho es creación también de una diversidad de sujetos, grupos y órganos extraestatales.

Se ha dicho que la teoría estatista, en el momento en que se pretende pasar de un liberalismo tradicional a una concepción que busca imprimirle al Estado una finalidad social, mantiene su lógica evolución en el Estado totalitario, precisamente por cuanto es una contradicción insalvable la exigencia de dar al Estado democrático una finalidad social y la aceptación del dogma de la estatalidad del Derecho.[211] Sólo sobre la base de una concepción que reconozca que el Derecho nace de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, con un fenómeno originario de autonomía, es posible buscar en las normas

---

204. El llamado método de estudio del Derecho Agrario por institutos es uno de los mayores aportes del profesor CARROZZA, mediante el cual se resuelve el problema de la determinación de los principios generales buscándola no a nivel de toda la materia sino en la base de los institutos particulares del Derecho Agrario Positivo. Cfr. *"Problemas de teoría general del Derecho Agrario"*, p. 94 y *Lezioni...*, pp. 81 y ss.

205. Véase, entre muchos, VILLARROYA, Joaquín T., *op. cit.*, p. 171 y ss.

206. CASCIO, Orlando, *op. cit.*, p. 322.

207. Cfr. PIZZORUSSO, A., pp. 42-43. En el ordenamiento italiano la doctrina ha identificado una escala de normas que se clasifican en "fuentes supremas" (no modificables por el procedimiento de revisión constitucional pues su cambio implicaría una ruptura del orden constitucional mismo); constitucionales, primarias, secundarias y terciarias.

208. HERNÁNDEZ, Rubén, *op. cit.*, p. 5.

209. *Ibíd.*, p. 5.

210. ROMANO, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1918, cit. por PIZZORUSSO, p. 14. Además: GUELI, *Pluralità degli ord. giur.*; M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, en **Atti del XIV Congr. Inter. di Sociología**; ALLORIO, *"L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale"*, en **Problemi di Diritto**, I, pp. 3 y ss.; BOBBIO, N., *op. cit.*; LAVAGNA, *Istituzioni*, pp. 19 y ss., 83 y ss.; MORTATI, *Istituzioni*, p. 11 y ss. Partiendo de la idea de la pluralidad de los ordenamientos, "ogni fonte del Diritto va riferita ad un determinato ordinamento e tutte le fonti che operano nell'ambito di un stesso ordinamento formano un sistema di fonti distinto da ogni altro che sia refiribile ad un diverso ordinamento", PIZZORUSSO, A., *Ibíd.*, p. 14.

211. GALLONI, G., *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola*, p. 69.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

jurídicas los instrumentos de actuación de un finalismo intrínseco, correspondiente a la realidad de las cosas y de las relaciones en su evolución, y no de un finalismo entendido como una ideología de partido construida a priori y que se sobrepone al Estado para dominarlo.[212]

La concepción de la pluralidad de los ordenamientos ya había sido reconocida en la Constitución de Weimar y la mayoría de las constituciones europeas luego la incorporaron.

Así, por ejemplo, la Constitución italiana, en su artículo 2, da pleno reconocimiento a la pluralidad de los ordenamientos jurídicos: los derechos del hombre vienen garantizados no sólo en cuanto a individuos solitarios sino en cuanto miembro o partícipe de las formaciones sociales, donde se desarrolla su personalidad. Esto significa, en primer lugar, que el concepto está coligado o condicionado a la función de "desarrollo de la personalidad del hombre"; y, en segundo lugar, que este desarrollo de la personalidad no se realiza a través del Estado, sino también a través de las formaciones sociales no públicas, esto es, a través de la participación de una pluralidad de ordenamientos jurídicos que tienen, cada uno, al igual que el Estado, un principio causal o fin.[213]

Con referencia al Derecho Agrario, puede decirse que éste pone sobre el tapete el problema de la extraestatualidad del Derecho, precisamente porque en ese sector de la experiencia jurídica resulta evidente, más que en otros, cómo la norma nace del agregado o cuerpo social, bien plantee la exigencia de resolver normativamente un conflicto de intereses en vista de un fin práctico o de un fin común. Y, en realidad, se da donde quiera que exista un fin común a un grupo, la aceptación de una regla, de una disciplina o de una subordinación, en una palabra, de una forma de organización para consentir el logro del fin propuesto con los medios racionalmente más idóneos.[214] De todo esto son un claro reflejo las diversas modalidades analizadas, especialmente la consuetudinaria, las de autonomía privada-colectiva, y las de legislación descentralizada, además de cualesquiera formas extraordinem que en la práctica llegaran a demostrar su idoneidad para satisfacer los fines del Derecho Agrario.

Resulta claro, en fin, que el reconocimiento de una pluralidad de ordenamientos constituye un rasgo del sistema de fuentes del Derecho Agrario necesario para satisfacer el contenido teleológico de esta rama del Derecho.

212. Cfr. *Ibíd.*, p. 67.

213. *Ibíd.*, pp. 49-50.

214. Cfr. *Ibíd.*, p. 28.

Revista Judicial, Costa Rica. Año XVI, Nº 53, marzo 1991

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INFORMÁTICA Y DERECHO A LA INTIMIDAD.* PERSPECTIVAS DE POLÍTICA CRIMINAL

LIC. ERIC ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ

ÍNDICE

Pág.

Descripción del problema 133

A. La información como elemento del ambiente humano 135
   1. Una necesaria distinción conceptual: datos, información e ideas 136
   2. Concepto de información 136

B. Información y poder en el Estado democrático de derecho 138
   1. Información y legitimidad 138
   2. El ambiente de la información y el ámbito de la intimidad 138

C. Información e individuo 139

D. Información y derechos humanos 140
   Información y derecho a la intimidad 140

E. El derecho a la información 143

F. El derecho a la intimidad o a la privacidad 145
   Surgimiento del derecho a la intimidad en la sociedad burguesa 146
   Redefinición del derecho a la intimidad en la era de la informatización 147
   Hábeas corpus y hábeas data: Evolución de una libertad 147
   ¿Libertad informática o mediatización de la libertad? 148

* *Este trabajo fue presentado como ponencia en la II Reunión de Expertos en Informática Jurídica de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Hispano-Luso-Americanos, celebrada en San José, Costa Rica, del 8 al 11 de enero de 1990.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

G. Facultades preventivas y de control en el ejercicio del hábeas data 149
La fase de captura o recolección de datos 149
La fase de tratamiento y programación de la información 152
La fase de conclusión del procesamiento de datos 153
La fase de transmisión de la información 153

H. La libertad informática en Costa Rica 153
La protección jurídica de la esfera de intimidad ante los retos de la tecnología informática. (El caso de Costa Rica) 153
Protección constitucional de la esfera de intimidad 155
El derecho a la intimidad en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) 157
¿Es el recurso de amparo un sucedáneo del hábeas data? 159
El Código Civil y la libertad informática 160
La tutela penal de la libertad informática 161
Breve crítica al discurso del Derecho Penal 162
Necesidad de un replanteamiento de la política criminal de nuestro tiempo: El reto de la informática 165
La protección penal de la libertad informática en Portugal 168
La libertad informática ante el Derecho Penal costarricense 171
Libertad informática y ficheros policiales en Costa Rica 172

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"En la época contemporánea, los controles tecnológicos parecen ser la misma encarnación de la razón en beneficio de todos los grupos e intereses sociales, hasta tal punto que toda contradicción parece irracional y toda oposición posible... El resultado es, no la adaptación, sino la *mimesis*, una inmediata identificación del individuo con su sociedad, y, a través de ésta, con la sociedad como un todo." (*Marcuse, El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada).*

Descripción del problema.

En la última década, el desarrollo acelerado de la informática[1] ha provocado una serie de cambios vertiginosos en la sociedad tecnológica. Dichos cambios no se refieren exclusivamente a la actitud del mercado internacional hacia la oferta de ordenadores, sino también el cambio de actitud de los sectores tecnocráticos para utilizar la nueva herramienta electrónica. Dichos cambios han sido justificados y avalados por un discurso puramente técnico que exalta las capacidades del ordenador en comparación con la máquina humana, la cual se representa siempre como inútil y poco capaz de resolver los retos cada vez más impresionantes de la vida moderna.[2] Este discurso ha sido construido a la par de inteligentes técnicas de mercadeo que exaltan las virtudes de esta panacea como la solución a cualquier problema imaginable.

Al margen de esta presencia cada vez mayor del ordenador en las listas de necesidades del hombre común, esta novedosa herramienta ha comenzado a plantear graves riesgos para los ciudadanos. No sólo en aquellas sociedades denominadas puramente tecnocráticas (como puro y simple adjetivo indicativo de cierto nivel de desarrollo tecnológico en la sociedad y de la forma y contenido de las políticas de solución de los problemas del grupo) sino también en todas aquellas sociedades que contemplan el uso constante de esos modernos *leviathanes de chips* y componentes digitales para el manejo de datos relacionados con los individuos.

A este respecto se ha dicho que la generalización del uso de los ordenadores comporta, principalmente, dos graves riesgos para el ciudadano: por un lado, desde la perspectiva del Estado, el control y el manejo de la información puede limitar la participación democrática del individuo (se incluyen aquí las hipótesis de acceso a la información, las cuales se ven también limitadas). Desde la perspectiva del ciudadano, la creación de una imposibilidad física para proteger su esfera íntima.

Hoy en día, con solo contar con los números de identificación del ciudadano, es posible obtener en Costa Rica, por ejemplo, los siguientes datos: entradas y salidas del país, uso de las tarjetas de crédito, número de cuentas corrientes, propiedades inmuebles y muebles que se poseen, prestaciones alimenticias sin pagar o canceladas en el momento de salir del país, estado civil y otros datos relacionados con su persona (domicilio, teléfono, padres, etc.). En algunos casos podría contarse con antecedentes penales y otros datos del historial judicial del individuo. Tampoco es un secreto que la policía hace uso desde hace algunos años de una base de datos en línea con información sobre personas "sospechosas" o que han tenido alguna detención o contacto con el aparato policial costarricense. En Costa Rica, la mayoría de estos datos pueden ser accesados desde terminales de computador y ser impresos en pocos segundos. En el caso del Registro de la

---

1. El término informática se conceptúa en este trabajo como: la "ciencia de la elaboración, memorización, conservación, análisis y recuperación de datos, en forma significativa o simbólica." RIVERA LLANO, Abelardo, *La protección de la intimidad y el honor y la informática*, en: **Estudios Penales. Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez.** Edición dirigida por Jorge Enrique Valencia, Bogotá, Librería Temis Editorial, 1984, p. 167.

2. Hacia 1974 la compañía IBM anunció con bombos y platillos la introducción de un nuevo sistema de memorización masiva de datos de 472 mil millones de bytes con una velocidad de acceso a cualquiera de esos datos de 8 a 13 segundos. Esto significa que de una acumulación gigantesca de páginas mecanografiadas (19 millones de páginas) el tiempo necesario para ubicar cualquier dato dentro de ellas es de 8 a 13 segundos. Hoy en día el almacenamiento de información en disco compacto es todavía más impresionante, mejorándose ostensiblemente la velocidad de acceso a los datos registrados. Las empresas comerciales presentan esta descomunal capacidad comparando el cerebro humano con su memoria discriminatoria que sólo recuerda aquéllo que le es necesario para sus funciones básicas. El lema es sin duda: donde sea necesaria la toma de una decisión rápida, objetiva y tomando todos los elementos posibles es necesario contar con un ordenador. Dicho discurso será comentado más adelante.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Propiedad Inmueble, de contar con el derecho de acceso a la base de datos, es posible accesar desde cualquier teléfono al computador principal del Registro Público para obtener en forma inmediata, y en el computador instalado en el hogar o la oficina, el dato que se solicita.[3]

Sin menospreciar las múltiples posibilidades de esta supercalculadora moderna, y los ya obvios beneficios que ha propiciado en muchas áreas del saber, es necesario recalcar que el culto por el computador ha llegado a los linderos de la vieja y eterna lucha entre individuo y Estado, entre autonomía y libertad.

Hoy en día la cantidad de datos disponibles sobre una persona pueden provocar para ella o su familia no solo una serie de beneficios (facilidad de crédito comercial, respetabilidad pública, renombre profesional) sino que también, muchas veces, podría significar una serie de inconvenientes (imposibilidad para salir del país, imposibilidad para realizar contratos comerciales, cierre de créditos). Estas posibilidades no están descritas en viejos cuentos de ciencia ficción sino que son parte de la moderna preocupación de juristas y legisladores en todo el mundo. No han sido pocos los casos en que se ha debatido en un tribunal materias tales como la posibilidad de un individuo de conocer los datos que se han consignado sobre él en una base de datos privada o pública, o la posibilidad de proteger la esfera de derechos subjetivos de un individuo ante la indebida interferencia del Estado utilizando viejos mecanismos de control agilizados por medios informáticos.

El presente trabajo,[4] es una humilde contribución a la polémica que se ha venido desarrollando en el ambiente europeo y latinoamericano sobre la injerencia de la informática en el ámbito de libertad del individuo. Sin pretender agotar el tema, el objetivo esencial de las siguientes páginas se constriñe a responder de alguna manera la siguiente pregunta: ¿Es posible afirmar que en la esfera de bienes jurídicos establecidos y protegidos por el Ordenamiento jurídico costarricense se encuentra afincado el derecho a tener una esfera individual de intimidad y si este derecho tiene medios efectivos de protección en la hipótesis de intervención por parte del Estado o de un particular para violentar dicha privacidad por medios informáticos?

Para plantear adecuadamente el problema (o problemas) implícito en la anterior pregunta es necesario señalar algunos aspectos que suelen quedar al margen de la discusión cuando se intenta clarificar en qué consisten los mencionados peligros de la informática. Y siendo consecuentes con la anterior pregunta, deberíamos hacer algunas precisiones en torno a los siguientes temas: el derecho a la intimidad, la informática como medio de comisión de delitos de peligro y de resultado en contra del derecho a la intimidad, formas de protección de la esfera de intimidad que ofrece el Estado de Derecho.

La siguiente exposición pretenderá entonces identificar los problemas más importantes relacionados con el ordenador y su utilización como medio de cometer delitos en contra de la esfera de intimidad del individuo. La más evidente limitación del presente

---

3. Aunque estos usos del ordenador, en el medio costarricense, podrían considerarse de un puro valor doméstico, permítasenos citar los usos posibles descritos en un excelente trabajo sobre el tema que nos ocupa, sólo para referencia y comparación: "Los autores que se han ocupado del estudio de estas nuevas amenazas para la *privacy*, describen las siguientes hipótesis-tipo de incidencia de la misma: a) El más simple de los sistemas de vigilancia es el control de la identidad de las partes de una comunicación telefónica mediante la conexión del ordenador a una línea telefónica, de forma que queden registrados los números formados por el aparato bajo control. b) Sistema de Mail Cover o reconstrucción de una determinada red de comunicaciones a través del registro del nombre, apellidos del remitente y destinatario de la correspondencia postal. c) Vigilancia del correo mediante dispositivos fotoeléctricos, que actúan paralelamente con la recolección y organización de las cartas que efectúa la computadora. Se establece así una gran red de control sistemático de las relaciones epistolares. d) El sistema del llamado *inferential relational retrieval*, antes detallado, permite obtener reconstrucciones de las actividades de una persona a partir de registros simples (p. ej. anotación de un billete aéreo) por agregación y conexión a otros datos, obteniéndose información de segundo grado. e) La institucionalización del uso indiscriminado de pruebas psicológicas, de tests de aptitud o inteligencia para el acceso a la Universidad u otros centros de estudio o trabajo, puede significar la violación en algunos casos de la intimidad personal; Miller señala que preguntas en torno a la vida privada, opciones políticas o religiosas, hábitos sexuales, etc., no sólo determinan la irrupción en la esfera íntima, sino que fomentan el conformismo social y político. El peligro de estos tests se multiplica en el caso de que se introduzcan en el ordenador, pudiendo dar lugar a lo que se ha llamado una gran oficina central de la personalidad". MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: Privacy e Informática*, Barcelona, Ediciones Destino, primera edición, 1984, p. 39.

4. El tema del derecho a la información, parte de la presente investigación, en sus diversos matices fue tratada en una ponencia presentada por la Dra. Ana Isabel Garita Vílchez y el autor, al II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, celebrado en Ciudad de Guatemala del 6 al 10 de marzo de 1989. El tratamiento que se hizo del mencionado problema se inspira en líneas generales con lo dicho en la mencionada ponencia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trabajo se basa en la dificultad de prever todos y cada uno de los medios de conculcar los derechos subjetivos por medios informáticos, no sólo porque el ordenador no es por sí mismo un "atentado peligroso en contra del individuo" sino también porque los desarrollos incesantes de la informática hacen que las proposiciones de tipo jurídico y doctrinal queden pronto fuera de la posibilidad efectiva de aplicación.

Finalmente, el discurso que se encuentra sustentando las tesis propuestas no pretende, en modo alguno, llevar a niveles de éxtasis la defensa de la privacidad. Si bien el derecho a la intimidad se ha venido convirtiendo en un concepto global que podríamos llamar de "dimensión total de la libertad", en tanto y en cuanto se convierte en presupuesto para la realización de otros derechos (derecho a la sindicalización, a expresar ideas, a estar en huelga, a disentir en cualquier forma, al honor, a seguir el credo religioso que se prefiera, etc.), también es cierto que su defensa exacerbada puede llevar a convertirlo en una ideología perniciosa que implica, en sí mismo, la defensa de otro discurso legitimador más sutil.

En los tiempos actuales podemos observar como diariamente, gobernantes y gobernados, clases poderosas y débiles, hombres públicos y ciudadanos particulares, defienden su derecho a la intimidad. Todo el mundo legitima su derecho a la privacidad basados en una sublimación de sus contenidos. Dicha legitimación toma su fuerza de la indeterminación de los conceptos, de lo poco diáfano de las delimitaciones y categorías jurídicas. En este proceso se convierte al derecho a la intimidad en un derecho para todos y hasta en una forma de limitar otros derechos y libertades constitucionales, constriñendo el sentido de este derecho solamente a lo íntimo y privado.

Este discurso del que hablamos subraya la importancia en el carácter de libertad negativa del derecho a la intimidad, es decir, solamente como poder de exclusión. De esta manera se faculta al ciudadano a crear una falsa realidad de libertad a su alrededor, ya que la misma se encuentra vacía de contenidos y excesivamente limitada.

En el presente trabajo criticamos este discurso y advertimos sobre su existencia. No es nuestro interés contribuir al conformismo del individuo, a replegarlo en ese ámbito vacío, lleno de temores y angustias que solemos denominar libertad individual.

A. La información como elemento del ambiente humano.

Desde los primeros momentos de la historia del hombre se hizo evidente su capacidad para adaptarse a su medio, y dar respuesta a los diversos retos que la vida sobre este planeta le ha planteado. Y si ha habido alguna característica del hombre que le haya permitido dicha posibilidad de supervivencia es esa que se ha dado en llamar: inteligencia, es decir, aquella capacidad para generar ideas creadoras, que surgen muchas veces por inspiración, de una forma abstracta, pero que tienen aplicaciones prácticas que han producido revoluciones increíbles.

Esta capacidad ha permitido el progreso del hombre en las diversas esferas en que ha enfrentado los retos de la naturaleza por la supervivencia y la obtención de los bienes necesarios para perpetuar la huella de la humanidad sobre la superficie de la Tierra.

Precisamente esta capacidad del hombre, partiendo de los métodos de una ciencia "apriorística" por excelencia cual es la matemática, dio con la creación de una extraordinaria máquina de cálculo, la cual realiza procesos mecánicos de cálculo a velocidades increíbles, dicha máquina es la computadora, también conocida como ordenador y computador.

En la última década se ha propiciado un vigoroso esfuerzo por parte de las casas comerciales de *software* y *hardware* por dar la bienvenida al llamado advenimiento de la Edad de la Información. El objeto de "culto" no es otro más que el computador, el cual se presenta como una panacea.

Dicha época está enmarcada por la revaloración de la "información" como elemento indispensable del desarrollo de los países y hasta del fortalecimiento de la democracia participativa, convirtiendo a cada ciudadano en un potencial beneficiado de las promesas de un Estado de Derecho informatizado.[5]

---

5. Se cita en este sentido, por ejemplo, la resolución 2548 XXIII, del 12-20-1968 de la XXIII Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual considerando el rol de este organismo internacional como ente coordinador de la cooperación internacional, propone se investigue el progreso de los países en materia de informática y se redacte un reporte sobre dicho progreso. Esta actitud de las Naciones Unidas demuestra el interés extraordinario puesto en el desarrollo de las técnicas de recopilación electrónica de datos a los inicios de la década de los setenta. En igual sentido, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ha venido motivando a los países para que adopten sistemas de computación que permitan el desarrollo económico acelerado, haciendo una relación inmediata entre progreso e informática.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Este esfuerzo no sería sujeto de una atenta reflexión por parte de algunos críticos si el discurso que lo sustenta no estuviera fundamentado en algunas inconsistencias que hacen que la infraestructura total de la realidad que pretenden manejar se desmorone cuando se piensa en las consecuencias que podría tener para un Estado de Derecho una política de automatización sin límites.

Las inconsistencias que forman este discurso parten del simple hecho de considerar al computador como la solución básica y única para los problemas actuales de la gerencia, de la gestión de proyectos, del desarrollo científico, de la producción de ideas, de la generación de conocimiento y hasta de la aplicación del Derecho a los casos concretos que se presentan a estrados judiciales.

Este discurso publicitario y las consecuencias que puede tener para las decisiones políticas que deben tomar los poderes judiciales en América Latina pueden ser de insospechada magnitud. No obstante, la discusión de este último aspecto escapa al análisis que se pretende realizar en este momento.[6]

1. Una necesaria distinción conceptual: datos, información e ideas.

No hay duda que estos tres conceptos suelen confundirse con frecuencia, sobre todo cuando los mismos se mezclan para referirse a temas que aparentan semejanza semántica, cuando en el fondo poco tienen que ver entre sí.

La "información" de la que suelen hablar las casas comerciales está íntimamente vinculada a aquélla que está residente en bases de datos comerciales. Bases de datos que ofrecen a los abonados datos precisos sobre los campos del conocimiento que son de interés para ellos. Pero se confunde aquí al dato con la información.

Cuando se venden estas bases de datos, las mismas se mercadean como fuentes de conocimiento, como una necesidad para el usuario quien se vería inutilizado si no contara con un acceso a ellas previo pago de una cuota de suscripción que suele ser muy alta. No obstante, lo que realmente venden estas bases de datos es una serie de datos numéricos, de texto, que con frecuencia son superabundantes y abruman al que los solicita, quien muchas veces se desestimula de seguir utilizando los servicios de la base de datos ya que la misma lo que hace es en realidad mostrarle la gran cantidad de datos que nunca podrá consultar por no contar con los medios económicos para tener acceso a ellos.

La relación lógica que se establece entre datos y conocimiento, no siempre se cumple ya que el computador no puede por sí mismo producir en el hombre que la utiliza la idea creadora, la imaginación creativa para desarrollar un planteamiento que desemboque en una solución para un problema práctico o para la comprensión de un fenómeno.

Muchas veces la solución de un problema práctico surge precisamente de una deducción a partir de una ausencia de datos total. Sin embargo, se suele decir que sin computadores, no es posible producir conocimiento, falacia que cae por su propio peso cuando se piensa que el mismo computador pudo ver su creación a partir de la aplicación de ideas matemáticas extraídas a priori sin intervención de datos o "informaciones previas", es decir, de una inferencia que se extrapoló desde otros caminos para desencadenar un proceso que daría por resultado una máquina sorprendente, pero que no es capaz de sustituir al hombre en los procesos de pensamiento y desarrollo de respuestas.

El conocimiento es esencialmente fruto de un intercambio de experiencia entre los hombres, entre las diversas culturas y no un producto inmediato de ver un dato en una pantalla de un computador. Aun cuando se podría propiciar conocimiento por el estudio que facilite la rapidez de acceso al cúmulo de datos de determinada materia y a la capacidad de cálculo que ofrecen estas máquinas.

2. Concepto de información.

Pero hasta aquí hemos hablado de información pero no nos hemos detenido a definir cuál información si es que hay más de una y cuál es la distinción entre datos e información, ideas que normalmente se confunden.

En el uso cotidiano del término se utiliza para indicar indiferentemente todo lo que se trasmite mediante la palabra, los periódicos, los libros, las

---

6. Valdría la pena, en este punto, referir al lector a la lectura atenta de un interesante trabajo sobre informática aplicada al Derecho Procesal Civil: SALAZAR CANO, Édgar, *Cibernética y Derecho Procesal Civil*, Caracas, Ediciones Técnico-Jurídicas, primera edición, 1979. La primera parte contiene una interesante discusión sobre las posibilidades del ordenador como herramienta de mejoramiento del sistema de administración de justicia. Asimismo, el autor discute, entre los riesgos o temores de la incursión de la cibernética en el Derecho, el problema de la alienación del hombre por la máquina. Resulta interesante el planteamiento desde que el mismo parte de una honesta investigación de las posibilidades de la informática jurídica aplicada.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

películas. No obstante, en ciencia de la información se hace una distinción entre datos e información. "El término 'datos' se emplea para indicar lo que se representa con alfabetos, números y cualquier otro signo o símbolo utilizado para transmitir un concepto".[7]

Para que esos datos se conviertan en información es necesario que esos datos sean transmitidos a una persona o máquina para que sean interpretados.

También se ha venido hablando de la información "per se", entendiendo por dicho concepto la calidad de la información de ser intangible, abstracta y elusiva. Sin embargo, y a pesar de que el término se usa mucho, poco nos dice sobre lo que quiere significar. "En este contexto, la etimología nos ayuda al recordarnos que el término información conlleva dos sentidos. En su primer significado, informar quiere decir: dar forma, contenido y estructura. Tomado en su origen semántico, el concepto de información indica una operación de formulación, de expresión. Quien da forma traduce en palabras, en cifras, en cualesquiera signos el hecho que observa, o la idea que concibe."[8]

Entonces, tenemos que cuando la información coincide con el proceso creativo o inventivo, estamos ante una etapa previa a la comunicación de esa información, es decir, hablamos en primera instancia de una transformación de las percepciones iniciales de un fenómeno a signos que pueden ser eventualmente entendidos por otros. Cuando estos signos son transmitidos o comunicados, la información toma su segunda acepción.

Así las cosas, y utilizando un término muy general, la información puede definirse como todo mensaje comunicable, formulado con el fin de ser transmitido. Es el conocimiento organizado y comunicable.[9]

Esta definición que hemos planteado, dispuesta desde una perspectiva demasiado limitada y estableciendo un contexto de significación conceptual simplista, es criticada por algunos quienes piensan que la "información" no es otra cosa más que "...la forma de representar los hechos, los acontecimientos, los saberes o las normas para su utilización en los procesos de decisión, ...En su forma más abstracta, la información es simplemente un conjunto de proposiciones cuyo valor veritativo es uno (verdadero) o cero (falso) o, al menos, que son aceptadas por el momento como verdaderas o falsas."[10] Dicha posición reduce demasiado la significación conceptual del término "información" y lo deja como un mero elemento dentro del proceso decisorio. Es decir, se define el objeto o valor a partir de su "idoneidad" para producir una decisión.

La palabra información, de hecho, es un término ambiguo, describe no sólo el objeto (el contenido) sino también la acción (el hecho de informar). Es por esto que multitud de veces confundimos el servicio o la actividad de informar con el bien propiamente dicho. Dicha confusión existe también en muchos textos legislativos y la forma de determinar el correcto significado es verificar si se está hablando de una acción, de un efecto o del contenido mismo, verificación no siempre sencilla.

El término "información" es de esta manera unido con frecuencia a la idea de bien "material" ("res"). No obstante, hay quienes postulan que es más bien un producto (inmaterial en esencia), anterior al soporte material (diskettes, discos duros, papel, cintas magnéticas, etc.) que la contenga.[11]

Independientemente de la calificación jurídica o económica que le demos, es necesario señalar que la información es creada por el hombre. Es un producto de su inteligencia y capacidad creativa, y puede ser creada a través de una "corazonada", una presunción, una idea pura o de un hecho cualquiera. Lo que interesa es la intervención humana para su valoración e interpretación.

El lenguaje hace posible la información y por tal razón le permite formar parte indispensable de la cultura. Además, independientemente de los aparatos que se utilicen para recopilar la información y difun-

---

7. BING, Jon, *Derecho de la información: Una breve introducción*, en: **Revista Agora, Nº 6, 1983, p. 35.**

8. *"Cinco Preguntas a Pierre Catala"*, en: **Revista Agora, Nº 6, 1983, p. 39.**

9. DELPIAZZO, Carlos, *Regulación jurídica de la información almacenada*, en: **Seminario sobre Política y Derecho Informático,** *op. cit.*, p. 82.

10. ROLDÁN CASAÑE, Benito, *"Información y decisión en el ámbito de la justicia"*, **Temas Socio-jurídicos,** volumen 5, Nº 17, Bucaramanga, Colombia, editado por Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, 1987, p. 16. Dicha definición parte de la función de la información dentro del proceso de la toma de decisión, es decir, reduce el ámbito de significación del término a la mera materialidad del servicio de la información como tal. Nos parece que dicha definición reduce el fenómeno estudiado a un aspecto solamente de la información, es por ello que consignamos una definición inicial mucho más amplia.

11. *Ibíd.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dirla, la misma mantiene su relación de dependencia con el pensamiento humano, que permite la averiguación de los datos y su valoración.

B. Información y poder en el Estado democrático de derecho.

1. Información y legitimidad.

Es así como, la información, tomada en la amplitud conceptual que hemos propuesto, es un tema que ha tenido sus manifestaciones no sólo en el presente siglo, señalado por los grandes cambios y desarrollos tecnológicos, sino a lo largo de la historia de la humanidad: el poder y la información mantienen entre sí una relación biunívoca, donde la presencia de uno señala la presencia del otro. El problema implicado en el manejo de la información y el correlativo en el manejo de las relaciones de poder son dos matices de una misma realidad y basta comprender una para acceder al conocimiento de la otra.

Hoy en día estamos en presencia de un curioso fenómeno: la expansión del ambiente de la información, donde el peligro estriba en que el monopolio de esos ambientes puede provocar serios peligros para el hombre en cuanto individuo. Hay una inusual cantidad de información disponible. La magnitud de la misma es tan impactante que ni la vida de muchos hombres sería suficiente para cubrir una ínfima parte de la información disponible en cualquier saber científico. Decíamos que el fenómeno es curioso ya que en otras épocas de la historia no hubo expansión del ambiente informativo. En el pasado el bien escaso era la información precisamente. Basta trasladarse a la edad media, por ejemplo, y encontrar que las viejas abadías, los monjes copistas, las ilustraciones en bellos colores e intrincadas formas, son símbolos de un sector del acontecer de lo histórico definido por la concentración de la escasa información disponible. Si a este panorama unimos un porcentaje de analfabetismo elevado, es fácil establecer cuáles eran los puntos donde se concentraba el poder: pocos podían leer lo escrito y muchos menos los que tenían acceso a lo escrito.

Estas relaciones y hechos nos permiten subrayar la idea expuesta más arriba en cuanto a las relaciones entre el poder y la información. Pero hay otra idea todavía más interesante que brota con la reflexión natural sobre estos temas, nos referimos a la importancia de los avances técnicos en lo que se refiere a la recopilación y difusión de la información. Por ejemplo, con Gutenberg, y el descubrimiento de la imprenta, se dio un gran paso, que consistió en hacer el proceso de copiado de los libros más rápido. De un momento a otro se hicieron inútiles las técnicas desarrolladas por los copistas, y una máquina pondría en manos de los ávidos lectores aquellos objetos que contenían el saber de la época. Unido a estos procesos tendremos el fortalecimiento de la universidad. Será en estos grandes centros de estudio y reflexión donde el monopolio de la información antiguamente en las manos esmeradas de los copistas se trasladará a los eruditos y burgueses y con ello la posibilidad de construir un nuevo discurso de legitimación para esa clase en surgimiento.

2. El ambiente de la información y el ámbito de la intimidad.

La información, en su correcta distinción con los conceptos de "idea", "pensamiento" y "dato"; es un bien, muchas veces jurídico, que escapa a las normativas tradicionales de herencia decimonónica y cuyo valor de uso y de intercambio se pesa y se paga a precios cada vez más altos. A pesar de esta característica, la información no se agota con su uso, no es un bien consumible, no acaba su naturaleza con la distribución y aprovechamiento, todo lo contrario es en ese momento que cumple su misión esencial. Al pasar la información de un lugar a otro, lejos de empobrecerse se enriquece constantemente.

Estos caracteres singulares hacen de la información uno de los bienes más perseguidos en la historia.

Si se analiza el ritmo de crecimiento del conocimiento, es posible notar como las grandes brechas entre los países productores de conocimiento y aquéllos que hacen uso de él, significan en el fondo una explicación en la distribución actual no solo de la información sobre el conocimiento, sino también de las bases de datos.

En 1965, el Instituto Tecnológico de Massachusetts organizó un equipo de científicos con el fin de establecer cuánto conocimiento había adquirido la humanidad hasta la fecha. Por conocimiento se concebía no sólo el conocimiento producido por las ciencias naturales, sino por todo aquel acerbo de la humanidad que implique "conocimiento": arte, cocina, deportes, etc. Mediante complicadas fórmulas matemáticas, dicho equipo logró determinar que al año 1965 la humanidad podía duplicar el conocimiento cada 12 años. En 1975, año en que se repitió el estudio, la humanidad podía duplicar el conocimiento cada 10 años y medio. Si el estudio se repitiera en la década que recién termina, se podría casi que intuir que dicho plazo sería reducido. Por supuesto, hay áreas del conocimiento, como la informática, la ingeniería genética, la física de las partículas, etc., que reproducen el conocimiento en pocos meses. Ahora bien, cuántos países contribuyen a este incremento en el conocimiento, y en su manejo?

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La respuesta es sencilla, son muy pocos y concentran el 94% del total de conocimientos producidos. Más de 150 países, como conjunto, sólo producen un 6% del total de conocimientos de la humanidad. Esto implica para los países en desarrollo un desafío adicional que los enfrenta ante ese hecho que hemos venido tratando de subrayar: la relación profunda entre monopolio de la información (y por ende, del conocimiento) y el poder.[12]

El concepto de ambiente de información sigue íntimamente ligado a la contradicción a la que se hacía referencia entre los conceptos usualmente relacionados con el término "información", sin embargo, baste decir que este concepto de ambiente sigue señalado por los múltiples ámbitos en que la "información" se desenvuelve. Estos ámbitos son tan distintos como los datos disponibles hoy en día sobre cualquier tema o materia. Asimismo, la esencialidad de esta dispersión de datos se ha hecho importante desde que el hombre moderno ha valorado al dato, celosamente guardado en bancos magnéticos, con un valor pecuniario. Esto último ha provocado que se expanda la necesidad de contar con aquellos datos esenciales para el desarrollo de determinadas áreas. De igual manera, dicho desarrollo y el éxito cifrado en dicho proceso se halla determinado por un discurso que impulsa al usuario a la búsqueda de la mayor cantidad de datos que sea posible recopilar y manejar.

Es en esta coyuntura, que las casas comerciales que venden ordenadores han introducido una ágil política de mercadeo que se fundamenta en presentar el ordenador y a sus operadores como los representantes de las soluciones a todos los problemas. Parafraseando al famoso matemático inglés Touring y su famoso teorema, podríamos decir que las casas comerciales pretenden plantear que todo proceso que pueda ser calculado puede ser resuelto por esas mágicas cajas de transistores.

C. Información e individuo.

Entre la función de preservar los conocimientos y la función política que se pueda ejercer dentro de una sociedad hay una proporcionalidad directa. Si bien es cierto, las vicisitudes del poder explican sus cambios a partir de una compleja interdependencia de elementos subjetivos y de intereses, también es cierto que el manejo de la información permite la construcción de medios útiles para el sostenimiento del sistema. Baste revisar algunos períodos de la historia para averiguar cómo ante el derrumbe de un régimen político surge la caída de una ideología y de los escombros de la anterior surge una nueva que le da vitalidad y validez al nuevo régimen, enarbolando los sostenedores de la información el estandarte del poder. Es por ello que la relación información-poder político parece tan indisoluble.

El panorama de posibilidades que ofrece el proceso de creación de información no es tan simple como explicar que dicho proceso se concentra en la posibilidad de disponer de lo que se necesita para conocer sobre algo, sino que tiene más matices que los que usualmente podríamos pensar. La información tiene, en primera instancia, dos ámbitos singulares, el primero de ellos fundamentado en la producción de aquellos elementos que configurarán lo que se puede conocer y en segundo plano, los elementos necesarios para poner ese conocimiento en manos de quienes los necesitan. Estos dos ámbitos, por lo menos para empezar, dan una idea concreta de que no basta conocer sólo uno de ellos para entender el fenómeno. No es como parece al inicio sino más bien una caja llena de sorpresas, que nuestro siglo ha abierto y que apenas sabemos que hacer con ellas.

Tal vez, en lo que se refiere a la producción del conocimiento, los problemas nos podrían encaminar a contenidos ajenos a la materia de este documento. De esta faceta lo que interesa es el camino que debe seguir ese conocimiento para llegar a los receptores. Es en este camino donde se dan, precisamente, las distorsiones y las ambigüedades y los manejos de la información. Estas distorsiones podrían llevarnos a considerar los usos democráticos y no democráticos de la información, sin embargo, la misma utilización del término "democrático" nos obligaría a concebir, al menos prácticamente, todos aquellos manejos de la información no democráticos.[13]

---

12. MALEK, Gustavo, *La informática en América Latina*, **Seminario sobre Política y Derecho Informático**, Montevideo, Uruguay, Contaduría General de la Nación, agosto 1989, p. 39.

13. Vale la pena alertar en este momento al lector de las posibilidades de una actitud excesivamente optimista en donde se exalten las virtudes del ordenador como una simple forma de exorcizar sus peligros y de retardar el advenimiento de medidas de solución. No obstante, debemos decir que aún es posible plantear una "democratización" del uso del ordenador como una reacción a los monopolios informativos y al manejo consiguiente de la información que llega a los ciudadanos. Dicha "democratización" a la que hacemos referencia no es, en primera instancia, un proceso de cambio que parte del análisis del ordenador como "un instrumento de racionalización capitalista". En

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esta tarea podría ser imposible si no tenemos un punto de referencia comúnmente aceptado cual sería o una jerarquía de valores previamente definida, y cuyo valor axiológico sea escasamente discutido, o al menos una declaración de lo que podrían ser las pretensiones de una sociedad que desea organizarse de acuerdo con tres ideas: el respeto al hombre, el respeto a la libertad de decisión, y el respeto a libertad de educación y conocimiento.

D. Información y derechos humanos.

Si partimos de la concepción ideológica de los derechos humanos como un punto de partida válido para juzgar los manejos de la información, al menos debemos explicar por qué tenemos esta ideología como válida. Esto último es muy importante, ya que si partimos de la mera estructura de los valores nos encontramos con que ante un caso concreto que estamos estudiando, coexistirán diversas jerarquías de valores dependiendo de las ideas culturales que estén al substrato del individuo que realice el juzgamiento. Como todas estas jerarquías serán tan válidas dependiendo de este substrato, será conveniente partir de un solo concepto de hombre como entidad en sí misma valiosa, no como un ser para sí y por sí, sino como un instrumento perfectible, al que la sociedad, como medio para su organización, debe brindar las posibilidades para que realice su proyecto individual.

Es así como, si se acepta la ideología de los derechos humanos como punto de referencia para determinar las posibilidades de valor de un juzgamiento sobre el derecho a la información (que aún no hemos definido), nos permitiría al menos una misma escala para diferentes hombres, en substratos culturales diferentes. Recordemos que el fenómeno de la información no es propio del hombre del siglo veinte acostumbrado a complejos sistemas electrónicos y a una reducción extraordinaria de su intimidad, sino que también dicho fenómeno tiene su presencia en agrupaciones tribales de todos los continentes, algunas de ellas apegadas a maneras de enfrentar la naturaleza largo tiempo olvidadas para el hombre de la metrópoli.

La diferencia no es cualitativa sino solo cuantitativa, y en ambos casos el único conector lógico que tenemos es el hombre mismo. Tendremos, entonces, que los valores del hombre tribal y ajeno al mundo de la electrónica, quizá no sean los mismos; pero sí tendremos idénticas naturalezas humanas, idénticos sujetos con derecho a desarrollar su proyecto individual sea éste cualquiera que sea. Por ello si bien los derechos humanos se declaran en un momento muy definido por individuos muy definidos, los alcances de esa declaración llegan a todo hombre con una validez idéntica, cosa que no sería posible si como punto de referencia escogiéramos diferentes jerarquías de valores provenientes de cada ambiente cultural.

Una ideología de los derechos humanos comprometida con el hombre busca fundamentalmente la afirmación de ese hombre tanto a nivel ontológico como a nivel fáctico.[14] No busca una especial definición del hombre sino la protección de aquellos derechos que hacen posible que el hombre permanezca cual es, es decir, libre para desarrollar sus posibilidades y libre para escoger no desarrollarlas.

Información y derecho a la intimidad.

Hasta aquí podríamos preguntarnos por qué este discurso sobre la validez de la ideología de los derechos humanos y qué tiene esto que ver con el derecho a la información. Para explicar esto es necesario tener en cuenta algunos hechos relacionados con el fenómeno de la información. Como se ha adelantado líneas atrás, la información puede

---

realidad, lo que deseamos plantear es el uso del ordenador como herramienta de progreso analizada desde una jerarquía de valores estructurada a partir de un concepto humanista (es probable que se filtre aquí una pretensión de ética cibernética, la cual aún no se ha construido, pero que hace patente su necesidad de desarrollo). Este concepto humanista no es un mero planteamiento reivindicador de grupos subalternos afectados por los manejos del poder. Se trata, en definitiva de un discurso de rescate de los valores del hombre en la sociedad materialista contemporánea. "Las nuevas formas de concentración y circulación de la información han suscitado interrogantes en torno a una posible 'democracia electrónica' en la que un acceso y distribución democráticos de la información, y por tanto del poder, podrían determinar unas mayores posibilidades de participación de la población en detrimento de la burocratización de la vida pública." MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: Privacy e Informática*, Barcelona, Ediciones Destino, primera edición, 1984, p. 38.

14. Algunos opinan, en este sentido, que los derechos humanos no son una institución jurídica determinada, "...sino una forma de entender la vida en convivencia, pacífica y armónica; solidaria y fraternal... Cuando hablamos de derechos humanos, no estamos hablando del Derecho, sino de la dignidad del hombre, de la justicia, de la equidad, y, en última instancia, de la más estricta y auténtica moral." OBREGÓN VALVERDE, Enrique, *Derechos Humanos y Libertad de Prensa*, San José, Costa Rica, Centro de Estudios Democráticos de América Latina (CEDAL), 1980, pp. 4-5.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

permitir el desarrollo de una sociedad determinada, permitiendo la cooperación entre diversos pueblos empeñados en un proyecto que les es común cual es el de dar respuesta a los retos de la naturaleza, el éxito o fracaso de estas respuestas puede ser muy beneficioso si es posible brindarlo a otros. Además la información puede permitir una vida más organizada al hombre permitiéndole centralizar todos los datos de los individuos que la conforman, datos que pueden ir desde su identidad y nacimiento hasta sus enfermedades y fracasos.

Junto a esta acumulación de información pueden venir aparejadas conculcaciones a la esfera de la intimidad del individuo. Pensemos en el caso de un banco de datos con información sobre las enfermedades de un individuo, sus inclinaciones personales, sus adhesiones políticas y demás datos de su vida, una base de datos de esta magnitud podría servir para evitar que dicho individuo, ante los resultados de una valoración de esos datos, no pueda tener un trabajo, o ejercer sus derechos políticos o recibir atención médica.

Los cambios en el ambiente de la información introducidos por los medios electrónicos de manejo de los datos y de comunicación, han hecho que las tradiciones culturales de los pueblos interactúen unas con otras logrando un ambiente cultural denominado con acierto "aldea global" por Marshall Mcluhan. Se habla también de cultura de masas por quienes lo consideran negativo para la sociedad por ser un atentado contra las formas tradicionales de cultura. Estas críticas hablan de un mundo sin fronteras donde los contactos, la comunicación, el intercambio de informaciones, iban a hacer que al abandonar sus patrias pudieran acceder a la cálida desilusión del mundo desarrollado, con muchos seres humanos con idénticos problemas pero con menos posibilidades para resolverlos, donde la individualidad nacional se perdería para acceder a una comunidad global gracias al desarrollo de los medios de comunicación, y agreguemos nosotros, a los medios de transmisión de la información.

Si bien los peligros de estos desarrollos están empezando a observarse y estudiarse, es necesario ya comenzar a desarrollar lo que podemos denominar el derecho a la información, como una forma de ir adelantando respuestas a la incertidumbre del individuo ante los excesos de la autoridad.

Este derecho a la información tiene que tener una relación profunda con esta ideología de los derechos humanos que se ha pretendido validar aquí, ya que puede ser una forma de dar la correcta perspectiva al problema. Se trata de poner al hombre como punto de arranque de los mejoramientos en los niveles de información y también como punto de llegada en cuanto sujeto de protección. No se trata de decir que la centralización de la información es nefasta porque sí, es necesario comprender que el costo de oportunidad para los países en desarrollo de unirse al tráfago de información de los países desarrollados es importante de tomar en cuenta si se piensa en una repartición de las ventajas y de las ganancias. Sin embargo, como países jóvenes podemos ver las experiencias de los otros y mejorar los hechos equivocados y dar una nueva pauta para el manejo de la información conforme a nuestras necesidades más prioritarias: desarrollo y protección del individuo. "Como toda tecnología, su utilización benéfica o perniciosa no depende de ella misma, sino de la matriz sociopolítica que determina el progreso o retroceso de la sociedad en su sentido más amplio. Como científicos y técnicos tenemos la obligación moral de mostrar cuáles son sus opciones, cuáles sus alcances y cuáles sus peligros, y ejercitar nuestra influencia para que se aplique en beneficio de toda la comunidad. Si ello sucede así y, mucho de ello depende de que logremos conformar una masa pensante que sobrepase las estrechas fronteras de nuestros países, podremos lograr que se facilite la realización de ese potencial humano, lleno de esperanzas y de creatividad, que es el latinoamericano."[15]

En lo dicho y lo discutido dentro del marco de las Naciones Unidas podemos encontrar un deseo claro de brindar protección a un derecho que aún no tiene unos perfiles definidos pero que se considera prioritario para el hombre como sujeto de protección. Este derecho aún indeterminado es el referido a la información.

En los documentos y declaraciones de derechos humanos se habla de libertad de pensamiento, libertad de conciencia, libertad de opinión y de expresión, sin embargo, esto es una forma muy elíptica de plantear

15. Mesa redonda: "La informática: Un factor de desarrollo o de dependencia para América Latina", celebrada durante la X Conferencia Latinoamericana de Informática —PANEL'84—, celebrada en Viña del Mar, Chile, abril de 1984, evento organizado por el Centro Latinoamericano de Estudios en Informática y la Universidad Católica de Valparaíso, publicación del Intergovernmental Bureau for Informatics (IBI), p. 29.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

un derecho muy concreto que sería un derivado de todos estos derechos y a la vez una conjunción de los mismos.

El derecho a informarse, el derecho a saber y a comunicar lo que se sabe es una forma de manifestarse la libertad de pensamiento y de expresión.

Si leemos con cuidado el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en relación con el artículo 19, podremos entender muy bien qué es lo que se quiere plantear. Es evidente que se quiere tutelar una libertad a obtener información, pero como este derecho tiene dos vertientes fundamentales: la información de tipo público y la información de orden privado, es muy difícil redactar un articulado que cubra por igual a ambos tipos de libertades.

Si se plantea una libertad de información en cuanto a las áreas de intimidad del individuo se estaría violentando claramente algunos derechos subjetivos ya bien definidos en otras secciones de estos documentos sobre derechos humanos, por otro lado, una libertad solo entendida en el tanto información de hechos públicos o de notorio interés para la colectividad estaría forzosamente limitada a una sola faceta de esta área tan compleja.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 plantea en su artículo 19 una exposición sobre esta libertad de información en cuanto a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole por cualquier medio idóneo al efecto. En el mismo sentido podríamos citar el acápite primero del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

Eduardo Novoa dice que esta confusión entre libertad de información y libertad de opinión y de expresión tiene una explicación histórica. Para sustentar su dicho se basa en un informe de la UNESCO que dice así: "Mientras la comunicación interpersonal fue la única forma de comunicación humana, el derecho a la libertad de opinión era el único derecho a la comunicación. Más adelante, con la invención de la imprenta, se añadió el derecho de expresión. Y más tarde aún, a medida que se desarrollaban los grandes medios de comunicación, el derecho a buscar, recibir e impartir información pasó a ser la preocupación principal. Desde este punto de vista, el orden de los derechos específicos enumerados en el artículo 19 (de la Declaración Universal), traza una progresión histórica: opinión, expresión, información."[16]

A esta progresión histórica del derecho a la información deberíamos de agregar los recientes avances en materia de informática que han revolucionado todos los conceptos en materia de transmisión y recopilación de los datos y que han hecho imprescindible una definición en torno a los caracteres de este derecho humano.

Otra reflexión que es necesario hacer es aquélla que gira en torno a la extensión de este derecho a la información, es decir, el ámbito de cobertura en tanto derecho subjetivo o derecho colectivo o social. Esto último por cuanto si se piensa en los perfiles esenciales de la libertad de información es posible observar con facilidad como sus límites engloban a la sociedad como un todo en tanto medio que permite la producción y transmisión de la información y como ente de tutela del individuo que la compone. Así entonces, estaríamos hablando de derecho humano fundamental, tal y como lo ha dicho la Asamblea General de las Naciones Unidas,[17] sino también de un derecho social o colectivo en tanto interesa a la sociedad como grupo de individuos.

Un proyecto de convención que ha estado en discusión en las Naciones Unidas dice algunas cosas muy interesantes en torno a este derecho a la información: "...se reconoce el derecho de saber y el derecho de buscar libremente la verdad, como algo que corresponde inalienable y fundamentalmente a todo hombre y se proclama el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones, se declara que los gobiernos deben amparar la libre circulación de informaciones para que el público conozca los hechos y pueda formarse una opinión sobre los acontecimientos, y se señala que los medios de información deben estar al servicio del pueblo, sin que intereses públicos o privados puedan impedir la existencia de diversas fuentes de información o privar al individuo de su libre acceso a ellas."[18]

Este planteamiento del anteproyecto de convención sin duda hace referencia a un derecho colectivo.

---

16. Informe UNESCO, 19 c/93, de 16 de agosto de 1976, número 8, citado por NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*, México, Siglo XXI Editores, S.A., primera edición, 1979, p. 142.

17. Resolución número 59 del I período de sesiones del 14 de diciembre de 1946, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

18. NOVOA MONREAL, *op. cit.*, p. 146.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Habla de que los servicios de información han de estar dirigidos a servir al pueblo, no sólo de un individuo. Dice que los gobiernos han de tutelar un interés público manifiesto en la necesidad de dar y recibir información. Es precisamente este interés público el que faculta a considerar una amplitud en la formulación del derecho a la información en cuanto derecho colectivo o social.

E. El derecho a la información.

Se ha dicho que la consecuencia lógica de los modernos desarrollos en materia informática es, precisamente, el desarrollo de un derecho a la información. Dicho planteamiento surge de la idea de que hay dos tipos de información, una que es privada y la otra que es pública. La primera contiene datos personales tales como estado civil, historia clínica, historia educativa, etc. La otra, por el contrario, tiene un carácter más amplio y tiene como fin la difusión y la formación cultural. Serían informaciones de tipo económico, estadístico, etc. Dentro de este tipo de información no privada encontramos la información jurídica.[19]

El derecho a la información incorpora como campos adyacentes a su área de acción a la educación y al conocimiento.

En materia de información personal, cuando los datos registrados, abarcan todo lo concerniente a la vida del hombre, el secreto es un derecho que tiene el individuo que exigir y un deber inviolable por parte de quienes custodian los datos.

El secreto se convierte entonces en lo confidencial, lo reservado del conocimiento del banco de datos. El individuo tiene derecho a que se le respete su vida privada y el secreto que a ella la acompaña y tiene derecho a exigir el acceso a la información que sobre su persona existe, para constatar los datos no aportados por él y verificar que la información brindada voluntariamente no ha sido tergiversada.

Sin embargo, estos extremos del derecho a la información son demasiado pequeños.

El derecho a la información incorpora mucho más que un derecho del individuo ante los datos e informaciones contenidos en un fichero, banco de datos o computador. Es más, es posible distinguir entre un derecho sobre la información y un derecho a la información. "El derecho sobre la información, generalmente llamado 'propiedad' para expresar su fuerza, permite a su titular comunicar la información como él lo desee o, no divulgarla si lo prefiere. El derecho a la información expresa la prerrogativa inversa de quien no dispone de la información y quiere obtenerla.

Su conflicto es la eterna lucha entre el poseedor y el reivindicador, cuya puesta no es más el espacio físico del terreno sino el territorio intelectual del saber."[20]

Sin embargo, el derecho a la información es más que un simple derecho subjetivo.

El derecho a la información en cuanto categoría de la ciencia jurídica aún se está desarrollando, sin embargo, su carácter guardará relación con todos los derechos potestativos. Se trata de brindar al sujeto la posibilidad real de acceder a la información que le interesa. Como hemos venido exponiendo, vivimos en una época donde el intercambio de información es materia de todos los días y sin duda dicho fenómeno aumentará. Es necesario que el ciudadano pueda verse favorecido con dicho intercambio, al fin y al cabo, la información sigue perteneciendo a la cultura y como tal es un bien inalienable de quienes lo producen: los hombres.

El derecho a la información en los términos dichos puede ser una buena base para el desarrollo de proyectos e iniciativas que pretendan brindar ese producto tan valioso a todos los hombres, cualquiera que sea la entidad de dicha "información".

Ya hemos dicho que la información se ha convertido en mercancía, se paga un valor apreciable por ella y la misma cumple una función económica inclusive. Así, no es tan simple como anunciar con regocijo "Información para Todos". Está claro que tendrán acceso a la información los que puedan pagar por ella. Entonces, se trata que dichos proyectos e iniciativas vayan paralelos a positivas políticas por hacer públicos los servicios de información. Que el ciudadano tenga posibilidades reales de conocer de lo que le interesa, no se trata de regalarle lo que a altos costos fue posible, se trata de brindarle posibilidades reales de ejercer con plenitud su derecho como individuo en una sociedad libre y democrática.

Esta iniciativa también va unida a las realidades particulares de los individuos. Los tipos de información son innumerables, como innumerables los

---

19. WINTERDAAL CENTENO, María Virginia, *"Derecho de la informática e informática jurídica"*, en: **Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Jurídicas, Nº 12, 1981-1982, p. 207.

20. *"Cinco preguntas a Pierre Catala"*, *op. cit.*, p. 41.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

usuarios de la misma. Hay juristas interesados en información jurídica, economistas interesados en información económica, sociólogos interesados en información estadística y de realidad, hay ciudadanos interesados en temas generales de gobierno y administración, etc.

A pesar de esta diversidad el derecho a la información tiene una misma manifestación para todos, lo que varía son los intereses pero no el fondo de los deseos de los individuos.

El derecho a la información mantiene una intimidad con los deseos concientes del individuo por acceder a lo que otros hombres han valorado a partir de los datos que se tienen. El ciudadano desea formar opinión de los hechos que le interesan y desea también construir un futuro para él con base en la experiencia de otros hombres. El legislador tiene derecho a conocer cómo otros hombres, en otras regiones y ante idénticas o diferentes condiciones, resolvieron problemas que le son afines a ambos. El jurista tiene derecho a conocer cómo otros hombres han resuelto problemas jurídicos que tienen mucho que ver con los problemas que él enfrenta a una legislación muy particular o muy general. El político tiene derecho a conocer los procesos de carácter social sufridos en otras sociedades para entender las realidades de su propio entorno, y así sucesivamente, incluyendo todos los intereses profesionales y humanos.

Por todo lo anterior, la acepción del derecho a la información ha de ser amplia. Es claro que el hombre moderno necesita información para formar opinión y a su vez decidir sobre sus problemas y los de su comunidad.[21]

Esta necesidad de información, ya ha sido reconocida como un derecho a la información, y así ha quedado consagrado en una serie de instrumentos internacionales tales como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, así como en los diferentes foros internacionales que sobre la materia se han realizado.

A tal punto se ha llegado a constatar la necesidad de protección de este derecho y de su importancia para el desarrollo del hombre y de los pueblos, que actualmente se define el derecho a la información como un verdadero derecho social, ya que este interesa y compromete a la sociedad toda y no solo al hombre considerado individualmente: así la difusión de la información se convierte en un servicio fundamental para la sociedad asumiendo el carácter de un verdadero servicio público, con las exigencias de interés general que ello comporta.[22]

Dentro de estos límites no hay contraposición entre el derecho a informar y a informarse con el derecho a la intimidad, que describiremos seguidamente. Para algunos dicha contraposición existe y dichas tesis parten del análisis de la relación entre derecho a informar y el derecho a la propia imagen, en una perspectiva puramente individualista.

En realidad, como observaremos más adelante, el verdadero contendor de este derecho es el desarrollo tecnológico.

El ejercicio de la libertad de expresión, libertad de orden estamental y, en la mayoría de los casos, solo ejercitable por aquéllos con capacidad económica suficiente, carecería de sentido si no se reconoce una protección a la interioridad, a la individualidad.

El miedo que provocó la prensa amarillista en los influyentes sectores burgueses de la sociedad estadounidense no planteó una contraposición de derechos entre la libertad de información y el derecho a estar solo. En realidad, se verificó claramente que el concepto liberal de propiedad que informaba la idea de intimidad no alcanzaba a proteger y a definir todas las posibilidades de intromisión de factores externos nocivos al desarrollo de la personalidad.

Hoy en día los medios de comunicación de masas no representan, en el sentido que hemos tratado de exponer, un peligro para la *privacy*, ya que ellos mismos se encuentran al margen del control monopólico de la información, ejercido por compañías privadas y algunas estatales. Así, con *Morales Prats*, debemos concluir que: "Por tanto, la afirmación de la participación y del acceso democrático a la

21. Es por ello que la unión entre información y gestión es inescindible. "Si la información es la materia prima para la decisión y la función de dirigir consiste en un flujo continuo de decisiones para regular el funcionamiento del sistema operador a fin de conseguir unos objetivos determinados, se comprende la necesidad de las organizaciones de disponer de un sistema de información... El sistema de información de una organización es el conjunto de hombres, máquinas, archivos y procedimientos que facilitan en cada tiempo y lugar de ella la información necesaria para la toma de decisiones de planificación, de gestión o de producción." ROLDÁN CASAÑE, *op. cit.*, pp. 22-23.

22. Resultan interesantes las palabras de OBREGÓN VALVERDE, para quien: "...no hay en el mundo de hoy una responsabilidad social e histórica mayor que la que tienen en sus manos los que dirigen, escriben y comentan en los medios de comunicación." OBREGÓN VALVERDE, *op. cit.*, p. 5.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

información, de un lado, y la tutela de la intimidad, por otro, pasan hoy por imponer controles jurídicos y administrativos a un enemigo común: el desarrollo informático desplanificado y la circulación de datos de todo tipo en los canales cada vez más lejanos y restringidos."[23]

F. El derecho a la intimidad o a la privacidad.

En su formulación inicial, de raigambre anglosajona, el derecho a la "privacy" ("to be let alone"),[24] "..., es un derecho moderno que aparece al compás del desarrollo de las primeras manifestaciones de los *massmedia* (medios de comunicación de masas), esto es, de las formas de intrusión en la esfera personal, cuando la presión social sobre la esfera privada se patentiza."[25]

Para algunos la razón de ser del derecho a la intimidad, al menos en su versión anglosajona, se debe a la constante preocupación de los juristas del Common Law por distinguir entre las esferas de lo público y lo privado. Dicha tendencia se ha redoblado en los últimos tiempos cuando el hombre necesita aumentar sus defensas contra un mundo exterior que le es cada vez más hostil, formando una especie de reducto que lo proteja y que a la vez le conceda la gracia de facilitarle un espacio para lograr sus objetivos personales.[26]

La sociedad moderna ofrece una serie de ventajas para los individuos que la componen. Entre estas ventajas están, sin duda, la posibilidad de tener una mejor expectativa de vida, más medios de transporte, medios de comunicación cada vez más eficientes, en general, condiciones de vida de una altísima calidad. Sin embargo, en el proceso las posibilidades del hombre como individuo, como entidad autónoma se hacen cada vez más pequeñas. El crecimiento acelerado del aparato estatal, el entrabado proceso para la tramitación de cualquier imaginable servicio y la determinación estatal de muchas de las decisiones que antes eran individuales, hacen que la esfera de intimidad se reduzca. El Estado, hoy en día, decide cuándo hacer un préstamo de dinero a un ciudadano, en qué condiciones y plazos, aprovecha la oportunidad para definir qué ha de hacer con el dinero y en muchas ocasiones las condiciones del préstamo se establecen de acuerdo con las políticas generales del Estado en cuanto planeamiento urbano, plan de desarrollo social, etc., que no toman en cuenta lo que el hombre desea hacer en realidad, o al menos, en la forma en que individualmente ha decidido hacerlo.

El control que ejerce el Estado sobre los ciudadanos es cada vez más estrecho. La facilidad con que se consignan datos de los ciudadanos para casi cualquier gestión, permite que se disponga de una serie de detalles sobre la vida y costumbres de las personas, y que dichos detalles puedan ser utilizados con cualquier fin.

El ordenador permite, a través de "preguntas pertinentes", la creación de perfiles de personalidad. En algunos países se han realizado trabajos que permiten crear estos perfiles para la toma de decisiones. Por ejemplo, en bibliotecas se han elaborado perfiles que permiten determinar la inclinación doctrinal e ideológica de los lectores habituales de acuerdo con sus intereses. En el ejército, se han elaborado perfiles de aquellos sujetos que tienen problemas para adquirir la disciplina militar. Asimismo, no existiría ningún problema de crear un nuevo "estereotipo del delincuente", dibujos incluidos, utilizando los expedientes que se guardan en los centros penitenciarios.

En sociedades como la estadounidense y la de algunos países europeos se ha producido el auge de las empresas privadas que recopilan datos sobre la población. No se trata simplemente de aquellas empresas que recogen la opinión de la gente sobre las preferencias políticas para determinar la popularidad de un candidato. Se trata de empresas que por medio de entrevistas, charlas en vecindarios, y otras técnicas, recopilan datos sobre las apetencias sexuales, preferencias alimenticias, solvencia y reputación de

---

23. MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 44-45.

24. Puede traducirse como el derecho a la privacidad, el derecho a estar solo. En las formulaciones castellanas de este término se prefiere la alusión a la "esfera de intimidad" que tiene mayor referencia al grupo de derechos subjetivos que el individuo mantiene bajo su potestad. Es decir, que él aún puede decidir ejercer o no ejercer. Casualmente en el mismo año de 1890 en que se forjó este principio a partir del desarrollo de la Teoría del Right to Privacy por Warren y Brandeis, se alertó a la ciudadanía por parte de la Harvard Law Review que el derecho de estar solo podría ser susceptible de ser afectado por dos inventos que solo podían presagiar lo peor: el teléfono y la máquina fotográfica.

25. MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: Privacy e Informática*, Barcelona, Ediciones Destino, primera edición, 1984, p. 15.

26. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los ciudadanos. Algunas de estas empresas llegaron a recopilar datos de casi toda la población de un país. Datos que por una serie de razones no solo eran imprecisos sino que, en la mayoría de los casos, eran poco fiables y de una precisión mínima. Es decir, que datos referentes a la intimidad de la población de un país eran utilizados para una serie de fines extraños a esta población, y sin contar con el conocimiento ni la aquiescencia de los afectados. "Estas sociedades de Credit Report tienen en los bancos, las empresas de seguros y las multinacionales sus mejores clientes, que, en ocasiones, son incluso los agentes financieros de las mismas...Tal ha sido el volumen de información personal que ha podido manejar hasta mediados de los años setenta, que la compañía de seguros American Security Council alardeaba de tener 6 millones de *dossiers* personales de trabajadores, es decir, el mayor archivo de 'actividades revolucionarias' en EE.UU."[27]

No solo empresas privadas, sino también el mismo Estado, ha intentado unificar las cantidades ingentes de datos que se conservan sobre los ciudadanos de un país. "Por ejemplo, en Francia, el proyecto denominado 'Safari', del Ministerio del Interior, motivó un gran debate dada la posibilidad de que 50 millones de personas quedaran fichadas por medio de un número de matrícula individual; se trataba de unificar en un solo fichero los datos depositados en los equipos informáticos del Ministerio de Hacienda, de Trabajo y de Catastro."[28]

Surgimiento del derecho a la intimidad en la sociedad burguesa.

La evolución del derecho a la privacidad (o la esfera de intimidad como lo hemos llamado nosotros) parte del concepto liberal de la propiedad, en tanto y en cuanto dicho derecho se constreñía a no ser afectado en el goce y disfrute de la cosa poseída. Posteriormente, al menos a partir de 1890, el interés se traslada al resguardo de la privacidad ante la amenaza de los fotógrafos y periodistas de los pasquines que buscaban la noticia sin ningún escrúpulo y sin escatimar ningún esfuerzo. Ya aquí el interés de protección no es más el "individualismo posesivo"[29] sino que el enfoque se dirige hacia la protección de la individualidad (inviolabilidad de la personalidad).

Para algunos, este rompimiento, no sólo jurisprudencial sino también ideológico, significa una buena muestra de como el "right to privacy", el "right to be alone", se aleja del derecho al honor, en un proceso que representa la quiebra del valor absoluto de este último. "Todo ciudadano tiene derecho a controlar su propia fama, pero con ello no basta; el derecho a la intimidad pasa a expresar el núcleo esencial de la personalidad que ahora es preciso defender de la intrusión y la manipulación de los grupos de poder que emergen en la sociedad de masas. La esfera privada de la persona merece protección con independencia de la valoración externa que los demás efectúen sobre la misma."[30]

Esta quiebra del concepto liberal de la que hablamos significa la caída del antiguo criterio basado en el derecho a la libre concurrencia que dio al hombre público la posibilidad de consolidar un derecho al honor irrestricto y absoluto. En este momento de la evolución del derecho a la intimidad el interés se coloca en el particular, en aquel ciudadano que abraza con pasión su derecho a disentir de los dictados sociales o de la masa.

El derecho a la intimidad encontrará aportes jurisprudenciales y legislativos hasta bien entrado el siglo XX. Hasta finales de los años sesenta, tanto en los Estados Unidos como en Europa, es que el derecho a la intimidad puede ser observado como una categoría jurídica independiente. Esta categorización surge con los primeros años del Estado intervencionista y su reacción contra el antiguo sistema liberal.

El Estado intervencionista tendrá objetivos de control muy concretos que agregarán contradiccio-

---

27. BALDASSARRE, *Privacy e Constituzione (L'esperienza Statunitense)*, Roma, 1974, p. 9, citado por MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 40.

28. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 41. La CIA dispone de un ordenador con capacidad para almacenar millones y millones de datos, y dicha organización dispone de ficheros con detalles biográficos y fotografías correspondientes a muchas personas. Asimismo la organización recopila y analiza publicaciones periódicas y libros en cantidades superiores a los trescientos mil ejemplares mensuales. La capacidad de acumulación de datos que tiene el ordenador ofrece al Estado la posibilidad de destruir de una vez la autarquía del individuo. Al respecto puede consultarse: FARIÑAS MATONI, Luis, *El derecho a la intimidad*, Madrid, Editorial Trivium, S.A., sin año de publicación, pp. 28-39.

29. MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 19-20.

30. *Ibíd.*, p. 21. Sin embargo, MORALES PRATS subraya que la caída o rompimiento, si se prefiere, del derecho al honor, no significa en sí mismo una universalización de este bien jurídico. Antes bien, la nueva burguesía industrial buscaría entronizar los objetivos sociales del honor negando su ejercicio a los sectores marginales y subalternos de la sociedad. El honor adquiriría de esta manera y en esta coyuntura nuevas definiciones acorde con el sector social en surgimiento.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nes a las primeras manifestaciones legislativas y constitucionales del derecho a la intimidad. Mientras en el Estado liberal la conciencia individual se consideraba como algo sin relevancia para los fines públicos, en el Estado intervencionista, esa esfera individual dejará de tener un valor neutro.[31]

Redefinición del derecho a la intimidad en la era de la informatización.

George Orwell, Aldox Huxley, Ray Bradbury, Isaac Asimov, Theodore Sturgeon, y otros escritores de ciencia ficción, entre muchos otros, se convertirían en los profetas del advenimiento de la sociedad tecnológica. Una sociedad caracterizada por el uso masivo de sistemas de comunicación y de manejo de datos, donde el hombre iría perdiendo cada vez más áreas de intimidad para concedérselas a un Estado omnipresente y todopoderoso que haría de la cultura de masas el nuevo emblema del dominio ideológico.

El desarrollo de esta sociedad tecnológica ha significado para el derecho a la intimidad la necesidad de una redefinición. Como habíamos adelantado más atrás, el derecho a la intimidad es hoy en día presupuesto del ejercicio de otros derechos de carácter político, social y económico. Dado este carácter garantista y expansivo, el derecho a la intimidad viene a redefinirse como un "derecho al control de la circulación de informaciones personales".[32]

Si debiéramos describir un desarrollo del derecho a la intimidad sólo en cuanto a la magnitud de su impacto en la personalidad del individuo, deberíamos decir lo siguiente: si la primera formulación del derecho a la intimidad se construyó a partir de las primeras técnicas de la grabación del sonido y de la imagen como un hábeas mentem, hoy, con el advenimiento de los bancos de datos, se convierte en un hábeas scriptum o hábeas data.

En las legislaciones modernas se empieza a introducir el derecho de acceso a los bancos de datos, que se concreta, asimismo, en la posibilidad de reforma, concreción de los datos personales acumulados. "Se trata, en suma, de que el sujeto pueda modular su 'identidad informática' para que sea veraz, y que el reconocimiento de estas facultades sea limitado".[33]

Hábeas corpus y hábeas data: Evolución de una libertad.

La protección jurídica de la libertad personal se entronca con la historia moderna con la creación del Hábeas Corpus Act de 1679, reformulado en 1816. Este primer logro jurídico se refiere exclusivamente a la protección de los ciudadanos que han sido detenidos ilegalmente.

Hoy en día las conculcaciones de la libertad personal no se refieren, exclusivamente, a la afectación física del ciudadano (como sería su detención sin causa justa). La esfera de intimidad del individuo, como ya lo hemos expuesto, está amenazada por el uso exacerbado, carente de ética y "antidemocrático" del ordenador. De manera que es necesaria la configuración de un derecho con una dimensión política y social que permita al ciudadano disponer y controlar la circulación de datos personales. Se trata de un ejercicio individual pero con consecuencias políticas y sociales generalizadas.

No se trata simplemente de un derecho de exclusión o libertad negativa de rechazar, permitir o prohibir el uso de datos personales. Se trata de un derecho que se proyecta al exterior en la misma medida e intensidad con que se utilizan hoy en día bancos de datos, es decir, en forma indiscriminada y generalizada. Como señala *Frozini,* se trata de un derecho de disponer de los datos personales como se tiene derecho a disponer del propio cuerpo.[34]

El hábeas data se une de esta manera al concepto de identidad informática. Consiste este último en "...el conjunto de datos que permiten reconstruir la imagen moral de su personalidad (de la cual pueden entrar a formar parte también elementos de orden biológico, como predisposiciones a enfermedades hereditarias, malformaciones físicas, condiciones

---

31. El siglo XX le daría al hombre una serie de posibilidades de desarrollo personal insospechadas, pero al mismo tiempo pondría ante sus ojos los riesgos más grandes para su individualidad. Es así como parecen fundamentales las palabras de MORALES PRATS, en torno a la importancia del derecho a la *privacy*: "...en nuestro siglo la *privacy* adquiere un nuevo significado: de su salvaguardia depende en gran medida la integridad de la identidad y libertad del individuo frente a las amenazas de injerencias arbitrarias. Estas nuevas necesidades, a su vez ponen en cuestión todos los esquemas jurídicos tradicionales enraizados en las ideas patrimoniales de propiedad y contrato." MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 24.

32. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 43.

33. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 43.

34. FROZINI, Vittorio, *La protezzione della riservatezza nella società informatica*, en: **Privacy e banche dei datti (Aspetti giuridici e sociali)**, AA.VV., Bolonia, 1981, p. 44, citado por: MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 46-47.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

psíquicas, carácter, temperamento, inclinaciones, aptitudes, limitaciones (el llamado retrato hablado), desórdenes sexuales, etc.), datos que, recogidos, memorizados y elaborados en un computador electrónico, llegan a ser (a diferencia de los consignados sobre una ficha o tarjeta común), accesibles inmediatamente y difundibles, y aún susceptibles de mercado o venta."[35]

¿Libertad informática o mediatización de la libertad?

En los últimos años se ha venido hablando, en términos bastante generales, de la "libertad informática", sin embargo, la amplitud del término lleva a asimilarlo al "principio de acceso a los bancos de datos", que no es otro que el hábeas data o hábeas scriptum.[36]

Resulta interesante que el concepto de informática en los términos dichos se encuentre tan cerca de la idea de libertad, cuando al parecer, y siguiendo la tendencia actual, el fenómeno informático se aleje cada vez más de la libertad. Asimismo, resulta curioso que el concepto de libertad informática no tenga, al menos en apariencia, una relación directa con la deontología informática (conjunto de presupuestos axiológicos y éticos del ejercicio de la ciencia informática).[37]

Sea contradictorio o no, el concepto de libertad informática se constituye en los tiempos actuales como un medio efectivo de enfrentar la disyuntiva histórica en la que se encuentra el individuo frente al proceso de informatización.[38] Tanto como posibilidad de revisar los datos que se conservan de la propia persona en bancos de datos, como también posibilidad real de democratizar la sociedad, permitiendo al ciudadano el uso de un instrumento poderoso para el control del Estado y de sus decisiones. Incluimos, por supuesto, las posibilidades de control sobre los manejos de la información que se hagan por parte de particulares y empresas privadas.

La idea de regulación no es conformar un derecho de carácter potestativo del orden de los derechos contenidos en los códigos civiles, es decir, a través de meros acuerdos contractuales entre particulares y centros de cómputo, donde de principio existiría una desigualdad contractual: el particular desconocería los riesgos enormes del uso de la información personal y se prestaría para que el ciudadano dé su consentimiento para evitarse problemas posteriores.

Cuando se diseña una normativa de regulación de bancos de datos y de hábeas data, debe partirse inicialmente de la necesidad de normas claras en donde se establezca este acceso a los bancos de datos en la medida y extensión que hemos expuesto, con medios de seguridad que garanticen que no habrá filtración de datos en fraude de la confianza del ejercitante del hábeas data y que los medios en que se distribuirán los datos serán trasparentes para el recurrente. Es decir, aunque el ejercicio es particular, individual, en modo alguno se trata de un contrato entre las partes, es un derecho si se quiere constitucional, por encima de las leyes que contribuye a la reafirmación de las posibilidades de ejercicio de la personalidad.

Las normativas en estas materias no se restringen a regular el hábeas data sino también a establecer limitaciones y controles a los bancos de datos: necesidad de licencias de funcionamiento, revisiones periódicas, informes de funcionamiento. Todos

---

35. RIVERA LLANO, *op. cit.*, p. 170.

36. MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 46-47.

37. Aunque en realidad sabemos la razón; después de la reacción inicial de los años sesenta y setenta en contra del ordenador, en los últimos años hemos observado una tendencia hacia la búsqueda de nuevos usos "democráticos" del ordenador. Dentro de esta tendencia, los poderes legislativo y judicial de muchos países, especialmente de Europa han tratado de poner en vigencia normativas de regulación del hábeas data y tratar de hacerlas ejecutar. No obstante, las compañías comerciales han intentado obstaculizar estos intentos diciendo que son suficientes las medidas de "autorregulación". Estas últimas pocos las conocen y tampoco nos dan ninguna seguridad sobre su posible naturaleza de normas éticas o deontológicas. En todo caso, las partes más sólidas de este discurso parten del hecho de que no deben ser funcionarios públicos los que se encarguen de controlar el manejo de los bancos de datos y la recolección de información, se incluye aquí también la hipótesis de peligro de burocratización y de altos costos para la Administración Pública. Las compañías comerciales plantean la posibilidad de confeccionar una serie de normativas marco, de alto nivel, donde se establezcan las directrices de la "autorregulación", pero que los llamados a hacerlas cumplir eran los propios responsables de los centros de cómputo. Sobre estos problemas confrontar: MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 48-49.

38. "En una sociedad como la actual, extremadamente compleja, se corre el riesgo de que si se constituyen monopolios sobre la información, la actuación del Estado se convierta en un arcano inaccesible para los ciudadanos, con lo cual desaparecería toda idea de democracia en la estructuración de nuestra sociedad." MADRID CONESA, Fulgencio, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Valencia, España, Universidad de Valencia, 1984, p. 59.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estos controles y limitaciones están sujetos al contralor público a través de un órgano del Estado, esto último a pesar de las críticas de las casas comerciales. Generalmente este órgano responde de sus actos ante el Parlamento solamente. No se desecha tampoco la redacción de códigos de ética informática para el personal de estos centros de cómputo para que cumplan con su deber con fidelidad, diligencia y discreción.[39]

Es en el mencionado sentido que *Morales Prats* enuncia el principio de acceso a las bases de datos y es también la forma en que lo defiende: "Sólo mediante el acceso a los bancos de datos, al amparo de los referidos derechos, el individuo puede saber en qué medida está controlado (derecho de informarse), o bien, rechazar ese control por considerarlo abusivo (derecho a anulación o cancelación), así como hacerlo veraz (derecho de corrección)."[40]

De la misma manera que se reconoce la necesidad de estas facultades dentro del llamado hábeas data, se considera importante incluir una serie de derechos adicionales que entran a funcionar en fases previas a la inclusión de los datos al ordenador. Se trata de las posibilidades de prohibir la recolección de ciertos datos y la posibilidad de excluir a terceros del acceso a ciertos datos personales una vez incluidos en el ordenador.[41] Este proceso conlleva una clasificación de los tipos de "información" (datos) que están afectados directa o mediatamente por la protección de la "libertad informática" (hábeas data). Se tendría en primer lugar aquellos datos cuya prohibición de ser incluidos es absoluta. Este es el llamado "núcleo duro" del derecho a la intimidad y está compuesto por datos referidos, por ejemplo, a las costumbres sexuales, filiaciones sindicales, actividades políticas, historias clínicas, etc. En segundo lugar tendríamos los datos relacionados con el nombre, apellidos, domicilio, calidades en general del ciudadano, que pueden ser incluidos en el ordenador si hay permiso del ciudadano, y éste conserva el derecho para revisar y cambiar cualquier dato inexacto, vago, o eliminar aquéllos que puedan causarle algún problema en su vida de relación.

El resto de informaciones, es decir, aquellos datos anónimos, científicos, económicos, estadísticos pueden ser incluidos en los bancos electrónicos. Sin embargo, los mismos están sujetos al contralor no de los particulares en virtud de los derechos de intimidad de cada uno, sino que estos datos tendrán un carácter de colectivos y pueden ser sujetos del contralor de los grupos sociales que están llamados a buscar la "socialización de la información", impidiendo los manejos globales y las tomas de decisión gubernamentales que afecten genéricamente el entorno social y la vida de relación del conglomerado. En este sentido, serán los grupos de presión los llamados a ejercer activamente este derecho de controlar los datos anónimos.

El derecho a la información, en los dos ámbitos que explicábamos secciones atrás, se entronca con el derecho a la intimidad dentro del contexto del Estado de Derecho. En tanto y en cuanto, el hábeas data garantiza un acceso a los bancos de datos y a los registros que ahí se mantienen, se está dando vigencia al derecho a informarse de los ciudadanos.

La reacción del hábeas data en contra de la manipulación de la información que se realiza en ámbitos públicos y privados, significa, en el fondo, una reacción democrática contra un abuso de poder. Tanto en la esfera privada como en el contralor colectivo de los datos estamos en la presencia de una de las mayores posibilidades de dar efectividad al principio democrático de participación en las decisiones políticas.

Si bien la puesta en marcha de bancos de datos es una forma de ejercicio del derecho a la información, también es cierto que tampoco podrá ser ejercido por todos, de manera que la instauración del hábeas data es una forma de compensar la desigualdad que se crea en el marco social, aparte de los obvios beneficios que esta participación comunitaria produce en el marco político de la sociedad.

G. Facultades preventivas y de control en el ejercicio del hábeas data.

La fase de captura o recolección de datos.

El ejercicio del hábeas data ha sido calificado de ser un mero recurso procedimental de protección de la esfera de intimidad. Entendido de esta manera podría funcionar en cada caso que el ciudadano considere que su intimidad fue lesionada por un

39. MORALES PRATS, *op. cit.*, pp. 49-50. Puede revisarse el análisis que aparece en este libro sobre las diversas normativas que han surgido en el mundo para regular el hábeas data, ver especialmente las páginas 50-56.

40. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 47.

41. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 47.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

particular o el Estado. Sin embargo esta función de protección subjetiva de la intimidad no obsta para que las funciones del hábeas data concurran en un contexto más general de protección.

El ejemplo de otros países, como Portugal (primer país, que en 1976, elevó a rango constitucional la normativa de protección de los datos personales tratados por ordenador) y España, demuestra que, en algunos casos los presupuestos normativos, sean estos legislativos o constitucionales, concurren previamente, incluso antes del mismo consentimiento del ciudadano a la hora de responder una encuesta o entrevista.

La idea consiste en que el legislador prohíba cierto tipo de preguntas y de encuestas, antes de que éstas lleguen al ciudadano, sirviendo esta política legislativa de prevención a los posibles daños que se le pueda ocasionar a la esfera de intimidad de los ciudadanos.

Tanto en la Convención del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981 (Convención para la Protección de las Personas en lo relativo al tratamiento automático de datos personales), como en las líneas directrices aprobadas por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) el 23 de setiembre de 1980 (Líneas Directrices Reglamentadoras de la Protección de la Vida Privada y de los Flujos Transfronteras de Datos Personales, en la 523 sesión), es posible notar el interés en proteger las esferas de intimidad prohibiendo la recolección de datos personales íntimos, tales como raza, opciones religiosas, filiación política, actividades sindicales, escogencias sexuales, historias clínicas, historia delictual, etc.

En los documentos internacionales antes mencionados son considerados los siguientes principios:

1. *El principio de limitación de la recolección de datos:* deben ser establecidos límites a la recolección de datos personales, o su obtención debe verificarse por medios lícitos y legales y estando la persona, a quien esos datos se refieren, informada previamente u obtenido su consentimiento.
2. *El principio de calidad de los datos:* los datos personales deben ser pertinentes y apegados a las finalidades para las que van a ser utilizados, exactos, completos y autorizados.
3. *El principio de especificación de las finalidades:* a más tardar antes de la recolección de los datos deben ser definidas las finalidades para las que los datos se destinan.
4. *El principio de limitación de la utilización:* los datos no deben ser divulgados o utilizados para fines diferentes a los especificados, a no ser con el consentimiento de la persona a quien se refieran o cuando la ley lo permita.
5. *El principio de las garantías de seguridad:* los datos deben ser protegidos contra riesgos tales como la pérdida o destrucción, o acceso indebido, así como la utilización, modificación o divulgación no autorizadas.
6. *El principio de transparencia:* cualquier persona debe obtener fácilmente información sobre la existencia y la naturaleza de los datos personales que existan sobre él, así como las finalidades de su utilización y la identidad del responsable del fichero.
7. *El principio de participación individual:* cualquier persona debe tener derecho a obtener del responsable del fichero, directa o indirectamente, la confirmación de haber o no datos que le competan y a la vez tener derecho para hacer suprimir, completar o corregir los datos que le competan y si se le deniega dicho derecho se le den las razones para la denegatoria.

La función preventiva de la que hablamos se hace evidente en la redacción de los anteriores principios, algunos de los cuales ya se encuentran en la forma de Derecho positivo en algunos países europeos.

La Constitución de la República portuguesa, país firmante de la Convención del Consejo de Europa a la que hacíamos referencia anteriormente el 14 de mayo de 1981, en la redacción de su artículo 35 (revisado en 1989), preceptúa lo siguiente:

1. "Todos los ciudadanos tienen derecho a tener conocimiento de lo que consta en registros informáticos o en ficheros a su respecto y al fin al que se destinan, pudiendo exigir la rectificación de los datos o su actualización, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley sobre Secreto de Estado y Secreto de Justicia.
2. Es prohibido el acceso a los registros informáticos o ficheros para conocimiento de datos personales relativos a terceros, y la respectiva interconexión, salvo en los casos excepcionales y con la reserva de lo dispuesto en el artículo 18 (restricciones constitucionales necesarias para la salvaguardia de los derechos o garantías de otros).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate del procesamiento de datos estadísticos no identificables individualmente.
4. La ley define el concepto de datos personales para efectos del registro informático, así como los términos para la constitución de bancos o bases de datos por entidades públicas o privadas y las respectivas condiciones de utilización y acceso.
5. Es prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.
6. La ley define el régimen aplicable a los flujos de datos transfronteras, estableciendo formas adecuadas de protección de los datos personales y de otros en que el interés nacional lo justifique."

La redacción del artículo 18-4 de la Constitución española de 1978, no es tan clara: *"La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos."*

La redacción de este artículo ha sido criticada por algunos por ser demasiado oscura y limitada, que es un simple corolario del inciso 1) del mismo artículo, y que los peligros para la intimidad y el honor no provienen exclusivamente de la informática. A pesar de las críticas este artículo es el bastión donde se centra cualquier iniciativa legislativa que intente regular la libertad informática en España, país que no escapa al advenimiento de la sociedad tecnológica y sus peligros, que lo llevará tarde o temprano a seguir los pasos de la Constitución portuguesa y a la adopción completa de los términos de la Convención del Consejo de Europa, antes aludida.

El artículo 4 de la Convención del Consejo de Europa establece como compromiso a los países firmantes que adopten las disposiciones de Derecho interno necesarias para hacer posible el establecimiento de los principios básicos de protección de datos. El artículo 35 de la Constitución portuguesa exige la existencia de legislación reglamentadora, tanto en lo que se refiere a el concepto de datos personales para efectos del registro informático, así como los términos para la constitución de bancos o bases de datos por entidades públicas o privadas y las respectivas condiciones de utilización y acceso. El Gobierno portugués presentará al Parlamento la Propuesta de Ley Nº 64/III, reglamentando estos puntos, una vez se convoque a elecciones generales.

Después de la reciente revisión constitucional, un partido político portugués presentó al Parlamento el Proyecto de Ley Nº 381/V, que en términos generales sigue muy de cerca el Proyecto presentado por el Gobierno. Pero en general se nota en ambos un deseo por consignar claramente las diversas hipótesis en que las encuestas o entrevistas pueden lesionar la esfera de intimidad.

En la Propuesta de Ley Nº 64/III, artículo 3 se prohíbe el procesamiento de datos referentes a las convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, religión. En el segundo párrafo del mencionado artículo se permite guardar ficheros de los miembros de entidades u organizaciones de tipo asociativo, siempre y cuando sea de manera que no sean identificables individualmente los ficheros.

El artículo 4 de este Proyecto (Propuesta de Ley Nº 64/III) prohíbe el procesamiento automatizado de datos relacionados con el origen racial, los antecedentes penales, aplicación de medidas de seguridad, sospechas de actividades ilícitas, salud, situación económica (patrimonial) y financiera, hábitos o tendencias sexuales.

Como es fácil notar, el esfuerzo de este proyecto de ley va encaminado a definir con claridad los límites de la esfera de intimidad. En líneas generales el esquema que habíamos definido a partir de la Convención Europea y la resolución de la OCDE en materia de protección de la esfera de intimidad está presente en estas propuestas de Ley.

El carácter preventivo del que hablamos también se reafirma con la existencia de regulaciones a la constitución y funcionamiento de estos bancos de datos, sean éstos privados o públicos.

En el Proyecto de Ley Nº 381/V, en el Capítulo II, se crea la Comisión Nacional de Informática y Libertades, entre sus atribuciones se encuentra la de dar su parecer sobre la creación, modificación y mantenimiento de servicios públicos de ficheros automatizados de datos de carácter personal (definidos en esa misma ley), así como de controlar la interconexión de bases de datos continentes de registros de carácter personal. Asimismo, la creación de bancos de datos de carácter privado queda permitida pero bajo el control y autorización de esta Comisión.[42]

---

42. Proyecto de Ley Nº 381/V, Portugal, artículo 17, incisos a) y b).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La solicitud para crear un fichero automatizado referente a personas singulares debe ser presentado a esta Comisión, incluyendo los siguientes datos: nombre y puesto del responsable del fichero, características del fichero y su finalidad, servicio o servicios que se brindarán con el procesamiento de la información, datos de carácter personal que se incluirán en cada registro, forma de recolección y actualización de los datos, finalidad a la que se destinan los datos, entidades a las que pueden ser transmitidos y en qué condiciones, comparaciones, interconexiones y cualquier otra forma de interrelacionar las informaciones registradas, medidas tomadas para garantizar la seguridad de las informaciones, tiempo de conservación de los datos, categoría de personas que tienen directamente acceso a las informaciones registradas, forma y condiciones en que un titular del registro puede tomar conocimiento de los datos que le competen, forma en que el titular del registro puede hacer corregir inexactitudes de los datos que le competen. Recogiendo de esta manera, *in integrum,* los principios rectores señalados por la Convención del Consejo de Europa y de la OCDE.[43]

Como puede observarse, el funcionamiento de un banco de datos se permite siempre y cuando las finalidades y las características del banco estén bien delimitadas, así como los medios para que el ciudadano pueda tener acceso a los ficheros para informarse y corregir datos inexactos o que le afecten de alguna manera. De esta manera se cierra el grupo de disposiciones dirigidas a prevenir los daños a la intimidad de los ciudadanos antes de que se produzca el perjuicio, es decir, antes que el hábeas data entre a actuar como un efectivo medio de protección del derecho violado.

La fase de tratamiento y programación de la información.

La necesidad de protección de la intimidad del individuo se hace más evidente cuando se tiene en cuenta que una regulación genérica del funcionamiento de la base de datos podría convertirse en un fraude a la ley, si no se pone especial énfasis en el control del software (soporte lógico o programas de ordenador) utilizado para el tratamiento y procesamiento de los datos, ya que por aquí se podrían filtrar daños graves que no podrían ser ni siquiera conocidos por la Comisión de Control. "Dada la trascendencia de la programación utilizada, es conveniente que las leyes de datos prescriban la obligación de consignar las características del software originario, así como las introducciones de software-aplicativos, en el acta de registro del banco de datos. Las interconexiones de los masivos programas pueden modificar los fines para los que fue autorizado el banco de datos."[44] Sin embargo, los costos de desarrollo de soporte lógico y de mantenimiento del sistema suben cada vez más a medida que se hacen más sofisticadas y sutiles las formas de ponerlos en peligro y las necesarias garantías que deben ofrecerse a los ciudadanos. Es por ello que debe buscarse la conciliación entre las exigencias productivas y el marco de garantías ofrecidas al ciudadano.

La doctrina pone especial énfasis, también, en la protección misma de los datos. La seguridad del fichero para que este no sea objeto de robos y de malos manejos parece punto álgido de la cuestión.

Otro factor especialmente importante es el referido al personal del centro de cómputo. De nuevo la cuestión de la fidelidad, discreción y deber de secreto de estos funcionarios vuelve a tener importancia para el Derecho. En este sentido, se sugiere la redacción de códigos de Deontología para funcionarios de centros de cómputo, donde se señalen estos principios. Se sugiere la preparación de tipos penales, sanciones administrativas y civiles que tutelen el bien jurídico constituido por la integridad del banco de datos.

Si se cumplen los requisitos de transparencia, de control del soporte lógico, de protección de los datos, y se establece el deber de secreto y de diligencia por parte del personal técnico, el hábeas data tendrá su aparición en el panorama en la forma de notificación a los interesados de los datos personales introducidos al ordenador. De esta manera el ciudadano podrá estar en condiciones de presentar su demanda de acceso al banco para rectificar, agregar, o suprimir datos ahí contenidos. "En caso de que los datos procesados sean inexactos, la ley debe determinar sobre quién recae el *onus probandi* de la veracidad o falsedad de los datos; en evitación de incorrecciones es útil la anulación o renovación *ex lege* de las informaciones personales, por medio de la delimitación a priori de plazos de conservación de aquéllas."[45]

---

43. *Ibíd.*, artículo 21, incisos del a) al m).

44. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 68.

45. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 69.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La fase de conclusión del procesamiento de datos.

En esta fase el hábeas data permite al ciudadano la posibilidad de verificar la forma en que el soporte lógico (software) ha verificado la función que se había definido a priori por el programador. Se trata en definitiva de evaluar si la "salida" de datos del ordenador es acorde con la definición prevista en el programa y en los esquemas de diseño presentados a la Comisión contralora.

Luego de ejercida esta función verificadora, el ciudadano podría exigir acceso a la base de datos para corregir, ampliar o prohibir datos incluidos.

La fase de transmisión de la información.

La puesta en circulación de los datos podría significar uno de los mayores peligros que enfrenta la esfera de intimidad del ciudadano.

Los desarrollos tecnológicos actuales permiten una rápida importación y exportación de datos de un lugar a otro, ya sea por medio de terminales interconectadas en una red o por medio de la conexión vía telefónica entre sistemas de cómputo, fax, télex, etc.

Este movimiento de datos puede hacer de la libertad informática, esto es del ejercicio del hábeas data, un verdadero demostrativo de una facultad de control por parte del ciudadano.

Se parte de la premisa que los centros de cómputo han aceptado la condición de que habrá solamente uso interno y confidencial de los datos personales almacenados. Esta premisa a su vez opera ante la hipótesis de la existencia de una normativa reguladora como la que describiéramos líneas más arriba. Como habíamos dicho, en estas materias informáticas, la prevención es un estadio importante a tener en cuenta en la política legislativa encaminada a regular el uso y manejo de los datos.

Dentro de la idea expresada anteriormente, del fraude a la ley por medios informáticos, la telemática podría convertirse en otra hipótesis de fraude, cuando se piensa en la posibilidad de que una base de datos exporte los mismos por vía telefónica a otra base ubicada en el mismo país o en el extranjero y se realicen interconexiones y comparaciones de datos que configuren por sí mismas un panorama del individuo más completo y complejo que el diseño de banco que había sido propuesto para su aprobación a la Comisión encargada.

En Suecia fue precisamente el hecho de exportación de datos por vía telemática el que llevó al legislador a preocuparse por crear normativa atinente. Sin embargo, el legislador sueco se encontró con que en algunos casos la mera prohibición de la exportación era imposible y que debían concederse algunas limitaciones al flujo de datos, sobre todo en cuanto al impacto de la diseminación de los mismos y que no haya intromisiones en la esfera de intimidad de nadie.

El control que pueden ejercer los países altamente desarrollados y con monopolio de la información sobre los países que no tienen regulada la libertad informática en su Derecho interno puede ser enorme. No solo se podrían pensar ejemplos de espionaje electrónico de los ciudadanos importantes (políticos, diplomáticos, grupos de presión, etc.) sino también establecer las pautas de desarrollo (en todos los sentidos) para dichos países. Esto implica serios peligros para la soberanía del país y para la privacidad de los ciudadanos.

Los países que no establecen la libertad informática tal y como la hemos delimitado en esta sección se encuentran en desigualdad de condiciones con países que sí la regulan en los supuestos de exportación e importación de datos. Por ejemplo, la manipulación y ocultamiento de los datos automatizados puede realizarse y justificarse enviando dichos datos a un país sin legislación sobre estos temas, y disponer de ella (en el país sin legislación informática) dentro del contexto de la libertad de información, prevista en casi todas las Constituciones Políticas de corte liberal.

Es por las razones arriba mencionadas que tanto la OCDE como el Consejo de Europa han estado interesados en que los países firmen acuerdos para adaptar las legislaciones a estas líneas generales para evitar que el flujo de datos transfronteras signifique un factor más de dominación para los países en desarrollo y un peligro, por supuesto, para los ciudadanos de los países donde la libertad informática encuentra protección efectiva.

H. La libertad informática en Costa Rica.

La protección jurídica de la esfera de intimidad ante los retos de la tecnología informática. (El caso de Costa Rica):

El desarrollo de la informática en América Latina guarda relación con la historia económica de la región, altamente dependiente, y adaptada a los vaivenes económicos y políticos de los países centrales.

No es un secreto que la invasión tecnológica se realiza en América Latina con un carácter extremadamente dependiente tanto en los equipos como en los soportes lógicos utilizados, y es en ese carácter que se ha establecido una "política de desarrollo" regentada por las casas comerciales y sus oficinas en los distintos países.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Si se realizara una estimación global en América Latina sobre la existencia de computadores y aplicación de software, se podría determinar que existe en la región un dos por ciento del parque computacional instalado del mundo, y en cuanto a aplicaciones software podríamos decir que existe el mismo porcentaje.[46] Si ponemos este porcentaje desde la perspectiva del número per cápita de ordenadores, nos daríamos cuenta, con facilidad, de una verdad de Perogrullo: el número de computadores per cápita en América Latina es mucho menor que en los Estados Unidos, Japón o Europa.

El planeamiento de la política informática en América Latina, si es que puede llamarse así a las actitudes gubernamentales en esta materia, con la excepción de Argentina y México, carece de un enfoque global. Los desarrollos informáticos (incluyendo aplicaciones de software) están dirigidos a hacer programas "custom" (a la medida del cliente) en materia contable y administrativa.

Los centros de cómputo en el área se hacen centralizados y utilizando enormes equipos de cómputo, dando escasa importancia a los sistemas de microcomputadores unidos en red y en donde la capacitación de los funcionarios de dichos centros no se entiende como un requisito indispensable para el mantenimiento de los servicios.

El llamado "boom" de los ordenadores no ha dejado de sentirse en la región y se estima que el mercado latinoamericano (desde el punto de vista de las importaciones) se calcula en mil millones de dólares anuales.

La informática en América Latina, así las cosas, irrumpe no solo en las oficinas públicas sino también en la empresa privada, la escuela y el hogar. Los gobiernos del área han visualizado al ordenador como elemento indispensable para el progreso pero poco se ha hecho para establecer los límites dentro de los cuales dicho progreso ha de desarrollarse.

En la década que recién termina, y a pesar que el panorama latinoamericano se repite en nuestro país, se ha observado un importante desarrollo de bases de datos. Hoy en día se cuenta con bancos de datos de carácter registral (bienes muebles e inmuebles); de antecedentes penales y detenciones por sospecha (al servicio de la policía judicial y administrativa); de carácter crediticio (bancos, instituciones de ahorro e inversión, tarjetas de crédito); de carácter jurídico (legislación, doctrina y jurisprudencia en variadas ramas jurídicas), pensiones alimenticias, reservación y venta de boletos aéreos; de orden estadístico (estadística y censos); en materia de Registro Civil (se ha iniciado un proyecto en este sentido), indicadores sociales (Ministerio de Planificación Nacional). En fin, son muchos los campos en que la informática ha llegado a la puerta de los ciudadanos para anunciar su futuro lleno de promesas y advertencias.

La misma creación de la Comisión Nacional de Política Informática, dentro del Ministerio de Ciencia y Tecnología, demuestra el interés del Estado costarricense por dar respuesta a los diversos retos que plantea la sociedad tecnológica.

La secretaría ejecutiva de la mencionada Comisión Nacional, dentro de una serie de artículos publicados en los periódicos de circulación nacional para alentar el apoyo al Proyecto de Ley Nº 10798, se refería así sobre la informática:

> "...la informática ofrece su potencialidad en dos áreas clave para cualquier organización: i) Su potencialidad para transformar cualitativamente los procesos productivos, elevando la productividad y la flexibilidad a través de sistemas de automatización avanzada, y ii) Su capacidad de aumentar la racionalidad en la toma de ambiente más dinámico y más complejo, a través de la obtención de información precisa, resumida y oportuna, *proveniente de fuentes de datos distribuidas y conectadas por redes de telecomunicaciones.*" (El subrayado es nuestro).[47]

Hemos de entender, entonces, que el Estado costarricense ya vislumbra lo que es una realidad evidente en la cotidianidad de los costarricenses. El interés de este proyecto de ley, no radica en el hecho de que eleva a la informática al rango de herramienta "per se" de desarrollo para el país, enfocando sus efectos en organizaciones públicas y privadas. Sino que para nosotros el interés se muestra en la crónica del advenimiento de las bases de datos (fuentes de datos) produciendo "información precisa, resumida y oportuna".

Ya hemos advertido que no es nuestro interés atacar la herramienta informática con el exacerbado

---

46. CORREA, Carlos María, *Política informática en América Latina*, en: **Seminario sobre Política y Derecho Informático**, *op. cit.*, pp.2-6.

47. CHAVES MONGE, Luis, *Informática, desarrollo y proyecto de ley*, en: **Foro de La Nación, La Nación**, domingo 24 de setiembre de 1989, p. 18 A.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

terror del que sólo ve peligros y daños. Es nuestro deseo dar a las indudables ventajas del ordenador (y a sus potencialidades para elevar la productividad y la flexibilidad) un marco de referencia para que produzca dichos beneficios resguardando a los ciudadanos en sus derechos fundamentales.

Al analizar las disposiciones normativas contenidas en el Ordenamiento jurídico costarricense notamos, en primera instancia, que la protección a la esfera de la intimidad del ciudadano, y por supuesto, al derecho de información se encuentra circunscrito a una coyuntura donde la informática no había adquirido aún siquiera su nombre.

Protección constitucional de la esfera de intimidad.

La Constitución Política de la República de Costa Rica, en su articulado presenta un esquema de principios reguladores que establecen un marco general dentro del cual podría circunscribirse el concepto de intimidad que nace unido a la idea liberal de la propiedad privada. Dicho concepto, como explicáramos más atrás, requiere una redefinición que parta de los modernos retos planteados por la sociedad tecnológica al ciudadano.

Habíamos dicho anteriormente que la creación y manejo de bancos de datos personales y de cualquier otro tipo, dadas las circunstancias actuales y los avances tecnológicos, resulta no solo un negocio muy caro sino que también vedado a la mayoría de las personas por la pericia técnica y los conocimientos que son necesarios para llevarlos a adelante.

El uso de bancos de datos y las posibilidades que existen actualmente para interconectar sistemas y obtener datos a velocidades infinitesimales, plantean para el ciudadano, habíamos dicho, la posibilidad de que su calidad de persona adquiera rasgos de identidad electrónica, la cual, a través del número único para todos los ciudadanos constituido por el número de cédula de identidad, permita un control social formal sumamente estrecho de todos y cada uno de los ciudadanos costarricenses.

El artículo 46 de la Constitución Política prohíbe los monopolios de carácter particular, aunque el primer párrafo de este artículo restringe el área de peligros a la libertad al comercio, la agricultura y la industria. El segundo párrafo se refiere a que la acción del Estado en contra de las tendencias monopolizadoras es considerada de interés público.

La redacción del artículo 46, si nos atenemos a una interpretación teleológica coherente con el espíritu que inspira a esta carta, deberíamos concluir que, en esencia, cualquier monopolio que limite libertades (no solo las de comercio, agricultura e industria) sería prohibido por la Constitución. Para esta interpretación deberían tomarse como elementos de análisis los siguientes artículos: 29 (establece la libertad de comunicar los pensamientos sin previa censura), artículo 33 (todo hombre es igual ante la Ley, no podrá discriminarse a nadie por razón alguna) y los artículos 50 (el Estado procurará el mayor bienestar de todos los habitantes) y 89 (el Estado protegerá el progreso científico).

Si entendemos que el manejo abusivo y arbitrario de bancos de datos personales podría significar, a la postre, una forma de introducir medios de afectar la dignidad de las personas al producirse sucesos en donde los ciudadanos se vean limitados a la hora de actuar en la vida de relación (imposibilidad de solicitar créditos, obtener trabajo y ayuda médica, entre otras cosas) y de producir en la realidad medios de control formal e informal sobre acciones privadas que no afectan la moral o el orden público y que no significan un daño a tercero (artículo 28, segundo párrafo), estaríamos en presencia de un grave peligro para la protección de los derechos y garantías individuales previstos en nuestra Constitución Política.

El propiciar un desarrollo ilimitado de los bancos de datos en nuestro país establece una desigualdad entre los ciudadanos ya que no todos podrán montar este tipo de negocios por la inversión monetaria y técnica que significa. Esto lleva al Estado costarricense a crear regulaciones para la creación y funcionamiento de dichos bancos, de manera que la desigualdad se resuelva en un equilibrio. También es cierto que los ciudadanos costarricenses no podrán dedicarse a la explotación de centros de energía nuclear, por las mismas razones antes apuntadas, y también a algunas otras actividades que impliquen los mismos requisitos de inversión financiera y técnica, pero por las mismas razones el Estado debe velar porque el equilibrio funcional de la sociedad se establezca de manera que los monopolios económicos no minen el sistema social.

Esta interpretación constitucional nos podría llevar a sugerir la necesidad de crear leyes que establezcan un contexto normativo que se constituya en garantía de prevención (prevención a los ejercicios atentatorios de la intimidad de los ciudadanos). Esto en la forma y manera que ya hemos visto se ha intentado hacer en Portugal, Alemania y Suecia.

El artículo 30 de la Carta de 1949 establece el libre acceso de los ciudadanos a los departamentos administrativos para obtener información sobre asuntos de interés público (queda a salvo el secreto de Estado). Este libre acceso a las oficinas públicas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para la obtención de información es la solución a una simple ecuación constitucional: el constituyente de 1949 estableció la libertad de información como proyección de un derecho colectivo. Dicho derecho colectivo presupone la existencia de un ciudadano que puede expresar su pensamiento sin censura previa (salvo los casos de abuso de derecho). Es necesario observar que para que el derecho a expresar pensamientos esté adecuadamente visualizado es necesario incluir una etapa previa: el derecho a obtener información. Es difícil expresar ideas y pensamientos, sin observar una etapa previa de información y análisis, proceso que no siempre se sigue pero que la lógica constitucional no puede dejar de lado. La libertad-derecho de informarse, postulan algunos autores, no requiere expresa declaración constitucional o legislativa, ya que la encuentran implícita en la garantía-derecho de expresión, analizada desde una perspectiva de derecho activo, entonces la libertad de expresar pensamiento implica la libertad de tomar información.[48]

Habíamos señalado en secciones anteriores que a tal punto se ha llegado a constatar la necesidad de protección de este derecho a la información y su importancia para el desarrollo del hombre y de los pueblos, que actualmente se define el derecho a la información como un verdadero derecho social, ya que este interesa y compromete a la sociedad toda y no solo al hombre considerado individualmente: así la difusión de la información se convierte en un servicio fundamental para la sociedad asumiendo el carácter de un verdadero servicio público, con las exigencias de interés general que ello comporta.

Así las cosas, el derecho que establece el artículo 30, en unión a las garantías y libertades ofrecidas por los artículos 28 y 29, nos permiten plantear no solo la libertad de información necesaria para afirmar la democracia participativa, sino también la posibilidad de encontrar asidero constitucional para proteger el derecho a la intimidad de sus potenciales enemigos. En general, podemos concluir que el hábeas mentem (al menos) y el hábeas data (como posibilidad) están presentes en el esquema de libertades propuesto por el constituyente de 1949.

Una interpretación amplia y progresiva del artículo 27 (libertad de petición) y del artículo 41, podría darnos asidero al hábeas data en materia de protección de la esfera de intimidad en el caso de datos almacenados por bancos de datos públicos.

La protección a la persona, a la propiedad y a los "intereses morales", que señala el artículo 41; a pesar de estar sujeta a la existencia de una ley, permite, ante la existencia de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley Nº 7135, publicada en el Alcance Nº 34 a La Gaceta Nº 198, del jueves 19 de octubre de 1989), protección pronta y cumplida de la esfera de intimidad. Ya veremos más adelante las posibilidades de acción que la mencionada Ley Nº 7135 permite al ciudadano costarricense en la hipótesis de aplicar el recurso de amparo como sucedáneo ante la inexistencia de la libertad informática como disposición explícita y clara (artículo 35 de la Constitución portuguesa).

El artículo 23 constitucional (protección del domicilio y de recintos privados), junto con el artículo 24 (protección de los documentos privados y comunicaciones escritas y orales) y el ya comentado artículo 28, forman el bosquejo de garantías constitucionales donde se asienta constitucionalmente el derecho a la intimidad, a la esfera privada de desarrollo.

Este esquema constitucional, sin embargo, encuentra limitaciones mucho más complejas que las del mismo artículo 18-4 de la Constitución española, limitaciones que van mucho más allá de la omisión que se alega por la doctrina de ese país.[49]

El artículo 23 de nuestra Constitución ha tenido que ser interpretado en el sentido de que no vela simplemente por el derecho a la propiedad (antiguo asidero de la vida privada) sino que el bien jurídico que de él deriva es el que describe el derecho del morador de no ser afectado por la intrusión de extraños.[50]

---

48. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 104.

49. Comparando el caso español con el costarricense, debemos decir que a pesar de la redacción del artículo 18-4 de la Constitución española, la carencia manifiesta de dicho artículo obliga a replantear el problema de la libertad informática en España, la cual, a pesar de todo puede ser ejercida si se cuenta con una interpretación progresiva y atenta de los principios democráticos que informan el texto. En Costa Rica, el esfuerzo interpretativo es mucho más arduo para extraer protección a la esfera de intimidad invadida por medios informáticos.

50. Sala de Casación, 9440 de 19 de diciembre de 1945, causa seguida contra M.C.C. por el delito de violación de domicilio en perjuicio de H.S.R.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esta interpretación amplía la cobertura del artículo 23 y prepara la interpretación jurisprudencial para acoger una protección de la intimidad mucho más amplia, que llevaría a cubrir afectaciones mucho más sutiles de aquélla.

Hoy en día no hace falta forzar las puertas de un domicilio, o maniatar a sus ocupantes para afectar su vida privada. De esta manera la vieja protección contra el allanamiento de morada viene a quedar como uno de los supuestos, pero no el único, de posible violación a lo previsto por el artículo 23.

El artículo 24, en cuanto protección de los documentos privados y las comunicaciones escritas y orales, no sólo resguarda las posibles violaciones de la intimidad por parte de otros ciudadanos sino también por el mismo Estado. La redacción del artículo permite incluir, aunque no exhaustivamente, los muchos medios en que los documentos y las comunicaciones pueden ser interferidos por aquellos interesados en la intimidad y vida privada de otros, quedando a salvo los supuestos de interés judicial.

Finalmente el artículo 28 constitucional, como lo adelantáramos líneas atrás, permite plantear una libertad del ciudadano de carácter activo, en donde, la esfera de intimidad que no vaya en contra de la moral, el orden público o que no perjudique a tercero estará fuera de las prohibiciones legislativas.

Así planteado este artículo se constituye no sólo en un límite constitucional al Derecho Penal (en conjunción con el principio de legalidad del artículo 39) sino también en una carta de principios, abierta, para la protección del ciudadano para que realice sus objetivos individuales sin temer la acción irracional del Estado.

Se trata en definitiva de una garantía (en sentido estricto) de libertad de acción y una garantía de racionalidad[51] (en sentido amplio) en cuanto límite para la creación de normas y para la producción de daños en contra de la esfera de intimidad.

Ahora bien, este marco de derechos no quedan desprotegidos en la esfera constitucional. El artículo 41, escogiendo una formulación amplia, garantiza reparación para los daños e injurias ocasionados a la persona, a la propiedad y a los "intereses morales". Si bien se establece la necesaria circunstancia de que exista ley, y que la protección se apegue estrictamente a ella, también obliga a que la protección de los derechos individuales, y entre ellos el de privacidad, sea pronta y cumplida y sin denegación de justicia.

Veremos adelante, que el requisito que establece el artículo 41 para la protección del derecho a la intimidad existe en nuestro Ordenamiento jurídico, y por ello se constituye en fundamento importantísimo para establecer la libertad informática en nuestro país, al menos hasta que podamos contar con una reforma constitucional y legislativa sustancial.

En síntesis, queremos decir que en Costa Rica, la Constitución de 1949 ofrece los elementos necesarios para crear una estructura de jurisprudencia constitucional que tutele los intereses del ciudadano en una sociedad tecnológica. Esta jurisprudencia es una "necesidad radical" a pesar del papel relativamente novedoso que ejercen los medios informáticos en nuestro medio. Como ya lo hemos expuesto secciones atrás, en nuestro país se manifiestan los síntomas iniciales del surgimiento del poder electrónico del control de la información que puede encontrarnos a nosotros, los ciudadanos, con las manos atadas desde el punto de vista constitucional y de interpretación de los textos.

El derecho a la intimidad en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

El jurista que se enfrente ante la solicitud de interpretación del sistema jurídico para hallar protección a la libertad informática en Costa Rica, debería tener en cuenta las estipulaciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948) la cual en su artículo IV establece que: "Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio." Y el artículo V: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar."

---

51. El Estado no podrá crear normas que prohíban lo que otras permiten, y viceversa, no podrá crear permisiones donde otras normas prohíben acciones o conductas. Es en este sentido que hablamos de racionalidad en la creación del Derecho. Por supuesto, este extremo tiene mucha más importancia en la interpretación de la norma penal en la búsqueda conglobante de la tipicidad penal. En todo caso, y hablando en este sentido general, el ciudadano encuentra en este artículo 28 la posibilidad de afianzar su esfera de privacidad (privacy) en contra de cualquiera que pretende restringirla de cualquier manera, sea por vía de política general del Estado, o por vía de acción privada de intrusión.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Este antecedente declarativo nos permite afirmar como ya se percibía en 1948 como fundamental la protección estatal a la investigación y a la correlativa libertad de informar y de informarse, sumado a un contexto general de protección del ciudadano en su honor e intimidad.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, también conocida como Pacto de San José, encontramos un marco mucho más amplio de derechos y libertades. Dichos elementos contribuyen a facilitar la protección judicial (interpretativa) de la libertad informática en Costa Rica, tomando en cuenta que dicho documento ha sido debidamente ratificado y aprobado (mediante Ley Nº 4534 del 23 de febrero de 1970 y que entró en vigencia en 1978) por nuestro país y tiene por ello valor superior a las leyes (artículo 7 constitucional).

La estructura general de dicha Convención ofrece en primer lugar el artículo 5-1, en donde se establece que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Posteriormente viene el artículo 11 (protección de la honra y de la dignidad) que establece en su inciso 2) que: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". Y todavía más, el inciso 3) de este mismo artículo reza: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Inicialmente la Convención acuerda una declaración de libertades y derechos que permiten al intérprete acoger, en principio, que la esfera de intimidad (por supuesto) está recogida dentro de la enunciación de derechos del hombre. Enunciación que no parte del mero carácter liberal (acogido al concepto de propiedad decimonónico) sino más bien de cara al futuro y a los peligros que enfrenta el hombre ante un progreso desenfrenado.

Podríamos decir que la identidad electrónica de un ciudadano, en tanto definible a partir de los distintos ficheros automatizados que se pueden encontrar de una persona, afecta el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral del ciudadano, porque si bien no se le está "matando" o "hiriendo" en el sentido físico o natural de los términos, se le puede neutralizar y negar dicha integridad a partir de las posibilidades de control por medio electrónico que ofrece el ordenador.

El artículo 11-2 es mucho más explícito, exigiendo la actuación de la ley en contra de los ataques e injerencias "arbitrarias y abusivas" que reciba el hombre en su vida privada, familia y domicilio. Campos estos últimos que ya hemos estudiado cómo pueden afectarse a través del uso de bancos de datos personales. Así las cosas, el dato personal consignado en un ordenador (público o privado) que afecte esa "vida privada" debe ser revisado, obtenido para su rectificación o supresión (libertad informática). Aquí entraría en aplicación el artículo 14 sobre el derecho de rectificación y respuesta, que si bien está diseñado para las comunicaciones periodísticas, su redacción permite una interpretación amplia.

Evidentemente el artículo 14 propone una actuación mucho más amplia de su cobertura de protección cuando dice: "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar... su rectificación o respuesta..."[52]

El artículo 13 establece la libertad de pensamiento y de expresión, que ya hemos dicho presupone la libertad-derecho a informarse por parte del ciudadano. Este artículo utiliza la siguiente redacción: "Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ..."

El derecho a informarse, figura así, en forma implícita, como una arista adicional para la composición de la libertad informática construida a partir de un texto de derechos humanos.

Sabemos que la construcción de la protección del hábeas data a partir de los textos de derechos humanos resulta demasiado general y que suele ser omisa por el carácter altamente técnico y sutil en que opera el poder informático. No obstante, no podemos renunciar a proponer una interpretación amplia y acorde a la dignidad humana de la Convención entratándose de violaciones de la esfera de intimidad de los ciudadanos, el valor en juego es demasiado importante.

Mientras no exista un artículo constitucional preciso y una ley que reglamente las áreas de acción de la libertad informática deberemos atenernos al buen

52. DELPIAZZO, Carlos, *op. cit.*, p. 85.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

juicio y a los talentos interpretativos de nuestros juristas para resguardar el último valladar que le queda al hombre para ofrecer resistencia a los tentáculos destructivos del control formal "personalizado" en el ordenador y su ingente capacidad de memoria.

¿Es el recurso de amparo un sucedáneo del hábeas data?

Evidentemente la respuesta es negativa ante los obstáculos que ofrece el recurso de amparo para proteger los derechos de los individuos en áreas tan sofisticadas y sutiles, que requieren gran cantidad de valoraciones de tipo técnico y científico.

Sin embargo, es mejor utilizar el recurso de amparo ante el surgimiento de este tipo de daños a la intimidad de los sujetos, ya que esperar una reforma constitucional y legislativa para validar estos derechos y garantías significaría un costosísimo riesgo que el país no puede afrontar por los perjuicios que podría significar para el Estado de Derecho.

La actual Ley de Jurisdicción Constitucional, en su artículo primero, nos da suficiente asidero para instrumentar una protección efectiva de la libertad informática en Costa Rica:

> "Artículo 1.—La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica."

El esfuerzo interpretativo que ensayáramos en la sección anterior nos permite afirmar, sin temor a dudas, que una interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de la Constitución Política de 1949, nos permitiría encontrar suficiente asidero para dibujar, en casi todas sus aristas, la libertad informática. El artículo primero que acabamos de citar simplemente nos daría la posibilidad de introducir la acción de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia para hacer efectiva la protección de esta garantía fundamental.

De la misma manera el artículo segundo, inciso a), reafirma esta idea de la siguiente manera:

> "Artículo 2.—Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:
> a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica..."

Sin duda este segundo artículo, junto con la interpretación a la que hacíamos referencia, nos lleva a la conclusión que el recurso de amparo tendría que funcionar, tanto en el ámbito privado como público, como una forma efectiva de hacer que el ciudadano tome una posición activa en el proceso actual de informatización de nuestra sociedad, en la magnitud y extremos que ya hemos delineado.

Las disposiciones concretas sobre el amparo en la nueva ley de la Jurisdicción Constitucional, de igual manera, permiten sustentar la tesis de que el mencionado recurso es una herramienta que puede ser utilizada en casi todos los supuestos en que el hábeas data debería funcionar. Para el ámbito de los órganos del Estado, el artículo 29 es de aplicación,[53] y si la violación o perjuicio procede de sujetos de derecho privado, el artículo 57 permitiría accionar contra ellos.[54]

---

53. "Artículo 29.—El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus.
Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.
El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneas interpretadas o indebidamente aplicadas."

54. Artículo 57.—El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de Derecho Privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta ley.
La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado.
No se podrán acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El derecho de rectificación y respuesta, artículo 66 de la Ley, permitiría hacer efectivas las pretensiones de modificar datos personales en registros informáticos en el sentido de que este derecho pretende tutelar a aquellos ciudadanos afectados por "...informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, por medios de difusión que se dirijan al público en general, ..." Así las cosas, y como la misma redacción del artículo lo hace ver, se copia el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Creemos que por esta vía, una de las manifestaciones del hábeas data podría funcionar dentro del instrumental del recurso de amparo.

El Código Civil y la libertad informática.

Nuestro Código Civil, ya centenario y heredero de la tradición jurídica napoleónica, se encuentra fuera de época en muchos aspectos de la vida de relación que plantea la moderna sociedad tecnológica.

El articulado de esta antigua codificación es representativo del antiguo concepto de intimidad fundado en el concepto liberal de propiedad.

Se le da especial importancia a la protección de las propiedades vecinas, colindantes y medianeras, de manera que las ventanas, muros, claraboyas, vistas no afecten la propiedad de otros (artículos 393, 406 y 407 del C.C.).[55] Así también proteger la propiedad de intromisiones de terceros y dar la posibilidad al propietario de cercar su terreno de la manera que le convenga (artículo 295 y 320 del C.C.).

El cuadro de derechos de la personalidad del individuo, tuvo un nuevo resurgir en la jurisprudencia y en la legislación patria con la reforma de 1973 (Ley Nº 5476 de 21 de diciembre que promulgó el Código de Familia). No obstante, la tradición jurídica más avanzada no fue consignada en esta reforma y es así como el derecho a la esfera de intimidad no fue introducido como derecho de la personalidad dentro del Código Civil.

Existen algunos artículos en el Código que contienen supuestos de hecho que pueden ser relacionados con el derecho a la vida íntima. El artículo 28 del C.C. establece la hipótesis en que a un enfermo terminal, que sea sostenido con vida por medios artificiales y con dolor para su persona, puede ser desconectado de los aparatos que le dan vida si ese es su deseo.

Finalmente, y aunque no es tema esencial de este trabajo, vale la pena revisar las posibilidades de exigir indemnización por daño moral en los supuestos de violación del derecho a la intimidad por medios informáticos y por cualquier otro medio,

Ya hemos visto como existe una norma con valor superior a las leyes (Pacto de San José) que prevé la existencia de extremos del derecho a la información y de la libertad informática que se incluyen dentro del Ordenamiento jurídico costarricense. El artículo 41 de la Constitución ordena justicia pronta y cumplida cuando se causen injurias y daños a los derechos de la persona, a los "intereses morales" o a la propiedad. En caso de que se produzcan podríamos exigir indemnización por daño moral en virtud del otro artículo 41, esta vez el del Código Civil.

El artículo 41 del C.C. establece el derecho a obtener resarcimiento por daño moral ocasionado cuando un derecho a la personalidad es violentado. Este artículo en conjunción con el artículo 1045 del C.C. (todo aquél que cause un daño a otro por culpa, negligencia, impericia, estará obligado a repararlo junto con los perjuicios ocasionados), permite establecer la existencia de norma aplicable en el caso de daño moral ocasionado a una persona cuya intimidad haya sido afectada por el uso de bancos de datos o de cualquier otra manera atentatoria.

Asimismo, debería dársele debido cumplimiento al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aun cuando sabemos que hay normas suficientes para la interpretación cuando se cause daño moral a una persona en estos casos, ya que dicho artículo establece que los jueces no pueden negarse a fallar alegando la no existencia de normas aplicables al caso concreto. En el supuesto de violación a la privacidad en la hipótesis concreta de una intromisión por medios informáticos, que ocasione daño moral, puede exigirse su pago alegando la existencia de ambos artículos 41 (el legislativo y el constitucional) y porque los derechos violados están consignados en normas con valor supralegal (artículo 7 de la Constitución Política).

En síntesis, no creemos que haya ningún obstáculo para encontrar reparación al daño material y moral ocasionado a la esfera de intimidad en las hipótesis que hemos venido planteando en este trabajo. Dicha reparación podría plantear en la sede constitucional o en la jurisdicción de los jueces pena-

55. *Código Civil*, de 26 de abril de 1886, Impresos Mil Copias S.A., primera edición, 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

les y civiles. La fundamentación del derecho a la reparación sería la misma en todos los casos, si queremos ser coherentes con la tesis que venimos sosteniendo.

La tutela penal de la libertad informática.

Es de especial importancia para nosotros revisar las posibilidades que ofrece el Derecho Penal para la protección de la libertad informática.

Si bien ha sido preocupación de este estudio el examen de la esfera de intimidad del ciudadano como un fenómeno unitario, hemos intentado solamente el examen del Ordenamiento jurídico desde la perspectiva de la protección de la libertad informática, quedando de lado las otras manifestaciones de la intimidad que tendrían que ser objeto de otro análisis, por supuesto, mucho más exhaustivo que el presente.

Teniendo como preocupación esencial el fenómeno jurídico constituido por la libertad informática hemos de plantear la función que puede cumplir el Derecho Penal en cuanto discurso jurídico de protección.

La legislación penal vigente en Costa Rica es sumamente ambigua e insuficiente para proteger la libertad informática. No obstante, la misma afirmación sería cierta para algunos otros bienes jurídicos, las razones para esto no pueden encontrarse simplemente en el dato legislativo sino también en el contexto en que funciona la legislación penal y la "verdadera" labor que cumple con lo interno de la sociedad.

Hemos visto como los Estados europeos han iniciado esfuerzos encaminados a tutelar la esfera de intimidad de los peligros que se ciernen desde la sociedad tecnológica, especialmente por el uso excesivo y arbitrario de la herramienta informática. Estos países han entendido que la protección de la esfera de intimidad es necesaria en cuanto la misma es requisito esencial para el ejercicio de otras libertades y derechos de orden individual.

El medio ambiente, así como la esfera de intimidad, forman parte de esos entes o intereses sociales que podemos denominar con los italianos "interessi difussi" (literalmente intereses dispersos), es decir, intereses colectivos de carácter perentorio para la organización social.

La incriminación de los usos ilícitos de los ficheros electrónicos debe responder a ciertos límites y requisitos mínimos establecidos por la política criminal, aun cuando esos límites se cumplan hemos de reflexionar sobre las ventajas que puede ofrecer el Derecho Penal como protección a los bienes jurídicos.

En el medio español, al menos, y con los proyectos legislativos ensayados en Portugal, podemos darnos cuenta que la reforma más importante es la que va dirigida a construir legislaciones preventivas que permitan, mediante sanciones administrativas y civiles, adelantarse a las afectaciones directas al bien jurídico de la "privacy".

Estas "legislaciones marco" se hacen eco de una situación dada en la sociedad moderna donde los mecanismos de manejo de los datos personales (y de cualquier otro tipo) son cada vez más sofisticados. El reto al que se enfrentan adquiere dimensiones correctas cuando lo acercamos a aquel axioma que planteábamos al momento de señalar la relación estrechísima entre el poder y el manejo de la información.

Así, con *Madrid Conesa*, creemos que los Estados tienen ante sí dos opciones muy claras: "...o bien regular jurídicamente antes de que los peligros que de tal fenómeno se derivan se materialicen, con el consiguiente riesgo de que dicha regulación peque de insuficiencia, precipitación o excesiva juridificación de la materia; o bien esperar a que se produzca un desarrollo del fenómeno en el tiempo, para, de esta forma calibrar y aquilatar mucho mejor la respuesta jurídica y evitar, por tanto, cualquier innecesaria y precipitada intervención legislativa que pudiera entorpecer el desarrollo social."[56]

Si el problema que analizamos es la protección de la intimidad ante los peligros de la creciente "informatización" de la sociedad moderna, no cabe duda que debemos afrontar la primera alternativa. Para resguardarnos de las siempre constantes equivocaciones y excesos debemos aprender de la experiencia de otros países (Portugal, España, Suecia, Alemania) que han venido ensayando diversas propuestas para resolver un problema común.

Tanto el sector público como el privado tienen el deber social de incrementar los niveles de desarrollo y de progreso de los países. No obstante, ambos sectores deben entender, y de hecho lo hacen, que el progreso no puede justificarse por sí mismo ni justificarlo todo. En la balanza exigida por el Estado de Derecho siempre ha de estar presente el respeto

56. MADRID CONESA, *op. cit.*, p. 79.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la dignidad humana y de los derechos que de ella se derivan. Debemos reivindicar para el ciudadano de nuestra época el papel activo y participativo que requiere el proyecto democrático que se ha planteado, al menos en Costa Rica, a partir de la Carta de 1949.

El objetivo de "racionalizar" los procesos a nivel administrativo y de "agilizar" las gestiones a nivel privado, que parecen ser, ambos, las grandes metas a alcanzar por medio de la informática y los ordenadores no debemos asumirlos como paradigmas incuestionables olvidando la necesaria correlación con los objetivos sociales de libertad. En este sentido, ya se ha postulado que "...esa aparente falta de racionalidad en el modus operandi de la administración pública implica una considerable garantía para los administrados."[57]

No en vano la infinita cantidad de órganos con las más diversas competencias suelen enjuiciar al administrativo y ejercer el principio de la autotutela desde las perspectivas más variables que provienen, básicamente, de esa garantía derivada de ese peculiar "modus operandi" de la administración. El ciudadano permanece "afectado" por la correspondiente competencia del órgano, pero no por la unión de todos los perfiles que constituyen su "personalidad".[58] Así las cosas, por ejemplo, para obtener un permiso de construcción en alguna institución bancaria estatal, al órgano no le hace falta tener los datos referentes a salud (historia clínica), apetencias sexuales, complejos y depresiones del ciudadano; solo es necesario cumplir el millón de pequeños y angustiantes trámites que se circunscriben a identificar la función concreta del órgano administrativo de turno.

El Ordenamiento jurídico, como un todo, y el Derecho Penal, particularmente, desde esta perspectiva deben afrontar el reto informático con las mejores armas con las que cuentan, pero ante todo, teniendo en cuenta las garantías democráticas constituidas por el principio de legalidad criminal y el principio de la mínima intervención del Derecho Penal (párrafo segundo del artículo 28 constitucional).

Es en este sentido que vale la pena hacer algunas críticas al discurso del Derecho Penal para encontrar las razones fundamentales de su fracaso actual y tratar de brindar algunas respuestas que den alguna esperanza para el futuro de la reforma penal.

Breve crítica al discurso del Derecho Penal.

Cuando se estudia el fenómeno criminal y se pretende, a la vez, extraer conclusiones del mismo, es muy difícil no hacer alusión a la verdadera función del Derecho Penal.

Es evidente que dicha disquisición se hace aún más necesaria si se corrobora en los sistemas penitenciarios modernos la tremenda incongruencia entre discurso penal y realidad social.[59] Otros hechos también corroboran la irrealidad del discurso penal oficial, como lo serían la existencia de una enorme cifra oscura de la criminalidad y la selectivización en las prácticas de persecución de los delitos. Estos aspectos conducen a replantear el discurso del control penal hacia sus verdaderas consecuencias prácticas.

En los últimos años se ha venido desarrollando un consistente movimiento de crítica al Derecho Penal, que no ha nacido propiamente de las corrientes dogmáticas, sino más bien de la criminología, una "ciencia auxiliar" que ha empezado a cobrar una cuota de responsabilidad con los fenómenos del delito y el delincuente.

Esta "responsabilidad científica" se ha pretendido asumir como una crítica al Derecho Penal, en tanto sistema de control. En este sentido, ya lo hemos dicho en otro lugar, se señala que la criminología, al menos en el medio latinoamericano, siempre ha sido definida a partir del control social y ese es su objeto de estudio más importante. Así, como una reacción consistente a los enfoques etiológicos de la delincuencia,[60] de índole positivista, hemos observado el surgimiento de la nueva criminología, también

---

57. MADRID CONESA, *op. cit.*, p. 85.

58. MADRID CONESA, *op. cit.*, pp. 85-86.

59. En una revisión al discurso tradicional sobre la prisión y el sistema penal es conveniente estudiar el trabajo de HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, primera edición, 1984, pp. 43-140.

60. Se puede entender por "enfoque etiológico de la delincuencia", el planteamiento "...que indaga por las causas originarias del acto delictivo. Etiología, en efecto, refiere al origen y el proceso mental que subyace a dicho enfoque es el del regreso hasta las causas primeras que determinan que un sujeto o grupo de sujetos incurra en una violación que se encuentra definida en una norma legal como delito... El enfoque etiológico de la delincuencia asume implícitamente que el delito es un fenómeno cualitativamente diferenciado del comportamiento no delictivo y que, consiguientemente, debe haber factores específicos que inciden en su manifestación, mediando un progreso decisional del individuo hacia la opción delictiva, sean estos factores de índole biológica o cultural." GABALDÓN, Luis Gerardo, *Control social y criminología*, Caracas, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 1987, p. 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conocida como criminología crítica, que ha pretendido realizar esta averiguación del objeto de estudio utilizando otros enfoques tanto de método como de descripción.[61]

Si la criminología de caracteres meramente etiológicos pretendía predecir la ocurrencia del delito y suprimir las conductas "indeseables", la nueva criminología prefiere entender los mecanismos macroestructurales de la sociedad que producen condiciones socioeconómicas proclives al desarrollo de formas delictivas y a su definición por los medios legislativos.

En este orden de ideas el estudio del control social tanto formal como informal es objeto de la criminología crítica y es de ahí que deben partir las investigaciones que pretendan describir el fenómeno criminal. Se estudian entonces los procesos de creación de las normas legales criminalizantes, la discriminación de bienes jurídicos en relación con otros de carácter colectivo, así como los procesos selectivos en que se realiza el control.

Zaffaroni plantea que en la "red" lanzada por el sistema penal, frecuentemente quedan atrapados una serie de sujetos con características muy peculiares: "...los más vulnerables socialmente y ... también a los más vulnerables psíquicamente, porque ha habido un proceso previo de condicionamiento, de generación de esa vulnerabilidad psíquica, que los pone en situación de 'buenos candidatos' para la criminalización."[62]

Esta afirmación de este autor nos pone al resguardo de *Lombroso* y los frenólogos quienes volvieron sus ojos a la cárcel en cierto momento de brillantez de sus desarrollos "científicos" y se dieron cuenta del tipo de sujetos que llegaban a la prisión. Descubren que son los hombres más carenciados, los que son llevados a un estrecho margen social, víctimas de la estigmatización y de cierto señalamiento que los convierte en fieles "adaptados" al rol que el sistema penal les ha señalado. "Esta comprobación en muchos criminalizados latinoamericanos de las clases subalternas o sumergidas económicamente, lejos de demostrar que esas características son 'causas del delito', están demostrando que son 'causa' de la criminalización en caso individual y que el propio sistema penal se encarga de acentuarlas, cuando no de crearlas."[63]

La reflexión sobre estas ideas se hace indispensable para observar no sólo el problema de la intimidad en sede penal sino el del entero sistema penal como última herramienta de protección de los bienes jurídicos.

Estamos conscientes que no es este el momento para replantear el discurso penal, o al menos para proponer una reconducción del mismo. No obstante, al menos, podemos preguntarnos qué papel puede jugar el Sistema Penal en la protección de la intimidad de los ciudadanos. Esto al menos para asumir alguna responsabilidad con el planteamiento que se pueda hacer del Derecho Penal como medio o garantía efectiva de protección.

Se trataría, en todo caso, de subrayar el cuestionamiento de por qué se están dejando de proteger bienes jurídicos mucho más prevalecientes, como

---

61. En opinión de GABALDÓN, en el surgimiento de la criminología crítica tuvo mucho que ver la perspectiva del etiquetamiento (labelling approach), que en su forma más precisa proviene a su vez del interaccionismo simbólico desarrollado por MEAD. El etiquetamiento dio lugar a investigaciones de los procesos selectivos de control social formal, en particular de la policía y los tribunales. "Si se puede asumir, y eventualmente comprobar, que no es la comisión objetiva de un acto delictivo lo que hace a un delincuente sino su señalamiento como tal por parte de las instancias sociales encargadas de manejar el problema criminal, y que policía y tribunales 'seleccionan' los casos a procesar según cantidad variable de criterios, como facilidades de disponer de pruebas preliminares del hecho, posición social y actitud del infractor y probabilidades percibidas de lograr un caso resuelto, los hechos que convierten a alguien, socialmente hablando, en un delincuente, se argumenta, poco tienen que ver con su personalidad más o menos perturbada, con sus privaciones infantiles, con la desorganización social del vecindario de donde proviene o con el conflicto de valores culturales, como muchas teorías etiológicas han sostenido." GABALDÓN, *op. cit.*, pp. 21-22.

62. ZAFFARONI, *Criminología. Aproximación desde un margen, op. cit.*, p. 30.

63. ZAFFARONI, *Criminología. Aproximación desde un margen, op. cit., Ibíd.*, p. 35. En otro contexto, un abogado peruano, LUIS PASARA escribía que muy probablemente el modelo de "sospechoso" que maneja el policía peruano coincide extraordinariamente con el proletario peruano de bajos ingresos. Este autor refiere que los mecanismos para acceder al sistema son sumamente sencillos. Por un lado basta con caer en una "redada policial", ser uno de los muchos peruanos que al día de hoy no tienen trabajo y pueden calzar, entonces, de manera precisa en la clasificación de vago. Leyes peruanas, cuyas intenciones sobre el sujeto carenciado en relación con su "disciplinamiento" al trabajo y al acomodo a la producción de riqueza, se remontan a los terribles días de la revolución industrial, ordenan "rehabilitar" al "vago" por medio de la pena privativa de libertad. La inconsistencia de todo el discurso sigue su camino insoslayable hacia el ridículo cuando este "no delincuente" (ya que es contraventor), inicia una carrera delictiva o sigue un destino de detenciones similares por los "antecedentes" de aquella primera detención. PASARA, Luis, Perú: Administración de ¿justicia?, *La administración de justicia en América Latina*, Lima, Perú, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1984, p. 207.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pueden ser: el área de intimidad frente al Estado omnipresente y los monopolios de la información, el medio ambiente, la economía pública y la salud colectiva. Estos bienes jurídicos están siendo directamente afectados por conductas delictuales que no solo inciden en la esfera de derechos de un solo individuo sino el de toda una sociedad y probablemente, en las generaciones por venir.

Se insiste en perseguir al carenciado mientras que, al mismo tiempo, se ponen en peligro las condiciones ambientales que sustentan la vida en este planeta. Las formas de esta delincuencia son variadas: monopolización de los datos (tanto personales como de todo otro tipo), concentración de los medios materiales de progreso, contaminación de lechos de ríos con productos químicos desechados por las empresas de maquila tecnológica, destrucción de bosques tropicales lluviosos para la extracción de la riqueza mineral con el fin de llevarla a centros económicos, contaminación del ambiente con los humos de las industrias que venden sus productos con desiguales precios en el mercado internacional, para contribuir al progreso tecnológico del que somos testigos pero no sujetos actuantes.

El deterioro de nuestros alimentos por el envenenamiento con agroquímicos desechados en las sociedades centrales, adulteración de medicamentos, consumo de fármacos prohibidos en países centrales y vendidos en nuestra región a precios exorbitantes y con grave riesgo para nuestra población;[64] se conoce con un nombre: delincuencia económica o delincuencia de cuello blanco. Esta última causa más daño a nuestra sociedad como grupo organizado que la presencia del vago, del homosexual, de la prostituta y demás "desviados", como pruebas fehacientes del clamor social que corre paralelo a las desigualdades del entorno económico, político y social.

Dentro de este contexto desigual es que el Derecho Penal latinoamericano, y en este caso, el costarricense, debería preguntarse qué papel está jugando en la protección de los individuos, al menos, debería sugerirse alguna respuesta que sirva para salvar la enorme responsabilidad social que carga sobre sus espaldas el Sistema de Justicia Penal.

Aunque sea fuera de lugar, el momento es oportuno para abrir discusión en torno a las verdaderas funciones del Derecho Penal como herramienta de control social. Sobre todo si hemos de plantear a la "pena" como un medio de responder a los peligros que enfrenta el ciudadano en su esfera de intimidad. No vaya a ser que el mismo Sistema de Justicia Penal sea un sujeto activo en los "delitos" que se cometen en contra de los individuos en su esfera de intimidad (piénsese en el caso de los ficheros policiales de detención por contravención y sospecha) bajo las justificaciones del interés público y de los lemas del sistema penal como protector de bienes jurídicos.

Quizás este último argumento sirva para disculpar el anterior discurso, el cual aparece aquí más como un compromiso con un Derecho Penal demo-

---

64. Para el lector interesado en profundizar en estos temas, las siguientes referencias bibliográficas son de obligada consulta para formar criterio sobre esta peligrosísima actividad criminal: MÁRQUEZ, Marcela, *Variaciones cualitativas y cuantitativas de los alimentos en Panamá*, Panamá, Universidad de Panamá, Instituto de Criminología, 1981; MÁRQUEZ, Marcela, *Notas preliminares para un estudio sobre alteración y contaminación de alimentos en Panamá*, **Cuadernos Panameños de Criminología, Nº 9**, 1980, pp. 119-122; CLEMENTE MENDOZA, Noemí y BULLEN NAVARRO, *Marcia, Fraude de alimentos en delitos de cuello blanco*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984; BORRERO NAVIA, José María, *Protección penal del ambiente y los recursos naturales en Centro América y el Caribe. Situación y tendencias*, Washington, D.C., Estados Unidos de América, ILANUD, documento de circulación restringida, 1987; MARCO DEL PONT KOCKLIN, Luis , *Estudio comparado sobre contaminación ambiental* (España, México, Panamá y Venezuela), **Revista Mexicana de Justicia**, México, vol. 3, Nº 4, octubre-diciembre, 1985, pp. 171-192; CASTILLO BARRANTES, Jorge Enrique, *Fraude de alimentos en América Latina: Síntesis de tres investigaciones en Colombia*, Costa Rica, Panamá, San José, Costa Rica, **Seminario Latinoamericano de Criminología Comparada sobre el Delito de Cuello Blanco**, Panamá, agosto de 1982, publicado por el ILANUD y la Universidad de Costa Rica, 1982; ANTONY, Carmen y GLACOSA, Wilfrido, *Estudio sobre conductas ilícitas derivadas de la producción, distribución y comercialización de los productos farmacéuticos en Panamá*, **Sexta Reunión del Proyecto Internacional sobre Delitos de Cuello Blanco en América Latina**, San José, Costa Rica, 6-8 de junio de 1983, ILANUD, volumen 2, 1983; PIERANGELLI, José Enrique, *Ecología, polución y Derecho Penal*, **Doctrina Penal**, Buenos Aires, año 6, Nº 21, enero-marzo, 1983, pp. 51-79; MARCO DEL PONT KOCKLIN, Luis, *Crimen de la contaminación*, México, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Unidad Azcopotzalco, Universidad Autónoma de México, 1984; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Alternativas de la protección penal del medio ambiente*, **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, Nº 19, 1983, pp. 133-156; CHIOSSONE, Tulio, *Delitos contra la naturaleza y el ambiente: Delitos ecológicos en Venezuela*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982; PERIS RIERA, Jaime Miguel, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, España, Universidad de Valencia, 1984; RUTHER, Werner, *Génesis de la norma penal para la protección sobre el medio ambiente: sobre la creación del Derecho Penal "ecológico" en el contexto de la protección del medio ambiente como nueva tarea sociopolítica*, **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, Nº 25, 1985, pp. 37-57.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

crático en un Estado social de derecho que con una reivindicación sin motivo del individuo frente al Estado.

Necesidad de un replanteamiento de la política criminal de nuestro tiempo: El reto de la informática.

Entendamos al orden jurídico penal como un orden discontinuo de ilicitudes y representémoslo como una línea de puntos discontinuos entre sí, donde estos puntos vendrían a ser las conductas que el legislador no quiere que se realicen por cuanto, si tal fenómeno ocurriera, los bienes jurídicos se afectarían mayormente, y la vida de relación se haría imposible.

Muy bien, hasta aquí, pero imaginemos que la representación gráfica de ese orden penal fuese una línea continua de puntos, nos daríamos cuenta de inmediato que el legislador ha regulado todo, lo ha prohibido todo y ya no queda una sola área de la vida de convivencia que quede al libre discernir del hombre.

Creemos que esta última representación del ámbito de lo injusto no es cierta porque el legislador no ha regulado todo. No obstante, últimamente parece que los espacios vacíos entre los puntos no se han llenado con tipos penales sino con otras formas de control por parte del Estado (médicas, educativas, sanitarias, laborales, administrativas, terapéuticas, etc.).

La política criminal vigente, en el entendido de que es la política criminal que se demuestra en el estado actual del planteamiento del problema de la protección de los bienes jurídicos prevalecientes.

Se trata de una política criminal que pretende ser democrática y respetuosa del hombre, pero que representa una clara contradicción entre lo que propone a nivel teórico, y lo lleva a cabo en la práctica. Contradicción que motiva casi la construcción de un modelo de política propio de un Estado terapéutico y no de un Estado democrático. Esto es, en pocas palabras, un Estado que busca la "curación" de las enfermedades sociales por intermedio de la sanción, reminiscencia positivista que aún no hemos podido eludir en la creación de tipos penales.

En relación con todo lo dicho, es necesario tener en cuenta que la sociedad siempre reaccionará frente a toda conducta desviada de las reglas del grupo, y frente a todas las conductas que se señalen como dañosas la reacción será particularmente severa. Las respuestas sociales ante la delincuencia son múltiples, pero podemos distinguir dos fundamentales: la respuesta estatal (por intermedio de las instituciones estatales previstas para ello) y la respuesta social (por intermedio del mismo grupo social, hacemos referencia al concepto de sociedad civil).

Se responde ante las infracciones descritas en las leyes y ante las conductas desviadas, en una interacción de mecanismos de control tanto formales como informales, no habiendo un orden establecido en cuáles deben entrar a funcionar ante cuáles conductas.

Cuando se estudia un modelo de política criminal, se suele dejar de lado lo que se suele denominar un modelo dialéctico de política criminal. Se rechaza este modelo porque hace referencia a una "situación paradójica" donde el Estado, aún reconociendo una diferencia entre conducta desviada e infracción penal, decide responder solamente ante las conductas desviadas. "En un sistema tal, el Estado se desentiende de los hechos incompatibles con las normas sociales, abandonándolos a la venganza o a la mediación del grupo, mientras asume el tratamiento del estado de no conformidad constitutivo de la desviación, pero sin incluir dentro de ella a la desviación nacida de la infracción, pues en este caso se confundirían las dos nociones en un concepto único."[65]

Claro está que este es un modelo teórico que supuestamente no debe darse en la realidad, pues "...la respuesta estatal se orienta prioritariamente hacia la infracción y solo a título complementario hacia la desviación, salvo cuando ésta viene concebida en un sentido tan amplio que engloba, también, a la infracción."[66] Sin embargo, en la realidad de las legislaciones contravencionales deberíamos repensar su asimilación o no a este modelo de la política criminal conforme a una persecución de la desviación antes que a la infracción.

El mismo funcionamiento del Sistema Penal manifiesta que el gran volumen de casos está constituido por la resolución de problemas contravencionales, que como hemos visto son esencialmente un problema de desviación que ha pretendido ser "curado" por vía penal.

En lo que se refiere a la protección de los intereses difundidos del grupo social corresponde enten-

65. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 51.

66. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 51.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

der bien las recomendaciones que se hacen en foros internacionales para lograr una política criminal alternativa. Esto es, no una criminalización alternativa, cambiando el foco de atención de la criminalidad contravencional y contra la propiedad hacia la criminalidad de cuello blanco, sino más bien hacia la descriminalización, "...la más rigurosa reducción posible del sistema penal."[67]

Se trata en general de entender, que hay un ámbito libre de regulación jurídica, es decir, que existen zonas donde el Ordenamiento jurídico no debe intervenir, ya que su papel en esas zonas resulta inadecuado e innecesario.[68] Zonas donde el hombre queda librado a su conciencia y donde el derecho debe respetar esa instancia individual del ciudadano responsable, moralmente libre.[69]

HIRSCH, opina que el ámbito libre de regulación jurídica, entendida en estos límites, queda fuera de aplicación del Derecho Penal, desde que este último es entendido como un orden discontinuo de ilicitudes.[70] Coincidimos en principio con este autor alemán, pero es conveniente hacer algunas precisiones en torno a sus ideas.

Si bien es cierto que el Derecho Penal se configura como un orden fragmentario, donde sólo se toman en cuenta aquellos bienes jurídicos preeminentes para la convivencia, debemos seguir en el discurso, que solo esos bienes preeminentes pueden ser protegidos por el Derecho Penal.

Así las cosas, la política criminal de un Estado de Derecho como el costarricense debería tomar en cuenta estas situaciones de índole político y social. Debería de ser consciente de que hay una serie de normativas que están en abierta contradicción con el espíritu de nuestra última Constitución liberal, y que es momento de empezar a reconducir los ámbitos de protección penal a los bienes jurídicos más importantes para las legislaciones futuras, en una palabra, reconducir los esfuerzos punitivos del Estado a la protección de la vida de relación, garantizando una oportunidad de vida para las generaciones futuras.

En este sentido, las recomendaciones de política criminal incluirían todos los aspectos que ya hemos analizado en otro lugar,[71] no obstante, haciendo alusión a la serie de situaciones que han sido discutidas en torno a la idea general que debería perseguir una visión democrática de la reacción penal, es que proponemos lo siguiente:

i. Evitar la construcción de leyes que establezcan las diferencias "positivistas" entre los seres humanos, es decir, iniciar una lucha contra las leyes de peligrosidad ante *delictum*, las leyes contravencionales de vagos y mendigos y las disposiciones legales que consignan la posibilidad de funcionamiento de sistemas penales paralelos. Sabemos que genéricamente, esta pretensión es imposible desde que los subsistemas del poder penal ejercen su labor al

---

67. BARATTA, *op. cit.*, p. 11.

68. HIRSCH, Hans Joachim, *El Derecho Penal y el ámbito libre de regulación jurídica*, **Doctrina Penal**, Nº 39, año 10, julio-setiembre, 1987, p. 397. Tenemos en cuenta en este sentido, las críticas de RADBRUCH, quien decía que no existían áreas libres de regulación jurídica, ya que si bien existían zonas donde el Derecho no intervenía, éstas lo eran precisamente por voluntad de la ley, es decir, por cuanto el mismo Derecho había definido negativamente su participación en esas instancias. Luego, no existen zonas libres de regulación jurídica sino simplemente zonas donde el Derecho, por voluntad de la ley, ha decidido no intervenir. La crítica es de recibo, aunque un concepto de Derecho como el que se sostiene no deja de ser amplísimo, casi carente de contenido. No debemos olvidar que en este orden de ideas no nos estamos separando del orden jurídico. En nuestro criterio, es la Constitución Política, el bastión donde se señalan los límites para la intervención del Derecho. En nuestro Ordenamiento jurídico, casualmente, el artículo 28 constitucional, señala que aquellas acciones privadas que no vayan contra la moral, el orden público o contra terceros no pueden ser perseguidas por la ley (segundo párrafo). Si bien, los conceptos de moral, de buenas costumbres pueden variar según el entorno social y cultural de que se trate, también es cierto que dicha definición debe hacerse tomando en cuenta los principios dentro de los cuales se halla definido el proyecto político de organización del Estado. Si estamos hablando de un Estado de Derecho, casi al mismo momento estamos mencionando que la libertad del ciudadano y su área de intimidad están tomadas en cuenta por las percepciones del legislador. HIRSCH, hace una importante distinción del área libre de regulación jurídica, con el ámbito libre de regulación penal. Tiene razón, ya que el Derecho Penal es fragmentario, es decir, ya por definición sólo intervendrá como última ratio, sea, de principio sólo intervendrá en esas áreas donde las relaciones de convivencia corran peligro y sea necesaria la sanción penal por tratarse de conductas lesivas de bienes jurídicos fundamentales. HIRSCH, *op. cit.*, pp. 402-403.

69. *Ibíd.*, p. 400.

70. HIRSCH, *op. cit.*, p. 424.

71. CHIRINO SÁNCHEZ, Eric Alfredo, *Política criminal, criminalización, descriminalización y medios sustitutivos de la prisión. Análisis concreto de la problemática contravencional*, en: **Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, diciembre 1989, Nº 1, pp. 7-18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

amparo de una serie de prácticas que son connaturales a su visión parcializada y concreta del problema criminal, no obstante, se trataría de optar por mecanismos de control sobre las agencias de persecución y castigo de las conductas tipificadas que prohíban la arbitrariedad y que sean una constante retroalimentación en la dimensión de los derechos humanos del perseguido en relación con los derechos humanos del perseguidor. Y, en relación con las legislaciones de criminalización selectiva (como la actual Ley Contra la Vagancia, la Mendicidad y el Abandono), se propone su derogación, ya que son portillos abiertos para la "justificación" legal del control policial sobre grupos de población muy concretos de nuestro país.

ii. Permitir una mayor participación de los grupos afectados por la criminalización selectiva del sistema penal. Se impone como necesidad que los grupos más carenciados de nuestra sociedad tengan una voz en el proceso de formación de las leyes que eventualmente les pudieran afectar, de manera que sean éstos los que puedan ayudar a determinar la oportunidad o no de las regulaciones penales. Esta participación, verdaderamente democrática, de los sectores afectados por el poder penal, permitiría dar un acomodo a los discursos legislativos que hasta el momento han sido un medio útil de deslegitimar cualquier intento de cambiar la situación actual de las incriminaciones contravencionales.

iii. Evitar la contradicción que se presenta con lo interno de los sistemas penales por el establecimiento de "carreras delictivas" a través del ejercicio de las posibilidades omnímodas de control que tienen los sistemas penales paralelos. Nos referimos a las posibilidades reales que existen en la actualidad (por la vía de legislaciones contravencionales, de peligrosidad y penales en general) de incentivar la asunción de papeles o roles criminales por aquellos sujetos con antecedentes penales y policiales. Esta última actitud de los sistemas penales, y que ha sido olvidada por la política criminal de los últimos diez años o quince años, ha motivado una "amplificación de la reacción social y judicial" que es perjudicial para la misma lógica de los sistemas penales.[72]

iv. Imponer a lo interno de los sistemas penales una readecuación de los principios de igualdad ante la ley, de seguridad jurídica, de legalidad criminal y de mínima intervención del Derecho Penal, para garantizar al individuo que vive en sociedad las posibilidades de hacer efectivo su proyecto individual con independencia de la intervención del Estado.

v. Enfatizar el estudio, discusión y puesta en práctica de las acciones necesarias, como forma de contrarrestar y eliminar en lo posible, dentro de estas conductas violatorias de bienes jurídicos, el ejercicio de los poderes penales. Se debe avanzar en la verificación real de los objetivos de la sociedad: equitativa distribución de la riqueza, igualdad de oportunidades, combate contra la miseria, el abandono y el vagabundaje abriendo opciones reales de trabajo y dando más posibilidades a los grupos carenciados para que accedan por medios legítimos a los bienes jurídicos.

vi. "Desinstitucionalizar" los conflictos que permitan evitar los hondos problemas sociales que se suscitan con la aplicación de la pena privativa de la libertad y la puesta en movimiento de los engranajes del poder penal. Algunas de estas formas serán analizadas y propuestas más adelante.

vii. Acercar, mediante una política criminal adecuada, el funcionamiento de los sistemas penales a la pretensión básica de convertir al Derecho Penal en última ratio, es decir, en el último instrumento de protección de los bienes jurídicos, y en términos más precisos: convertirlo en el último medio de control social. En materia contravencional, esta pretensión debería orientar el destino futuro de las regulaciones y dar el verdadero límite a la acción del legislador, en el sentido de hacer el derecho de faltas o contravencional, no el portillo de control para conductas que de otro modo sería muy difícil de perseguir, sino la vanguardia del movimiento de reforma penal hacia una democratización de la reacción penal.

Estas reglas generales deberían orientar el movimiento de reforma penal en Costa Rica.

Es evidente la necesidad de que el Derecho Penal proteja la *privacy* en todas aquellas hipótesis en donde el actuar ilícito represente un grave daño social y un perjuicio individual notable. Sin embargo debemos dejar bien claro que el Derecho Penal debe ser en este sentido solamente complementario.

Es necesaria una legislación preventiva que tutele las relaciones de los individuos con los bancos de datos de manera que se puedan establecer límites y regulaciones al funcionamiento que garanticen la *privacy* (licencias de funcionamiento, reglamentos de servicio, controles de encuestas, control de soportes lógicos, códigos de deontología para funcio-

72. ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la liberación, op. cit.*, p. 99.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

narios de centros de cómputo, etc.) antes de que se sucedan las hipótesis que consignaría el Código Penal.

Solo cuando estas medidas preventivas revelen su ineficacia es que podremos entender que se hace imperativa la construcción de incriminaciones donde se consignen los diversos tipos de conductas de abuso informático en contra de la intimidad.

Como bien lo afirma *Morales Prats:* "...no basta con reseñar la gravedad de las acciones discriminatorias a que puede dar lugar la manipulación del ordenador. Tampoco es suficiente la constatación de la trascendencia del derecho a la intimidad en la sociedad cibernética. La gravedad de la ofensa y la calidad del bien jurídico, puesto en peligro o destruido, conforman los presupuestos definitorios de la misión del Derecho Penal en las sociedades democráticas."[73]

El principio de mínima intervención del Derecho Penal y de última herramienta (última ratio), que ya hemos mencionado existen como propuestas en diversos foros y discusiones internacionales, deben de ser elementos necesarios para la reflexión legislativa. La protección penal debe de buscarse sólo cuando otros remedios y paliativos extrapenales revelen su ineficacia para la protección de los bienes jurídicos.

La protección penal de la libertad informática en Portugal.

Resulta de especial interés analizar los proyectos de Ley Nº 64/III y 381/V, ya citados, para destacar algunas de las tendencias de la moderna política criminal en materia de bancos de datos y tutela de la *privacy*.

Ambos proyectos manifiestan la tendencia de incriminar las conductas de trasiego de datos (incluyendo los flujos transfronteras), la revelación de datos sujetos al secreto profesional, uso ilegítimo de bases de datos para obtener provecho patrimonial, desvío de datos de la finalidad autorizada y la modificación fraudulenta e ilícita de datos consignados oficialmente en bancos de datos autorizados.

La idea de ambos proyectos de ley va en el sentido de prevenir algunas afectaciones de la esfera de intimidad creando leyes marco que reglamenten los derechos que consigna el artículo 35 de la Constitución portuguesa.

Resulta fundamental la acción de la administración pública por intermedio de la Comisión Nacional de Informática y Libertades (artículo 14 del Proyecto 381/V) y de la Comisión Nacional de Protección de Datos (artículo 14 del Proyecto 64/III). Este órgano se convierte en contralor del desarrollo y funcionamiento de los bancos de datos que se creen en el ámbito privado y público.

En ambos proyectos el tenor del articulado es similar: "Se crea la Comisión Nacional de Protección de Datos, con la atribución genérica de controlar el procesamiento de datos de carácter personal, en riguroso respeto de los derechos del hombre y de las libertades y garantías consagradas en la Constitución y en la presente ley."[74]

La creación de este órgano no afecta los tipos penales que se crean después ya que la función contralora funciona a nivel preventivo. En el caso de conductas dolosas en daño de la intimidad los tipos penales funcionan con el carácter personal y de determinación del daño causado ya comunes en la tradición represiva de los Códigos Penales.

La mayoría de los tipos penales que se crean en ambos proyectos tienen la característica de ser tipos penales abiertos, en donde la determinación de los verbos y de los otros elementos del tipo objetivo requieren de conocimientos técnicos y de definiciones que no solo deben encontrarse en la ley marco, sino también en la pericia de los operadores de los centros de cómputo.

El artículo 41, por ejemplo, conjuga la amplitud del tipo no sólo en la definición técnica de los verbos y elementos, sino también en la alusión directa a un artículo de la Ley que le da a su vez contenido y extiende (y a la vez limita) su cobertura típica:

---

73. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 328. No en vano, como ya lo advertíamos más atrás, el Derecho Penal suele usarse como discurso legitimante de prácticas antidemocráticas, como "...coartada soterradora de contradicciones que supone la protección legal de derechos y pretensiones antagónicas a la estructura del sistema socioeconómico." *(Ibíd.)*. Estas prácticas convierten al Derecho Penal en un armatoste ideológico que lo justifica todo y que en el momento de la protección de los intereses prevalecientes de la sociedad se convierte en un camino sin salida para la Democracia, pero sobre todo, para el individuo que busca guarecer su esfera de libertad de los abusos del Estado.

74. Artículo 14 del Proyecto de Ley Nº 64/III.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Artículo 41:
Quien procese o mande procesar, en contravención con lo dispuesto en la presente ley, datos de carácter personal referidos en los artículos 3 y 4 será penado con prisión de hasta dos años."[75]

En el artículo 42, otro caso interesante el juzgador deberá determinar qué significa "usar" datos o programas registrados en soporte informático. La redacción podría incluir demasiadas conductas, entre ellas, algunas cuya diferencia con la conducta típica solo estaría en la determinación del enriquecimiento ilícito. Sin embargo, creemos importante la inclusión de este tipo de conductas, ya que de esa manera, aunque lo sea de forma indirecta, se incluirían hipótesis usualmente relacionadas con "usos" lícitos de bancos de datos que acarrean serios perjuicios al ciudadano:

"Artículo 42:
Quien con el propósito de obtener para sí o para terceros, un enriquecimiento ilegítimo usare datos o programas registrados en soporte informático, será penado con prisión de hasta dos años y multa de hasta 120 días.
2) Si el agente hubiere actuado sin el propósito de enriquecimiento será penado con prisión de hasta un año o multa de hasta 60 días.
3) En el caso del número anterior el procedimiento penal depende de denuncia."[76]

En el mismo sentido de los artículos anteriores, el artículo 37, viene a circunscribirse en la misma tónica de técnica legislativa:

"Artículo 37:
Crear o mantener un fichero automatizado de datos de carácter personal con inobservancia de lo dispuesto en la Ley será penado con multa de hasta 60 días."

Cabe destacar que la intención de los proyectos es la de incluir la previsión de que el proceso penal puede ser enervado sólo a partir de denuncia. Este elemento permite distinguir un especial interés legislativo en que la protección penal se dirige al individuo.

El artículo 43 incluye dos verbos que requieren determinación y pericia técnica: se trata de la modificación y destrucción de datos en programas registrados en soportes informáticos. No se entiende si el tipo incluye las modificaciones del soporte lógico en sí mismo (software), mediante la introducción de nuevas instrucciones y de rutinas; o la destrucción del software introduciendo un "virus" o "bomba lógica" que desnaturalice el programa. También, y esa parece ser la intención del legislador, el tipo se refiere a los datos que el programa ha permitido manejar y registrar (es decir no el software propiamente dicho sino los registros que ha permitido tratar, conservar y manejar):

"Artículo 43:
1) Quien ilegítimamente modifique o destruya datos en programas registrados en soporte informático será penado con prisión de hasta dos años o multa de hasta 120 días.
2) Si con el comportamiento descrito en el número anterior el agente hubiere provocado perjuicio de valor considerablemente elevado será penado con prisión de dos a seis años o multa de hasta 200 días.
3) El procedimiento criminal depende de denuncia salvo que el delito haya sido cometido en ocasión de motín público."

Finalmente, el artículo 44 consigna los verbos: elaborar, desencadenar un tratamiento automatizado de datos produciendo datos erróneos y causando una transferencia de valores en perjuicio de terceros. Este tipo es el más complejo para la interpretación, no solo por lo inusitado de la apertura, sino también porque el bien jurídico tutelado no aparece claro. Resulta interesante, eso sí, que se pretenda incluir en esta sección de delitos una descripción típica que se refiera a la manipulación no solo de la base de datos en sí misma (haciendo transferencia de datos o desencadenando procesos de tratamiento de información) que permiten cubrir efectivamente una serie de conductas que de otra manera estarían lejos del ámbito de cobertura. No obstante, la redacción resulta confusa y el bien jurídico no es fácilmente discernible:

---

75. Artículo 41, Proyecto de Ley Nº 64/III. Los artículos 3 y 4 (de ambos proyectos) enumeran los siguientes datos personales cuya prohibición de manipulación es absoluta: datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa, raza, antecedentes penales, aplicación de medidas de seguridad, sospechas de actividades ilícitas, salud, situación patrimonial o financiera, los hábitos o tendencias sexuales, o bien cualesquiera otros datos cuyo procesamiento se manifieste en concreto atentado de la intimidad.

76. Artículo 42 del Proyecto Nº 64/III.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Artículo 44:
Quien con el propósito de obtener, para sí o para terceros, un enriquecimiento ilegítimo, elabore o desencadene un tratamiento automatizado o de transmisión de datos y de ese modo consiga resultados erróneos o hubiere impedido un tratamiento automatizado o una transmisión de datos que normalmente conduciría a resultados correctos, causando así una transferencia de valores en perjuicio de terceros, será penado con la pena prevista en la Ley para el hurto calificado."[77]

El artículo 45 describe dos conductas que a nuestro criterio son base fundamental de la protección de los datos personales. Se trata, en primer lugar, del manejo ilícito de un ordenador para obtener provecho patrimonial y, en segundo lugar, la utilización del ordenador para accesar datos cubiertos por el deber de sigilo y secreto profesional por un tercero (no necesariamente cubierto por el deber ético ya mencionado).

"Artículo 45:
1) Quien sin consentimiento del que tuviere derecho hiciere uso en provecho propio de un computador o de una red de datos será penado con multa de hasta 50 días.
2) Si el agente a través del uso ilegítimo del computador o de la red de datos hubiere tenido acceso a datos personales o de otros, cubiertos por el secreto profesional, será penado con prisión de hasta un año.
3) Si el agente hubiere divulgado informaciones a las que tuviere acceso con perjuicio del Estado o de terceros será penado con prisión de dos a seis años o multa de hasta 200 días.
4) La tentativa será punible.
5) El procedimiento penal depende de denuncia salvo en el caso del número tres si la divulgación tuviere perjuicios particularmente graves."

Caso especial es el del artículo 38, que establece la conducta genérica de rompimiento del deber de sigilo y de secreto profesional, vendría a convertirse en el tipo genérico:

"Artículo 38:
1) Quien sin justa causa:

a) Rompa el secreto profesional en Perjuicio del Estado o para Terceros;

b) No brindar las informaciones exigibles en los términos de la presente ley o no cumplir con lo dispuesto en el número uno del artículo 33;[78]

Será penado con multa de hasta 30 días.

2) El procedimiento penal depende de denuncia."

Una importancia adicional del artículo 38 está en el hecho de que se le brinda protección al derecho del ciudadano de obtener satisfacción a su interés de acceder a los datos personales consignados en el banco de datos y/o modificar, rectificar o eliminar (derecho de rectificación) aquellos datos que considere atentatorios de su intimidad. Este tipo presupone que se hayan creado las condiciones necesarias para el ejercicio de este derecho.

Es necesario un sistema de medidas preventivas eficaz para la protección de la intimidad desde la perspectiva del personal que labora en centros de cómputo.

La construcción de un Código Deontológico en esta área sería una manera de dotar de contenido al deber de sigilo y de secreto profesional que también se intenta regular con el Derecho Penal y las penas. La existencia de este Código sería fundamental para la interpretación de los tipos penales. No sabemos si se planea construir en Portugal, pero no hay duda que es el presupuesto necesario para la interpretación de los tipos que custodian el sigilo y secreto profesional. Es de esta opinión, en la doctrina española, *Morales Prats*, quien se manifiesta sobre esto de la siguiente manera: "La instauración de estas reglas éticas de la informática, cuya infracción comporte sanciones internas por parte de los órganos de representación corporativa, no basta para una tutela adecuada del derecho a la intimidad, pero reviste importancia porque puede coadyuvar a la interpretación de las normas de cuidado que puedan llegar a ostentar un significado penal en futuras incriminaciones de conductas imprudentes o de omisiones en la explotación y transmisión de datos personales automatizados."[79]

---

77. Artículo 44 del Proyecto Nº 64/III.

78. Artículo del Proyecto 64/III. El artículo 33 (en ambos proyectos) se refiere a que el responsable del fichero debe dar satisfacción al titular del registro o comunicarle lo que fuere conveniente en el plazo máximo de 30 días.

79. MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 346.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los siguientes artículos de los proyectos de ley portugueses se refieren al sigilo y al secreto profesional:

"Artículo 39:
El funcionario que con infracción de lo dispuesto en esta ley rompa el secreto profesional con la intención de obtener para sí o para otro un beneficio o de causar un perjuicio de interés público o de terceros" (art. 39 del Proyecto 381/V establece prisión de hasta dos años o multa de 50 a 150 días, en el Proyecto 64/III la tentativa es punible).

"Artículo 40:
Será penado con prisión de hasta un año y multa de hasta 120 días quien:

a) Rompa el secreto profesional con perjuicio para el Estado o para terceros;
b) Brinde falsas informaciones en el pedido de autorización para la constitución o mantenimiento de un fichero automatizado de datos de carácter personal o proceder a alteraciones no consentidas por el instrumento de creación;
c) Modifique, suprima o acreciente de forma indebida informaciones personales a un fichero automatizado de datos;
d) Desvíe de la finalidad legítimamente consentida informaciones de carácter personal o públicas."

La protección penal, como ya lo hemos visto, se enfrenta a dos grandes obstáculos para el principio de legalidad criminal: en primer lugar, la aparente necesidad de crear tipos marco (tipos en blanco) que se llenen de contenido con las especificaciones técnicas que se hagan en otras leyes o reglamentos.

Es necesario regular conjuntamente tanto el tratamiento electrónico como el tratamiento manual de la información. Las posibilidades de que se filtren fraudes a la ley por una regulación parcializada poniendo como punto de análisis sólo el tratamiento electrónico. Bastaría a las compañías monopolizadoras de bancos de datos cambiar la forma de tratamiento de la información para estar fuera del alcance de una ley parcial. Y para mayor abundamiento, la experiencia actual demuestra que ambos procesos (manual y electrónico) funcionan conjuntamente en dichas compañías públicas y privadas que se dedican a esta labor.

Se debe regular claramente que los órganos de la administración no deben intercambiar datos personales de los ciudadanos. Se deben proteger las áreas de competencia de los órganos administrativos y que la información que se posea se circunscriba a dichos ámbitos de acción, para proteger a los ciudadanos del peligro de que se elaboren perfiles personales mediante el intercambio de los valiosos datos que tiene la Administración Pública sobre la población.

Finalmente, debemos destacar el hecho de que se le da especial importancia a las penas cortas de prisión en ambos proyectos de ley y que hay un especial énfasis en las multas, las cuales pueden tener montos sumamente elevados y ser de esa manera obstáculos fundamentales para los monopolios de la información.

La libertad informática ante el Derecho Penal costarricense.

El Código Penal costarricense de 1971 consagra un título de dos secciones con diez artículos bajo la denominación de delitos contra la intimidad, se incluyen en el Libro Tercero del Código dos contravenciones relacionadas con el tema.[80]

La idea del legislador penal fue la de proteger, no la esfera de intimidad, sino los documentos, correspondencias (artículos 196 C.P.; 197 C.P.; 199 C.P.) y los lugares en donde se puedan manifestar algunos matices de la esfera de intimidad y siempre desde la validación de dicha esfera desde el concepto de propiedad.

El delito de captación indebida de manifestaciones verbales (art. 198 del C.P.), por medios técnicos, resulta ser muy interesante, no obstante, no dejó espacio para la protección de otras violaciones a la intimidad como sería el acceso ilícito a bases de datos para sustraer datos personales con fines comerciales o de cualquier otro tipo ajenos a la voluntad del titular o de los administradores de la base de datos.[81]

El artículo 201 del C.P. establece: "Será reprimido con prisión de seis meses a un año el que usare indebidamente en cualquier forma, cartas, papeles,

---

80. *Código Penal*, Ley Nº 4573 de 4 de mayo de 1970, San José, Editorial Porvenir, primera edición, 1983.

81. "Será reprimido con prisión de uno a seis meses o de treinta a sesenta días multa, al que grabare las palabras de otro no destinadas al público sin su consentimiento, o al que mediante procedimientos técnicos escuchare manifestaciones privadas que no le estén dirigidas." (Art. 198 del C.P.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

grabaciones, despachos telegráficos, telefónicos, cablegráficos o de otra naturaleza que hubieren sido distraídos o reproducidos".

Este último artículo podría cubrir dentro de la esfera típica aquellas conductas de sustracción de datos y uso indebido de los mismos, la redacción del artículo: "o de otra naturaleza" abre el tipo y por ahí podrían filtrarse en la interpretación judicial, entonces, registros magnéticos, diskettes, discos duros, discos compactos, casetes de almacenamiento masivo, etc.

El delito de violación de secretos[82] parece centrar en su ámbito de cobertura en la acción de los profesionales que por razón de su cargo sepan de aspectos de la vida privada de las personas y los divulguen. Sin embargo, si no concurren las condiciones exigidas en el tipo (de hecho muy limitadas) no podría aplicarse para la protección de la libertad informática, salvo de una manera residual a través del tipo de injurias (en la doctrina española se considera la posibilidad el delito de coacciones en algunos supuestos).

En las dos contravenciones previstas, interesa a este estudio particularmente el artículo 377 del C.P.: "Se impondrá de tres a treinta días multa a quien: 1) Por cualquier medio divulgare hechos relativos a la vida privada de una persona o de una familia, que sin ser calumniosos o injuriosos puedan causar perjuicio, molestia o mortificación a dicha persona o familia".

Esta contravención podría permitir una protección a la intimidad en el caso de manipulación de datos personales, por cualquier medio (incluyendo el informático). No obstante, la alta sofisticación necesaria para recabar la prueba, la experiencia y la pericia necesaria en el juzgador, y los inusuales talentos para la valoración de los hechos, hace que esta comprobación no se pueda hacer en sede de Alcaldías de Faltas y Contravenciones en el ambiente costarricense.

La contravención descrita, así como casi todo el Libro III del Código Penal costarricense, tiene la característica de ser una legislación penal inusualmente abierta, en muchos casos en blanco, que pone en problemas al juzgador al tener que aplicar la ley en abierta contradicción, muchas veces, con el principio de legalidad criminal.

A pesar de ser un buen ejemplo de la tradición jurídico-penal continental europea, la protección de la "privacy" en el Derecho Penal costarricense está muy lejos de ser una realidad y se hace imperativo la introducción de legislación penal especial, que junto con una reforma constitucional (para clarificar conceptos y límites) permita resguardar los antes dichos bienes jurídicos.

Libertad informática y ficheros policiales en Costa Rica.

Una de las funciones sui géneris que ha asumido la policía costarricense es la de llevar contabilidad y archivo de las personas y de las conductas delictuosas por las que son aprehendidas. Dicha función no tendría relevancia para un estudio como el presente si no saltara a la vista un hecho preciso: las sospechas y las contravenciones son susceptibles de hacer ingresar a una persona en dicho archivo.

Basta una primera contravención, como la vagancia o el irrespeto a la autoridad, para que a la persona se le fotografíe y se le tomen sus huellas dactilares.[83]

El Archivo Criminal del Organismo de Investigación Judicial, bajo la autoridad de un director, se encarga de llevar un registro de los posibles autores de delitos, que serían puestos a la orden de la autoridad judicial. La contabilidad de los diversos registros, así como de las personas se lleva por medio de tarjeteros y de expedientes.

Los tarjeteros incluyen la información básica tal como: huellas, datos personales de identificación. Los expedientes contienen información mucho más detallada. Ambos sistemas solo son consultados por el personal adscrito a esta oficina y son confidenciales.

Los tarjeteros de contravenciones son quizá los más interesantes de todos los documentos que se contienen en dicho archivo; y son interesantes no solo por el hecho de contener lo que en buena doctrina se llamaría un archivo de contraventores,

---

82. "Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revele sin justa causa." (Art. 203 del C.P.).

83. En este mismo sentido, MADRID CONESA, advierte sobre este atentado a la intimidad de los ciudadanos de la siguiente manera: "...en este apartado ha de hacerse referencia a los ficheros de policía en los que se encuentran millones de ciudadanos 'sospechosos', es decir ciudadanos respecto a los cuales no ha podido probarse su participación en la comisión de un delito, y que, sin embargo, son tomados en cuenta continuamente para la investigación de sucesivos delitos, lo cual supone también un atentado, sin base de ningún tipo, a la intimidad de los ciudadanos." MADRID CONESA, *op. cit.*, p. 32.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sino por ser este el primer bastión de la lucha del Estado por el control de cierto tipo de conductas que han demostrado más volumen de incidencia que los mismos delitos. Este bastión frontal en la lucha por el control de las conductas ilícitas nos hace razonar una vez más en el Estado de Derecho y en los fundamentos más básicos del Derecho Penal. La razón la hemos expresado en secciones anteriores atrás; pero sirva la redundancia para motivar la reflexión sobre estos problemas.

Si el policía lo consulta en los momentos en que se realizan "redadas" u "operativos policiales" (como prefiere llamárselos actualmente), estaremos en presencia del fenómeno de que las áreas que aún no han sido llenadas con injusto penal se están llenando con control formal e informal del Estado. Los controles formales son evidentes en todo esto y la estigmatización de los sujetos que acceden al sistema de justicia penal por medio de contravenciones son el ejemplo más palpable de la veracidad de estas afirmaciones.

Son alrededor de sesenta y ocho mil fichas las que se contienen en este archivo y es muy probable que la mayoría sean de sujetos sospechosos y de contraventores. Esto es fácil asumirlo si se piensa que gran parte de los sujetos que fueron estudiados como contraventores tienen un historial "criminal" que comenzó por una detención posterior a definir, que al final resultó ser un irrespeto a la autoridad o una figura de vagancia; y que a partir de continuas entradas al sistema, empezó a hacerlo por conductas como robo, hurto, lesiones, agresión, daños,etc. Esto último no quiere indicar por sí solo que se estén construyendo carreras delictivas por medio de conductas contravencionales sino más bien que hay una correlación muy evidente entre la actuación de los cuerpos policíacos de control y los sujetos que posteriormente acceden al sistema de justicia penal.

No quiere decir esto tampoco que la labor de la policía se adelante a lo que posteriormente serán delincuentes habituales o reincidentes; sino más bien que los contraventores reincidentes están sufriendo un tratamiento especial , evidentemente criminalizante y con consecuencias muy directas sobre las actuales políticas internas de manejo de casos en los cuerpos policiales.

El Archivo Criminal viene a ser considerado como una luz roja de alerta de un fenómeno que a nadie interesa, y que se considera sin importancia pero que puede estar dotado ya de toda una ideología bien consistente encaminada hacia una evitación de medios más benignos de persecución de conductas negadoras de los valores sociales considerados fundamentales.

Creemos que los ciudadanos costarricenses deberían plantearse la necesidad de luchar contra estos archivos policiales, que no tienen ningún control por parte ni de los ciudadanos ni de una Comisión de Protección de Datos y Libertades. Dicho fichero es una afrenta directa a los derechos y libertades de los ciudadanos, los cuales, en la mayoría de los casos, ni se dan cuenta del control que se ejerce sobre ellos y no pondrán resistencia a los manejos que se hagan de dichos ficheros, aun cuando pueda representar para ellos detenciones continuas y abusivas.

* * *

Revista Judicial, Costa Rica. Año XVI, Nº 53, marzo 1991

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL SIDA Y LA PRISIÓN

Psic. ANDRÉS UMAÑA DI PALMA*

SUMARIO

Pág.

El problema 176
Objetivos 177
Plan de investigación 177

Marco teórico 178
1. SIDA - Sociedad - Prisión 178
2. El SIDA como epidemia 180
3. Estado actual de la enfermedad 181
4. Medidas preventivas 181
Resultados 182

Análisis de los resultados 189
1. Los síntomas 189
2. Población de riesgo 189
3. El SIDA y su transmisión 190
4. El SIDA y el trabajo en prisión 190

Conclusión 193

Bibliografía 194

* *Psicólogo, Departamento de Investigación y Estadística, Dirección General de Adaptación Social.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL PROBLEMA

Al 30 de setiembre de 1988, 142 países habían notificado 124.959 casos de SIDA a la Organización Mundial de la Salud (Programa Global sobre el SIDA). Esta cifra, que según los entendidos representa una tercera parte del total de casos, se distribuye por continente de la siguiente forma:

América	89.834	casos
África	19.141	casos
Europa	14.623	casos
Oceanía	1.083	casos
Asia	278	casos

Del total de casos notificados en el continente americano la mayoría pertenecen a los Estados Unidos con 76.893 casos (85% de casos en la región). El istmo centroamericano notificó, en el periodo mencionado, un total de 428 casos, de los cuales 79 pertenencían a Costa Rica.

Menos de un año después: julio 1989, la OMS, en su boletín epidemiológico informó de las siguientes cifras:

América	116.524	casos
África	30.244	casos
Europa	23.459	casos
Oceanía	1.510	casos
Asia	406	casos

Los Estados Unidos sigue a la cabeza de los países americanos con 98.255 casos (84%). En el istmo centroamericano se reportaron 561 casos de los cuales 106 corresponden a nuestro país.

En el área centroamericana, Costa Rica sólo es superada por Honduras respecto de la cantidad de casos notificados.

El índice de crecimiento, en todas las regiones y países es alarmante y se encuadra en el modelo de crecimiento propio de una enfermedad infecto-contagiosa no controlada, con justa razón se considera que el SIDA "conlleva el potencial de convertirse en la mayor tragedia natural de la historia de la humanidad".[1]

El mundo pues, además de sus endémicas enfermedades, riqueza, pobreza, guerras, contaminación, drogas, etc., padece una mortal e incurable infección que amenaza la supervivencia de la especie. La sociedad costarricense, por extensión, está inmersa en el problema a un grado no del todo bien determinado, pero que alcanza niveles alarmantes que han obligado a las autoridades correspondientes a tomar medidas para enfrentar el flagelo. Las prisiones, como instituciones sociales, no sólo están expuestas al igual que el resto del total de conglomerados institucionales del país, sino que, dadas sus particulares características, se consideran "instituciones de alto riesgo de contagio". Si a las características propias de la prisión se le añaden el hacinamiento, la falta de higiene, deficiencias estructurales en el diseño (utilización de modelos celulares arcaicos) y la cantidad (déficit en instalaciones) de los establecimientos penitenciarios, recursos humanos limitados y escasos recursos económicos, entonces el problema se agrava a niveles que pueden llegar a ser prácticamente insostenibles o incontrolables. A estas condiciones hay que añadir las consecuencias de lo que se ha denominado la "Tercera Epidemia", creada por el temor, racional e irracional, que ha generado el SIDA. El temor provocado por el carácter contagioso del SIDA ha conducido a actos de intolerancia, discriminación, crueldad e incluso espíritu destructivo. Las personas afectadas por el SIDA han sido anatematizadas, como si hubieran escogido contraer la enfermedad.

Grupos enteros, en particular los homosexuales, bisexuales y drogadictos por vía intravenosa han sido vilipendiados, considerados como mercancía abandonada a los estragos del contagio. A juzgar por la reacción pública, muchas personas parecen creer que estos infelices deberían ser borrados de la faz de la tierra, en justo pago a su conducta desviada tanto social como moralmente.[2]

Ante tales circunstancias surgen gran cantidad de interrogantes, tales como:

¿Es posible la aplicación de medidas tendientes a evitar la contaminación del SIDA en prisión?

¿Cuáles son las medidas más adecuadas a la realidad del Sistema Penitenciario?

¿Qué actitudes acerca del SIDA en prisión manifiestan los funcionarios?

¿Cuál es la capacidad del Sistema Penitenciario para enfrentar el flagelo a corto y mediano plazo?

¿Es necesario cambiar comportamientos específicos en la población penal y en los funcionarios? de ser así, ¿cuáles y cómo?

¿Qué recursos y aspectos organizativos se necesitan para lograr el control del SIDA en prisión?

¿Cuáles son las implicaciones de orden legal que acarrea el SIDA en prisión?

¿Cuáles son los servicios y productos disponibles actualmente para enfrentar la enfermedad en los establecimientos penitenciarios?

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Estas son algunas de las cuestiones que se tratarán de dilucidar a través de la investigación aplicada.

OBJETIVOS.

1. Conocer las actitudes acerca del SIDA en los funcionarios técnicos del Sistema Penitenciario.
2. Evaluar el grado de información general en torno al SIDA por parte de los funcionarios técnicos.
3. Aportar directrices en la programación de actividades tendientes a detectar y prevenir el contagio del SIDA en los establecimientos penitenciarios.
4. Determinar el nivel actual de actividades en los programas contra el SIDA en prisión.
5. Evaluar la capacidad del Sistema para enfrentar la epidemia.
6. Estimar las consecuencias en el campo financiero que pueda acarrear el SIDA en prisión.

PLAN DE INVESTIGACIÓN.

El estudio consta de dos partes: A. Análisis documental y B. Estudio de campo.

El primero resulta obligatorio para estimar la magnitud y vislumbrar las características principales de la pandemia SIDA; como su nombre lo indica, el fenómeno tiene carácter universal, el marco de referencia por lo tanto debe tener generalidad universal. Esta parte del estudio puede ser considerada como marco de referencia general, cuyo papel es indispensable porque aporta referentes teóricos para contrastar las mediciones obtenidas en la práctica.

Esta actividad consiste en el estudio de documentos actuales acerca del SIDA en el mundo, en el continente americano, en Costa Rica y en las prisiones o sistemas penitenciarios, como último nivel de abstracción.

Para llevar a cabo la encuesta de opinión dirigida a los funcionarios técnicos, se diseñó una entrevista estructurada escrita, mediante la utilización de un cuestionario como instrumento de obtención de los datos. La construcción del cuestionario requirió de un estudio documental y el aporte de conocimientos por parte de los miembros de la Comisión del SIDA del Sistema Penitenciario, que fueron consultados al efecto. El Dr. Luis E. Mejía, director de dicha Comisión revisó y aprobó el cuestionario definitivo, que sería enviado a cada uno de los componentes de la muestra, por medio del correo interno de la institución, con las instrucciones correspondientes a su ejecución y posterior devolución. Se eligió esta técnica por varios motivos: su bajo costo, facilidad de distribución, el carácter íntimo de la entrevista y la ausencia de compromiso personal (basado en la garantía del anonimato); estos últimos tienden a aumentar la fiabilidad de las respuestas en un tema que de suyo, está sujeto a discusión, acerca del cual circulan toda especie de versiones y que constituye un tema tabú por referirse al comportamiento sexual en gran medida.

La población del estudio está constituida por el personal técnico que presta sus servicios en los diversos establecimientos penales del Sistema Penitenciario; se incluye a los funcionarios de todas las ramas de especialidad técnica a saber: Criminología, Psicología, Derecho, Trabajo Social y Educación. El tamaño de la población era, a la fecha del estudio, de 262 funcionarios. Se escogió personal técnico por dos razones; en primer lugar, aunque el contacto que tienen con los internos no es tan estrecho como el del personal de seguridad, es mucho mayor que el del personal administrativo y en segundo lugar porque, en general, su nivel de información es más adecuado.

Dadas las características de la población, a saber: representación de varias ramas de especialidad y distribución en muchos centros penales, distintos entre sí, el mecanismo estadístico más adecuado para elegir consiste en lo que se llama "muestra al azar sistemática proporcional", basada en una lista del personal segregada según ramas de especialidad y centros de trabajo. La proporcionalidad se exige por cuanto la distribución del personal del Sistema por especialidad, dista mucho de ser semejante, por el contrario, es muy diversa, por ejemplo, muchos trabajadores sociales, pocos psicólogos o, muchos orientadores pocos abogados, esto obliga a utilizar cuotas proporcionales. En la muestra de funcionarios y establecimientos; en lo que respecta a la gran diversidad de éstos, se observan centros tan disímiles como San Sebastián y San Lucas, unidades de admisión y centros de confianza, centro de menores y mujeres.

El tamaño de la muestra con intervalos de confianza de 98% resultó de 48 individuos, sin embargo, dado que experiencias anteriores han demostrado que el porcentaje de devolución de cuestionarios enviados por correo no sobrepasa casi nunca, el 60%, se decidió exagerar la muestra y enviar un total de 110 cuestionarios. Ello fue posible dado que el conglomerado de funcionarios técnicos es pequeño. Al momento de recuperar los cuestionarios se hizo énfasis en los establecimientos que cuentan con pocos funcionarios técnicos.

El cuestionario consta de 35 cuestiones agrupadas en 6 categorías analíticas, a saber:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Conocimiento general;
2. Relación y contacto con los internos;
3. Instalaciones y servicios específicos;
4. Implicaciones legales y sociales;
5. Aspectos Preventivos y;
6. Observaciones y recomendaciones.

Las categorías no aparecen como tales en el instrumento, sino que están implícitas en el conjunto de las preguntas. Los resultados se presentan siguiendo el orden lógico de estas categorías y no el orden de las preguntas del instrumento; el análisis de los resultados también sigue este camino.

MARCO TEÓRICO

1. SIDA - Sociedad - Prisión.

El SIDA, como fenómeno epidemiológico es relativamente nuevo, sin embargo, no es la primera ni será la última pandemia que habrá de enfrentar la humanidad.

Antiguamente, las leyes que regían a las ciudades durante las épocas en que se declaraba alguna enfermedad contagiosa (peste bubónica, lepra, peste negra) sirvieron de base para delinear la estructura disciplinaria de las modernas prisiones. A fin de demostrar la estrecha relación sociedad-prisión, se ha considerado ilustrativo transcribir el siguiente pasaje tomado de M. Foucault, en su profundo y ya clásico tratado "Vigilar y Castigar":

"He aquí, según un reglamento de fines del siglo XVIII, las medidas que había que adoptar cuando se declaraba la peste en una ciudad.[1]

En primer lugar, una estricta división especial: cierre, naturalmente, de la ciudad y del 'terruño', prohibición de salir de la zona bajo pena de la vida, sacrificio de todos los animales errantes; división de la ciudad en secciones distintas en las que se establece el poder de un intendente.

Cada calle queda bajo la autoridad de un síndico, que la vigila; si la abandonara, sería castigado con la muerte. El día designado, se ordena a cada cual que se encierre en su casa, con la prohibición de salir de ella so pena de la vida. El síndico cierra en persona, por el exterior, la puerta de cada casa, y se lleva la llave, que entrega al intendente de sección; éste la conserva hasta el término de la cuarentena. Cada familia habrá hecho sus provisiones pero por lo que respecta al vino y al pan, se habrá dispuesto entre la calle y el interior de las casas unos pequeños canales de madera, por los cuales se hace llegar a cada cual su ración, sin que haya comunicación entre los proveedores y los habitantes; en cuanto a la carne, el pescado y las hierbas, se utilizan poleas y cestas. Cuando es preciso en absoluto salir de las casas, se hace por turno, y evitando todo encuentro. No circulan por las calles más que los intendentes, los síndicos, los soldados de la guardia, y también entre las casas infectadas, de un cadáver a otro, los 'cuervos', que es indiferente abandonar a la muerte. Son éstos 'gentes' de poca monta, que transportan a los enfermos, entierran a los muertos, limpian y hacen muchos oficios viles y abyectos." Espacio recortado, inmóvil, petrificado. Cada cual está pegado a su puesto. Y si se mueve, le va en ello la vida, contagio o castigo.

La inspección funciona sin cesar. La mirada está por doquier en movimiento: "Un cuerpo de milicia considerable, mandado por buenos oficiales y gentes de bien", cuerpos de guardia en las puertas, en el ayuntamiento y en todas las secciones para que la obediencia del pueblo sea más rápida y la autoridad de los magistrados más absoluta, "así como para vigilar todos los desórdenes, latrocinios y saqueos". En las puertas, puestos de vigilancia; al extremo de cada calle, centinelas. Todos los días, el intendente recorre la sección que tiene a su cargo, se entera de si los síndicos cumplen su misión, si los vecinos, tienen de qué quejarse; "vigilar sus actos". Todos los días también, pasa el síndico por la calle de que es responsable; se detiene delante de cada casa; hace que se asomen todos los vecinos a las ventanas (los que viven del lado del patio tienen asignada una ventana que da a la calle a la que ningún otro puede asomarse); llama a cada cual por su nombre, se informa del estado de todos, uno por uno, "en lo cual los vecinos estarán obligados a decir la verdad bajo pena de la vida"; si alguno no se presenta en la ventana, el síndico debe preguntar el motivo; "así descubrirá fácilmente si se ocultan muertos o enfermos". Cada cual encerrado en su jaula, cada cual asomándose a su ventana, respondiendo al ser nombrado y mostrándose cuando se le llama, es la gran revista de los vivos y de los muertos.

Esta vigilancia se apoya en un sistema de registro permanente, informes de los síndicos a los intendentes, de los intendentes a los regidores o al alcalde. Al comienzo del "encierro", se establece, uno por

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

uno, el papel de todos los vecinos presentes en la ciudad; se consigna "el nombre, la edad, el sexo, sin excepción de condición"; un ejemplar para el intendente de la sección, otro para la oficina del ayuntamiento, otro más para que el síndico pueda pasar la lista diaria. De todo lo que se advierte en el curso de las visitas —muertes, enfermedades, reclamaciones, irregularidades— se toma nota, que se trasmite a los intendentes y a los magistrados, éstos tienen autoridad sobre los cuidados médicos; han designado un médico responsable, y ningún otro puede atender enfermos, ningún boticario preparar medicamentos, ningún confesor visitar a un enfermo, sin haber recibido de él un billete escrito "para impedir que se oculte y trate, a escondidas de los magistrados, a enfermos contagiosos". El registro de lo patológico debe ser constante y centralizado. La relación de cada cual con su enfermedad y su muerte pasa por las instancias del poder, el registro a que éstas la someten y las decisiones que toman.

Cinco o seis días después del comienzo de la cuarentena, se procede a la purificación de las casas, una por una. Se hace salir a todos los habitantes; en cada aposento se levantan o suspenden "los muebles y los objetos"; se esparce perfume, que se hace arder, tras de haber tapado cuidadosamente las ventanas o suspenden "los muebles y los objetos"; se esparce perfume, que se hace arder, tras de haber tapado cuidadosamente las ventanas, las puertas y hasta los agujeros de las cerraduras, llenándose con cera. Por último, se cierra la casa entera mientras se consume el perfume; como a la entrada, se registra a los perfumistas, "en presencia de los vecinos de la casa, para ver si al salir llevan sobre sí alguna cosa que no tuvieran al entrar". Cuatro horas después, los habitantes de la casa pueden volver a ocuparla.

Este espacio cerrado, recortado, vigilado, en todos sus puntos, en el que los individuos están insertos en un lugar fijo, en el que los menores movimientos se hallan controlados, en el que todos los acontecimientos registrados están, en el que un trabajo ininterrumpido de escritura une el centro y la periferia, en el que el poder se ejerce por entero, de acuerdo con una figura jerárquica continua, en el que cada individuo está constantemente localizado, examinado y distribuido entre los vivos, los enfermos y los muertos todo constituye un modelo compacto del dispositivo disciplinario. A la peste responde el orden; tiene por función desenredar todas las confusiones; la de la enfermedad que se transmite cuando los cuerpos se mezclan; la del mal que se multiplica cuando el miedo y la muerte borran los interdictos.

Prescribe a cada cual su enfermedad y su muerte, a cada cual su bien, por el efecto de un poder omnipresente y omnisciente que se subdivide él mismo de manera regular e ininterrumpida hasta la determinación final del individuo, de lo que caracteriza, de lo que le pertenece, de lo que le ocurre. Contra la peste que es mezcla, la disciplina hace valer su poder que es análisis. Ha habido en torno de la peste toda una ficción literaria de la fiesta: las leyes suspendidas, los interdictos levantados, el frenesí del tiempo que pasa, los cuerpos mezclándose sin respeto, los individuos que se desenmascaran, que abandonan su identidad estatuaria y la figura bajo la cual se les reconocía, dejando aparecer una verdad totalmente distinta. Pero ha habido también un sueño político de la peste, que era exactamente lo inverso: no la fiesta colectiva, sino las particiones estrictas; no las leyes trasgredidas, sino la penetración del reglamento hasta los más finos detalles de la existencia y por intermedio de una jerarquía completa que garantiza el funcionamiento capilar del poder; no las máscaras que se ponen y se quitan, sino la asignación a cada cual de su "verdadero" nombre, de su "verdadero" lugar, de su "verdadero" cuerpo y de la "verdadera" enfermedad. La peste como forma a la vez real e imaginaria del desorden tiene por correlato médico y político la disciplina.

Por detrás de los dispositivos disciplinarios, se lee la obsesión de los "contagios", de la peste, de las revueltas, de los crímenes, de la vagancia, de las deserciones, de los individuos que aparecen y desaparecen, viven y mueren en el desorden.

Si bien es cierto que la lepra ha suscitado rituales de exclusión que dieron hasta cierto punto el modelo y como la forma general del gran encierro, la peste ha suscitado esquemas disciplinarios.

Más que la división masiva y binaria entre los unos y los otros, apela a separaciones múltiples, a distribuciones individualizantes, a una organización en profundidad de las vigilancias y de los controles, a una intensificación y a una ramificación del poder. El leproso está prendido en una práctica del rechazo, del exilio-clausura; se le deja perderse allí como en una masa que importa poco diferenciar; los apestados están prendidos en un reticulado táctico meticuloso en el que las diferenciaciones individuales son los efectos coactivos de un poder que se multiplica, se articula y se subdivide. El gran encierro de una parte; el buen encauzamiento de la conducta de otra. La lepra y su división; la peste y su reticulado. La una está marcada; la otra, analizada y repartida. El exilio del leproso y la detención de la peste no llevan consigo el mismo sueño político.

El uno es el de una comunidad pura, el otro el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de una sociedad disciplinada. Dos maneras de ejercer el poder sobre los hombres, de controlar sus relaciones, de desenlazar sus peligrosos contubernios. La ciudad apestada, toda ella atravesada de jerarquía, de vigilancia, de inspección, de escritura, la ciudad inmovilizada en el funcionamiento de un poder extensivo que se ejerce de manera distinta sobre todos los cuerpos individuales, es la utopía de la ciudad perfectamente gobernada. La peste (al menos la que se mantiene en estado de previsión), es la prueba en el curso de la cual se puede definir idealmente el ejercicio del poder disciplinario. Para hacer funcionar de acuerdo con la teoría pura los derechos y las leyes, los juristas se imaginaban en el estado de naturaleza; para ver funcionar las disciplinas perfectas, los gobernantes soñaban con el estado de peste. En el fondo de los esquemas disciplinarios la imagen de la peste vale por todas las confusiones y los desórdenes; del mismo modo que la imagen de la lepra, del contacto que cortar, se halla en el fondo de los esquemas de exclusión.

Esquemas diferentes, pues, pero no incompatibles. Lentamente, se les ve aproximarse; y corresponde al siglo XIX haber aplicado al espacio de la exclusión cuyo habitante simbólico era el leproso (y los mendigos, los vagabundos, los locos, los violentos, formaban su población real) la técnica de poder propia del reticulado disciplinario.

Tratar a los "leprosos" como a "apestados", proyectar los desgloses finos de la disciplina sobre el espacio confuso del internamiento, trabajarlo con los métodos de distribución analítica del poder, individualizar a los excluidos, pero servirse de los procedimientos de individualización para marcar exclusiones, esto es lo que ha sido llevado a cabo regularmente por el poder disciplinario desde los comienzos del siglo XIX: el asilo psiquiátrico, la penitenciaría, el correccional, el establecimiento de educación vigilada, y por una parte los hospitales, de manera general todas las instancias de control individual, funcionan de doble modo; el de la división binaria y la marcación (loco-loco, peligroso-inofensivo, normal-anormal); y el de la asignación coercitiva, de la distribución diferencial (quién es, dónde debe estar; por qué caracterizarlo, cómo reconocerlo, cómo ejercer sobre él, de manera individual, una vigilancia constante, etc.). De un lado, se "apesta" a los leprosos; se impone a los excluidos la táctica de las disciplinas individualizantes y de otra parte, la universalidad de los controles disciplinarios permite marcar quién es "leproso" y hacer jugar contra él los mecanismos dualistas de la exclusión. La división constante de lo normal y de lo anormal, a que todo individuo está sometido, prolonga hasta nosotros y aplicándolos a otros objetos distintos, la marcación binaria y el exilio del leproso; la existencia de todo un conjunto de técnicas y de instituciones que se atribuyen como tarea medir, controlar y corregir a los anormales, hace funcionar los dispositivos disciplinarios a que apelaba el miedo de la peste. Todos los mecanismos de poder que, todavía en la actualidad, se disponen en torno de lo anormal, para marcarlo, como para modificarlo, componen estas dos formas, de las que derivan de lejos.

2. El SIDA como epidemia.

"Las primeras pruebas de infección en un ser humano se hallaron en el suero recogido en África Central en 1959.[1] Tanto los elevados índices de contaminación, así como la prevalencia de la infección en individuos de ambos sexos, que se observa en esta región del mundo, indican casi sin lugar a dudas que la génesis de la enfermedad tuvo lugar en el continente africano y de allí se fue diseminando hacia otros lugares, hasta que a mediados de la década del setenta empezaron a aparecer pruebas serológicas del virus en los Estados Unidos y Europa. A partir de ese momento se comienza a observar un aumento considerable en la prevalencia de la infección por el VIH en los poblaciones de riesgo. Es probable que el virus estuviera presente en alguna población humana aislada, por muchas generaciones, quizá siglos. Esta aseveración se basa tanto en las características geográficas y demográficas de la región (baja concentración en extensos territorios), así como en los largos periodos de la incubación del virus. Se estima que la mediana del tiempo que transcurre entre el momento de la infección y la manifestación de la enfermedad puede ser de 14 años[2], Masters y Johnson citan un caso de contagio del virus en un adolescente de St. Louis (USA) en 1969, 'esto demuestra', dicen, la posibilidad que el virus de SIDA haya aparecido de manera esporádica en Estados Unidos varias veces antes de originar una epidemia."

"Debido a su rareza y a que tal enfermedad no estaba reconocida oficialmente, los primeros casos de infecciones extrañas y cánceres no identificados, resultantes de la eliminación del sistema inmunológico por el virus del SIDA, no se calificaron como tales, y solo constaron después de la proliferación de casos en Estados Unidos. . . Se reconoció oficialmente como enfermedad 'nueva' en 1981." [3] A esto hay que añadir otro factor:

La tecnología para identificar a los retrovirus humanos se remonta apenas a finales de los años setenta.[4]

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Una última consideración: el primer apellido del virus del SIDA, es en latín, LENTI, (lentivirus), que quiere decir lento*, precisamente porque es su principal característica.

En síntesis, si una infección tropical lenta (mediana la incubación 14 años) en una región muy extensa, poco poblada y con medios muy limitados de comunicación interna, fue detectada hace ya 30 años, es probable que al momento de ser detectada ya constituía una epidemia local y por lo tanto, una enfermedad antigua. Esto es importante porque podría explicar la rápida diseminación que se produjo en el Hemisferio Occidental (sobre todo Europa-USA). Junto con el desarrollo de los medios de comunicación, esto es: cuando la región central de África fue accesible a la clase media de los países ricos (década 60-70), no sólo se enfrentan contra los leones y elefantes, sino que, sin saberlo, se enfrentaron también con una epidemia silenciosa e inexorablemente mortal que deja como consecuencia lo que hoy se denomina con el triste nombre de pandemia, precisamente por su carácter universal y cuya situación es la siguiente:

3. Estado actual de la enfermedad.

"En 1986, un congresista de la Organización Mundial de la Salud estimó que en una base global existían 100.000 casos de SIDA, entre 300.000 y 500.000 personas con síntomas de contagio y entre 5 y 10 millones de portadores del virus sin síntomas aparentes, muchos de los cuales, a lo largo desarrollarían la enfermedad."

"Creemos que estas cifras están por debajo de las reales." [5]

"La primera epidemia que se inició en los años setenta y aún persiste, es la pandemia silente de infecciones por el VIH. En 1988, se calcula que hay entre 5 y 10 millones de personas infectadas por el virus en todo el mundo, siendo inevitable la ulterior propagación del VIH." [6]

No hay acuerdo en cuanto a la magnitud de la epidemia. Los casos notificados a nivel mundial, el 30 de setiembre de 1988, eran 124.959.[7] "Creemos que a finales de 1991, el número de casos reales de SIDA en América alcanzará los 500.000".[8] "En 1991, es posible que lleguen a estar infectados por el VIH hasta 100 millones de personas. . . Para aquella fecha no habrá vacuna disponible para uso generalizado. Por cada caso de SIDA puede que haya hasta 100 personas infectadas por el VIH".

"Aun considerando que esas proyecciones son provisionales y se han publicado con mucha cautela, las cifras previstas siguen siendo asombrosas. No queda lugar a dudas que la epidemia de la infección por el VIH y los retrovirus relacionados constituyen un problema de salud internacional con un alcance extraordinario que exige respuestas mundiales urgentes y sin precedentes." [9]

En Costa Rica, de 1984 al momento actual (octubre 1989) se han registrado 130 casos de SIDA, lo que indica que, al menos, existen 13.000 portadores asintomáticos de la enfermedad. En el Sistema Penitenciario se sabe de un caso de muerte por el SIDA y se han identificado algunos casos de seropositividad (por lo menos 10 casos), aunque no se sabe a ciencia cierta la prevalencia exacta (ni siquiera aproximada) por cuanto el Sistema no cuenta con el mecanismo necesario para la identificación de los miles de ingresos que se producen anualmente.

A pesar de la poca información se puede asumir que el estado actual de la enfermedad en el país alcanzará pronto niveles alarmantes; recuérdese que Costa Rica es el segundo país del istmo centroamericano en lo que refiere al nivel de prevalencia.

Ante la gravedad de la infección sólo queda la alternativa de aplicar las medidas preventivas recomendadas al efecto, entre las cuales deben considerarse las siguientes:

4. Medidas preventivas.

La cumbre mundial de ministros de salud sobre programas de prevención del SIDA, entre sus principales conclusiones señaló que, "a falta de una vacuna o tratamiento contra el SIDA, el componente aislado más importante de los programas nacionales sobre el SIDA es la información y la educación".[10]

"Los programas de prevención del SIDA requieren información básica sobre siete campos como mínimo:

1. La epidemiología local del SIDA
2. La idea que el público tiene del SIDA
3. Los comportamientos de alto riesgo
4. Los recursos institucionales y comunitarios
5. La disponibilidad de servicios y productos

---

* El virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) es miembro de la familia *retrovirus*, ésta se divide en tres subfamilias: *oncovirus*, *espumovirus* y *lentivirus*, a la que pertenece el popular VIH.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6. Los medios de comunicación
7. Los obstáculos e impedimentos previstos."[11]

En algunos de ellos se aísla a los presos seropositivos, aunque esta práctica no ofrece completa seguridad, dado que los sujetos recién infectados son seronegativos durante algún tiempo. "La cuarentena de las personas con SIDA, tampoco es una medida eficaz. Cuando a una persona se le diagnostica el SIDA, ya está muy enferma y no es probable que como resultado, de su conducta la infección continúe propagándose, por lo que la cuarentena, desde el punto de vista de la salud pública no tiene sentido. Constituye una medida ordinaria, un ejercicio inapropiado del poder policial del Estado y una restricción infundada de la libertad, que no se justifica por la necesidad de proteger a la sociedad".[12]

La medida de realizar un examen obligatorio para la detección del virus en las personas es la más inapropiada ya que las pruebas disponibles no detectan realmente el SIDA sino que "evalúan la respuesta inmunitaria mediante la detección de la presencia de ciertos anticuerpos en la sangre. Por consiguiente, existe un intervalo de duración incierta durante el cual la persona examinada puede hallarse infectada y en condiciones de propagar la enfermedad".[13]

Por si esto fuera poco un resultado seronegativo no significa necesariamente seronegatividad.

Un problema adicional en cualquier programa de detección del SIDA por la sangre o tejidos, está constituido por dos cuestiones éticas relacionadas con los derechos humanos, éstas son, el consentimiento con conocimiento de causa y la confidencialidad. El primero se refiere al derecho que tienen todas las personas de decidir sobre su cuerpo y por tanto de rehusar el examen. La confidencialidad, constituye una premisa en la relación médico-paciente, pero su importancia radica realmente en los temores, discriminación y estigmas que acarrea la publicidad.

El grupo de consulta de la OMS sobre el SIDA en las prisiones considera que "no es recomendable someter a los reclusos a la detección obligatoria de la infección por el VIH".[14]

Así pues, el camino correcto para prevenir el SIDA consiste en mejorar la calidad de la información atinente y sobre todo, la educación, "no cabe la menor duda de que una campaña educativa de carácter intensivo debe ser el elemento esencial de cualquier esfuerzo para controlar la propagación del contagio VIH. Dicha campaña solo será efectiva si se hace algo más que difundir los hechos: a menos que la educación dé como resultado cambios concretos de conducta sexual. Para que se lleven a cabo este tipo de cambios, la educación tiene que motivar además de informar".[15]

Para que los esfuerzos preventivos tengan alguna probabilidad de éxito es preciso poner en marcha una serie de mecanismos, según manifiestan los investigadores Masters y Johnson, estos mecanismos son:

1. Crear planes de estudios intensivos del SIDA para su empleo en las aulas.

2. Llevar a cabo programas específicos para cada uno de los grupos de alto riesgo.

3. Debe realizarse lo antes posible una campaña en todo el país, que informe de las normas de comportamiento responsable.

4. Todas las facultades universitarias deberían proporcionar a los estudiantes servicios de información y consulta.

5. Para coordinar e implantar la educación conjunta debería crearse una oficina especial en el Departamento de Salud Pública.

"Desde nuestro punto de vista, si la educación no va acompañada de programas de control, centros de asesoramiento e investigación científica el objetivo de la prevención no se conseguirá en este siglo."[16]

Finalmente, hay que considerar los problemas que tienden a agravar el contagio del SIDA en nuestras prisiones: el hacinamiento, falta de higiene y la homosexualidad, aspectos cuya solución corresponde básicamente, a las autoridades responsables de la Administración del Sistema Penitenciario.

RESULTADOS.

El índice de recuperación de cuestionarios fue de 56%, bastante elevado si se compara con experiencias previas en la utilización de la técnica por correo. Ello indica un elevado índice de cooperación por parte de los funcionarios técnicos. El total de cuestionarios que fueron recibidos ascendió a 62 fórmulas. El tamaño calculado de la muestra se incrementó en un 63% (24 componentes de más).

A continuación se presentan los resultados de acuerdo con el orden lógico de las categorías analíticas:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CATEGORÍA Nº 1
Conocimiento general

1. Pregunta Nº 8: ¿Conoce usted algunos síntomas que se consideran "sospechosos" del padecimiento del SIDA?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No conoce	25	40
Sí conoce	37	60

Los que respondieron que sí conocen especificaron los siguientes "síntomas sospechosos".

Pérdida de peso	29	menciones
Fiebre	23	menciones
Diarrea	14	menciones
Sistema inmunológico deficiente	10	menciones
Inflamación ganglios linfáticos	4	menciones
Infecciones en la piel	4	menciones
Anemia	3	menciones
Sangrado en la piel	3	menciones
Fatiga	2	menciones
Dolor de cabeza	2	menciones
Mareos, vómitos	2	menciones
Palidez	2	menciones
Desmayos	2	menciones

2. Pregunta Nº 11: Hay poblaciones llamadas de Alto y Bajo riesgo. ¿En cuál de ellas ubicaría usted a las personas que guardan prisión?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Bajo riesgo	3	5
Alto riesgo	59	95

3. Pregunta Nº 12: ¿Dentro de la población penitenciaria cree usted que existen algunos internos con un riesgo mayor de contraer SIDA?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	4	6
Sí	58	94

Los que respondieron sí, manifestaron las siguientes clases o tipos:

Homosexuales	58	menciones
Bisexuales	16	menciones
Drogadictos	11	menciones
Heterosexuales	8	menciones
Promiscuos	5	menciones
Por existir violaciones	2	menciones
Los que se encuentran en unidades cerradas	1	mención
Los que no tienen visita conyugal	1	mención

4. Pregunta Nº 15: ¿Cree usted que los funcionarios de los establecimientos penales, corren riesgo de contraer SIDA?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	20	32
Sí	42	68

Los que respondieron sí especificaron las siguientes condiciones:

Contacto con sangre contagiada	19	menciones
Contacto con población de alto riesgo	9	menciones
No conoce la forma de trasmisión	5	menciones
Depende de la relación que se tenga	4	menciones
Contacto sexual	3	menciones
Agresión por parte de los internos	3	menciones
Centros no aptos para mantener internos contagiados	2	menciones

5. Pregunta Nº 19: ¿Cree usted que "tatuarse" puede significar un medio de trasmisión del SIDA?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	9	15
Sí	53	85

Las explicaciones aducidas fueron las siguientes:

Si se utilizan agujas u otros instrumentos infectados	52	menciones
Lo hacen en forma inadecuada y antihigiénica	1	mención

6. Pregunta Nº 21: ¿Cree usted que el contacto directo (excepto el contacto sexual) con individuo que padezca SIDA tiene?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Bajo riesgo de contagio	37	59
Ningún riesgo de contagio	13	21
Muy alto riesgo de contagio	12	20

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

7. Pregunta Nº 24: En su opinión, en el centro donde usted presta sus servicios, se observa en los reclusos un grado de "contaminación homosexual".

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Bajo (menos del 10%)	20	32
Alto (entre 10 y 25%)	24	39
Muy alto (25% y más)	13	21
No respondió	5	8

8. Pregunta Nº 25: ¿Cree usted que la población masculina está más expuesta al riesgo de contraer SIDA, que la población femenina?

Respuesta: Dijeron sí 31 funcionarios (50%) y justificaron sus respuestas de acuerdo con la siguiente distribución:

Por ser más impulsivo sexualmente	17	menciones
Homosexualidad como medio de contagio	10	menciones
Por trasmisión del semen	3	menciones
Drogadicción	2	menciones
Culturalmente-mentalidad promiscua	2	menciones

Dijeron no 31 funcionarios (50%) justificando la negación en dos grupos de razones:

El riesgo es el mismo	26	menciones
Depende de los hábitos sexuales	3	menciones

12. Pregunta Nº 26: En su opinión, las cárceles son un medio más propicio para contraer SIDA (es decir: la probabilidad de contraer SIDA es más alta estando preso, que estando en libertad).

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Sí	32	52
No	27	43
NR	3	5

Las explicaciones de los que respondieron afirmativamente fueron:

Por el homosexualismo	16	menciones
La promiscuidad	10	menciones
El hacinamiento	6	menciones
Necesidad humana de afecto	4	menciones
Bisexualismo	4	menciones
Privación actividad sexual	3	menciones
Drogas	2	menciones
Violaciones y agresiones	2	menciones

Los que respondieron negativamente manifestaron las siguientes razones:

Depende de los hábitos sexuales	6	menciones
Promiscuidad es independiente del medio	4	menciones
Probabilidad mayor en el medio social	4	menciones
Posibilidad es igual	3	menciones
En libertad se contagia más fácilmente	2	menciones
Es igual si son homosexuales	2	menciones
Más fácil el diagnóstico	2	menciones
Pérdida de valores morales	2	menciones
Otros	4	menciones

13. Pregunta Nº 27: Señale las alternativas correctas; el virus del SIDA ha sido aislado de:

Respuesta: Las alternativas mencionadas y su correspondiente proporción fue como sigue:

Total de respuestas: 60 no respondieron: 2, distribución:

Sangre	50	menciones
Semen	36	menciones
Secreción vaginal	33	menciones
Saliva	19	menciones
Lágrimas	15	menciones
Leche materna	17	menciones
Líquido cefalorraquídeo	11	menciones
Líquido amniótico	7	menciones
Orina	12	menciones
Sudor	14	menciones

14. Pregunta Nº 28: ¿Se suministran preservativos, en el centro donde usted trabaja?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Sí	11	18
No	51	82

15. Pregunta Nº 30: ¿Cree usted que los reclusos infectados con el virus del SIDA puedan realizar alguna actividad laboral?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	11	18
Sí	51	82

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los que contestaron afirmativamente expusieron las siguientes razones:

En tanto tenga condiciones para trabajar	18
En tanto no exista peligro de trasmisión	14
En actividades manuales	7
En trabajos individuales	3
No especifica	5

CATEGORÍA Nº 2
Contacto y relación con internos

1. Pregunta Nº 1: En el desarrollo de su actividad laboral, la relación que usted tiene con los internos es:

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Muy frecuente	59	95
Poco frecuente	2	3
Casi nunca	1	2

2. Pregunta Nº 2: En su relación con los internos, el contacto que usted tiene es:

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Indirecto	1	2
Directo	61	98

3. Pregunta Nº 3: Si el contacto que usted tiene es directo, señale las formas de relación que seguidamente se exponen:

Respuesta:		
Entrevistas	60	menciones
Charlas o reuniones grupo	47	menciones
Impartir lecciones de cualquier tipo	8	menciones
Actividades culturales	32	menciones
Actividades deportivas	34	menciones
Sesiones de orientación	7	menciones
Proceso terapéutico	2	menciones
Impresiones dactilares	2	menciones
Visitas a dormitorios	2	menciones
Actividades laborales	2	menciones

4. Pregunta Nº 4: Como consecuencia de su actividad laboral, ¿ingresa usted a los módulos o dormitorios de los internos?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Nunca ingresa	3	5
Ocasionalmente ingresa	29	47
Frecuentemente ingresa	30	48

CATEGORÍA Nº 3
Instalaciones y servicios específicos

1. Pregunta Nº 5: El establecimiento en donde usted trabaja cuenta con las siguientes instalaciones (señale).

Respuesta:		
Talleres	19	menciones
Aulas	27	menciones
Salas de reunión	33	menciones
Oficinas para realizar entrevistas	49	menciones
Salones para desarrollar actividades recreativas y culturales	30	menciones
Instalaciones deportivas	34	menciones
No respondió	3	menciones

2. Pregunta Nº 6: ¿En el establecimiento en donde usted trabaja, existe algún tipo de servicio médico?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No existe	8	13
Sí existe	54	87

Los que respondieron afirmativamente, mencionan los siguientes tipos de instalaciones:

Consulta externa	36	menciones
Enfermería	36	menciones
Farmacia	22	menciones
Laboratorio	10	menciones
Otro no especificado	7	menciones

3. Pregunta Nº 7: En el caso de que aparezca un interno con alguna enfermedad infecto-contagiosa, ¿cuenta el establecimiento con un espacio apropiado para aislarlo?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Sí	8	13
No	54	87

Los que contestaron negativamente indicaron los siguientes procedimientos:

a.	Coordinación con el centro de salud u hospital más cercano.	24	menciones
b.	Permanece en el módulo	16	menciones
c.	Aislamiento	10	menciones
d.	No se han presentado casos	4	menciones
e.	Se consulta al Instituto de Criminología	3	menciones

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

f. No existen procedimientos establecidos 3 menciones
g. No existen instalaciones

4. Pregunta Nº 33: ¿Existe algún tipo de recurso específico para la lucha contra el SIDA, en el centro donde usted labora?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No existe	46	74
Sí existe	11	18
No sabe	5	8

Los que contestaron afirmativamente, especificaron los siguientes recursos:

a. Educación sobre el tema 4 menciones
b. Examen de sangre 2 menciones
c. Seguimiento médico 2 menciones
d. Comisión SIDA 2 menciones
e. Puestos antivenéreos 1 mención

CATEGORÍA Nº 4
Implicaciones legales y sociales

1. Pregunta Nº 9: ¿Cree usted que a un recluso enfermo del SIDA, se le debe dejar en libertad?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Sí	17 personas	27%

Porque:

Otra institución asuma el control 10 menciones
Dependiendo del grado de la enfermedad 4 menciones
No se cuenta con personal especializado e infraestructura 2 menciones
Para que no se propague la enfermedad en el centro 2 menciones
Libertad con algún beneficio 1 mención

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	45 personas	73%

Porque:

Tratamiento se debe dar en el centro 19 menciones
Por el riesgo de contagio debe quedar bajo la autoridad respectiva 17 menciones
Requisitos legales lo impiden 11 menciones

2. Pregunta Nº 10: ¿Cree usted que a un recluso determinado como "seropositivo", se le debe dejar en libertad?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Sí	20 personas	32%

Porque:

a. Ministerio de Salud debe dar seguimiento 9 menciones
b. Tiene derecho de hacer lo que quiera 2 menciones
c. En caso de menores 1 mención
d. Libertad condicional 1 mención
e. La cárcel no es lugar adecuado 1 mención
f. No representa riesgo 1 mención

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	42 personas	68%

Porque:

a. Es necesario porque es un foco de infección 16 menciones
b. Cumplir la pena y dar tratamiento 15 menciones
c. Seguimiento a su caso 7 menciones
d. Situación jurídica no tiene que ver con la salud 7 menciones
e. Traslado a un hospital 2 menciones

3. Pregunta Nº 14: ¿Cree usted que atenta contra los derechos humanos la imposición de practicar una prueba obligatoria?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Sí	4 personas	6%

Porque:

a. Hay que respetar la opinión de cada ser humano 2 menciones
b. Hay que enseñar a la gente a ser responsable de sus actos 1 mención
c. Es mejor informar que obligar 1 mención

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	58 personas	94%

Porque:

a. Es más importante la prevención 32 menciones

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b. Salud Pública, está por encima de cualquier otro aspecto — 15 menciones
c. Personas expuestas al contagio debe practicárseles la prueba en cualquier momento — 4 menciones
d. Centros penitenciarios son de alto riesgo — 2 menciones
e. Para controlar sujetos de alto riesgo — 2 menciones

4. Pregunta Nº 32: Cree usted que a un interno que padezca SIDA:

a. ¿Se le debe dejar en libertad?
b. ¿Se le debe conceder algún beneficio? (especifique)
c. ¿Se le debe segregar del resto de sus compañeros?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
a.	7	11
b.	23	37
c.	39	52

No se mencionaron beneficios específicos.

CATEGORÍA Nº 5
Aspectos preventivos

1. Pregunta Nº 13: De los siguientes aspectos, ¿cuáles cree usted que son más efectivos para prevenir el contagio del SIDA en la prisión?

a. Educación a la población penal
b. Darle la libertad a los enfermos del SIDA
c. Realizar una prueba a todos los internos
d. Crear un centro especial para enfermos de SIDA
e. Segregar a los enfermos en los diversos centros

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
a.	59	95
b.	10	16
c.	51	82
d.	48	77
e.	11	17

2. Pregunta Nº 14: ¿Ha recibido usted algún curso de educación sanitaria?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Sí	30	48
No	32	52

3. Pregunta Nº 17: ¿En el establecimiento donde usted labora se le brinda a los reclusos algún tipo de educación sanitaria?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	35	56
Sí	27	44

Las personas que respondieron afirmativamente especificaron los siguientes programas:

a. Por la enfermería y orientación — 4 menciones
b. En coordinación con Ministerio de Salud — 9 menciones
c. Afiches, panfletos, charlas — 9 menciones

4. Pregunta Nº 18: ¿Existe, en el establecimiento donde usted trabaja, algún mecanismo de difusión acerca de los riesgos del SIDA y su prevención?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	19	30
Sí	43	70

Se especificaron los siguientes mecanismos:

a. Afiches y folletos — 31 menciones
b. Charlas y películas — 16 menciones

5. Pregunta Nº 20: ¿En el centro donde usted trabaja, existe algún programa de control del SIDA?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	42	68
Sí	20	32

Se especificaron los siguientes programas:

a. Exámenes periódicos — 14 menciones
b. Educación sobre el tema — 8 menciones
c. Exámenes a todo el que ingresa al centro — 1 mención

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6. Pregunta Nº 22: ¿Cómo calificaría usted el nivel general de higiene del establecimiento donde trabaja?

a. Es muy higiénico
b. Es poco higiénico
c. La higiene es deficiente

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
a.	16	26
b.	18	29
c.	28	45

Los que contestaron que la higiene es deficiente manifestaron las siguientes causas o problemas:

Suciedad, plagas	15	menciones
Hacinamiento	13	menciones
Falta de instrumentos de limpieza	12	menciones
Agua contaminada y escasa	8	menciones
Malas condiciones físicas	7	menciones
Servicios sanitarios en mal estado	3	menciones
Alimentos mal manipulados	1	mención

7. Pregunta Nº 23: ¿En el establecimiento donde usted labora, existe algún programa de información acerca del SIDA, orientado a los internos?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
No	42	68
Sí	20	32

Los que respondieron afirmativamente expresaron que los programas están a cargo de:

a. Ministerio de Salud	9	menciones
b. Personal médico	6	menciones
c. Técnicos	3	menciones
d. Depto. de Investigación y Estadística	3	menciones
e. Comisión de SIDA	3	menciones

8. Pregunta Nº 28: ¿Se suministran preservativos en el centro donde usted trabaja?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Sí	9	14
No	53	86

Pregunta Nº 31: ¿Existe en el centro donde usted trabaja, alguna política o régimen especialmente orientado a los homosexuales?

Respuesta:	Cantidad	Porcentaje
Sí	3	5
No	59	95

CATEGORÍA Nº 6
Observaciones y recomendaciones

1. Pregunta Nº 35: Si desea hacer alguna observación o comentario en torno al fenómeno del SIDA en las prisiones, será muy apreciado.

Respuesta:

Se presenta una lista de observaciones según el orden de importancia numérica:

a. Educación o capacitación a funcionarios o internos	17	menciones
b. Establecer programas de prevención	7	menciones
c. Ubicar a los internos infectados en el centro de salud	6	menciones
d. Informar al personal cuando existan casos de SIDA	5	menciones
e. Aislar a homosexuales y enfermos	5	menciones
f. Que el Ministerio de Salud aporte recursos económicos y materiales	4	menciones
g. Poner más atención a la población penal y hacer pruebas	2	menciones
h. Concientizar a la persona enferma	2	menciones
i. Crear un centro de tratamiento	2	menciones
j. Proveer de implementos al personal técnico (guantes, equipo, gabacha)	2	menciones
k. Integrar a la familia de los enfermos en la educación	2	menciones
l. Abordar el problema responsablemente	2	menciones

2. Pregunta Nº 34: ¿Qué clase de medidas recomendaría usted para prevenir el SIDA, en el establecimiento donde presta sus servicios

Respuesta:

Las medidas recomendadas fueron:

a. Educar, en coordinación con el Ministerio de Salud, a la población penal	37	menciones
b. Realizar pruebas periódicas a la población penal	29	menciones

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

c. Aislar a los portadores y homosexuales	9	menciones
d. Usar preservativos	9	menciones
e. Prevención primaria	7	menciones
f. Mejorar las condiciones de salud en la población penal	5	menciones
g. Atender a los enfermos fuera del centro	4	menciones
h. Examinar a todos los que ingresen a los centros del Sistema Penitenciario	4	menciones
i. Mejorar la infraestructura del sistema	4	menciones
j. Concientizar al enfermo	2	menciones
k. Instruir al personal	2	menciones
l. Proveer de implementos al personal	2	menciones

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

Categoría I. Conocimiento general.

1. *Los síntomas:*

El 40% de los componentes de la muestra manifestaron no conocer ningún síntoma de la enfermedad.

Los que respondieron que conocían los síntomas de la enfermedad enumeraron correctamente los siguientes:

fiebre
pérdida de peso
diarrea,

éstos fueron mencionados por la mayoría del grupo (entre 40 y 80%).

Otros síntomas mencionados fueron:

linfadenopatía
erupciones cutáneas
fatiga,

éstos fueron explicados por una pequeña parte de los componentes del grupo (entre 5 y 13%).

No se mencionaron los siguientes síntomas:

sudores nocturnos
dolor de cabeza
tos, y otros relacionados con el SIDA (para-SIDA) como: somnolencia, anorexia, molestias abdominales, pérdida de memoria, neuropatía periférica, herpes zóster, dermatitis seborreica, lesiones bucolabiales persistentes, lesiones genitales persistentes, leucoplasia vollosa de la mucosa bucal.

El conocimiento de la enfermedad a través de los síntomas es, en general, bajo (40% desconoce totalmente y el 60% de la muestra menciona sólo algunos y éstos con una baja frecuencia).

2. *Población de riesgo.*

El 95% de los encuestados consideró que la población penitenciaria es de alto riesgo y entre ella, se mencionan como los de mayor riesgo a los homosexuales y bisexuales. Ambas consideraciones son perfectamente adecuadas al criterio de los investigadores que han tratado el tema, entre ellos Mc Millan.[3]

Se menciona con alguna frecuencia (18%) a los drogadictos como grupo de alto riesgo, lo cual, aunque es cierto para otros países, es incorrecto aplicarlo a Costa Rica por cuanto es prácticamente inusual el uso de agujas hipodérmicas, que es el medio de trasmisión.

En cuanto al riesgo de que los funcionarios puedan contraer SIDA, el 32% considera que no existe mayor riesgo, en tanto el 68% cree que el riesgo es elevado, aunque de éstos solo el 45% opina que el peligro consiste en exponerse a sangre contaminada, el resto de las respuestas es inadecuado.

Respecto de la cuestión acerca de si los hombres están más expuestos que las mujeres a contraer SIDA, el 50% opinó que sí y el otro 50% que no. Se considera correcta la respuesta afirmativa, sin embargo, los argumentos que apoyan esta aseveración, son errados (el 61% aduce que se debe a que los hombres son más impulsivos sexualmente por razones culturales). Los que respondieron negativamente, justifican su aseveración argumentando que el riesgo es el mismo para ambos sexos. La realidad es que la distribución de la enfermedad, por sexo, asume proporciones diversas según la región; por ejemplo: en estudios realizados con prostitutas en USA, Francia, Inglaterra e Italia, "sugieren que la infección por el VIH sigue un patrón distinto. La prevalencia de esta infección tiende a ser baja entre las prostitutas que no son toxicómanas, lo cual indica que la actividad sexual por sí misma no aumenta el riesgo de infección. Sin embargo, en partes de África, las altas tasas de infección por el VIH entre las prostitutas se asocian solamente con la actividad sexual".[4] En los Estados Unidos, aunque la prevalencia original incluía varones en proporción mayoritaria, la tendencia observada en el tiempo, indica que va camino de lograr un equilibrio proporcional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"El estallido del SIDA en la comunidad heterosexual de Estados Unidos no debería ser motivo de sorpresa", dicen Masters y Johnson, comentando al respecto y añaden: "Es probable que la trasmisión heterosexual se convierta pronto en el mecanismo predominante de contagio en todo el mundo".[5]

En Costa Rica, la proporción de mujeres con SIDA de acuerdo con datos del Ministerio de Salud al mes de octubre 1989, es muy baja: de 130 casos de SIDA, solo 4 eran mujeres(3%).

Los hombres pues, están más expuestos en términos generales y por el momento actual ya que se espera que esta proporción se modifique.

Las opiniones están divididas en cuanto a la cuestión que se refiere a las cárceles como medio más propicio para contraer SIDA; los que opinan afirmativamente (52%) se apoyan en las características de nuestras prisiones en donde predomina el hacinamiento, la promiscuidad, el homosexualismo y en ocasiones, violaciones y agresiones.

Los que respondieron negativamente (43%), aducen argumentos muy discutibles.

3. El SIDA y su transmisión.

La pregunta que se refiere a las sustancias de las que ha sido aislado el virus, contiene una gran variabilidad en las respuestas: la sangre fue mencionada en 50 ocasiones (lo esperado era 60) y el líquido amniótico en 7 ocasiones (esperado=60). Dado que en todas las sustancias mencionadas se ha encontrado el VIH (en diversas concentraciones) las respuestas esperadas debían haber sido cercanas al número 60 (total de respuestas).

La mayoría de los encuestados (85%) considera que la trasmisión del SIDA es posible a través del acto de tatuarse, lo cual es correcto. El 15% consideró que la trasmisión no era posible a través de ese medio.

Las opiniones se dividen en cuanto al riesgo de contraer SIDA a través de un contacto no sexual. El 21% de los componentes de la muestra indicaron que no existe ningún riesgo de contagio; el 60% opinan que el riesgo es bajo y el 19% creen que el riesgo es muy alto, éstos y los primeros, están errados pues, según se sabe en Costa Rica, el riesgo de trasmisión por vía no sexual es bajo.

Por otra parte, en la situación de entrevista, el riesgo es, en condiciones normales, prácticamente nulo. Un 18% de los encuestados opina que es posible contraer SIDA, en dicha circunstancia.

El grado de contaminación homosexual es importante por cuanto es el medio más efectivo de trasmisión, 195 funcionarios técnicos opinaron que la contaminación homosexual en los establecimientos penitenciarios va de alta a muy alta (60%). Un 32% de los encuestados opinan que es baja, menos del 10% de la población. El 8% no vertió su opinión.

4. El SIDA y el trabajo en prisión.

Se cuestionó acerca de si los reclusos diagnosticados como seropositivos podrían realizar alguna actividad laboral. Solamente el 18% de la muestra consideró que no, en tanto el 82% opinó que sí era posible, aunque los argumentos que justifican su aseveración, no son concluyentes ni del todo afinados, pues ninguno se refirió al hecho de que la infección por el VIH no es una causa que impide trabajar y que "las personas con afecciones relacionadas con el VIH deben poder desempeñar un trabajo mientras su estado se lo permita."[6]

Una evaluación del conocimiento general, a partir de las cuestiones analizadas, no podría indicar ignorancia acerca del tema, pero tampoco se puede concluir que existe pleno conocimiento o información adecuada. En una escala numérica del 0 al 10, el nivel de información no sería menor que 4 ni mayor que 6.

Categoría II. Contacto y relación con internos.

Las respuestas obtenidas a través de las correspondientes preguntas permiten conformar un perfil de la relación funcionario-interno, con las siguientes características: la relación es directa y muy frecuente; ésta, se produce en el desarrollo de actividades laborales tales como, entrevistas, charlas y reuniones de grupo, lecciones, actividades deportivas y otros. La relación también se produce al ingresar a los módulos y dormitorios de los internos, cosa que realizan con mucha frecuencia, casi la mitad de los encuestados y ocasionalmente, la otra mitad.

Categoría III. Instalaciones y servicios.

Se presentan proporciones deficitarias, por así decirlo, en lo que se refiere a instalaciones para el desarrollo de actividades diversas tales como: talleres, salones para desarrollar actividades culturales y recreativas, aulas y salas de reunión.

En cuanto a las instalaciones de tipo médico, el 13% de los componentes de la muestra indicaron que del todo no existía este tipo de instalaciones en su lugar de trabajo. El resto (87%) indican en una alta proporción (36/26) que en sus centros existen instalaciones de enfermería y consulta externa. En menor medida, se refieren a la existencia de farmacia (22/40) y menos aún en lo que respecta a laboratorios (10/52) y otro tipo de instalaciones médicas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El cálculo numérico en este tipo de respuestas que no se refieren a un conocimiento u opinión sino a la descripción de un elemento objetivo, en este caso un edificio, se dificulta en razón de las diversas cuotas muestrales que asignan mayor cantidad de individuos a los centros más grandes y que poseen los servicios mancomunados. Dichosamente, el inventario de edificaciones es tarea fácil.

De acuerdo con la información obtenida y tomando en cuenta el factor mencionado, el nivel que posee el Sistema Penitenciario en cuanto a instalaciones específicas y generales, para hacerle frente a una enfermedad como el SIDA, es bajo. Se preguntó directamente si en el establecimiento donde el entrevistado presta sus servicios, existía algún recurso para la lucha contra el SIDA y únicamente el 18% contestó afirmativamente, señalando dichos recursos como: educación sobre el tema, exámenes de sangre y seguimiento médico, en proporciones muy bajas (2/62).

La pregunta referida a la existencia de espacio para aislar enfermos infecto-contagiosos, fue contestada afirmativamente tan solo por un 13% de los entrevistados. Los demás (87%) respondieron negativamente señalando que el procedimiento que se sigue cuando aparece un enfermo es coordinar con el Ministerio de Salud o el hospital más cercano, otras veces permanece con el resto de sus compañeros y, en ocasiones, lo aíslan dentro del establecimiento penal.

En lo que respecta a la categoría instalaciones y servicios es posible concluir que el Sistema Penitenciario no cuenta con las instalaciones necesarias, en la mayoría de sus establecimientos.

Categoría IV. Implicaciones legales y sociales.

Este tema tiene la particularidad de estar sujeto a discusión en virtud de las múltiples interpretaciones que sugieren, según sea la posición del observador. Una de las cuestiones indaga acerca de la conveniencia de poner en libertad a un interno diagnosticado como seropositivo; las respuestas afirmativas suman el 32% de los entrevistados y las negativas el 68%. La proporción se altera legalmente cuando la respuesta se refiere a la misma pregunta pero en el caso de un enfermo de SIDA: el 27% opina que debe dejarse en libertad y 73% opina que no. En cuanto a la pregunta que se refería al hecho de que si la imposición de realizar una prueba de sangre obligatoria atenta contra los derechos humanos del recluso, apenas un 6% indicó que sí atenta y un 94% señaló que no.

Por último, se cuestionó acerca de las acciones a seguir en el caso de un interno enfermo de SIDA y las respuestas asumieron la siguiente proporción:

Se le debe segregar del resto de sus compañeros: 52%

Se le debe conceder algún beneficio: 37%

Se le debe dejar en libertad: 11%

Independientemente de los argumentos esgrimidos de una y otra parte, valga transcribir el planteamiento expresado en la "Primera teleconferencia panamericana sobre el SIDA":[7]

> "El control y la prevención de la infección por el VIH deben ser considerados en el contexto de la necesidad de mejorar la higiene general y las instalaciones sanitarias de las prisiones. . ."

Las personas encarceladas deben tener los mismos derechos que los otros miembros de la comunidad de participar en los programas educativos destinados a reducir al mínimo la propagación de la enfermedad. Asimismo deben poder obtener fácilmente exámenes serológicos confidenciales para detectar la infección por el VIH; orientación apropiada antes y después de la prueba; servicios de personal médico adecuadamente adiestrado para atender a pacientes de SIDA, equivalentes a los que se prestan a esos pacientes en la comunidad.

"No debe someterse a los presos a prácticas discriminatorias relacionadas con la infección por el VIH o el SIDA, por ejemplo, a examen obligatorio, segregación y aislamiento, a menos que dicha acción se requiera para el bienestar del propio preso."

"La OMS también ha recomendado que se considera liberar a los presos que padecen SIDA por motivos de compasión, con objeto de que puedan morir con dignidad y en libertad."

Categoría V. Aspectos preventivos.

Entre los funcionarios encuestados el 48% ha recibido algún curso de educación sanitaria y el 52% no lo ha recibido. La demanda por esta clase de información es elevada.

Respecto a esos mismos cursos orientados a la población penal los entrevistados respondieron que no se ofrecían, en una proporción de 56% y el 44% afirmó que se daban a través de afiches, panfletos y charlas; algunas veces, en coordinación con el Ministerio de Salud, por parte del personal médico y de orientación.

En cuanto a la difusión acerca de los riesgos del SIDA y su prevención, tan solo el 31% de la muestra opinó que existe algún mecanismo en el establecimiento, para lograr el propósito mencionado; en tanto el 69% indica que no existe mecanismo alguno para difundir la información. La diferencia es muy

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

significativa. De igual forma, al inquirir sobre la existencia de algún programa de control del SIDA, el 68% negó la existencia actual de un programa de control y el 32% afirmó que sí existían programas educativos y exámenes periódicos. Esta misma proporción se produce en las respuestas acerca de la información general orientada a los internos.

Al preguntar si en el establecimiento en donde trabaja rige alguna política o régimen orientado a los homosexuales, se contestó negativamente en un 95% y solo el 5% respondió afirmativamente.

Una baja proporción de los entrevistados (15%) manifestó que en el establecimiento donde labora, se suministran preservativos como instrumento de prevención. El resto (85%) indicó que no se suministran.

En cuanto a la higiene en los establecimientos penales, el 45% opinó que la higiene es deficiente, en tanto que un 29% afirman que son poco higiénicos. Solamente el 26% de los entrevistados manifiesta que los establecimientos son muy higiénicos.

A juzgar por las respuestas, los mecanismos preventivos están prácticamente ausentes en el Sistema Penitenciario; la educación sanitaria es deficiente, lo mismo que la difusión de información y el control. Finalmente, las medidas expresadas por los funcionarios técnicos a fin de prevenir el contagio con el VIH fueron:

a. Educación a la población penal; esta medida fue recomendada por el total de los entrevistados, valga decir que de acuerdo con los entendidos en la materia, es una medida óptima.

b. Realizar una prueba a todos los internos; esta acción, no del todo posible y no del todo efectiva, fue recomendada por el 82% de los entrevistados, que quizá no estimaron las dificultades logísticas y los periodos de incubación del VIH, en su exacta dimensión.*

c. Crear un centro especial para enfermos de SIDA. Esta es una medida bastante popular (77%) de los entrevistados, la recomendaron, a pesar de que se estrella contra la recomendación, de los expertos, que, manifiestan que no debe someterse a los presos a la segregación o al aislamiento.

Categoría VI. Observaciones y recomendaciones.

1. Se presenta una lista de observaciones según el orden de importancia numérica:
   a. Educación o capacitación a funcionarios e internos.
   b. Establecer programas de prevención.
   c. Ubicar a los internos infectados en un centro de salud.
   d. Informar al personal cuando existen casos de SIDA.
   e. Aislar a homosexuales y enfermos.
   f. Que el Ministerio de Salud aporte recursos económicos y materiales.
   g. Poner más atención a la población penal y hacer pruebas.
   h. Concientizar a la persona enferma.
   i. Crear un centro de tratamiento.
   j. Proveer de implementos al personal técnico (guantes, equipo, gabachas).
   k. Integrar a la familia de los enfermos en la educación.
   l. Abordar el problema responsablemente.

2. Las medidas recomendadas fueron:
   a. Educar, en coordinación con el Ministerio de Salud, a la población penal.
   b. Realizar pruebas periódicas a la población penal.
   c. Aislar a los portadores y homosexuales.
   d. Usar preservativos.
   e. Prevención primaria.
   f. Mejorar las condiciones de salud en la población penal.
   g. Atender a los enfermos fuera del Centro.
   h. Examinar a todos los que ingresen a los Centros del Sistema Penitenciario.
   i. Mejorar la infraestructura del Sistema.
   j. Concientizar al enfermo.
   k. Instruir al personal acerca de cómo tratar a un enfermo de SIDA.
   l. Proveer de implementos al personal que labora con los internos.

Las observaciones y recomendaciones expresadas por los funcionarios del área técnica del Sistema Penitenciario se agrupan en dos clases: adecuadas e inadecuadas. En las primeras se ubican aquellas opiniones que concuerdan con el criterio de las fuentes especializadas que se consultaron y, las segundas, son aquellas fundadas en prejuicios, proposiciones falsas o argumentos falaces, tales como la realización de pruebas serológicas obligatorias, el

---

* *Ver informe de la Reunión de la OMS, sobre criterios para los programas de detección del VIH. Documento WHO/SPA/GLO/ 87.2. Organización Mundial de la Salud. Ginebra, 1987.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aislamiento de homosexuales y enfermos, la "publicidad" de la enfermedad y estigmatización del infectado.

Entre las medidas adecuadas se destacan: la educación o capacitación a funcionarios y reclusos; el mejoramiento de las condiciones generales de salud e higiene; integración de la familia en los procesos de educación y tratamiento y finalmente, el uso de preservativos o condones.

Algunas otras observaciones y recomendaciones, aunque son adecuadas, tienen un nivel de generalidad muy amplio, tales como: establecer programas de prevención, mejorar la infraestructura del sistema; abordar el problema responsablemente, poner más atención a la población penal.

CONCLUSIÓN

El conocimiento general y específico acerca de la infección por el HIV, evaluado a través del proceso investigativo, es bastante pobre, dado el alto nivel académico de la población estudiada, la cual estuvo conformada por el personal técnico de la institución, personal que, por definición, posee un nivel de información superior al promedio de la población del país y del resto de los funcionarios de la institución.

Este resultado no es de extrañar porque en torno al SIDA se han escrito muchas inexactitudes; se han asumido actitudes incorrectas; se ha especulado acerca de su origen, de los modos de trasmisión, de la magnitud y configuración de las medidas preventivas, del comportamiento sexual y social y un sinfín de manifestaciones erróneas que han conducido a un estado de caos informativo, que explica y hasta cierto punto, justifica los resultados de la encuesta.

La utilidad del conocimiento obtenido radica en su función como punto de referencia, para la planificación de futuras acciones, por ejemplo: de acuerdo con lo observado, es posible suponer que el nivel de información acerca del SIDA, en los componentes de la población penal y por extensión, de las clases sociales representadas, no es más alto y, difícilmente sea igual al observado en este estudio; lo probable es que sea más bajo. En consecuencia, urgen programas educacionales en el sistema penitenciario (para el personal y la población interna) y, por ende, en el país.

Se observa, por otra parte, el predominio de actitudes de evitación hacia la enfermedad. En lo que se refiere a las consecuencias sociales y jurídicas para el Sistema Penitenciario, la segregación y el aislamiento de los reclusos, son las medidas de prevención secundaria favorecidas por la mayoría del personal; en tanto, los exámenes de sangre obligatorios constituyen la medida favorita de prevención primaria, contra toda recomendación de los expertos y organismos especializados.

El SIDA es un asunto personal y de salud pública, es, por tanto, un problema médico y existencial, es decir, de autodisciplina, educación, higiene. No se trata de un problema legal que pueda ser solucionado con reglamentos; las consecuencias sociales de la infección sí generan situaciones de orden legal que pueden ser reguladas y controladas con decretos y normas.

Las actividades desarrolladas en el Sistema Penitenciario tendientes a prevenir y tratar la infección y sus secuelas son pocas, aisladas y equivocadas: el decreto Nº 18454 por ejemplo, establece la obligatoriedad del examen de detección a todos los reclusos del Sistema Penitenciario y a las personas que gozan o solicitan el derecho a la visita conyugal (artículos 2, 4 y 8). El elevado flujo y reflujo humano por así decirlo, que se produce con el ingreso y egreso de personas en los centros carcelarios, dificulta la eficacia de las actividades que se llevan a cabo.

Por otra parte, el Sistema Penitenciario padece de enfermedades colaterales peores que la infección de virus HIV, estas son: el hacinamiento, condiciones deplorables de higiene en algunos centros penales, el ocio, el trasiego de drogas y el elevado índice en la comisión de delitos contra la propiedad al interior de las prisiones, lo que desencadena olas periódicas de violencia.

En síntesis, al comienzo de este trabajo se documenta la forma en que se enfrentaban las epidemias en las antiguas ciudades: la disciplina social era la respuesta. Siendo el SIDA una enfermedad conductual, la prevención también deberá buscarse en la disciplina, empero, ésta no solo atañe a la comunidad considerada como un organismo, sino que se trata básicamente de un proceso autodisciplinario, mediante el cual el individuo debe aprender a autocontrolar las demandas innatas y aprendidas que lo impulsan hacia las relaciones sexuales riesgosas. Así, todo proceso educativo tendiente a ate-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nuar las consecuencias de la epidemia SIDA, debe orientarse no sólo a las tareas informativas sino, sobre todo a modificar actitudes y comportamientos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Masters y Johnson, *"El sexo en los tiempos del SIDA"*, Ediciones B, Grupo 2, España 1988.
2. Obra citada en la página Nº 5.
3. Mc Millan A., *HIV in prisos*, Medical Journal Nº 297, Inglaterra 1988.
4. Weinir y Rosembery, *Prostitutes and AIDS*, American Journal Public Health 78 (4), USA 1988.
5. Masters y Johnson, obra citada en la página Nº 13.
6. Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, vol. 105, números 5 y 6, noviembre-diciembre 1988.
7. Boletín citado, página 698.

BIBLIOGRAFÍA (MARCO TEÓRICO).

1. Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, volumen 105, números 5 y 6, noviembre-diciembre 1988, pág. 689.
2. Boletín citado, página 657.
3. Masters y Johnson, *El sexo en los tiempos del SIDA*. Ediciones y Grupo 2. España 1988, pág. 23.
4. Boletín citado, página 763.
5. Masters y Johnson, *obra citada*, pág. 17.
6. Serie OMS sobre el SIDA, *"Directrices para la asistencia de los trabajadores de la salud a las personas infectadas por el VIH*, pág. 3.
7. Boletín citado, pág. 664.
8. Masters y Johnson, obra citada, pág. 19.
9. Boletín citado, página 666.
10. Boletín citado, página 670.
11. Boletín citado, página 730.
12. Boletín citado, página 602.
13. Boletín citado, página 592.
14. Boletín citado, página 596.
15. Masters y Johnson, obra citada, pág. 135.

* * *