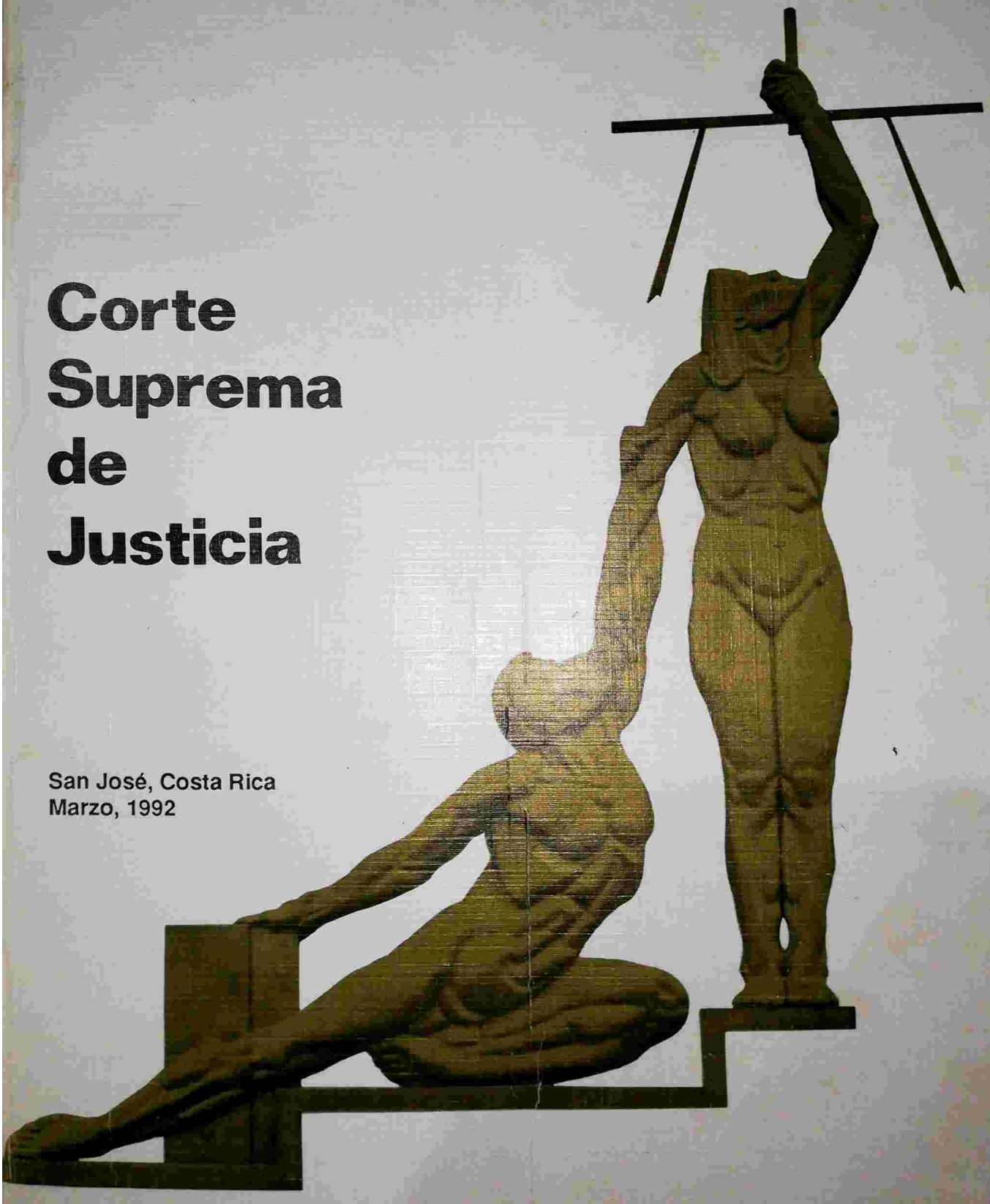
AÑO XVII

Nº 55

REVISTA JUDICIAL



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Marzo, 1992

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

93731

Año XVII — Núm. 55 — Marzo, 1992

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

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS

El contrato de leasing financiero. (Arrendamiento financiero) 13
Lic. Ernesto Jinesta Lobo

Las Negociaciones de Adhesión de Costa Rica al GATT 41
Dr. Jorge Rhenán Segura

Diagnóstico sobre la legislación costarricense del Derecho del Mar 51
Licda. Roxana Salazar Cambronero
Licda. Patricia Madrigal Cordero

Las peritaciones médico-legales en el proceso penal costarricense 59
Lic. Juan Diego Castro Fernández

Las fuentes de la prohibición 71
Lic. Alejandro Bermúdez Mora

Patrimonio Histórico Arquitectónico: ¿una nueva Legislación? 95
Licda. Sara Virginia Castillo Vargas

El trabajo en Prisión 101
Psic. Andrés Umaña di Palma

Plantación de árboles cerca de límites entre vecinos 119
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN II: RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Schipani Sandro: Un Código Tipo Procesal Civil para América Latina 141
Lic. Ernesto Jinesta Lobo

SECCIÓN III: INFORMACIÓN NORMATIVA. 149
Jimmy Vargas Durán

SECCIÓN IV: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA
El proceso de criminalización de la droga en Costa Rica. 153
Graciela Cañas
Gloria E. Chaves
Leda V. Morales
Claudio Pujol

Predicción del comportamiento 179
Traductor: Dr. Eduardo Vargas Alvarado

SECCIÓN V: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES
Contenido de votos salvados en resoluciones de interés. 183
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN VI: JURISPRUDENCIA. 193
Digesto

PRESENTACIÓN

Ofrecemos esta vez estudios sobre Derecho Comercial, Derecho Económico Internacional, Derecho del Mar, Derecho Procesal Penal, Derecho Ambiental, Derecho Urbanístico, Criminología, Derechos Reales y Obligaciones.

"El contrato de leasing financiero". (Arrendamiento financiero) es el novedoso (al menos en nuestra doctrina) tema que trata, magistralmente, el **Lic. Ernesto Jinesta Lobo,** quien analiza este contrato con una metodología precisa, distinguiendo los elementos del supuesto frente a la eficacia jurídica, sobre la base de la más actualizada información. El autor describe en esta colaboración las características propias de esta operación financiera (cuyo desarrollo se produjo en los Estados Unidos de América en la década de 1950), que consiste en que una sociedad especializada o entidad financiera adquiere bienes de un proveedor, a pedido, y según especificaciones técnicas señaladas por el futuro usuario necesitado de esos bienes, y le concede el uso y goce de ellos, durante un plazo fijo (el cual coincide normalmente con el término de amortización o vida económicamente útil de los bienes), a cambio de una remuneración periódica; al término del plazo fijo el usuario o tomador puede adquirir los bienes pagando un valor determinado; la financiación está garantizada con la propiedad de los bienes. Después de comentar sus ventajas y desventajas, nos informa sobre las diversas formas que puede asumir este contrato; para esto hace la diferencia, con base en los sujetos: entre el "leasing" financiero, el "leasing" operativo y el "lease back" y, con base en el objeto, entre "leasing" mobiliario y el inmobiliario; sobre este último aclara que hay limitaciones derivadas de la Ley de Inquilinato, que es de orden público. También distingue entre el "leasing" interno y el "leasing" internacional. Al referirse a la naturaleza jurídica del "leasing" comenta las diferentes teorías (préstamo, depósito, mandato, arrendamiento, locación-venta, compraventa, innominado). Seguidamente se refiere a los elementos subjetivos (dador, tomador y proveedor) y objetivos (bien, precio); incluye, además, la causa. Se refiere finalmente a las fases del contrato (prenegocial, perfección, ejecución) y a sus efectos: obligaciones de los sujetos,

duración y estructura. Aporta finalmente valiosas conclusiones.

Nos complace contar una vez más con la colaboración del **Dr. Jorge Rhenán Segura**; esta vez con **"Las negociaciones de adhesión de Costa Rica al GATT"**; ya en la Revista Judicial Número 43, el autor nos había dado una visión general de la institución, su estructura y funcionamiento. Ahora se refiere al proceso de negociaciones (y a sus antecedentes, a partir de 1983) que llevó a cabo el país para adherirse al GATT; el informe del grupo de trabajo (resumiendo las principales inquietudes que manifestaron las Partes Contratantes, en materia arancelaria y tributaria, en lo relativo a sobretasas e impuestos adicionales en las importaciones, en los impuestos selectivos de consumo y otros productos específicos, en materia de política agrícola y en otros campos no arancelarios, lo mismo que en cuanto a los Códigos de Conducta, los términos de referencia de la negociación, así como a las características y obligaciones del Protocolo de Adhesión; el trabajo evalúa en forma realista los beneficios y obligaciones jurídicos que Costa Rica contrajo por su inserción en la economía internacional. En sus conclusiones hace referencia a los beneficios globales y las contribuciones para modernizar el aparato productivo, acrecentar la competitividad agrícola e industrial, reducir la vulnerabilidad del sector externo y diversificar las relaciones comerciales internacionales.

Las licenciadas **Roxana Salazar Cambronero y Patricia Madrigal Cordero** nos brindan **"Diagnóstico sobre la legislación costarricense del Derecho del Mar"**. Después de hacer notar el carácter carente de planificación, disperso y ocasional de las disposiciones sobre el ambiente, así como su lagunosidad, consideran que un adecuado conocimiento de la legislación puede coadyuvar en el "manejo sostenible" de los recursos. Dentro del Derecho del Mar tratan los recursos pesqueros y sus regulaciones, en cuanto bienes públicos, patrimonio nacional y denuncian la grave contaminación que sufren nuestras costas. Ofrecen, además, una clasificación de los sistemas ecológicos de nuestros litorales (playas arenosas, estuarios y manglares, arrecifes de coral) y nos dan cuenta de las instituciones, entes y órganos costarricenses encargados del manejo de los recursos marinos (Dirección General de Recursos Pesqueros y Acuacultura, Dirección General Forestal, Servicio Nacional de Áreas de Conservación, Dirección General de Vida Silvestre, Ministerio de Planificación Nacional, Ministerio de Transportes, varias instituciones de investigación y formación, Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo de la Vertiente Atlántica, así como diversos otros organismos encargados de actividades específicas). Critican la falta de coordinación y además el hecho de que se mezcle explotación y conservación en un mismo organismo, si bien podría pensarse que el "manejo sostenible" puede requerir que esto sea así, siempre que —como lo aclaran las

autoras— esto se haga con coordinación, mientras que la realidad revela duplicidades y conflictos y, lo que es peor, disminución de la capacidad de gestión. Otros problemas que anotan son la falta de capacitación y conciencia de muchos funcionarios. Las autoras realizan un elenco de los problemas legales actuales (ausencia de controles, descoordinación administrativa, desconocimiento de la normativa vigente, entre otros). Proponen al final diversas importantes recomendaciones sustentadas en importantes estudios, como la relativa a la necesidad de un ente rector multidisciplinario y la revisión de la legislación.

Una vez más, nuestro asiduo colaborador, el **Lic. Juan Diego Castro Fernández,** participa en la Revista Judicial; ahora nos ofrece **"Las peritaciones médico-legales en el proceso penal costarricense".** El autor, que analiza algunos de los aspectos más sobresalientes de la participación pericial de los médicos dentro de los procedimientos penales, comienza por destacar la importancia del papel del médico para el examen "in situ" del cadáver y del entorno delictivo; diferencia el perito del testigo, tomando en cuenta las opiniones de Carnelutti, Beling y Altavilla, considerando que el testigo se refiere a hechos percibidos en el momento mismo del delito, mientras que el perito examina los hechos con posterioridad, con mayor objetividad, con preparación técnica y con capacidad de análisis más precisa. Específicamente, sobre la participación del médico forense en la instrucción, se refiere a los dictámenes y a su importancia para suplir "lo que el juez no sabe". Comenta el papel del médico en la determinación de la incapacidad y, con ello, de la gravedad de ciertos delitos, como el de lesiones. Posteriormente trata el tema de los informes médico-legales, sus partes y, en especial, el dictamen. Dentro de este tema en particular, desarrolla especialmente el caso de los dictámenes auténticos, no necesitados de ratificación, de los peritos oficiales de los tribunales de los jefes de sección de los Departamentos de Medicina Legal y de Laboratorio de Ciencias Forenses del OIJ. También comenta la situación de los dictámenes de peritos (nacionales y extranjeros) propuestos por las partes, así como las aclaraciones y ampliaciones y su régimen dentro del Código de Procedimientos Penales. Trata, además, lo relativo a las facultades del Consejo Médico Forense, a su integración y a su competencia en caso de apelación. De la apelación nos informa sobre el plazo para interponerla y el objeto sobre el cual puede recaer. Posteriormente se refiere a la llamada "tercera peritación", en los casos de discrepancias fundamentales entre los informes periciales. Comenta también el papel del médico forense en lo relativo a su participación en el juicio oral y público, con sus diversos grados. Finalmente, nos brinda algunas referencias jurisprudenciales de interés y nos indica las disposiciones legales relativas a la materia.

Del **Lic. Alejandro Bermúdez Mora,** publicamos **"Las fuentes de la prohibición".** Su tesis es que el De-

recho Penal moderno puede verse como producto de una situación histórica, compleja cuyos antecedentes se encuentran en las estructuras económicas y en el sustrato de la cultura jurídica occidental. Entre estos factores anota el cambio radical en el sistema de producción de los bienes, la instalación del aparato del Estado burgués, el abandono de las teorías arcaicas del castigo (como la Teoría del Suplicio) y la introducción del principio de racionalidad en el Derecho Penal, así como la formulación de las tesis defensivas y la justificación del derecho al castigo. Caracteriza el modo de producción del capitalismo y su relación con una caracterización "propietaria" de los delitos, considerando elementos de historia, criminología y de economía sobre el capitalismo. Se refiere entonces a los epistemes del penalismo moderno y comenta el principio de la técnica más eficiente, el principio de la contratación social, el principio del equilibrio para la finalidad de las penas, el principio de traslación del ámbito de aplicación de las penas y el principio de la semiótica penal.

"Patrimonio Histórico Arquitectónico: ¿Una nueva Legislación?", es el título de la interesante contribución de la **Licda. Sara Virginia Castillo Vargas**, quien comenta el Decreto 18732 de 29 de noviembre de 1988 que derogó el Decreto 18635-C de 2 de noviembre del mismo año, sin exponer ninguna justificación. A partir de algunos ejemplos nos revela la falta de coherencia en las políticas estatales. Nos indica los criterios que se utilizan para la preservación del patrimonio arquitectónico, así como su sustento jurídico, en el campo internacional y en los niveles constitucionales y legales. Denuncia la alarmante situación de la legislación nacional, su ineficacia y su falta de correspondencia con los modernos principios. Finalmente se refiere al proyecto pendiente en la Asamblea Legislativa, afirmando que es prioritario que los legisladores respondan con la celeridad que se requiere, por cuanto nuestro patrimonio está siendo destruido furtiva y despiadadamente.

Una vez más contamos con la valiosa colaboración del **Psic. Andrés Umaña di Palma**, quien se ha venido destacando notablemente por sus trabajos en el ámbito de la Criminología en nuestro país; en esta ocasión nos brinda **"El Trabajo en Prisión"**. El autor afirma que en el proceso de rehabilitación del delincuente es imprescindible implantar actividades laborales. El artículo que hoy presentamos es fruto de estudios científicos realizados en el Departamento de Investigación Social y Estadística del Ministerio de Justicia y expone los resultados de los exámenes que se realizaron en la Reforma; sugiere algunas recomendaciones sobre diversas modalidades en que sería posible llevar a cabo el trabajo, entre ellas, los trabajos públicos y los agrícolas, con la debida planificación.

Ofrecemos, también, **"Plantación de árboles cerca de límites entre vecinos"**, donde brindamos informa-

ción doctrinal y jurisprudencial relativa al tema, considerando que éste se enmarca dentro de la llamada doctrina del abuso del derecho, por lo que, junto a las consecuencias puramente reales pueden existir consecuencias jurídicas de orden obligatorio extracontractual.

Finalmente, continuamos con nuestras secciones: **Reseña Bibliográfica, Pronunciamientos Especialmente Relevantes, Información Normativa, La Ciencia al Servicio de la Justicia y Jurisprudencia.**

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4) El dador adquiere el objeto conforme a las estipulaciones técnicas del tomador, y no tendrá frente a éste responsabilidad por vicios en el objeto.

5) Asumir el tomador la conservación y mantenimiento, además de los riesgos y vicios de la cosa.

6) El tomador se subroga en los derechos del dador contra el vendedor del bien.

Asimismo encontramos ciertos aspectos recurrentes en el contrato de leasing:

Desde el punto de vista de la función económica, encontramos la prevalencia de la función de financiación (financiamiento indirecto de las inversiones productivas de las empresas), y desde la perspectiva jurídica, la presencia de una concesión de uso y goce a título oneroso o de un derecho de disfrute, no asimilable a la situación jurídica del propietario;[62] y la posibilidad de transformación del derecho personal de disfrute en un derecho de propiedad al término del contrato.[63]

A modo de corolario, diremos que el leasing financiero excede los moldes clásicos de la compraventa y el arrendamiento, pues la primera impide la devolución del bien adquirido cuando ha dejado de ser económicamente útil, y el segundo, impide el acceso a la propiedad del bien, lo que hace el leasing financiero es superar ambos impedimentos. En suma, "La novedad jurídica del leasing se asiente en los aspectos impeditivos de la compraventa y de la locación, estructurando un instrumento contractual moderno y apto para las necesidades contractuales del sector empresario en materia de equipamiento y sustitución de la obsolescencia".[64] Aun podemos agregar que el vínculo unitivo de los diversos elementos del leasing financiero, lo constituye la financiación, pues la sociedad de leasing estudia el negocio desde el punto de vista de la celebración de una inversión u operación de financiación habitual, y el tomador también tiene que tomar una decisión financiera. Por lo anterior, se ha afirmado que "Sin financiación no habrá leasing, en el sentido de negocio jurídico autónomo. Solo habría una unión de contratos independientes entre sí, que impediría la consecución de las finalidades económicas y prácticas que caracterizan el leasing como unidad jurídica total e indisoluble".[65]

D. Configuración del contrato en el Derecho costarricense.

El contrato sub exámine ha logrado en nuestro país un grado de tipicidad social considerable y de importancia; ha sido y es practicado, por una buena cantidad de sociedades financieras, empresas vendedoras de computadoras, facsímiles, y otros equipos de oficina y especializados.

Hemos visto como el leasing financiero, implica una serie de ventajas tributarias, tanto para el dador como para el tomador, al primero le permite deducir las cuotas de depreciación necesarias para compensar la obsolescencia, deterioro o desgaste de los bienes de equipo (art. 8, inc. f), Ley Nº 7092 del 21 de abril de 1988, (Ley del Impuesto sobre la Renta) y fraccionar el ingreso gravable. El tomador puede deducir como gastos necesarios para generar los ingresos gravables o conservar su fuente productora, los cánones pagados.

En último término, el régimen jurídico del leasing financiero, es una cuestión de política fiscal, si se le reputa como compraventa a plazos o a cuotas perderá todo su atractivo, distinto será si se le considera un arrendamiento.

Empero, en nuestro Ordenamiento Jurídico, la Ley de Impuesto General sobre Ventas (Nº 6826 de 8 de noviembre de 1982), al definir el hecho generador en su artículo 2,

---

62. V. BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F.D. y NATOLI, U., *Diritto Civile*, Obbligazioni e Contratti, Torino, UTET, S.E., tomo III, 1986, p. 627.

63. *Loc. cit.*

64. BARREIRA DELFINO, E., *op. cit.*, pp. 3-4.

65. *Ibidem*, p. 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

inciso c), (art. 3 del Reglamento a esa Ley), entiende por venta "El arrendamiento de mercancías con opción de compra" y en general "Cualquier acto que involucre o que tenga por fin último la transferencia de dominio de mercancías, independientemente de su naturaleza jurídica y de la designación, así como de las condiciones pactadas por las partes" (inciso e). Lo anterior aunado al principio de la realidad económica o transparencia fiscal, establecido en el artículo 8, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios[66] y a las potestades de verificación y control de la Administración Tributaria, han jugado un papel importante en la configuración del contrato. Por lo que la administración tributaria puede estimar que la opción de compra convierte el contrato de arrendamiento en una compraventa a plazos (disimulada), a través de diversos indicios, tales como el precio irrisorio de la opción de compra en relación al total de rentas, o los cánones superiores al valor de uso del bien.

Por lo anterior, las sociedades que llevan a cabo el contrato han adoptado la modalidad de realizar la operación de leasing financiero en dos momentos diferentes, entre los cuales debe haber simultaneidad ideológica pero no necesariamente material: 1) celebración del contrato de arrendamiento, con todas las características que la finalidad de tal contrato persigue, y 2) en un documento aparte, se celebra una opción de compra (promesa unilateral).

En tal sentido, en nuestro medio se ha reputado el leasing financiero como un arrendamiento con un plazo generalmente largo, al cabo del cual el usuario goza del derecho de ejercer una opción de compra sobre el bien arrendado, pudiéndolo adquirir por un precio simbólico que no representa su verdadero valor de mercado: "Desde el punto de vista civil, el contrato en discusión es una figura compuesta por dos negocios jurídicos separados: un contrato de arrendamiento que no transfiere la propiedad de los bienes y cuyos pagos son por concepto de alquiler únicamente; y una opción de compra, que únicamente otorga al beneficiario de la opción el derecho de ejercerla dentro del plazo concedido, por el precio pactado. Al combinar ambas figuras, surgen problemas con la naturaleza jurídica del contrato".[67]

Tales problemas son los siguientes: a) si como parte del precio de la opción de compra, se hacen abonos al precio de la compraventa (pagos del canon o renta por alquiler imputados a la compraventa), nos enfrentamos a una compraventa perfecta, operándose automáticamente la transmisión del dominio al optante, quedando a la sazón como comprador. Por ello se afirma que "La realidad jurídica y económica de la transmisión es que las partes han celebrado un contrato de compraventa";[68] b) el tomador del bien, podría argumentar el perfeccionamiento de la compraventa, generándole problemas al dador-propietario, en el ejercicio de la acción reivindicatoria, en caso de falta de pago de los abonos convenidos por parte del primero; c) la administración tributaria puede considerar el negocio como una compraventa perfecta desde que el tomador paga el primer canon. "Consecuentemente, estaría en capacidad de no aceptar como deducción al impuesto de la renta, las cuotas de depreciación del propietario ni los pagos de alquiler del arrendatario. Con esta interpretación, todos los benefi-

---

66. V. GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Depalma, 3ª edición, vol. I, 1984, pp. 74 y ss.

67. VÁZQUEZ GEHRELS, Enrique, *Problemas jurídicos del contrato de arrendamiento con opción de compra*, ensayo inédito en páginas poligrafiadas, p. 1.

68. *Ibídem*, p. 2.

cios de la figura en discusión quedarían anulados".[69]

Todo contrato innominado debe reunir los elementos esenciales, entre los que destaca poseer una causa propia y determinada (causa atípica), la cual desde luego debe ajustarse a los límites que le impone la ley para darle unicidad al mismo, no obstante, la misma es difícil de encontrar y determinar en un arrendamiento separado documental y materialmente de una opción de compra, por ello podemos calificar el leasing financiero, tal y como ha sido practicado en nuestro medio y desde una perspectiva puramente pragmática, como una figura más de los contratos vinculados o recíprocos,[70] los cuales son autónomos y al propio tiempo interdependientes y cuya característica "...deriva de la intención de las partes, las cuales conciben los dos contratos como una **unidad económica**. Desde el punto de vista jurídico, su característica estriba en esto: en que cada uno constituye como la causa del otro".[71]

E. Caracteres jurídicos.

1. Consensual: Se perfecciona con el mero consentimiento de la partes.

2. Plurilateral: Surgen obligaciones recíprocas para el tomador y el dador, partes principales, pero también para el proveedor parte secundaria.

3. Adhesivo: Se perfecciona con la aceptación por el tomador del contenido contractual predispuesto por el dador, sin discutirlo.

4. Oneroso: Cada prestación implica una disminución patrimonial, pero se compensa con la contraprestación, obteniendo ambas partes utilidad.

5. Conmutativo: Las ventajas emergentes del contrato son ciertas y susceptibles de apreciarse desde la formación del contrato.

6. Traslativo de Uso y Goce: Se le concede al tomador el uso y goce de un bien.

7. Tracto Sucesivo: Las prestaciones se cumplen a cada instante, periódica y continuamente, el contrato no se ejecuta en un solo momento.

8. No formal: No se exige formalidad alguna, aunque por razones de seguridad y en consideración al volumen económico, se recomienda formalizarse por escrito y someterlo a un registro mercantil.

9. *Intuito personae:* La capacidad económica del tomador y la confianza que se le tenga, es vital para hacerlo merecedor del crédito.

10. Mercantil: El dador cumple una función intermediadora en el crédito con un propósito de lucro.

11. Innominado: En este contrato tiene vital importancia la autonomía de la voluntad (art. 1022 C.C.), pues las partes determinan su contenido y efectos, siempre que no atente contra el orden público, la moral y las buenas costumbres. Es un contrato típico socialmente hablando, pero jurídicamente atípico.[72]

---

69. ROJAS PALMA, Rodrigo, señala que tributariamente al leasing financiero debe dársele el tratamiento del arrendamiento, pues "De asignarle otro carácter perdería el leasing su objetivo principal cual es servir de medio de financiación a personas que no tienen los recursos necesarios para adquirir de contado los bienes de capital. Siendo, entonces, un arriendo, ambos —arrendatario y arrendador— se benefician, puesto que uno obtiene el bien que requiere y el otro, recibe pago por los cuales tributa en la medida que los percibe. Desde la perspectiva de la venta la situación del leasing se aprecia más desventajosa puesto que implica un reconocimiento del ingreso total a la fecha de celebración del contrato... esta circunstancia le restaría toda utilidad a esta operación, ya que la sociedad de leasing se vería obligada a tributar por el total y el arrendatario a pagar el precio al momento de la celebración del contrato. Como se podrá apreciar, esta posición debe ser rechazada en la teoría y en la práctica", *op. cit.*, p. 118. V. JUAN LOZANO, Ana María, *A propósito de la tributación en el IVA del contrato de leasing*, **Revista Española de Derecho Financiero**, Madrid, Civitas, No. 67, jul.-sept. 1990, pp. 351 y ss.

70. MESSINEO, F., *op. cit.*, p. 402.

71. *Loc. cit.*

72. V. D'ELIA, Rosa y RONCHETTI, Néstor, *Tipicidad y atipicidad contractual*, **Revista Notarial**, Buenos Aires, No. 826, año 81, 1976, pp. 615-616.

II. ELEMENTOS

A. Subjetivos.

El contrato de leasing financiero involucra a tres polos subjetivos de interés, el dador, el tomador y un tercero que aunque secundario, juega un papel determinante en algunas relaciones del contrato, el proveedor.[73-74]

1. Dador.

El dador o sociedad de leasing tiene como único cometido ofrecer respaldo financiero, aporta recursos financieros para adquirir los bienes objeto del contrato.[75] Su función consiste en **adquirir bienes** con el objeto de **trasladar el uso y goce**; la compraventa se justifica en términos de la concesión del uso y goce al tomador o usuario, se trata, entonces de una actividad intermediadora.[76] De lo que antecede, se desprende su vocación esencialmente financiera.[77]

Lo recomendable, es que el dador se organice como una sociedad anónima, dado el costo y volumen económico que supone la operación. Nuestro Código de Comercio, el cual en nada impide la constitución de tipos societarios que tenga por objeto el desarrollo del leasing financiero.[78]

El problema a dilucidar es si las instituciones bancarias y las sociedades financieras pueden realizar tal operación: Consideramos que los bancos comerciales del Estado y los privados están legalmente impedidos para realizarla, por la prohibición establecida en el artículo 73, inciso 3), de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional: "Queda estrictamente prohibido a los bancos comerciales... comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento (...)". En cuanto a las empresas financieras no bancarias (reguladas por la Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias, llamada antes de 1988 Ley de Regulación de Sociedades Financieras de Inversión y de Crédito Especial de Carácter no Bancario), después de la reforma introducida al artículo 10 ibídem por la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República No. 7107 de 4-11-88, no pueden realizarla, pues les está "...prohibido a las empresas financieras comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento". Sin embargo, el artículo 12, inc. f), ibídem, dispone que podrán "Realizar las demás operaciones o actividades lícitas y compatibles con la naturaleza de los egresos financieros".

2. Tomador.

Es la persona física o jurídica que recibe el uso y goce del bien. Puede ser un industrial, comerciante (persona física o jurídica) e inclu-

---

73. DE NOVA, Giorgio, considera indubitable el carácter trilateral del contrato, desde una perspectiva económica; mas desde una óptica jurídica, el asunto no es tan claro, pues carece del fin común propio de los contratos plurilaterales, y el consentimiento del proveedor no es esencial para concluir el contrato, por lo que tampoco puede tenerse como trilateral. *Op. cit.*, pp. 22-23.

74. "Condivido la tesi di chi nega (Calandra Buonaura) che possa individuarsi tra i due contratti un collegamento negoziale in senso tecnico: tale cioé da portare alla conseguenza che la patologia di un contratto comporta la patologia dell'altro. Perché si abbia collegamento in senso tecnico, é necessario che ricorra tra due contratti da un lato un nesso obiettivo (economico o teologico) e dall'altro una intenzione delle parti di collegare i varie negozi in uno scopo comune. Nel caso dell'operzione di leasing, no puó dirsi che il fornitore si determini alla vendita (o all'appalto) in funzione della circostanza che il bene verrá concesso in leasing dall'acquirente (o dal committente), e dunque non si puó ritenere che vendita (o appalto) e leasing siano contratti collegati. Quanto sin qui detto non significa que le parti possano instaurare un legame tra i due contratti." DE NOVA, Giorgio, *op. cit.*, p. 23.

75. V. RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, p. 499.

76. V. LINARES BRETON, Samuel, *op. cit.*, p. 27. Hay quienes consideran el leasing como una operación bancaria, y que la sociedad de leasing debe estar sujeta al derecho bancario. V. VÁZQUEZ PANDO, F., *op. cit.*, pp. 287-288 y LONDOÑO HOYOS, Fernando, *Propuesta de un sistema jurídico bancario para Colombia*, **Revista FELABAN**, Bogotá, Ed. Kelly, No. 49, mayo 1983, pp. 111-142.

77. V. DE LA CUESTA RUTE, José María, *op. cit.*, p. 541.

78. V. artículo 18, inciso 5) Código Comercio.

so una persona que ejerce una profesión liberal.[79]

Le corresponde el aspecto técnico de la operación, en el sentido de identificar y determinar sus necesidades, y escoger el proveedor y la clase de maquinaria o equipos que le satisfacen. Es él, y no el dador, quien da su conformidad sobre la calidad y funcionamiento del equipo al momento de la entrega.[80]

3. Proveedor.

Frecuentemente toma la iniciativa de los contactos iniciales entre la sociedad de leasing y sus clientes. Permaneciendo durante el contrato en relación directa tanto con el dador como con el tomador. Es quien ejerce atracción comercial sobre el tomador. Algunos dadores para vincularlo al contrato lo hacen firmarlo.[81]

La participación del mismo en el contrato es de vital importancia pues responde frente al tomador por la idoneidad, calidades técnicas y condiciones de funcionamiento del equipo, consecuentemente el dador se exonera de esa responsabilidad. Igualmente, responde ante el tomador por los vicios ocultos que sufra el bien, y de toda perturbación ilegítima en el uso y goce del equipo, imputable a un mejor derecho de terceros sobre el bien.[82]

4. Consentimiento.

El contrato de leasing financiero es consensual, el acuerdo se logra cuando el tomador acepta la oferta del dador.

Debe recaer sobre los siguientes aspectos: a) el bien dado en leasing; b) el precio; c) el término inicial de duración y; d) la opción de compra a favor del tomador.[83]

B. Objetivos.

1. Objeto.

Siendo el objeto del contrato el contenido jurídico específico, en el leasing financiero es la adquisición a cargo del dador de un bien de equipo y la cesión de la utilización y disfrute del mismo, a cambio de una renta periódica.

a) Bien dado en leasing financiero.

Se trata, por regla general, de bienes de capital destinados a una explotación económica determinada, sea destinados a la producción para obtener un beneficio (generan rentabilidad mejorando la producción) y no para satisfacer necesidades del tomador,[84] llamados también bienes de equipamiento profesional (bienes muebles que utiliza el industrial como instrumento para llevar adelante su proceso industrial).

b) Precio.

Es la remuneración que recibe la sociedad de leasing por el uso y goce del material de equipo. Normalmente se pacta para ser pagado en forma de mensualidades anticipadas.

Al ser pagado periódicamente, recibe el nombre de renta o canon, se programa para cubrirlo totalmente al cabo del término inicial forzoso y fijo. Comprende los siguientes rubros: a) precio o valor de uso; b) inversión para adquirir el bien; c) los intereses que generaría ese capital; d) los gastos de administración y; e) beneficio o rentabilidad para el dador.[85]

El objeto desde luego que debe ser cierto, existente o futuro, determinado o determinable y posible física y legalmente (arts. 627.2, 630 y 631 C.C.).

---

79. V. BLAS MARRUPE, J. y ROCCO, M., *op. cit.*, p. 1916.

80. V. RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, p. 498.

81. V. COILLOT, J., *op. cit.*, p. 94.

82. V. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *op. cit.*, p. 54.

83. V. *ibídem*, p. 55.

84. V. LINARES BRETON, S., *op. cit.*, p. 31 y BLAS MARRUPE, J. y ROCCO, M., *op. cit.*, p. 1917.

85. V. COILLOT, J., *op. cit.*, p. 59.

c) Causa (función económico-social).

El dador utiliza el contrato a fin de obtener un lucro por la financiación que brinda, y se exterioriza en la entrega de un bien para su uso y goce, para su posterior o eventual transmisión del dominio. El tomador celebra el contrato con el propósito de obtener financiación para sus inversiones productivas, el cual se concreta a través del uso y goce del bien que necesita para su explotación, sin necesidad de invertir inicialmente grandes sumas de dinero e inmovilizar capitales, teniendo la posibilidad al término del contrato de restituir el bien o de adquirirlo.[86]

C. Fases del contrato.

1. Prenegocial.

Esta es una etapa de colaboración que se inicia cuando el tomador determina sus necesidades y el material o equipo que las satisface, acto seguido negocia con el proveedor o fabricante. Se prolonga hasta que el dador formula al tomador una oferta de contrato, obteniendo así la posibilidad de lograr respaldo financiero.[87]

Se divide en dos subfases:

a) Negociación directa entre tomador y proveedor, en torno a las condiciones de compra del material; la fuerza vinculante de estas negociaciones surge cuando, por el éxito de las conversaciones, el proveedor formula una oferta de compraventa destinada al dador, que a juicio del tomador, se encuentre en posibilidades de financiarle la adquisición del bien.[88]

b) Negociación entre tomador y dador: Seguidamente el tomador dirige una propuesta al dador, después de haber escogido el bien, llenando una solicitud.[89]

Después de eso, el dador estudia la solicitud, tomando en consideración la aptitud del tomador para pagar el canon (analizando la condición económica del mismo y utilidad de la operación), y la rentabilidad de la inversión. Seguidamente manifiesta su voluntad de contratar, mediante la formulación de una oferta que contenga los elementos esenciales del contrato, y solo si esa oferta es aceptada por el destinatario —tomador—, adquiriendo el compromiso irrevocable de tomar el uso y goce de los bienes, procede a la compra.[90]

2. Perfección.

Se opera con el consentimiento (hay acuerdo cuando el tomador acepta la oferta formulada por el dador).[91]

3. Ejecución.

Se inicia con la compra, por parte del dador, del bien objeto del contrato. Firmado el

---

86. CREMIEUX-ISRAEL, D., *Leasing et credit bail mobiliers,* París, Dalloz, 1975, p. 29, afirma que la causa del leasing es garantizarle al tomador la utilización de un bien, como si fuere el propietario, durante un plazo mínimo y a un precio fijo por adelantado; asegurar a la sociedad de leasing el cobro de un importe o monto por concepto de renta, durante un lapso determinado, denominado período forzoso irrevocable.

87. V. RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.,* p. 494 y ESCOBAR GIL, Rodrigo, *op. cit.,* p. 42.

88. Se trata de una oferta (declaración unilateral de voluntad), por medio de la cual, el proveedor manifiesta su voluntad de contratar, y el Ordenamiento Jurídico le impone la obligación de no revocarla antes del término de la expiración, con el fin de poder el destinatario deliberar si acepta o rechaza la oferta. No se trata de una opción o promesa unilateral de venta, pues la misma es un contrato preliminar que le impone a las partes la obligación de otorgar un contrato posterior —definitivo—. Rechazamos las tesis que explican esta subfase acudiendo al contrato de mandato: a) que el tomador actúa como mandatario del dador, y la gestión consiste en negociar las condiciones del contrato de compraventa; lo cual es inadmisible en esta fase pues dador y tomador no han entrado en contacto; b) el dador actúa como mandatario del tomador —mandante— en la compra del bien, pues aun en el mandato sin representación los efectos jurídicos patrimoniales caen en cabeza del mandante, y evidentemente el tomador no adquiere la propiedad del bien ni hace la inversión de su compra. V. COILLOT, J., *op. cit.,* pp. 131-132.

89. La solicitud debe contener la identidad de la empresa o persona que solicita el leasing; descripción de los bienes a adquirirse (características, destino y ventajas), precio y forma de pago; plazo de entrega y proveedor a quien se le adquiere.

90. V. DE NOVA, G., *op. cit.,* pp. 24-26. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *op. cit.,* pp. 48-49.

91. Es preferible que se instrumente por escrito para efectos *ad probationem.*

contrato, el dador acepta por su cuenta la oferta del proveedor. De seguido, expondremos los derechos y obligaciones de las partes, como parte de esta fase ejecutiva.[92]

III. EFECTOS DEL CONTRATO

A. Obligaciones y derechos del dador.

1. Obligaciones.

Dada la vocación y especialización financiera del dador las obligaciones del mismo se simplifican al máximo, además de desplazarlas a otros sujetos intervinientes en el esquema contractual: al proveedor (obligación de entrega, garantías de evicción y vicios ocultos), o bien al tomador (obligación de mantenimiento).

a) Comprar el bien: esta es la principal obligación del dador, pues la asume en forma plena y total. Debe adquirir no cualquier bien, sino el previamente escogido por el tomador, y a un proveedor en concreto. En virtud de esta compraventa, el proveedor queda vinculado definitivamente al contrato (pues el dador le transfiere las obligaciones de entrega y garantía). Para que el tomador exija la entrega e instalación del material, es necesario que pague el precio. Hecho eso el dador ha financiado la operación, y la entrega depende del proveedor.[93]

b) Velar por la entrega: La entrega del material, depende del pago oportuno del precio de la compraventa por parte del dador. Consecuentemente, el dador debe velar porque el proveedor cumpla, para con el tomador, con la obligación de la que es acreedor.[94]

c) Mantener al usuario en el goce y disfrute durante el término inicial: El usuario tiene el derecho de servirse del bien en forma tranquila y pacífica, por eso el dador debe abstenerse de cualquier acto que perturbe, menoscabe o altere la explotación económica del equipo y su posesión (se aplican analógicamente las reglas del arrendamiento de los arts. 1133, pár. 2º y 1135 C.C.).[95]

d) Respetar la opción de compra: Ésta es un derecho fundamental del usuario, por lo que el dador debe respetar el precio de ésta, plazo concedido para su ejercicio y permitir la libre decisión de aquél.[96]

2. Derechos.

El dador tiene los siguientes derechos: inspección y publicidad, el primero, para evitar la utilización abusiva, y el segundo, para identificar la propiedad de los bienes; percibir el canon pactado; exigirle al tomador otorgue una garantía que asegure el bien contra todo riesgo; percibir el valor residual, si el tomador ejercita la opción de compra; resolver el contrato, en caso de inejecución de las obligaciones (v. art. 1140 y 1147 C.C.).[97]

B. Obligaciones y derechos del proveedor.

1. Obligaciones.

a) Entrega del bien: Al tratarse de una compraventa mercantil con la entrega, el proveedor le transfiere la titularidad al dador y le cede la utilización y disfrute al tomador.

La entrega por el proveedor, obedece a que el dador es acreedor y deudor de esa obligación, además le son entregados al tomador,

92. V. COILLOT, J., *op. cit.*, pp. 139-140.

93. V. RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, p. 507. COILLOT, J., *op. cit.*, pp. 153-154. LINARES BRETON, S., *op. cit.*, p. 28 y ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 72.

94. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 73 y BLAS MARRUPE, J. y ROCCO, M., *op. cit.*, p. 1916.

95. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 73.

96. *Loc. cit.*, v. DE NOVA, G., *op. cit.*, pp. 26-31.

97. V. CORSI, L., *op. cit.*, pp. 284-285 y OLVERA DE LUNA, O., *op. cit.*, p. 179.

por cuanto su vocación técnica le permite exigir con mejor criterio las garantías y responsabilidades, nacidas de la entrega e instalación del material (el tomador debe, normalmente, firmar dos actas de conformidad: de las características del equipo con lo pedido, y del buen funcionamiento, pues asume los riesgos de la entrega). En caso de incumplimiento de la entrega, por mora en el pago, el tomador puede solicitar la resolución o ejecución forzosa, en la situación opuesta, se le ceden los derechos del dador contra el proveedor moroso. En cuanto al lugar, momento y gastos de entrega, salvo pacto expreso, se aplican las reglas de la compraventa.[98]

b) Garantías: El tomador, por un pacto expreso con el dador, adquiere los derechos y acciones frente al proveedor. Lo que se explica en cuanto el tomador tiene la competencia técnica necesaria para determinar, al momento de la entrega, si el bien se ajusta a las características prefijadas, si es idóneo para el logro de la rentabilidad, etc.

El dador, por su vocación financiera, tiende a exonerarse de la garantía, por haber adquirido el bien de buena fe, y no haberlo tenido antes en sus manos. Al no ser de orden público, las normas sobre las garantías, bien puede el dador exonerarse o limitar el alcance de las mismas.[99]

La primera garantía debida por el proveedor es la de los vicios ocultos; en las situaciones donde media un vicio de este tipo, el tomador no puede dirigirse contra el dador, si éste se ha exonerado de tal responsabilidad, por contar el tomador con los medios técnicos para percatarse de ellos.[100] De no ser así, el dador le debe al tomador las garantías de los artículos 1133 y 1134 del Código Civil los cuales prevén la resolución y la disminución del precio (quanti minoris), ante los vicios ocultos al celebrarse el contrato o sobrevenidos.

En los casos en que el dador se exonera de esa garantía, transfiriéndole al tomador las que tiene frente al proveedor (vendedor), se aplicarían las normas de la garantía en la compraventa. Pudiendo el tomador ejercer frente al proveedor la acción redhibitoria. Empero, en nuestro Ordenamiento Jurídico, esta acción no se encuentra regulada, así el artículo 1082 del Código Civil prevé una acción de nulidad o anulabilidad relativa que opera cuando media el error como vicio de la voluntad, no obstante los artículos 450 y 467 del Código de Comercio establecen una acción de repetición que se asemeja más a la redhibitoria. En todo caso, podría el tomador demandar al proveedor por incumplimiento contractual, por entregar un bien que no cumple su función normal y distinto del pactado (artículos 692, 693, 701, 702, 704 y 764 Código Civil). Desde luego, nada impide que las partes, ante la presencia de esos vicios, pacten esa acción.

La segunda garantía es la de evicción, normalmente el proveedor, en calidad de vendedor, le garantiza directamente al dador, e indirectamente al tomador, la transferencia libre y sana del dominio del bien (goce pacífico), y que no va a ser privado del mismo, por acción de un tercero o sentencia judicial.

Esta garantía es la prevista en los artículos 1034 a 1042 del Código Civil, en tales casos la responsabilidad del vendedor se traduce en una obligación de indemnizar variable en intensidad según medie buena o mala fe. En los casos de evicción parcial el tomador puede

---

98. V. COILLOT, J., *op. cit.*, pp. 154-155.

99. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 74. y COILLOT, J., *op. cit.*, p. 75 y 161.

100. El Tribunal Superior puertorriqueño, recientemente resolvió un asunto en el cual determinó la validez de la cláusula contractual en la cual el dador y tomador pactan la exoneración de responsabilidad por aquél, además de permitirle a éste valerse de todas las garantías correspondientes frente al proveedor, fabricante o vendedor. Tal razonamiento lo hizo con fundamento en un artículo similar al 1022 de nuestro Código Civil. Ese Tribunal consideró las cláusulas de exclusión y extensión de garantías como típicas del contrato de arrendamiento financiero; justificándolas en cuanto el dador deviene propietario a petición, y en interés del tomador. V. MENDOZA MÉNDEZ, *Enrique, Apuntes sobre el arrendamiento financiero*, **Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico**, vol. LII, No. 3, 1983, pp. 671-672. V. en igual sentido COILLOT, J., *op. cit.*, p. 157 y SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 8ª edición, 1986, pp. 180-181.

optar entre la indemnización proporcional a la pérdida o la resolución del contrato, si la parte respecto de la que fue vencido es de tal importancia en relación con el todo, que sin ella no hubiere realizado la adquisición (art. 1041 Código Civil).

C. Obligaciones y derechos del tomador.

1. Obligaciones.

a) Escoger el bien: No constituye una obligación en sentido estricto, pero el dador no adquirirá el bien, en tanto el tomador no se obligue a tomar el uso y goce, como consecuencia de haberlo escogido. La colaboración entre dador y tomador, se da en la escogencia técnica del bien y la financiación del mismo.

b) Constancia de la conformidad en la entrega: El dador sustituye su derecho a la entrega con la obligación de la misma naturaleza del proveedor, por lo que el dador, debe hacer constar su conformidad con la entrega y condiciones de funcionamiento y estado del equipo.[101]

c) Uso y goce del bien según los términos del contrato: El bien debe utilizarse ajustándose a los términos del contrato, su naturaleza, función y destino. El destino, se precisa por la obligación de usar el bien conforme a los imperativos técnicos y usos profesionales, siguiendo las instrucciones del proveedor. La explotación del bien debe ser racional, como la de un "buen empresario", sin cambiar el destino indicado en el contrato. En consecuencia, el uso adecuado excluye su cesión a terceras personas (v. gr. subarriendo). Al tomador, se le prohíbe toda modificación en la utilización o funcionamiento y desprendimiento del bien (v. arts. 1137, 1138 en relación 1140 Código Civil).[102]

d) Pagar el precio o cánones: Es una obligación de dar, durante el término del contrato y por la utilización del bien. El precio está integrado por varios rubros: costo del bien o importe de la inversión, remuneración del capital, gastos generales de administración, y un margen de utilidad o beneficio para el dador. Ese valor, se paga durante el término del contrato, y se divide en cánones periódicos, siendo exigibles usualmente por mes.[103]

e) Mantenimiento de los bienes: Hay aquí un desplazamiento de obligaciones propias del arrendante (arts. 1129 y 1130 Código Civil: le corresponden al arrendante las reparaciones ordinarias y necesarias), pues le corresponde al tomador.[104]

f) Permitir la inspección y publicidad: Derivan del derecho de propiedad del dador sobre el bien, pues debe verificar si existen abusos en la utilización del mismo, por eso controla el mantenimiento y utilización del equipo, pudiendo hacer recomendaciones acerca de su uso y reparaciones. Para efectos de publicidad frente a terceros, el dador obliga al tomador a mantener con letra visible e inalterable una placa o distintivo, especificando su titularidad sobre el bien.[105]

g) Contratar seguros: El dador le exige al tomador un seguro contra todo riesgo, para recuperar el importe invertido, en caso de pérdida del bien. No obstante, el dador suele asumir los riesgos de funcionamiento del material. En ocasiones, se pacta que ante la destrucción del bien por caso fortuito o un tercero, el tomador debe seguir pagando el precio; situación

---

101. V. RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, p. 505.

102. V. COILLOT, J., *op. cit.*, p. 158, CORSI, L., *op. cit.*, p. 285 y ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 77.

103. V. *ibídem*, pp. 77-78.

104. V. *ibídem*, p. 79.

105. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 79. En Francia por disposición del decreto No. 72-665 del 4 de julio de 1972 se impuso la obligación de brindarle publicidad al contrato de "credit-bail mobilier", por ser el leasing financiero una operación contablemente neutra, podría crear una apariencia de solvencia susceptible de engañar a terceros dispuestos a entrar en relación con el tomador, entonces, se impone ofrecer un panorama claro del patrimonio real, sobre todo si se trata de una persona jurídica. V. LUCAS DE LEYSSAC, Claude, *L'obligation de publier les contrats de crédit-bail mobilier et son application dans le temps*, **Recueil Daloz Sirey**, París, 29 janvier, No. 5, 1975, pp. 23-24.

inadmisible por atentar contra la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales, pues la imposibilidad de ejecución extingue la obligación afectada y la correlativa (v. art. 834 Código Civil); en todo caso las cosas perecen para su dueño.[106]

h) Informar de los actos perturbatorios de terceros: El dador tiene derecho de tomar las medidas necesarias para el reconocimiento de su titularidad dominical sobre los bienes, por lo que el tomador debe comunicarle cualquier acción que intente un tercero en contra de los mismos. En esa misma medida, el tomador no puede gravar los bienes entregados.[107]

i) Restituir el bien: Al vencimiento del término inicial fijo, debe devolver el bien, en caso de no celebrarse un nuevo contrato en condiciones distintas o de no ejercer la opción de compra. El bien debe restituirse en buen estado (v. art. 1144 Código Civil), salvo el deterioro normal derivado de su uso y goce. Son los gastos de restitución, desmontaje y reinstalación a cargo del tomador.[108]

2. Derechos.

a) Exigir el uso y goce del bien: El tomador puede exigir la entrega del bien para su explotación económica (utilización).

b) Cláusula de extensión o subrogación de garantías: Por la vocación financiera del dador, las garantías debidas por el proveedor son transferidas al tomador.[109]

c) Celebración de un nuevo contrato: El tomador puede contratar de nuevo, transcurrido el término inicial se supone la amortización de los bienes, los cuales tienen un valor residual, de esta manera se pactará un nuevo precio inferior al inicial cuyos componentes serán las utilidades esperadas y la recuperación del valor residual. Aun cuando se trata de los mismos sujetos y objeto, en realidad no se trata de una prórroga, ampliación o renovación, del término inicialmente fijado, sino de un nuevo contrato, pues la relación jurídica sufre cambios sustanciales reveladores del ánimo de extinguir dicho vínculo y sustituirlo por otro nuevo.[110] Hay variaciones sustanciales en el precio, plazo, bien y consentimiento de las partes. Se trata de una promesa unilateral de dar en leasing financiero, la cual debe aceptarse en las condiciones previamente establecidas, y antes de la expiración del término inicial.[111]

d) Opción de compra: El derecho optativo a favor del tomador, nace de la cobertura del costo del bien por el conjunto de cánones pagados durante el término inicial.[112] Esta opción de compra es uno de los elementos definitorios del contrato sub exámine, y constituye una típica promesa unilateral de contrato aceptada en cuanto a la fijación del plazo determinado de la oferta hecha por el promitente, y en virtud de la cual, este último, se obliga a celebrar un contrato de compraventa, si en un momento definido el optante decide aceptarla, por lo que constituye un precontrato o contrato preparatorio (preliminar). Al celebrarse el contrato de arrendamiento financiero y formularse la promesa unilateral del dador, deben estar determinados los siguientes elementos: a) Precio: recibiendo en la opción el nombre de valor residual, siendo inferior al comercial pues ya se amortizó. El mismo, debe estar determinado o ser determinable, para no hacer nugatorio el derecho del tomador. Debe, también, ser real, pues si es irrisorio estaremos ante una compraventa simulada a plazos; es necesario formularlo indepen-

106. V. RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, p. 503; ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 485; COILLOT, J., *op. cit.*, p. 159 y MENDOZA MÉNDEZ, E., *op. cit.*, p. 685.

107. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 66.

108. V. *ibídem*, p. 79 y RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, p. 506. V. DE NOVA, G., *op. cit.*, pp. 31-34.

109. V. MENDOZA MÉNDEZ, E., *op. cit.*, p. 674.

110. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 88. Cfr. con PARRA BORTOT, E., *op. cit.*, p. 67.

111. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 89.

112. V. *ibídem*, p. 61.

dientemente del conjunto de cánones desembolsados; b) Cosa: bien dado en leasing; y c) Plazo: es el período fijado por las partes, en el cual el promitente debe mantener su oferta (unilateralidad) y el usuario aceptarla o no, suele coincidir con la duración del período inicial. El tomador debe ejercitar su derecho optativo antes de la terminación del contrato.[113]

El ejercicio de la opción de compra, depende de varios factores, tales como el grado de obsolescencia del equipo, planes de producción, estrategias de comercialización y condiciones del mercado.

En el caso de ejercicio de la opción, el tomador pasa de mero tenedor a propietario y compensa la obligación de restitución con el derecho de entrega (v. art. 482, párrafo 2º Código Civil).

Si el tomador no ejercita su derecho optativo, deberá restituir el bien, y como al dador no le interesa conservar el bien, procederá a su venta.[114]

D. Clausulado accesorio.

Las partes suelen pactar una serie de cláusulas accesorias, como la compromisoria y la penal. Esta última, tiene especial relevancia en el contrato de leasing financiero; ante la eventualidad del incumplimiento, por parte del tomador, puede resolverse, con la obligación de pagar la totalidad de las mensualidades no vencidas o buena parte de ellas.[115] Su justificación, radica en las dificultades que puede tener el dador para colocar un material demasiado especializado en un mercado pequeño.[116] En el tanto el período inicial y los cánones están previstos para amortizar el bien y reportar otras ganancias, la ruptura del contrato para el dador podría tener consecuencias económicas desastrosas.[117] El principal problema es determinar su monto, pues en la práctica, se suele pactar en una suma equivalente a las rentas debidas por el tomador, además de devolver el bien; en otras ocasiones, en lugar de liquidarse la totalidad de los cánones por vencer, se paga una fracción importante de los mismos. La cláusula penal, es una liquidación anticipada de daños y perjuicios en calidad de multa ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío del deudor (v. art. 708 Código Civil), esto es, se trata de una garantía accesoria (art. 709 Código Civil), convencional y sustitutoria (de los daños y perjuicios). En principio el dador puede exigir la pena o el cumplimiento de la obligación, pero no ambos extremos simultáneamente (arts. 711 Código Civil y 446 Código Comercio).[118]

IV. DURACIÓN Y EXTINCIÓN

A. Duración.

El término inicial (plazo de duración del contrato), es uno de los elementos esenciales del contrato, si el mismo no existe, estaremos ante un arrendamiento puro y simple u otra figura contractual. Se calcula, en función de la

113. V. *ibídem*, p. 62, RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, pp. 508-509, COILLOT, J., *op. cit.*, p. 170 y LINARES BRETON, S., *op. cit.*, p. 27.

114. Si el bien es vendido a un tercero, y se obtiene un precio inferior al residual, el tomador queda obligado a cubrir la diferencia, por considerarse que no hubo uso normal del equipo; si el precio de venta es superior, el tomador recibe el excedente. V. AVILÉS PÉREZ, R., *op. cit.*, p. 242; BOLLINI SHAW Y BONEO VILLEGAS, *op. cit.*, p. 293 y RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, 509.

115. V. DE NOVA, G., *op. cit.*, pp. 34-39. SILVA-RUIZ, P., *op. cit.*, p. 537.

116. V. COILLOT, J., *op. cit.*, pp. 91, 176-177 y CREMIEUX-ISRAEL, D., *op. cit.*, pp. 91-96.

117. V. COILLOT, J., *op. cit.*, p. 175.

118. El juzgador debe tener en cuenta la recuperación de los bienes por el dador (resolución), y el abono de una determinada suma de dinero por el tomador, y actuar equitativamente, para impedir que el segundo abone al primero una cantidad excesiva.

vida económicamente útil del bien y el plazo de su amortización.[119] Este término debe ser expresamente pactado y no puede revocarse unilateralmente por ninguna de las partes.[120]

Este término inicial fijo, se establece en interés de ambos contratantes, para el dador supone la existencia de un lapso mínimo indispensable para la amortización de los equipos y materiales, y para el tomador el término obedece a un proyecto de financiación para realizar sus planes de producción. Un término desvinculado de la amortización y la vida útil del bien significa, entonces, un incremento del precio y un desequilibrio en la rentabilidad.[121]

B. Terminación.

Como todos los contratos, tienen modos de terminación normales (expiración o vencimiento del término inicial fijo) y anormales. Dentro de los segundos, están: a) revocación: (acuerdo de partes para privar de eficacia el contrato), la cual se da esporádicamente, por las características económico-financieras de nuestro contrato;[122] b) destrucción de la cosa: En algunas situaciones se pacta, en clara desventaja para el tomador, que ante tal situación, ya sea por el hecho de un tercero o caso fortuito, no puede pretender disminución del precio, cláusula dudosamente válida al establecer un desequilibrio;[123] c) resolución: pudiendo ser legal (pacto comisorio tácito, art. 692 Código Civil) o convencional (pacto comisorio expreso, calificando el incumplimiento, y determinando sus consecuencias). El incumplimiento de las obligaciones del proveedor, resuelve el contrato de venta, constituyendo ello una condición resolutoria del contrato de arrendamiento financiero, pues para la entrega del bien al tomador es menester el cumplimiento previo del proveedor;[124] d) quiebra del dador o del tomador,[125] etc.

CONCLUSIÓN

El leasing financiero es un contrato innominado mixto por medio del cual se programan intereses merecedores de tutela, que exige e impone, ante su utilización creciente en nuestro medio, una regulación jurídica apropiada, para evitar las cláusulas abusivas y las interpretaciones divergentes en cuanto a su naturaleza y régimen jurídicos.

---

119. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 62; BLAS MARRUPE Y ROCCO, *op. cit.*, p. 1917. SHUKETT-BROWN-MOCK, *Técnicas financieras para el desarrollo de empresas*, México, Ed. Limusa, 1ª edición, 1979, pp. 78-79.

120. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 62.

121. V. RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, p. 409.

122. Podría darse cuando el tomador no desee continuar en la explotación económica del equipo y al dador le resulte más rentable colocarlo en otras manos.

123. V. CENTRO DE LEASING Y FACTORING, *op. cit.*, p. 240.

124. El efecto de la resolución del contrato de compraventa entre dador y proveedor respecto al de arrendamiento financiero entre dador y tomador, no es un aspecto pacífico en doctrina, tal parece que si el incumplimiento no es imputable ni al dador ni al tomador no podría resolverse el segundo contrato.

125. V. BARREIRA DELFINO, E., *op. cit.*, pp. 15-22. V. DE NOVA, G., *op. cit.*, pp. 41-51.

BIBLIOGRAFÍA

ABATTI, Luis Enrique, *Voz: Contrato de leasing,* **Enciclopedia Omeba,** apéndice tomo IV, Buenos Aires, Ed. Omeba, 1982.

ABATTI, Enrique, *El contrato de leasing,* Buenos Aires, Editorial Bias, S.E., 1979.

AVILÉS PÉREZ, René, *El contrato de leasing en Puerto Rico,* **Revista de Derecho Puertorriqueño,** Ponce Pto. Rico, Universidad Católica de Pto. Rico, No. 86, año XXII, noviembre 1982-febrero 1983.

BARREIRA DELFINO, E., *El leasing y la quiebra,* **Revista de Derecho Comercial y Obligaciones,** Buenos Aires, Depalma, No. 91, año XVI, febrero 1983.

BIGLIAZZI GERI, L.; BRECCIA, U.; BUSNELLI, F.D. y NATOLI, U., *Diritto Civile,* **Obbligazioni e Contratti,** Torino, UTET, S.E., tomo III, 1986.

BLAS MARRUPE, Jorge y ROCCO, Mónica, *El leasing,* **Revista Notarial,** Buenos Aires, No. 899, año 88, 1981.

BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado,* Buenos Aires, Depalma, 2ª edición, tomo II, 1983.

BOLLINI SHAW Y BONEO VILLEGAS, *Manual para operaciones bancarias y financieras,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición actualizada, 1981.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil,* Madrid, Ed. Tecnos, 3ª edición, 1978.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero,* **Anuario de Derecho Civil,** Madrid, tomo 35, fascículo 1, enero-marzo 1982.

CASAFONT ROMERO, Pablo, *Ensayos de Derecho Contractual, San José,* Colegio de Abogados, 2ª edición, 1979.

CENTRO DE LEASING Y FACTORING (FLORENCIA), *El leasing: Problemas jurídicos y efectos en la práctica,* **Revista FELABAN,** Bogotá, Ed. Kelly, No. 45, mayo 1982.

COILLOT, Jacques, *El leasing,* Madrid, Editorial Maffré, 4ª edición, 1979.

CREMIEUX-ISRAEL, D., *Leasing et credit bail mobiliers,* París, Dalloz, 1975.

DE ANDRADE GIL, Otto, *Leasing (arrendamento mercantil),* **Revista de la Informaçao Legislativa,** Brasilia, Editada pelo Senado Federal, No. 68, año 17, outubro-dezembro, 1980.

D'ELIA, Rosa y RONCHETTI, Néstor, *Tipicidad y atipicidad contractual,* **Revista Notarial,** Buenos Aires, No. 826, año 81, 1976.

DE NOVA, Giorgio, *Il contratto di leasing,* Milano, Giuffrè Editore, 2ª edizione, 1985.

DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles,* México, Harla, 1ª edición, 1983.

ESCOBAR GIL, Rodrigo, *El contrato de leasing financiero,* Bogotá, Ed. Temis, 1ª edición, 1984.

FERRI, Giuseppe, *Manuale di Diritto Commerciale,* Torino, UTET, 4ª edizione, 1978.

FRIGNANI, Aldo, *Il Diritto del Commercio Internazionale,* Torino, IPSOA, S.E., 1986.

FRISCH, Philipp y GUTIÉRREZ CARDONA, Carlos, *El arrendamiento financiero,* **Foro,** Colegio de Abogados México, 6ª época, No. 16, enero-marzo 1979.

GITMAN, Lawrence, *Fundamentos de administración financiera,* México, Harla, S.E., 1978.

GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero,* Buenos Aires, Depalma, 3ª edición, vol. I, 1984.

JOHNSON, Robert W., *Administración financiera,* México, Cecsa, 6ª edición en español, 1982.

JUAN LOZANO, Ana María, *A propósito de la tributación en el IVA del contrato de leasing,* **Revista Española de Derecho Financiero,** Madrid, Civitas, No. 67, jul.-sept. 1990.

LINARES BRETON, Samuel, *El contrato de locación financiera (leasing) en la banca argentina,* **Revista FELABAN,** Bogotá, Ed. Kelly, No. 31, setiembre 1978.

LUCAS DE LEYSSAC, Claude, *L'obligation de publier les contrats de crédit-bail mobilier et son application dans le temps,* **Recueil Daloz Sirey,** París, 29 janvier, No. 5, 1975.

MARZORATI, H., *El leasing como forma de inversión extranjera,* **Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones,** Buenos Aires, año 6, No. 35, octubre 1973.

MENDOZA MÉNDEZ, Enrique, *Apuntes sobre el arrendamiento financiero,* **Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico,** vol. LII, No. 3, 1983.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato,* Buenos Aires, EJEA, traducción tercera edición italiana, 1952.

MUÑOZ, Luis, *Contratos y negocios jurídicos financieros,* Buenos Aires, Ed. Universidad, S.E., tomo II, 1981.

OLVERA DE LUNA , Omar, *Contratos mercantiles,* México, Ed. Porrúa, 1ª edición, 1982.

PARDO, Fernando y OLCESE, Jorge, *Manual de crédito internacional,* México, Ediciones Contemporáneas, 2ª edición, 1984.

PARRA BORTOT, Édgar, *Consideraciones legales sobre el leasing,* **Revista FELABAN,** Bogotá, Ed. Kelly, No. 18, julio 1974.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios,* Bogotá, **Biblioteca FELABAN,** 2ª edición, 1979.

RICO PÉREZ, Francisco, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra,* **La contratación por leasing en España,** Madrid, Editorial Reus, 1974, p. 20.

ROJAS PALMA, Rodrigo, *Tratamiento financiero, contable y tributario del leasing en Chile,* **Revista de Derecho Económico,** Santiago de Chile, Dpto. de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nos. 54-55, julio-sept. y oct.-dic. de 1981.

ROLIN, Serge, *El leasing,* Madrid, Ediciones Pirámide, 1974.

SAGRERA RIBAS Y MARTORELL DE BALAZO, *Hacia un mayor conocimiento del contrato de leasing,* **Revista Jurídica de Cataluña,** No. 561, octubre 1972.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles,* México, Porrúa, 8ª edición, 1986.

SHOJI OGASAVARA, Roberto, *Leasing no Brasil: o arrendamento mercantil e o mercado-financeiro,* **XVIII Reunión de Técnicos de Bancos Centrales del Continente Americano,** Banco de la República Dominicana, 1-6 noviembre 1981.

SHUKETT-BROWN-MOCK, *Técnicas financieras para el desarrollo de empresas,* México, Ed. Limusa, 1ª edición, 1979.

SILVA RUIZ, Pedro, *El leasing inmobiliario en Puerto Rico,* **Revista Notarial,** Buenos Aires, No. 880, año 91, 1985.

VÁZQUEZ GEHRELS, Enrique, *Problemas jurídicos del contrato de arrendamiento con opción de compra,* ensayo inédito en páginas poligrafiadas.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando, *En torno al arrendamiento financiero,* **Revista de Investigaciones Jurídicas,** México, No. 4, año 4, 1980.

WALD, Arnoldo, *Aspectos tributarios do leasing,* **Revista de la Informaçao Legislativa,** Brasilia, Editada pelo Senado Federal, No. 46, año 12, abril-junho 1975.

ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, *Derecho de la empresa,* Buenos Aires, Ediciones Depalma, S.E., 1971.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO (ARRENDAMIENTO FINANCIERO) CON OPCIÓN DE COMPRA

LIC. ERNESTO JINESTA LOBO

SUMARIO

Pág.

Introducción. 15

I. Marco estructural y naturaleza jurídica. 15
A. Concepto 15
1. Descripción de la operación financiera 15
2. Denominación terminológica. 15
3. Definición del contrato. 16
4. Antecedentes. 16
5. Importancia-justificación 16
6. Ventajas y desventajas 17

B. Clases 19
1. En razón de los sujetos. 19
a) Leasing financiero. 19
b) Leasing operativo 19
c) Lease back o leasing de retro 20

2. En razón del objeto 21
3. En razón del ámbito geográfico 21

C. Naturaleza jurídica. 21
1. Contrato de préstamo 21
2. Contrato de depósito. 22
3. Contrato de mandato. 22
4. Contrato de arrendamiento 22
5. Contrato de locación-venta 23
6. Contrato de compraventa 24
7. Contrato innominado. 25

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

D. Configuración del contrato en el Derecho costarricense 27

E. Caracteres jurídicos 29

II. Elementos. 30
A. Subjetivos 30
1. Dador 30
2. Tomador 30
3. Proveedor 31
4. Consentimiento 31

B. Objetivos 31
1. Objeto 31
a) Bien dado en leasing financiero 31
b) Precio 31
c) Causa (función económico-social) 32

C. Fases del contrato 32
1. Prenegocial 32
2. Perfección 32
3. Ejecución 32

III. Efectos del contrato. 33
A. Obligaciones y derechos del dador 33
1. Obligaciones 33
2. Derechos 33

B. Obligaciones y derechos del proveedor 33
1. Obligaciones 33

C. Obligaciones y derechos del tomador 35
1. Obligaciones 35
2. Derechos 36

D. Clausulado accesorio 37

IV. Duración y extinción. 37
A. Duración 37

B. Terminación 38

Conclusión. 38

Bibliografía. 39

INTRODUCCIÓN

A la luz del principio de la autonomía de la voluntad, han surgido en los últimos tiempos, una gran cantidad de contratos atípicos, los cuales responden a las necesidades propias del dinámico tráfico comercial, y son manifestación elocuente de la contratación en masa y de la cooperación empresarial. Por medio de tales contratos, se satisfacen y programan intereses económicos muy particulares, para el desarrollo de la industria y el comercio, respecto de los cuales las figuras clásicas se muestran insuficientes y anquilosadas para su tutela y realización.

Dentro de esa multitudinaria eclosión de novedosos contratos, descuella el leasing financiero, en cuanto se ha erigido como una importante alternativa crediticia o de financiación, para la pequeña y mediana empresa. En su configuración jurídica, supone una serie de problemas por abordar, tales como su naturaleza jurídica y sus efectos en la fase de ejecución. A pesar de estar lo suficientemente desarrollado, doctrinaria y legislativamente, en Europa y algunos países americanos, es menester exponerlo y analizarlo a la luz de nuestro Ordenamiento Jurídico, ya que, ha irrumpido vigorosamente, durante los últimos años, en el contexto comercial y económico de nuestro país.

I. MARCO ESTRUCTURAL Y NATURALEZA JURÍDICA

A. Concepto.

1. Descripción de la operación financiera.

El leasing financiero, antes de ser un instituto jurídico es una operación o técnica financiera. En efecto, constituye una operación financiera a mediano o largo plazo para facilitar la utilización de bienes de capital o de equipo a quien carece del capital necesario para su adquisición. Por medio de la misma una sociedad especializada o entidad financiera adquiere bienes de un proveedor, a pedido y según las especificaciones técnicas señaladas por el futuro usuario necesitado de esos bienes, y le concede el uso y goce de los mismos, durante un plazo fijo (el cual coincide normalmente con el término de amortización o vida económicamente útil de los bienes), a cambio de una remuneración periódica. Al término del plazo fijo el usuario o tomador puede adquirir los bienes pagando un valor determinado. Debe tenerse claro que en el leasing financiero la financiación está garantizada con la propiedad de los bienes, pues la sociedad especializada o entidad financiera se reserva su propiedad.[1]

2. Denominación terminológica.

El vocablo inglés "leasing", deriva del verbo "to lease", que significa dar o tomar en arriendo. Debemos decir al respecto que la expresión es infeliz e insuficiente para expresar la complejidad del contrato, además tal y como se verá al tratar su naturaleza jurídica, el mismo excede la estructura jurídico-dogmática del arrendamiento e invierte sus efectos en determinadas situaciones. No obstante lo anterior, la mayoría de las denominaciones acuñadas tie-

1. Véase PARRA BORTOT, E., *Consideraciones legales sobre el leasing*, **Revista FELABAN**, Bogotá, Ed. Kelly, No. 18, jul. 1974, p. 65. BOLLINI SHAW Y BONEO VILLEGAS, *Manual para operaciones bancarias y financieras*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición actualizada, 1981, p. 304. MUÑOZ, Luis, *Contratos y negocios jurídicos financieros*, Buenos Aires, Ed. Universidad, S.E., tomo II, parte especial, 1981, p. 852. MARZORATI, H., *El leasing como forma de inversión extranjera*, **Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Buenos Aires, año 6, No. 35, octubre 1973, p. 715.

nen como núcleo común el arrendamiento.[2] La solución puede estar en hablar de "contrato de arrendamiento financiero con opción de compra" o de "contrato de financiación de uso de bienes ajenos", o bien de "leasing financiero" como un neologismo, y no simplemente de arrendamiento o leasing; de esa forma se subrayan las implicaciones financieras y económicas que hacen del mismo un contrato "sui géneris".

3. Definición del contrato.

El arrendamiento financiero con opción de compra o leasing financiero, es un contrato mercantil merced al cual una sociedad especializada (dador) se obliga a adquirir la propiedad de un bien de equipo, cuyo proveedor y especificaciones técnicas son señalados por el futuro usuario o tomador, y a conceder a éste la posesión, uso y goce a cambio de una remuneración periódica durante un término inicial fijo, inmodificable o forzoso que corresponde a su amortización o vida económicamente útil, al cabo del cual el tomador podrá optar por la compra del bien pagando un precio o valor residual preestablecido, solicitar la renovación del contrato bajo nuevas condiciones (sustitución del bien por otro nuevo o más moderno) o bien devolverlo.[3]

4. Antecedentes.

El leasing financiero nace en EE.UU. en la década de los 50, diez años después hace su aparición en Europa y Latinoamérica.[4] El primer uso se le atribuye al norteamericano D.P. Boothe Jr. en el año 1952, quien era gerente de una fábrica de productos alimenticios en California, y se vio urgido de maquinaria especializada para hacerle frente a un pedido especial de alimentos que le hizo el ejército norteamericano, concibiendo la idea de arrendar el equipo habida cuenta del costo de adquisición, volumen y posibilidades de renovar el pedido. Ante el éxito obtenido fundó la "U.S. Leasing" (United States Leasing Corporation), para financiar a otras empresas.[5]

Varios factores coyunturales a la posguerra determinaron el auge de esta figura: 1) mercado restringido e inaccesible a mediano plazo (EE.UU.); 2) régimen fiscal severo en materia de amortización y 3) empresas obligadas a una rápida renovación de su maquinaria y equipos acordes con el constante desarrollo tecnológico y el progreso científico vertiginoso, para lo cual muchas de ellas no contaban con recursos propios.[6]

5. Importancia-justificación.

Dos factores justifican el leasing financiero: el avance tecnológico, al generar a su vez el

---

2. En Francia se le denomina "credit-bail" (crédito-arriendo), "pret-bail" (préstamo-arriendo), "locatión-financement", etc. En Italia se denomina "prestito-locativo", "locazione finanziaria", etc. En España y Latinoamérica han hecho carrera las siguientes denominaciones: Arrendamiento financiero, crédito-arriendo, alquiler industrial, locación financiera, arrendamiento mercantil, y arrendamiento con promesa de venta. Véase DE ANDRADE GIL, Otto, *Leasing (arrendamento mercantil)*, **Revista de la Informaçao Legislativa**, Brasilia, Editada pelo Senado Federal, No. 68, año 17, outubro-dezembro, 1980, p. 231.

3. Sobre las definiciones que se han dado en doctrina véase ROLIN, Serge, *El leasing*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1974, p. 18. ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos, *Derecho de la Empresa*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, S.E., 1971, p. 191. SHOJI OGASAVARA, Roberto, *Leasing no Brasil: o arrendamento mercantil e o mercado-financeiro*, XVIII Reunión de Técnicos de Bancos Centrales del Continente Americano, Banco de la República Dominicana, 1-6 noviembre 1981, p. 1. ABATTI, Enrique, *El contrato de leasing*, Buenos Aires, Editorial Bias, S.E., 1979, p. 21. RICO PÉREZ, Francisco, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra. La contratación por leasing en España*, Madrid, Editorial Reus, 1974, p. 20.

4. V. BLAS MARRUPE, Jorge y ROCCO, Mónica, *El leasing*, **Revista Notarial**, Buenos Aires, No. 899, año 88, 1981, pp. 1909-1910.

5. Algunos señalan la raíz del leasing financiero en el siglo XIX, cuando algunas empresas industriales para darle una salida alterna a sus productos deciden arrendarlos; lo cual es errado pues esas empresas lo que realizaban era el leasing operativo. Es hasta los años 50 que nacen los intermediadores financieros, compradores y arrendadores de bienes y equipo, ya para la década de los 60 los bancos y las compañías de seguros realizan el leasing financiero. V. PARDO, Fernando y OLCESE, Jorge, *Manual de crédito internacional*, México, Ediciones Contemporáneas, 2ª edición, 1984, p. 152.

6. V. ABATTI, Luis Enrique, *Voz: Contrato de leasing*, **Enciclopedia Omeba**, apéndice, tomo IV, Buenos Aires, Ed. Omeba, 1982, p. 153.

riesgo de la obsolescencia; y la concentración de capitales en grandes empresas, ante lo cual el pequeño empresario se ve necesitado de acudir al leasing para mantenerse acorde con las exigencias de la sociedad y economía actuales, de esa manera financia la expansión y reequipamiento de su empresa.

El leasing financiero participa del espíritu moderno de colaboración y cooperación empresarial, pues existe "...la voluntad de las dos partes, una de vocación financiera, otra de vocación técnica, de cooperar en un interés común: la rentabilidad máxima del bien de producción".[7]

En suma, el leasing financiero es una nueva alternativa de financiación (frente al préstamo o la compraventa a plazos) rápida y flexible de bienes de capital, que desmitifica el rol de la propiedad de los bienes productivos, para exaltar el rol del disfrute y utilización económica de los mismos. Se trata de un contrato que disocia propiedad del bien y utilización y disfrute del mismo (releva al tomador de los riesgos inherentes a la propiedad: destrucción, robo, obsolescencia).[8] Al permitir el uso y goce de bienes de equipo o de capital (activos fijos) sin adquirir su propiedad centra la atención no en el título de dominio sino en la función social derivada de la utilización productiva de los mismos.

6. Ventajas y desventajas.

El leasing financiero supone una serie de ventajas para el tomador o usuario, que lo hacen muy atractivo:

1) Permite la utilización económica y productiva de un bien sin una erogación inicial importante (al productor le interesa la utilización del bien no su propiedad).[9]

2) Le evita al usuario-tomador inmovilizar capitales en activos fijos.[10]

3) Le permite estar acorde con el desarrollo tecnológico (así el empresario no se preocupa por la desactualización de los equipos y el elevado costo de su reemplazo para mantenerlos a un nivel productivo eficiente y competitivo).[11]

4) Implica una financiación del 100% del costo del equipo, pues permite la utilización plena del bien sin aportar suma alguna en concepto de inversión o costo inicial.[12]

5) Favorece el desarrollo de la pequeña y mediana empresa (al utilizar y disfrutar bienes de valor muy superior a sus posibilidades económicas y al incrementar el capital fijo de las empresas que no tienen suficientes garantías patrimoniales para obtener crédito bancario).[13]

6) Combina la autofinanciación con la financiación externa. Si el canon está bien calculado, la maquinaria se autofinancia a través de su utilización productiva, además de provenir el

---

7. COILLOT, Jacques, *El leasing*, Madrid, Editorial Maffré, 4ª edición, 1979, p. 102.

8. V. FRIGNANI, Aldo, *Il Diritto del Commercio Internazionale*, Torino, IPSOA, S.E., 1986, p. 198. COILLOT, Jacques, *op. cit., supra* 7, p. 92. "La ratio del leasing financiero radica en el goce económico temporal de unos bienes; no en la transmisión de su propiedad al usuario..." CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero*, **Anuario de Derecho Civil**, Madrid, tomo 35, fascículo 1, enero-marzo 1982, pp. 61-62.

9. V. VÁZQUEZ PANDO, Fernando, *En torno al arrendamiento financiero*, **Revista de Investigaciones Jurídicas**, México, No. 4, año 4, 1980, p. 259. DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, México, Harla, 1ª edición, 1983, p. 89.

10. V. MUÑOZ, Luis, *op. cit.*, p. 850.

11. V. OLVERA DE LUNA, Omar, *Contratos mercantiles*, México, Ed. Porrúa, 1ª edición, 1982, p. 178.

12. V. GITMAN, Lawrence, *Fundamentos de administración financiera*, México, Harla, S.E., 1978, p. 529.

13. V. SAGRERA RIBAS Y MARTORELL DE BALAZO, *Hacia un mayor conocimiento del contrato de leasing*, **Revista Jurídica de Cataluña**, No. 561, octubre 1972, p. 562.

crédito de un intermediario financiero, sin provocar endeudamientos.[14]

7) Es una fórmula alternativa y flexible de financiación en cuanto el tomador puede utilizar los bienes y al cabo del período inicial del contrato, puede optar por devolverlos, comprarlos o continuar el contrato. Permite, también la financiación parcial.[15]

8) Facilita el acceso a la compra de bienes de capital, al incorporar una opción de compra a favor del usuario, teniendo un derecho optativo.[16]

Existen, empero, una serie de ventajas que se han reputado como aparentes o ilusorias:

9) El usuario o tomador le traslada al dador o sociedad de leasing los riesgos de la propiedad (ej. obsolescencia dada la evolución técnica). Esto es relativo, pues la mayoría de las sociedades de leasing son lo suficientemente perspicaces para prever el riesgo y recuperar durante el término inicial fijo la inversión más sus intereses. Únicamente se da esta ventaja cuando la previsión del riesgo de obsolescencia no es correcta, el término del contrato es corto, y si se distribuye el riesgo a través de un seguro.[17]

10) No compromete la capacidad de endeudamiento de la empresa, al ser una operación contablemente neutra no aparece en los estados patrimoniales ni como activo ni como pasivo. Sin embargo, la empresa usuaria debe el monto total por concepto de rentas, pues hay un término inicial fijo e inmodificable, razón por la que deberían figurar en el pasivo. Esta supuesta ventaja puede inducir a terceros en errores, ya que, por medio de este contrato puede ocultarse una parte sustancial del pasivo.[18]

11) Los cánones son deducibles del impuesto sobre la renta, como gastos. Lo anterior es relativo pues las rentas pagadas en virtud de un contrato de leasing financiero no significan un menor ingreso fiscal, en tal sentido se ha dicho que "Las sumas de las rentas imponibles de la empresa de leasing y del cliente, como consecuencia de cada contrato individual de leasing, igualan a la renta imponible del usuario del bien si éste hubiera decidido efectuar la compra mediante un préstamo".[19]

Conviene dejar claro que el arrendamiento financiero genera también ventajas para el dador: 1) Adquiere un bien de capital que resiste el embate inflacionario. 2) Conserva la propiedad del bien durante toda la duración del contrato. Frente a la insolvencia o quiebra del tomador tiene la posibilidad de recuperar el bien y de no enfrentarse a esa situación como un acreedor común. Asimismo, en caso de destrucción del equipo el seguro adquirido y pagado por el tomador a favor del dador, le permite recuperar el valor del bien.[20] 3) Al ser propietario de los bienes afectos a la producción de la renta, puede depreciar su valor en razón de la pérdida por su uso, para recuperar su costo. Además fracciona sus ingresos gravables.[21]

Este contrato acarrea igualmente una serie de desventajas: tales como su elevado costo, prohibición hecha al tomador de hacer mejoras

---

14. V. ROJAS PALMA, Rodrigo, *Tratamiento financiero, contable y tributario del leasing en Chile*, **Revista de Derecho Económico**, Santiago de Chile, Dpto. de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nos. 54-55, julio-sept. y oct.-dic. de 1981, p. 88.

15. V. JOHNSON, Robert W., *Administración financiera*, México, Cecsa, 6ª edición en español, 1982, p. 527.

16. V. DE ANDRADE GIL, O., *op. cit.*, p. 227.

17. V. ROJAS PALMA, Rodrigo, *op. cit.*, p. 99 y JOHNSON, R., *op. cit.*, p. 535.

18. V. BOLLINI SHAW Y BONEO VILLEGAS, *op. cit.*, p. 293-294. ROJAS PALMA, Rodrigo, *op. cit.*, p. 97.

19. *Ibídem*, p. 98.

20. V. FERRI, Giuseppe, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, UTET, 4ª edizione, 1978, p. 753.

21. V. WALD, Arnoldo, *Aspectos tributarios do leasing*, **Revista de la Informaçao Legislativa**, Brasilia, Editada pelo Senado Federal, No. 46, año 12, abril-junho 1975, pp. 110-124.

en los bienes dados. Al existir un período inicial forzoso, si los bienes resultan obsoletos antes de la terminación del contrato, el tomador se ve obligado a seguir pagando los cánones, lo que debilita su posición competitiva y eleva los costos de producción; generando esto cierta rigidez en los planes y operaciones de la empresa tomadora. Asimismo, el tomador no puede ofrecer el bien en garantía, en tanto no le pertenece.[22]

A las anteriores desventajas podemos adicionar un cúmulo de riesgos que no dejan de provocar inconvenientes: actualmente no es posible establecer con exactitud el plazo de rendimiento de un bien determinado, al ser el progreso tecnológico tan acelerado. La empresa dadora enfrenta dos riesgos, uno específico: el posible incumplimiento del tomador por incapacidad financiera, y otro genérico: la eventual enajenación de mala fe que realice del bien el tomador a un tercero de buena fe (situación que se agrava en tratándose de bienes muebles 481 y 854 C.C.). Por lo anterior se hace necesario un sistema de publicidad que le permita al dador perseguir y reivindicar su bien de manos de terceros (para solventar esta situación las empresas dadoras colocan placas en los bienes y hacen visitas periódicas).[23]

B. Clases.

1. En razón de los sujetos.

a) Leasing financiero.

Intervienen tres sujetos: a) fabricante o proveedor; b) dador (intermediario financiero) y c) tomador o usuario. Se distingue esta modalidad porque es practicada por sociedades especializadas con vocación financiera: invierten su capital en activos fijos, y ceden su uso y goce a terceros para obtener un beneficio.[24]

El dador se limita a proveer el dinero y retener la titularidad de los bienes, pues el tomador busca el proveedor y el bien que le interesan, luego acude donde el primero indicándole las especificaciones para que efectúe la compra del equipo y el proveedor se lo entrega directamente al tomador.[25]

El leasing financiero suele recaer sobre bienes de equipo o de capital con un mercado limitado y difíciles de recolocar, por tal motivo este contrato tiene un plazo que comprende la vida económicamente útil del bien, el cual es fijo y forzoso (no se admite la recisión unilateral antes del vencimiento del contrato). Por lo anterior, el precio se calcula para la recuperación, al término del plazo irrevocable, del costo de inversión, intereses, gastos de administración y un beneficio.[26]

En esta modalidad de leasing, el mantenimiento, reparaciones, seguros e impuestos corren por cuenta del tomador, al tener el dador únicamente vocación financiera; por ello el último se hace cargo de los riesgos financieros, y no de los técnicos, los cuales asume el tomador dada su capacidad técnica (sabe cómo mantener el bien y cuenta con instalaciones para ese fin). El tomador, igualmente, asume el riesgo de la obsolescencia al haber un plazo inicial fijo.[27]

b) Leasing operativo.

En esta modalidad intervienen dos sujetos: a) en el dador se reúnen dos cualidades la de financista, y la de proveedor-fabricante que posee el bien antes de formalizarse el contra-

---

22. V. ROJAS PALMA, R., *op. cit.*, pp. 100-101. GITMAN, L., *op. cit.*, p. 530. SHOJI OGASAVARA, R., *op. cit.*, p. 22.

23. V. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios*, Bogotá, **Biblioteca FELABAN**, 2ª edición, 1979, p. 496.

24. V. FRIGNANI, A., *op. cit.*, p. 189 y ABATTI, L.E., *op. cit.*, p. 153.

25. V. AVILÉS PÉREZ, René, *El contrato de leasing en Puerto Rico*, **Revista de Derecho Puertorriqueño**, Ponce Pto. Rico, Universidad Católica de Pto. Rico, No. 86, año XXII, noviembre 1982-febrero 1983, p. 241. ABATTI, L.E., *op. cit.*, p. 153.

26. V. DE NOVA, Giorgio, *Il contratto di leasing*, Milano, Giuffrè Editore, 2ª edizione, 1985, p. 4. BLAS MARRUPE, J. y ROCCO, M., *op. cit.*, p. 1906. AVILÉS PÉREZ, René, *op. cit.*, p. 240. GITMAN, L., *op. cit.*, p. 514.

27. GITMAN, L., *op. cit.*, p. 151. BOLTEN, Steven, *op. cit.*, p. 651.

to; y b) el tomador. Hay un esquema bilateral subjetivo, que es sustituido por el trilateral subjetivo del leasing financiero.[28] Se le suele denominar arrendamiento industrial o de explotación, en cuanto fue ideado por los fabricantes para ampliar el volumen de sus negocios y el mercado de sus productos. Recae sobre bienes instrumentales con un mercado amplio, fácilmente recolocables, lo que facilita pactarlo por períodos cortos (no coinciden con la vida económicamente útil del bien), y permitir su terminación unilateral, por voluntad del tomador, si los bienes han devenido en obsoletos.[29] El precio de las rentas no es calculado para obtener el valor del activo durante la vigencia del plazo, pues al tener los bienes un mercado amplio, su pago puede lograrse por medio de la ejecución de varios contratos con clientes diferentes. Lo anterior explica por qué a estos contratos no es inherente la opción de compra, esto es, en el leasing financiero la amortización total del equipo se hace en el término inicial, en tanto que en el operativo los pagos totales no cubren el costo inicial del activo y el bien tiene un valor positivo al concluir el contrato.[30] Este contrato no hace nacer ninguna obligación irrevocable para el tomador, el cual puede solicitar unilateral y voluntariamente la terminación del contrato ante la obsolescencia del bien, teniendo el derecho de celebrar un nuevo contrato. En el leasing operativo, a diferencia del financiero, el dador asume el mantenimiento (reparaciones, impuestos y seguros) de los bienes. Lo anterior lo obliga a tener una infraestructura técnica (personal calificado, instalaciones, materiales de repuesto, reservas de equipo, talleres, etc.), o sea ofrece asistencia técnica y financiera.[31]

Asimismo, en este tipo de leasing el dador asume el riesgo de la obsolescencia, pues el tomador puede rescindir el contrato cuando los bienes devienen obsoletos

Tal parece que el leasing operativo no es un contrato autónomo, sino un simple arrendamiento de cosas muebles, diferenciándose del "renting" en que el tomador escoge libremente dentro del stock que le ofrece el proveedor-dador.[32]

c) Lease back o leasing de retro.

Bajo esta modalidad una empresa vende a una sociedad de leasing sus bienes inmobiliarios o mobiliarios de capital activamente utilizados en sus negocios, y simultáneamente la segunda le concede su uso y goce a la primera, mediante la celebración de un contrato de leasing, produciéndose de esa manera una tradición ficta (art. 482 C.C.). Hay dos sujetos, el dador y el tomador, en este último coinciden las funciones de proveedor y usuario. El comprador deviene en dador y el vendedor en tomador (no hay consignación de bienes, lo único que muta es el título de propiedad).[33] Las ventajas que se señalan son las siguientes: le permite al tomador atender sus necesidades de liquidez, movilizando los activos fijos; retiene el uso y goce de los bienes con la posibilidad de readquirirlos si ha estipulado una opción de compra; sigue empleando los bienes para los mismos fines productivos, y obtiene fondos para la producción.[34] No obstante lo anterior, son más las críticas: se le considera un mutuo o un préstamo mercantil simulado; jamás se le puede asimilar al leasing financiero, pues en éste el tomador busca el uso y goce de un bien que no posee, en tanto que en el leasing de retro lo

---

28. DE ANDRADE GIL, O., *op. cit.*, p. 218.

29. V. DE NOVA, Giorgio, *op. cit.*, p. 3. PARRA BORTOT, Édgar, *Consideraciones legales sobre el leasing*, **Revista FELABAN**, Bogotá, Ed. Kelly, No. 18, julio 1974, p. 56.

30. V. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *El contrato de leasing financiero*, Bogotá, Ed. Temis, 1ª edición, 1984, pp. 21-22.

31. V. *Ibídem*, p. 21. GITMAN, Lawrence, *op. cit.*, p. 515 y PARRA BORTOT, E., *op. cit.*, p. 56.

32. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, pp. 22-23 y BLAS MARRUPE, J. y ROCCO, M., *op. cit.*, p. 1906.

33. V. FRIGNANI, A., *op. cit.*, p. 198.

34. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 23 y ABATTI, L.E., *op. cit.*, *Voz: Lease-back, supra*, p. 239.

que se busca es la disponibilidad de liquidez, pues se disfruta de un bien del que ya se disponía; decrece la capacidad productiva del tomador, al perder la propiedad de un activo, y su precio lo reintegra al dador con el pago de las rentas.[35]

2. En razón del objeto.

Según la naturaleza de los bienes que son objeto del contrato se distingue entre leasing mobiliario (aeronáutico, marítimo, etc.) e inmobiliario.[36] En nuestro Ordenamiento Jurídico podría tener cabida el leasing financiero inmobiliario únicamente en los casos en que no recae sobre casas de habitación, locales de comercio e industria u oficinas para profesionales, pues la ley de inquilinato es de orden público y excluye la libertad de contratación en tales situaciones.

3. En razón del ámbito geográfico.

De acuerdo con este criterio se habla de leasing interno o doméstico, cuando los sujetos y el objeto se encuentran sometidos a una misma jurisdicción nacional; y leasing internacional cuando el tomador y el dador se encuentran bajo jurisdicciones diferentes.[37]

C. Naturaleza jurídica.

El leasing financiero constituye una técnica u operación económico-financiera de gran utilidad social, que requiere de una forma jurídica idónea para regular las relaciones de los sujetos vinculados por ella. Es ese contenido o régimen jurídico de la operación lo que nos interesa dilucidar. Claro está, que la determinación del régimen jurídico de este contrato debe principiar por esclarecer su naturaleza jurídica. A continuación expondremos las principales opiniones existentes en la doctrina sobre tal punto.

1. Contrato de préstamo.

Algunos argumentan que el dador presta unos bienes y cobra los alquileres a cambio. No obstante, las diferencias entre el arrendamiento financiero y el préstamo son notables. Así el comodato o préstamo de uso (1334 y ss. C.C.) es un contrato real, unilateral y gratuito, a diferencia del leasing financiero que es consensual, sinalagmático y oneroso. La única característica en común es que ambos son contratos traslativos de uso y goce. Si admitimos que existe un comodato mercantil (art. 506 C. de C.), tendríamos que decir que se diferencia del contrato sub exámine al ser un contrato real, unilateral y eventualmente gratuito (la presunción de onerosidad del art. 495 C. de C. admite pacto en contrario art. 496 C. de C.) si se otorga a favor de un comerciante. En cuanto al mutuo o préstamo de consumo[38] tenemos que recae sobre bienes fungibles (dinero por lo común), es traslativo de dominio, real, unilateral y gratuito (en lo mercantil es ordinariamente oneroso), por su parte el leasing financiero recae sobre bienes no fungibles, como lo son los bienes de equipo que se utilizan temporalmente para el desarrollo de una actividad productiva, es traslativo de uso y goce (de lo contrario no tendría sentido la opción de compra inherente al contrato), consensual, sinalagmático y oneroso. Referir el leasing financiero a las normas y régimen del mutuo contrasta con el interés y la función que se satisfacen a través

---

35. CENTRO DE LEASING Y FACTORING (FLORENCIA), *El leasing: Problemas jurídicos y efectos en la práctica*, **Revista FELABAN**, Bogotá, Ed. Kelly, No. 45, mayo 1982, p. 243. LINARES BRETON, Samuel, *El contrato de locación financiera (leasing) en la banca argentina*, **Revista FELABAN**, Bogotá, Ed. Kelly, No. 31, setiembre 1978, p. 36.

36. V. SILVA RUIZ, Pedro, *El leasing inmobiliario en Puerto Rico*, **Revista Notarial**, Buenos Aires, No. 880, año 91, 1985, p. 535.

37. BOGGIANO, Antonio, **Derecho Internacional Privado**, Buenos Aires, Depalma, 2ª edición, tomo II, 1983, pp. 1034-1037.

38. "Se ha objetado que el bien no es sino la suma de dinero mediante la cual la empresa de leasing efectúa la financiación a favor del tomador. Pero a este propósito podemos observar que si bien es cierto que el bien no interesa como tal a la sociedad de leasing, sino que representa simplemente una suma invertida, esta observación puede eventualmente reafirmar la función económica del leasing, pero no permite sacar ninguna conclusión en cuanto a la calificación jurídica del instrumento contractual empleado para realizar esa función". CENTRO DE LEASING Y FACTORING, *op. cit.*, p. 227.

del mismo: permitir el goce de un determinado bien, durante un período de tiempo establecido y contra el pago de un precio cierto.[39]

2. Contrato de depósito.

El leasing financiero no es un contrato donde el dador deposita en el tomador un bien. El depósito se caracteriza por ser un contrato real y unilateral (a lo sumo puede llegar a ser bilateral imperfecto). El depositario tiene una obligación de custodia y restitución de la "res deposita" y tiene prohibido usarla (arts. 1348 C.C. y 523 del C. de C.), por el contrario la esencia del leasing financiero es el uso y goce (utilización) del bien durante el término inicial por parte del tomador, pudiendo además ejercitar la opción de compra a su favor.

3. Contrato de mandato.

Algunos argumentan que el dador al celebrar el contrato de compraventa con el proveedor, lo hace como mandatario del tomador, sea ajustándose a las instrucciones y condiciones que fija este último. Esta tesis es descartable por cuanto la compraventa la realiza el dador a nombre y por cuenta propia, por lo que la propiedad nunca queda en cabeza del tomador, de lo contrario perdería sentido la opción de compra.[40]

4. Contrato de arrendamiento.

Un sector mayoritario de la doctrina considera que el leasing financiero es un contrato de arrendamiento específico (por la duración del contrato equivalente a la amortización del bien y por la opción de compra inherente).

La anterior argumentación tiene fundamento en que ambos contratos son traslativos de uso y goce de un bien, durante un tiempo determinado y por un precio cierto. En otras palabras, sendos contratos permiten obtener la función económica de un bien sin ser propietario del mismo, siendo la prestación característica la cesión de la utilización y disfrute de bienes. Es indiscutible que los dos contratos tienen elementos esenciales comunes (al ser el leasing financiero un contrato atípico podría aplicársele analógicamente ciertas normas del arrendamiento), pero también podemos determinar diferencias de peso, que no impiden una asimilación absoluta y total.

A nuestro juicio, el contrato de leasing financiero excede el molde clásico del arrendamiento, y este último no agota el primero; los derechos y obligaciones en uno y otro contrato no son idénticos, además los principios jurídicos sobre los que descansa el arrendamiento difieren de los supuestos en que se fundamenta el leasing financiero.[41] Veamos en que consisten las diferencias:

1) La compraventa inherente al contrato de leasing financiero, pudiendo ser el proveedor del dador un tercer sujeto que puede cumplir un papel vital en el desarrollo del contrato.

2) El dador suele ser un intermediario financiero.

3) El leasing financiero recae sobre un objeto nuevo, ajustado exactamente a las exigencias del tomador.

4) Al dador no le interesa la propiedad del bien sino la rentabilidad del capital invertido en su compra.

5) El precio y el plazo son fijados en función de criterios económicos y financieros (amortización del bien, vida económicamente útil, etc.).

6) En el arrendamiento el arrendador debe mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien durante la vigencia del contrato, asumiendo el mantenimiento, riesgos y haciendo las reparaciones ordinarias y extraordinarias. En el leasing financiero el mantenimiento (reparaciones, impuestos, seguros) le corresponden al tomador y el dador se exonera de toda responsabilidad por vicio de la cosa o pérdida de la

39. V. *ibídem*, p. 227.

40. V. LINARES BRETON, S., *op. cit.*, p. 30.

41. V. CORSI, L., *op. cit.*, pp. 275, 278-279.

misma, en este contrato se da una repartición de riesgos, basada en un equilibrio de intereses diferente al del contrato de arrendamiento. Hay un reparto del riesgo contractual que le asigna "...a la sociedad de leasing únicamente el riesgo financiero y al tomador, que eligió al proveedor y que tiene un interés predominante en el uso del bien, los riesgos relativos al incumplimiento del vendedor y al cumplimiento necesario para el uso de la maquinaria y los riesgos que de él se derivan".[42] Si el dador tiene únicamente vocación financiera, debe asumir los riesgos financieros en tanto que si el tomador tiene capacidad técnica (para escoger el proveedor y el bien requerido), debe asumir los riesgos técnicos.

7) El contrato de leasing financiero es un contrato de financiación, en el cual el dador ofrece asistencia crediticia, la cual se exterioriza en la entrega de un bien al tomador, quien lo recibe con la intención de usarlo, y eventualmente adquirirlo. Por su parte el arrendamiento, es un contrato de administración, donde el arrendante entrega la cosa en buen estado y asume sus riesgos para garantizarle al arrendatario el goce de la misma conforme a sus exigencias.[43]

5. Contrato de locación-venta.

Una práctica muy difundida en nuestros días es la adquisición de bienes muebles a plazo con la estipulación de quedar la transferencia de la propiedad perfeccionada al cabo del pago total de las cuotas convenidas, y en caso de incumplirse tales obligaciones, la operación quedará sin efecto, debiendo el supuesto comprador restituir el bien al supuesto vendedor. Correlativamente, pagada la última cuota pactada, automáticamente la propiedad se transmite al comprador.

Se trata de un arrendamiento cuyo objetivo es la venta, y donde el precio de la compra equivale a la suma de los cánones; podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la locación-venta es un tecnicismo jurídico contractual que disimula (simulación relativa, donde el negocio simulado es la locación o arrendamiento, y el disimulado la compraventa) una compraventa de pago diferido con pacto de reserva de dominio (compraventa sujeta a condición suspensiva: pago de la última cuota). Evidentemente, constituye un mecanismo protectivo del vendedor al hacer viable la transferencia del bien una vez cumplido el pago de la última cuota, y al obligar al supuesto arrendatario a quedarse con el bien y su título de propiedad.[44]

En términos generales podemos decir que el leasing financiero no es ni una venta ni un arrendamiento, y no es un instrumento para simular otros contratos. La diferencia entre el contrato sub exámine y la venta con cláusula de reserva de dominio está en la intención de las partes, la cual se revela en el hecho de no estar el tomador obligado a ejercitar la opción de compra, pudiendo restituir el bien al término del contrato. En tal sentido BARREIRA DELFINO ha afirmado: "Cabe advertir que si el contrato de leasing no guarda un equilibrio razonable entre las prestaciones que mantengan permanentemente esa alternativa de restituir o adquirir, la operación es vulnerable y puede ser impugnada por simulación. Este riesgo es común, en los contratos de leasing que registran un valor residual irrisorio (por ejemplo el 5% del valor nominal originario de la financiación), o porque tal circunstancia hace presumir seriamente o lleva a la convicción de que la real voluntad de las partes fue la de adquirir desde un principio".[45]

---

42. V. CENTRO DE LEASING Y FACTORING, *op. cit.*, p. 230.

43. V. DE NOVA, Giorgio, *op. cit.*, pp. 16-22. AVILÉS PÉREZ, R., *op. cit.*, p. 236; ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 35; BARREIRA DELFINO, E., *El leasing y la quiebra*, **Revista de Derecho Comercial y Obligaciones**, Buenos Aires, Depalma, No. 91, año XVI, febrero 1983, pp.7-8.

44. V. CORSI, L., *op. cit.*, p. 287; COILLOT, J., *op. cit.*, p. 83.

45. V. BARREIRA DELFINO, E., *op. cit.*, p. 9.

6. Contrato de compraventa.

Un sector de la doctrina considera que el leasing financiero constituye un contrato de compraventa pura y simple, y sustentan tal argumento en la existencia de la opción de compra, y en que el total de los cánones o rentas pagadas por el tomador excede el valor de uso de los bienes, cubriendo su costo y otorgando un beneficio para el dador.

Esta tesis es inadmisible, pues las diferencias entre ambos contratos están bien definidas:

1) La compraventa es un contrato traslativo de dominio, cuyo propósito es obtener la titularidad del dominio sobre determinado bien e incorporarlo al patrimonio del comprador. El leasing financiero es un contrato traslativo de uso y goce a través del cual se logra el propósito de la explotación económica temporal de un bien.

La transmisión de la propiedad en la compraventa es real y efectiva, en tanto en el leasing financiero es eventual o potencial, y depende del ejercicio de la opción de compra por parte del tomador.

2) En la compraventa el vendedor debe las garantías por evicción y vicios ocultos o redhibitorios, no así en el leasing financiero donde el dador se exonera de tal responsabilidad, dada su falta de capacidad técnica.[46]

Con un poco más de lógica jurídica, algunos sostienen que el leasing financiero constituye un contrato de compraventa a plazos o cuotas, sujeto a condición suspensiva (el pago total del precio, de la última cuota) o con un pacto de reserva de dominio (en nuestro Ordenamiento Jurídico el art. 458 del C. de C. permite el pacto con reserva de dominio). La función de ese pacto consiste en retardar la transmisión del dominio, impidiendo que ésta tenga lugar al perfeccionarse el contrato o al ser entregada la cosa, para diferirla al momento del cumplimiento por el comprador de su prestación de pago del precio.[47]

Por virtud de ese pacto el comprador no se limita a poseer el bien, sino que puede gozarlo y aprovecharlo, ya que, el monto de las cuotas excede el valor de uso y viene más bien a amortizar el precio total del bien. Lo anterior, aunado al hecho de ser muy usado en la venta mobiliaria a plazos, han permitido la asimilación del leasing financiero a la venta con pacto de reserva de dominio.

No obstante lo anterior, existen diferencias bastante marcadas entre ambos contratos:

1) El equivalente que existe entre el monto total de las rentas o cánones y el valor económico del bien no justifica el efecto traslativo de dominio. Debe tenerse en cuenta que el importe por el uso y goce del bien excede el valor del material, debido a las ventajas económicas y fiscales de leasing y a los riesgos asumidos por el dador.[48]

2) En la compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio el comprador deviene propietario con solo pagar la última cuota, sin abonar precio adicional. En el leasing financiero el tomador se transforma en propietario, únicamente si ejercita la opción de compra y paga el valor residual prefijado en el contrato.[49]

3) De ser el contrato de leasing financiero, una compraventa perdería sentido la opción de compra, siendo la devolución del bien o la prórroga del plazo inicial fijo, situaciones de patología contractual regulada.[50]

4) No puede presumirse que el tomador tenga al inicio del contrato de leasing financiero voluntad de comprar, ya que la misma, normalmente suele formarse al término del contrato y por diversos factores. El tomador está plena-

---

46. V. *ibídem*, p. 6.

47. V. CASAFONT ROMERO, Pablo, *Ensayos de Derecho Contractual*, San José, Colegio de Abogados, 2ª edición, 1979, pp. 113-159.

48. V. ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 33.

49. V. AVILÉS PÉREZ, René, *op. cit.*, p. 224.

50. V. CENTRO DE LEASING Y FACTORING, *op. cit.*, p. 224.

mente consciente que al cabo del contrato el bien puede estar ya obsoleto. Para la existencia del efecto traslativo en el contrato de leasing debe haber una manifestación de voluntad para ejercer la opción de compra.[51]

7. Contrato innominado.

Dentro de la categoría general de los contratos innominados, se habla de innominados en sentido estricto (puros), los cuales poseen un contenido totalmente extraño a los tipos legales o a lo sumo algunos elementos son extraños, e innominados mixtos, estos últimos son los que presentan elementos o características conocidas (legales) de otros contratos típicos o nominados en relaciones de coordinación o subordinación.[52]

1) Un primer subgrupo considera que el leasing financiero es un contrato mixto integrado por dos contratos, no perdiendo su tipicidad: compraventa y arrendamiento, ejecutándose ambos complementariamente.[53]

2) Mayoritariamente, se considera el leasing financiero como la fusión resultante de un arrendamiento con una opción de compra (promesa unilateral de venta).[54]

3) Otros lo consideran mixto, figurando en el mismo las características de los contratos de compraventa, arrendamiento y de una opción de compra.

Tal parece que el contrato de leasing es un contrato innominado mixto; si admitimos lo anterior surge el siguiente cuestionamiento fundamental: ¿Cuál es la disciplina jurídica aplicable al contrato de leasing financiero? Al respecto son varias las respuestas que ha ofrecido la doctrina:

a) En lo tocante al grupo de los contratos innominados puros, la doctrina señala que se debe hacer una aplicación analógica de las normas escritas para los correspondientes contratos nominados, en los casos en que halla algunos elementos conocidos las normas se aplican directamente.

b) En lo que atañe a los contratos innominados mixtos, existen tres posiciones: 1. Método de la Absorción: Hay un elemento prevalente —o uno de los contratos es prevalente— y absorbe los secundarios; esta posición se critica porque podría dejar en la oscuridad y sin relevancia un supuesto elemento secundario que caracteriza y determina un contrato innominado.

2. Método de la combinación: Plantea una estrecha relación entre los elementos del contrato. Según este método es posible desintegrar cada contrato innominado en sus componentes y buscar la disciplina correspondiente a cada uno de ellos. Así, el contrato mixto se debe descomponer en sus elementos, siendo indiferente que se encuentren en una posición de equivalencia o de subordinación. Una aplicación dosificada de las normas o una combinación de varias disciplinas jurídicas, daría el resultado esperado. De acuerdo con esta posición, en la disciplina del contrato de leasing financiero tendríamos una concurrencia o aplicación acumulativa de los principios y normas de los contratos de arrendamiento, compraventa y opción de compra.[55]

---

51. V. *ibídem*, p. 224.

52. V. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, EJEA, traducción tercera edición italiana, tomo II, 1952, p. 396.

53. V. LINARES BRETON, Samuel, *op. cit.*, pp. 29-30.

54. V. BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Ed. Tecnos, 3ª edición, 1978, p. 397. Esta tesis también es compartida por ILLESCAS ORTIZ, COGORNO, PUIG BRUTAU, RODRÍGUEZ AZUERO, BOLLINI SHAW, BONEO VILLEGAS y BENAVIDES DEL REY.

55. Quienes comparten esta tesis, señalan que al ser el leasing financiero un contrato combinado, cada prestación se rige conforme a las reglas del tipo contractual al que pertenece; si las reglas no se pueden aplicar simultáneamente se aplican guardando la proporción correspondiente. Se trata de un solo contrato, con elementos correspondientes a dos o más tipos contractuales, y no de una unión de contratos interdependientes. Como consecuencia de lo anterior, al leasing financiero debe aplicársele, en ausencia de cláusula expresa, las normas de los contratos de cuya combinación resulta, siendo su régimen el resultado de aplicar las disposiciones propias de cada uno de los tipos contractuales combinados en tiempos oportunos.

Se le critica, con razón, diciendo que el contrato innominado o mixto constituye un todo o una unidad orgánica, sus elementos no están yuxtapuestos sino más bien compenetrados y soldados entre sí. Por todo lo anterior, no se puede descomponer y combinar o hacer "química contractual", pues el contrato es una síntesis no una suma, la disciplina aplicable debe referirse al conjunto orgánico no a sus elementos.

3. El criterio compartido por nosotros, es el que señala la necesidad de aplicar directamente, a los contratos mixtos, los principios generales sobre los contratos, además de la aplicación analógica de las normas singulares relativas al contrato nominado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe disciplinar, y si hace falta, el de la analogía iuris; en otras palabras, se les debe tratar igual que a los contratos innominados puros.[56] Ahora bien, el problema de determinar la disciplina jurídica aplicable a un contrato innominado, disminuye si se acepta la posibilidad de la autodisciplina, esto es, que las propias partes elaboren las normas reguladoras del contrato (a través de un contrato normativo), y cuando existen usos nacidos del tráfico comercial a los cuales se atienen las partes en sus relaciones contractuales (se trata del concepto de tipicidad social).[57]

Evidentemente el contrato de leasing financiero, es un contrato innominado mixto, que obedece a requisitos especiales para vincular a las partes, y a una regulación propia. Se trata de un contrato sui géneris nuevo y especial, distinto de los tipos contractuales clásicos como el arrendamiento y la compraventa, que nace como producto del carácter dinámico y evolutivo del Derecho Mercantil.[58] Lo anterior, no descarta acudir a los principios generales de los contratos y analogía (aplicación analógica de las normas del arrendamiento y de la compraventa), para complementar su disciplina jurídica, lógicamente, previa revisión de la autorregulación de los intereses que hayan programado las partes y de los usos que integran la disciplina del mismo; lo primero implica que ante un contrato no tipificado, se recurre a elementos típicos de otros contratos nominados y concretos, eso no implica calificar el primero por los segundos.[59]

En tal sentido, se ha afirmado que el leasing financiero no puede ser reconducido a esquemas conceptuales prefabricados para deducir, mediante un mecánico proceso de lógica formal, la regla de derecho aplicable, por que lo cierto es que "...la adaptación del leasing a las instituciones existentes es relativa, problemática y aún muy dudosa".[60]

El contrato de leasing financiero, aun cuando participa, de cierto modo, de algunas características comunes a otras figuras jurídicas puede ser diferenciado como un todo, frente a cada uno de los contratos que en él concurren.[61]

El leasing financiero ha demostrado tener individualidad propia y autonomía funcional, posee una serie de elementos peculiares que han cristalizado en un contrato típico, socialmente hablando, entre ellos podemos indicar:

1) La opción de compra a favor del tomador, cuyo ejercicio es unilateral, libre e incondicional.

2) La duración del contrato, fijado en función de la vida económica útil del bien.

3) El precio debe cubrir el valor de uso, el costo de adquisición del bien y el beneficio.

---

56. V. MESSINEO, Francesco, *op. cit.*, pp. 400-401.

57. V. *ibídem*, pp. 401-402.

58. V. ABATTI, Luis E., *op. cit.*, p. 154 y BLAS MARRUPE, J. y ROCCO, M., *op. cit.*, p. 1915.

59. V. RICO PÉREZ, F., *op. cit.*, pp. 32-36.

60. CORSI, Luis, *op. cit.*, p. 278.

61. *Ibídem*, p. 281. También afirman que es un contrato sui géneris e innominado no subsumible en figura típica alguna FRISCH, Philipp y GUTIÉRREZ CARDONA, Carlos, *El arrendamiento financiero*, Foro, Colegio de Abogados México, 6ª época, No. 16, enero-marzo 1979, p. 59.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS NEGOCIACIONES DE ADHESIÓN DE COSTA RICA AL GATT

DR. JORGE RHENÁN SEGURA

INTRODUCCIÓN

En un artículo anterior en esta misma Revista, la número 43, Año XII, de junio de 1988, aludimos los aspectos generales de la adhesión de Costa Rica al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). En el citado ensayo nos referimos a una visión general de la institución de comercio internacional, su estructura y funcionamiento jurídico, mecanismos, cláusulas, y ejecución de las normas del GATT, así como la evolución de las diferentes negociaciones comerciales de las rondas comerciales, incluyendo la última de estas, la ronda Uruguay. Citamos también, los antecedentes regionales y nacionales sobre la futura adhesión del país al Acuerdo General, así como las expectativas que sobre la adhesión existían en ese momento.

Nuestro trabajo se terminó de redactar en mayo de 1987, todavía en ese momento no se habían definido los términos, ni el carácter de la adhesión, por lo que nuestras conclusiones fueron dadas de manera especulativa. Costa Rica anunció el 17 de junio del mismo año 87, su intención de adherir de forma definitiva al Acuerdo General e inmediatamente comenzaron las negociaciones del caso. Cuando el país sometió el informe relativo a su comercio exterior al Grupo de Trabajo, participaron en la discusión del mismo 25 partes contratantes. Anteriormente a la presentación, el país había emprendido difíciles negociaciones bilaterales con Austria, Canadá, Estados Unidos, Japón, Nueva Zelanda, Países Nórdicos, Suiza y la CE., para convenir las concesiones arancelarias, así como otros términos de la incorporación de Costa Rica al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio.

Una vez finalizadas las negociaciones y habiéndose tomado nota de las explicaciones del régimen de comercio exterior de Costa Rica en relación con ciertos puntos que luego explicaremos, se prepararon los proyectos de decisión y el Protocolo de Adhesión, el cual fue sometido a las partes contratantes, que lo aprobaron por 65 votos escritos, que corresponden a dos tercios de los miembros del GATT.

Posteriormente el Proyecto de Protocolo de acuerdo con nuestra legislación (Art. 7 Constitución Política, 7 de Nov. 1949) fue enviado para su respectiva ratificación a la Asamblea Legislativa. De acuerdo con los trámites correspondientes, el Proyecto de Protocolo fue enviado a la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia para que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política, esta le diera su visto bueno[1]. Después de una serie

1. De acuerdo con la última reforma constitucional (8-1989) del artículo décimo, inc. b) de la Constitución Política, todos los Convenios o Tratados Internacionales deben ser conocidos antes de su aprobación en la Asamblea Legislativa, por la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia. Véase: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, *Ley de la Jurisdicción Constitucional y otros documentos* (San José, USAID), 1990. También, *Congreso archiva adhesión al GATT*, en **La Nación** 15 de setiembre de 1990; y Costa Rica aún espera al GATT, en ***La Nación*** 9 de setiembre de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de pequeños malentendidos burocráticos entre la Sala IV y la Asamblea Legislativa y el Ministerio de Comercio Exterior, el mismo fue ratificado el mes de octubre de 1990, de esta manera el 25 de ese mismo mes, el Embajador de Costa Rica cerca del GATT, Sr. Rodrigo Barzuna depositó el instrumento de ratificación del Protocolo de Adhesión, convirtiéndose el país en parte contratante y en el centésimo socio del GATT.

En el presente trabajo nos referimos al proceso de negociaciones que llevó a cabo el país para adherir al GATT, los términos de referencia de la negociación, así como a las características y obligaciones del Protocolo de Adhesión, para evaluar, esta vez, más realmente los beneficios y obligaciones jurídicas que Costa Rica contrajo por su inserción en la economía internacional.

EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN: ANTECEDENTES

El interés de Costa Rica de adherir al Acuerdo General data de 1983, poco después de que el Gobierno norteamericano aprobara la llamada "Ley de Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe" (Ley Pública Núm. 98-67, título II) cuyo aspecto principal consistía en el tratamiento libre de todo arancel (duty free treatment)[2]. A partir de ese momento, los encargados de dirigir nuestra política comercial decidieron que era un requisito fundamental adherir al GATT, para obtener los beneficios de la citada ley. En 1984, el Gobierno costarricense solicitó el estatuto de miembro observador. Un año después, el 17 de junio de 1985, se solicito el estatuto de miembro provisional, y para tal efecto, el Consejo de Representantes del GATT constituyó un Grupo de Trabajo para la adhesión provisional del país, presidido por el Embajador Lacarte-Muró, representante permanente del Uruguay en Ginebra, (Doc. 6187/ Add.1) hombre muy familiarizado con los asuntos del GATT y gran conocedor de la economía de los países latinoamericanos.

Posteriormente, el 17 de junio de 1987, Costa Rica se inclinó por la adhesión plena y así lo comunicó al Grupo de Trabajo. Inmediatamente el Gobierno de Costa Rica inició paralelamente a las negociaciones en el GATT, contactos bilaterales especialmente con los Estados Unidos, la Comunidad Europea y el Japón, para las negociaciones del Protocolo y compromisos sustantivos, así como las negociaciones de productos.

Los objetivos del Gobierno de Costa Rica sobre la adhesión, primero provisional y luego plena nunca se indicaron explícitamente en el seno del GATT, aunque el Embajador Soley Soler, representante permanente de Costa Rica en ese momento cerca de los Organismos de Naciones Unidas con sede en Ginebra, manifestó en 1984, en su discurso que el paso obedecía "al interés de Costa Rica en todos aquellos foros internacionales que promuevan una mayor interdependencia entre las naciones", dejando de lado aspectos muy importantes como el trato de la nación más favorecida, las nuevas relaciones económicas internacionales, etc.

En 1986, a manera de divulgación general, el Ministerio de Comercio Exterior divulgó un folleto oficial[3] sobre información básica sobre el GATT y en él se dice que la adhesión tiene como objetivo: "(I) cumplir el compromiso que adquirimos al ingresar a la Iniciativa de la Cuen-

2. RHENÁN SEGURA, Jorge, *Costa Rica y la adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)* en **Revista Judicial**, Núm. 43, Año XII, junio de 1988, p. 56 y sigtes. En este artículo se detallan los pasos que siguió el país para obtener la adhesión plena en el GATT.

3. Ministerio de Comercio Exterior: *¿Qué es el GATT?* (San José, Costa Rica), 1986, p. 17.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ca del Caribe; (II) obtener la prueba de daño que se constituiría en un mecanismo de defensa para nuestros exportadores no tradicionales ante la proliferación de derechos compensatorios; (III) participar en el principal foro comercial en el cual se definen y se definirán las formas que rigen el comercio internacional; (IV) recibir los beneficios de las instancias que hay en el GATT, para dirimir conflictos con nuestros socios comerciales; (V) beneficiarse de la información y de la asistencia técnica que se brinda en los entes especializados del GATT; (VI) aprovechar la existencia de intereses comunes con países en desarrollo, en este organismo multilateral, a fin de que nuestras negociaciones sean más exitosas con el apoyo de países amigos".

Posteriormente, en 1987, cuando la Ministra de Comercio Exterior, Licda. Muni de Figueres solicitó la adhesión plena manifestó que: (I) "con la adhesión, el país busca apoyar y fortalecer el GATT como foro multilateral de negociaciones comerciales internacionales y de solución de diferencias, como instrumento para estimular el crecimiento del comercio y el desarrollo"; (II) "de esta forma, mejorar las condiciones de acceso a nuestras exportaciones eliminando barreras arancelarias y especialmente las no arancelarias";[4] "el país espera lograr un adecuado reconocimiento por todos los esfuerzos realizados en los últimos años para modernizar y liberalizar su política comercial, dentro de los convenios suscritos con el Fondo Monetario Internacional (FMI) y con el Banco Mundial (BM)".

Como puede apreciarse, otra vez, tanto los exponentes, como la publicación anteriormente mencionada dejaron de lado importantes objetivos como podían ser, la referencia explícita de que el país recibiría el tratamiento incondicional de nación más favorecida (NMF) del GATT y el amparo de la Parte IV del Acuerdo General, que define el trato especial y más favorable para las partes contratantes con categorías de "país en desarrollo". Todos estos aspectos mencionados son reconocidos implícitamente a favor del país adherente, sin embargo, por la misma condición de país en vías de desarrollo, es importante hacer la mención explícitamente.

Cuando el país recibió el visto bueno para acceder al GATT, en noviembre de 1989, el Ministro de ese momento, Luis Diego Escalante sí fue más explícito y enumeró una serie de aspectos positivos que significaba la entrada del país al Acuerdo General, entre esos elementos el más importante fue que: "con su adhesión al GATT, Costa Rica busca apoyar y fortalecer el GATT como foro multilateral de negociaciones comerciales internacionales y de solución de diferencias, como instrumento para estimular el crecimiento justo y balanceado del comercio y del desarrollo de los países, en especial de los que más requieren".

EL INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

El informe del Grupo de Trabajo sobre la adhesión de Costa Rica es de especial importancia porque en él se recoge el planteamiento del comercio exterior costarricense y además que dicho documento tiene un valor interpretativo del Protocolo. Dicho informe del Grupo de Trabajo surge directamente del memorándum del Régimen de Comercio Exterior (Doc. L / 6050) y de las respuestas al cuestionario que elaboraron las partes contratantes como parte del proceso de adhesión (Doc. 6187/ Add. 1).

En la primera sesión del Grupo de Trabajo, el 9 de marzo de 1988, las partes contratantes acogieron favorablemente la solicitud costarricense para adherirse plenamente al Acuerdo

4. Véase: GATT - Doc. L. 6589, p. 5.

General, así como la decisión de negociar su adhesión al GATT durante el transcurso de la Ronda Uruguay de Negociaciones Multilaterales. La posición de Costa Rica fue vista como una contribución significativa para la liberalización del comercio, así como un positivo y oportuno paso al desarrollo, que refuerza la confianza en los principios de la institución, así como la voluntad decidida del Gobierno costarricense para ajustar la política comercial a un régimen arancelario. En dicha reunión de trabajo, las partes contratantes acordaron y reconocieron que Costa Rica como participante en la Ronda Uruguay recibiría el reconocimiento apropiado en ese foro por las medidas de liberalización acordadas a partir del 1 de junio de 1986.

Es importante enfatizar que en esta primera sesión de trabajo, las partes contratantes reconocieron que el paso dado por Costa Rica ayudaba en cierta forma a la estabilidad económica de Centroamérica y que la misma adhesión costarricense fortalecía la integración regional en el contexto del Mercado Común Centroamericano. En el sentido anterior, el representante de Nicaragua, como país miembro del GATT, remarcó que las necesidades económicas de la Región Centroamericana, reconocidas en la Resolución 42 / 204 del 11 de diciembre de 1987, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, era acorde con la política costarricense de adhesión y solicitó especialmente que el proceso se concluya satisfactoriamente y sin demoras [5]. Otros miembros de las partes contratantes, especialmente los delegados de los Estados Unidos, que prácticamente monopolizaron el debate, realizaron varias otras preguntas sobre el régimen de comercio exterior de Costa Rica que fueron contestadas en la misma sesión de trabajo por los delegados costarricenses.

A continuación es importante resumir temáticamente las principales inquietudes que manifestaron las partes contratantes en el proceso de adhesión costarricense.

a) Materia arancelaria y tributaria: Costa Rica manifestó que los impuestos ad valórem y las sobretasas se consideraban impuestos, lo mismo que el impuesto selectivo de consumo, el impuesto del 10% sobre las ventas y otros recargos y que todavía el país no ha logrado consolidar todos los impuestos aduaneros en una sola tarifa. En relación con el Arancel de Importación Centroamericano se manifestó que la protección ha sido reducida y simplificada en forma efectiva, que Costa Rica y el resto de los países del área habían eliminado los niveles excesivos de protección estableciendo tarifas máximas y bajando el promedio de la protección nominal de 75-80% a 22.5% en una primera etapa. En resumen, se manifestó que la política de protección arancelaria respondería a los siguientes términos:

1) Materia prima y bienes de capital no producidos en Centroamérica:	
—Materia prima estratégica:	1%
—Otros:	5% a 10%
2) Materia prima y bienes de capital producidos en Centroamérica:	
—Excepciones a lo anterior:	10% a 20%
3) Productos terminados:	30%
—Excepciones a lo anterior por razones fiscales y de balanza de pagos:	5% a 40%
—Automóviles:	100%
4) Protección efectiva:	
—Se estima que podría ser entre:	35% a 100%

5. Op. cit., p. 43.

El representante de Costa Rica dijo que el país estaba poniendo en marcha un programa de ajuste estructural de la economía incluyendo su comercio exterior, el sector financiero y el sector público.

La inquietud más grande que manifestaron las partes contratantes presentes en la primera y segunda sesión del Grupo de Trabajo fue referente a la política arancelaria y otros compromisos que tenía el país debido a su pertenencia al Mercado Común Centroamericano. Al respecto el negociador costarricense dejó bien claro que el Tratado General para la Integración Económica Centroamericana permite a sus miembros negociar con terceros países, en tanto que las consultas se realicen a través de un Comité Técnico y Consejo Arancelario (CACM). Agregó que en 1985 y 1986, los miembros del Mercomún emprendieron un esfuerzo significativo de simplificación y racionalización de la estructura tarifaria y en ese sentido fue que adoptaron el CACM y cualquier otra concesión arancelaria negociada para Costa Rica en el contexto de la adhesión al GATT, la misma tendría que cumplir con los procedimientos de consulta establecidos, en particular si fuera con el objeto de reducir las tarifas.

Las interrogantes referentes al Mercado Común llevaron mucho tiempo y en cierta forma la respuesta del jefe de la delegación de Costa Rica ante el Grupo de Trabajo sirvió para aclarar el problema en relación con el mismo proceso de adhesión que inmediatamente siguieron Guatemala, El Salvador y Honduras. Sin embargo, es nuestra opinión que todo eso se pudo haber evitado si los países centroamericanos hubieran negociado en forma conjunta su entrada al GATT. Es importante agregar, que los regionalismos económicos se han manifestado con fuerza en el sistema multilateral desde hace muchos años, el ejemplo más llamativo ha sido la Comunidad Económica Europea que ha debido de imponer su modelo de integración económica y defender su política comercial y agrícola.

La adhesión conjunta hubiera permitido mayores márgenes de maniobra y el proceso se hubiera simplificado y expeditado muchísimo[6], además la región como tal hubiera tenido un mayor peso tanto desde el punto de vista económico como comercial[7]. Otro inconveniente que se hubiera superado con la negociación conjunta es que por ejemplo, durante el proceso de la llamada Ronda Uruguay, el hecho de que algunos países, como es el caso de Guatemala y El Salvador, al negociar su adhesión, no les fue fácil establecer un mecanismo que les permitiera satisfacer peticiones especiales que hicieran valer un espacio económico integrado, esto es particularmente grave en materia arancelaria o en medidas autónomas. Por otra parte no olvidemos que el GATT otorga a las uniones aduaneras y zonas de libre comercio de los países en desarrollo especial importancia, en ese sentido el artículo XXIV nos dice:

> "Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad de comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participan en tales acuerdos"[8].

Además, los acuerdos regionales, según la legislación del GATT se encuentran favorecidos por la Cláusula de Habilitación, que en el apartado 2, literal c), nos dice que los países en desarrollo pueden acordar un trato diferenciado y más favorable reciprocidad por medio de:

---

6. RHENÁN SEGURA, Jorge, *Centro América y el GATT* en **La Nación**, p. 15A, 24-12-87; y también, *Solidaridad centroamericana ante el GATT*, Idem 15-5-88. El Ministerio de Comercio Exterior, publicó ante críticas de algunos intelectuales y profesores universitarios de que se tratara la negociación conjunta, un artículo en **La Nación** 18 de junio de 1988, en donde manifestaba que dicho procedimiento no era posible debido a que "se reconoce la imposibilidad de llevar adelante una negociación conjunta, en función de que la situación de cada país es muy diferente y por tanto el paso con que puede llevar adelante el acercamiento al GATT es distinto".

7. Véase: HERNÁNDEZ ORTIZ, Evelyn, *Análisis político-económico del proceso de adhesión de los países centroamericanos al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)*. Tesis de grado en Ciencias Políticas, Universidad de Costa Rica, octubre de 1990.

8. Texto del Acuerdo General. Ginebra, julio de 1986, p. 44.

> "...acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las Partes Contratantes, las medidas no arancelarias aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo."

En el caso que nos ocupa demás está decir que los países miembros del Mercado Común Centroamericano presentan de acuerdo con las disposiciones del GATT absoluta compatibilidad en la medida que cuatro países de la zona (Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, y Guatemala) están vinculados entre sí por un Régimen Arancelario Común y,

> "...por regulaciones específicas en materia de comercio, aduanas, subsidios y restricciones en cuanto a conceder tratamiento de Nación Más Favorecida y Tratamiento Nacional a terceros países"[9].

Todo lo anterior para decir que la negociación por separado de cada uno de los países centroamericanos constituyó un esfuerzo muy grande para cada uno de ellos, esfuerzo que se hubiera ahorrado especialmente en el campo arancelario si la negociación se hubiera llevado de manera conjunta.

b) Sobretasas e impuestos adicionales a las importaciones: Sobre este ítem, el negociador costarricense señaló que en 1987, el 43.4% de los rubros arancelarios estaban sujetos a sobretasas, cuyo nivel promedio era el 2.5% en ese momento, y que en la situación presente dichas sobretasas eran solo del 2% en casi todas las importaciones y el 6% para algunas materias primas, además agregó que respecto a la importación de automóviles las sobretasas son de 100% y que ello era una medida temporal, sin especificar por cuánto tiempo, debido a problemas en la balanza de pagos[10]. Sobre este punto, recuérdese que las sobretasas son cuestionables jurídicamente hablando debido a que son "impuestos" a la importación de artículos específicos que son fijados en forma autónoma por el Banco Central sin que medie para ello la autorización previa de la Asamblea Legislativa.

Las partes contratantes se preocuparon sobre el papel del impuesto sobre el valor aduanero, el cual fue justificado por el negociador de Costa Rica en el sentido de que el mismo se consideraba un derecho de aduana no discriminatorio, que era acorde con la Parte IV del Acuerdo General, además enfatizó que una vez que su país fuera parte contratante, en la eventualidad que todavía hubiera sobretasas vigentes e impuestos adicionales, el país estaría en consulta permanente con las partes contratantes para consultar dichos problemas. La respuesta en general satisfizo las inquietudes de algunos representantes.

c) Impuestos selectivos de consumo y otros productos específicos: De acuerdo con la legislación del GATT (Art. II) la aplicación de tributos es permisible en la medida en que los mismos no excedan las tasas consolidadas en las listas preparadas por el mismo GATT. El negociador de Costa Rica manifestó al respecto que dichos impuestos existían en el país como una medida de tipo fiscal y económico y no con fines proteccionistas.

Recuérdese que el impuesto selectivo de consumo se caracteriza por ser un gravamen de naturaleza progresiva, el cual define diferentes niveles de gradación sobre la totalidad de mercancías, que varían según la prescindibili-

---

9. Véase: VILLAGRÁN KRAMER, Francisco, *Espectro de Negociaciones GATT: Adhesión y Ronda Uruguay.* Guatemala, setiembre de 1988, p. 3. Respecto a Honduras, tenemos que dicho país se vincula con el resto de los centroamericanos a través de negociaciones bilaterales de reciprocidad comercial utilizando el sistema de bilateralidad.

10. Según datos del Banco Central el déficit comercial del país ha aumentado casi un 100% de 1987 a 1989, por lo que pensamos que las sobretasas se mantendrán por mucho tiempo. Véase: Banco Central: *Informe Anual:* 1990. San José, Costa Rica. Además téngase presente que las sobretasas son medidas económicas que no son aceptadas por las partes contratantes, en ese sentido en el mes de enero de 1991, al decretar el Banco Central una sobretasa del 100% a ciertos productos importados contraviene los compromisos adquiridos por el país a pesar que se manifestó que era una medida de carácter temporal. Véase: **La Nación** 30 de enero de 1991.

dad o no esencialidad del bien en cuestión,[11] en ese sentido, creemos que la negociación de Costa Rica debió haber definido "parámetros" o criterios de selección para atenuar el matiz discriminatorio de dicho gravamen sobre los bienes finales de consumo. Pero esto último, fue, a nuestro criterio, uno de los puntos de la negociación que quedaron más débiles, ya que si bien está claro que el impuesto no tiene fines proteccionistas, en el fondo no es otra cosa que la protección del producto nacional contra el extranjero, lo que a todas luces es incompatible con los artículos III y VIII del Acuerdo General.

Sobre el impuesto a otros productos específicos, las partes contratantes insistieron mucho para que el negociador de Costa Rica explicara el tipo de impuesto que se aplicaba a la cerveza y otros licores extranjeros. La exposición de Costa Rica al respecto fue que dichos impuestos se dedicaban a financiar las actividades del Instituto de Desarrollo Agrario y que ello no contradecía los principios del artículo III del Acuerdo General, aunque a insistencia de las partes contratantes, el delegado de Costa Rica tuvo que manifestar que el Gobierno aplicaría los impuestos al licor y cerveza nacional y extranjero de la misma manera, además dio garantías de que el Gobierno de Costa Rica aplicaría a las empresas estatales de comercio las disposiciones del artículo XVII que incluye disposiciones para la no discriminación, entre otros. La pertenencia de Costa Rica al Acuerdo General, en los momentos en que escribimos estas reflexiones (febrero de 1991), se encuentra en su fase inicial, somos de la idea que muy pronto surgirán problemas debido al monopolio especial que Costa Rica tiene con los licores nacionales y su política proteccionista, selectiva y discriminatoria con la Fábrica Nacional de Licores. En el momento que se hizo la negociación costarricense debió haberse previsto una incorporación especial como parte de la lista de concesiones.

d) Política agrícola: La política agrícola ha sido una de las áreas más sensibles de la política del GATT. En la última Ronda de Negociaciones Comerciales, la *"Uruguay Round"*, ha sido particularmente uno de los principales temas de discusión y negociación[12], en ese sentido, cuando un país presenta su solicitud de adhesión, las partes contratantes dedican especial atención a las políticas agrícolas de los futuros países adherentes, aunque en el caso de Costa Rica por ser un país muy pequeño y sin un producto clave a nivel internacional, no dio mayores problemas a las partes contratantes. Sin embargo hubo algunos aspectos que es importante señalar.

Las partes contratantes preguntaron sobre la característica de diversificación de la estructura productiva en actividades de exportación no tradicionales y en los sectores sustitutivos de las importaciones. De manera poco convincente, el negociador de Costa Rica manifestó que existía un Plan Nacional de Desarrollo para el período 1986-1990, el cual tenía un carácter general y meramente indicativo y que en el país la producción respondía al principio de la ventaja comparativa y otras señales relevantes del mercado internacional al adoptar decisiones de inversión y producción.

En el contexto de la política agrícola, el delegado costarricense tuvo que explicar la función y objetivos del Consejo Nacional de Producción (CNP). Se expuso que el CNP tenía como propósitos fundamentales el fomentar la producción y fomentar los precios de los productos básicos de consumo popular a fin de garantizar el abastecimiento de la población, que a su vez la institución puede establecer precios mínimos de compra, y está autorizada a participar en el mercado interno, comprando productos agrícolas e industrializados que forman parte de la "canasta básica". Otro importante objetivo del CNP, según el negociador de

11. CÉSPEDES VARGAS, Renso, *Incorporación de Costa Rica al GATT: Implicaciones jurídicas y económicas.* (Tesis de grado, Fac. de Derecho, Universidad de Costa Rica), 1988, p. 285.

12. Véase, GOLDIN IAN; KNUDSEN ODIN, *Agricultural Trade Liberalization.* (París, Ed. OCDE), 1990. Especialmente caps: 5, 11 y 13 respectivamente.

Costa Rica, es que el CNP logre un equilibrio adecuado entre la oferta y la demanda de productos básicos.

En el campo de granos básicos se hizo referencia también, al llamado Protocolo Especial de Limón de 1965 que prevé un objetivo de coordinación de políticas en granos básicos, pero que por razones especiales el mismo ha tenido poca efectividad.

e) Otros asuntos no arancelarios: En este rubro las interrogantes más importantes se presentaron alrededor de la política del Banco Central, régimen cambiario, depósitos previos, las zonas francas, los incentivos fiscales y financieros para las exportaciones, los criterios para el otorgamiento de dichos incentivos, las prácticas comerciales desleales, restricciones cuantitativas, contratación administrativa, comercio estatal, operaciones de *trueque*, etc. La mayor parte de las preguntas de las partes contratantes en este apartado giraron sobre el deseo de conocer aspectos básicos de la estructura organizacional de la economía del país. Nos interesa a continuación destacar el aspecto de los incentivos fiscales y financieros para las exportaciones.

La inquietud más grande de las partes contratantes sobre dichos incentivos giró sobre el tipo de beneficios disponibles para los beneficiarios del contrato de exportación incluyendo el programa de certificados de abono tributario (CATS) y el programa de certificados para el incremento de la exportación (CIEX).

El negociador de Costa Rica manifestó que a través del contrato de exportación, el Gobierno garantiza a los exportadores autorizados de productos no tradicionales destinados a mercados fuera del área centroamericana, una serie de impuestos fiscales y no fiscales hasta 1996. El CATS está relacionado con el valor de las exportaciones y su contenido nacional. El contrato en mención brinda los siguientes incentivos: 1-) exención de impuestos sobre materias primas y bienes intermedios, maquinaria y equipo utilizado para la producción a exportar; 2-) exención de impuestos a la exportación; 3-) exención de impuestos de ventas y consumo; 4-) exención de impuestos sobre los dividendos proporcionales a las ventas de exportación; 5-) un 15% de impuesto sobre los dividendos repatriados; 6-) garantía de la repatriación de capitales después de cuatro años de operación; 7-) y otorgamiento de certificados de abono tributario iguales a un 15 ó 20 % del valor FOB de las exportaciones[13].

Es importante agregar que la concesión del CATS está supeditada a la naturaleza de los compromisos y obligaciones que haya adquirido el país en sus negociaciones comerciales, por ejemplo en las exportaciones a los Estados Unidos, sólo se permite un porcentaje máximo de cobertura del 15% de acuerdo con lo establecido en la regulación de la Cuenca del Caribe.[14]

Es muy claro que los CATS constituyen un verdadero estímulo adicional que le permite a las empresas nacionales participar en igualdad de condiciones frente al resto del mundo; en ese sentido algunas partes contratantes se mostraron inquietas por los mismos y solicitaron que deberían reducirse lo más rápido posible conjuntamente con el programa de ajuste estructural,[15] además, el país se comprometió a informar a las partes contratantes de acuerdo con lo establecido en el artículo XVI del Acuerdo General, con detalle las susodichas políticas de estímulo.

El problema de las zonas francas fue otro de los puntos que llamó la atención a los delegados de las partes contratantes, el representante costarricense explicó que dichas zonas tienen por objetivo el atraer inversión extranjera

13. Valor FOB es el valor de la mercancía puesta en el barco en el puerto de partida, incluye por tanto el pago de impuestos, de exportación, carga y estiba de la mercadería por el vendedor.

14. MONGE GONZÁLEZ, Ricardo, *La Reforma Arancelaria: el caso de Costa Rica.* (San José, Ed. Prodesarrollo), 1987, p. 63. Véase también: GALLARDO, María Eugenia, *La iniciativa para la Cuenca del Caribe: su impacto en Centroamérica.* (San José, Ed. Flacso), 1988.

15. Es importante mencionar que en otros países centroamericanos los sectores privados se mostraron sumamente molestos con el Gobierno respectivo por el compromiso de alterar el sistema de protección e incentivos y consideran que la adhesión al Acuerdo General podría ir contra el detrimento de sus privilegios frente a la competencia internacional. Véase: HERNÁNDEZ ORTIZ. Op. cit., p. 114 y sigtes.

y tecnología, así como promover la exportación y que dichas zonas están sujetas al pago de todas las sobretasas y derechos de importación sobre su componente importado.

En referencia a la aplicación de los derechos compensatorios o antidumping, algunas partes contratantes preguntaron si el país consideraba que las disposiciones del Acuerdo General autorizaban la aplicación de sobretasas para manejar las llamadas prácticas comerciales desleales. El negociador de Costa Rica lo negó y dijo que de acuerdo con el Convenio Centroamericano sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano, en el caso de registrarse importaciones subsidiadas u objeto de *dumping*, los países del MCC podrían adoptar cualquier medida que consideraran pertinente, incluyendo la modificación de los derechos arancelarios.

Una preocupación constante para las partes contratantes es que la legislación costarricense relativa a prácticas comerciales desleales no exige la verificación de la existencia de un daño material, previa a la imposición de derechos compensatorios. De igual manera, se indicó que la legislación que permitía la aplicación de medidas para salvaguardar la industria costarricense tampoco requería verificación de un daño serio, previa con la adopción de tales medidas, de acuerdo con lo requerido por el artículo XIX del Acuerdo. Las partes contratantes señalaron que las autoridades costarricenses deberían tomar alguna acción de modo que se exija una verificación de daño material o grave, antes de la aplicación de medidas compensatorias a prácticas de comercio desleal. Ante la preocupación manifestada, una vez más el negociador de Costa Rica indicó que una vez que su país formara parte del GATT, el Gobierno aplicaría las medidas compensatorias por razones de *dumping* o subsidios de acuerdo con lo que se estipulaba en el Acuerdo General en sus artículos VI y XIX.

El mismo criterio enunciado anteriormente, aplicó el negociador de Costa Rica cuando habló de las restricciones cuantitativas, estas lo mismo que los requerimientos de permisos de importación, según el negociador de Costa Rica, se aplicarán del acuerdo con lo dispuesto en el artículo XIII del Acuerdo General, una vez terminado el proceso de negociación. Recuérdese que de acuerdo con el artículo XI del Acuerdo General, el uso de restricciones cuantitativas que se definen como medidas de control que limitan el volumen físico o el valor de las compras externas, únicamente se autoriza para "prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales".

En referencia a la contratación administrativa, las partes contratantes solicitaron información sobre los procedimientos a seguir para las compras del sector público en Costa Rica y la posibilidad de que participen proveedores extranjeros. En ese sentido se ofrecieron las explicaciones que contiene la Ley de Administración Pública. En este contexto también se dio amplia información sobre los planes y alcances de la Corporación Costarricense de Desarrollo (Codesa).

Uno de los últimos aspectos tratados en el Grupo de Trabajo, fue el referente a las operaciones de *trueque*, que como explicó el negociador de Costa Rica, es un mecanismo que se utiliza en el país para no incrementar la deuda pendiente de países que tienen problemas especialmente graves como es el caso de Nicaragua y El Salvador. El *trueque* comercialmente hablando representa un 10% del comercio de la región.

f) Códigos de conducta: Como parte integral del proceso de adhesión, el Gobierno de Costa Rica, según inquietudes de las diferentes partes contratantes, señaló la intención de adherirse a los Códigos de Licencias Antidumping y de Valoración Aduanera, aunque recalcó que respecto a dichos Códigos, Costa Rica era de la idea que los estándares aplicados de acuerdo con los instrumentos actuales suscritos entre los países centroamericanos, son consistentes con esos Códigos y utilizan los mismos criterios y que en ese sentido su país iniciaría negociaciones con los otros colegas centroamericanos. En el caso del Código Antidumping anunció que Costa Rica lo adhería inmediatamente una vez finalizadas las negociaciones de adhesión y que respecto a los Códigos de Aduana, y de Licencias, el país notificará en los próximos tres

años su intención de adherirse. También se indicó que la adopción del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías sería una contribución al fortalecimiento del sistema de comercio multilateral que Costa Rica consideraría en su momento.

CONCLUSIONES

La más importante conclusión del proceso de adhesión costarricense al Acuerdo General, es que por medio de ella, el país se inserta en el sistema normativo del comercio internacional, permitiéndose de esa manera participar como miembro de pleno derecho en la Ronda de Negociaciones Comerciales Multilaterales, conocida como Ronda Uruguay, que es a nuestra manera de ver, el esfuerzo más ambicioso para definir las normas que regirán el comercio internacional en las próximas décadas.

El GATT se ha convertido en el más importante cuerpo regulador del comercio internacional y por ende de fuerte interés para los países en vías de desarrollo. Sin embargo para nadie es un secreto que los beneficios derivados de la gran expansión comercial a la que en forma efectiva, pero defectuosa ha ayudado el GATT, han sido básicamenten para las economías desarrolladas[16].

Un análisis comparativo de los costos y beneficios de las negociaciones nos lleva a concluir que, en términos generales, la base de la negociación de Costa Rica fue el programa de ajuste estructural y sus compromisos con organismos financieros internacionales como el Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial, que como se sabe sus programas equivalen de facto a la consolidación de un programa general de liberación comercial; además tenemos el programa de liberalización comercial iniciado por el país a mediados de los años ochenta. A pesar de que la negociación de adhesión no se dio como bloque regional, se debe reconocer que el Gobierno de Costa Rica, a través de su equipo negociador, no sólo realizó un gran esfuerzo para elaborar las negociaciones de adhesión de una forma coherente de acuerdo con los compromisos de reestructuración dentro de los parámetros internos que se había comprometido dentro del ajuste estructural y del arancel centroamericano de importación, sino que negoció tarifas arancelarias y aspectos de política comercial que se convirtieron en modelos de seguimiento para otros países de la región[17].

Respecto a los beneficios (o costos) propiamente hablando, que recibirá el país, tenemos que estos son de carácter global, es decir se parte de la propuesta general que Costa Rica recibe de las partes contratantes una serie de concesiones globales al amparo del criterio de nación más favorecida.

Por último, es importante destacar otro factor, referido a la adhesión, lo fundamental no es sólo evaluar los costos y beneficios del intercambio implícito de concesiones en la búsqueda de la participación de Costa Rica en la economía internacional. También es importante la contribución de las negociaciones a los objetivos que se propone lograr el país al reorientar su sistema de comercio exterior: modernizar el aparato productivo, acrecentar la competitividad del sector agrícola e industrial, reducir la vulnerabilidad del sector externo y diversificar las relaciones comerciales internacionales. La adhesión de Costa Rica al GATT significó todo un reto a nivel institucional, económico y político de grandes repercusiones en el futuro próximo.

16. RHENÁN SEGURA, Jorge, *¿Por qué se fracasó en Bruselas?* en **La Nación**, 14 de diciembre de 1990, p. 15A.

17. HERNÁNDEZ ORTIZ. Op. cit., p. 200.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DIAGNÓSTICO SOBRE LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE DEL DERECHO DEL MAR

ROXANA SALAZAR CAMBRONERO
PATRICIA MADRIGAL CORDERO

PRESENTACIÓN.

"La evolución de las leyes relacionadas con la conservación como las leyes sobre el ambiente en general, ha sido hasta hace poco fragmentaria y esporádica, constituyendo una reacción frente a ciertas necesidades sectoriales y, a veces, a ciertas emergencias. Por consiguiente, la legislación sobre recursos vivos se halla en numerosos países llena de lagunas, de duplicaciones e incluso de conflictos."

La magnitud del documento de recopilación de normas relacionadas con recursos pesqueros es un testimonio fiel de esta afirmación, que sin duda alguna es válida para todos los demás recursos naturales. Nuestros países, de tradición napoleónica, y bajo el pretexto de ser Estados de Derechos, recurren constantemente a la promulgación de legislación como respuesta ante los problemas que se plantean. Sin embargo, estas respuestas han sido descoordinadas, sin relación entre sí y más bien como intentos de mitigación del problema más que de su resolución definitiva.

Recordemos que la legislación es un simple instrumento de voluntad social, que debe producirse después de un proceso de elaboración en donde su sustrato debe fundarse en necesidades sociales claramente definidas. La legislación siempre requiere de un órgano responsable de su ejecución, el término "responsable" incluye el que tenga los recursos necesarios para vigilar por su aplicación. Para terminar con este triángulo indisoluble y necesario, debe estar inmersa en un proceso de planificación que adecue todas esas necesidades en un orden sistemático de planificación integral. Al apartarnos de las consideraciones precedentes producimos instrumentos jurídicos aislados, que no incluyen una respuesta integral al problema planteado y que no encuentran aplicación en la realidad. En su relación con el Ordenamiento Jurídico, encontramos duplicidades, vacíos y contradicciones. Es de gran utilidad conocer y tener presente la legislación vigente, para coadyuvar en el manejo sostenible de nuestros recursos naturales y dictado de políticas que permitan la coordinación y faciliten la ejecución de las normas.

INTRODUCCIÓN.

Nuestro estudio parte de la consideración de que por Derecho del Mar "cabe entender las convenciones, tratados, leyes, decretos ejecutivos tendientes a regular (tanto como ordenamiento interno y externo o internacional) todo lo relacionado con la explotación, investigación, pesca, límites, zonas de territorio jurisdiccional de cada país, etc. en el espacio denominado como marítimo". (Romero Pérez, 1978). Los recursos pesqueros, costeros y marinos constituyen una riqueza de gran importancia para nuestro país. Costa Rica cuenta con una extensión de 51.100 km^2 y posee más de 500.000 km^2 de mar patrimonial y territorial. En los últimos años la explotación de los recursos marinos se ha fortalecido, especialmente la industrial, lo que convierte a estos recursos en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una importante fuente económica para nuestro país.

Desde hace muchos años nuestro país ha considerado la pesca un recurso muy valioso, por ello se han ido dictando regulaciones con el fin de buscar su mejor uso y explotación. Sin embargo, la regulación y control de la actividad ha quedado muy atrasada en punto al desarrollo que se ha dado sobre el sector, especialmente en los últimos años.

Los recursos pesqueros con base en la legislación vigente son patrimonio nacional, son bienes públicos. Se han definido como cosas públicas las que por ley están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general. El artículo 262 del Código Civil dice que las cosas públicas están fuera del comercio y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas. Los bienes del *dominio público* se hallan fuera del comercio, por el procedimiento de la *afectación.* Garrido Falla define el dominio público como "aquella parte del dominio constituida por las propiedades administrativas que están afectadas al uso de todos o bien al funcionamiento de un servicio público y que, por consecuencia, están sometidas a un régimen especial". Los bienes de dominio público se caracterizan por ser incomerciables, inalienables, imprescriptibles e inembargables. La doctrina administrativa agrega otras características tales como publicidad posesoria, facultad de deslinde, utilización directa por la administración, uso común, etc. Sobre el recurso pesca, bien público, el Estado ejerce un poder de disposición del mismo. Se busca que sirva para el mejor provecho de la mayoría de la población. El Estado por medio del Poder Ejecutivo, del ente encargado en el Ministerio de Agricultura, determina los medios y formas para su utilización. El artículo 1 de la Ley de Pesca enuncia estos principios: La pesca afecta un recurso natural que forma parte de la riqueza nacional, por lo que su regulación corresponde al Poder Ejecutivo, a cuyo efecto se expide el presente decreto-ley, con el fin de determinar las condiciones del derecho a explotar sus recursos, así como normalizar su ejercicio, el aprovechamiento racional, un mayor rendimiento económico y la conservación y protección de las especies cuyo medio de vida sea el agua.

SITUACIÓN ACTUAL.

Actualmente nuestras costas sufren de gran contaminación. Por ejemplo, el Golfo de Nicoya, en el Mar Pacífico, contiene grados altos de contaminación, derivada de materias fecales y otros desechos industriales, químicos, domésticos, que son lanzados a los ríos que desembocan en las aguas marinas. Estos desechos alteran y degradan los ecosistemas marinos. Las mismas instalaciones portuarias son fuente de problemas porque provocan lavado erosivo de las playas. Se ha investigado que varias especies marinas están desapareciendo o en vías de extinción producto de esa contaminación o de una explotación irracional.

El Mar Caribe también sufre de problemas como erosión de playas y zonas costeras. En esta zona se cuenta con problemas derivados de una gran contaminación generada en el transporte de petróleo, lavado de supertanqueros cerca de nuestras costas.

Además del problema generado por la contaminación, ha existido el concepto de que nuestros recursos marinos son ilimitados, lo que se ha reflejado en la falta de programas que establezcan un aprovechamiento racional de los mismos, por el contrario se ha permitido su explotación irracional, lo que en contra de la misma normativa, ya que se ha establecido el principio de que el Poder Ejecutivo deberá normalizar su ejercicio, su aprovechamiento racional, buscando un equilibrio entre el rendimiento económico y la conservación y protección del recurso.

Los principales sistemas ecológicos de nuestros litorales se pueden clasificar en (Villalobos, 1982):

a) Playas arenosas (recreativas y de interés biológico): son la base de un desarrollo turístico muy importante para nuestro país. Su regulación y protección aparece en la Ley de la Zona Marítimo Terrestre.

b) Estuarios y manglares: constituyen importantes áreas de reproducción o en sus aguas se desarrollan los estados poslarvales

que luego migran al mar abierto. La regulación que existe es el decreto que declara los manglares como reservas forestales, se le otorga al MAG su administración; pero la Dirección de Pesca, tiene facultades para normar sobre los aprovechamientos de vida marina en estas áreas. Estas zonas están sufriendo de grandes problemas que requieren tomar medidas urgentes para lograr su verdadera protección.

c) Arrecifes de coral: son sistemas ecológicos de gran complejidad estructural y podrían ser utilizados para explotación turística. Los protege el Decreto 1236-A de setiembre de 1970.

En punto al sector pesquero propiamente encontramos la siguiente situación: los pescadores artesanales tienen problemas "con mal estado de la flota y aparejos de pesca, falta de medios de conservación a bordo y en tierra de los productos, deficiente organización social de los pescadores, incremento desproporcionado en el número de permisos de pesca y un deficiente sistema de comercialización. Con respecto a la flota arrastrera los principales factores limitantes se relacionan con la dificultad de aplicar criterios técnicos a la hora de otorgar nuevos permisos de pesca, falta de conocimiento sobre la biología de las especies en explotación una política de subsidios inadecuada. En relación con la flota industrial, los factores están representados por la ausencia de un programa de incentivos que haga competitiva la operación de una flota atunera costarricense, el desarrollo de proyectos técnicamente mal concebidos y la carencia de infraestructura en tierra para el recibo de productos y aprovisionamiento de los barcos." (Villalobos, 1989).

ADMINISTRACIÓN.

Las instituciones nacionales claves para el manejo de los recursos marinos y costeros que existen son:

Dirección General de Recursos Pesqueros y Acuacultura: adscrita al MAG; constituye el organismo que da atención directa al sector, realiza tareas sobre recolección y procesamiento de información sobre la cantidad pescada, especies, lugar de captura, tipo de embarcación, etc.; se encarga del otorgamiento de licencias, permisos de pesca, vedas, etc.; realiza investigaciones sobre determinadas especies, zonas de poblamiento y de pesca.

Dirección General Forestal: regula los manglares y áreas forestales designadas en la zona costera.

Servicio Nacional de Áreas de Conservación: adscrito al MIRENEM, se encarga del manejo y administración de las áreas silvestres. Recientemente se estableció la *Unidad de Conservación de Ambientes Marinos*, está conformada inicialmente por el Parque Nacional Isla del Coco, la Reserva Biológica Isla del Caño y el Parque Nacional Marino Ballena. Esta Unidad cuenta con el apoyo de una Comisión Técnica Asesora, que tiene el carácter de un ente asesor de alto nivel para todo lo relacionado con los ambientes marinos en general.

Dirección General de Vida Silvestre: se encarga de otorgar licencias de pesca y busca la protección de los ecosistemas.

Ministerio de Planificación Nacional: por la Ley de Planificación Nacional se establece el *Sistema Nacional de Planificación.* La idea **rectora** para crear este Sistema fue mejorar la eficiencia y productividad de las actividades de la administración pública, a través de la previsión de las prioridades y políticas de desarrollo. La coordinación y dirección por esta Ley deben estar enmarcadas dentro de los planes de desarrollo.

Ministerio de Transportes: encargado del transporte fluvial o marítimo. Las capitanías de puerto controlan las embarcaciones que salen a pescar.

Instituciones de investigación y formación: Centro de Investigaciones en Ciencias del Mar y Limnología (CIMAR) y la carrera de Pesquería Náutica, ambas de la Universidad de Costa Rica, Escuela de Ciencias Biológicas de la Universidad Nacional; Centro Náutico Pesquero del INA; Colegio Universitario de Puntarenas.

Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA): encargada del desarrollo económico de la Vertiente Atlántica de nuestro país.

Organismos varios: existen algunos organismos que se encargan de actividades específicas, como el CNP, encargado de la comercialización; el INCOP, en Puntarenas tiene a su cargo el desarrollo de la infraestructura portuaria; INFOCOOP, Instituto encargado del desarrollo y fiscalización de las cooperativas; el Banco Anglo, que maneja recursos financieros para mejorar el sector.

"Dos defectos de organización bastante frecuentes son la falta de coordinación entre los organismos responsables de los recursos vivos, y el de que el mismo organismo tenga a su cargo la explotación de los recursos por un lado, y su conservación por el otro".

Según vemos el Ministerio de Agricultura y Ganadería tiene funciones de protección de los recursos pesqueros así como la facultad de otorgar las licencias de pesca. En una sola institución se incluyen mecanismos de protección y de explotación sobre un mismo recurso. Por otro lado, la pesca continental e insular se encuentra en otro Ministerio, el de Recursos Naturales, Energía y Minas, que también incluye funciones de protección y de explotación, a través de la Dirección de Vida Silvestre. No existe entre estos dos Ministerios, salvo que los dos pertenecen al Poder Central, un mecanismo eficaz de coordinación, no obstante la evidente relación entre los recursos vivos ya sean continentales o marinos.

En realidad, aunque las dos funciones se encuentren en una misma institución, esto podría verse desde un punto de vista de coordinación, donde la explotación racional contribuye a la protección del recurso, pero para ello se requiere de una estrecha coordinación en la ejecución de políticas y programas.

"Son aún más raros los países (desarrollados o en vías de desarrollo) capaces de lograr un aprovechamiento eficaz de los mares. Como la tierra en el mar es un sector de aprovechamiento múltiple, ya que suministra alimentos, transporte, minería y canteras, producción petrolífera, recreación y eliminación de los desechos. Pero contrariamente a las tierras, existen pocos esfuerzos destinados a permitir aquel aprovechamiento múltiple".

Este es un aspecto más desolador que refleja nuestra realidad. Los entes con atribuciones relacionadas con un sector del recurso, que no lo toma en cuenta en forma integral, produciendo dispersión de recursos, duplicidas y conflictos. Esto aunado a la falta de "conciencia institucional" en donde funcionarios públicos de un mismo órgano no tienen presente sus objetivos a mediano y largo plazos, sin mencionar la falta de una conciencia en su ubicación en el Estado, una ficción jurídica que tiene metas definidas y en donde, ese órgano contribuye de alguna manera a su consecución.

"La capacidad de gestión de los recursos vivos puede debilitarse igualmente debido a la división de las responsabilidades de conservación entre distintos niveles del gobierno, generalmente centrales (o nacionales), provinciales (o estatales) y locales (o municipales). Dado que los ecosistemas rara vez respetan las fronteras institucionales o políticas, es preciso que haya una estrecha coordinación entre estos niveles."

Nuestros esquemas de organización administrativa siguen esta tendencia: nacionales, regionales y locales. Con el agravante de que a medida que descendemos hasta el nivel local, en esa misma relación descienden sus recursos de todo tipo, humanos, técnicos, etc. En nuestro país el hecho de que la vigilancia y control se encuentren en manos de las municipalidades es uno de los aspectos que contribuyen a la inaplicación de las normas jurídicas. Estos órganos sobre todo en este sector que hablamos de municipalidades de cantones costeros, generalmente pequeños y aislados, existe una falta de capacitación de el concejo municipal hasta sus funcionarios técnicos y administrativos. Ignorancia de las leyes y falta de recursos para aplicarlas se conjugan en una peligrosa relación.

Por último, la escasez de personal capacitado, los bajos salarios y la insuficiente organización administrativa. La carencia de personal capacitado nos pone en una disyuntiva: o se concentran en las oficinas nacionales, ubicadas en la capital, o se distribuyen en las oficinas regionales. La primera alternativa produce lo que muchas veces se denomina "decisiones de

escritorio", o sea aquellas decisiones que se toman sin contar con la del impacto que dichas medidas puedan ejercer sobre los sectores afectados y en desconocimiento de las particularidades de la región. La segunda alternativa produce una dilución de ese personal calificado que en forma personal, aislado, alejado de los centros de decisión, sin estímulos apropiados, ven frustradas sus expectativas y recomendaciones.

Debe llegarse a un equilibrio, sobre todo capacitando más eficientemente al personal en las políticas de planificación nacional, coherentes y viables. Para las direcciones regionales se requiere de personal más que todo técnico, que comprenda las directrices nacionales pero que las aplique de acuerdo con las particularidades de la región.

PROBLEMAS LEGALES.

Con base en los principios constitucionales, los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas nacionales, en el suelo y el subsuelo son patrimonio nacional. El Estado tiene la obligación de protegerlos, conservarlos y explotarlos. Estos principios son la guía en que se basa la legislación vigente. No obstante, después de analizar esta normativa consideramos que el sector cuenta con varios problemas legales, que podemos indicar de la siguiente manera:

1) Se carece de controles claros sobre las actividades en el medio marino; la infraestructura existente no permite ejercer verdaderos controles;

2) La estructura administrativa vigente presenta gran descoordinación entre los organismos encargados del sector; no existen programas conjuntos para lograr un mejor uso y administración de la zona costera; falta delimitación clara sobre las zonas costeras en relación con la competencia de cada uno de los organismos en determinadas jurisdicciones;

3) Existe una evidente falta de coordinación entre el sector privado y el público;

4) La normativa no contempla la capacitación ambiental de los funcionarios y menos de los ciudadanos;

5) Tanto los usuarios como los administradores desconocen la naturaleza y alcance de la normativa vigente; no se cuenta con personal capacitado que pueda educar a los usuarios del recurso sobre todo en punto a la transferencia de tecnología;

6) No existe una planificación sobre el uso del recurso desde las esferas políticas;

7) Carece de regulaciones sobre la contaminación sobre el recurso y de información suficiente sobre la contaminación de las aguas cercanas a la costa;

8) No existen obligaciones claras y precisas sobre el uso y explotación del recurso; "no existe información sobre la biomasa disponible y el comportamiento biológico de la población"; no existe coordinación con grupos internacionales para intercambiar información, recursos, etc.;

9) Nuestro país no ha suscrito gran cantidad de convenios internacionales que buscan la protección de los recursos marinos;

10) La legislación aparece dispersa y en muchos casos desactualizada, por ejemplo no regula por separado la pesca continental y la marítima;

11) La desorganización administrativa genera ineficiencia;

12) Ciertas áreas —como estuarios, manglares, arrecifes, desembocaduras— carecen de la legislación adecuada;

13) La legislación carece de información técnica como:

"— descargas de agua dulce,
— características del oleaje,
— características de la climatología local,
— características de la circulación litoral, costera y sobre la plataforma,
— abundancia relativa de peces, moluscos y vida vegetal en la región,
— existencia de fenómenos costeros que ofrezcan riqueza pesquera, tales como afloramiento." (Quirós, 1988);

14) Se carece de inspectores —capacitados— que ejerzan un verdadero control sobre la explotación de los recursos; los inspectores carecen de investidura para poder ejercer como autoridades, por ejemplo que puedan decomisar, detener, etc.;

15) Los incentivos se han otorgado sin criterios técnicos, y al mismo tiempo faltan políticas crediticias para impulsar la actividad pesquera.

RECOMENDACIONES.

Nuestras recomendaciones tienen su sustento en varios de los estudios realizados sobre la materia, especialmente los del Dr. Carlos Villalobos. La más importante recomendación que se plantea es la necesidad de que el país cuente con un ente rector, con poder suficiente, que dirija el sector integrando y coordinando los diversos recursos que existen. Este ente rector debe ser un organismo multidisciplinario que planifique y que incluya otros aspectos como el desarrollo portuario, industrial y urbanístico y de protección ambiental de los recursos de la zona (Villalobos, 1989). Existe un proyecto de ley que crea un organismo rector, sin embargo, no viene a integrar como punto fundamental la investigación científico-técnica como centro básico para alcanzar un mejor desarrollo y utilización en el sector. Este proyecto daría solución parcial a los problemas existentes.

La legislación vigente debe ser objeto de una cuidadosa revisión para dictar la legislación apropiada y sobre todo acorde con las legislaciones sobre el Derecho del Mar vigentes hoy día. Urge que desde las esferas de más alto nivel político se desarrolle un plan integral de manejo sostenido de los recursos. (Villalobos, 1987). Hasta el momento los planes de desarrollo económico de nuestro país no han contemplado la protección de este recurso como base de una continua e indefinida explotación. Se deben realizar estudios sobre el recurso, determinar con qué se cuenta, en qué cantidad, cómo se debe utilizar, etc. Este plan debe incluir políticas para la administración técnica y científica de los recursos. (Villalobos, 1987).

De manera urgente nuestro país debe contar con personal especializado para que trabaje en la planificación y uso racional de la zona costera. (Villalobos, 1987). Se deben detectar y combatir las causas de la contaminación. También se deben realizar investigaciones para determinar el potencial pesquero, su situación actual, problemas que tiene, etc. La normativa carece de regulaciones sobre aspectos educativos, de capacitación, de investigación. Se requiere fortalecer cada uno de estos puntos para alcanzar la verdadera protección del recurso.

Se debe lograr el efectivo control sobre el recurso. Se deben definir las zonas marítimas, determinar el ente encargado de su jurisdicción y la protección que debe dársele. Urge ejercer verdaderos controles sobre los usuarios del recurso, especialmente controlar los barcos piratas. Existen dos grandes problemas en punto a la protección: por un lado la falta de conocimiento sobre la norma vigente aun por parte del administrador y por otro la fijación de multas ridículas. Por no considerar las medidas represivas la solución adecuada, estimamos que se debe enfatizar en programas de educación ambiental para lograr la verdadera protección, a través de concientización de las personas y no a través del enforzamiento de medidas represivas que muchas veces generan reacciones negativas.

RESUMEN DE LAS RECOMENDACIONES.

1. La consolidación de la protección de los recursos marinos se inicia desde una reforma constitucional que establezca la obligación del Estado de conservar los recursos vivos, el derecho del ciudadano a un ambiente sano y su obligación para su conservación y protección.

2. La incorporación de la variable ecológica dentro de la elaboración de políticas de planificación. El modelo de desarrollo socioeconómico del país debe ser afín a la conservación.

3. En igual sentido, la elaboración de políticas claras referentes a los recursos pesqueros y más aún a la vida marina como un recurso integral, es indispensable.

4. La tarea de reestructuración administrativa, más que cambios de fondo debería incluir cambios de forma, en el sentido de buscar mecanismos de coordinación eficaces que permitan la utilización racional de los recursos conque dispone cada institución u órgano en particular.

En este punto se debe lograr un ente rector, que sea el que tenga las labores de planificación nacional y de coordinación de las instituciones para lograr esos objetivos. Pero es importante, hacer énfasis en que ese ente rector debe contar con instrumentos idóneos para hacer cumplir sus directrices.

5. La definición de cada órgano debe contener atribuciones muy claras, mecanismos prácticos que realmente contribuyan al cumplimiento de sus fines y formas de consulta y coordinación para la elaboración y aplicación de sus directrices.

6. La necesidad de mejorar el personal técnico encargado es urgente, no solo a través de un proceso planificado y sistemático de capacitación de acuerdo con los objetivos planteados, sino de un proceso de revisión de salarios e incentivos.

7. La búsqueda para mejorar los aspectos técnicos necesarios para que el personal ejerza efectivamente sus funciones debe orientarse a través de mecanismos creativos para suplir las deficiencias e insuficiencias estatales: la contratación de servicios profesionales privados (análisis de laboratorios), convenios internacionales (patrullaje costero), involucrando a la comunidad (inspectores ad honórem), son algunas de las posibilidades que pueden considerarse.

8. Por último, para lograr el resultado final, que es la conservación de los recursos marinos y su utilización mediante el desarrollo sostenible, solamente es posible si se cuenta con el apoyo y la convicción de los ciudadanos, sobre todo los que están más cerca del recurso.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS.

Correspondencia de 3 de agosto de 1988 con Guillermo Eladio Quirós.

GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo,* Madrid, 1958, parte general, vol. II, p. 393.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Notas sobre el Derecho del Mar,* **Revista Judicial,** Nº 10, diciembre, 1978.

VILLALOBOS, Carlos R., *La conservación de los ecosistemas marinos y su importancia en el desarrollo de Costa Rica,* **Primer simposio de parques nacionales y reservas biológicas,** UNED, 1982, pp. 53 y ss.

VILLALOBOS, Carlos R., *Recursos pesqueros y del litoral,* ECODES, Memoria del Congreso, 1989, pp. 73 y ss.

VILLALOBOS, Carlos R., *Los recursos marinos de Costa Rica,* Biocenosis 3(3-4), enero-junio, 1987, pp. 71 y ss.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS PERITACIONES MÉDICO-LEGALES EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

JUAN DIEGO CASTRO FERNÁNDEZ

SUMARIO

Pág.

1. Introducción 60

2. El perito médico forense 60

3. La participación del médico forense en la instrucción 62

4. Los informes médico-legales 63
   4.1. De peritos oficiales 63
   4.2. De peritos propuestos por las partes (nacionales y extranjeros) 63

5. La aclaración y la ampliación 64

6. La apelación 65

7. La tercera peritación 66

8. El médico forense en el debate 66

9. Referencia jurisprudencial 67

10. Conclusiones 68

11. Legislación costarricense 68
   11.1. Disposiciones del Código Procesal Penal 68
   11.2. Disposiciones de la Ley Orgánica del OIJ 69

12. Bibliografía 70

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. INTRODUCCIÓN

Desde las perspectivas criminalística y procesal penal, es de indudable valor, la presencia y participación del médico forense en la escena del crimen, no solo por el examen "in situ" del cadáver, sino que además la inspección médico-legal del entorno del hecho delictivo, pueden aclarar muchas interrogantes que quizá, de otro modo, quedarían dentro del proceso penal, en el más impenetrable misterio.

Este primer contacto del médico forense con un determinado homicidio, nos lleva a plantearnos el papel de este personaje en la trama procesal penal que apenas se inicia.

Ateniéndonos a las fases procesales, el médico forense puede aparecer en escena desde el principio de la investigación policial, rindiendo su dictamen en la instrucción, el cual puede ser impugnado ante el Consejo Médico Forense y participando finalmente, en el juicio oral y público.

Analizaremos algunos de los aspectos más sobresalientes de la participación pericial de los médicos forenses dentro de los procedimientos penales, comentando lo resuelto por nuestra Sala de Casación sobre la relevancia de esta importante prueba, tanto el voto de mayoría como el de minoría.

2. EL PERITO MÉDICO FORENSE

La doctrina procesal penal, ha resuelto claramente el papel procesal del médico forense como perito, lo que a nivel legal en Costa Rica, no resiste la más mínima discusión:

El tratadista Leone sostiene: "A este propósito Massari, con su acostumbrada precisión, enriquecida con su experiencia judicial, enseñó: 'el perito lleva al proceso la contribución de un dictamen técnico motivado, y por tanto expresado en forma dialéctica, acerca del alcance de datos y elementos ya adquiridos para el proceso. Ello sirve para diferenciarlo del testigo, el cual depone acerca de datos, hechos y circunstancias, percibidos fuera del proceso, excluida toda facultad de apreciación y de juicio'.

La definición de la función del perito oscila entre una tesis que la delimita al solo cometido de aportar reglas de experiencia al proceso, y una tesis que la extiende al doble cometido de 'exponer al juez las observaciones de sus sentidos y sus impresiones personales acerca de los hechos observados' e indicar 'las inducciones que objetivamente deben extraerse de los hechos observados', que se desdoblan en dos aspectos: Prueba de lo referente al objeto, y juicio en lo concerniente al dictamen. Más radicalmente, Borettini y Manzini niegan a la peritación la naturaleza de medio de prueba, haciéndola consistir en un 'elemento subsidiario para la valoración de una prueba o resolución de una duda. (...) La diferencia entre el testigo y el perito puede formularse así: el testigo refiere, el perito valora.'"[1]

El maestro Carnelutti sostuvo que: "El perito no es, como el testigo, un objeto, sino un sujeto de busca y de valoración; no se coloca, por tanto, al lado del testigo, ante el juez, para ser examinado, sino al lado del juez para examinar; comunica, desde luego, a éste, las observaciones que ha hecho, y por eso narra a

1. LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1963, págs. 196 y 197.

manera de testigo, pero mientras la actividad judicial de este último comienza y termina con la narración, la del perito ha comenzado antes con buscar y con observar."[2]

La opinión de Beling consiste en que: "La diferencia característica entre testigos y peritos consiste en que los últimos solo poseen una calificación general para su papel procesal, mientras que su relación con el proceso concreto, se constituye por su llamamiento; los testigos, en cambio, llevan ya al proceso concreto su calificación especial. Lo que respecto al perito es exacto. Pero el papel de testigo puede constituirse por mandato judicial. El tribunal manda, por ejemplo, a X a ver si se ha roto una determinada ventana de una casa vecina. El relato de X no es un dictamen."[3]

El profesor Altavilla ha escrito que: "Del dictamen pericial no puede decirse, como en relación con el testimonio, que es un hecho que se percibe a través de un temperamento, porque es, por el contrario, un hecho esclarecido por la técnica de un hombre, técnica que debe ser comprobada, con experimentos y cuyo autor debe estar intelectualmente preparado para que por definición se le pueda llamar perito.

Pero no es nota diferencial constante, pues el perito debe a veces reconstruir fenómenos pasados y que no fueron percibidos directamente por él, lo cual nunca ocurre con respecto al testigo. (...)

Mas como los exámenes periciales duran mucho tiempo, en no pocos casos el perito es testigo de hechos presentes, pero siempre posteriores al delito. (...)

Por lo tanto, la nota diferencial a que se ha hecho mención puede existir, pero modificada en el sentido de que el testigo puede referirse inclusive a hechos percibidos en el momento del delito, y el perito, a hechos que examinó siempre con posterioridad."[4]

"Es preciso recordar ahora, para que aparezca clara la razón de la superioridad perceptiva del perito cuando se compara con la del testigo, que aquél está fuera del alcance de las acciones deformadoras de los estados afectivos y emotivos que perturban con frecuencia al testigo en el momento en que percibe un acontecimiento determinado. Agréguese a ello, si se prescinde del celo que puede llevar al perito a hacer triunfar su tesis, es suficientemente sereno. Pero donde reside la nota de su profunda diferencia es en el hecho de su percepción la ilumina siempre una intensa atención conativa. No es que el mundo externo en forma repentina y tumultuosa llegue al umbral de la consciencia y lo traspase, sino que es su mente la que se detiene a considerar el hecho externo para captar su anatomía y para conocerlo por completo.

El testigo se ve convertido de improviso en espectador de una escena movida y compleja que ya se ha desarrollado cuando él acierta a concederles a los hechos una fuerte atención; el perito en cambio, estudia con tranquilidad en su gabinete, somete el fenómeno a un análisis acucioso, que puede repetir para corregir cualquier error de percepción."[5]

"Esta preparación técnica suya —del perito— le dará por resultado una capacidad de análisis más precisa, y por esto debe tenerse en cuenta aquí lo dicho sobre la educabilidad del testigo.

Si el perito es a menudo un verdadero testigo, debe estar educado para la exactitud de la percepción, por la repetición frecuente de esa función suya, y también porque muchas veces está preocupado por el control de otro técnico o del juez.

Además el testigo no puede tener en el momento en que percibe, la preocupación por la exactitud de la *evocacio mnemónica;* en

---

2. CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones de Derecho sobre el proceso penal,* volumen I, EJEA, Buenos Aires, 1950, pág. 267.
3. BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal,* Editorial Labor, Madrid, 1943, pág. 224.
4. ALTAVILLA, Enrico, *Sicología judicial. Los actores del procedimiento penal,* volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1975, págs. 899 y 900.
5. ALTAVILLA, Enrico, *op. cit.,* pág. 902.

cambio, el perito trata de fijar con precisión, pues sabe que sus percepciones pueden ser controladas deben ser el fundamento de sus deducciones científicas."[6]

3. LA PARTICIPACIÓN DEL MÉDICO FORENSE EN LA INSTRUCCIÓN

En los asuntos de instrucción formal (por delitos cuya pena mayor es superior a los tres años de prisión, los primeros dictámenes médico-legales son conocidos por el juez y las partes, que tienen la posibilidad de pedir ampliaciones al propio perito médico-legal y plantear apelaciones ante el Consejo Médico Forense.

Decimos con el profesor Caferatta Nores: "La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba. No se trata, en consecuencia, de un medio para auxiliar al juez, supliendo su deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no podrá evitarse su relación, aun cuando éste posea los conocimientos especializados necesarios.

Así como para fundar la necesidad del testimonio se ha dicho que el juez 'no puede verlo todo', con igual o mayor razón se ha señalado, que 'tampoco puede saberlo todo'.

Partiendo de esa base, se impone en ciertos casos la intervención en el proceso de una persona que sepa lo que el juez no sabe: es el perito, sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando haya verificado que para descubrir o valorar un elemento de prueba sean necesarios conocimientos artísticos, científicos o técnicos, es decir, conocimientos propios de una cultura profesional especializada.

Las diferencias que puedan establecerse entre perito y testigo no son tanto los especiales conocimientos de aquél (que también puede tenerlos el llamado 'testigo perito'), sino la circunstancia de que el primero conoce y concluye por encargo judicial y en virtud de un interés procesal preexistente a su misión; en cambio, el testigo percibe espontáneamente, y el interés sobre su percepción es sobreviniente".[7]

Nuestro Código de Procedimientos Penales, Libro Segundo, Título Tercero (Medios de Prueba), en su Capítulo Quinto, regula lo atinente a "Peritos" (artículos 238 a 252).

El término de la incapacidad temporal del ofendido, fijado en el dictamen médico legal, en tratándose de causas por el delito de lesiones, determina la competencia jurisdiccional, según sea mayor de diez días, o mayor de un mes, correspondiendo conocer el proceso a una Alcaldía de Faltas y Contravenciones, a un juez penal o a un juez de instrucción.

Muchos "autos de falta de mérito" son revocados al recibir el juez instructor el dictamen médico-legal, al conocer detalles que provocan tal claridad, que obligan a procesar o a sobreseer.

En esta fase procesal, las partes pueden lograr que las pericias médico-legales adquieran tal profundidad, al solicitar ampliaciones o impugnar los dictámenes ante el Consejo Médico Forense.

---

6. ALTAVILLA, Enrico, *op. cit.*, pág. 905.

7. CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, páginas 47 y 48.

4. LOS INFORMES MÉDICO-LEGALES

El Profesor Vargas Alvarado sostiene en relación con los tipos de informes médico-legales, que "los principales son el dictamen, el certificado y la consulta u opinión. (...) De un modo general, y de acuerdo con Nerio Rojas, el informe escrito, debe constar de cuatro partes fundamentales: introducción, exposición, discusión y conclusiones. (...) La exposición es la parte descriptiva de todo lo comprobado, en forma metódica y detallada. La discusión comprende el análisis que hace el perito de los hechos, para luego interpretarlos con razones científicas. Las conclusiones constituye el final del informe, y debe sintetizar la opinión del perito. Como dice Rojas: 'Allí se debe responder concretamente a las preguntas del juez; categóricamente si ello es posible; en forma breve siempre; no debe decirse ni menos ni más de lo que científicamente puede afirmarse."[8]

Para los efectos de la presente investigación hemos escogido únicamente el "dictamen", por su enorme valor probatorio, pero no debemos olvidar la importancia que para la averiguación de la verdad tiene la consulta que jueces y partes, constantemente realizamos a los peritos del Departamento de Medicina Legal.

Nuestra normativa establece en el numeral doscientos cuarenta y nueve del Código de Procedimientos Penales y el artículo 57 de la Ley Orgánica del OIJ, que todo dictamen pericial (oficial o no) se expedirá por escrito y contendrá:

1) La descripción detallada de la persona, objeto o hecho examinado, tal como hubiere sido hallado, observado o recibido;

2) Una reseña de la técnica empleada, de las operaciones efectuadas, de la fecha en que éstas se practicaron y de sus resultados; y

3) Las conclusiones a que se llegó.

4.1. LOS DICTÁMENES DE LOS PERITOS OFICIALES.

Tienen categoría de peritos oficiales de los tribunales, únicamente los jefes de sección de los departamentos de Medicina Legal y de Laboratorios de Ciencias Forenses del OIJ, quienes están facultados legalmente para practicar los exámenes y reconocimientos que éstos les ordenen. Se juramentarán al asumir su cargo. Sus dictámenes se reputarán auténticos; no necesitarán del trámite de ratificación; formalidad que obviamente oficializa los informes rendidos por los demás peritos de la sección.

El jefe del Departamento de Medicina Legal es el encargado de efectuar los exámenes y evacuar las respectivas consultas médico-forenses, en los casos cuyo conocimiento corresponda al OIJ.

A él le corresponde dar instrucciones acerca de los métodos para llevar a cabo las distintas labores, y refrendar los informes y dictámenes que rindan los médicos de las diferentes secciones.

Los médicos forenses que formen parte de las delegaciones regionales del Organismo serán los encargados de efectuar, bajo su exclusiva responsabilidad profesional, los exámenes y evacuar las consultas médico-legales en los asuntos que conozcan los tribunales del circuito respectivo.

Si en la respectiva delegación no hubiere jefe médico, sus informes y dictámenes no requieren refrendo alguno, pero en todo caso, deben ser expedidos a través de la jefatura de la delegación.

4.2. LOS DICTÁMENES DE PERITOS (NACIONALES Y EXTRANJEROS) PROPUESTOS POR LAS PARTES.

El Código de Procedimientos Penales establece en su artículo doscientos cuarenta y cua-

8. VARGAS ALVARADO, Eduardo, *Medicina Legal*, Lehmann, San José, tercera edición, 1983, pág. 462.

tro, que en el término que el juez fije al ordenar las notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado (239-241); pero si las partes que ejercieren esta facultad fueren varias, no podrán proponer en total más de dos peritos, y cuando ellas no se pongan de acuerdo, el juez designará entre los propuestos.

Procesal y legalmente es posible para las partes (especialmente para la defensa particular y la actora civil, que puedan eventualmente contar con los recursos para asumir el gasto) solicitar dictamen rendido por perito propuesto a su costa, para combatir el dictamen emanado de perito oficial, dentro del término del numeral 241 del Código Procesal Penal. Este perito (debidamente acreditada su calidad habilitante) puede ser nacional o extranjero.

Ilustrativa resulta la discusión médico-legal acaecida en el recién celebrado juicio, en Mar del Plata, Argentina, por homicidio contra el ex campeón mundial de boxeo, peso mediano, Carlos Monzón, en perjuicio de su esposa Alicia Muñiz. Se concluyó que la muerte se produjo por múltiples fracturas del cráneo al caer del balcón, pero tomando en cuenta lo dicho por el perito médico Jorge Tornelli, que efectuó una de las dos autopsias que se hicieron, en cuanto a que la presión ejercida en el cuello de la víctima pudo no haber causado la muerte pero de lo que sí estamos seguros es que le provocó la inconsciencia.[9]

5. LA ACLARACIÓN Y LA AMPLIACIÓN

"Se considera —y la práctica se pronuncia en este sentido— que el juez puede, tanto en el momento en que el perito expresa su dictamen o presenta su informe, como posteriormente pedirle aclaraciones; que no deben confundirse con nuevas cuestiones. Se trata, en cambio, de requerimiento de explicaciones de mayores ilustraciones, o de más amplias motivaciones, sobre respuestas a cuestiones precedentemente formuladas. Esta facultad (...) del carácter general de dirección de la peritación encomendada al juez. Naturalmente los esclarecimientos habrá que consignarlos en acta que debe ser anexada a la pericia y tendrá el mismo tratamiento procesal que ella, especialmente en lo que atañe a los poderes de las partes."[10]

Las ampliaciones de los dictámenes son "los informes complementarios que a solicitud del tribunal pueden expedirse una vez rendido el informe o dictamen original, para aclarar puntos contenidos u omitidos en el mismo."[11]

Según nuestro procedimiento penal, pero refiriéndose a las resoluciones judiciales (jurisdiccionales) en cualquier momento anterior a la notificación de oficio, podrá aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones, o adicionar su contenido si se hubiere omitido resolver algún punto controvertido en el juicio, siempre que tales actos no importen una modificación de lo resuelto. Las partes o el fiscal podrán ejercer igual derecho dentro de los tres días posteriores a la notificación. La solicitud de aclaración o adición suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

Opinamos que en cuanto a la procedencia, el plazo para interponerla y el efecto suspensivo del término para apelar, se aplica lo dispuesto por el artículo ciento diez del Código de Procedimientos Penales.

Las partes pueden solicitar al juez, indicando con claridad y precisión las cuestiones obje-

---

9. *Diario La Nación*, San José Costa Rica, 29 de junio de 1989, pág. 39 A.

10. LEONE, Giovanni, *op. cit.*, pág. 214.

11. VARGAS ALVARADO, Eduardo, *op. cit.*, pág. 462.

to de ampliación o aclaración, quien ordenará al perito y al Consejo Médico Forense lo pertinente.

Debemos tener siempre presente que "...cuando el perito deduce su concepto de comprobaciones que ha verificado, está indicando tan solo las huellas de un proceso lógico deductivo, inspirado en su experiencia y en su cultura, y al cual es libre de adherir al juez."[12]

Al momento de solicitar una ampliación de un dictamen, o al plantear una apelación de éste "es fácil extralimitarse en la formulación de las cuestiones; por ejemplo pedir al perito una comprobación que no pertenece o no pertenece exclusivamente a la esfera de los conocimientos técnicos. Puede ocurrir —y hasta ocurre frecuentemente— que la pericia tenga que concurrir a reconstruir el hecho o un momento del hecho; pues bien, en tal caso sería un grave error encomendar al perito la reconstrucción del hecho; a él sólo se le puede pedir la respuesta acerca del aspecto técnico de la indagación, mientras que es al juez a quien corresponde, en su reconstrucción crítica, proceder a tal reconstrucción, habida cuenta también del juicio pericial. Por ejemplo, al perito se le puede preguntar si, dada la naturaleza de la herida ha sido ella inferida desde cerca o a notable distancia; si ha sido inferida de frente o por la espalda, etc.; no se le puede pedir más, sobre todo, que reconstruya el hecho. Incluso, un juez inteligente, cuando el perito, desbordando —como suele haber instintiva propensión a hacerlo— de los límites de su mandato, extiéndese su informe también a las deducciones de hecho que no le competen, está obligado a hacer que se elimine del informe toda esta parte acerca de la cual el perito no tiene facultad alguna para emitir su juicio, y que queda encomendada a la discusión sin que sobre ella pese la autoridad de un juicio pericial."[13]

Jueces y partes en los litigios penales, han pretendido (pasando el abanico anecdótico desde lo gracioso hasta lo grotesco) que los peritos médico-forenses resuelvan el caso, desconociendo abiertamente el *rol* propio de este protagonista procesal, que pone en manos de las partes y del propio juez, sus criterios científicos, en pos de la averiguación de la verdad real.

6. LA APELACIÓN

Al Consejo Médico Forense le corresponde dictaminar en grado las cuestiones médico-legales que se susciten en los procesos, así como de los dictámenes e informes del médico forense de las delegaciones del OIJ, en las que no hubiere jefe médico; cuando para ello sea requerido por los tribunales de oficio, o a solicitud de parte, a través del respectivo recurso de apelación, el cual se interpondrá ante el mismo tribunal que conoce de la causa, dentro de los ocho días hábiles siguientes a aquel en que se notifique el dictamen a las partes.

El Consejo Médico Forense está integrado por el jefe del departamento quien lo preside y por los jefes de sección. Cuando el número de sus miembros no fuere impar, el Consejo se integrará, además, con uno de los restantes médicos del departamento, designado periódicamente por sorteo. Las decisiones se toman con la concurrencia de todos sus miembros y por mayoría absoluta de votos. Si no hubiere voto de mayoría el resultado se comunicará al respectivo tribunal.

---

12. LEONE, Giovanni, *op. cit.*, tomo II, pág. 213.

13. ALTAVILLA, Enrico, *op. cit.*, pág. 897.

El recurso de apelación debe interponerse dentro del octavo día a partir de la notificación de la audiencia sobre el dictamen o su ampliación o aclaración, por escrito y con específica indicación de los puntos del informe que fueren impugnados.

La impugnación puede recaer sobre los siguientes aspectos del dictamen:

a. La descripción detallada de la persona (o cadáver) examinada (identificación).
b. La reseña de la técnica empleada.
c. La reseña de las operaciones efectuadas.
ch. La fecha en que las operaciones se practicaron.
d. Los resultados de tales operaciones.
e. Las conclusiones a que se llegó.

Ya que "la labor del perito se enderezará principalmente hacia la comprobación de la causa, inclusive para establecer la proporción que tiene ésta respecto a los efectos que se han producido",[14] las conclusiones del dictamen pericial serán el centro del blanco de la impugnación.

El Consejo Médico Forense sólo se podrá pronunciar sobre los aspectos concretos que se cuestionan en la apelación. La precisión y la claridad de tales cuestionamientos desembocarán en una resolución que satisfaga las aspiraciones de la parte recurrente.

La no especificación de los puntos en que se encuentra inconforme el impugnante, provoca inexorablemente que el juez declare inadmisible el recurso lo que también podría hacer el propio Consejo.

7. LA TERCERA PERITACIÓN

De existir una discrepancia fundamental entre los informes periciales, sea:

— entre el dictamen del perito oficial y el emitido por el Consejo Médico Forense,
— entre el dictamen del perito ofrecido por la parte y el emitido por el Consejo Médico Forense,
— entre el informe del perito oficial y el del perito propuesto por la parte,
— entre los informes emitidos por dos peritos ofrecidos por las partes.

Consideramos que el juez podrá nombrar uno o más peritos nuevos (nacionales o extranjeros), según la importancia del caso, para que los examinen y valoren, o si fuere factible y necesario, realicen otra vez el peritaje.

Los peritos propuestos por las partes, cuando hubieran sido nombrados después de efectuada la peritación, podrán examinarla y valorarla y de ser factible y necesario realizarán otra vez el peritaje.

De esta tercera peritación, siempre y cuando no exista pronunciamiento sobre el punto por parte del Consejo Médico Forense, podrá recurrirse para ante esta instancia pericial.

8. EL MÉDICO FORENSE EN EL DEBATE

El Código Procesal Penal regula la participación de los peritos en el juicio oral y público, en su artículo 379. El presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por

14. ALTAVILLA, Enrico, *op. cit.*, pág. 922.

los peritos, y si éstos hubieran sido citados responderán bajo juramento a las preguntas que se les formularen (artículo 351). El tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.

La participación del médico forense en el juicio oral y público, puede tener tres diversos grados:

a) Lectura e incorporación del dictamen al debate.

b) Declaración pericial, con la consecuente respuesta a los interrogatorios de las partes y jueces.

c) Presenciar todos los actos del debate, desde la lectura del requerimiento fiscal, la indagatoria del imputado, las declaraciones de los testigos y la incorporación de prueba documental.

Esta última forma de participación resulta muy enriquecedora, porque siendo el perito el último en declarar, no sólo se referirá a los aspectos científico-técnicos de su dictamen, sino que podrá referirse a la verosimilitud de las versiones rendidas por el imputado, los testigos y los propios peritos propuestos por las partes.

9. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

V–78–F. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Voto de mayoría. (Magistrados: Dora María Guzmán Z., Mario Alberto Houed V., Álvaro Torres V., Julio Caballero A.). "II. Es cierto el reclamo, en la sentencia no se aprecia la fundamentación adecuada por la cual el juzgador, considera eminentemente subjetiva y no técnica la apreciación del Dr. Braudrit, cuando es conocida su condición de perito oficial de la Corte Suprema de Justicia, y su opinión, se basa en el protocolo de autopsia, documento que permite ampliar bajo riguroso criterio científico anteriores dictámenes que emanen del Departamento de Medicina Legal. Como argumentos, totalmente insuficientes afirma el juzgador que este dictamen le merece duda porque fue dado dos años después de los hechos, pero omite formular razonamientos amplios y convincentes en punto a la certeza que le merecen las peritaciones de los médicos Ferraro Dobles, muy posteriores a los del doctor Baudrit, y sin soporte científico anterior como en el protocolo de autopsia."

Voto salvado. (Magistrado suplente Hugo Eliécer Picado O.). La prueba pericial configura un dato eminentemente técnico o científico, cuya objetividad está determinada por el sometimiento a los lineamientos propios de su disciplina. Sea que el criterio emitido por un experto, debe siempre encontrar su asidero en fundamentos externos dilucidados o explicados por su pericia. En consecuencia, para que el dictamen en cuestión vertido por el Dr. Baudrit Gómez, —quien estuvo ausente en la operación de la menor— consistente en que no revisó el sitio operatorio antes de cerrar, fuera legalmente apto como prueba, tendría que sustentar su aserto en elementos de juicio objetivos de carácter técnico o científico, con los cuales no cuenta. Tal fundamentación es estrictamente necesaria para que los sujetos procesales puedan ejercer su debido control mediante el análisis crítico de la prueba. De otra forma se estaría negando el principio de la defensa en juicio, ante una mera opinión de carácter subjetivo, ayuna de base externa, y violando en consecuencia las reglas de la sana crítica, pues lo anterior propendería a resolver fuera de la prueba de autos. Es por ello que ha resuelto correctamente el tribunal de instancia, a juicio del suscrito, al desechar el relacionado dictamen, reputándolo de apreciación eminentemente subjetiva, por carecer de base técnica, bastando para ello el enunciado de esa circunstancia, la cual encuentra respaldo, en los autos."

10. CONCLUSIONES

El médico forense en todas y cada una de las fases del proceso penal costarricense, tiene la categoría indiscutible de perito, y su participación en la escena del crimen, puede convertirlo en un testigo, sobre algunas circunstancias vinculadas o no con el objeto de su peritación.

"La antigua máxima **post hoc, ergo propter hoc** (después de esto, por lo tanto, a causa de esto) conserva la integridad de su valor, pero debe ser aplicada por el perito médico con toda habilidad, pues la sucesión de dos fenómenos no es la prueba sino el indicio de una relación de causalidad."[15]

Existen "dos reglas que tienen inestimable valor para el perito en esta investigación de causalidad. A) Establecer la proporción cuantitativa entre causa y efecto. B) Seguir el paralelismo de las oscilaciones entre causa y efecto. Solamente por medio de esta indagación será posible comprobar la relación de causalidad y alejar la insidia del fraude o el peligro de una accidental consecuencia causal."[16]

De cara a los eventuales yerros periciales, los recursos que el ordenamiento jurídico pone en manos de las partes, son el único y valedero remedio, para que otros expertos emitan sus criterios científicos en torno a un problema médico-legal planteado.

El uso racional de la ampliación y la apelación de los dictámenes médico-legales, permite que en la misma instrucción se aclaren las circunstancias cruciales para la resolución del asunto en ese momento, o la discusión ulterior de los hechos en la etapa plenaria, en el debate, con mayores elementos de convicción.

Lo resuelto por la Sala de Casación Penal, en el voto de mayoría, nos parece la posición correcta. Descalificar la peritación del entonces jefe de la sección de Patología, Dr. Félix Baudrit Gómez (de grata memoria), por haber sido emitida dos años después de practicada la autopsia —a pesar de basarse estrictamente en el protocolo de ésta—, y porque no participó en la operación de la menor ofendida, es absurdo porque: A) El patólogo médico forense está plenamente capacitado, partiendo de la información contenida en el protocolo de autopsia, para emitir su criterio pericial, independientemente del tiempo transcurrido entre la realización de la misma y su manifestación como experto. B) Apartarse del criterio pericial, porque el Dr. Baudrit no participó en la operación de la niña, es confundir al perito con el testigo, aspecto sobradamente discutido en la primera parte de esta investigación.

11. LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

11.1. DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, LEY NÚMERO 5377, DEL DIECINUEVE DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES.

Artículo 110.—En cualquier momento anterior a la notificación de oficio, podrá aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones, o adicionar su contenido si se hubiere omitido resolver algún punto controvertido en el juicio, siempre que tales actos no importen una modificación de lo resuelto. Las partes o el Fiscal

15. ALTAVILLA, Enrico, *op. cit.*, pág. 916.

16. *Ibídem*, pág. 918.

podrán ejercer igual derecho dentro de los tres días posteriores a la notificación.

La solicitud de aclaración o adición suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

Artículo 244.—En el término que el Juez fije al ordenar las notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado (239-241); pero si las partes que ejercieren esta facultad fueren varias, no podrán proponer en total más de dos peritos.

Cuando ellas no se pongan de acuerdo, el Juez designará entre los propuestos.

Artículo 248.—Si los informes discreparen fundamentalmente, el juez podrá nombrar uno o más peritos nuevos; según la importancia del caso, para que los examinen y valoren, o si fuere factible y necesario, realicen otra vez el peritaje.

De igual modo podrán actuar los peritos propuestos por las partes, cuando hubieran sido nombrados después de efectuada la peritación.

Prácticamente igual resulta el numeral doscientos cuarenta y nueve al artículo 57 de la Ley Orgánica del OIJ.

Artículo 452.—Los recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados.

11.2. DISPOSICIONES DE LA LEY ORGÁNICA DEL ORGANISMO DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL, NÚMERO CINCO MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO DEL DIECIOCHO DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE.

Artículo 31.—El Departamento de Medicina Legal será el encargado de efectuar los exámenes y evacuar las respectivas consultas médico-forenses, en los casos cuyo conocimiento corresponda al Organismo.

Artículo 32.—El Jefe del Departamento, los Jefes de Sección y los demás médicos del Organismo deberán ser especialistas en Medicina Legal salvo casos de inopia, en que esos puestos pueden ser ocupados por médicos especializados en otras ramas de la medicina, afines al respectivo cargo.

Artículo 33.—Corresponderá al Jefe del Departamento dar instrucciones acerca de los métodos para llevar a cabo las distintas labores, y refrendar los informes y dictámenes que rindan los médicos de las diferentes secciones.

Artículo 34.—Habrá un Consejo Médico Forense, al cual corresponderá dictaminar en grado de tales las cuestiones médico-legales que se susciten en los procesos, cuando para ello sea requerido por los tribunales de oficio, o a solicitud de parte. Esto último deberá hacerse a través del respectivo recurso de apelación, el cual se interpondrá ante el mismo tribunal que conoce de la causa, dentro de los ocho días siguientes a aquel en que se notifique el dictamen a las partes.

Artículo 35.—El Consejo Médico Forense estará integrado por el Jefe del Departamento quien lo presidirá y por los Jefes de la Sección. Cuando el número de sus miembros no fuere impar, el Consejo se integrará, además, con uno de los restantes médicos del departamento, designado periódicamente por sorteo.

Artículo 36.—Las decisiones se tomarán con la concurrencia de todos sus miembros y por mayoría absoluta de votos. Si no hubiere voto de mayoría el resultado se comunicará al respectivo tribunal.

Artículo 37.—Los médicos forenses que formen parte de las Delegaciones Regionales del Organismo serán los encargados de efectuar, bajo su exclusiva responsabilidad profesional, los exámenes y evacuar las consultas médico-legales en los asuntos que conozcan los tribunales del circuito respectivo.

Si en la respectiva delegación no hubiere jefe médico, sus informes y dictámenes no requieren refrendo alguno, pero en todo caso, deben ser expedidos a través de la jefatura de la delegación. De esos dictámenes e informes conocerá el Consejo Médico Forense, cuando para ello sea requerido por el tribunal competente, conforme a la regla general.

Artículo 55.—Los jefes de sección de los departamentos de Medicina Legal y de Laboratorios de Ciencias Forenses se consideran peritos oficiales de los tribunales para practicar

los exámenes y reconocimientos que éstos les ordenen. Se juramentarán al asumir su cargo. Sus dictámenes se reputarán auténticos; no necesitarán del trámite de ratificación ni recibirán honorarios por su peritación.

Artículo 57.—Todo dictamen pericial se expedirá por escrito y contendrá:

1) La descripción detallada de la persona, objeto o hecho examinado, tal como hubiere sido hallado, observado o recibido;

2) Una reseña de la técnica empleada, de las operaciones efectuadas, de la fecha en que éstas se practicaron y de sus resultados; y,

3) Las conclusiones a que se llegó.

12. BIBLIOGRAFÍA

ALTAVILLA, Enrico, *Sicología judicial. Los actores del procedimiento penal,* volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1975.

BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal,* Editorial Labor, Madrid, 1943.

CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones de Derecho sobre el proceso penal,* volumen I, EJEA, Buenos Aires, 1950.

LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1963.

VARGAS ALVARADO, Eduardo, *Medicina Legal,* Lehmann, San José, tercera edición, 1983.

* * *

LAS FUENTES DE LA PROHIBICIÓN

El Derecho Penal moderno, con las características que asumió durante la instalación del sistema estatal burgués —un fenómeno generalizado en Europa— fue el producto de una situación histórica compleja, cuyos antecedentes se encuentran en las estructuras socioeconómicas y en el sustrato jurídico que se había formado durante el desarrollo de la cultura occidental.[1]

Las formas epistemológicas que se pueden determinar en el Derecho Penal moderno son, en consecuencia, el resultado de diversos factores, los más importantes de los cuales podrían ser los siguientes:

1. El cambio radical en el sistema de producción de bienes materiales.
2. La instalación definitiva de una nueva manera para el ejercicio del poder a través del aparato del Estado burgués.
3. El abandono aparente de las arcaicas teorías jurídicas del castigo, como la Teoría del Suplicio y la introducción del Principio de Racionalización del Derecho Penal.
4. La formulación de las tesis defensivas en la Teoría del Derecho y la justificación del derecho al castigo.

El Derecho Penal moderno se presenta así como una estructuración jurídica cuyo principio básico viene determinado por la racionalidad, es decir, por el abandono aparente de la violencia y la búsqueda de un equilibrio entre el castigo y el delito. De esta manera, el Derecho Penal que se formula en el momento en que el Estado absoluto cede paso al Estado burgués, es un Derecho cuyo ideal único viene dado por el desiderátum de alcanzar la justicia y de realizar, a través de sus formulaciones, el Derecho, en cuanto concepto puro y de índole metafísica. De ahí que haya cobrado tanto auge la concepción iusnaturalista del Derecho, que planteaba toda una idealización y una divinización de las formas jurídicas, pues estando tales formas jurídicas sobre los hombres y por encima de cualquier organización social, ninguno podría ni cuestionar su fundamento ni sustraerse a su aplicación.[2]

Pero quizá lo más importante del desarrollo que experimenta el Derecho Penal radica, inicialmente, en la catalogación de las conductas mediante la formulación de tipos penales que establecen cuáles conductas han de entenderse prohibidas. En esta catalogación el Derecho Penal constituye una solución de continuidad respecto de la Teoría del Suplicio y la tabuación de conductas. En un segundo término, resulta también importante el sustrato de irracionalidad que se le atribuye a las acciones humanas que conducen a la comisión de delitos. Estos dos aspectos los hereda el Derecho

1. El detalle de esta compleja situación ya se ha revisado en los antecedentes de esta exposición.
2. Esta perceptuación del derecho natural estaba ya presente en la cuestión de la divinidad de los reyes, de tanto influjo en las teorías que, sobre el castigo, se impusieron durante la Edad Media. Vid. supra, cap. II, pp. 109 y 112-113.

Penal de la Teoría del Suplicio y constituyen un antecedente básico para comprender cómo se introduce en este Derecho la concepción de una conducta definida como drogodependiente.[3]

El abandono de la Teoría del Suplicio se planteó, hacia el siglo XVIII, como una cuestión en la que estaban de por medio razones de humanidad, se llega a la conclusión de que existe un **hombre** en el más abyecto de los criminales, y este humano idealizado será el objetivo de la intervención en toda la serie de la penalidad, de la criminología y de la técnica penitenciaria. Es así que el concepto de enfermedad, cuando se le aplique a determinadas conductas, como ocurre en el caso de las conductas drogodependientes, dará la justificación para el castigo que se le imponga a ciertos individuos. Pero se tratará de un castigo racionalizado, libre de violencias extrínsecas, de modo que el fin perseguido por la serie de la penalidad —Derecho Penal, criminología y técnica penitenciaria— no estará ya en el ámbito del sufrimiento del cuerpo sino en la necesidad de la curación del alma, de la psique.

Cuando se hace el elogio de los grandes reformadores del Derecho Penal, entre los cuales destacan Beccaria, Servan y Lacretelle,[4] porque pusieron término a las formas jurídicas y de castigo que sostenía la Teoría del Suplicio, e introdujeron retribuciones que no atendían ya la lesión de los cuerpos, se olvida generalmente que sus reformas no son sino una nueva estrategia para la aplicación del castigo.

La racionalización del aparato judicial es la gran obra de la reforma penal que supera, para siempre, la Teoría del Suplicio: en la medida en que el Derecho Penal deja atrás la concepción de la justicia como venganza y se deshace de la violencia que en la Teoría del Suplicio era no sólo lícita sino también necesaria, en esa misma medida se organiza una nueva concepción, el poder de castigar que se encamina hacia la formulación de un castigo del alma.

El ámbito de aplicación del Derecho Penal no es ya la exquisitez del sufrimiento en la tortura sino la curación de la mente, la profilaxis de la conciencia. Y si el argumento es éste, ha de aceptarse el recíproco: siendo el ámbito de aplicación del Derecho Penal la psique —el alma más que el cuerpo—, lo que este Derecho condena no está ya en el mundo de los objetos materiales, sino en el alma misma y, por lo tanto, en el plano de las abstracciones.

De esta forma, la maldad no es una cuestión cuya originación sea dable atribuir al demonio, sino a la enfermedad. Este criterio es el que permite la introducción de las ideas de la técnica médica, que en adelante será una disciplina coadyuvativa del Derecho Penal, y por cuya virtud ciertas conductas serán tenidas como anómalas por definición.[5] La locura es, en este sentido, la reina de tales conductualidades, y la culminación del proceso de castigos que se instaura con el Derecho Penal arriba hasta la conducta drogodependiente como una forma de aquélla —doblemente culpable cuanto que es consciente y autoinducida— toda vez que en ellas concluyen los criterios propios de la ciencia jurídica con los conocimientos de la disciplina médica que, en última instancia es la que presta al Derecho Penal toda la justificación de los castigos que ella misma elabora y la que permite establecer un contenido ideológico de alta coherencia y sistematicidad científicas.

En cualquier caso, hacia fines del siglo XVIII se vislumbra ya el abandono definitivo de los contenidos derivados de la Teoría del Suplicio, se presenta una aparente relajación de la penalidad y la criminalidad de la época, en toda Europa parece perder la violencia que la caracterizaba. Se evidencia, asimismo, una disminu-

---

3. La irracionalidad que la Teoría del Suplicio, y con ella las principales tesis sobre el castigo, creían hallar en determinadas condiciones —la locura— es un problema cuyas implicaciones se analizaron supra, cap. II, pp. 83-91.

4. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 79.

5. Esta argumentación no hace sino señalar las profundas implicaciones que estaban esbozadas en el Principio de la Curación Médica, sobre cuya base se estructuró el Encierro. Véase supra, cap. 2, pp. 94-95.

ción importante en los "crímenes de sangre" y aumentan los delitos contra la propiedad.[6] Por si fuera poco, el Derecho Penal moderno responde, en lo que a su articulación se refiere, a la articulación de los mecanismos de poder que se gestan con la eclosión del Estado burgués: este aparato sugiere que se está en presencia de un fenómeno que no resulta aislado y cuya comprensión sólo es posible de frente al contexto que forman las condiciones de producción y las condiciones conceptuales de la Teoría del Derecho. De ahí que se haga necesario determinar cuál es el influjo que las circunstancias socioeconómicas y teorético-jurídicas ejercen sobre la formación del Derecho Penal moderno. En precisando tal influjo se podrá tener claro cuáles son, por virtud de este Derecho, las fuentes de la prohibición.

SECCIÓN I

A. UN NUEVO MODO DE PRODUCCIÓN

El modo de producción de bienes materiales durante el feudalismo no resulta en absoluto complejo de frente al modo de producción que se instaura con el advenimiento del capitalismo internacional.

El modo de producción que el capitalismo introdujo estaba caracterizado por dos elementos esenciales:

a) El proceso de trabajo, cuya aplicación hizo, en el sistema capitalista, que los mecanismos de transformación de objetos asumieran un carácter masivo en la producción de mercancías. Dado que el proceso de trabajo requirió, para su aplicación, ingentes cantidades de sustancias brutas y materias primas, la ampliación de las reservas para la extracción de tales elementos condujo, concomitantemente, a la ampliación de los mercados para la colocación de las mercancías producidas. Este fenómeno produjo en Europa una unificación de tal magnitud que bien pronto la totalidad del continente quedó integrada en un sistema de economía único, donde la concepción de la propiedad privada de los bienes empezó a definir las conductas que el Derecho Penal debería formular como prohibidas. Los delitos, a partir de entonces, se establecerían por su profundo contenido propietario privatista.

b) Las relaciones de producción, cuya importancia empezó a definirse a partir del énfasis que recayó sobre el modelo de trabajo cooperativo, es decir, sobre la mayor eficacia en la elaboración de bienes de consumo a partir del trabajo socializado que empleaba a varios humanos en la producción de un objeto, de frente al modo de producción feudal que se basaba en el trabajo individualizado. De esta manera, las relaciones de producción daban fácil entrada a una sistemática donde estas relaciones devenían en relaciones sociales de producción, por virtud de las cuales se podía distinguir entre propietarios de los medios de producción y masas de empleados que, utilizando estos medios, producían los bienes directamente. Esta división resultó de gran importancia para la concepción de la propiedad

6. Aquí es oportuno tener en cuenta que la Teoría del Suplicio no castigaba sobre la base productivo-materialista que sirvió de soporte a los castigos que el Derecho Penal empezó a imponer posteriormente, cuando los delitos se definieron a partir de fuertes contenidos económicos, según se tendrá ocasión de analizar infra cap. 3, pp. 132-133. De ahí que la praxis de los castigos en las tesis supliciadoras se centraba en el cuerpo, el bien más accesible para un condenado, a diferencia del Derecho Penal, cuya abstracción remite el castigo a valores ideológicos como la Libertad, el Derecho, el Bienestar Social, etc.

privada como una propiedad del tipo que concebían los romanos y que englobaba conceptos tales como el de Uso, Usufructo y Goce y que, al ser una noción totalizante, encajaba a la perfección dentro de la organización de los delitos que estableció el nuevo Derecho Penal. De aquí en adelante, las conductas proscritas empezarían a presentar un elemento económico acentuadísimo, que no podía sino obedecer al sustrato económico del nuevo sistema productivo y que, posteriormente, se entremezclaría con los criterios de la medicina sobre la enfermedad y el delito.[7]

Otro aporte básico del modo de producción capitalista, en la conformación del nuevo Derecho Penal, radica en la nueva repartición del trabajo que este modo de producción estableció: la división social del trabajo, bajo el modo de producción capitalista, puso de manifiesto la complejidad de las relaciones que se estaban asentando y determinó que en algunos grupos se concentrara el ejercicio de tareas económicas, a la vez que encargó a un grupo diverso para la realización de las tareas político-ideológicas. Esta división sólo fue posible a partir de la escisión entre trabajo manual y trabajo intelectual, al cual sólo podían acceder los propietarios. La función definitoria y de aplicación de la justicia (civil y penal) quedaba, pues, reservada para un estrato social específico dentro de este modo de producción.

La división social del trabajo es el factor que permite que la práctica del Derecho Penal quede reservada, en cuanto a su definición, a determinados estamentos sociales: son las relaciones de producción y la división social del trabajo los factores que permiten la existencia de tres niveles de realidad con correspondencia epistemológica[8] dentro de la sociedad que el capitalismo clásico delineó.

Sobre este particular, en consecuencia, interesa decir que el nivel económico es el determinante último, aunque no el único, a partir del cual se integran los niveles jurídico-político e ideológico. El Derecho Penal se ubica, entonces, en el plano jurídico-político cuando debe dar cuenta de la eficacia con que el Derecho mismo actúa sobre la realidad social para que ésta permanezca la misma en su estructuración económica. Pero se desplaza hacia el plano ideológico cuando debe justificar el contenido concreto de las figuras delictivas que el propio Derecho Penal establece y cuando precisa su concepción del delito, esto es, de las conductas que se estiman proscritas. En este sentido, el modo de producción capitalista genera una visión de la realidad que tiende a reforzar el sistema de las relaciones de producción y la división social del trabajo; esta particular visión que el modo de producción capitalista generó, bien puede denominarse *ideología*, y su importancia radica en hacer que los contenidos del Derecho Penal estén determinados por la visión de la realidad que el capitalismo procuraba sostener.[9]

La importancia de la función ideológica que el sistema de producción capitalista asignó al Derecho Penal, estaba en relación directa con la necesidad que el propio capitalismo tenía de proteger sus instituciones más básicas. De ahí que el Derecho Penal estuviese encargado de reforzar la idea que sobre la naturaleza social y la naturaleza humana propugnaba el modo de producción capitalista.[10]

---

7. Sobre estos particulares, vid. infra, cap. IV, pág. 193, a propósito de la Escuela de la Psicología Criminal.

8. Estos tres niveles vienen determinados por las funciones económica, de la cual este trabajo sólo puede dar cuenta my resumida, jurídico-política e ideológica. Hasta dónde pueden separarse las dos restantes es algo que ni siquiera las mismas teorías marxista y neomarxista han logrado establecer con claridad. Vid. HANNECKER, Marta. *Los conceptos elementales del materialismo histórico.* Editorial Siglo XXI, México, 37a. reimpresión 1977, pág. 97.

9. La precisión que se hace en estas líneas indica cuál es el sentido en que debe tomarse la noción de ideología para los efectos de este trabajo.

10. Estas ideas estaban relacionadas con el origen contractual de la sociedad y con el maniqueísmo acerca del pecado y la culpabilidad, y se encuentran en las elaboraciones de las escuelas posteriores del Derecho Penal. La que más receptó estos contenidos fue la Escuela Positivista, que los elaboró bajo las formulaciones de los principios de la Ideología de la Defensa Social. Vid. sobre el particular, infra, cap. 4, pág. 193.

Así, en el nivel jurídico-político confluye todo un sistema de ideas-representaciones que para el Derecho Penal, concretamente, se centraba en torno a la necesidad de establecer ciertos dogmas acerca del origen fundacional de la sociedad, en cuyo sentido las tesis contractualistas eran la expresión teorético-jurídica más acabada. Por ello, no extraña encontrar la noción según la cual el Derecho Penal establece un determinado número de normas jurídicas sin cuya existencia no es posible la experiencia social. Pero también el modo de producción capitalista le establece al Derecho Penal contenidos que trascienden el plano del mito del origen contractual de la sociedad: son parte del nivel ideológico dentro del cual se desplaza este Derecho, no sólo las ideas-representaciones sino también —y quizá esto es de gran relevancia para el Derecho Penal considerado en su función de teoría aparentemente autónoma— en el plano de la ideología que corresponde a la sistemática de las actitudes-comportamientos, que, en última instancia, definen las costumbres y cumplen la función de determinar cuáles conductas se aceptan como válidas. Este aspecto es básico, pues aquí se encuentra el origen de la prohibición para las conductas desviadas, en cuanto esquema de comportamiento general, y para las conductas drogodependientes en cuanto forma específica de conducta prohibida.

La sistemática de las actitudes-comportamientos, formulada a un nivel lógico-jurídico a través del Derecho Penal, produce el efecto de establecer el conjunto de los hábitos y costumbres socialmente aceptables. De esta manera, inducen en la masa de los individuos una función de adaptación a los elementos que integran el mundo social del capitalismo. De ahí que el principio sobre la necesidad del trabajo haya tenido tanta trascendencia en el Derecho Penal. Y no podía ser sino de esta forma, toda vez que el modo de producción capitalista requería de éste para su plena realización.

Es así que la instalación definitiva del Encierro[11] viene seguida del trabajo como castigo adicional. A partir de entonces, el Derecho Penal influye la técnica penitenciaria, estableciendo para ésta la institución de los trabajos forzados. En esta dirección, algunas conductas prohibidas —exteriorizadas en el ámbito de los comportamientos sociales a través de la locura, la sustracción ilícita de bienes o la drogodependencia— atentan contra el modo de producción capitalista en la medida en que, al permanecer indiferentes frente al hecho social del trabajo, lo niegan como posibilidad necesaria para el desarrollo de las funciones de ese sistema.

En cualquier caso, el modo de producción capitalista impone una estructura objetiva de la realidad y tiende a fortalecerla, a fin de garantizar el suave funcionamiento del sistema mismo.

Esta estructura objetiva es la que conforma y completa la noción de ideología,[12] por cuya virtud se establece como verdad una específica noción de naturaleza jurídico-política o simplemente sociológica. Y el Derecho Penal sirve a esta función determinando cuáles son las conductas que deben proscribirse en razón de su oposición al modo de producción y a las instituciones básicas que lo sostienen. En tal dirección, puede afirmarse que el Derecho Penal, al asentarse en las estructuras del modo de producción capitalista,

a) es un producto de las relaciones de producción y de la división social del trabajo que este modo de producción establece;

b) se ubica en el sector de realidad que establecen la ideología y la estructura político-jurídica;

---

11. El Encierro se generó a partir del advenimiento del modo de producción capitalista y en el momento de más intensa crisis para el feudalismo. Vid. supra, cap. 2, pág. 93. La institución del trabajo forzado es posterior al establecimiento del Encierro, pero sin esta técnica de castigo la aparición del trabajo habría de explicarse bajo otros supuestos teóricos.

12. FOUCAULT, M. *Un diálogo sobre el poder*. Editorial Alianza, I edición 1984, pág. 5. Textualmente dice: "Hay que ver históricamente cómo se producen en el interior de discursos, que no son ni verdaderos ni falsos, efectos de verdad".

c) toma sus contenidos de los niveles de representación, de la ideología y de las costumbres. Estas características, ínsitas en la producción de contenidos propios del Derecho Penal, establecen la imposibilidad de sostener la autonomía del derecho penal y, sobre todo, la objetividad y la supraposicionalidad del concepto de Justicia Penal.[13]

Pero también el modo de producción capitalista procura vehicular, a través del Derecho Penal, determinado número de efectos, a saber:

a) Conformar una visión ideológica específica, y lograr un efecto de verdad eficaz, que defina determinadas conductas como aceptables y otras como prohibidas.

b) Establecer un mínimo de normas jurídicas para que definan los fundamentos de la convivencia social. Sin esa juridicidad, la sociedad como un todo organizado es imposible.[14]

c) El trabajo es el patrón básico para darle coherencia y sistematicidad a la ideología del capitalismo. De esta suerte, las conductas que se opongan o permanezcan indiferentes frente a este hecho han de proscribirse. Así, la conducta drogodependiente, como otras formas de conducta prohibida, no resulta funcional dentro del modo de producción capitalista, pues contribuye a oponerse al Principio del Trabajo. De ahí procede la necesidad de su proscripción.

El capitalismo presenta, además, un aspecto muy particular, pues no sólo afecta la producción de bienes materiales y produce con ello una determinada ordenación de las formas jurídicas, dentro de las cuales ha de incluirse el Derecho Penal, sino también recoge la herencia del mundo occidental para reforzar el contenido y la vigencia de sus instituciones. Es así que en el capitalismo cobran plena vigencia toda una serie de estructuras ideológicas de fundamental importancia para comprender la prohibición de las conductas drogodependientes:

§1. El judeocristianismo continuó proyectando su influjo aún bajo el modo de producción capitalista, pues su contenido reforzaba las relaciones de producción del capitalismo, al tiempo que contribuía a sostener la idea de la necesidad del trabajo. Su formulación sobre la pareja conceptual culpabilidad-castigo incidió de modo esencial en la formación de los preceptos prohibitivos del Derecho Penal y en la formulación del trabajo como un imperativo de la naturaleza humana y, por lo tanto, como una ley superior. El contenido de la doctrina judeocristiana prestó, asimismo, vital apoyo a la ideología que se formaba bajo el capitalismo en la medida en que sus conceptos respaldaban el cuadro total de las ideas-representaciones, dotándolas de efectos de verdad a través de la formulación del Derecho Penal que proclamaba la moralidad, las buenas costumbres, y regía el comportamiento conductual para que éste se dirigiese a proteger una de las instituciones básicas del capitalismo, a saber la propiedad privada.[15]

Este factor (el efecto verdad) llegó a convertirse, en muy poco tiempo, en el determinante básico de la mayoría de las conductas prohibidas que aparecieron después bajo la forma de delitos en la mayoría de los códigos penales europeos.[16]

Asimismo el judeocristianismo, alentado por el modo de producción capitalista, introdujo en el Derecho Penal el par conceptual culpa-castigo, reforzó la creencia en una ley de orden

---

13. El efecto verdad que el Derecho Penal persigue, produce una aceptación de la idea de justicia como desligada del sistema de las relaciones de producción. De ahí que un análisis puro, en Teoría del Derecho, determine la imposibilidad de una creencia en la justicia, pero establezca, al mismo tiempo, la necesidad de elaborar una creencia sobre el concepto de justicia.

14. Este mito, el positivismo penal lo incorpora a las tesis que constituyen la Ideología de la Defensa Social, concretamente bajo el Principio del Interés Social y del Delito Natural. Vid. infra, cap. IV, pág. 193.

15. Nótese cómo los elementos que corresponden a la cuestión de la moralidad y las buenas costumbres se habían formulado ya bajo la vigencia del Encierro, a partir de cuya concepción se derivó la institución de la Policía. Al efecto, vid. supra, cap. 2, pág. 93.

16. En Inglaterra, sobre todo, las primeras conductas que se proscribieron a través de la legislación estaban relacionadas con el hurto, el robo, las estafas y las defraudaciones. Ha de recordarse, en este sentido, que el capitalismo mostraba un gran avance en Inglaterra, respecto de los demás países del continente.

superior y, por lo tanto, ineluctable en su vigencia y en su aplicación y, de esta suerte, pasó a formar parte del sustrato de este Derecho. De ahí que pueda sostenerse que el modo de producción capitalista hizo del judeocristianismo la Teoría Moral del Derecho Penal y del derecho de las prohibiciones en general.

§2. La Teoría del Derecho moderno cuya elaboración hacia los inicios del capitalismo industrial se hace derivar de la Filosofía Idealista y Positivista. En el sentido apuntado se puede sostener que la Filosofía y la Filosofía del Derecho representaban, para la Teoría del Derecho, una forma superior de ideología.[17]

Es decir, la concepción de la filosofía idealista, fundamento de la Teoría del Derecho que se desarrolló durante el capitalismo, constituía la elaboración más sistemática y racional de la ideología que impuso este modo de producción: el derecho natural clásico con la necesidad de darle validez intrínseca a las postulaciones semijurídicas que prevalecieron durante la Edad Media y, con ello, afianzar el poder del soberano absoluto.[18] Pensadores como Groccio, Hobbes, Locke y Rousseau sostenían el origen contractual de la sociedad y el Estado.[19] Empero, con esta corriente del pensamiento filosófico-jurídico rompen el idealismo y el positivismo. Y no podía ser de otra manera, toda vez que las condiciones materiales que se crearon bajo el capitalismo forjaron una ideología que se esforzaba por explicar racionalmente el entorno social. En esta dirección, idealismo y positivismo son tendencias ideológicas distintas pero concurrentes.

Sentadas las discrepancias con el pensamiento iusnaturalista, el positivismo jurídico establecía validez jurídica sólo al derecho que emanaba de los aparatos legislativos formales. Esto explica por qué la concepción del castigo en el Derecho Penal moderno estaba revestida de un propósito único, hacer del castigo un instrumento que produzca eficacia en el mundo de los objetos reales. De esta manera, el objeto del castigo girará en torno a la idea del trabajo y de los productos que se puedan lograr con él. Aquí hay, sin duda alguna, un reforzamiento de los preceptos que sobre el trabajo alentaba la ideología del capitalismo, y que ya se han repasado aquí.

Por otra parte, ha de verse en el idealismo un doble efecto, doctrinario por una parte e ideológico por otra:

1. **Doctrinario:** el idealismo, en mucho, es un intenso esfuerzo por separar el ámbito de vigencia del derecho del ámbito de vigencia de la moral. Esta separación se elabora a nivel conceptual en la Teoría del Derecho moderno, pero no surtió resultados positivos en la doctrina del Derecho Penal, cuyo fundamento estaba, precisamente, en toda una serie de contenidos de naturaleza ético-moral. A pesar de ello, la doctrina penal que nace de la Teoría del Derecho intenta fundamentarse a partir de un supuesto criterio objetivo —en esto coincide con el positivismo— que alcance un concepto autónomo de justicia, desligado de todo influjo moral. En todo caso, a partir de este criterio toda la doctrina penal, vista históricamente, se afianza en la pretensión de autonomizar el derecho de los castigos.
2. **Ideológico:** el idealismo culmina, como filosofía y como sustrato del Derecho Penal, con la afirmación según la cual todo lo racional es real y todo lo real es racional. En este sentido, toda la filosofía hegeliana presenta una afirmación y justificación del Estado y de su poder, y en lo que aquí interesa es, sobre todo, una exaltación del aparato del Estado, el cual emergía con el modo de producción capitalista. Pero al mismo tiempo, esta exaltación cumplía una función ideologizante de gran importancia

17. HANNECKER, M. *op. cit.* pág. 101.

18. Supra, cap. 2, pág. 120.

19. No obstante lo anteriormente dicho, Rousseau cuestionaba los fundamentos de la experiencia social en el *Emilio*, donde hizo todo un elogio del individualismo y un ataque contra los procesos formativo-sociales implícitos en el proceso que lleva a cabo la educación.

dentro del sistema que ese modo de producción imponía, pues enmarcaba el fenómeno del surgimiento del Estado, al mismo tiempo que el Derecho, como parte del proceso de eclosión del espíritu objetivo; en esta medida, Estado y Derecho se comportaban como productos históricos ineluctables.[20]

Planteada así la cuestión sobre el origen del Estado y del Derecho, al Derecho Penal le correspondía una naturaleza congruente con una pretendida naturaleza humana que podía lesionarse o resentirse frente a comportamientos conductuales contrarios a tal naturaleza, y frente a los cuales el Derecho Penal habría de responder inmediatamente para la defensa de dicha naturaleza humana. Visto de esta manera, el Derecho Penal es producto de un orden superior, el de la historia, y su advenimiento y aplicación no son sino el cumplimiento de las leyes que rigen la historia misma, la cual culmina en una etapa que contiene y supera a todas las demás, a saber, el capitalismo.

B. EL ESTADO CAPITALISTA Y LA NUEVA ESTRATEGIA DEL PODER

El aparato del Estado burgués se anunciaba en el Estado absolutista, cuyas formaciones no solo contienen ya las futuras estructuras de la organización estatal moderna, sino que también ayudaban a completar el concepto de Estado y darle coherencia a la profunda variante histórica que su aparición produjo en el ámbito del ejercicio del poder, sobre todo por la aparición del derecho de las prohibiciones que el Estado moderno generó.

Hablando con precisión, no puede sostenerse que el Estado moderno se haya originado en una etapa histórica que trascienda el Renacimiento y gran parte de la Alta Edad Media: el Estado es una formación reciente y sus orígenes no pueden rastrearse hasta la Polis griega, por ejemplo.

Heller ya había advertido la inutilidad de remitirse a los "predecesores remotos" del Estado, señalando que el Estado mismo era una formación peculiarísima producida por una época específica que aquí se ha ubicado entre finales de la Edad Media e inicios del Renacimiento.[21]

Esta peculiaridad en el oigen y en la formación del Estado moderno permiten comprender hasta qué punto el Estado absoluto y el Estado capitalista resultan ser fenómenos sucesivos y consecuentes. Asimismo, la inutilidad de remontarse a ejemplos históricos propios del mundo clásico, para comprender el origen y la naturaleza del Estado, permite analizar más de cerca la generación del Derecho Penal como un producto histórico también reciente, que surge con la finalidad de reforzar el poder del aparato estatal a través de la búsqueda de un pretendido equilibrio en la aplicación de la justicia. En este sentido, el derecho penal está en extremo cerca de otras disciplinas jurídicas cuya formación ha de hallarse en las mismas circunstancias históricas que produjeron el derecho de las prohibiciones, como ocurre en el caso de algunas formaciones jurídicas para la regulación del trabajo o de las conductas mercantiles.[22]

Admitir que el Estado se origina en la época moderna ayuda, también, a entender cuáles son las funciones que el Estado capitalista

---

20. Muller y Haller señalan los límites con que toca el idealismo en punto a las cuestiones históricas y las insuficiencias de que adolece. De ahí que su concepción no pueda ser tomada sino como epifenómeno de una realidad más que como realidad objetiva; en cuanto epifenómeno, el idealismo procura garantizar la visión del capitalismo. MULLER y HALLER. *Diccionario de filosofía*. Editorial Herder, España, 1ª edición 1976, pág. 231.

21. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 6ª reimpresión, 1971.

22. Sobre este aspecto, para detalles de información véase infra, pág. 170.

reúne en su funcionalidad: el poder que la Edad Media no conoció sino a través de una dispersión increíble[23] se encuentra ya casi plenamente concentrado en el Estado absoluto.

De ahí que pueda afirmarse que la diferencia entre el Estado absoluto y el Estado capitalista viene dada por una diferencia en la técnica administrativa, toda vez que por virtud de la división social del trabajo, plena y concomitantemente asentada cuando entran en vigencia las formas estatales capitalistas, resulta posible organizar el Estado de conformidad con criterios que ordenan la mayor parte de las necesidades sociales hacia un fin único: **el plusvalor.**

Con la división social del trabajo se instaura toda una jerarquía para la administración. De esta manera, el Derecho Penal ingresa dentro de una estructura de conocimiento que se caracteriza por una actitud clasificatoria y casuística. La idea del orden y de la organización domina la actividad que el Estado organiza, y el Derecho Penal no escapa a esta nueva estrategia. Así, se encuentra la técnica administrativa en todo sitio: en el Derecho Penal, clasificando hasta la extenuación conductas que se estiman prohibidas por ser su descripción contraria al régimen de producción de bienes materiales y generando los procedimientos penales como administración del Derecho Penal. La conjunción de estos dos aspectos no es sino anverso y reverso de una sola situación histórica. El Derecho Penal se dirige hacia la protección de bienes materiales y procura su óptimo desarrollo eliminando las conductas que se opongan a él. No extraña, pues, el énfasis que el Derecho Penal empezará a prestarle a las conductas que se manifestaban contra la propiedad. De cualquier modo, esta protección resultaba también beneficiosa para el Estado, cuyo régimen impositivo se basaba en las estructuras propietarias.[24]

El poder unificado que el Estado capitalista hereda del Estado absoluto se ve, en consecuencia, reforzado por la técnica de administración recién introducida en aquél, al tiempo que dicha técnica de administración se introduce también en la concepción jurídica que el mercantilismo empezaba a delinear. De esta suerte, el poder que el Estado adquirió resultaba mucho más organizado que el poder que ostentó el Estado absoluto. Asimismo, la organización del nuevo derecho de los castigos que protegía, sobre todo, la propiedad, se instrumentaba en consonancia con todo el aparato de la producción para acelerar la transición del modo de producción feudal, algunos de cuyos elementos sobrevivían aún, y eliminar los factores retardatarios que presentaba todavía el Estado capitalista.[25]

Empero, la plena instauración del Estado capitalista llevaba aparejada la gestación de un espacio de poder importante que, en definitiva, constituiría la parte medular de la nueva estrategia en la organización del poder mismo y del derecho del castigo. Con la unificación territorial que el Estado capitalista logró configurar, haciéndola uno de sus elementos constitutivos,[26] se posibilitó la creación de un sólo régimen de Derecho, con validez y aplicación generales para todo el territorio unificado. El sistema de Derecho así creado, no sólo era unitario sino también coherente, pues cualquier regla tomada aisladamente remitía, para su comprensión y para su interpretación, al todo jurídico-político que el Estado Capitalista estaba creando.

En este sentido se evidencia una superioridad mayor del Estado capitalista de frente al Estado absolutista, en el cual el máximo logro alcanzado consistió en la formación de la burocracia jurídica. El Estado capitalista contaba con esa burocracia y, al mismo tiempo, con una

---

23. HELLER, Hermann, *op. cit.*, pág. 157, señala como depositarios de poder a la Iglesia, los propietarios nobles y los burgos.

24. Para la concordancia de esta hipótesis, vid. supra, cap. 3, pp. 132-133. Asimismo véase supra, cap. 3, pág. 130, nota 2.

25. La precisión de esta tesis, que ya había sido enunciada por Marx, tiene una importancia radical para la comprensión de los fenómenos del Estado y del Derecho Penal. De ahí que Heller encontrara acertada esta observación. Vid. al efecto HELLER, Hermann, *op cit.*, pág. 312.

26. HELLER, Hermann, *op. cit.*, pág. 150.

sistemática jurídica que operaba sobre tal aparato administrativo. Es necesario, sin embargo, aclarar, en aras de la precisión, que la unidad jurídica y de poder sobre la que obró el Estado capitalista fue obra de la monarquía absoluta.[27]

La razón conceptual por cuya virtud se generó toda esta concentración del poder jurídico en la persona del Estado tiene una razón de naturaleza política: la nueva organización administrativo-jurídica y socioeconómica ponía de manifiesto la necesidad de una nueva conceptualización jurídico-política. La concepción jurídica del Medioevo no conoció la célebre distinción entre Derecho público y Derecho privado, y para todos los efectos se utilizaba la figura del contrato, heredada del Derecho romano. Así, esta figura vehiculaba toda transmisión de derechos y obligaciones relacionados con el ejercicio de la autoridad y el poder.

Con el advenimiento del Estado absoluto y del Estado capitalista, surge la concepción según la cual es necesario asumir formas jurídicas para regular las actividades que emanan del Estado mismo en cuanto sujeto actuante. De esta manera, surge una unidad de autoridad jurídica que pretende someterse al Derecho, esto es, el Estado crea el Derecho al cual él mismo se pretende someter.

El absolutismo integró una política mercantilista que hizo del Estado el sujeto económico más fuerte, al tiempo que convirtió los medios de dominación político-jurídica en un monopolio del Estado mismo. Estos mecanismos de dominio político sirvieron para fomentar el poder económico burgués bajo el modo de capital móvil financiero, el cual tendría, durante el Estado capitalista, absoluta libertad de acción. Así se explica que la creciente fuerza del capital dominara simultáneamente los instrumentos de autoridad política y jurídica, y que estas condiciones establecieran para el Derecho Penal la necesidad de proscribir las conductas que atentarán contra la organización político-económica a través del establecimiento de normas heterónomas. En esta dirección, puede afirmarse que el Derecho Penal, desde sus orígenes, se funcionalizó como el canon que determinaba cuáles conductas se reputaban como aceptables y hasta qué punto tales conductas debían dirigirse hacia un reforzamiento de las instituciones que el Estado establecía en defensa del capital.

De cualquier manera, interesa dejar establecido con claridad que en la formación del Derecho Penal moderno, a lo interno del cual se halla también el origen de las prohibiciones, interviene como factor determinante la estructuración económica y política del Estado capitalista. Esta afirmación pone en evidencia la estrecha dependencia que el Derecho Penal mantiene con el fenómeno político-económico que delineaba el Estado capitalista y sus más importantes instituciones político-jurídicas de control de la existencia social.

Por otra parte, el Estado capitalista estableció, asimismo, una particular relación entre el desarrollo de sus posibilidades económicas y políticas, y el orden del Derecho. Esta relación permitió que el orden del Derecho, en especial el sector que correspondía al Derecho Penal, se viera permeabilizado por la naturaleza político-económica que el desarrollo de aquellas posibilidades experimentaba. Es así que el Derecho Penal presenta el desenvolvimiento de sus principales tesis a la luz de las condiciones que le impusieron las instituciones burguesas del Estado capitalista. De ahí que no extraña encontrarse con que los contenidos del derecho de las prohibiciones están profundamente penetrados de los fenómenos de la infraestructura que el capitalismo requería para su puesta en vigencia.

Esta particular relación entre el Derecho Penal y las condiciones político-económicas del Estado capitalista pone también de manifiesto que el Derecho Penal no es un orden de reglas cuyo establecimiento constituye el minum sociológico que garantiza la existencia societaria, según se sostendría posteriormente a través de las postulaciones jurídicas del Estado capitalista.[28]

---

27. Véase infra, cap. 3, pp. 150-151.

28. Una ampliación sobre este punto se puede ver infra, cap. IV, pág. 193.

Durante la formación del Estado absoluto, y por arrastre durante la instalación del Estado capitalista, se había considerado al Derecho Penal como un ordenamiento para garantizar la posibilidad de que los núcleos humanos pudieran mantenerse bajo una determinada forma de organización social. En este sentido, el Derecho Penal se presentaba como una ordenación natural inherente a una determinada forma de organización social. Este criterio es el que ha permitido considerar que las conductas prohibidas, y las drogodependencias como formas de aquéllas, en cuanto proscritas y contrarias al sistema de relaciones de producción violan un conjunto de ordenaciones naturales que son las que garantizan la existencia social, de donde resulta necesario aplicarles el derecho de las prohibiciones, a fin de hacerlas cesar o suspenderlas, y devolver la estabilidad al cuerpo social. Lo cierto es, empero, que el Derecho Penal no puede considerarse sino como un corpus de reglas que pertenecen al conjunto de las ordenaciones sociales, y en modo alguno es un producto natural apriorístico respecto de la organización social.

Dicho de otra manera, el derecho de las prohibiciones se genera a lo interno de un conglomerado social y no resulta impuesto desde fuera; es el conglomerado social y sus instituciones de organización (en el caso del capitalismo el Estado, un Derecho Penal específico, un sistema económico de libre oferta y demanda, etc.) los que establecen los mecanismos de control social.

En un esfuerzo por dilucidar hasta sus últimas consecuencias, la consideración que tiene al Derecho Penal como una ordenación meramente social, ha de estimarse que el derecho de las prohibiciones pierde toda su fuerza y toda su epistemología si le traslada fuera del contexto de las relaciones sociales que lo han generado y que le conceden vigencia. Que el Derecho Penal procede del exterior y constituye un minum sociológico, es un argumento tomado del Derecho natural por la ideología del Estado capitalista, de manera que no resulta aventurado considerar que el establecimiento de las reglas del Derecho Penal no sólo es convencional sino que debe su origen y vigencia a un acto de voluntad que emerge de los órganos del Estado capitalista.[29] Estos órganos reúnen en sí mismos todos los instrumentos para hacer del derecho de las prohibiciones un derecho eficaz y superpositivo, lo cual explica el monopolio en el ejercicio de las coacciones físicas y psicológicas que el Estado instrumentaliza a través de sus órganos especiales.

Por otra parte, ha de considerarse la función propiamente jurídica que el Derecho Penal ejerce sobre la totalidad del Estado capitalista. Sostener que el Estado capitalista, mediante sus instrumentos formales para la creación del Derecho, es el que define el Derecho Penal positivo, resulta preciso. Empero, debe entenderse también que el derecho de las prohibiciones, una vez que se ha definido, acaba influyendo sobre el entero aparato que lo generó. De ahí que el Derecho Penal se constituya en un instrumento en el cual confluyen, prácticamente, todas las tendencias represivas que se dinamizan a lo interno del conglomerado social. Por ello, el derecho punitivo es no sólo un derecho de las prohibiciones sino también un derecho en el que se ponen de manifiesto principios cuya naturaleza no es propiamente jurídica. La función educadora del Estado y su papel interventor en la vida moral de las sociedades que lo componen provienen de esta tendencia que experimenta el Derecho Penal, y que se resuelve finalmente en una actitud éticamente necesaria por parte del Estado. Heller ya había intuido esta dialéctica entre el aparato del Estado y el Derecho, cuando afirmaba que al carácter formador del poder del derecho corresponde el carácter formador del derecho al poder.[30]

---

29. Las tesis sobre el minum sociológico que el Derecho Penal proporciona para hacer posible la convivencia social se formulan técnicamente bajo el Principio del Interés Social, formulado por la Ideología de la Defensa Social. Vid. infra, cap. IV, página 193.

30. HELLER, Hermann, *op. cit.*, pág. 215.

En un plano mucho más concreto la articulación del Estado capitalista permite, prácticamente, un más coordinado y compacto ejercicio del poder, en la obtención de resultados específicos (la prisión, en todas sus formas extensivas de libertad vigilada, los procedimientos médico-jurídicos de control y evaluación de los inadaptados, un poder judicial como entidad burocrático-política, etc.), que aquellos que podían obtener otras formas de organización del poder como el Estado absoluto o la Poliarquía medieval. Bajo el Estado capitalista, el ejercicio del poder no se enuncia sólo a nivel abstracto mediante afirmaciones de principios constitucionales y legislativas. Se enuncia también a través de mensajes físicos de gran potencia social, pues en ellos se manifiesta una cuestión de importancia superlativa, como lo es la dinámica entre el ejercicio político del poder y el poder físico propiamente dicho. El análisis de las estructuras de poder del Estado capitalista revela que el poder en ejercicio parte de una vertiente política para resolverse en un ejercicio físico del poder político.

El poder físico[31] es la base que sustenta las afirmaciones teóricas y abstractas que se contienen en los textos constitucionales y legislativos, de modo que debe aceptarse que es el poder físico la *última ratio* sobre la cual se asienta el poder político-jurídico. Así, detrás de las enunciaciones legislativas, detrás de todo el aparato de la ley formal y del Derecho positivo, subyace un poder técnico cuyo ejercicio asegura y garantiza la existencia del poder político y jurídico. En este sentido, el poder físico es una amenaza obscuramente dibujada en el texto de los códigos penales y en las leyes conexas con esta materia.[32]

SECCIÓN II

A. LA SUPERACIÓN DEL ARCAÍSMO TEÓRICO-JURÍDICO EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL CASTIGO: LOS EPISTEMES DEL PENALISMO MODERNO

En realidad, el Derecho Penal moderno no se conforma, inicialmente, sólo por el impulso que a su formulación hayan podido dar una o varias corrientes teoréticas específicas. La concreción de los principios esenciales del Derecho Penal es el resultado de un largo proceso histórico y socioeconómico, cuyas características se han visto ya, en primer término, a propósito del cambio que experimentó el modo de producción de bienes materiales, y en segundo lugar en relación con la nueva estructuración para el ejercicio del poder, que culminó con la consolidación del Estado capitalista.

De ahí que la superación del arcaísmo teórico-jurídico para la fundamentación del castigo no haya ocurrido en un "instante histó-

31. El poder físico se manifiesta de múltiples modos en las estructuras del Estado capitalista, y hasta puede afirmarse que toda su organización está permeada por muestras de este tipo de coacción. Son un ejemplo de lo anterior, la "guardia civil", el ejército, los órganos policíacos y parapolicíacos, las brigadas antiguerrillas, las escuadras antidrogas, etc.

32. Por lo que hace al papel de la Iglesia, ha de advertirse que el poder eclesiástico, en franca decadencia, ha prestado históricamente una ideología eficaz a las estructuras de poder del Estado. Además, la estrecha relación entre la Iglesia y el Estado ha permitido que el derecho de las prohibiciones tome sustento para algunos de sus contenidos en los criterios religiosos que esta organización social ha elaborado. El problema de las teocracias militares no es nuevo, tanto que Heller ya lo señalaba en su Teoría del Estado. Vid. HELLER, Hermann, *op. cit.*, pág. 228.

rico", y mucho menos a partir de una sola serie de postulados. En este sentido lleva la razón la criminología marxista cuando sostiene que el cambio en la concepción y aplicación de los castigos obedece a un cambio en el modo de producción de los bienes materiales: Kreischmaisher afirma que en un sistema donde las relaciones de producción de bienes materiales y el concepto de propiedad privada están pobremente desarrollados —como ocurría durante la vigencia del feudalismo y en los primeros momentos de eclosión del Estado absolutista—, el castigo ha de centrarse sobre un bien cuya inmediatez permita el más alto resultado para el castigo. Este es el origen del suplicio, pues siendo el cuerpo humano el único bien, y el más inmediato, lógico resultaba que las conductas tabuadas que llegaban a realizarse experimentaran, como consecuencia, la aplicación de una técnica para despedazar y destripar aquel bien.[33]

En cualquier caso, interesa notar que las instituciones que el capitalismo genera siguen en el fondo, aunque ello no resulte evidente, una línea de comportamiento uniforme, haciendo que la sistemática de los castigos devenga totalmente coherente con la totalidad del sistema de producción. De ahí que sea necesario determinar de qué manera el Estado capitalista articula los elementos superestructurales, tales como la institución de la prisión, con sus avatares históricos, un código para prohibir en sus aspectos sustantivo y adjetivo la implantación de una esencia de las conductas prohibidas, esto es, el principio en virtud del cual todas participan de la característica común de estar proscritas y, finalmente, de qué manera otros aparatos de control social son exogenados y puestos a punto para convertirse en contralor de una existencia estándar que contribuya al suave funcionamiento del sistema.

Ya en el siglo XVIII surge la concepción, dentro del derecho de las prohibiciones, de acuerdo con la cual se da la necesidad de introducir el criterio de proporcionalidad en la aplicación de los castigos. Este criterio de proporcionalidad se establecía de acuerdo con la humanización que era necesario alcanzar con la aplicación del castigo. De esta manera la humanización del castigo es un precepto que se establece en el derecho penal como norma esencial en la formulación y aplicación de las puniciones.

Por otra parte, la humanización de las penas y la aplicación de un sistema de castigo menos inmediatamente físico, y carente casi de violencia corporal, es proporcional a la disminución que experimentan los crímenes de sangre que iban acompañados de gran violencia física.[34]

En su lugar, el reforzamiento del sistema de la propiedad privada condujo a una serie de ilícitos, en los cuales el factor de importancia vino dado por la violación al régimen de la propiedad misma. Pareciera que a un suavizamiento de los crímenes correspondiera un suavizamiento de los castigos; sin embargo, resulta necesario considerar que este cambio no puede desligarse de una gran cantidad de procesos que subyacen bajo la simple apariencia de una benignidad tanto de las infracciones como de los castigos.

A la base de este proceso de transformación se encuentra un complicado juego de presiones económicas, una elevación del nivel general de vida que el capitalismo trajo para ciertas capas de la población, como los aristócratas de viejo cuño, los burgueses y los pequeñoburgueses. Hay, además, un crecimiento demográfico intenso tanto como una multiplicación de la riqueza general y una fuerte acentuación sobre el concepto de la propie-

33. Se apunta ésta como la razón jurídico-económica principal del suplicio, sin excluir la existencia de otros factores igualmente importantes, entre ellos la idea del poder del soberano. Al respecto véase supra, cap. 2, pág. 101.

34. La violencia con la cual se ejecutaba una conducta tabuada debía encontrar su contrapartida en el encarnizamiento con el cual la justicia del rey tomaba venganza por la ofensa recibida. Este criterio, propio de la Teoría del Suplicio, estuvo a la orden del día mientras se mantuvo vigente el sistema feudal y durante gran parte del absolutismo. Vid. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 18.

dad privada. Sin el surgimiento de estos elementos, difícilmente el Estado capitalista habría visto la necesidad de tomar en consideración la idea de peligrosidad que más tarde contribuiría a desarrollar en el más amplio y equívoco concepto de la defensa social.

A partir de este momento, las leyes penales empiezan a experimentar un viraje de modo tal que, por lo menos en los países donde el capitalismo constituía un fenómeno avanzado, y en general a fines del siglo XVIII, las conductas prohibidas empiezan a definirse como tales a partir de la concepción que sobre la propiedad el sistema capitalista iba implantando.

Es importante tener en cuenta que el cambio de una criminalidad de sangre hacia una delincuencia de fraude es el resultado de un mecanismo complejo que el capitalismo pone en acción, y dentro del cual figuran el desarrollo de la producción, el aumento de las riquezas, una más intensa revaloración jurídica de las relaciones de propiedad, y una concepción novedosa conformada por la idea de peligrosidad. Así, a partir del concepto de peligrosidad, el Estado capitalista instaurará todo el aparato de la vigilancia y el control públicos: una sistemática proclive a la protección de toda la infraestructura de la producción de bienes materiales. De ahí que la concepción sobre la peligrosidad haya contribuido tanto a establecer definitivamente la institución de la policía, un elemento de control de las conductas con carácter público y cuya actuación se asienta en la necesidad de otorgar seguridades a todo el aparato de la propiedad privada.

Este organismo de control que aparece en la vida de las sociedades que se desarrollaban bajo el capitalismo, refleja en su constitución un remanente propio del absolutismo, por virtud del cual el aparato de la policía conserva todos los caracteres de una organización militar: se especializa en la detección y persecución de las conductas prohibidas y hace de la salvaguarda del orden y la moral su propósito de existencia. Es interesante notar que la aparición de los aparatos de la policía es concomitante con las discusiones más importantes de los teóricos del Derecho Penal, al tiempo que resulta casi coetánea con la instauración de la prisión como pena generalizada en el derecho de las prohibiciones.[35]

En cualquier caso, la aparición de los aparatos de la policía es, ya, un anticipo de la reducción en las posibilidades de describir una conducta prohibida,[36] reducción que ya se había instaurado a lo interno del Encierro (el Hospital General) y que ahora se extiende a todos los órdenes de la vida social y produce en los espacios urbanos signos semejantes a los que rigen las condiciones del comportamiento en el encierro y la prisión. En ese sentido, la drogodependencia se enfrenta con la policía, entendida como un instrumento del control social, ofreciendo un remanente histórico que presta a ese mecanismo ocasión para desplegar toda una justificación acerca de la necesidad de reprimir los comportamientos que representan un peligro para la seguridad social.[37]

Es claro, asimismo, que la policía, en su acepción administrativo-jurídica, actúa como cualquier institución orgánica del Estado capitalista, pero en su acepción jurídico-sociológica es un fenómeno que rebasa los límites formales de la estructura estatal para convertirse en una actitud de la sociedad capitalista. En este sentido, es válido afirmar que toda la serie de instrumentos que el Estado instala en los núcleos sociales cumplen con una función de control y represión de las conductas antieconómicas —la drogodependencia es la conducta antieconómica por excelencia— y en tal medida tales instrumentos hacen policía, manteniendo en vigencia los estatutos morales y la

35. La prisión es la forma última que el sistema de producción capitalista le imprime a la estructura del Encierro. Sobre el Encierro y el desarrollo de su progresión, vid. supra, cap. 2, pp. 89-90.

36. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 20.

37. Es obvio el origen superburgués del concepto sobre la peligrosidad, en cuya función se creó el aparato policíaco propio del Estado capitalista. Este concepto, en realidad, está oculto bajo los mecanismos de la policía, institución visible que reúne en sí todo el bien imaginable.

fuerza de determinadas costumbres que el sistema de relaciones de producción instaura, otorgándoles el carácter de "preceptos naturales".

Precisamente sobre tal preceptuación se construye el derecho de las prohibiciones, según lo sostuvo la Escuela Clásica del Derecho Penal. De esta manera, el contenido fáctico-jurídico de los códigos penales en Europa, hasta bien entrado el siglo XIX, pretendía recoger el minum sociológico que garantizara la existencia humana en sociedad.[38] Lo cierto, empero, es que tales códigos aseguraban el minum de condiciones para que las relaciones de producción pudieran sostenerse sin dificultad, como lo demuestra el hecho de haberse construido la mayoría de los tipos penales en función del sustrato económico producido por las relaciones de producción de bienes materiales.[39]

Por otra parte, una visión analítica de los fines que se propuso la reforma del derecho de las prohibiciones que se llevó a cabo en Europa hacia 1790-1800, pone en evidencia que la crítica de reformadores penales como Beccaría, Servan y Pastoret, entre otros, reunían ya la ideología que sobre el Derecho Penal formulaba el Estado capitalista. La crítica de la reforma penal no iba dirigida en el fondo, pues tanto, contra la crueldad implícita en las prácticas que la Teoría del Suplicio alentaba[40] como en contra de una dispersión del poder, producida en el momento de castigar.

La disfunción del poder de castigar a que la reforma alude, se centra en torno al excesivo poder que el monarca del Estado absoluto concentraba en su sola persona, de tal manera que este "sobrepoder" identificaba el derecho de castigar con el poder personal del soberano. De ahí que el objetivo real de la reforma penal no consistiese en fundamentar un nuevo derecho de las prohibiciones, elaborado a partir de *iusprincipios* más equitativos, como en fundar una nueva economía del poder de castigar.

De esta manera, la reforma penal propugnaba por una distribución eficaz del poder de castigar, de suerte tal que dicho poder no estuviera excesivamente concentrado en ciertos puntos, ni excesivamente escindido en otros: la reforma penal propone, así, un poder de castigar uniforme, con la característica de ser ejercible en todas partes y sin discontinuidades, hasta en el más recóndito estrato de la organización social. Por ello, la reforma del Derecho Penal debe entenderse como una reformulación del castigo, a efecto de tornarlo más eficaz, más constante y mayormente producible en sus efectos. Esta teleología es compatible con el surgimiento de la policía, a la cual habrá que estimar como uno de los productos más característicos de la reforma del Derecho Penal.

Asimismo habrá que estimar esta reforma más que como una nueva teoría penal, como una teoría político-jurídica de la penalidad, que genera una nueva economía política del poder de castigar. Esta política jurídica del castigo penetra, ya para el siglo XIX, en todo el basamento social, y hace de toda la organización social un inmenso dispositivo del poder del castigo. De esta forma, el derecho de las prohibiciones garantiza su eficacia en toda la estructura social. La tensión dialéctica entre el armazón infraestructural y los productos de la superestructura, en el sentido clásico que el marxismo da a estos términos, queda sobremanera manifestada en este producto de la reforma penal, toda vez que el Derecho Penal mismo es producido por el sistema de relaciones de producción para viajar, posteriormente, hasta tal sistema y distribuirse en éste por toda su

38. La Ideología de la Defensa Social vertió estos contenidos en el Principio del Interés Social. Al efecto puede verse infra, cap. IV, pág. 201.

39. Delitos como el robo y el hurto están íntimamente relacionados con tipos como el homicidio calificado criminis causa. Aquí, el contenido económico que alienta la estructura de ambos tipos penales resulta palmario. En el Código Penal costarricense tales tipos se recogen en los artículos 112, inciso 6).

40. Sobre la Teoría del Suplicio puede verse supra, cap. 2, pp. 95-120.

extensión social. Es en esta acepción que se habla de un poder de castigar más eficaz, desde que se le puede hallar en todo el cuerpo social ejercido a través de los innúmeros mecanismos con que aquél cuenta.

No es de extrañar, consecuentemente, que la doctrina penal que se forma durante el siglo XVIII, tanto en la praxis judicial como en las tesis que provenían de disquisiciones teoréticas propiamente, se prepare para la formulación de este cambio en la estrategia del castigo. Para la reforma penal, tal como se la planteó en escritos de Derecho o en proyectos legislativos, política, filosófica y jurídicamente lo esencial está en convertir el castigo, y en hacer de la represión, funciones plenamente regularizadas y extendidas por todo el entorno social, de modo que no se castigue menos sino que se castigue mejor y, sobre todo, que se castigue con más universalidad y con mayor necesidad, de modo que se introduzca el poder de castigar lo más hondamente posible en el cuerpo social.[41]

El arcaísmo teórico-jurídico implícito en la Teoría del Suplicio resulta, obviamente, demasiado simple y brutal para un sistema de relaciones de producción altamente complejo, como el sistema de relaciones que se instaló con el Estado capitalista. No obstante lo anterior, la reforma penal que penetró y varió tan fundamentalmente el derecho de las prohibiciones se impuso más por la fuerza incontrastable de los hechos y del evidente avance de las relaciones de producción y de las relaciones entre las diferentes clases sociales, que por la preparación doctrinaria de los teóricos penalistas que habían heredado del absolutismo su sistema de pensamiento. De ahí que no sea extraño hallar, hacia 1750-1780, teóricos que propugnan por la introducción de una mayor severidad, que los castigos del derecho de las prohibiciones habían ido perdiendo paulatinamente. De esta forma, pese a los razonados escritos de los doctrinarios penalistas que preparaban la reforma, muchos juristas de la época se oponían radicalmente a los principios reformistas: se estimaba la prisión como una seria deficiencia teórica, pues no se podía concebir que frente a la gran variedad de crímenes se pudiera castigar todos de tan uniforme manera como se castigaban con la prisión. Aun cuando los historiadores y criminólogos han logrado precisar una interesante disminución en los delitos de sangre durante la década 1790-1800, el sector más conservador de la doctrina penal abogaba por una vuelta a la rigurosidad del castigo bajo los principios de la Teoría del Suplicio.[42]

De esta suerte, y a pesar de la oposición que la reforma encontró, ésta logró afirmarse por virtud del fuerte impulso que el sistema de relaciones de producción introdujo en la organización social, de frente a la cual el nuevo fundamento del castigo se presentaba como una necesidad para el funcionamiento del capitalismo y del Estado.

Así las cosas, es menester afirmar que, en este sentido, el Derecho Penal representó un importante avance en relación con las condiciones teórico-prácticas de los castigos que la Teoría del Suplicio sustentaba y, sin embargo, la reforma que produjo el Derecho Penal moderno de alguna manera no puede explicarse completamente si no es en relación con esta teoría.

Otra cuestión de suma importancia, que debe considerarse, viene dada por la formulación de la doctrina penal de la reforma en códigos específicos de la materia, organizados de acuerdo con principios que el derecho penal producido por esa reforma estableció como indispensables. Con el establecimiento de la codificación penal surge al mundo jurídico el concepto de *ilegalismo,* cuya comprensión está ligada a la comprensión de los fenómenos históricos, económicos y sociales que lo hicieron necesario. En este sentido el ilegalismo, a finales del Estado absolutista, venía determinado

41. La historia y los fundamentos de esta importante tesis pueden verse con detalle en FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar,* pág. 86.

42. Hacia 1764, Le Trosne sostenía lo siguiente, sobre los vagabundos: "Son insectos (¡!) que destruyen cotidianamente la subsistencia de los labradores. Son tropas enemigas diseminadas sobre la superficie del territorio, que viven en la discreción como en país conquistado.(¡!) Vid. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar,* pág. 81.

por la no aplicación de una regla o la inobservancia de un edicto u ordenanza originados por el consentimiento tácito del poder político. El ilegalismo podía también ser ocasionado por la negligencia de los servidores de la monarquía o por la imposibilidad fáctica de castigar a los violadores del precepto. De esta suerte, las clases sociales más desfavorecidas económica y jurídicamente hallaban un "espacio de tolerancia" al margen de los preceptos que la ley establecía; se trataba de una forma de compensarse de los privilegios de los que sí gozaban otras capas sociales, como la naciente burguesía y el clero.

Para estos grupos, dicho "espacio de tolerancia" constituía una condición sine qua non de su existencia en cuanto clase de frente al poder político-jurídico y económico de la monarquía. Por ello estuvieron siempre en disposición de defenderlo mediante la secesión o a través de la sublevación abierta contra el poder del soberano. En muchísimas ocasiones estas formas de rebelión contaban con el apoyo de la burguesía capitalista y terrateniente, que alentaba, e incluso financiaba, estos alzamientos, quizá porque participaban ellas también de algún como "espacio de tolerancia"; en esa zona, clases desfavorecidas y burguesía eran coincidentes.

De hecho, el clero y la burguesía, en más de una ocasión, se alzaron también contra el poder de la monarquía cuando éste trataba de suprimir algunos de sus privilegios.

Ahora bien, tal y como lo sostiene Foucault,[43] este "espacio de tolerancia" existía prácticamente para cada clase social, que contribuía con todo a sostenerlo, pero estaba rodeado de una serie profunda de contradicciones: como regla general, los "espacios de tolerancia" de los diferentes estratos sociales sostenían entre sí extrañas relaciones que a veces eran de apoyo recíproco pero a veces, también, de rivalidad y competencia, o de conflictos de intereses. De cualquier modo, el juego de los "espacios tolerados" constituía una regla importante en el funcionamiento de la sociedad europea que abandonaba el Estado absoluto y se aproximaba con rapidez hacia el capitalismo y es, precisamente, con el advenimiento de la reforma del derecho de las prohibiciones y el cambio en el modo de producción, que se empieza a conceptuar el "espacio tolerado" como ilegalismo, habida cuenta del aumento general de la riqueza y de la presión demográfica que el capitalismo hace sentir en las ciudades. En consecuencia, el juego de los ilegalismos empieza a sufrir un proceso de inversión que estará plenamente acabado hacia 1790-1800: si bien es cierto una gran parte de la burguesía había aceptado esta dinámica, no por ello la toleró una vez que el derecho penal de la reforma definió los estatutos de interpretación de las conductas prohibidas a partir de la idea de propiedad privada. Es así que el "espacio tolerado" tiende a convertirse en ilegalismo.

Con el nuevo estatuto de la propiedad, resulta necesario de toda necesidad castigar el ilegalismo. Esto explica por qué si las capas burguesas habían sido intolerantes con las infracciones a la propiedad territorial, con las infracciones a la propiedad comercial lo fueron más aún, actitud que sugiere que el Derecho Penal que se formula tiende, básicamente a defender el sistema de relaciones de producción, asentado en el hecho social de la propiedad privada de los bienes tanto de producción como de consumo.

Es interesante notar, asimismo, que en este delicado punto el sistema de relaciones de producción exogena un aparato externo como el Derecho Penal, cuyo serial de reglas tiene un sentido unívoco porque su estructura subyacente común parte del concepto de la propiedad. No extraña, pues, esa similitud que se encuentra entre el Derecho Penal, los procesos de educación y el Derecho del Trabajo. Y extraña menos cuando se logra entender que el Derecho Penal, como todo derecho de las prohibiciones, es un serial de reglas de disciplina y conducta formulado para la protección de ciertas instituciones básicas de la cultura capitalista occidental, donde no pueden sino figurar

43. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 87.

la propiedad privada y el fenómeno del trabajo: la construcción de los primeros preceptos del Derecho del Trabajo se dio a partir de estos factores.

Así, la cuestión que propone una similitud esencial entre el Derecho Penal moderno y el Derecho del Trabajo no se ha subrayado lo suficiente, hasta ahora, en el campo de la investigación doctrinaria y, sin embargo, es de una importancia vital para una comprensión apropiada de los fenómenos sociales que dan sentido a las estructuras de poder de las sociedades capitalistas industrializadas.[44]

Y es que esta importancia podría provenir, quizás, de la similitud de algunos conceptos penales y iuslaborales, cuya conjunción permitiría entender cómo se construyó esa epistemología del poder de castigar y de la tecnología de la conducta, en todo tan distinta a la que imperó en tiempos de vigencia de la Teoría del Suplicio. No está de más sostener que la dinámica que el Derecho Penal establece, definiendo conductas como prohibidas, sólo tiene sentido porque la libre expresión de esas conductas dañaría a fondo las instituciones básicas del sistema de producción que el Estado capitalista refleja y reproduce. En este sentido el Derecho del Trabajo también está involucrado en la dinámica trabajo-prohibición.[45]

Aparte lo anterior, importa también considerar que esta nueva estructuración de los conceptos jurídicos, eminentemente más social que la regulación de la Teoría del Suplicio, es la clave para comprender cuál ha sido el cambio entre un derecho de las prohibiciones y otro: mientras la Teoría del Suplicio regula actuaciones y conductas, el Derecho Penal que surge con el Estado capitalista regula las conductas en su dimensión social. De ahí que la concepción jurídica de la Teoría del Suplicio no pueda presentarse sino pletórica de arcaísmos jurídicos que en su momento fueron de una eficacia impresionante, pero que no podían, de ninguna manera, hacerse cargo de regular una realidad altamente compleja en la que participa, como si fuera poco, un elemento social que no estaba presente en la época de vigencia de la Teoría del Suplicio, a saber el trabajo libre, elemento por lo demás indispensable dentro de las relaciones de producción del Estado capitalista.

Es claro, pues, que las nuevas formas acumulativas del capital, las relaciones de producción y la nueva situación jurídica de la propiedad produjeron el cambio conceptual sobre el cual se asentó el Derecho Penal moderno. El fuerte sustrato económico-social que el Derecho Penal moderno asume puede verse, en un primer acercamiento, configurando este Derecho de modo tal que presenta ciertos principios histórico-epistemológicos típicos:

1. Principio de la técnica más eficiente

El Derecho Penal de la reforma busca la manera de hallar las mejores técnicas para la aplicación del castigo; por ello puede decirse que el Derecho Penal moderno surge en el momento histórico en el cual el sobrepoder del soberano absoluto prepara el camino hacia la instauración del Estado capitalista.[46]

El sobrepoder padecía de un efecto que la reforma penal pretende superar. De este modo,

---

44. Nótese que se trata de algo más que una similitud meramente formal, como la que podría existir entre las distintas ramas del quehacer jurídico: Derecho Administrativo, Derecho de Familia, Derecho Civil, cuya trabazón epistemológica existe a nivel de las formas jurídicas más que de los conceptos esenciales que podrían ordenar, en torno a ciertas ideas principales, a variadas disciplinas jurídicas. Esta relación a nivel conceptual es la que podría existir entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, por ejemplo.

45. La cuestión del fenómeno del trabajo es sobremanera compleja, toda vez que se trata de un fenómeno múltiple, que nunca puede quedar agotado si se le enfrenta unilateralmente. En resumen, puede decirse sobre el fenómeno del trabajo, en relación con el derecho de las prohibiciones, lo que sigue: a) Es una de las instituciones básicas del sistema de producción capitalista, de donde resulta lógica y necesaria una protección múltiple del fenómeno mismo. Derecho Penal y Derecho del Trabajo son proyecciones de esa necesidad; b) Es uno de los principios que más se protege, y por los que más se castiga las conductas drogodependientes, habida cuenta de que tales conductas tienden siempre a negar su importancia y a violar la necesidad del trabajo.

46. En el texto 1984 ya George Orwell había explorado el problema del sobrepoder a propósito de un aparato social concreto, en este caso una forma estatal hipotética, proyectada al futuro. ORWELL, George, 1984, Editorial Destino, 1ª edición, 1980.

la superación del fundamento del castigo no es sino la superación de la dispersión en el ejercicio del poder, provocada por el sobrepoder mismo. Se asienta aquí una relación inversa, según la cual a mayor cantidad de poder para castigar, tanto mayor dispersión de ese poder, manifiesta en ineficacia y desproporción.

La reforma penal busca, pues, no sólo una técnica eficaz y mejorada del castigo, sino también una adecuación de los efectos del castigo mismo. Aquí se estará en posibilidad de estructurar un aparato de administración de los castigos y las penas, regulado por un serial de principios proclives a hacer del castigo un ejercicio universalizado, es decir, un ejercicio en el que al participar la entera sociedad, convierta el castigo en una cuestión social.[47]

De frente a este fenómeno, es sobremanera explicativo ese traslado que se dio en el derecho de las prohibiciones: el derecho de castigar ha viajado de las manos del monarca absoluto a la idea de la "defensa de la sociedad".

2. Principio de la Contratación Social

La reforma penal, al superar la Teoría del Suplicio, genera el Derecho Penal moderno, y forja sus postulados a la luz de las tesis contractualistas sobre la fundación de la sociedad y el Estado.[48] Al ser Inglaterra el país donde el capitalismo encontró mayores posibilidades de desarrollo, lógico resultaba que las condiciones materiales e ideológicas del Estado capitalista estuvieran mucho más avanzadas ahí que en el continente. Tanto así que las tesis de Locke sobre la tripartición del Estado y sobre el origen contractual de la sociedad fueron desarrolladas por la filosofía posterior continental, concretamente por Montesquieu.[49] La reforma penal, en ese sentido, es producto directo de este espíritu ilustracionista. De ahí que una de las tesis básicas de la reforma penal se haya formulado en torno al mito del contrato para la creación de la sociedad.

La consistencia teorética del principio de la contratación sirvió, pues, de sustento para que los reformistas afirmaran una nueva teoría sobre el fundamento del castigo: de acuerdo con la lógica interna del mito sobre el contrato social, es preciso suponer que los individuos que han aceptado las leyes fundacionales de la sociedad y el Estado han aceptado, igualmente, aquellas leyes que pueden castigarlos. De esta suerte, quien describe una conducta prohibida se ubica en situación paradójica, pues ha violado el contrato social y es, consecuentemente, enemigo de la sociedad; pero al mismo tiempo participa en la ejecución del castigo. Es así que cualquier delito ataca a la entera sociedad y, por esta razón, la sociedad entera —incluyendo al violador— ejecuta el castigo. Así, se tiene que el castigo que impone la reforma no es sólo una función generalizada sino también extensiva a todo el cuerpo social y a cada uno de sus elementos.

Vista de esta manera, la conducta prohibida que delinea el delito produce una oposición total entre su productor y el conjunto de los afectados por el delito mismo. Por eso, la sociedad en su conjunto tiene el derecho de castigar al responsable del delito. Este es el fundamento sobre el cual la sociedad estructura el fundamento del derecho de castigar, el cual ha de reputarse tan sólido como el conjunto de los miembros que la conforman. Obviamente, hay una desproporción ingente entre el derecho a castigar y el delito que el infractor ha delineado con su conducta. Así, el infractor, más que un

47. El principio de procedimiento penal que establece la figura del Ministerio Público y el monopolio de la acción penal es reflejo de esta circunstancia histórico-social. En el código costarricense adjetivo este principio se recoge del numeral 39 en adelante.

48. Esta cuestión se ha discutido ya en el transcurso de esta investigación. Véase al respecto supra, cap. 2, pág. 100. Se discutirá nuevamente a propósito de la ideología de la Defensa Social, supra, cap. IV, pág. 193.

49. Es claro que la cuestión sobre el origen mítico-contractual de la sociedad y el Estado no es exclusivo de Montesquieu. Hobbes y Rousseau trataron también este problema, al cual se refirieron utopistas como Moro y Campanella.

violador del pacto social, es un traidor a la vida societaria y por ello la sociedad ha de tener sobre él el más absoluto de los derechos.

Estas tesis ya habían sido desarrolladas, con increíble precisión, por Rousseau en El Contrato Social:

> "Todo aquel que ataca el derecho de la sociedad, se convierte por sus crímenes en un rebelde y traidor de la patria. La conservación del Estado es incompatible con la suya, por lo que es necesario que uno de los dos perezca, y cuando se hace perecer al culpable, es más como enemigo que como ciudadano".[50]

3. Principio del Equilibrio para la Finalidad de las Penas

Las tesis que abogaron por la erradicación de la violencia que, en la aplicación de las penas, se imponía por virtud de la Teoría del Suplicio, se plantearon primero como un discurso lírico lleno de piedad y humanismo. Beccaria sostenía, en su opúsculo sobre los delitos y las penas: "¿Quién no se estremece de horror al ver en la historia tantos tormentos espantosos e inútiles, empleados fríamente por unos monstruos que se daban el nombre de sensatos?".[51]

Posteriormente estas mismas tesis hicieron ver la importancia de distribuir las penas y los castigos de acuerdo con un criterio que buscara un equilibrio entre el delito delineado y la pena que éste merecía, con vista a la obtención de un resultado específico para determinar así una teleología del castigo.

Esta inquietud acerca de la finalidad del castigo no estaba presente en la penalidad que la Teoría del Suplicio legitimaba, y no estaba presente porque a la Teoría del Suplicio no le interesaba alcanzar eficiencia alguna. Debe recordarse, consecuentemente, que la Teoría del Suplicio respondía a una organización social que, incluso en su punto más tardío, hacia el auge del Estado absolutista, no se regía por el principio de la división del trabajo ni se centraba su penalidad en torno al concepto de propiedad como para preocuparse por la obtención de resultados útiles derivados del castigo, cuestión que sí interesaba a la reforma penal, pues era ésta la única manera de hacer del trabajo la conducta permitida por excelencia: la locura, la vagancia, la rebeldía civil —y más modernamente la drogodependencia— son todas conductas prohibidas en la medida en que niegan el Principio del Trabajo.

Por otra parte, la reforma que originó el Derecho Penal partía del supuesto según el cual el daño que el crimen induce en el conjunto de la sociedad viene determinado por la cantidad de desorden que se introduce en ese conjunto. Sin embargo, el sobrepoder, como ya se ha visto, es un factor de dispersión del poder mismo y, por lo demás, no conduce a la obtención de un resultado útil del castigo.

De todo lo anterior se sigue la necesidad de imponer una serie de castigos que no traten de reparar la falta ocasionada por la conducta delictiva con una pena que sea, en horror y crueldad, el equivalente del delito. Así, la búsqueda del equilibrio en la aplicación de las penas tiende a alcanzar en el castigo un resultado que venga compuesto por la utilidad de haber aplicado el castigo. Dicho de otra forma, el equilibrio que se busca en las penas que se formulan bajo los auspicios de la reforma supone:

a) Abandonar los conceptos arcaicos de la Teoría del Suplicio, de modo que se reduzca la cantidad de dolor y brutalidad físicas que la penalización imponía y que respondían a una equivalencia que en el Estado capitalista ya ha perdido todo su sentido.

b) Fijar la regla de acuerdo con la cual la proporcionalidad entre pena y delito viene dada por la disfuncionalidad que experimenta el orden social cuya pactación se viola, de suerte que el cálculo de la pena se efectúa no de acuerdo con el delito ni con la ofensa causada,

---

50. ROUSSEAU, J.J. *El Contrato Social*, Editorial EDUCA, San José, Costa Rica, 4ª edición, 1983.

51. BECCARIA, citado por FOUCAULT, M. en *Vigilar y Castigar*, pág. 95.

sino en atención a la posibilidad de repetición del delito y a la futura disfuncionalidad que éste causaría en el conjunto social. Nótese, en consecuencia, que en tanto la Teoría del Suplicio oponía a la gravedad de la falta una pena igualmente gravosa, la reforma penal propugna por la aplicación de una pena de la cual pueda desprenderse una finalidad específica: que el castigo se aplique en función del futuro y no del pasado. Así, la penalidad de la Teoría del Suplicio es puramente resarcitoria, en tanto que la penalidad de la reforma es esencialmente preventiva. Aquí está ya formulada la esencia del Derecho Penal moderno. Luego vendrían la Medicina y la Psicología; con ello las conductas drogodependientes se igualarán al serial de delitos que los códigos del siglo XIX establecían taxativamente.

4. Principio de Traslación del ámbito de aplicación de la Pena

La reforma que hace surgir el Derecho Penal moderno, vista desde el conjunto que forman la totalidad de sus reglas, exige la exclusión de la violencia sobre el cuerpo en la aplicación de las penas. Se solicita de los castigos que su punto de aplicación no lo constituyan los cuerpos masacrados por una justicia vengativa que pretendía imponer la misma cantidad de horror que el delito había causado, y aún un poco más. Los cálculos de la nueva economía en el poder de castigar, la búsqueda de la técnica más eficiente, indican que el poder y el castigo ya no deben aplicarse más sobre los cuerpos, proscribiendo así el juego que se daba con el suplicio.

De esta suerte, se tiene que el ámbito de aplicación de las penas se traslada hacia otro punto: no es ya el cuerpo lo que interesa sino la mente del condenado, no ya los efectos de sufrimiento corporal que la pena pudiera causar sino el grado de culpabilidad que el individuo debe asumir para aceptar así, no puede ser de otra forma, obedientemente su castigo.

En este sentido, se ha dicho que la de castigar es una función extensiva a todo el cuerpo social, puesto que el propio criminal reconoce la necesidad de su castigo.

Lo que Foucault llama "anatomías punitivas" quedan ya atrás. El Derecho Penal que surge con la reforma se ha descargado del arcaísmo jurídico de la Teoría del Suplicio, y busca ahora la ampliación de los efectos del castigo no ya a un nivel físico-material sino a un nivel psíquico-social. La conciencia culpabilizada acepta el castigo que todo el conglomerado social le impone. Así, ya no interesa el conocimiento de los cuerpos para medirlos en relación con el grado de resistencia física que oponían a los castigos.[52] Lo que interesa ahora es el dédalo de los procesos psíquicos en su relación con los valores sociales. Esta vertiente no es nueva en el pensamiento jurídico occidental, pues las experiencias de esta cultura contenían en germen los elementos necesarios para la eclosión del psicoanálisis. Empero, el derecho penal que implanta la reforma había explorado ya este terreno en el ámbito de sus efectos concretos, a diferencia del Psicoanálisis, que lo exploró en función de sus fuentes.[53]

La traslación del objeto del castigo abandona el cuerpo en cuanto finalidad del castigo y traslada todo su fasto al plano de la conciencia y del interior humano. A partir de aquí las pe-

52. Sobre este particular, muy bien sostiene Foucault que en la Teoría del Suplicio los conceptos jurídicos se ciñen a la idea de conocer las fuerzas del organismo humano no para comprenderlas mejor sino para derrotarlas mejor. FOUCAULT, M, *Vigilar y Castigar,* pp. 38 y sigtes.

53. El punto de equilibrio epistemológico entre la idea del cuerpo y el concepto de la mente lo constituye la obra de Kafka. Ahí convergen los elementos de la nueva penología y los fundamentos de un nuevo derecho de castigar, especialmente orientado a producir efectos a nivel de la conciencia. Obsérvese lo que afirma Kafka, especialmente en *El Proceso:* "Después de la segunda absolución viene el tercer arresto; después de la tercera absolución el cuarto arresto, y así sucesivamente. Esto corresponde a la naturaleza de la Absolución Aparente (. . .). La Prórroga Ilimitada (. . .) mantiene indefinidamente el proceso en su primera fase. Es necesario para ello que el acusado (. . .) permanezca en contacto constante con la justicia". Vid. KAFKA, Franz, *El Proceso,* Editorial Losada, Argentina, II edición, 1976, pág. 48.

nas, en la ideología que inspira a la reforma penal, dejarán de aplicarse en el nivel de los cuerpos para dedicarse a llenar los espacios de la conciencia. La conciencia, como nuevo punto de aplicación de la penalidad, sin más, constituirá el objeto de la punición. Por ello el Derecho Penal moderno, a nivel teorético, es un derecho del castigo por los efectos, más que un derecho del castigo en cuanto tal; por ello su preocupación gira en torno a los resultados previsibles de tal castigo. No se interesa sino por amplificar los efectos del castigo, por enunciarlos de modo tal que para el sujeto de la punición constituyan la realidad. Por eso no es aventurado sostener que el derecho penal moderno estructura sus principios teleológicamente y su teleología viene dada por el Principio de Thomas: si el castigo es enunciado como una realidad específica, sus consecuencias se producirán en la realidad objetiva. Esto es, los efectos del castigo inducirán a que la conciencia asuma el castigo como una necesidad de la realidad social.[54]

He aquí la teleología de los castigos que aplicará la reforma penal: la drogodependencia, en sus más prístinos elementos, estaba ya prácticamente anunciada y lista para ser formulada a nivel técnico-jurídico.

5. Principio de la Semiótica Penal

Las penas han dejado de ser, para la reforma penal, el castigo que se aplicaba en directa proporción con la cantidad de sufrimiento que el delito había causado.[55] La idea de cuantificar la pena en dolor, tanto como conducta tabuada sugiriese o desorden introdujera en el conglomerado social, fue superada por una concepción sobre los fundamentos de castigar, relacionada con una técnica de la representación.

La pena, para la Teoría del Suplicio, se aplicaba con un exceso de fuerza que respondía a la idea de inculcar en los demás sujetos el horror y la repulsión por la acción tabuada, pero con la reforma penal los castigos empezaron a concebirse como dispositivos de la seguridad social y la prohibición de determinadas conductas se relacionó con elementos ruptores de la contratación social, según se ha visto. De esta manera, si el conglomerado social era presentado por la ideología del derecho penal como una totalidad contratante en un pacto de armonía, eliminación del derecho del más fuerte y supresión de las ventajas y desventajas del estado de naturaleza, el castigo no podía provenir sino de una fuente —el pacto social— cuya coherencia con el todo social hacía del castigo un elemento de la naturaleza, es decir, una ley natural cuya aplicación se suponía necesaria. Pero las penas de la reforma ya no se encargan, como la penalidad de la Teoría del Suplicio, de marcar el cuerpo del supliciado y de objetivarlo, reproduciendo en él la atrocidad del crimen realizado: la pena de la reforma crea un campo de significaciones sociales cuyo origen está en la conciencia misma del infractor, según se ha visto.

A partir de la reforma la pena, en cuanto mecanismo del control social, buscará no sólo aparecer como el producto de una ley natural, ínsita en la contratación social, sino también procurará presentarse como una necesidad que no se derive de la arbitrariedad. Es claro que deberá entenderse que todo conglomerado social define las conductas prohibidas de acuerdo con sus propias necesidades, de lo

---

54. Importa comprender que la corriente epistemológica en Derecho Penal es, sobre todo, una tendencia del pensamiento jurídico y posteriormente una práctica concreta. En mucho, las prácticas propuestas por la reforma no se aplicaron sino hasta bien asentados otros fenómenos históricos, por ejemplo el Capitalismo Periférico, la formación de los elementos del Psicoanálisis freudiano, etc.

55. Ejemplo de ello es el ajusticiamiento del asesino de Guillermo de Orange, quien tuvo que pagar centuplicado en dolor físico el magnicidio, según refiere M. Foucault en *Vigilar y Castigar*, pág. 59; "(...) en 1584 fue abandonado el asesino de Guillermo de Orange a lo infinito de la venganza. El primer día fue conducido a la plaza, donde encontró un caldero de agua hirviendo en el cual le fue introducido el brazo con el que había asestado el golpe. Al día siguiente le fue cortado ese brazo. Al tercer día fue atenaceado por delante en las tetillas y (...) en el brazo. Al cuarto igualmente atenaceado (. . .) en las nalgas. El último día fue "fajado". Al cabo de seis horas continuaba pidiendo agua, pero no se la dieron. Finalmente se le pidió al lugarteniente de lo criminal que lo hiciera rematar y estrangular, con el fin de que su alma no se desesperara y se perdiera". (¡!).

que se sigue que tales conductas no son un producto natural como sí lo es el hombre, sino el resultado de una convención humana, y por lo tanto, artificiales.[56]

La sociedad europea, hacia 1800, empezó a definir las conductas prohibidas como delitos. De esta suerte, las acciones que constituían delitos debían ser reprimidas "naturalmente", sin que la psique encontrara problema alguno en comprender que el castigo formaba un signo sobre el condenado, sobre todo un signo necesario, y más necesario en cuanto más "natural".

Así, el ámbito semiótico dentro del cual se mueve la serie de la penalidad que plantea la reforma penal, está constituido por la idea de acuerdo con la cual, al ser el delito un producto natural, debe ser naturalmente castigado. Asimismo, al sujeto que exhibe una conducta prohibida debe serle aplicada una pena y con ella un signo, de modo tal que se le pueda reconocer fácilmente. Empero, de la misma manera que la pena no agota todo el castigo, el significado de la pena va más allá de ella misma: ha de entenderse que la pena, tal y como la propuso la reforma, es una acción transformadora y modificadora del individuo, y ésta es la significación más profunda de todos los signos a través de los cuales la pena se pone de manifiesto. De ahí que la pena haya de tener un término en el tiempo y una finalidad en la vida social: hacer del condenado un virtuoso y reformarlo de manera que la sociedad pueda, posteriormente, beneficiarse de la pena que ella misma ha impuesto.[57]

Con precisión señala Foucault la inversa relación que predominaba en la Teoría del Suplicio, para la cual cuanto más grave el delito menor prolongación en el castigo, tanto que algunas ejecuciones eran tan atroces como breves en el cadalso los minutos para el suplicio. De esta manera, la reforma iba proponiendo el establecimiento de un serial de signos referidos, todos, al derecho de castigar y al castigo mismo: la pena es un signo y forma parte de una significación dentro de la cual el signo mismo se inserta. En ella el culpable es el objeto de una significación punitiva específica, pero no es el único objeto de esa significación. El entorno social es un objeto de significado particular, tanto como lo es el sujeto que exhibió una conducta prohibida, pues resulta de fundamental importancia hacer que los signos que se han establecido sobre un sujeto particular circulen con la mayor rapidez posible, sean difundidos en el entorno social, aceptados por todos como una necesidad de la naturaleza —aunque sea de la naturaleza humana— y prestos a formar en esta circulación un discurso sobre el crimen, justificando el castigo y los signos que lo representan. En las conductas drogodependientes, es éste el mecanismo que utiliza el derecho penal. Con la Teoría del Suplicio el cuerpo de los supliciados se convertía en una "cosa" de la propiedad del rey, quien imprimía sobre aquél su sello y a quien descuartizaba con los efectos de su poder. Con la reforma penal, el condenado es una como propiedad social, pertenece a todo el conglomerado de la comunidad y de ahí la necesidad de que éste saque la mayor ventaja posible de aquél en la aplicación del castigo.[58]

Para el que antes era supliciado, la pena se presenta ahora como un mecanismo de significaciones, en cuyo orden el culpable individualizado es una parte del objetivo general de las penas: la pena actúa como un signo que se dirige también a todos los culpables potenciales. De esta manera, la significación de la pena encuentra un ámbito dentro del cual ella circula haciéndose claro su significado según el cual el crimen, en su acepción genérica, constituye

---

56. Debe tenerse en cuenta que la pena actúa como un instrumento de control social, pero no agota en sí misma todas las posibilidades de control que el mecanismo del Estado capitalista tiene.

57. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 135.

58. FOUCAULT señala en este precepto el origen de los trabajos forzados. Refiriéndose al condenado sostiene: "Habrá de ser un bien social, objeto de apropiación colectiva y útil. De ahí el hecho de que los reformadores hayan propuesto, casi siempre, los trabajos públicos como una de las mejores condenas posibles. Vid. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 113.

una acción proscrita que la sociedad debe y sabe castigar. Con la instalación del Estado capitalista, el Derecho Penal de la reforma se extiende ahora sobre la moral,[59] como la Teoría del Suplicio se extendía por sobre la persona del monarca absoluto: si durante la Teoría del Suplicio el terror y la ferocidad constituían los elementos ejemplificantes, para los tiempos de la reforma la ejemplificación viene dada por la lección de carácter moral y el discurso, por una disposición de los signos del castigo y la pena, que indican cuáles son los preceptos que posibilitan la convivencia social. Esta moral pública y teatral está sólidamente formulada en un pasaje de Brissot sobre la *Teoría de los criminales.*

> -"Yo querría que tras haber preparado las inteligencias por medio de un discurso razonado sobre la conservación del orden social, sobre la utilidad de los castigos, se condujera a los jóvenes, incluso a los hombres, a las minas, a los trabajos, para contemplar la suerte espantosa de los proscritos".[60]

De cualquier forma que se mire la cuestión de los signos de la pena y su sustrato está, íntimamente, relacionado con la finalidad que la aplicación de los castigos tiene para el Derecho Penal de la reforma: hay una intención didascálica en todas las penas y los castigos que el Derecho Penal de la reforma impone. Y esta intención viene dada por la necesidad de aplicar un castigo cuya utilidad sea de beneficio lo mismo para el castigado que para los castigadores. El cuerpo social ha de derivar algún beneficio de los castigos que aplica, pues sólo así el derecho de castigar puede asegurar a los núcleos sociales un minum de convivencia. Para la reforma, no se trata ya de afirmar el poder y restaurar una situación, como sí lo pretendió la Teoría del Suplicio, sino de prevenir la ocurrencia de determinadas situaciones cuya repetición podría dañar severamente los fundamentos del pacto social. Así, todos los principios que la reforma formula están esencialmente dirigidos hacia la salvaguarda de una como salud pública.

No obstante el equilibrio y la adecuación que la penología de la reforma pretende hacer válidos, el Derecho Penal ha cambiado, pero solo de estrategia, y por ello seguirá arrastrando antiguas subyacencias y arcaicas formas epistemológicas sobre el castigo.

---

59. La moral del capitalismo está definida por contenidos históricos varios, entre ellos los preceptos del judeocristianismo, cuyos contenidos éticos pasaron a formar parte de la moral del Derecho Penal. Vid. supra, cap. 3, pp. 140-141.

60. BRISSOT, citado por FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 115. En este sentido, no debe olvidarse que la contribución de Francia a la creación del Encierro es imponderable, toda vez que las características penológicas que éste adquirió partieron de la práctica represiva que se dio en sitios como La Bastilla, el Castillo de If y, modernamente, la Isla del Diablo, en el Caribe.

PATRIMONIO HISTÓRICO ARQUITECTÓNICO: UNA NUEVA LEGISLACIÓN

LICDA. SARA V. CASTILLO VARGAS

El Decreto Nº 18.732 del 29 de noviembre de 1988 derogó, sin exponer ninguna justificación, a su homólogo anterior Nº 18.635-c del 2 de noviembre del mismo año, emitido solamente 26 días antes y que declaraba de interés patrimonial la edificación conocida como "La Casa de los Leones". Este decreto derogado hacía una enunciación de las características estilísticas, urbanísticas y estéticas, que hicieron de esta casa un "hito en la Ciudad de San José". La Casa de los Leones fue demolida pocos días después.

En el caso del edificio que albergó La Penitenciaría Central, la titular del Ministerio de Justicia y el Presidente de la República de entonces derogaron el decreto de declaración de ese edificio alegando que obedecía a "un concepto superado de régimen penitenciario y carece de interés arquitectónico", sin tener el Ministerio de Justicia competencia para hacerlo. Posteriormente, el edificio volvió a ser declarado por otro decreto del Ministerio de Cultura, dándose como nota curiosa que todos estos decretos se firmaron bajo la misma administración.

Los anteriores son solo dos ejemplos de la desprotección y destrucción del patrimonio histórico arquitectónico de nuestro país, de la falta de coherencia en las políticas estatales y de las lagunas de la legislación actual sobre la materia. Tenemos el caso de la antigua Biblioteca Nacional donde, a pesar del aprecio que tenían los costarricenses por ese símbolo de esfuerzo y cultura nacional, ahora sólo queda un estacionamiento. Por cierto, la destrucción de este edificio generó una polémica que fue el inicio de la preocupación por dar un sustento legal a la protección del patrimonio construido. Sin embargo, en aquella época la preocupación era más bien ingenua y emotiva.

Hoy en día el concepto de patrimonio histórico arquitectónico se ha desarrollado y con él los criterios para su protección. Se le han venido a integrar modernas concepciones de la Historia, la Antropología, la Arquitectura y el Derecho. Ya el patrimonio no se protege por razones románticas, sino como condición de identidad de los pueblos, como parte integrante de su historia y atendiendo a razones de desarrollo social-económico y urbanístico-ecológico más humanas. Hemos comprendido que en países pobres y caracterizados por el subdesarrollo, como los nuestros, el patrimonio debe integrarse de manera activa a los recursos sociales y económicos de modo que su protección no constituya una carga para el Estado ni para los habitantes del país, sino más bien otro recurso más que genere bienestar social.

El patrimonio arquitectónico es una construcción material con fuerza simbólica en el imaginario social y la memoria colectiva. Al constituir el rastro material del desarrollo social de las comunidades, participa como factor dador de identidad local, regional y nacional. La identidad es muy importante pues constituye la base filosófica de los grupos humanos, les dice

quiénes son, los vincula con sus raíces, facilitándoles la comprensión del pasado, del tiempo presente y de sus posibilidades hacia el futuro.

Además, dentro de un esquema de desarrollo integral, la sociedad encuentra su equilibrio en el lineamiento estratégico de coordinación, complementación, entre el patrimonio colectivo e innovación y desarrollo. Se ha comprobado que la restauración y conservación monumentales son factores altamente rentables, especialmente en los ámbitos de la economía constructiva, la vivienda y particularmente prometedores para el turismo. Por otra parte, la puesta en valor o rehabilitación del patrimonio conduce a una renovación social y urbanística, convirtiéndose de esa forma en un factor de bienestar psicosocial. Está ampliamente comprobado que la preservación del patrimonio edificado incide favorablemente en la calidad de vida, como parte de la protección del medio, concretamente en la relación de los elementos humano-ecológico-urbanos.

A nivel jurídico internacional la protección de la herencia cultural de los pueblos tiene un fuerte sustento. El derecho a la cultura y el derecho a la protección del patrimonio común de la humanidad están considerados dentro de ese grupo importante de derechos al que llamamos *derechos humanos*. Forman parte del conjunto de derechos llamados derechos de segunda y tercera generación o de solidaridad, respectivamente, diferenciación hecha según su reconocimiento cronológico. También hay un gran número de convenios, recomendaciones y cartas dedicadas a la tutela del patrimonio arquitectónico en diferentes niveles y circunstancias. En este campo son loables los esfuerzos realizados por organismos como la UNESCO y sus programas regionales, e ICOMOS Internacional y las asociaciones nacionales suscritas a él, en nuestro país, ICOMOS de Costa Rica.

Propiamente en Costa Rica existe el mandato constitucional de velar y estimular la protección del patrimonio cultural expresamente en el artículo 89 de nuestra Carta Magna. De la interpretación conjunta de los artículos 21, 50 y 89 de la Constitución se deriva el deber del Estado y el derecho-deber de los ciudadanos de tutelar y promover el patrimonio cultural de la Nación, en pos de lograr una mejor calidad de vida para todos los costarricenses.

Sin embargo, podríamos preguntarnos si a pesar de su importancia, y del mismo mandato constitucional, la protección jurídica del patrimonio edificado en Costa Rica es adecuada y eficaz.

A nivel legal, la Ley Nº 5.397, creada para proteger este acervo cultural, no constituye un mecanismo eficaz para ese fin, sino más bien ha generado en muchos casos el efecto contrario, permitiendo que sucedan cosas como las enunciadas al principio de este artículo. Uno de los defectos más graves que presenta es la ausencia de definición del bien jurídico que pretende tutelar, con lo que viola el principio constitucional de Reserva de Ley, al imponer limitaciones a la propiedad que no están claramente especificadas por ley, haciendo muy discutible su constitucionalidad. Además, está fundada en una concepción de titularidad patrimonial errada para este tipo de bienes, que se basaba en la idea de que todo el patrimonio debe estar exclusivamente en manos del Estado, lo que obstaculiza la reapropiación social del patrimonio por parte de los grupos que lo generan y a los que pertenece.

Es larga la lista de las carencias y defectos que se le pueden señalar a este texto legal, sin embargo, probablemente lo más grave es el espejismo que produce y que nos hace alegrarnos inocentemente cuando escuchamos que algún edificio, de esos que todos apreciamos o vemos bonito, ha sido declarado patrimonio nacional. La mayoría de los costarricenses desconocemos lo que ello significa: Para los casos de edificaciones de propiedad pública es una prohibición la demolición, medida muy beneficiosa si se le otorga el mantenimiento necesario. Pero para los casos de propiedad privada solo implica una limitación innecesaria a las facultades de transmisibilidad del propietario, pues la ley faculta al Estado a decretar una mal llamada *opción de compra* en favor del Estado —digo mal llamada porque no es ni optativa ni tampoco es de compra—, por el término de dos años, después de los cuales "el propietario podrá demoler la edificación libremente". No

hay que hilar muy delgado para darse cuenta que en la misma ley hay una incitación a la destrucción. Durante los 18 años que tiene de promulgada esta ley el Estado no ha comprado ninguna edificación dentro del plazo de la opción y la generalidad de los propietarios, obedientes al incitamento que les hace la ley, una vez transcurridos los dos años, demuelen "libre y legalmente".

La situación de la legislación nacional sobre patrimonio arquitectónico es alarmante, pues además de ser ineficaz, no existe correspondencia real entre las necesidades sociales, los postulados de la ley y las corrientes modernas del Derecho y las otras ciencias que estudian el objeto. Tampoco está acorde con el nuevo concepto de Patrimonio Histórico Arquitectónico, ni responde a las necesidades de todos los sectores del país. La Ley 5.397 violenta el Ordenamiento Jurídico costarricense, y no permite hablar de un régimen auténtico de protección, conforme con el ineludible tratamiento integral que el problema requiere.

La Ley Nº 5.983, ratificación de la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural Mundial, a pesar de constituir también Ley de la República, aporta pocos elementos jurídicos importantes para la protección interna del patrimonio arquitectónico, pues carece de una definición y de mecanismos que puedan llenar las lagunas de la legislación interna. Además los monumentos arquitectónicos nacionales no han calificado como patrimonio universal de la humanidad, habiéndose quedado por esa razón fuera de la regulación y de los beneficios que otorga el convenio para estos casos. La única excepción ha sido la Reserva Biológica de Talamanca o Parque de la Amistad. Sin embargo, bien puede decirse que el país, al ratificar una convención como esta, avala y adopta su espíritu, que es la protección del patrimonio cultural. De esta manera el Estado costarricense reconoce expresamente la importancia del patrimonio cultural para el país y para el mundo entero y su voluntad de preservarlo. En este sentido los principios que establece la Ley Nº 5.983 resultan útiles para fines de interpretación del resto de la legislación nacional en la materia.

Existe en Costa Rica otro grupo importante de leyes y decretos con disposiciones suficientes para realizar la protección física de los monumentos y zonas históricas, sin embargo carecen de los elementos histórico-culturales necesarios para su valoración y tratamiento social. Tampoco ha existido voluntad para aplicarlas, la que por sí misma sería muy beneficiosa. Destacan entre ellas la Ley de Planificación Urbana, la Ley de Construcciones y el Código Municipal.

En realidad este grupo de normas, aunque diseminadas en diferentes textos, constituyen un valioso instrumento para la protección estructural del patrimonio construido y ofrece múltiples posibilidades de acción que van desde la regulación de la publicidad gráfica en las fachadas de los monumentos hasta la posibilidad de regulación, preservación e intervención en áreas o zonas completas.

Se encuentra actualmente en trámite un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa que supera muchas de las deficiencias y errores de la legislación actual. Una de las ventajas de este proyecto es que sí define el bien jurídico tutelado, y lo hace de una forma comprensiva, científica y menos abierta, con lo que subsana el defecto de la Ley 5.397. Sin embargo, esta definición tiene deficiencias, errores técnicos y terminológicos, que valdría modificar antes de su aprobación final.

Otra de las innovaciones del proyecto es la creación de una comisión a nivel nacional, con el fin de que cumpla los siguientes objetivos: que sea un ente técnico interdisciplinario con suficiente fuerza y autonomía para dictar las políticas y directrices nacionales en la materia y a la vez velar por el cumplimiento de la ley; lograr la coordinación interinstitucional y participación social necesarias para dar un tratamiento integral y coherente a la protección y; disminuir la influencia política y personalista en las decisiones técnicas sobre la materia.

Las primeras versiones del proyecto fueron redactadas buscando superar la concepción estatista de la ley actual, lo que es absolutamente necesario en el contexto nacional actual. No obstante, el proyecto fue modificado en la Asamblea Legislativa, reintroduciendo la anti-

gua fórmula de la opción de compra en favor del Estado que es nociva e ineficaz, pues fomenta la destrucción del patrimonio, a la vez que es partícipe de la concepción que trata al ciudadano como un objeto, sin capacidad de decisión y participación.

Es recomendable, en su lugar, una fórmula que motive la reapropiación social del acervo cultural, por medio de una limitación permanente, dándole opción al propietario de permanecer como tal y acogerse a un régimen de beneficios e incentivos que venga a retribuirlo por las limitaciones sufridas y a servir como motivación general. Al propietario que no desee acogerse a este régimen se le da la oportunidad de forzar al Estado a ejecutar una compra o expropiación a su favor. Hay que recordar que se trata de un tipo de propiedad especial, en la cual deben armonizarse los intereses públicos y colectivos con los intereses particulares. Se rompe aquí la tradicional, aunque ficticia, diferenciación entre propiedad pública y propiedad privada, dando paso a otro tipo de propiedad, la propiedad monumental, con sus características y limitaciones.

El sistema de incentivos y beneficios que contempla es positivo, pero carencial. Es necesario conceder otros incentivos de impacto más directo, como facilidades crediticias, exenciones tributarias, contratos de contribución en obras favorables para los propietarios y hasta retribuciones monetarias.

En general el proyecto da un tratamiento más integral a la problemática de la protección patrimonial, pues involucra otras instituciones estatales, entes privados, grupos locales e individuos, sin embargo son aún necesarios otros mecanismos de participación social y popular que permitan un verdadero acercamiento de las comunidades a la acción de promoción, creación y protección de su patrimonio edificado.

Las corporaciones municipales se presentan, al menos en el marco normativo, como entes con grandes posibilidades y deberes en la labor de la protección patrimonial a niveles locales y como espacios de participación popular; hacer efectiva esta participación es una meta bastante deseable.

A diferencia de la Ley actual, que no tiene ningún mecanismo coercitivo, ni de reparación en caso de incumplimiento o daño al patrimonio, el proyecto establece sanciones administrativas y penales. Pero al hacerlo cae en el error de aplicar el clásico criterio legal de reglasanción, que en este caso resulta ineficaz, pues una vez cometido el daño, la sanción no logra repararlo. Se recomienda sustituirlo o complementarlo con una concepción preventiva, lo que implica el establecimiento de todo un sistema de protección que sirva como base.

La legislación es solamente un aspecto de la estrategia de protección del medio ambiente en general, y del patrimonio histórico arquitectónico en particular. Esta estrategia debe estar inserta en los planes nacionales de desarrollo y materializarse en el planteamiento de una política nacional de protección y la ejecución de planes y proyectos específicos. La legislación debe ser un instrumento que permita su cumplimiento en forma ágil y eficaz, pero debe advertirse que de no existir éstos, la aplicación de la ley deriva en una acción inconexa, incoherente y de bajos rendimientos, como lo ha sido hasta la fecha.

Además debe existir voluntad política, lo que significa la conciencia en los gobernantes de su deber de proteger y promover el patrimonio colectivo y también el de los ciudadanos de ejercer este derecho-deber, exigiendo la protección del patrimonio cultural como una de sus reivindicaciones sociales. Esa voluntad política debería concretarse inicialmente en la adhesión a las convenciones internacionales sobre la materia, estimular la cooperación e intercambio internacionales y la aprobación de legislación y disposiciones sobre la materia. Otra manifestación de la voluntad política es la dotación del financiamiento necesario para cumplir con los planes, proyectos, y con las obligaciones que la legislación impone al Estado. Entre las fuentes de financiamiento concretamente podría pensarse en la colaboración de la empresa privada, la mano de obra comunal gratuita, el establecimiento de un timbre para aquellos casos de destrucción o menoscabo del patrimonio arquitectónico y la captación de fondos internacionales.

La formación de una cultura ambiental urbana es otro elemento extrajurídico que, sin embargo, es la base de cualquier estrategia que pretenda alcanzar sus objetivos. En su formación deben participar el Estado, a través de sus instituciones de educación y difusión formales e informales, las instituciones de educación superior, públicas y privadas, los gobiernos locales, los medios de comunicación, entidades privadas y organizaciones populares y de base.

Por todo lo anterior, es urgente promulgar una ley que regule adecuadamente la protección al Patrimonio Histórico Arquitectónico que enmiende las carencias y defectos de la legislación vigente. El proyecto ya ha sufrido un largo proceso de más de once años, cuatro de ellos en la Asamblea Legislativa. Es prioritario que los legisladores respondan a este deber con la celeridad que ello requiere, por cuanto nuestro patrimonio, y con él la identidad, la cultura, el pasado y las posibilidades para el futuro de este país están siendo destruídos furtiva y despiadadamente. No permitamos que "dentro de muy pocos años los pobladores de la desolada tierra costarricense se encuentren en un Macondo que los vomita".[1]

1. HERRA Rafael Ángel. *Las cosas de este mundo*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, p. 172.

EL TRABAJO EN PRISIÓN (COSTA RICA 1990)

PSIC. ANDRÉS UMAÑA DI PALMA*

ÍNDICE

Pág.

Introducción 102

PRIMERA PARTE: REFERENCIAS CONCEPTUALES 102

Capítulo I. Definiciones y parámetros 102
Capítulo II. Sistemas de trabajo en prisión 103
Capítulo III. Sistemas de trabajo penitenciario en Costa Rica 105

SEGUNDA PARTE 108

Capítulo I. El escenario de la investigación 108
Capítulo II. Los sistemas de trabajo en La Reforma 109
Capítulo III. Medición de los indicadores 110

a) Metodología 110
b) Resultados 110

TERCERA PARTE: CONSIDERACIÓN FINAL 115

Capítulo I. Análisis 115
Capítulo II. Recomendaciones 116

*Psicólogo, Departamento de Investigación y Estadísticas, Dirección General de Adaptación Social.

INTRODUCCIÓN

Decía L. Faucher, en 1838, que "el trabajo debe ser la religión de las prisiones" (citado por Melossi y Pavarini, *cárcel y fábrica*, siglo XXI editores), en virtud de los múltiples beneficios que conlleva. En el proceso planificado de la rehabilitación del delincuente es imprescindible implantar actividades laborales las que, en su modo óptimo pretenden capacitar al individuo para desempeñar una ocupación al recobrar su libertad.

Con el propósito de obtener información útil para planificar el trabajo de los reclusos el señor Marino Sagot S., miembro del Proyecto Agrícola e Industrial, solicitó al departamento de Investigación Social y Estadística, algunos datos relativos del trabajo en prisión, datos que dieron origen al presente estudio que trata, someramente, acerca de los principales sistemas de trabajo en prisión de la sociedad occidental en la época actual; se describen además los sistemas laborales que se observan en el sistema penitenciario nacional. Se aportan algunos datos atinentes al tema que serán de interés para muchos funcionarios implicados en los asuntos laborales.

Se exponen también los resultados de un examen más detallado que se realizó en el complejo La Reforma que, como se sabe alberga una considerable proporción del total de las personas privadas de libertad en Costa Rica.

Finalmente, se sugieren algunas recomendaciones que, de ninguna manera, son exhaustivas, dado que este documento está destinado a profesionales y técnicos en la rama criminológica, especialmente aquellos interesados en el tema del trabajo en prisión, quienes harán su respectiva consideración con mayor propiedad.

Un trabajo de investigación por insignificante que sea, es el resultado de la participación de muchas personas, sin cuya buena voluntad y afán de cooperación, no sería posible realizar nada. Cabe destacar la ayuda de los funcionarios del departamento laboral de La Reforma y del señor Alfredo Chavarría Marín, quien recolectó los datos estadísticos.

PRIMERA PARTE
REFERENCIAS CONCEPTUALES

CAPÍTULO I
DEFINICIONES Y PARÁMETROS

Antiguamente, la palabra trabajo (Trepalitum) designaba una especie de suplicio o tormento, hoy, en su acepción de "ocupación retribuida", constituye sin duda el más importante de los factores de producción de una sociedad.

En Costa Rica, la fuerza de trabajo está conformada por el conjunto de las personas mayores de 12 años, aproximadamente, 1.025.548 individuos.

La fuerza de trabajo se divide en dos poblaciones de suma importancia: la población ocupada y la población desocupada. La primera incluye a todas aquellas personas que tienen alguna ocupación, retribuida (asalariados, trabajadores por cuenta propia, empresarios, profesionales, etc.), o no retribuida (estudiantes, amas de casa). Éstos suman 986.040 individuos. La segunda población, esto es la desocupada involucra a los integrantes de la fuerza de trabajo que no tienen ocupación ninguna y buscan empleo (desempleados). Éstos son unos 39.508 y constituyen el índice de desempleo abierto (3.8% de la fuerza de trabajo).

Estos parámetros tienen un correlato en la población penitenciaria o población encarcelada, para definirla exactamente. En efecto, una pequeña parte del conjunto que forma la fuerza de trabajo, guarda prisión preventiva o cumple una pena privativa de libertad. La población encarcelada de Costa Rica suma 4.100 individuos, incluyendo aquellos que permanecen en cárceles cantonales. Este conjunto puede ser considerado como la fuerza de trabajo penitenciario y se divide en dos grupos: la población penitenciaria ocupada y la población penitenciaria desocupada. La primera incluye a todos los internos que se dedican a algún tipo de actividad retribuida, dentro o fuera de la institución carcelaria. La segunda es aquella cuyos componentes no se dedican a actividades laborales propiamente dichas, permaneciendo, por lo general, ociosos.

El tamaño de la población penitenciaria ocupada* es de 1.353 personas (33% del total), y la desocupada cuenta con 2.747 individuos (67%).

Surgen aquí cuestiones importantes: ¿es válido comparar los parámetros nacionales con los indicadores penitenciarios? ¿Forma parte la población penitenciaria del mercado de trabajo nacional? ¿Se puede considerar el trabajo penitenciario un "trabajo", tal como se conoce socialmente?, y el salario penitenciario... ¿es un salario? Para juzgar acerca de estas y otras interrogantes es necesario estudiar con mayor detalle el tema del trabajo en prisión, objetivo, precisamente, de este opúsculo, que pretende observar el trabajo penitenciario a través de un importante segmento: el Complejo La Reforma; tomando como base conceptual el conocimiento general acerca de los diversos sistemas de trabajo carcelario, asunto que constituye el tema del siguiente capítulo.

CAPÍTULO II
SISTEMAS DE TRABAJO EN PRISIÓN

El concepto moderno de trabajo (ocupación retribuida) en la sociedad occidental, se desarrolla a partir del antiquísimo sistema de esclavitud, sistema que encuentra su mayor expresión como estructura jurídica en el Imperio Romano. Así, existían mercados de esclavos que satisfacían las necesidades de los compradores, todo tipo de personas representadas por sus ocupaciones: criados, artesanos, administradores, maestros, médicos, arquitectos, constructores, secretarios y casi todas las ocupaciones conocidas (excepto los abogados, cuyo origen es muy diferente), todos ellos distribuidos y valorados según sus destrezas, habilidades y conocimientos específicos, de manera que:

> "entre los esclavos hay quien vale dos minas, mientras que otros apenas si valen la mitad de una; unos valen cinco, otros seis. Nicias mismo, hijo de Nicératos, así se cuenta, pagó un talento por un intendente de sus minas de plata."[1]

Actualmente, no hay mercados de esclavos, ya no se compra a la persona, sino solamente su fuerza de trabajo, de donde se deriva la concepción moderna de mercado de trabajo, constituido por la suma de las ofertas de fuerza de trabajo individual, en un momento determinado. El nivel de la oferta varía, según sean las condiciones socioeconómicas del conglomerado social; las situaciones extremas serían: desempleo total, en cuyo caso la oferta es de 100% y ocupación plena, en donde la oferta es 0.

El nivel de ocupación del trabajo carcelario se ve influido por el nivel de la oferta en el

* Estimaciones basadas en el Censo Penal 1988.

1. JENOFONTE SOCRATIDAS, Libro I, Cap. V.

mercado nacional; este es en principio el que rige en toda sociedad de corte capitalista, según se ha demostrado[2]: "La relación entre cárcel y mercado de trabajo, entre internación y adiestramiento para la disciplina fabril no se puede poner en duda después de la investigación de Melossi y Pavarini".

En efecto, estos investigadores italianos estudiaron a fondo el trabajo carcelario y entre otras cosas, determinaron los principales sistemas de empleo de la fuerza de trabajo carcelario, estos son:

1. ***Public account.***

"Por medio de este sistema la institución carcelaria se convierte en empresa: compra las materias primas, organiza el proceso productivo y vende el producto en el mercado a los precios convenientes. Así todas las utilidades conseguidas son apropiadas por el estado. La disciplina es responsabilidad de las autoridades penitenciarias".

Este fue "uno de los primeros sistemas jurídicos de utilización de la fuerza de trabajo penitenciario".[3]

2. ***Contract.***

"En este sistema los presos son empleados en actividades internas de la cárcel, pero no en dependencia y bajo el control de la administración penitenciaria. El empresario contratante quien paga al estado un precio determinado *por cada día de trabajo* y por preso que emplea —es quien por medio de sus empleados—, dirige y vigila la producción en los talleres del penal. El detenido —trabajador— queda así sujeto a dos autoridades: a la disciplina del trabajo bajo la dirección del empresario, y a la carcelaria en el tiempo en que no está trabajando.

Este funcionamiento ofrece ventajas económicas innegables para la administración; en efecto:

a- La mano de obra carcelaria se emplea con ganancia.

b- La utilidad para el estado está garantizada y no está sujeta a ningún riesgo. Las cárceles que adoptan este sistema de empleo de la fuerza de trabajo llegan a reponer hasta el 65% de los gastos de funcionamiento.

Este es uno de los modos más utilizados para el empleo de la mano de obra carcelaria".[4]

3. ***Piece-price.***

"Con este sistema se intenta conciliar la presencia de un empresario privado, sin renunciar, por parte de la administración, a la implantación de la disciplina y del trabajo. La empresa concesionaria, está totalmente excluida de la 'vida' del penal; el empresario suministra sólo la materia prima y excepcionalmente los utensilios y las máquinas. Recibe después de la administración las manufacturas terminadas, pagando el precio pactado por cada pieza recibida. Las mercancías ingresan al mercado y el internado encarcelado es retribuido a destajo".

Este es "un modelo de la utilización de la fuerza de trabajo poco empleado".[5]

4. ***Lease.***

"El más importante y el más difundido de los sistemas es el *leasing system*. A través de este modelo, el estado abdica, temporalmente, de la dirección y control de la institución: los internados son confiados a un empresario por un período acordado y por una suma establecidos. El empresario tiene la obligación de proveer a la manutención y a la disciplina de la población carcelaria de la que se hace cargo. El *leasing*

2. O. Melossi y M. M. Pavarini, *Cárcel y Fábrica*. Siglo XXI Editores.

3. Obra citada.

4. Obra citada.

5. Obra citada.

system resulta el más "remunerativo" de todos: por más bajo que sea el precio pagado por el empresario, lo conseguido en el contrato es ganancia libre de cualquier gasto para el estado".[6]

5. ***State-use.***

El modelo del *state-use system*, "introducido en la práctica penitenciaria relativamente tarde, trata de evitar las desventajas de la explotación privada de la mano de obra penitenciaria y antes que nada los 'inconvenientes' de la competencia entre trabajo libre y trabajo carcelario. Las instituciones penitenciarias producen manufacturas pero, en vez de lanzarlas al mercado, se 'consumen' en la misma administración carcelaria o en otras administraciones estatales".[7]

6. ***Public-works.***

"En este sistema los internados son utilizados por la administración carcelaria para hacer obras públicas fuera de la penitenciaría, como construir carreteras, vías de ferrocarril o hasta otras cárceles".[8]

Estos son modelos generales, por tanto, pueden asumir una gran variedad de modalidades y formulaciones, dependiendo de una situación y de una sociedad determinada, pero, en mayor o menor medida, confluyen hacia alguno de estos sistemas.

El mérito de estos modelos, radica en su gran utilidad como puntos de referencia, para comparar sistemas particulares, por ejemplo, los sistemas de utilización de la mano de obra penitenciaria en Costa Rica, cuyas principales características se describen en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III
LOS SISTEMAS DE TRABAJO PENITENCIARIO EN COSTA RICA

La población encarcelada de Costa Rica, cuya cantidad es de aproximadamente 4.100 individuos, se encuentra recluida en una gama de diversos tipos de instituciones carcelarias, estas, que suman un total de 45 centros, sin tomar en cuenta las instalaciones celulares del Poder Judicial, ni las pequeñas cárceles distritales, se distribuyen según su clase, de la siguiente forma:

A. Cárceles Cantonales.

Incluye 16 (ver lista adjunta) pequeñas instalaciones celulares, por lo general una sola celda que alberga a los pocos "huéspedes" que permanecen por cortos períodos de tiempo. Algunas de estas instalaciones, sin embargo, suelen contener a una población considerable, más de 15 individuos, tal es el caso de las cárceles de Grecia, Nicoya, Cañas, Golfito y Ciudad Neily. La mayoría de las personas recluidas en estos establecimientos son indiciados.

En estos lugares el trabajo es impensable. Las condiciones físicas e higiénicas son, con pocas excepciones, deficientes y, en algunos casos (Nicoya, Golfito, Ciudad Neily y Turrialba por ejemplo) llegan a la categoría de infrahumanas.

Dependen del Ministerio de Gobernación, pero tienen relación de tipo administrativo (alimentación) con el Ministerio de Justicia y, en alguna de ellas, asistencia técnica.

---

6. Obra citada.
7. Obra citada.
8. Obra citada.

B. Unidades de Admisión.

Son instalaciones de orden celular-colectivo, en donde se contiene al 41% de la población penitenciaria del país. Son dependencias del Ministerio de Justicia y opera una en cada provincia, excepto en Alajuela que tiene tres y San José, con dos (ver lista adjunta). En total, suman 10 unidades. La mayoría de los internados en estas instituciones son indiciados, aunque en todas, también permanecen algunos individuos sentenciados.

Las instalaciones físicas no permiten el desarrollo de actividades laborales. Los pocos internos que se dedican a alguna actividad remunerada, lo hacen en labores de servicio: cocina y limpieza.

Según se ha demostrado[9], el tiempo promedio de permanencia en estas unidades es de 8 meses y no es raro encontrar personas recluidas por dos años y hasta más tiempo, en calidad de indiciados. Este dato indica la necesidad de prever, en el diseño de futuras unidades de este tipo, instalaciones en donde se puedan llevar a cabo actividades de orden ocupacional.

C. Unidades de Confianza.

Las tres unidades que conforman este régimen, albergan únicamente a personas sentenciadas. La población de estas unidades constituye el 5% de la población penitenciaria. Su régimen es semiabierto, por lo que no se consideran cárceles propiamente dichas; los individuos sujetos a este régimen, pernoctan en el lugar en horas de la noche y durante el día trabajan libremente en diversas ocupaciones, en instituciones privadas y públicas. El salario correspondiente es pagado por el empresario privado que los contrata o bien por la institución pública en la que prestan sus servicios. Suele darse el caso de individuos que se dedican a actividades laborales por cuenta propia.

En estas instituciones es donde se observan las mejores condiciones de vida; el desempleo por ejemplo, es por definición, igual a cero.

D. Unidades Agropecuarias.

En el sistema penitenciario, existen siete centros de este tipo, distribuidos en el territorio nacional (ver lista adjunta). Son, como su nombre lo indica, fincas de diverso tamaño en donde se desarrollan labores agrícolas y pecuarias. En las unidades de San Luis y Pérez Zeledón, las actividades son exclusivamente agrícolas. Los salarios son pagados por la administración penitenciaria.

Las condiciones de existencia en estos lugares son más que aceptables y como las unidades de confianza, no calzan dentro de un modelo carcelario propiamente dicho, aunque la libertad es más restringida pues, los allí internados, trabajan y permanecen en el centro, casi por voluntad propia, pues no hay barreras físicas, ni humanas, que les impidan fugarse si quisieran, incluso, muchos de ellos obtienen permisos para salir a visitar y convivir con sus familias.

Aquí, la ocupación es plena, no hay desocupados, excepto los inactivos por enfermedad.

E. Unidades de Tratamiento.

Incluye tres centros de muy diversa índole y cuyo carácter distintivo amerita una explicación particularizada.

1. Centro Buen Pastor.

Esta es la única institución carcelaria del país cuya población es femenina. Es un centro muy heterogéneo en cuanto a las diversas clases de reclusión y, consecuentemente de los sistemas de trabajo. El régimen de reclusión más abierto que funciona aquí es el de confianza, en el que un pequeño grupo de internas

9. LEÓN ZÁRATE F. y UMAÑA DI PALMA A., *"Análisis de la Prisión Preventiva en Costa Rica"*. ILANUD, 1989. San José, Costa Rica.

salen a laborar fuera del centro durante el día, en instituciones estatales y empresas privadas.

El régimen más "cerrado" es el de máxima seguridad, que consiste en celdas individuales, en donde del todo no se realizan actividades de orden laboral.

Entre estos dos extremos, funciona un régimen de reclusión "normal" (celular colectivo) en donde se desarrollan varios tipos de labores retribuidas, entre las que se destacan la manufactura de piezas bajo contrato privado o estatal y actividades de servicio: cocinas, limpieza. También funcionan talleres de costura y manualidades diversas. Los salarios los paga la administración penitenciaria, con excepción de las que trabajan fuera del centro.

La población desocupada representa el 47.8% del total. Se explica este elevado índice en razón de que la población de indiciadas es muy elevada (60%), ya que este centro también funciona como "unidad de admisión" femenina.

La población de este centro equivale a la población femenina encarcelada de Costa Rica y significa el 3,6% del total de la población reclusa del país.

2. Centro San Lucas.

Este es un Centro muy particular, está situado en una isla, a una distancia de once millas náuticas de la ciudad portuaria de Puntarenas. La denominación de "colonia agrícola", le fue otorgada en razón de que sus casi 600 hectáreas contienen muchas áreas aptas para la agricultura, sin contar a aquellas destinadas a labores pecuarias. Su nombre era justificado: por vía de ejemplo, observé lo que produjo el trabajo de los reclusos en la isla, hace exactamente 100 años narrado por el ilustre Anastasio Alfaro.

"En 1890, con el trabajo de los presos se reparó la casa que sirve de oficina al presidio; se formó un patio cercado de baranda de madera junto a la enfermería; se hizo un pozo para obtener agua potable, se construyó una elegante calle que va del muelle al edificio principal en que habita el comandante, en una extensión de 140 metros; se arregló el trapiche con todos sus accesorios para la elaboración del dulce; se cosechó maíz en cantidad de 427 hectolitros; la cosecha de arroz produjo 23.000 kilogramos; había dos hectáreas plantadas de caña de azúcar; además plátanos, yuca y algunas legumbres".

"En 1891 había 138 presos en San Lucas. La producción de este lugar dice el Gobernador, consiste en maíz, arroz y plátanos, en cantidad suficiente para el consumo del mismo presidio; y muchas veces en tanta abundancia que el maíz y el dulce, que se elabora de superior calidad, se expende en Puntarenas, enterado (sic.) el producto de la venta en el tesoro nacional".

"El presidio ha llegado a tener: 241 cabezas de ganado vacuno, 31 de ganado caballar, 238 cerdos, y 470 gallinas".[10] En la actualidad (agosto de 1990), los trabajos agrícolas son extremadamente limitados, como consecuencia de un hecho aparentemente inocuo, pero decisivo: el transplante, a la isla, de una colonia de venados "cola blanca", cuyo censo por lo general oscila en los 400 individuos; este animal provocó un desequilibrio en el ecosistema de la isla, pues es un depredador de la flora que, no sólo altera el natural proceso de reforestación, sino que, impuso serios, y a veces insalvables, obstáculos para el desarrollo de las actividades agrícolas, al punto que un pequeño terreno dedicado a dichas labores, tuvo que ser rodeado de un alto y tupido cercado, para impedir el acceso de los venados.

El trabajo de la tierra es por tanto, muy reducido; mayor importancia tienen las labores pecuarias, pues se cría ganado vacuno, porcino y en menor medida caballar.

Otras actividades retribuidas además de las mencionadas consisten en labores de servicio (cocinas, pozos) y tareas agrícolas de ornato y corte de la maleza. El salario devengado por los reclusos que se dedican a estos trabajos lo paga la administración penitenciaria.

10. ALFARO Anastasio, *Arqueología Criminal Americana*. Ed. Costa Rica, p. p. 155-156.

Pero, determinado por el carácter turístico del centro, existe también una proporción considerable de la población (10% aproximadamente) que se dedica a la fabricación y venta de artesanía, como iniciativa privada (cuenta propia).

Los gastos de inversión corren por cuenta de los reclusos. Es frecuente el caso de que un interno contrate mano de obra entre sus compañeros, sea como vendedores, sea como artesanos (trabajo vicario).

Los recursos marinos se utilizan tan poco, que puede decirse que se encuentran ociosos, siendo su explotación relativamente fácil.

La población del centro consta sobre todo de individuos sentenciados, los indiciados representan apenas un 2% de la población (6-8 individuos).

El índice de desocupación de San Lucas es de 18%; la población ocupada es de 82%, en su mayoría dedicada a tareas de servicio.

3. Complejo Penitenciario La Reforma.

De cada 100 personas encarceladas en Costa Rica, 35 permanecen en La Reforma. Este Complejo de edificaciones consta de cinco unidades de reclusión que, dado el carácter distintivo de cada una de ellas, serán consideradas como unidades separadas, pues sería irrealizable el análisis considerado a La Reforma como un solo centro; de sus 80 hectáreas, 30 están destinadas a la agricultura, 22 a la ganadería y el resto lo ocupan las edificaciones y las áreas recreativas y deportivas.

En virtud del tamaño y diversidad de este complejo, se tomó como muestra para estudiar en profundidad las características del trabajo penitenciario, que hasta aquí ha sido descrito en términos generales y es el tema que da origen a la segunda parte, en donde se describirían los pormenores del trabajo en el Complejo La Reforma que, como ya se mencionó, alberga a poco más de un tercio de la población penitenciaria del país y casi a la mitad (48,87%) de los sentenciados, lo que constituye una muestra no del todo despreciable y con una validez muy alta si se limita al campo de lo que se considera el tratamiento de los reclusos, que no contempla a los internos de las unidades de admisión ni los de las cárceles cantonales y distritales (esto disminuye la población total en un 44%).

Así, la población de interés, es decir la población bajo "tratamiento" penitenciario es de aproximadamente 2.296 individuos de los cuales el 60% (1.393 personas) los contiene La Reforma. Tal es el tamaño de la muestra sobre la que se realizó el estudio, cuya descripción y resultados se presenta a continuación.

SEGUNDA PARTE
CAPÍTULO I
EL ESCENARIO DE LA INVESTIGACIÓN

El Complejo Penitenciario La Reforma, consta de dos clases de infraestructuras: unidades de apoyo y unidades de reclusión. Las primeras son: Unidad de Diagnóstico, Unidad de Agropecuario, Unidad de Talleres Industriales, Unidad de Salud y un Centro de Capacitación que, aunque tiene un radio de acción mucho más amplio, se encuentra dentro de la "frontera" física del Complejo.

Las unidades de reclusión son cinco, su estructura física varía de acuerdo con las diversas exigencias de seguridad, éstas son:

1. Unidad de Máxima Seguridad.

Denominada también Unidad de Seguridad Especial (USE). Consta de 44 celdas individuales y funciona bajo un régimen celular de confinamiento solitario con 1 hora de sol diaria.

2. Unidades de Mediana Seguridad.

Son dos unidades cuya estructura física es muy similar en el sentido que ambas representan el modelo celular-colectivo, como base estructural. Se denominan: Unidad de Mediana Seguridad Cerrada y Unidad de Mediana Seguridad Abierta. La diferencia entre ellas radica fundamentalmente en los modelos de operación. Estas unidades contienen, la primera al 13% de la población del Complejo y la segunda un 15%.

3. Unidades de Mínima Seguridad.

Estas dos unidades son también muy similares entre sí, en lo que respecta a su estructura física que consiste en celdas colectivas con una mayor cantidad de espacio abierto, rodeado por una malla metálica. Se denominan con los nombres de Unidad de Mínima Sentenciados y Unidad de Mínima Indiciados. La primera alberga al 39% de la población total del Complejo, y la segunda al 29%.

El resto de la población está en el albergue (próximo a desaparecer) y en diagnóstico.

CAPÍTULO II
LOS SISTEMAS DE TRABAJO EN EL COMPLEJO LA REFORMA

En el Complejo La Reforma se distinguen cuatro clases de ocupaciones distintas a saber:

1. Servicios.

Incluye todas las actividades de limpieza en áreas interiores y exteriores (zonas verdes), ayudantes de las cocinas y mandaderos.

La retribución por estos "trabajos" corre por cuenta de la administración penitenciaria.

2. Construcción de zapatos.

Esta labor se realiza en conjunto con dos empresas privadas (piece-price-System) y consiste en el terminado de piezas para zapatos. El sistema de pago es a destajo y es pagado por el empresario privado. La administración del centro coordina esta labor y organiza el trabajo de los reclusos. La empresa contratante no tiene ninguna intervención en la vida del penal.

Se ha observado, aunque no como una práctica generalizada, que, entre los reclusos, se establece un mecanismo de subcontratación de mano de obra, un recluso organiza el trabajo de otros internos; a este tipo de relación laboral la llamaré "trabajo vicario".

3. Actividades agropecuarias.

a) Internas: El Complejo cuenta con terrenos apropiados para la agricultura, unas 30 hectáreas en donde se produce caña de azúcar principalmente y otros productos agrícolas, en menor escala (chayotes, pepinos, elotes, culantro).

La maquinaria, los insumos, la organización, los salarios y la distribución de los productos está a cargo de la administración penitenciaria.

La mayoría de los internos que se dedican a estas labores son de procedencia rural.

Las tareas pecuarias se basan en un hato de ganado vacuno que cuenta con 23 cabezas y otro de ganado porcino con 265 cabezas. Se cuenta además, con tres caballos. La producción de carne de cerdo es la principal actividad pecuaria (en 1.989 se produjeron 5.315 kilos).

b) Externas: Una apreciable proporción de trabajadores reclusos, labora en fincas privadas (Los Pinto) como peones agrícolas. También suelen contratarse por instituciones públicas (INA) para realizar estas mismas labores. El salario es pagado por la empresa o institución contratante y la selección de los contra-

tados es asunto de las autoridades penitenciarias, así como toda gestión administrativa.

4. Actividades Industriales.

Son labores de tipo fabril que se efectúan en instalaciones que para ese propósito han sido construidas en el Complejo La Reforma.

Se fabrican productos de cemento (block) y madera (pupitres, escritorios). También se producen artículos de tela (uniformes).

Existen varios tipos de contratación de los trabajos fabriles: instituciones públicas y privadas, pueden ser contratistas. Se fabrican partes o productos terminados. El contratante provee la materia prima.

Los salarios no son a destajo, sino que la administración penitenciaria se encarga de retribuir a los trabajadores mediante un salario fijo, así, el salario es independiente de la producción; paradójica situación es esta, pues si se funciona con bajos niveles de producción, la administración penitenciaria tendría pérdidas y si el índice de producción es alto, el salario de los reclusos sería injustamente pequeño.

En cualquier caso, la retribución por cualquier tipo de trabajo penitenciario, asume tres montos posibles únicamente:

1.	¢ 7.00	la hora
2.	¢ 6,25	la hora
3.	¢ 5.75	la hora

Ellos equivalen a 1.120, 900 y 740 colones mensuales respectivamente.

Debe considerarse que: "El salario por el trabajo carcelario no retribuye una prestación; funciona más bien como una máquina de transformación individual; es una ficción jurídica, porque este (el salario) no representa la 'libre cesión' de fuerza de trabajo, sino que es un instrumento que da eficacia a las técnicas de corrección".[11]

CAPÍTULO III
MEDICIÓN DE LOS INDICADORES

a) Metodología.

La información se obtuvo a través de entrevistas directas con los encargados locales es decir, los funcionarios que coordinan el trabajo de los internos en las diversas unidades del Complejo. Para evaluar la confiabilidad de los datos se corroboraron con la oficina encargada de coordinar las acciones laborales a nivel general.

Cabe mencionar y agradecer la magnífica colaboración recibida por parte de los funcionarios entrevistados.

La medición es sincrónica es decir, basada en los datos de un momento determinado (abril 1990). La utilidad de la medición es de alcance medio, aún tomando en cuenta futuras variaciones (la unidad llamada albergue, por ejemplo, desaparecerá en fecha próxima), lo que implicará un cambio de "domicilio" de los internos, pero afectará poco la proporción global de trabajadores agropecuarios del Complejo: No será un problema de desempleo.

b) Resultados.

La fuerza de trabajo en el Complejo La Reforma, está constituida por prácticamente toda la población reclusa; se exceptúan únicamente a los inválidos físicos y mentales, así como a los individuos mayores de 60 años que son poco frecuentes, según datos censales de la distribución por edad. La población del Complejo, al momento del estudio, era de 1.393 internos, cifra muy cercana a la de la población media.

La fuerza de trabajo se divide en dos subpoblaciones: población ocupada y población desocupada. La primera incluye al conjunto de internos que se dedican a alguna actividad laboral remunerada y a los que estudian en algu-

11. FOUCAULT M., *Vigilar y Castigar*. Siglo XXI Editores, pág. 246.

no de los programas de educación que operan en la institución carcelaria. Aquí se observa un hecho por demás interesante: con escasas excepciones, los internos que estudian, también trabajan; según manifestó el jefe del Departamento Docente, esta es la situación que prevalece regularmente. Al momento de la medición, únicamente tres internos se ocupaban del estudio como actividad exclusiva.

El segundo conjunto: la población desocupada, incluye a los internos aptos, que no trabajan, ni se ocupan en alguna actividad educativa formal (desempleados). Se incluyen también a los inactivos (imposibilitados), que son los reclusos que por impedimentos físicos y/o mentales no pueden trabajar o estudiar y aquéllos que se encuentran en régimen de confinamiento celular.

El cuadro que sigue, contiene la distribución cuantitativa de las poblaciones mencionadas.

CUADRO 1
COSTA RICA
SISTEMA PENITENCIARIO
COMPLEJO LA REFORMA, ABRIL 1990
POBLACIÓN OCUPADA Y DESOCUPADA

TOTAL LA REFORMA	POBLACIÓN OCUPADA			POBLACIÓN DESOCUPADA	
	TRABAJAN Y ESTUDIAN	TRABAJAN	ESTUDIAN	INACTIVOS	DESEMPLEADOS
1.393	236	456	3	56	642
Índice 1/100	17,0	32,8	0,2	4,0	46,0

La población ocupada alcanza casi el 50% de la población del centro (695 individuos), esta proporción señala el *índice de ocupación.*

Existe una fuerte asociación entre el trabajo y el estudio, una tercera parte de los que trabajan, también realiza estudios formales. Solo una parte mínima de los ocupados (4/1.000) se dedica al estudio como actividad exclusiva.

La población desocupada alcanza un 50/100 (698 individuos), a éstos hay que restarles a los imposibilitados o inactivos, para obtener el *índice de desempleo abierto*, cuyo resultado es de 46%.

Seguidamente se muestra la distribución de las poblaciones ocupadas y desocupadas en las diversas unidades que conforman el Complejo.

CUADRO 2 COSTA RICA
SISTEMA PENITENCIARIO
COMPLEJO LA REFORMA; ABRIL 1990
DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN OCUPADA
Y DESOCUPADA SEGÚN: UNIDADES

UNIDADES LA REFORMA	TOTAL	POBLACIÓN OCUPADA	%	POBLACIÓN DESOCUPADA	%
Máxima Seguridad	50	0	0	50	100
Mediana Cerrada	157	72	46	85	54
Mediana Abierta	203	161	79.3	42	20.7
Mínima Sentenciados	464	263	56.6	201	43.4
Mínima Indiciados	458	144	31.4	314	68.6
Albergue	55	55	100	0	0
Diagnóstico	6	0	0	6	100
TOTAL	**1.393**	**695**	**49.9**	**698**	**50.1**

El mayor índice de ocupación, en las unidades propiamente dichas, corresponde a Mediana Seguridad (79%), el menor se observa en la Unidad de Mínima Indiciados (31%).

Por otra parte, el índice de desempleo más elevado se presenta en la Unidad de Mínima Indiciados (68%). La Unidad de Mediana Cerrada también tiene un índice bastante elevado de desempleo: 54%.

En general, las proporciones de desempleo por unidades son muy elevadas, en las unidades de Mínima Seguridad permanecen sin trabajar: 515 individuos, esto equivale a un 37% de la población total del Complejo La Reforma. Aún en la Unidad de Mediana Abierta, que entre todas tiene el más bajo índice, la proporción de desempleo es alta (20%), considerando que se trata de un centro de tratamiento.

Hasta aquí se han manejado las cifras referentes a la proporción de trabajadores y no trabajadores. A continuación se analizaron las diversas ramas de actividad laboral que se desarrollan en las unidades del complejo, el cuadro 3 contiene dicha información.

CUADRO 3 COSTA RICA
SISTEMA PENITENCIARIO
COMPLEJO LA REFORMA;
ABRIL 1990 DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN
OCUPADA SEGÚN TIPO DE ACTIVIDAD LABORAL POR UNIDADES

UNIDADES LA REFORMA	TOTAL	RAMA DE ACTIVIDAD			
		COSTURAC. ZAPATOS	SERVICIOS GENERALES	TALLERES INDS.	AGROPEC. INT.-EXT.
Mediana Cerrada	72	20	32	20	—
Mediana Abierta	161	81	34	46	—
Mínima Sentenciados	260	50	138	15	57
Mínima Indiciados	144	15	119	10	—
Albergue	55	—	—	—	55
TOTAL	**692+**	**166**	**323**	**91**	**112**

+ No incluye tres estudiantes.

De las cuatro ramas de actividad en que se distribuye el trabajo en La Reforma, el área de servicios generales es la más alta, empleando casi un 47% de la población trabajadora del Complejo. Esta actividad incluye labores de limpieza, asistentes de cocina, misceláneos y toda clase de servicios. Esta es una actividad laboral no productiva y no se considera como un trabajo propiamente dicho: no requiere conocimientos especiales y no desarrolla destrezas que sean útiles al recluso cuando obtiene su libertad e ingrese al mercado laboral del país. No obstante tiene su cuota de utilidad dentro de la vida cotidiana del penal, pues como dice Sócrates: "Vale más trabajar sin objeto que no hacer nada".

El oficio que ocupa más cantidad de internos, después del mencionado, es el de costuración de zapatos, esta labor encaja dentro del sistema piece-price, explicado en su oportunidad, en el cual el empresario privado (Adoc-Ecco) provee piezas de zapatos sin terminar, para que sean completados en el centro. La administración del penal, está encargada de regular y distribuir el trabajo, seleccionar a los internos y de ejecutar todas las demás acciones inherentes a la actividad. Un 24% de la población ocupada se dedica a estas labores, que no requieren destrezas especiales por tratarse de una actividad manual de tipo repetitiva y no demanda mayor capacitación y como en el caso anterior no es una actividad que el interno realizará al salir en libertad, es decir, no capacita para competir en el mercado de trabajo nacional.

En tercer lugar, en orden de importancia numérica, se encuentra la actividad agropecuaria: 112 individuos se dedican a ello, este número constituye el 16% de la población ocupada. La mitad, aproximadamente, labora fuera del centro, en empresas agrícolas privadas (Los Pinto) y estatales (INA).

Esta actividad encaja dentro del Sistema denominado "Leasing" en el que la institución "confía" los reclusos a un empresario, quien coordina el trabajo y paga los salarios. Según se ha dicho, este es el más importante y difundido de los sistemas laborales en prisión. Valga decir que los salarios de estos internos son, con mucho, superiores al que devengan sus compañeros que son retribuidos por la administración penitenciaria.

El grupo restante (57 individuos) de trabajadores agropecuarios, trabaja dentro de las instalaciones del Complejo, en los terrenos que se destinan a ese propósito.

El último y menos significativo conjunto de trabajadores se dedica a actividades de tipo fabril, en los talleres industriales del Complejo, en donde se ejecutan tareas de ebanistería, sastrería, zapatería y algunos productos de cemento. Únicamente el 13% de la población ocupada (91 individuos) está dedicada a esta rama de actividad.

La labor industrial funciona, con algunas variantes, bajo el sistema operativo llamado (state-use): por una parte la institución provee la materia prima y las mercancías producidas no ingresan al mercado nacional, sino que son consumidas por la propia institución; este mecanismo se utiliza relativamente poco, ante las dificultades de la institución para obtener materias primas. Por otra parte, también se trabaja con materias primas proveídas por otras instituciones del Estado y las mercancías producidas son utilizadas por la institución contratante.

Suele suceder que empresarios privados también utilizan la mano de obra carcelaria, apartando la materia prima, estos productos ingresan al mercado nacional, aunque su proporción es ínfima y no afecta en nada, prácticamente, el comportamiento general del mercado y oferta de trabajo.

La actividad fabril requiere el desarrollo de destrezas y habilidades especiales, que son útiles al interno cuando, al salir en libertad, se sumerja, por decirlo así en el mercado de trabajo.

Los salarios son pagados por la administración penitenciaria y constituyen una retribución simbólica desde el punto de vista laboral, pero útil, para algunos, como instrumento de rehabilitación. En cualquier caso, "El tema de la retribución del salario del preso-obrero, conserva una profunda ambigüedad. Estos términos se manejan en una acepción jurídicamente impro-

pia, en cuanto que no existe ninguna relación de proporcionalidad ni con la productividad desarrollada por el internado, ni con el nivel de salario que impera en el mercado libre".[12] Como ya se indicó, en el sistema penitenciario se pagan tres montos de salario: ¢1.120, ¢900, ¢740, por mes.

El monto fijo es adecuado para retribuir algunos trabajos, servicios sobre todo, pero no cuando se trata de pagar el trabajo productivo, en el que debe privar alguna proporcionalidad entre productividad y costo de la fuerza de trabajo carcelaria.

A continuación se va a considerar la distribución de las actividades laborales en las diversas unidades que componen el Complejo. Los datos se extrajeron del cuadro #3.

ACTIVIDAD 1: SERVICIOS GENERALES

UNIDADES	PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN OCUPADA EN ESTA ACTIVIDAD
Mínima Indiciados	82.6
Mínima Sentenciados	53
Mediana Cerrada	44.4
Mediana Abierta	21.2

ACTIVIDAD 2: COSTURACIÓN DE ZAPATOS

UNIDADES	PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN OCUPADA EN ESTA ACTIVIDAD
Mediana Abierta	50.3
Mediana Cerrada	27.8
Mínima Sentenciados	19.2
Mínima Indiciados	10.4

ACTIVIDAD 3: LABORES FABRILES

UNIDADES	PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN OCUPADA EN ESTA ACTIVIDAD
Mediana Abierta	28.5
Mediana Cerrada	27.8
Mínima Indiciados	7
Mínima Sentenciados	5.8

ACTIVIDAD 4: LABORES AGROPECUARIAS

Todos los individuos que trabajan en esta actividad, permanecen en la Unidad de Mínima Sentenciados.

12. MELOSSI Y PAVARINI. *Cárcel y Fábrica*. Siglo XXI Editores, p. 174.

La rama de servicios generales es desde luego, la que tiene mayores índices en las diversas unidades, por cuanto es la actividad que reúne mayor cantidad de trabajadores, del conjunto total. Es, sin embargo, notablemente elevado en la Unidad de Mínima Indiciados, en donde alcanza un índice de 82/100, esto equivale al 17% del total de trabajadores del Complejo. Aún en la otra Unidad de Mínima Seguridad el índice es elevado 53/100. La tasa o índice menor se observa en Mediana Abierta 21/100.

Todo lo contrario se manifiesta en las proporciones relativas a la rama de costuración de zapatos. La mitad de la población de la Unidad de Mediana Abierta se dedica a esta actividad, cuya remuneración es significativamente más elevada que la del resto de los asalariados institucionales, pues la paga es a destajo.

En la Unidad de Mínima Indiciados únicamente 10 de cada 100 trabajadores se dedican a esta labor.

La explicación de las diferencias en las tasas se debe a que la actividad de costuración puede ser ejecutada en unidades en donde los internos tienen que permanecer encerrados; esto no sucede, o se produce en menor medida, en las unidades de Mínima Seguridad, en donde hay mayor capacidad de circulación.

Por su parte, las labores fabriles son poco significativas respecto de la cantidad de trabajadores involucrados en ella, las mayores tasas de ocupación en esta actividad, se presentan en las unidades de mediana seguridad.

Los trabajadores de la rama agropecuaria son los que gozan de la mayor confianza, por lo general se trata de individuos provenientes de zonas rurales, acostumbrados al trabajo de la tierra. Del total de trabajadores agropecuarios (112 individuos), aproximadamente la mitad, laboran en la finca "interna" y la otra mitad, trabaja fuera del centro en terrenos privados. Éstos son los mejor remunerados dentro del conjunto de trabajadores encarcelados. Todos los trabajadores agropecuarios, permanecen en la Unidad de Mínima Sentenciados.

TERCERA PARTE
CONSIDERACIÓN FINAL
CAPÍTULO I: ANÁLISIS

Una forma de calcular el tamaño de la población penitenciaria ocupada (o desocupada) consiste en restar a la población total, el número de internos que trabajan dividiendo el producto entre el total, obteniendo así la proporción de trabajadores, tal como se presenta en el capítulo I de la primera parte, y cuyo resultado fue de 33%. Este procedimiento que suele usarse en otros cálculos (costos por interno por ejemplo), aunque es matemáticamente válido, no tiene ninguna utilidad práctica debido a su generalidad e incluso, como en el caso particular, puede distorsionar el fenómeno mismo. La manera metodológicamente correcta para realizar estos cálculos es efectuando la medición en forma particularizada, es decir por centros y de ser necesario obtener un índice general a partir de esos datos.

En las cárceles cantonales y las unidades de admisión el trabajo de la población reclusa es nulo debido fundamentalmente a las características jurídicas de los internos (indiciados) y a los cortos períodos de permanencia que exhiben la mayoría de los que ingresan a estos establecimientos penales, aun cuando una cantidad significativa permanecen recluidos durante largos períodos de tiempo.

La situación que se observa en las unidades agropecuarias y de confianza, es diametralmente opuesta: el desempleo es nulo. En las primeras, la población trabaja en labores agropecuarias y en las otras, la población trabaja en libertad con empresarios privados y públicos, pernoctando en los centros.

En los centros restantes, esto es aquellos denominados de tratamiento, los índices asumen las magnitudes siguientes:

BUEN PASTOR: (No se toma en cuenta las indiciadas)

Población ocupada	84%
Índice de desempleo abierto	16%

SAN LUCAS:

Población ocupada	82%
Índice de desempleo abierto	18%

LA REFORMA:

Población ocupada	50%
Índice de desempleo abierto (4% imposibilitados)	46%

Lo que se manifestó al principio respecto a los indicadores generales se puede aplicar también en La Reforma ya que, dadas sus características, no puede ser tomada en cuenta como un solo establecimiento, pues sus diversas unidades se comportan como centros individuales. Los resultados de las diversas unidades que componen el Complejo, se muestran en el cuadro número dos, en donde se destaca la siguiente información:

Excepto en la Unidad de Mediana Abierta, cuyo índice de desempleo es de 20% en el resto de las unidades se observan índices muy elevados, sobre todo en Mínima Indiciados (68%) y en Mediana Cerrada (54%).

Pasando a un análisis de las ocupaciones, se observa que la mayoría de la población interna del centro se dedica a labores de servicios generales (47%), esta es una actividad laboral que no requiere ni desarrolla destrezas o habilidades especiales que sean de utilidad al momento de salir en libertad e insertarse en el mercado laboral. Casi lo mismo puede decirse de la labor relativa a la costuración de zapatos que consiste en una actividad manual de tipo repetitiva que involucra a un 24% de la población trabajadora del complejo, siendo la segunda actividad en orden de importancia. Le sigue la actividad agropecuaria (16%) en la que sí se requieren destrezas específicas y genera oportunidades de trabajo al obtener la libertad. La mayoría de las personas que trabajan en esta actividad son campesinos que ya realizaban estas tareas y que al egresar harán lo mismo, con excepción de los que son devorados por los múltiples atractivos del urbanismo, atractivos fugaces veleidosos y engañosos, que traen como consecuencia, el retorno a la prisión.

En cuanto a las labores de tipo fabril, únicamente el 13% de los ocupados se desempeñan en tal oficio, que requiere conocimientos y habilidades, que pueden propiciar la futura inmersión del individuo en el mercado de trabajo nacional. Estas actividades, por tanto, deberían ser más significativas dadas sus ventajas.

Otros sistemas laborales (contract- leasing, state-use) prácticamente no se usan, a pesar de su indudable utilidad.

En general, los índices de desempleo son moderadamente elevados. La dimensión de la fuerza de trabajo penitenciaria y sus actividades ocupacionales no tienen ninguna significancia en relación con el mercado de trabajo nacional y no representan prácticamente nada, en términos de competitividad respecto del proceso de oferta y demanda laboral.

El tema de la retribución por el trabajo en prisión no se discute, pues asume una función puramente simbólica.

CAPÍTULO II
RECOMENDACIONES

1. Existen algunos sistemas de trabajo carcelario que casi no se utilizan a pesar de su fiabilidad y conveniencia para el Sistema Penitenciario, en especial aquéllos que involucran la participación de empresarios privados y públicos. Es conveniente la implementación de estos mecanismos que absorverían gran parte de la mano de obra penitenciaria. Otros sistemas,

como el public-works (trabajo público) que han sido utilizados en el pasado, deberían usarse con mayor intensidad.

2. Es conveniente adecuarse a las demandas de mano de obra que genera el mercado de trabajo nacional sobre todo en tareas agrícolas estacionarias: corta de caña, café, banano, que presentan una endémica carestía de trabajadores, al punto de que se considera la importación de "braseros" nicaragüenses para solventar el problema que genera la ausencia de mano de obra nacional en estas labores. Es necesario establecer mecanismos de selección para integrar grupos de trabajadores agrícolas que puedan ser contratados para realizar dichas tareas.

3. Es recomendable estimular la creación de actividades laborales que le permitan a los internados desarrollar habilidades y conocimientos que les ayuden para acceder a las oportunidades de trabajo que se presentan a nivel nacional.

4. Deben buscarse soluciones laborales para aquellos individuos que permanecen indiciados durante largos períodos de tiempo. La manufactura de piezas (piece-price) es una labor ideal para los sujetos que se encuentran en estas condiciones, pues no requiere instalaciones especiales, ni destrezas específicas.

COSTA RICA, ABRIL 1990
ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS DEL PAÍS
(NO INCLUYE CENTROS DE TRATAMIENTO, NI DE MENORES)
Y SU POBLACIÓN MEDIA PERMANENTE

CENTRO DE RECLUSIÓN	TOTAL	CENTRO DE RECLUSIÓN	TOTAL
Total Costa Rica	3.805	Centro Agrop. Jalaca	11
Unidad de Admisión San José	614	Centro Agrop. Nicoya	19
Unidad de Admisión Pérez Zeledón	121	Centro Agrop. Sandoval, Limón	33
Unidad de Admisión Alajuela	126	Cárcel de Puriscal	3
Unidad de Admisión San Ramón	59	Cárcel de Grecia	17
Unidad de Admisión San Carlos	70	Cárcel de Turrialba	4
Unidad de Admisión Cartago	143	Cárcel de Nicoya	12
Unidad de Admisión Heredia	120	Cárcel de Santa Cruz	3
Unidad de Admisión Liberia	106	Cárcel de Cañas	6
Unidad de Admisión Puntarenas	83	Cárcel de Tilarán	3
Unidad de Admisión Limón	131	Cárcel de Buenos Aires	3
Unidad de Conf. San José	73	Cárcel de Palmar Norte	8
Unidad de Conf. San Agustín	93	Cárcel de Quepos	5
Unidad de Conf. San Gerardo	25	Cárcel de Golfito	10
Centro Agrop. Pérez Zeledón	36	Cárcel de Ciudad Neily	24
Centro Agrop. Tierra Blanca	44	Cárcel de Upala	1
Centro Agrop. San Luis, Heredia	62	Cárcel de Orotina	1
Centro Agrop. La Soledad	33	Cárcel de Carrillo	3
		Cárcel de Siquirres	2

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PLANTACIÓN DE ÁRBOLES CERCA DE LÍMITES ENTRE VECINOS

(UNA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO CIVIL) RECOPILACIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

CONTENIDO

Pág.

I. **Introducción.** 121

II. **Limitaciones de las situaciones jurídicas.** 121
a. Facultades. Limitaciones. 121
Limitaciones de los derechos 122
b. La teoría del abuso del derecho 122

III. **Las limitaciones de la propiedad.** 123
a. Las limitaciones del dominio 123
b. Propiedad. Relatividad 124
Propiedad y fines del derecho 125
Abuso del derecho de propiedad 125

IV. **Limitaciones de utilidad privada.** 126
a. Limitaciones de utilidad privada 126
b. Limitaciones fundadas en relaciones de vecindad 126
c. Deberes de vecindad. Fundamento 126
Abuso del derecho y relaciones de vecindad 127
ch. No se trata de servidumbres 127
d. Actos de emulación 128

V. **Plantación de árboles. Distancias.** 128
Obligaciones relativas a la distancia de las plantaciones y de ciertas construcciones ... 128
Plantación de árboles. Fundamento de las limitaciones 128
Distancias 129
En Francia 129
En Italia 129
En Costa Rica 129

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Plantaciones C.C.C.R.: Distintas. 129
Plantación de árboles. Distancia, Medida 130

VI. Acciones 130
a. Poder de exclusión. Derecho a la destrucción de plantaciones 130
Imprescriptibilidad 131
Imprescriptibilidad. Por ser facultad 131
Imprescriptibilidad por no ser servidumbre 131
b. Responsabilidad civil 132
En general por abuso del derecho 132
En particular en relación con vecinos 132

VII. Legislación 133

VIII. Jurisprudencia 133

IX. Conclusiones 135

X. Bibliografía 136

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la plantación de árboles cerca de límites entre vecinos se ubica en dos amplios sectores del Derecho Civil:

a) El Derecho de los Bienes, particularmente en el campo de los deberes de vecindad como límites del dominio.

Como veremos, la doctrina ha dado énfasis a las limitaciones del dominio y en particular al tema de las plantaciones, las distancias, la medida, y ha puesto el fundamento de las prohibiciones en las posibles molestias o daños que éstas pueden causar.

b) El Derecho de las Obligaciones y, particularmente, dentro de estas, el Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual, en la doctrina del abuso del derecho. Todo aquel vecino que abuse de su derecho de propiedad está obligado a reparar las consecuencias de su conducta antijurídica.

II. LIMITACIONES DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS

Toda situación jurídica (derecho absoluto, relativo o potestativo,, obligación, poder, deber, potestad, sujeción, carga, interés legítimo o expectativa) se encuentra dentro de una realidad de valoraciones sociales que determinan los linderos del ámbito de su existencia dentro del Ordenamiento.

La doctrina ha desarrollado con especial énfasis la teoría del abuso del derecho subjetivo (y, en especial, del derecho subjetivo de propiedad), pero no debe olvidarse que resulta más adecuado hablar del abuso de las situaciones jurídicas (y no sólo de los derechos subjetivos).

Ahora nuestro Código Civil establece claramente el principio: Art 22: "La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste".

Nuestro legislador (y el español que lo inspiró) con una perspectiva individualista estrecha tradicional, de corte francés, se olvidó de que, a la par de los derechos subjetivos, hay muchas otras situaciones jurídicas donde tampoco se puede tolerar el abuso. El *principio debió haberse formulado en forma más general y no seguirse la tendencia de poner los derechos subjetivos como el centro del Ordenamiento;* recordemos que la razón de ser de este, lo mismo que la de los derechos subjetivos y otras situaciones jurídicas, son los valores e intereses merecedores de tutela de que es portador el ser humano.

Por ahora nos limitamos al estudio de una de las formas de abuso del derecho de propiedad (o de alguno de sus componentes): el abuso en materia de derechos relacionados con la convivencia entre vecinos, abuso que, como veremos, rompe la razón de ser de la tutela jurídica de esos derechos y determina una antijuridicidad.

a. Facultades. Limitaciones.

El punto de partida obligado del análisis debe ser el tema de las limitaciones de las situaciones jurídicas. Los derechos, poderes, intereses legítimos, potestades existen en el Ordenamiento Jurídico en relación con las situaciones jurídicas de los demás, no son irrestrictas, ni incondicionadas, ni ilimitadas.

"Todas las facultades jurídicas por razón de que se realizan en un medio social comportan fatalmente límites".[1] Josserand parte de la

1. JOSSERAND, p.103.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

relatividad del derecho subjetivo y ve en el ejercicio abusivo un rompimiento con el espíritu de la institución.[2]

Limitaciones de los derechos.

Dentro de las situaciones jurídicas subjetivas, especial puesto ocupan los derechos subjetivos, absolutos y relativos. A todos ellos es aplicable lo expuesto.

Cada derecho subjetivo tiene una esfera de ejercicio autorizado; este ejercicio no es irrestricto; su licitud depende del respeto a la esfera de las situaciones jurídicas ajenas.

"Todo derecho es un poder jurídico concedido dentro de los límites de le Ley y del orden jurídico para cada derecho; limitación que podría repetirse con respecto al derecho mismo a la libertad...".[3]

Para entender los principios tutelares y reparadores sobre el abuso de los derechos... es necesario colocarse en el terreno de las limitaciones de las situaciones jurídicas.

b. La teoría del abuso del derecho.

Los orígenes de esta doctrina se encuentra en el Derecho Romano: En las fuentes romanas encontramos el principio de Gayo[4] de que "no daña a nadie quien usa de su derecho" (qui iure suo utitur neminem la edit). Sin embargo, el propio Derecho Romano concibió la idea de las limitaciones en el uso de los derechos;[5] así, no permitió, por ejemplo, los actos con ánimo de perjudicar al vecino, aunque estuvieran de acuerdo a los términos formales del derecho subjetivo.[6]

Los desarrollos del principio, sin embargo, deben su mérito a la doctrina francesa: El Profesor BUSNELLI de la Universidad de Pisa, ha aclarado que esta teoría ha sido desarrollada particularmente por la doctrina francesa con dos perspectivas: desviación del fin perseguido por la Ley y posible contraste entre Derecho Positivo y Moral.

Para algunos, como Santoro Passarelli no se trata realmente de un "abuso" del derecho, sino de un "exceso", en cuanto se trata de conductas que exceden los límites normales de la situación jurídica, en el mismo sentido en el fondo de la idea de que el ejercicio de un derecho termina cuando el derecho desaparece y desaparece cuando se abusa de él.

PUGLIATTI dice: "Se debe determinar el ámbito de extensión máxima del ejercicio del derecho, fuera del cual no puede decirse que el sujeto "iure suo utitur" (use su derecho)".

El principal inspirador de nuestro tratadista Alberto Brenes Córdoba, BAUDRY LACANTINERIE, la explica así:

"Ante todo, cualquier hecho del hombre, positivo o negativo, puede comprometer la responsabilidad de su autor, si éste contraviene la obligación que la ley impone a todos de no causar injustamente perjuicio a los demás... Sin embargo, la idea de falta revela un acto contrario a Derecho; Se encuentra sin embargo, en doctrina y jurisprudencia una noción más amplia: A menudo los tribunales han condenado a una persona a pagar los daños causados por el u*so abusivo o ejercicio malicioso de un derecho".* Se trata de la aplicación de una teoría, hoy comúnmente admitida, *la del abuso del derecho".*[7]

El asidero doctrinal de la teoría del abuso del derecho.

Son varias las fundamentaciones que se han buscado al abuso de los derechos. La doctrina ha dado diversos fundamentos a la doctrina del abuso del derecho: algunas hablan de exceso, otros afirman la desviación del fin para

2. Así TAFUR, Francisco, *El abuso de los derechos reales,* Revista del Colegio de Abogados, Año I, Nº 2, San José, julio de 1945, p. 16.
3. BRUGI, p. 171.
4. En el Digesto.
5. Así PUGLIATTI, p. 53.
6. V. BORREL, p. 120.
7. BAUDRY LACANTINERIE, p. 372.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el cual se concedió el derecho; otros se refieren al respeto a los derechos de los demás; algunas hablan de intención de causar daño sin recibir beneficio merecedor de tutela jurídica, aclarando que esta intención es deducible de aspectos objetivos. Todos concuerdan en una cosa: El ejercicio de un derecho termina cuando el derecho desaparece y desaparece cuando se abusa de él.

Transcribimos las acertadas expresiones del profesor Cornú de la Universidad de París:

"...se enuncia así: bajo ciertas circunstancias, el propietario de un bien puede ser reconocido como abusador de su derecho de propiedad y ser condenado a reparar el daño que causa a los terceros el ejercicio abusivo de su propiedad...

...¿Cuándo se puede decir que el ejercicio del derecho de propiedad resulta abusivo?... la doctrina tradicional puso por delante el criterio de la intención de dañar... es esta intención la que vicia el ejercicio del derecho de propiedad...

A esta teoría psicológica se opuso, más realista (pero no exclusiva) una visión económica. Ella se funda objetivamente sobre un criterio de resultado. El ejercicio del derecho de propiedad deviene abusivo cuando resulta en detrimento de terceros, un daño excesivo, anormal, exorbitante, desproporcionado, relativamente a unas ciertas normas de tolerancia, medida ordinaria de los inconvenientes que cada uno, en la vida social, debe soportar de los demás.

Una tercera tesis, de inspiración más política pone de relieve un criterio funcional o finalista. Es la tesis que Josserand ha elaborado un su célebre obra "Del espíritu de los derechos y su relatividad". El abuso está en el ejercicio antisocial del derecho. El ejercicio del derecho de propiedad deviene abusivo cuando el propietario usa de su derecho contrariamente a su destinación social".[8]

Las soluciones jurisprudenciales en Francia o la doble construcción judicial del abuso del derecho de propiedad y de los inconvenientes anormales de vecindad.

Continúa expresando el profesor Cornú:

"La jurisprudencia civil ha consagrado la teoría del abuso del derecho, desdoblada en otra... la de los inconvenientes anormales de vecindad.

El principio de la teoría está hoy consagrado por una jurisprudencia firmemente establecida, cuyas fuentes son: ...casos de 1855 y 1856...

Para la jurisprudencia francesa, es la intención de dañar lo que hace abusivo el ejercicio del derecho...

En la práctica esta teoría se aplica sobre un soporte más objetivo: determinación del daño; determinación de que la actividad está privada de utilidad para su autor. Si se caracteriza a la vez el ejercicio como *dañino* e *inútil* (dañino para los terceros e inútil para el propietario) el ejercicio manifiesta que su titular *ha actuado con la única intención de dañar a otro*".[9]

III. LAS LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD

a. Las limitaciones del dominio.

El tema del abuso del derecho ha tenido preferente desenvolvimiento con respecto al derecho de propiedad.

Los principios generales relativos al abuso del derecho y, en general, a las limitaciones no sólo de los derechos subjetivos, sino de toda situación jurídica, encuentran especial aplica-

8. CORNÚ, p. 383.

9. CORNÚ, p. 386.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción en materia de derecho propiedad, derecho que hoy se afirma como "limitado por definición".

Así lo reconoció la doctrina desde un inicio: "Que el derecho de propiedad tuviese por esencia carácter ilimitado y que su tipo se alterase solamente por la ley positiva fue un falso concepto de los filósofos de la escuela del derecho natural. El derecho de propiedad entra ya en el ordenamiento jurídico como poder sujeto a límites necesarios, los cuales, bien mirado, más bien son condiciones de existencia del dominio en la sociedad civil y residen, lógicamente, en el concepto y en el epígrafe del dominio...".[10]

"Los propios romanos admitieron muchos límites del dominio, en particular del género cuyo fundamento reside en la necesidad de las cosas. Inspirándonos en criterios de utilidad social, muy diverso del de la pura necesidad, hemos ido mucho más allá que los romanos, gracias al menor rigor actual del interés individual".[11]

Pothier enuncia esta idea en la definición que él da del derecho de propiedad: "El derecho de gozar de una cosa como se quiera, sin atentar contra los derechos de otros o contra la ley".[12]

Los límites del ejercicio están en directa relación con las situaciones jurídicas de los demás o de la sociedad.

"La propiedad privada sobre inmuebles está sujeta a ciertas cargas y obligaciones que la Ley impone en favor de los predios vecinos, o por motivo de utilidad pública".[13]

"Las limitaciones del derecho de propiedad, en otro tiempo excepcionales, definen hoy el contenido normal del derecho de propiedad y lo configuran".[14]

b. Propiedad. Relatividad.

El criterio tradicional que distinguía los derechos absolutos de los relativos, diciendo que en los primeros había un obligado universal (*erga omnes*) y en los segundos el obligado era persona determinada, se encuentra hoy superado, a partir de un caso de lesión del derecho de crédito por parte de un tercero; en este caso —ocurrido en Italia— se sostuvo que también el derecho llamado "relativo" era erga omnes y que debía ser respetado por los demás, al igual que un derecho de propiedad.

La expresión absoluto que se usa para calificar al dominio significa hoy otra cosa, con base en las modernas teorías "del interés" que superan el formalismo voluntarista del siglo pasado: hoy se afirma que en el derecho llamado "absoluto" el sujeto titular del interés protegido y el sujeto cuya conducta satisface el interés son el mismo (el propietario que coge las naranjas de su árbol) y que en el derecho llamado relativo, el sujeto del interés tutelado (acreedor) es otro distinto del sujeto cuya conducta satisface el interés (el deudor, cuando cumple).

La expresión "absoluto" no significa, de ninguna manera, ilimitado.

Algunos han llegado a calificarlo de "relativo":

"La concepción del Derecho de Propiedad como un derecho soberano absoluto ha evolucionado mucho bajo la presión de las necesidades sociales y el legislador, y sobre todo la jurisprudencia, le han quitado ese carácter, siendo ya el derecho de propiedad un derecho relativo".[15]

Debe entenderse que los Mazeaud usan aquí la expresión "relativo" con otro sentido,

---

10. BRUGI, p. 199.
11. BRUGI, p. 180.
12. BAUDRY-LACANTINERIE, p. 653.
13. SERRANO PINTO, p. 8.
14. DÍEZ PICAZO p. 19.
15. MAZEAUD, p. 53.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que se acerca más bien al concepto de "condicionado o limitado".

De acuerdo con lo expuesto antes, sin embargo, la doctrina moderna (en particular italiana) sigue admitiendo que la propiedad es un derecho absoluto, pero con el sentido antes explicado, lo cual de ninguna manera afecta la idea de sus limitaciones.

Propiedad y fines del Derecho.

Dentro de los fundamentos que se han dado a la doctrina en examen, tenemos, como ya se adelantó la idea de que en el abuso del derecho hay una violación de los fines fundamentales de la institución; de ahí su ilicitud.

"La propiedad moderna —lo repetimos con Filomusi— debe ejercitarse civilmente, según los fines del derecho, y no se obra, según éstos, cuando sin utilidad propia se ejerce el dominio con un fin dañoso".[16]

Otros insisten en la relatividad, con énfasis en el marco social donde el derecho debe ejercitarse:

"Un derecho destinado a ejercitarse en un medio social y en el seno de una organización jurídica determinada".[17]

Un amplio sector recuerda que la solidaridad social es el fundamento de la teoría:

"Cuando más se difunde el concepto de solidaridad social, tanto mayores son las restricciones y los vínculos a que —en interés general y para la utilización social de la riqueza— la riqueza está sometida".[18]

Buena parte de la doctrina, en cambio, pone el fundamento de los límites al ejercicio de los derechos en los derechos de los demás.

"Si bien el dueño de una cosa puede hacer en ella de ella lo que por bien tenga, esta facultad no es tan absoluta que le permita lesionar el derecho de un tercero".[19]

La protección de terceros contra los daños resultantes del ejercicio del derecho de propiedad.

De producirse un abuso en el ejercicio de un derecho, la Ley otorga protección a los terceros afectados; tanto protección preventiva como reparadora, concediendo, según veremos más adelante, dos acciones fundamentalmente: la de exclusión y la de responsabilidad civil.

Abuso del derecho de propiedad.

"Aplicado a la propiedad inmobiliaria significa que el propietario incurre en falta... llevando a cabo actos sin otro objeto que el de perjudicar a su vecino... más recientemente (sentencia de 22 de setiembre de 1959), la jurisprudencia ha pormenorizado toda una teoría general y —lo que es más interesante...— ha elevado al rango de principio general impuesto por la juridicidad la exigencia de que los derechos se condicionen dinámicamente al fin que les es propio, sin ex*ceder* el dominio de la institución jurídica".[20]

"La teoría del abuso del derecho, en su versión más generalizada viene a decir que el ejercicio de un derecho no se permite si constituye una falta, cuando se dirige exclusivamente a causar daño a otra persona".[21]

En la jurisprudencia francesa se recuerda como "una de las grandes sentencias", Req. 3 aôut 1915 (D.P. 1917,1.179): "La instalación sobre un terreno de un dispositivo que no presente para su propietario ninguna utilidad y que no tenga otro propósito que el de dañar a otro constituye un abuso del derecho de propiedad".[22]

---

16. RUGGIERO, p. 535.
17. BONNECASE, p. 641.
18. RUGGIERO, p. 527.
19. RODRÍGUEZ NAVARRO, p. 1171.
20. CARBONNIER, p. 300.
21. CARBONNIER, p. 300.
22. CAPITANT, p. 254.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

IV. LIMITACIONES DE UTILIDAD PRIVADA

a. Limitaciones de utilidad privada.

"Las limitaciones de utilidad privada son las que afectan los derechos de goce o señorío de hecho, por virtud de las relaciones de vecindad entre los predios".[23]

b. Limitaciones fundadas en relaciones de vecindad.

Dentro de las limitaciones al derecho de propiedad ocupan un lugar especial, distinto de las servidumbres y de cualquier otra limitación voluntaria, las llamadas cargas, obligaciones o deberes de vecindad.

"La relación de vecindad entre propietarios de fundos deriva sus normas de la Ley, del arbitrio del Juez y de la convención".[24]

Hay diversos tipos de reglas de vecindad:

"...formaremos los siguientes grupos;

c) reglas referentes a las distancias entre los edificios...*plantaciones*,...".[25]

Limitaciones fundadas en las relaciones de vecindad...

Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

"...atribuyen también al propietario vecino el derecho de pedir que se arranquen los árboles plantados sin tener en cuenta la limitación de distancia establecida... que se corten las ramas que se extiendan sobre su finca, o el derecho de proceder él mismo a cortar las raíces que se introduzcan en su suelo".[26]

c. Deberes de vecindad. Fundamento.

"El dominio está sometido a limitaciones de interés público y de interés privado, pero el propietario de un fundo no está sujeto a ellas cuando realiza obras o trabajos que no perjudican a sus vecinos o no atacan el derecho similar al suyo que estos tienen...".[27]

Así como se han dado diferentes fundamentos a las limitaciones de las situaciones jurídicas y, en particular, del derecho de propiedad, también encontramos diversas argumentaciones para explicar las limitaciones en razón de las relaciones de vecindad. Todas ellas coinciden en que lo que se busca es evitar molestias y daños, cuando estos se producen por haber traspasado el vecino la circunscripción de su derecho subjetivo.

Desde el punto de vista meramente físico, la circunscripción de un derecho de propiedad no son sus linderos, pues, como en este caso hay situaciones donde sus facultades de disposición (particularmente plantar árboles) se restringe a cierta distancia dentro de su terreno.

"Con el fin de asegurar la coexistencia armónica y la posibilidad del ejercicio contemporáneo (contemperamento y coordinación) de diversos derechos de propietarios individuales sobre inmuebles confinantes o vecinos, o asegurar, indirectamente, necesidades elementales de vida, como de luz, aire y agua... existen limitaciones establecidas por la ley.

Tales limitaciones... crean deberes que circunscriben el contenido del derecho de propiedad".[28]

Son estas ellas las que definen el marco del derecho de propiedad.

Cuando el propietario actúa en relación con sus vecinos fuera del marco de limitaciones, se encuentra fuera de su derecho, o sea, sin derecho.

---

23. VALVERDE KOPPER, p. 81.
24. BRUGI, p. 180.
25. BRUGI, p. 181.
26. TAMAYO, p. 124.
27. VALIENTE NOAILLES, p. 287.
28. MESSINEO, p. 349.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Abuso del derecho y relaciones de vecindad.

Dice BAUDRY-LACANTINERIE: "Es sobre todo, en lo que concierne a las relaciones entre propietarios vecinos que los tribunales han aplicado frecuentemente la doctrina del abuso del derecho. Frecuentemente se ha decidido que hay lugar a condenar a pagar daños y perjuicios al propietario de un terreno que, sin utilidad para él, y únicamente para dañar al vecino, eleva una construcción dominante de su fundo. CASS, 3 août 1915, D. 17, 1, 79. Igualmente, los Jueces de hecho deciden corrientemente cuáles son las incomodidades resultantes de la vecindad que los propietarios deben soportar y a cuáles se pueden oponer. Ellos fijan los límites en los cuales se puede ejercer el derecho de propiedad. Sentencias recientes (en 1919): Montpellier 26, junio 1912, S. 13, 2, 55; Amiens 7 fev. 1912, S. 13,2,83. Cas., 10 jun. 1913, S. 14, 1, 266".[29]

ch. No se trata de servidumbres.

Si bien una parte de la doctrina las ha venido calificando a las obligaciones de vecindad, bajo la influencia del derogado Código Civil Italiano, de "s*ervidumbres negativas*", la verdad es que hoy la mayor parte sostiene que *no se trata de servidumbres.*

Entre los exponentes de la tesis (hoy superada) de que se trata de servidumbres tenemos a Borrel y Soler:

"Estas limitaciones a la libre facultad de hacer plantaciones en finca propia constituyen *servidumbres negativas* recíprocas entre fincas colindantes y se proponen evitar los perjuicios que podrían causarse mutuamente los propietarios de las mismas, ocasionando el desarrollo de raíces de árboles propios en terreno de otro, en detrimento de los cultivos, por absorber sustancias del suelo y privando de la acción del aire.

...cuando faltan Ordenanzas y costumbres, el Código señala distancias...[30]

En el sentido opuesto se manifiesta la mayor parte de la doctrina. En la propia Italia, los comentaristas del derogado Código se pronunciaron contra esta imperfección legislativa:

RUGGIERO dijo:

"Nuestro Código (—se refiere al Derogado Código Civil Italiano—. n. del a.) acoge bajo una denominación única de s*ervidumbres legales* una serie de disposiciones diversas que *no pueden agruparse todas en el concepto de servidumbres* legales...Ante todo hay que excluir... las más se refieren a verdaderas limitaciones legales de la propiedad... regulando..., las distancias que deben observarse en las construcciones y en las plantaciones... ; implican restricciones a la facultad de goce del dominio, y por lo general, restricciones recíprocas entre los propietarios de los fundos contiguos, pero *no crean aquel vínculo real de sujeción de un fundo a otro...".*[31]

BRUGI sostuvo:

"De los varios modos que pueden concebirse el Código Italiano (derogado) escogió el peor... al acoger el concepto híbrido de servidumbre legal, discordante con el concepto mismo de servidumbre. Fue recurso inelegante hablar de la ley como fuente de servidumbre donde debió apreciarse una relación jurídica nacida del hecho de la vecindad entre fundos, de la contigüidad de habitaciones, de la inmediación de los fundamentos".[32]

También la doctrina Latinoamericana ha expresado opiniones concordantes:

"...no importa una servidumbre negativa de no plantar, en cuyo caso la acción para hacerla cumplir prescribiría...".[33]

La mayor parte de los autores consultados, opina que n*o se trata de servidumbres.* Como

29. BAUDRY-LACANTINERIE, p. 372.

30. BORREL Y SOLER, p. 107.

31. RUGGIERO, p. 537.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

veremos al tratar del tema de la imprescriptibilidad, también don Alberto BRENES CÓRDOBA considera que no se trata de servidumbres.

d. Actos de emulación.

"¿Deben considerarse protegidos por la ley y, por tanto, lícitos los actos realizados con este especial intento de perjudicar y molestar a los otros, hallándose desprovistos de toda utilidad para quien los realiza?

La cuestión sobre la licitud o ilicitud de los actos de e*mulación* (como se suele designar en nuestra terminología usual) o de *chicane* (como se designan por los alemanes), puede plantearse en general, para toda especie de derecho, en cuyo ejercicio se abuse al solo fin de causar a los demás un daño o una molestia, sin proporcionar ventaja alguna al titular; pero tiene particular relieve en el derecho de propiedad y, *sobre todo, en las relaciones de vecindad*, donde más frecuentemente puede ocurrir que alguien ejercite las facultades inherentes al dominio para causar molestias o perjuicio al vecino".[34]

"La doctrina y la jurisprudencia se esfuerzan en auxiliar al juez en el análisis de las facultades del propietario, lo que hacen mediante algunas teorías, por ejemplo, la de que cada cual debe hacer de su derecho un uso normal, sin llegar al *abuso*; que cada uno debe abstenerse de aquellos actos que evidentemente no le benefician y sí dañan a otro (*ad aemulationem*), que debe distinguirse entre la esfera interna y la externa del derecho de propiedad".[35]

V. PLANTACIÓN DE ÁRBOLES. DISTANCIAS

Obligación de vecindad universalmente reconocida es la de no plantar árboles a ciertas distancias del fundo vecino.

Obligaciones relativas a la distancias de las plantaciones y de ciertas construcciones.

Plantaciones

"...no puede el propietario plantar árboles o setos vivos en el confín por el principio general que prohíbe las intromisiones...

Decisivos son los reglamentos locales; cuando éstos falten o no prevean el caso se aplica el artículo 579 (C. Civil italiano, derogado), el cual prescribe una distancia de tres metros para los árboles de alto fusto...".[36]

Plantación de árboles. Fundamento de las limitaciones.

Las reglas sobre plantaciones en zonas limítrofes entre predios encuentran su fundamento más general en el deber jurídico de no dañar a los demás.

"Los árboles colocados cerca de la propiedad vecina pueden originar molestias (avances de ramas que privan de luz, levantamiento de pisos por desarrollo de las raíces)".[37]

"La exigencia de observar la distancia depende del hecho que el crecimiento de los árboles puede llevar a intromisiones en el fundo vecino o a quitarle luz, sol y aire".[38]

"Si un propietario usase de su derecho de hacer plantaciones hasta el límite extremo de

---

32. BRUGI, ps. 180 y 181.
33. VALIENTE NOAILLLES, p. 290.
34. RUGGIERO, p. 527.
35. BRUGI, p. 196.
36. RUGGIERO, p. 558.
37. VALIENTE NOAILLLES, p. 289.
38. MESSINEO, p. 365.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

su heredad, correría el riesgo de perjudicar a sus vecinos, o, por lo menos, de incomodarlos, a causa de la intromisión de ramas o de raíces... De aquí una serie de restricciones nuevas impuestas a los derechos de los propietarios por los artículos 671 a 673 modificados por la ley de 20 de agosto de 1881 y por el artículo 674".[39]

Distancias.

Las distancias que deben respetarse entre árboles y linderos son variables de país a país:

En Francia

"El antiguo art. 671 establecía una distinción entre árboles altos y arboles bajos y los setos vivos... Pero ¿cómo distinguir...? La Corte de Casación buscaba el criterio en la esencia de los árboles. Por el contrario, la jurisprudencia de los jueces de paz se fija en la *disposición* de las plantaciones, pudiendo tal o cual especie constituir árboles altos o árboles bajos, según se deje o no al árbol adquirir todo su desarrollo. Este último criterio es a la vez el más sencillo y el más racional, pues es un hecho de experiencia el que un árbol adquiere un desarrollo subterráneo proporcional a su desarrollo exterior; por lo tanto, las molestias que sus raíces pueden causar es proporcional a su desarrollo exterior. La Ley de 20 de agosto de 1881 (art. 671 nuevo) ha consagrado, pues, la jurisprudencia de los jueces de paz. En adelante deben ser considerados como árboles altos, sujetos, por lo tanto, a la distancia de los dos metros, aquellos cuya elevación pasa de dos metros. Los demás son árboles bajos y pueden ser plantados a cincuenta centímetros solamente de la heredad vecina. La disposición del artículo 671 se aplica igualmente a los árboles nacidos espontáneamente, que a los plantados por la mano del hombre. Procede esto de que el texto nuevo ha sustituido la palabra *tener* por la palabra *plantar* , anteriormente empleada".[40]

En Italia

Distancias en las construcciones, excavaciones y plantaciones

"Una importante serie de limitaciones son las que se refieren a la distancia que deben respetar los propietarios de los fundos colindantes cuando en estos efectúen construcciones, excavaciones o plantaciones...".[41]

En Costa Rica

Límites, distancias y plantaciones

"Así como la libertad individual halla su límite en la libertad o en el derecho ajenos, por exigirlo así la convivencia... del propio modo las facultades inherentes al dominio están sometidas a ciertos gravámenes y restricciones, en obsequio a las relaciones de vecindad y en beneficio de la propiedad inmueble. De ahí también que se le prohíba... plantar árboles... sin guardar las distancias reglamentarias...".[42]

Plantaciones C.C. C.R.: Distancias

"Dispone el Código Civil, que no es permitido plantar árboles cerca de la heredad ajena a menos distancia de cinco metros de la línea divisoria, ni arbustos o árboles pequeños a menos de dos metros (art. 403).

Determina también que hay derecho para obligar al dueño de los árboles cuyas ramas se extiendan sobre la propiedad de otro, a que las corte; y que es lícito al perjudicado cortar por sí mismo las raíces de árboles plantados en el predio vecino, que se introduzcan en su terreno (art. 404).

Los preceptos anteriores, que son casi iguales a los del derecho civil francés (arts 671 y 672 Código Napoleón) proveen de manera

39. COLIN Y CAPITANT, 1961, p. 167.

40. COLIN Y CAPITANT, 1961, p. 168.

41. RUGGIERO, p. 555.

42. BRENES CÓRDOBA, ps. 135-137.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

adecuada, en este particular, a la defensa de la propiedad raíz".[43]

Plantación de árboles. Distancias. Medida.

"Para la plantación de árboles cerca de los linderos, deben observarse las distancias establecidas por los reglamentos comunales o usos locales...

En el silencio de los reglamentos o de los usos locales, se observarán las distancias de tres metros (en Italia) para los árboles altos, de un metro y medio para los medianos y de medio metro, en los demás casos. El principio discriminador está en la altura.

...Esta altura no se refiere sólo al tronco, sino a las ramas principales que de él salen.

La distancia en materia de árboles se mide desde la línea del límite, a la base externa del tronco al tiempo de la plantación o del límite al lugar donde fue hecha la siembra." MESSINEO, P. 365.

...para medir la distancia, el Código se fija en la que debe existir entre el árbol y la línea divisoria de las heredades. Es de suponer que para medir esta distancia se atiende a la línea de superficie del tronco más próxima a la finca vecina...

...sin embargo, el Código desatiende estos puntos... insiste en que los árboles que puede pedirse que se arranque son los que en adelante se plantaren; no los que, después de plantados, dejen de guardar la distancia legal".[44]

VI. ACCIONES

a. Poder de exclusión. Derecho a la destrucción de plantaciones.

El poder de exclusión que tiene propietario es el fundamento general, dentro de los derechos reales, para justificar las acciones que derivan de una lesión o molestia derivada de relaciones de vecindad.

"Del poder de exclusión se deriva el derecho que la ley le garantiza de rechazar a todo otro en el goce de la cosa... De ahí también la facultad del propietario de cerrar su fundo... y la de rechazar toda intromisión...".[45]

De este poder de exclusión se ha hecho derivar (deductivamente) el derecho de eliminar las molestias causadas por las plantaciones. En realidad el método debe invertirse: no es la lógica deductiva la única que puede contribuir en la determinación de la eficacia jurídica. Junto a ella y mucho más importante, está la determinación de los valores e intereses afectados y en el centro de estos el ser humano.

Dentro de los atributos del dominio (construir., destruir, poseer, usufructuar, disponer, etc) se encuentra el poder de exclusión; de este poder deriva la posibilidad concreta que se concede al propietario afectado de solicitar judicialmente el derribo de las plantaciones.

"Cuando no se respeten las distancias indicadas, el vecino p*uede* pedir la extirpación de los árboles o de las estacas, como puede siempre exigir que el propietario corte las ramas de los árboles que pasen a su fundo y cortar él mismo las raíces... (que no es un acto de *inmissio in alienum)*".[46]

"La sanción de la prohibición consiste en el derecho conferido al vecino de constreñir al otro a restablecer las distancias; el vecino puede obligar a extirpar los árboles o setos

43. BRENES CÓRDOBA, ps. 139 y ss.

44. BORREL Y SOLER, ps. 107 y 108.

45. RUGGIERO, p. 527.

46. MESSINEO, p. 365.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vivos al otro, cuando éstos hayan sido plantados o hayan nacido espontáneamente a distancia menor de la legal...".[47]

Con este criterio, de que el texto legal no se refiere sólo a los plantados, sino a los que en general existan, coincide un importante fallo nacional que se menciona más adelante.

Cada ordenamiento especifica el principio en forma distinta; así, por ejemplo, en Francia:

"Cuando una plantación ha sido hecha a una distancia menor de cincuenta centímetros del vecino, éste puede exigir que sea arrancada".[48]

"Cuando una plantación ha sido hecho a una distancia menor de dos metros el vecino puede exigir que el árbol, si pasa de una altura de dos metros sea podado y reducido a ese tamaño".[49]

"...si un árbol plantado a una distancia cualquiera (aunque sea superior a dos metros) se extiende sobre el fundo del vecino, el artículo 673 permite a éste pedir ante los Tribunales que manden a cortar las ramas. Y si lo que se extiende son las raíces el vecino tiene derecho de cortarlas por sí mismo...".[50]

Imprescriptibilidad

En otros países se admite la prescriptibilidad de la acción para reclamar contra los abusos del derecho del vecino:

En Francia puede darse la prescripción:

"Puede resultar una excepción de las reglas precedentes de la adquisición de una servidumbre que consista en el derecho de uno de los vecinos de contravenir las reglas legales... el propietario que ha hecho plantaciones a una distancia inferior a la reglamentaria, adquiere, al cabo de treinta años, el derecho de conservarlas".[51]

Esto no es así en Costa Rica:

"Plantado un árbol o construida una obra de las anteriormente enumeradas, cerca de las divisorias, en condiciones contrarias a las que la ley ordena o la prudencia aconseja, el dueño del objeto, no tiene derecho a acogerse a la prescripción, *porque ni semejantes cosas constituyen servidumbres ni es prescriptible la facultad* de reclamar contra ellas, en atención al daño que ocasionan a las edificaciones y al peligro que encierran para las personas".[52]

El fundamento de la imprescriptibilidad:

Imprescriptibilidad. Por ser facultad

Para muchos el fundamento de la imprescriptibilidad está en un análisis formal donde se observa que el tema de que estamos tratando es solamente una facultad dentro del haz de éstas que constituye el dominio.

"El eventual no uso del poder... no implica en ningún caso prescripción de tal poder, a cargo del propietario a quien corresponde; es una simple facultad que *no prescribe* independientemente del derecho, del cual es manifestación (*in facultativis non datur praescriptio*)...".[53]

Imprescriptibilidad por no ser servidumbre

Para otros, en cambio, no es prescriptible (bajo usucapión) porque no estamos hablando de una servidumbre, las que bajo ciertas modalidades pueden adquirirse por prescripción positiva.

"Las cuestiones vecinales por violación a estas normas han sido llevadas a la Justicia; han motivado el siguiente problema: ¿Trata el artículo de una limitación al dominio o en cambio impone una servidumbre negativa?

47. RUGGIERO, p. 559.

48. COLIN Y CAPITANT, 1961, p. 168.

49. COLIN Y CAPITANT, 1961, p. 168.

50. COLIN Y CAPITANT, 1961, p. 168.

51. COLIN Y CAPITANT, 1961, p. 169.

52. BRENES CÓRDOBA, p. 140.

53. MESSINEO, p. 349.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Recordamos un fallo de la Cám. 2 de Apelación de La Plata, del 12-12-1947, que dice: "En la prohibición de no plantar a distancia menor que la señalada por el artículo 2628 (CC Argentino), la ley no acuerda un beneficio o una ventaja real al predio vecino, sino mera restricción al dominio". Esta conclusión ha sido sustentada con gran criterio y seleccionado acopio de citas doctrinarias por nuestra Suprema Corte de Justicia, declarando en concreto, que la prohibición de plantar árboles a menos de 3 metros de la línea divisoria no importa una servidumbre negativa de no plantar, en cuyo caso la acción para hacerla cumplir prescribiría, por el no uso, a los diez años de efectuarse la plantación. (L.L. t.51, 0. 389)".[54]

b. Responsabilidad civil.

"Una cuestión general se plantea... la de si el ejercicio del derecho de propiedad puede llegar a ser, para su titular, generador de responsabilidad civil?

Se trata de saber si... por un uso de su derecho de propiedad el propietario puede incurrir en responsabilidad delictual.

(En Francia:) ...la solución resulta de un trabajo de elaboración doctrinal y de creación judicial que es parte integrante del derecho positivo francés. La doctrina ha sistematizado la doctrina del abuso del derecho de propiedad; la jurisprudencia la ha consagrado. Ella misma se ha desdoblado para liberar una segunda vena... la teoría de los inconvenientes de vecindad.[55]

Junto al poder de exclusión la ley ofrece al propietario perjudicado la acción de responsabilidad civil extracontractual.

En general por abuso del derecho:

Los daños causados por el abuso del derecho configuran responsabilidad aquiliana. La ilicitud del abuso del derecho supera la idea de que quien usa su derecho a nadie lesiona, pues en el ejercicio abusivo (que en el fondo ya no es ejercicio del derecho, pues se actúa fuera de sus límites) puede surgir para otro un daño injusto resarcible.

Abuso y responsabilidad

Doctrina francesa de principios de siglo:

"Los derechos individuales no existen sin límites. Si una persona actúa dentro de los límites de su derecho, ella no comete falta y no puede ser declarada responsable de los daños que pueda causar a los demás. En esta medida es correcto decir con los jurisconsultos romanos: *neminem laedit qui suo jure utitur.* Pero si el titular de un derecho sobrepasa los límites en los cuales ese derecho se encuentra circunscrito; él actúa, en realidad, sin derecho, él comete un acto ilícito y debe reparar los daños ocasionados por su culpa".[56]

"...los tribunales declaran al propietario *responsable* de los daños que haya causado a otros por el uso abusivo o el ejercicio malicioso de su derecho de propiedad. esta es una aplicación del principio general de la teoría del abuso de los derechos... con base en el artículo 1382 del Código francés. Entre las sentencias más recientes (en 1919) citaremos Toulouse, 12 dec. 1907, S. 10. 2, 38; CAS. 14 fev. 1910, D. 10, 1, 136".[57]

Abuso y responsabilidad

Doctrina francesa contemporánea:

"La construcción judicial permite ubicar la teoría del abuso del derecho en el orden de la responsabilidad delictual".[58]

En particular en relación con vecinos:

Responsabilidad

"Aquel que causa a sus vecinos un perjuicio que exceda de la medida de las obligacio-

54. VALIENTE NOAILLLES, p. 290.

55. CORNÚ, p. 383.

56. BAUDRY LACANTINERIE, p. 372.

57. BAUDRY-LACANTINERIE, p. 653 y 654.

58. CORNÚ, p. 388.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nes ordinarias de vecindad, comete una falta que le hace responsable y debe ser condenado a pagar daños y perjuicios".[59]

Las obligaciones de vecindad y responsabilidad civil

"El art. 1370 pfo. 3º alude a determinadas obligaciones personales entre vecinos, constitutivas de los deberes de buena vecindad impregnados de sentido moral. Hay dos tipos de deberes que llaman la atención a causa de su carácter genérico: un vecino no debe tratar de perjudicar a otro; tampoco debe crearle dificultades insoportables. La jurisprudencia presupone tales deberes y reconduce su sanción al campo de la responsabilidad civil".[60]

VII. LEGISLACIÓN

Código Civil

Art. 310. Amenaza a los derechos del prop., p. 79.

Art. 403. Arboles. Plantación, p. 48.

Art. 22. Abuso del derecho (reforma: Ley 7020 de 6 de enero de 1986).

VIII. JURISPRUDENCIA

1888 a 1970:

Fue revisado el índice de jurisprudencia de Derechos Reales elaborado por el Magistrado Juan Luis Arias. Este índice cubre la jurisprudencia desde 1888 a 1970. De ahí se obtuvieron algunas citas con base en las cuales se acudió luego a los tomos de Jurisprudencia de las Sala de Casación.

1950 a 1975:

Fue revisado el índice de Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación publicado por el Instituto de Derecho Privado, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976, que comprende el período 1950-1975.

1973 a hoy:

Revistas Judiciales y los Boletines Informativos de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se cubre la jurisprudencia de los años 70 al presente.

No fue encontrada propiamente jurisprudencia (en el sentido de principios que resultan de la reiteración de fallos) específica sobre plantaciones, pero sí algunas sobre abuso del derecho de propiedad y sobre la responsabilidad civil consiguiente, además de una importante sentencia del licenciado Édgar Cervantes Villalta, que se transcribe en parte.

De estas sentencias conviene recordar, fundamentalmente, las siguientes:

SALA *DE CASACIÓN. Sentencia de 8,45 h de 30 de junio de 1938,* relativa a muertes por un alambre electrocutado que se había puesto "para defensa contra las incursiones de maleantes"; ahí se usó la doctrina del *abuso* del derecho diciéndose que: "el derecho de defensa de la propiedad no puede extenderse hasta autorizar el uso de medios que de modo general puedan constituir un peligro para la vida de todas las personas aun cuando no intenten

59. COLIN Y CAPITANT, 1923, p 611.

60. CARBONNIER, p. 299.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

efectuar un ataque contra dicha propiedad... los medios de defensa no pueden ser antisociales", (página 1087 de la colección).

SALA DE CASACION. Sentencia de 10,00 h de 9 de abril de 1941: "...el demandado actuó *abusivamente* cuando circundó la propiedad con un alambre eléctrico...".

SALA DE CASACIÓN. Sentencia de 10,15 h de 18 de agosto de 1950, semestre II, página 629: "Las limitaciones que la ley impone al derecho de propiedad como consecuencia de la cercanía o contigüidad de predios de distinto dueño, encuentra su razón de ser en impedir todos aquellos actos que en el ejercicio del dominio pueda llevar a cabo el propietario, ocasionando perjuicios, o simple molestia a su vecino de manera que siendo ese únicamente el móvil...ellas deben interpretarse en sentido restrictivo dando campo al ejercicio de los atributos del dominio en tanto no perjudiquen o causen molestias al vecino".

SALA DE CASACIÓN. Sentencia.Nº 119 de 16,00 h 5 nov. 1954. En ella se dijo: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal de que no haya *exceso* de su parte." Se consideró además que el ejercicio del derecho es lícito si no es *inmoderado* o *desmedido.* "En un caso similar esta Corte hizo una declaratoria en igual sentido que la presente (Sentencia de las 15,20 h de 15 de noviembre de 1951).

TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO PENAL, Nº 191 de 15,30 h de 2 de setiembre de 1982: "Si el imputado, sin tener mayores conocimientos de electricidad urdió un plan para defender su propiedad e imprudentemente electrificó la cerca de su fundo, teniendo como resultado la fatal muerte del ofendido, no existe duda respecto al surgimiento del homicidio culposo y de la autoría responsable del imputado."

Sentencia del Lic. Édgar Cervantes Villalta, Juzgado Quinto Civil, de las 10,00 h de 18 de enero de 1979.

Hay una importante sentencia de primera instancia que, constituye, a mi juicio, el principal desarrollo del tema en nuestro medio; fue dictada por el actual magistrado licenciado Édgar Cervantes Villalta, cuando era Juez Quinto Civil. Por su relevancia se encuentra transcrita íntegramente en el texto de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

De dicho fallo transcribo algunos conceptos, que podrían ser de utilidad:

En la demanda se pidió:

Petitoria

1. "...que la demandada está obligada a quitar y sustituir los setos de bambú para evitar seguir causando daños a su propiedad, colindante con la de ella;

2. que igualmente está obligada a derribar el árbol existente a distancia menor de su propiedad, de la permitida por la Ley;

3. que debe pagarlo los daños y perjuicios, que estima en mil colones; y

4. que debe pagarle ambas costas del juicio."

La demanda fue cont*estada negativamente*, alegándose imposición de "servidumbre por el antiguo común propietario".

En los *considerandos* del fallo se da la razón a las tesis expuestas en este estudio; transcribo textualmente:

"...en Francia lo que es una limitación a la propiedad por relaciones de vecindad, se puede constituir en servidumbre por destino del padre de familia o por prescripción, porque existe disposición expresa en la ley, *lo cual no ocurre en Costa Rica.*

El Código Civil de Italia sigue más o menos la misma orientación...

En el Código Civil de Costa Rica no existe disposición expresa que establezca la posibilidad de que una limitación a la propiedad por relaciones de vecindad, de la naturaleza de la que aquí se trata, se pueda constituir por prescripción, siendo de observar, además que a los bienes o derechos reales se refiere el Libro II del Código, el que trata de las servidumbres en el Título IV, mientras que es en título separado, en el V, propiamente en el que trata de las

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cargas o limitaciones de la propiedad impuestas por la Ley, en las que se comprenden las limitaciones por razón de vecindad...".

La sentencia cita razones expresadas en otro fallo por el señor juez licenciado Édgar Cordero, en las que se revela un sentido progresivo de la interpretación del Derecho, que busca más los principios que la letra de la Ley:

"Los derechos de propiedad que recaen sobre los fundos vecinos deben hacerse concesiones recíprocas en obsequio de las buenas relaciones de vecindad y en aras del e*jercicio sin abuso del dominio*...

La prohibición del artículo 403 del Código Civil, no se constriñe al mero hecho de plantar o sembrar árboles o arbustos a menores distancias de las preceptuadas... Tal prohibición es de efectos mucho más amplios y trascendentes.

Se trata, como se dijo antes, de una limitación al dominio sobre inmuebles, que tiene su fundamento en la necesidad de impedir los daños que con un e*jercicio abusivo de su derecho* pueda causar el dueño de un predio al propietario del vecino. De manera que en este orden de ideas la prohibición se extiende al hecho de mantener árboles ya desarrollados, a distancias menores de las prescritas por la Ley, con daño al predio vecino. Y en la prohibición misma está implícito el derecho del propietario del fundo afectado a obtener el derribo de la plantación causante de los daños. de manera que la demanda... tiene pleno sustento jurídico en el precepto 403 del Código Civil."

Sigue diciendo el fallo del licenciado Cervantes Villalta:

"...el eventual no uso del poder atribuido por las normas que imponen al vecino limitaciones de su derecho, no implican una y en ningún caso prescripción de ese poder en daño del propietario al que corresponde; el mismo es una facultad... y la propiedad, como se verá, no se pierde por el no uso... entre las servidumbres que se citan como ejemplo de las que pueden adquirirse por usucapión no está la de plantar árboles a distancia menor que la legal."

Aclaro que esta sentencia fue revocada en segunda instancia "porque se demostró la existencia de un convenio, pero tanto la mayoría como el voto de minoría elogiaron la sentencia del juez Cervantes". (Así en Antología de Derechos Reales, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p. 305).

IX. CONCLUSIONES

Los resultados de la anterior investigación doctrinaria y jurisprudencial pueden resumirse en las siguientes conclusiones:

1. Todo derecho es un poder jurídico concedido dentro de límites.

2. "No daña a nadie quien usa de su derecho", dentro de sus límites.

3. El ejercicio de un derecho termina cuando el derecho desaparece y desaparece cuando se abusa de él.

4. El derecho de propiedad como todo derecho está admitido en el ordenamiento jurídico como poder sujeto a límites.

5. Tales limitaciones crean deberes que circunscriben el contenido del derecho de propiedad.

6. Si bien una parte de la doctrina ha venido calificando, bajo la influencia del derogado Código Civil Italiano, de "*servidumbres negativas*", la verdad es que hoy la mayor parte sostiene que *no se trata de servidumbres*.

7. Es sobre todo, en lo que concierne a las relaciones entre propietarios vecinos que los tribunales han aplicado frecuentemente la doctrina del abuso del derecho.

8. Obligación de vecindad universalmente reconocida es la de no plantar árboles a ciertas distancias del fundo vecino, pues los árboles colocados cerca de la propiedad vecina pueden originar molestias y causar daños.

9. No es permitido plantar árboles cerca de la heredad ajena a menos distancia de cinco metros de la línea divisoria, ni arbustos o árbo-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

les pequeños a menos de dos metros (art 403).

10. Cuando no se respeten las distancias indicadas, el vecino **puede** pedir la extirpación de los árboles.

11. La prohibición de plantar árboles a menos de cinco metros de la línea divisoria no importa una servidumbre negativa de no plantar, en cuyo caso la acción para hacerla cumplir prescribiría, por el no uso, a los diez años de efectuarse la plantación.

12. Aquel que causa a sus vecinos un perjuicio que exceda de la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad que aquel ha de soportar, abusa de su derecho y comete una falta que le hace responsable por lo que debe ser condenado a pagar daños y perjuicios.

X. BIBLIOGRAFÍA

BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Droit Civil I y II,* Recueil Sirey, París, 1919.

BONNECASE, Julien, E*lementos de Derecho Civil,* Editorial José María Cajica Jr., 1945.

BORREL MACIA, Antonio, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual,* Bosch Ed., Barcelona, 1956.

BORREL Y SOLER, Antonio, *El dominio según el Código Civil español,* Bosch Ed., Barcelona, 1948.

BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de los Bienes,* Tipografía Nacional, San José, 1906.

BRUGI, Biagio, I*nstituciones de Derecho Civil,* Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, México, 1946

CAPITANT, Henri, L*es grands arrêts de la jurisprudence civile,* 8 edition, Dalloz, París, 1984.

CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil,* tomo II, vol. I, Bosch Ed., Barcelona, 1963.

CERMEÑO T., Gelasio, L*as limitaciones a la propiedad en el Derecho Romano y su desarrollo en el moderno,* (ps. 119 y ss).

Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, Centro de Jurisprudencia Año I, Nº 1, junio de 1970.

COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil,* tomo II, vol. II, Editorial Reus, S.A. edición 1923.

COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil,* tomo II, vol. II, Editorial Reus, S.A. edición 1961.

CORNÚ, Gérard, *Droit Civil,* I, Editions Montchrestien, París, 1980.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad,* Conferencua Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad de España, 2 de marzo de 1973, Madrid, 1973.

JOSSERAND, *Derecho Civil,* Bosch, Elía Editore, 1952, tomo III, cit. por SERRANO PINTO, Germán, *En torno a luces y vistas,* tesis.

MAZEAUD, *Derecho Civil,* Ediciones Ejea, 1960, parte II, tomo IV. Citado por SERRANO PINTO, Germán, *En torno a luces y vistas,* tesis.

MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale,* Giuffrè Ed., Milano, 1965.

PUGLIATTI, Salvatore, *Responsabilitá Civile,* Giuffrè Ed., Milano, 1968 ver cita 7 de resp. extr. en D. Privado.

RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo,* tomo I, Editorial Aguilar, 1961.

RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil,* I, Reus, Madrid, (traducción de la 4ª edición italiana, la 1ª edición es de 1915).

SERRANO PINTO, Germán, *En torno a luces y vistas,* tesis, Universidad de Costa Rica, 1965.

TAFUR, Francisco, *El abuso de los derechos reales,* Revista del Colegio de Abogados, Año I, Nº 2, San José, julio de 1945.

TAMAYO, Alberto, *El derecho real de servidumbre,* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

VALIENTE NOAILLLES, Luis M., *Derechos Reales,* Depalma Editor, Buenos Aires, 1958.

VALVERDE KOPPER, Mercedes, *Apuntes sobre la evolución del concepto de propiedad,* tesis, Facultad de Derecho, 1963.

* * *