Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XVIII — Núm. 58 — Diciembre, 1993

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

La Revista Judicial, al llegar a su número 58, ofrece estudios en materia de Derecho Comunitario, Derecho del Consumo (o del consumidor), Criminología, Historia del Poder Judicial, Derecho Procesal Penal, Derecho de Menores, Derecho Parlamentario e Informática.

Nos honra, sin lugar a dudas, en primer término, la participación de la ilustre jurista argentina, **Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci,** quien recientemente visitó nuestro país, dejando muchas inquietudes y valiosas enseñanzas y ejemplo, con su trabajo titulado **"Libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario. La Comunidad Económica Europea y otras comunidades internacionales",** donde afronta el tema de la integración económica dentro de una comunidad supraestatal, con particular referencia a la Comunidad Económica Europea y al MERCOSUR, que tuvo su origen en el Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991 (con la participación de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Nos explica que el Derecho Comunitario tiene dos tipos de fuentes: Primarias (o convencionales tratados, protocolos, de efecto directo) y Secundarias (que resultan de diferentes actos jurídicos, tales como los Reglamentos —generales—, Decisiones —sobre casos particulares—, Recomendaciones y Dictámenes —que no son vinculantes— y Directivas —obligatorias en cuanto al resultado—). La Dra. Kemelmajer afirma que hay dos aspectos que son necesarios para el éxito del Derecho Comunitario: la armonización de las leyes en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración y, en segundo lugar, la aplicabilidad inmediata y directa de sus normas; de ahí la necesidad de un ordenamiento con jerarquía superior a los ordenamientos nacionales, en los sectores respectivos. También nos recuerda la discusión sobre el costo jurídico de la integración, para pasar luego a reseñar los pasos decisivos en materia de circulación de capitales. También nos habla de los órganos de aplicación de este Derecho Comunitario que, en la Comunidad Europea son el Consejo de Ministros, la Comisión, el Parlamento y el Sistema Jurisdiccional.

Seguidamente, la autora se refiere a las libertades necesarias para la inte-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gración económica y la progresividad de las medidas y otros temas como la superación de las diferencias entre los regímenes fiscales, los problemas de blanqueo de capitales, la importancia de una relación de cambios estable entre las monedas y los problemas de las diferencias entre las tasas de interés. Nos habla seguidamente de la dependencia en relación con otras libertades, en las que entra, fundamentalmente, el principio de no discriminación (por razones de nacionalidad o residencia), la libertad de establecimiento (libre radicación), la liberalización de los pagos y la libre circulación de capitales, donde comenta la aplicación inmediata de las normas comunitarias respectivas y nos da cuenta de su evolución jurisprudencial. Analiza entonces algunos fallos que ejemplifican algunas ideas básicas como la del espacio libre de legislación interna. Comenta finalmente la incidencia de la regulación del crédito hipotecario y las dificultades para la puesta en vigencia de la propuesta de 1987 tendiente, por un lado, a la protección de los consumidores a través de la vigilancia sobre el establecimiento de crédito y, por otro, al reconocimiento de la libre práctica del crédito hipotecario en la Europa comunitaria tratándose de créditos hipotecarios y préstamos para la vivienda. Nos refiere también lo que se ha hecho en Argentina en favor de la libre circulación de capitales (normativa sobre las inversiones extranjeras, leyes de control de cambio y ley de obligaciones negociables). Entre sus valiosas conclusiones merece destacarse que "la libre circulación de capitales no es un fin en sí misma, sino un instrumento para hacer efectiva la libre competencia y la protección de los consumidores.

"Megacriminalidad ecológica y el derecho ambiental simbólico" es el importante tema que trata el profesor **Dr. Paul Wolf,** de la Universidad de Frankfurt, en el que plantea el argumento de la "agonía ecológica y de su potencialidad apocalíptica". Su planteamiento pone, realmente, bajo sospecha ideológica al Derecho Ambiental. El profesor Wolf considera que la criminalidad tradicional margina y descuida todas las formas macrodimensionales de criminalidad, que son características de las irregularidades cometidas en los sectores de la política, el Estado, la Economía y las relaciones internacionales; por eso habla de la estrechez de miras y de la insuficiencia de la doctrina tradicional penal, afirmando más bien la existencia de una dimensión transpersonal, colectiva y sistemática del crimen. Del Derecho Ambiental asevera que hay divergencias entre "intencionalidad" y "realidad". Surgen entonces inevitablemente, frente a la doctrina penal tradicional, las sospechas de su complicidad con la destrucción de los valores colectivos que, en otras áreas del Derecho, han justificado la existencia de acciones "de clase" o "de grupo" a cargo de entidades representativas de esos intereses comunes (como los del consumidor, o los relativos al ambiente). El autor, frente a esa realidad, genera conjeturas e hipótesis, cuestiona las apariencias y toma conciencia de que han sido creadas falsas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

expectativas. Nos narra un caso concreto: el de los lobos marinos y la reducción drástica de su población como consecuencia de residuos tóxicos; critica una sentencia que negó tal protección diciendo que los lobos marinos no son sujetos de Derecho y que no pueden ser, en consecuencia, representados por ninguna organización o asociación ecológica que pretenda tener la representación de intereses colectivos. La triste conclusión del autor es que con estas actitudes los propios juristas terminan por proteger a los responsables de las tragedias ecológicas. Llega a hablar de una "ecocriminalidad" legalizada y de la irresponsabilidad como sistema, en el que entran en juego la publicidad "justificante", los peritajes pseudocientíficos de expertos, las correcciones administrativas de valores límites de contaminación ambiental y los procedimientos judiciales simbólicos; el resultado: la inefectividad de la protección jurídica del ambiente. Después de ofrecernos varios ejemplos habla de la inadecuación de las tipificaciones legales y de la falta de medios para hacer efectivo el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado. Considera que el Derecho podría ser más bien un instrumento para garantizar la convivencia pacífica entre la humanidad y la naturaleza, como instrumentación de la "eticidad ecológica", la que, lamentablemente, por ahora sólo opera simbólicamente, cuando se trata de la decisiva y efectiva protección, conservación y preservación del medio ambiente y de la intervención en los procesos de "ecodestructividad megalodimensional".

El **Lic. Wílbert Arroyo A.** colabora con su estudio, **"El Poder Judicial de Costa Rica. Trayectoria de derecho, paz y justicia".** El profesor Arroyo nos ubica en los inicios de la conformación histórica de nuestra identidad independiente, donde observamos, desde la primera Carta Política, la estructuración del Poder Judicial. Nos da cuenta del contenido de diversas fuentes como el Pacto de Concordia, los Decretos de 24 de setiembre de 1824, de 25 de enero de 1826 y de 5 de diciembre de 1826, la Ley de Bases y Garantías, la Constitución Federal de 1844, la Ley Orgánica de 18 de febrero de 1852, hasta la Constitución vigente de 7 de noviembre de 1949. El autor se refiere al papel del sistema judicial dentro de la historia costarricense, sus cambios, sus diversas reformas impulsadas desde dentro del propio Poder, como la creación del cargo de actuario judicial, la Oficina de Defensores Públicos, el Organismo de Investigación Judicial, el Digesto, la Escuela Judicial, la Jurisdicción Agraria, la Jurisdicción Constitucional y otras recientes reformas. Nos habla de una verdadera actitud progresiva del Poder Judicial. El trabajo contiene interesantes y valiosas reflexiones sobre la misión del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional y su rol en la solución de conflictos en la sociedad.

El **Dr. Daniel Gadea Nieto,** profesor de la Universidad de Costa Rica, nos brinda **"El testimonio dentro del proceso penal costarricense y la competencia de las personas para declarar"** trabajo donde analiza los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

principales aspectos conceptuales sobre el testimonio. El autor se plantea la relevancia de la memoria en relación con el testimonio y se refiere a la forma como son interrogadas las personas. Comenta el papel del testimonio en la historia y en la actualidad. El rol destacado del testigo en materia penal es otro de los aspectos tratados, así como las inseguridades de este tipo de prueba. Hace notar las diferencias con la materia civil, donde sostiene que se da prioridad a la prueba documental y donde hay limitaciones para su admisibilidad en casos en que se exige forma documental "ad probationem". Comenta el principio de inmediación en lo penal y las reglas que existen en Costa Rica para hacer comparecer a los testigos, lo mismo que los límites de la obligación de declarar. Comenta el desarrollo de la prueba testimonial dentro del proceso desde la escogencia de los testigos y su proposición y aceptación. Estudia, además, las etapas en la declaración testimonial: identificación del testigo, relato espontáneo e interrogatorio propiamente dicho. Trata también el aspecto psicológico del testimonio en sus aspectos subjetivo (relativo a la capacidad psicológica) y objetivo (relativo a la propiedad del objeto de ser testificable). Hace un estudio analítico de las variables sinceridad y veracidad y de las divergencias por diferencias perceptivas. Nos habla de la llamada integración, que es la forma en que el testigo complementa su percepción con su propia historia personal, por ejemplo exagerando. Nos habla también de la influencia del tiempo y de la primera declaración. Finalmente se refiere a la competencia de las personas para declarar y a la complejidad de factores en juego. En particular trata el tema de la memoria y su relación con la realidad y la influencia de los procesos de sugestión y fantasía. Destaca la importancia de que el interrogatorio puede producir alteraciones sustanciales, según el tipo de pregunta que se use (abierta o cerrada). En sus conclusiones insiste en la importancia de considerar al testigo como persona.

Dentro de la novedosa materia del llamado Derecho del Consumidor o Derecho del Consumo que, para muchos ha roto la teoría tradicional del contrato, aparece un notable e importante estudio del licenciado **José María Zonta Arias,** titulado **"Relevancia negocial de la publicidad",** el cual fue realizado en los estudios de posgrado del autor en Sevilla, España y resulta muy oportuno en momentos en que se gesta en nuestro país una Ley de Libre Competencia y Protección Efectiva del Consumidor. El autor afronta el tema de la eficacia negocial de las declaraciones publicitarias, destacando la insuficiencia del voluntarismo y poniendo al consumidor como protagonista. Se refiere a la materia de la integración contractual en relación con las lagunas que deben cubrirse a posteriori, haciendo las diferencias con la interpretación y con la calificación del tipo contractual. Comenta la función del juez, el cual tiene, a su juicio, algunas facultades, bajo ciertas limitaciones. Considera que la publicidad engañosa no solamente afecta la libre competencia (como se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

había visto tradicionalmente) sino, principalmente, al consumidor, como persona. Realiza informativos comentarios sobre la Ley (española) General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, pronunciándose contra las visiones economicistas que idolatran "la diafanidad del mercado". Establece algunas distinciones entre publicidad y propaganda, afirmando el principio de veracidad. La segunda parte del trabajo se dedica preferentemente a la integración publicitaria del contrato que consiste en vincular al régimen negocial todo lo que el anunciante exprese en la promoción de sus productos, dotando de eficacia jurídica a la publicidad, de modo que el destinatario pueda exigir lo prometido; de este modo, la publicidad no es solamente un asunto de competencia interempresarial. Destaca el perfil normativo de la relevancia negocial de la publicidad y su perfil jurisprudencial. En sus conclusiones habla de la posibilidad de extender estas observaciones a la responsabilidad del fabricante. El autor nos muestra así, cómo España se encuentra a la vanguardia en Europa en materia de protección al consumidor.

El **Lic. Mario Enrique Gómez Somarribas** colabora en esta ocasión con **"Algunas consideraciones sobre la facultad de abstención del menor prevenido"**, donde comenta el artículo 227 del Código Penal, relativo a la facultad de abstención, lo mismo que su fundamento constitucional. Plantea la cuestión de si realmente la Ley Tutelar de Menores no es más bien una ley penal, considerando que el menor en peligro social es aquel que "debe haber realizado una conducta considerada como delictiva y que sea típica de acuerdo con la normativa penal existente". Observa que el propio Código Penal ve la Ley Tutelar como el vehículo jurídico para juzgar a los menores delincuentes, lo que responde a una línea de política criminal. Considera que las medidas tutelares, analizadas desde la teoría de la sanción son verdaderas penas. Su criterio es que el menor prevenido puede hacer uso del derecho de abstención ya que a la jurisdicción tutelar de menores son aplicables las disposiciones del Código Procesal Penal. Finalmente, afirma la necesidad de respetar los derechos del menor.

"Efectos de la resolución por incumplimiento en los contratos bancarios de ejecución sucesiva", es el aporte que nos envían los licenciados **Gino Capella Molina, Juan Ramón Coronado Huertas, José Ramón Chavarría Saxe** y **Magda Esther Díaz Bolaños.** El artículo comenta la obligatoriedad de los pactos y ve el incumplimiento contractual desde una perspectiva real objetiva, como la insatisfacción de los intereses contractuales que, como tal, es contraria a los valores del Ordenamiento. Se estudian aquí los efectos del incumplimiento y se ve la resolución contractual como una afectación de la programación de intereses con remedios a favor del contratante que no ha incumplido. Finalmente se tratan otros aspectos como la ejecución forzosa y el pago de daños y perjuicios, haciéndose la distinción entre los con-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tratos de ejecución continuada y los de ejecución sucesiva.

Los licenciados **Francisco Calvo Domingo** y **Roma Vargas Cavallini** participan con **"Términos de vigencia de los transitorios en nuestra legislación"**. Después de analizar el concepto de transitorio, los autores expresan que su finalidad es adecuar la nueva normativa que entra en vigencia a las situaciones jurídicas consolidadas que afectan su aplicación dándoseles un tratamiento especial. Se analiza aquí la vigencia, el rango y su ubicación. En su definición conjugan diversos caracteres relativos a la vigencia y al fin. Seguidamente, clasifican los transitorios en cerrados (con una fecha expresa de vigencia impuesta por el propio legislador) y abiertos (sin término o con un requisito de eficacia, como una "condición suspensiva").

En la **Sección La Ciencia al Servicio de la Justicia,** aparecen dos importantes contribuciones: del **Lic. Rafael A. Brenes Valenciano "Evolución histórica de la huella dactilar como medio de prueba indiciaria en Costa Rica"** y del **Dr. Fernando Garzona Meseguer, "La base de datos. Auxiliar importante en clínica forense".**

El primero de estos trabajos se refiere al proceso de identificación de los delincuentes y a los problemas que ha habido por falta de preparación del personal técnico. Comenta los diversos sistemas de identificación dactilar que han sido utilizados en Costa Rica, como el Vucetich y el Henry y la actual falta de recursos económicos. Nos comenta que el Organismo de Investigación Judicial tiene clasificadas alrededor de cien mil fichas y destaca sus logros y credibilidad, la capacitación y la experiencia de sus técnicos. También nos ofrece jurisprudencia en relación con el tema, relativa a casos de utilización de los dictámenes dactiloscópicos como fundamento de las resoluciones. En sus conclusiones resalta la necesidad de modernización y agilización mediante la superación del sistema manual.

El segundo trabajo habla de la importancia de los datos, al estudiarse un paciente en clínica forense y plantea la necesidad de estandarización de la información, su codificación y archivo sistemático. El trabajo se refiere en particular a las características de Cartago y de su población conservadora, a juicio del autor. Posteriormente, expone el método utilizado y sus objetivos utilizando cuadros. En sus conclusiones recalca la necesidad de personal para afrontar la tarea.

Como siempre, ofrecemos las secciones: **Información Normativa, Pronunciamientos Especialmente Relevantes** y **Jurisprudencia.**

Dr. Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS

Libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario. La Comunidad Económica Europea y otras comunidades internacionales 13
Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci

Megacriminalidad ecológica y el derecho ambiental simbólico 33
Dr. Paul Wolf

El Poder Judicial de Costa Rica. Trayectoria de derecho, paz y justicia 45
Lic. Wílbert Arroyo A.

El testimonio dentro del proceso penal costarricense y la competencia de las personas para declarar 55
Dr. Daniel Gadea N.

Relevancia negocial de la publicidad 71
Lic. José María Zonta Arias

Algunas consideraciones sobre la facultad del menor prevenido 95
Lic. Mario E. Gómez Somarribas

Efectos de la resolución por incumplimiento en los contratos bancarios de ejecución sucesiva 99
Lic. Gino Capella Molina
Lic. Juan Ramón Coronado Huertas
Lic. José Ramón Chavarría Saxe
Licda. Magda Esther Díaz Bolaños

Término de vigencia de los transitorios de nuestra legislación 107
Lic. Francisco Calvo Domingo
Licda. Roma Vargas Cavallini

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA
Coordinador: Dr. Eduardo Vargas Alvarado
Evolución histórica de la huella dactilar como medio de prueba indiciaria en Costa Rica 111
Lic. Rafael E. Brenes Valenciano

La base de datos: auxiliar importante en clínica forense 117
Dr. Fernando Garzona Meseguer

SECCIÓN III: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES Y JURISPRUDENCIA. 125
Licda.Cecilia Sánchez
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES Y SU INCIDENCIA EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO. LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y OTRAS COMUNIDADES INTERNACIONALES

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

I. EL PUNTO DE PARTIDA

1. Un hecho necesario.

Los políticos de América Latina comienzan a pensar seriamente en la necesidad de la integración económica de nuestros países dentro de una comunidad supraestatal. Esta integración puede contar o no con adhesiones, tener o no valladares constitucionales[1] pero es un hecho existente, configurativo de un camino sin retornos.[2]

Existe una pluralidad de comunidades europeas: La CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), la CEE (Comunidad Económica Europea) y la EURATOM (Comunidad Económica de la Energía Atómica), pero muchísimos elementos unificadores existen entre ellas. Así por ejemplo, la Corte de Justicia y el Parlamento o Asamblea son comunes a las tres comunidades; tienen un solo presupuesto de gastos, etc.[3]

En esta ocasión me referiré sólo a la Comunidad Económica Europea y a la influencia que este modelo puede tener en el Mercosur.

El Mercosur tuvo origen en la suscripción del Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991, entre las repúblicas de Argentina, Federativa del Brasil, Paraguay y Oriental del Uruguay. Nuestro país ratificó el convenio por Ley Nº 23.981 y Uruguay lo aprobó por ley que el PE promulgó con el Nº 16.196 del 22/7/1991, haciendo el pertinente depósito en el Minis-

1. Sobre el particular puede compulsarse BIDART CAMPOS, Germán, *La posible integración de Argentina en una comunidad supraestatal a la luz de nuestra Constitución*, ED 38-1019; RAMELLA, Pablo, *Aspectos constitucionales de la integración*, LL 136-1529; SAGUÉS, Néstor P., *La Constitución argentina ante la integración latinoamericana*, ED 62-763; del mismo autor, *La cuestión federal en la integración latinoamericana*, ED 29-903; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Mercado Común del Sur; problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación*, ED boletín del 28/11/1991; GAMBIER, Beltrán, *El federalismo argentino frente al Mercosur*, ED boletín del 4/3/1992; BARRA, Rodolfo, *El rol de la justicia en el proceso de integración*, LL boletín del 1/4/1992.

2. Esta es la razón por la cual omito citar la bibliografía nacional, anterior a la suscripción del Tratado de Asunción.

3. Ver GAUTRON, Jean C., *Droit Européen*, Paris, Dalloz, 1991, pág. 61 y ss.; MARCHESINI, Gualtiero Martín, *La supranacionalidad en la integración latinoamericana*, LL 1988-A-929.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

terio de Relaciones Exteriores del Paraguay el 1/8/1991.[4]

2. El derecho comunitario; sus normas y órganos.

Jurídicamente, este tipo de organizaciones da nacimiento a un verdadero *derecho comunitario.*

Si se me permite, haré una breve síntesis de las principales formas en que este derecho se expresa y de los órganos en los que tiene nacimiento y/o es interpretado o ejecutado en la CEE.

Los autores europeos distinguen fuentes *primarias* y *secundarias.*

El derecho *primario,* llamado también *convencional* está integrado por los tratados fundacionales, sus apéndices y protocolos y también por los tratados firmados por los Estados miembros para su modificación. Este derecho comunitario primario es de *efecto directo* en los países miembros; es decir, la incorporación jurídica de las normas comunitarias en las nacionales no resulta necesaria. Consecuentemente, toda vez que la norma es clara y no depende de condición alguna, este derecho opera directa y prioritariamente en la legislación interna.

El derecho *secundario* o *derivado* está integrado por los diferentes **actos jurídicos** emanados de los órganos comunitarios en ejercicio de sus poderes legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Entre estos actos se encuentran los **reglamentos, las decisiones, las recomendaciones, los dictámenes y las directivas.**

El **reglamento** tiene alcance general, es obligatorio y directamente aplicable.

Las **decisiones** se ocupan de regular los casos particulares. Se dirigen tanto a los Estados miembros como a las personas naturales o físicas (por ej., un empresario); operan sólo en la medida en que crean derechos y obligaciones. Tiene, lo que se llama, efecto útil.

Las **recomendaciones** y los **dictámenes** no son vinculantes. Sin embargo, gozan de efectos jurídicos. Esto se explica con arreglo al principio de "protección de confianza", según el cual, a la comunidad no le está permitido a posteriori y sin más, revocar su propio punto de vista jurídico.

"Las **directivas** son obligatorias para todo aquel Estado miembro al cual ésta se dirige en cuanto al resultado que deba conseguirse. La elección de la forma y de los medios queda reservada, sin embargo, a las autoridades nacionales (art. 189, inc. 3) del Tratado de Roma). Las directivas establecen un procedimiento dividido en dos etapas: En primer lugar, deben votarse directivas sólo obligatorias para los Estados miembros. En segundo lugar, y a fin de hacer efectiva dicha obligación, los Estados deben dictar —de conformidad con lo dispuesto por sus leyes constitucionales— leyes o reglamentos, de suerte que el derecho nacional termine por ajustarse a las disposiciones de la directiva. Por medio de esta concretización del contenido de las directivas éstas se tornan aplicables tanto respecto de la autoridad administrativa y de la justicia cuanto respecto de los individuos. Sin embargo, las directivas no engendran, en principio, ningún efecto jurídico con respecto a los individuos. La principal esfera de aplicación de las directivas es, en verdad, la de la armonización jurídica. En esta perspectiva, las disposiciones jurídicas de los Estados nacionales tienen la obligación de con-

---

4. Ver GROS ESPIELL, Héctor, *El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea,* ED 144-913. Los autores argentinos comienzan a dar muestras de su preocupación y son varios los artículos que comentan las disposiciones del tratado. Ver, entre otros, ALBANESE, Susana, *El tratado de Asunción: hacia la Constitución de "Mercosur",* LL 1991-E-974; ARCAGNI, José C., *Mercosur: el Mercado Común del Cono Sur del Continente Americano (realidades y perspectivas),* LL 1991-E-1420; HUTCHINSON, Tomás, *El Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Una aspiración concreta: la integración continental; un objetivo prioritario; la integración regional,* LL 1991-D-811; SALERNO, Marcelo, *Treinta años de integración latinoamericana: perspectiva jurídica y empresaria,* LL 1991-D-1104; DASSO, Ariel Gustavo, *Mercosur. Problemática jurídica,* LL 1991-E-1241; NEGRE DE ALONSO, Liliana, *El Decreto 2284/91. La eliminación de las restricciones a la habilitación profesional. ¿Un paso ineludible al cumplimiento del proceso de integración en el Mercosur,* LL 1991-E-1267. RODRÍGUEZ PONTE, José, *La problemática laboral y el Mercosur,* DT LII-A (1992), pág. 413 y otros autores citados a lo largo de esta exposición.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cordar —dentro de un plazo previsto por sus respectivos ordenamientos— con lo prescrito en una directiva. Al contrario de lo que ocurre con los reglamentos y las decisiones, de la lectura del artículo 189, inciso 3), del Tratado de Roma no puede desprenderse que la directiva sea directamente aplicable. En rigor, el propósito originario del legislador comunitario preveía que el contenido de la directiva sólo fuera directamente aplicable por medio de la respectiva ley reglamentaria. Sin embargo, en las decisiones de la década del 70 y del 80, el Tribunal de Justicia de la CEE admitió el principio del efecto directo..." "Con todo, el efecto directo de las directivas sólo puede producirse cuando el plazo para el dictado de la respectiva ley reglamentaria ha vencido y cuando las prescripciones son incondicionales y suficientemente precisas".[5]

Aparece entonces un derecho comunitario que convive con las legislaciones internas.

Si se ambiciona el buen éxito del derecho comunitario y el cumplimiento de sus fines serán imprescindibles dos elementos:

a) La *armonización de las leyes*, presupuesto casi ineludible para la integración.[6] Bien se ha dicho que es imposible dejar a los Estados miembros una total libertad legislativa y reglamentaria; esta armonización debe tender a hacer efectivos los fines comunitarios: eliminar las discriminaciones, suprimir los obstáculos jurídicos a la actividad económica, poner a disposición de los operadores de la economía instrumentos equivalentes o comunes, etc.[7] Por eso dispone el artículo 1 del Tratado de Asunción que el Mercado Común implica "el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

b) La *aplicabilidad inmediata y directa* de la mayoría de las normas del derecho comunitario. Ha dicho un autor nacional: "Para que esto no suceda —se refiere a las experiencias anteriores de integración latinoamericana que quedaron en las buenas intenciones— es urgente e imprescindible suplir una carencia de la que adolecen todos los tratados y documentos firmados hasta el momento: la aplicabilidad inmediata y directa a los ciudadanos de los Estados firmantes, de las normas derivadas del tratado marco, ya que sin ella no hay transferencia de las decisiones al órgano supranacional y esto impide la generación de un verdadero derecho comunitario; sin la generación de un sistema jurídico comunitario autónomo, de jerarquía superior a la de los distintos sistemas nacionales, no hay integración posible".[8]

Sin embargo, la cuestión no es de fácil solución. En nuestro país, un distinguido constitucionalista ha advertido sobre el "costo jurídico" de la integración; afirma, entre otras cosas, que la Corte Suprema ya no sería Suprema, por cuanto sus decisiones podrían ser revisadas por la Corte Internacional de Justicia; "en resumen, el lector podrá advertir que desde el momento mismo en que una Nación se suma a un proceso integrativo intenso, ese viaje no es gratuito, sino bastante caro y no siempre placentero. Su costo puede comprender la admisión concluyente de la primacía del derecho supranacional sobre el local y de la magistratura supranacional sobre la Argentina. Un precio

---

5. VAR DE AVOORT, Alexander, *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea*, ED 142-981. Conf. en lo sustancial de la clasificación de los actos, pero agregando las **resoluciones**, a las que considera no obligatorias; VON POTOBSKY, Geraldo, *El Mercosur: Antecedentes y experiencias de la problemática social en la integración económica*, DT, t. LII-A, 1992, pág. 214.

6. Ver ETCHEVERRY, Raúl A., *Unificación del Derecho Privado y la integración de Latinoamérica*, ED 108-839.

7. CARTOU, Luis, *Communautés européennes*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 1991, Nº 155.

8. EKMEKDJIAN, Miguel A., *El nuevo tratado del Mercado Común del Cono Sur (Mercosur) y la integración latinoamericana*, LL 1991-C-865. Esta opinión había sido adelantada en su trabajo: *¿Hacia un derecho comunitario latinoamericano? ¿Es viable un mercado común latinoamericano?*, ED 129-886 y en Rev. del Foro, Lima, enero-junio de 1988, pág. 81.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

elevado, sin duda, a pagar tal vez en cuotas, pero quizás inevitable si se admite que hay un bien público internacional superior al bien público local y que el primero está tanto o más interesado que el segundo en la tutela de los derechos personales".[9]

Esa aplicación inmediata y directa ha ocasionado una lenta pero firme evolución jurisprudencial de la Corte de las Comunidades y de los tribunales constitucionales europeos.[10] Se ha llegado a decir que la "paradoja" de las comunidades es la ambición de sus autores de construir un orden jurídico interno por medio de técnicas jurídicas que tienen su base en un tratado internacional.[11]

Posteriormente, reseñaré algunos de los pasos más decisivos, vinculados especialmente a la libre circulación de capitales.

3. Los órganos de aplicación del derecho comunitario.

El derecho comunitario surge de una serie de actos de voluntad emanados de los *órganos* comunitarios.

En la comunidad europea esos órganos son: El **Consejo de Ministros,** la **Comisión,** el **Parlamento Europeo** y el **Tribunal de Justicia.**[12] Además, por decisión del Consejo del 24/10/1988 se creó el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades.[13]

El *Consejo de Ministros* es el principal cuerpo decisorio.

La *Comisión* es la guardiana de los tratados que formaron la Comunidad y es responsable de su desarrollo; por lo tanto, *propone* la política comunitaria y es responsable de su ejecución en el marco del Tratado de Roma. Tiene amplio poder para *tomar la iniciativa* de las disposiciones que ella reclama al Consejo.[14]

El *Parlamento* no es el órgano legislativo por excelencia; simplemente, *aconseja* al Consejo de Ministros sobre las propuestas de la Comisión; por eso se ha dicho que, en el dominio normativo, las competencias de esta Asamblea son muy modestas.[15] Su poder, en cambio, reside en aprobar el presupuesto de la comunidad junto al Consejo de Ministros y en ejercer un control político sobre el Consejo y la Comisión. En este Parlamento existen 15 comités que discuten las propuestas formuladas por la comisión.

El Tribunal de Primera Instancia fue creado teniendo en miras "mejorar la protección

---

9. SAGUÉS, Néstor P., *El caso Birt o los costos jurídicos de la integración*, LL 1990-A-1132 (se refiere a las decisiones que declararon prescritas las acciones civiles de responsabilidad contra el Estado por los arrestos ilegítimos durante el gobierno de facto).

10. Para la cuestión en general ver BARAV, Ami, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, en L'Europe et le Droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, ed. Dalloz, pág. 1 y ss. Y en la misma obra, compúlsese DEBBASCH, Odile, *Les juridictions francaises et les principes généraux du droit international*, pág. 139 y ss.; DUBOUIS, Louis, *Juge francais et le conflict entre norme constitucionnelle et norme européenne*, pág. 205; GREVISSE, Fernand et BONICHOT, Jean Claude, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, pág. 297; LE TALLEC, George, *La Cour de Cassation et le droit communautaire*, pág. 363; MERTENS DE WILMARS, Josse, *Reflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etat membres*, pág. 391; SIMON, Denys, *Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses?*, pág. 481; MENGOZZI, Paolo, *Il giudice nazionale di fronte al diritto comunitario*, en Rev. Contrato e Impresa, Padova, Cedam, 1986, Nº 3, pág. 793.

11. CARTOU, Louis, *ob. cit.*, Nº 124.

12. Ver MORELLO, Augusto M., y OTEIZA, Eduardo, *La sociedad binacional argentino-brasilera y la experiencia de la comunidad económica europea*, JA 1990-IV-820 y ss.; CARBALLO, Elvira, *La comunidad europea hacia 1992*, **Rev. del Colegio de Abogados**, de Buenos Aires, t. 51, Nº 2, 1991, pág. 108; OVSEJEVICH, Luis, *Mercado Común*, Enc. Juríd. Omeba, t. XIX, pág. 599, en especial Nº 31 y ss.; OTEIZA, Eduardo y TESPESTA, Guillermo, *El desafío del mercado único. Su significado en la experiencia de la comunidad económica europea y las perspectivas que ofrece el Mercosur*, JA 1991-IV; ÁLVAREZ TRONGE, Manuel, *La Comunidad Europea, Un primer acercamiento a su ordenamiento jurídico*, LL 1989-C-1340.

13. DA CRUZ VILACA, José L. y PAÍS AUTUNES, Luis Miguel, *Le démarrage d'une nouvelle juridiction communautaire*, en L'Europe et le Droit, *ob. cit.*, pág. 47 y ss.

14. En los últimos tiempos se oyen voces en el sentido de que la Comisión concentra demasiados poderes. Para esta temática y su respuesta, ver DEWOST, Jean Louis, *La commission ou comment s'en débarrasser*, en L'Europe et le Droit, *ob. cit.*, pág. 181.

15. CARTOU, Louis, *ob. cit.*, Nº 79.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

jurisdiccional de los justiciables, sobre todo, para los recursos que necesitan un examen profundo de hechos complejos y para permitir que la Corte de Justicia puede concentrar en actividad en su función esencial, cual es, asegurar una interpretación uniforme del derecho comunitario".[16]

Además, existen órganos *auxiliares,* entre los que se ubica el Tribunal de Cuentas; otro de gran importancia es el **Consejo Económico y Social,** órgano de consulta, tanto del Consejo como de la comisión, en él están representados los diferentes grupos de la vida económica y social de Europa: productores, agricultores, empresas de transporte, artesanos, comerciantes, profesionales liberales.[17]

El Tratado de Asunción, para esta etapa de transitoriedad, sólo ha creado el Consejo del Mercado Común y el *Grupo* del Mercado Común, órganos que, al parecer, resultan insuficientes aún en la etapa preliminar. El protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de 1991, por su parte, prevé un sistema de solución de controversias semejante al que tienen EE.UU. y Canadá.[18] Lo cierto es que, conforme el artículo 18, *antes* del establecimiento del Mercado Común, o sea, antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados partes deben convocar a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones.

II. LAS LIBERTADES NECESARIAS PARA LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

1. Ideas básicas.

El proceso de integración económica tiene por fin último llegar a un mercado *único;* en tal sentido el nuevo artículo 8 A del Tratado de la CEE define al mercado *interior* como el **espacio sin fronteras en el cual la libre circulación de mercaderías, de personas, servicios y capitales está asegurada.**[19]

Pero es evidente que a ese mercado único no se llega de un día para el otro; su instrumentación es difícil dada la gran variedad de problemas.

Sin embargo, algo es obvio: el mercado único reposa sobre el principio general de *la libre circulación,* fundamento mismo de la CEE.[20]

La libre circulación importa cuatro aspectos básicos: la libre circulación de *bienes o mercaderías,* de *personas,* de *servicios* y de *capitales.*

Las libertades instituidas por el tratado son *libertades económicas.* En principio, las actividades no económicas, las personas no activas (en el sentido económico), no son de compe-

16. DA CRUZ VILACA, José L., y otro, *ob. cit.,* pág. 47.

17. ÁLVAREZ TONGE, Manuel, *ob. cit.,* LL 1989-C-1340.

18. Ver informe de HALPERIN, Marcelo, *Los particulares y el Mercosur: el protocolo de Brasilia para la solución de controversias,* La ley, actualidad, 13/2/1992.

19. DRUESNE, Gérard, *L'achèvement du marché intérieur européen et l'exercise des activité professionnelles indépendantes,* en L'Europe et le Droit, *ob. cit.,* pág. 193.

20. CARTOU, Louis, *ob. cit.,* Nº 291.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tencia comunitaria. Sin embargo, en estos últimos años, la CEE ha extendido su campo a la llamada *"política del ciudadano".*[21]

El artículo 1 del Tratado de Asunción, se refiere a la "libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente". Estimo que la libre circulación de capitales se incluye entre la de los "factores productivos"; así es por cuanto el artículo 1, en su última parte, dispone que este tratado implica el compromiso de los Estados partes de coordinar las políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados, de "comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, *monetaria, cambiaria y de capitales...";* no obstante, adviértase que no hay mención *expresa* a la libertad de capitales.

De todas estas libertades, abordaré sólo la circulación de capitales no sin antes puntualizar que, como bien se ha dicho, la libre circulación de capitales prolonga la libre circulación de mercaderías y de establecimiento, pero va más allá, pues afecta a los mecanismos fundamentales de la moneda, del crédito, de la fiscalidad e influye decididamente sobre las inversiones en el extranjero.[22]

El tema en consideración, si bien jurídico, es esencialmente económico. En efecto, cuando se habla de libre circulación de capitales se está presuponiendo la existencia de un *mercado de capitales;* tan importante es esta cuestión que se ha llegado a decir que Europa ha pasado de una economía llamada *del endeudamiento* a una economía de los mercados de capitales o mercados financieros.[23] Es que en las economías desarrolladas, la mayoría de las operaciones de empréstitos tienen por objetivo el financiamiento de la inversión más que el del consumo. La inversión es uno de los factores del crecimiento y la eficiencia de un sistema financiero depende de su capacidad de movilizar un volumen importante de ahorro y colocarlo bien en ese mercado.

La importancia de su tratamiento es significativa pues se espera que la libre circulación de capitales producirá un aumento de la competencia que bajará los costos de los préstamos y estimulará el crecimiento económico.[24]

Ahora bien, en este fenómeno económico, el Derecho juega un rol importante. Así por ejemplo, la movilidad requiere de instrumentos legales que no la perjudiquen. En este sentido es elocuente que los agentes económicos eligen, desde hace ya algunos años, tomar fondos masivamente por medio de la *emisión de títulos.* Este fenómeno es bautizado, en Francia, con el nombre de *"titrisation",* neologismo que podría ser traducido por *"titularización".* En suma, mientras que en la economía de endeudamiento las empresas hacían frente a sus necesidades de recursos líquidos mediante los préstamos, en la economía de mercado de capitales lo hace mediante la venta de títulos negociables. Este fenómeno de la "titularización", que comporta una operación de *ingeniería financiera,* nació en EE.UU. en los años 70, especialmente para los créditos hipotecarios y ha crecido con gran éxito.[25] La mayoría de los autores alude a este fenómeno de la ingeniería financiera como de especial interés para la comunidad.[26]

---

21. CARTOU, Louis, *ob. cit.,* Nº 291; ver informe de CASTELLI, María Erminda, *La CEE y la cultura. Aspectos políticos y jurídicos del gran desafío 1992,* La Ley Sup. Actualidad 5/3/1991; la autora hace referencia a los esfuerzos por encontrar el llamado "espacio cultural europeo".

22. GAUTRON, Jean Claude, *ob. cit.,* pág. 146.

23. FERRANDIER, Roberto y KOEN, Vincent, *Marché de capitaux et techniques financières,* Paris, ed. Economica, 1991, pág. IX; en pág. 70 los autores señalan que esta distinción fue introducida por J. Hicks en 1974.

24. QUINTYN, Marc, *Le secteur financier belge et 1992. Implications et perspectives,* en **Intégration financière et Union Monetaire européenne,** Paris, ed. Economica, 1991, pág. 41 y ss.

25. FERRANDIER, Roberto y KOEN, Vincent, *ob. cit.,* págs. 75, 80, 181.

26. R.T.D.C. 1988-688 comentario a la directiva 88-361 del Consejo del 24/6/1988.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. La libre circulación de capitales en el Tratado de Roma.

El tratado no define a la libre circulación de capitales, pero, se ha dicho que de su contexto se deduce que implica una **transferencia de valores de un Estado miembro en otro o, en el interior de un Estado, la transferencia a un no residente.**[27] Es bueno aclarar que las disposiciones bajo análisis se refieren al movimiento de capitales *privados* y no contemplan los capitales de los Estados miembros, ni a las operaciones de la Banca Europea de Inversiones, o de otros organismos públicos comunitarios.[28]

La problemática está regulada, fundamentalmente en los artículos 67 a 73, que establecen la intención de los Estados de abolir los obstáculos institucionales, legislativos y reglamentarios que se oponen o que podrían oponerse a la transferencia intracomunitaria de los capitales.

Se consideran *capitales,* en el sentido del tratado, los valores escriturales, incorporados o no en títulos, así como las monedas metálicas que tengan curso legal.

Se entiende por *obstáculos* cualquier situación, de hecho o de derecho, creada por el Estado, cuyo efecto sea impedir la libre transferencia, definitiva o provisoriamente, directa o indirectamente, trátese de legislación de cambios, de discriminación en el acceso al mercado financiero, de posición de monopolio sobre el mercado de todo o parte del sector público, etc.[29]

El artículo 67 del Tratado de Roma dispone:

> 1. "Los Estados suprimirán *progresivamente* entre ellos, durante el período de transición y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común, las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros, así como las discriminaciones de tratos fundadas en la nacionalidad o la residencia de las partes o sobre la localización del emplazamiento.
>
> 2. Los pagos corrientes referidos a los movimientos de capitales entre los Estados miembros quedarán liberados de todas las restricciones, a más tardar al fin de la primera etapa".

De esta norma, sistemáticamente integrada al resto del Tratado de Roma, pueden extraerse las siguientes ideas básicas:

a) *Progresividad de las supresiones. Sus causas.*

Los Estados europeos admitieron que la libre circulación de capitales sólo se alcanzaría por una *progresiva* supresión de las medidas que dificultan o impiden tal libertad.

Algunos autores hablan de la *timidez* del Tratado de Roma en esta materia, desde que ni siquiera estableció *plazos* para llegar a la liberación completa; los términos fueron fijados a través de las sucesivas directivas dictadas sobre la materia.

¿Cuáles son las razones por las cuales esta libertad ha ido, por así decirlo, a la zaga de las demás?

Las razones son múltiples:

* Por un lado, hubo que superar las viejas ideologías, impregnadas de sospecha y desconfianza a las inversiones extranjeras.[30]
* Por el otro, se reconoce que la libertad de circulación de capitales puede tener "contactos" con el fraude fiscal y con el sistema impositivo en general (pues los capitales se radican donde menos impuestos deben pagar). Bien se ha dicho que no es deseable que los movimientos de capitales tengan por única justificación la comparación

---

27. MATTERA, Alfonso, *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement,* Paris, ed. Jupiter, 1990, pág. 533.

28. LOUIS, J.V. y otros, *Le droit de la communauté économique européenne,* vol. 3, Bruxelles, Presses Universitaire de Bruxelles, 1971, pág. 1976.

29. SCHAPIRA, Jean; LE TALLEC, George y BLAISE, Jean Bernard, *Droit européen des affaires,* Paris, ed. Presses Universitaires de France, 1984, pág. 481.

30. LOUIS, J.V. y otros, *ob. cit.,* vol. 3, pág. 180.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de los sistemas fiscales y la posibilidad de evasión.[31]

Los Estados europeos temían a la disparidad fiscal, pues los desplazamientos de capitales, muchas veces, no están fundados en razones económicas sino en la búsqueda de la situación impositiva más favorable. De allí que Francia y otros países insistieron en que la armonización de la legislación fiscal debía ser tratada a nivel comunitario.[32] Esta es la razón por la cual la Comunidad Económica Europea ha dictado una serie de directivas tendientes a armonizar las leyes de naturaleza fiscal.[33] Es que como bien se ha dicho, la instauración de un mercado financiero unificado supone la armonización previa de las legislaciones y reglamentaciones nacionales, en particular en material fiscal.[34] En este camino, la recomendación 86-198 prescribe que los Estados miembros deben conferir al crédito fiscal extranjero los mismos privilegios atribuidos a los créditos fiscales nacionales.[35]

* En nuestros días, la lucha contra el tráfico de drogas pone un nuevo ingrediente. En tal sentido, la directiva 308/91, del 10/6/1991, contra el blanqueo de capitales, impone a los Estados obligaciones mínimas, pudiendo la reglamentación interna establecer medidas más severas. Conforme esta directiva, los Estados deben imponer a sus bancos y establecimientos financieros obligaciones consistentes en identificar a su clientela, controlar las transacciones sospechosas y dar información a las autoridades competentes. Incumbe también a los Estados dictar disposiciones represivas relativas al blanqueo de capitales.
* Tampoco hay que olvidarse que la libre circulación de capitales exige una *relación de cambios estables* entre las monedas.[36] Bien se ha dicho que la incertidumbre en las tasas de cambio introduce una barrera de hecho en las prestaciones financieras.[37] Consecuentemente, mientras no se llega a esa relación de cambios estables es muy difícil establecer una absoluta libertad de movimientos.
* Finalmente, como lo reconocía el informe Spaak (de 1956), la liberalización de los movimientos de capitales puede crear o agravar los desequilibrios de las balanzas de pago, influyendo en la elevación de las tasas de interés de un país, etc. Los capitales dejan de dirigirse hacia las regiones donde las necesidades son más intensas, elevándose desmedidamente las tasas de interés ante el abandono que estos capitales hacen de las regiones más necesitadas.[38]

Incluso en los países desarrollados, puede ocurrir que el Estado desee reservar el ahorro nacional para alguna inversión que se considera prioritaria. La teoría de la libre circulación, en cambio, permite colocar los recursos según las fuerzas del mercado que pueden no responder a las prioridades de la comunidad; las normas de la libre circulación impiden a los Estados orientar los recursos mediante ventajas fiscales, garantías públicas, condiciones particulares de emisión en lo que concierne a comisiones, gastos, etc.[39]

---

31. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, *Règles communautaire relatives à la création d'un espace financier européen*, en **Intégration financière et Union Monetaire Européenne**, Paris, ed. Economica, 1991, pág. 35.
32. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, *ob. cit.*, pág. 23; conf. QUINTYN, Marc, *ob. cit.*, pág. 43.
33. Una síntesis puede verse en GAUTRON, Jean Claude, *ob. cit.*, pág. 156.
34. FERRANDIER, Roberto y KOEN, Vincent, *ob. cit.*, pág. 72.
35. Revue Trimmestrielle de Droit Européen, 1986-457.
36. Ver DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, *ob. cit.*, pág. 11.
37. QUINTYN, Marc, *ob. cit.*, pág. 44.
38. MATTERA, Alfonso, *ob. cit.*, pág. 534; conf. LOUIS, J.V. y otros, *ob. cit.*, vol. 3, pág. 175.
39. LOUIS, J.V. y otros, *ob. cit.*, pág. 239 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



b) Dependencia respecto de las otras libertades.

En alguna medida, en el Tratado de Roma, la libre circulación de capitales es considerada como un apéndice de las otras libertades y no como un fin en sí misma, pues la supresión de las restricciones no sólo sería progresiva sino *en la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común.*

Se ha dicho que esta manera de regular diferencia al Tratado de Roma de otros antecedentes de la libre circulación de capitales. Así por ejemplo, el acuerdo de Bretton Woods, que creó en 1944 el Fondo Monetario Internacional, previó la libre circulación de pagos como un modo de *cooperación* entre los Estados; en la CEE, en cambio, es un instrumento de *integración,* pues su función es permitir la puesta en vigencia efectiva de las otras tres libertades.[40]

c) El principio de la no discriminación.

La libre circulación de capitales también se funda en el principio de la *no discriminación* que impide cualquier tratamiento diferente fundado sólo en razones de nacionalidad o residencia. Consecuentemente, cada vez que un Estado aplica su legislación a los movimientos de capitales liberados, debe hacerlo de manera *no discriminatoria.*

d) La libertad de establecimiento.

El Tratado de Roma se interesa no sólo por los capitales mismos, sino también por las personas y servicios a ellos vinculados, es decir, los bancos, los establecimientos financieros y sus operaciones.

Ya he dicho que la eficiencia de un sistema financiero depende de su capacidad de movilizar un volumen importante de ahorro y colocarlo bien en el mercado. Esta tarea requiere, casi ineludiblemente, de la intermediación, que normalmente realizan las entidades financieras. Se ha dicho que esta intermediación nace por tres razones: A) Los costos de las transacciones de compra y venta de títulos disminuyen con el volumen de las operaciones; B) A través del intermediario se soluciona el problema de la indivisibilidad de los títulos primarios: a veces, el monto unitario es elevado y, consecuentemente, resulta casi imposible su posesión para ciertos agentes; por ejemplo, en Francia, los bonos de tesorería tienen un monto mínimo de 1.000.000 de francos. El intermediario compra esos títulos y emite títulos derivados que representan una proporción de ese título; de este modo los asociados pueden tener ventajas a las que no podrían acceder sin este mecanismo; C) El intermediario puede adquirir títulos emitidos por diversos tomadores de créditos diversificando su cartera y reduciendo los riesgos de insolvencia.

Las normas comunitarias pretenden, en este sector, suprimir los obstáculos a la libre radicación, armonizar la disciplina de los establecimientos financieros, asegurar una mejor información y una mejor protección de los ahorristas.[41] Sobre el tema existen varias directivas y también el llamado "código de conducta".

Por lo demás, los propios bancos suscriben convenios de cooperación para la realización de análisis económicos, estudios jurídicos, investigaciones para realizar inversiones comunes, etc. En tal sentido, doce bancos europeos especializados en el crédito a largo plazo constituyeron, en marzo de 1987, la Sociedad Europea de Ingeniería Financiera (SEFI). Es que la tecnología actual en informática y comunicaciones posibilita que la información entre los principales actores del sistema (los bancos y empresas multinacionales), sea instantánea y los efectos de las transacciones sean inmediatos. Goldfinger emplea el neologismo "geofinanzas" para mencionar el conjunto de operaciones y tendencias que configuran un mercado univer-

---

40. SCHAPIRA, Jean; LE TALLEC, George y BLAISE, Jean Bernard, *Droit européen des affaires,* Paris, ed. Presses Universitaires de France, 1984, pág. 483.

41. CARTOU, Louis, Nº 324.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sal prácticamente único que funciona 24 horas por día.[42]

Sin embargo, no se descartan los riesgos de esta liberalización; por eso, la recomendación 87-62 de la Comisión del 12/12/1986, aconseja a los Estados controlar los establecimientos de créditos, debiendo comunicar a la comisión, en un plazo máximo de 24 meses, las medidas adoptadas a este efecto; tales medidas deben tener por objetivo hacer crecer la confianza del público, reforzar y proteger el sistema bancario, reducir la distorsión de la libre competencia, etc.[43]

La última directiva del 15/12/1989 introdujo el principio de la *"licencia comunitaria única"* en virtud de la cual la autorización concedida a un banco por las autoridades de un Estado miembro vale, automáticamente, para todos los Estados miembros, con la supervisión y control del establecimiento por parte de las autoridades del país de origen. En consecuencia, a partir del 1/1/1993 los establecimientos bancarios podrán operar libremente en toda la comunidad, estableciendo sucursales y proponiendo servicios financieros.[44]

e) La liberación de los pagos y la libre circulación de capitales.

De la norma antes transcripta también se extrae la distinción entre la liberación de los *pagos corrientes* y la de *movimiento de capitales;* mientras la primera debía quedar definitivamente establecida al concluir el primer período o etapa, la segunda sería el fruto de un progresivo esfuerzo.[45]

El artículo 106 del tratado también se refiere a la *liberación de los pagos* como la contrapartida financiera de la libre circulación de mercaderías, de personas, de servicios y de capitales. Es indudable que si un trabajador o un profesional o una empresa extranjera no pudiesen transferir su salario, honorario o ganancia, la libre circulación de personas y de servicios estarían sumamente debilitadas.

La Corte de Justicia, como indicaré posteriormente, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema. Adelanto las nociones básicas: "Los pagos corrientes son transferencias de divisas que constituyen una contraprestación en el cuadro de una transacción subyacente; el movimiento de capitales, en cambio, importa operaciones financieras que tienen en miras, esencialmente, la colocación o la inversión de sumas y no la remuneración de una prestación.[46]

3. La aplicación inmediata de las normas comunitarias referidas a la libre circulación de capitales y su evolución jurisprudencial.

Se ha visto que el Tratado de Roma dispuso el cambio *progresivo;* esto supone un largo período, que luego analizaré, en que era necesario compatibilizar el derecho interno con el comunitario.

El problema subsiste en nuestros días; no obstante, hoy parece prevalecer la tesis de que los Estados miembros, al admitir las fuentes convencionales u originarias, han dejado un espacio libre, renunciando a su derecho de legislar en determinado campo, en la medida prevista por el tratado. En tal sentido, el artículo 11 de la Constitución italiana declara que Italia consiente, en condiciones de paridad con los otros Estados, la limitación de su soberanía si ello es necesario, en un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones, promoviendo y favoreciendo la organización internacional para llegar a ese fin.

Analizaré algunos fallos vinculados con la problemática:

---

42. DI GIOVAN BATTISTA, Ileana, *Pautas para un marco normativo para la inversión externa,* LL 1989-D-1157.

43. Ver Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1987-515.

44. Compulsar DRUESNE, Gérard, *ob. cit.,* pág. 195.

45. SCHAPIRA, Jean; LE TALLEC, George y BLAISE, Jean Bernard, *ob. cit.,* pág. 483.

46. MATTERA, Alfonso, *ob. cit.,* pág. 533.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a) La idea del espacio libre está en germen en el leading case Van Gen en Loos c. Administración fiscal, del 5/2/1963; en este caso, considerado *decisivo para la integración jurídica europea,*[47] una compañía de transportes se enfrentó a la administración de hacienda de los Países Bajos y reclamó el cumplimiento de la norma comunitaria que prohíbe el aumento de los derechos aduaneros; el tribunal administrativo se opuso y sostuvo que se trataba de una norma interna sometida a los tribunales nacionales. Consultada por el tribunal administrativo de los Países Bajos, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas dijo que el Tratado de Roma es más que un acuerdo que crea obligaciones recíprocas entre las partes pues la comunidad constituye un ordenamiento jurídico de un nuevo género, que reconoce como sujetos *no sólo a los Estados miembros, sino también a sus ciudadanos,* en virtud del cual los Estados han renunciado, en sectores limitados, a su poder soberano. O sea, la Corte impone a los Estados una obligación de *abstención,* que consiste en *no dictar leyes* que impidan la libre circulación. Pero para ello, requiere que la norma comunitaria fije un deber *claro e incondicionado.*

En esta misma línea, al año siguiente, (1964) en el caso Costa c. Enel, el tribunal insistió en la idea de **renuncia** derivando de ella que un Estado no puede *oponer una norma interna* que sea contraria al derecho comunitario, aunque sea posterior. Y en 1965, aclaró que esta regla rige aun cuando la norma interna tenga carácter *constitucional,* existiendo, de parte del juez nacional, un deber o espíritu de colaboración con el derecho comunitario.

Adviértase que esta solución obligaría al juez nacional a declarar la inconstitucionalidad de la norma interna, pues cada juez nacional es, al mismo tiempo, un juez comunitario; en nuestro sistema, esto no ocasionaría problemas, pues tenemos el control difuso de constitucionalidad; en algunos países europeos (Italia, por ej.), en cambio, el juez debe dirigirse a la Corte Constitucional para su declaración; esto supone que, en última instancia, es el órgano superior en el orden *interno* el que mantiene el control de la constitucionalidad de su norma local. Sin embargo, la Corte de las Comunidades parece exigir al juez nacional que inaplique la norma interna.[48]

b) Con especial referencia al tema que nos convoca, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en algunos fallos señeros.

* En el caso Casatti (causa Nº 203/80 fallado el 11/11/1981), los hechos eran los siguientes: Un inversor italiano, el Sr. Casatti, residía en la República Federal alemana. En la frontera austro-italiana fue detenido, en 1979, por la autoridad aduanera italiana, quien comprobó que llevaba consigo 24.000 marcos alemanes; esa conducta violaba una norma reglamentaria de 1978 que permitía ingresar libremente a Italia moneda extranjera pero que exigía, a los no residentes, haber llenado un formulario a la entrada para luego poder sacarla del país. Casatti se defendió diciendo que las había introducido en Italia, país al que se había trasladado desde Alemania para comprar unas máquinas; que cuando ingresó olvidó llenar el formulario correspondiente; que habiendo fracasado la negociación (porque la fábrica en la que debía comprar las máquinas estaba de vacaciones), se volvía a su país de residencia con el dinero que antes había introducido. El tribunal de Bolzano (que lo juzgaba) fue en consulta a la Corte de Justicia. El tribunal entendió que la cuestión era muy importante y la Corte dio intervención en el proceso a la Comisión y a los gobiernos italiano, francés, alemán, británico, danés e irlandés.

---

47. BOULOUIS, J. y CHAVALLIER, R.M., *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes,* t. 1, 5ª ed., Paris, Dalloz, 1991, pág. 147; conf. LECOURT, Robert, *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964,* en L'Europe et le Droit, *ob. cit.,* pág. 349.

48. Ver DUBOIS, Louis, *ob. cit.,* pág. 205 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El argumento de Casatti y del gobierno alemán era el siguiente: las libertades fundamentales del tratado están sometidas a las mismas reglas, entre las cuales está el reconocimiento de su aplicabilidad plena e inmediata a partir del 1/1/1970; la expresión contenida en el artículo 67 en el sentido de que la libertad de movimientos de capitales tendrá lugar *en la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común* no establece una condición para la supresión sino un límite a la entrada en vigencia. En consecuencia, no es válido introducir ninguna restricción que no esté contenida en las directivas (a la fecha del affaire, las de 1960 y 1962).

El resto de los gobiernos (entre ellos el francés, seriamente preocupado en esa época por su balanza de pagos), en cambio, dijeron que la expresión "en la medida necesaria" privaba a la obligación prevista en el artículo 67 de su carácter de obligación de resultado. Esta interpretación es acorde con el artículo 71, 2° párrafo, que dice que los Estados se declaran *dispuestos* a pasar el nivel de liberación de capitales previstos en los artículos precedentes *en la medida en que su situación económica, especialmente el estado de su balanza de pagos, se lo permita.*[49]

Al resolver, la Corte comienza su razonamiento diciendo que la libre circulación de capitales constituye, como la de personas y servicios, una de las libertades fundamentales de la comunidad; aún más, la libertad de ciertos movimientos de capitales es, en la práctica, una condición para el ejercicio eficaz de las otras libertades garantizadas en el tratado, sobre todo, el derecho de radicación.

No obstante, sigue diciendo, el movimiento de capitales presenta lazos estrechos con la política económica y monetaria de los países miembros, por lo que en el estado actual (se refiere a 1981), no debe excluirse que la libertad completa de todo movimiento de capitales pueda comprometer la política económica de un país o provocar un desequilibrio en su balanza de pagos, dañando así el buen funcionamiento del Mercado Común. Esta es la razón por la cual el artículo 67, inciso 1), difiere las disposiciones concernientes a la libre circulación "en la medida que ellas sean necesarias al buen funcionamiento del Mercado Común". El análisis de las directivas de 1960 y 1962 permite suponer, dice el Tribunal, que la liberación de la exportación de billetes no se presenta como necesaria para el buen funcionamiento del mercado.

Ahora bien, el artículo 71 del Tratado de Roma establece una regla de "standstill", o sea, prevé que los "estados se **esforzarán**" por no introducir nuevas restricciones de cambio, pero no les impone una obligación incondicional, susceptible de ser invocada por los particulares;[50] por eso, algunos autores interpretan que este artículo 71 sólo establece un *deseo* y no una obligación.[51]

Por lo demás, en el caso, no se trataba de libertad de pagos *corrientes* porque se había reconocido que el negocio comercial no se había celebrado; en otros términos, la Corte resuelve que el artículo 106 del tratado, vinculado a la libertad de pagos no garantiza al particular el derecho de reexportación en el supuesto en que el referido pago no se efectivice.

En principio, entonces, la Corte aceptó el criterio francés y dijo que mientras no se realice la unión económica y financiera no se podrá llegar a una completa liberación de capitales y se deberá admitir cualquier sacrificio para mantener un espacio adecuado a la tutela económica del Estado. Consecuentemente, las disposiciones relativas a la libre circulación de capitales no eran *directamente* aplicables. Pero agregó que este sacrificio debe estar limitado, de modo tal que las medidas penales y admi-

---

49. Ver estos antecedentes en SCHAPIRA, Jean; LE TALLEC, George y BLAISE, Jean Bernard, *ob. cit.*, pág. 488.

50. Conf. LOUIS, J.V. y otros, *ob. cit. Le Droit de la Communauté Économique Européenne*, vol. 3, Bruxelles, Presses Universitaire de Bruxelles, 1971, pág. 191.

51. Ver MATTERA, Alfonso, *ob. cit.*, pág. 537.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nistrativas no deben sobrepasar el marco de lo estrictamente necesario por lo que las medidas de control deben ser proporcionadas a la gravedad de la infracción de modo que la sanción no se convierta en un obstáculo efectivo a la libertad.[52]

* En los casos "Luisi" y "Carbone", fallados el 31/1/1984, el gobierno francés sostenía —en contra de la posición asumida por Italia y Alemania— que la exportación de valores para viajes turísticos, de negocios, de estudio o por razones médicas *no* configura *pago corriente,* sino un simple movimiento de capitales; consecuentemente no estaban sometidos, en esa etapa anterior, a la libre circulación sino a los controles que los Estados podían imponer para evitar la *fuga de capitales.* La Corte de Justicia entendió que los Estados miembros no pueden limitar las atribuciones de divisas destinados a este tipo de viajes, por tratarse de *pagos* referidos a operaciones vinculadas a la libre circulación de servicios; sin embargo, conservan el derecho de controlar si las divisas así atribuidas no son en realidad utilizadas para transferencias de capitales no autorizados.[53]

Más allá de estas decisiones particulares, interesa señalar que la jurisprudencia de la Corte insiste en que los artículos 67 a 73 del tratado revisten una importancia particular en lo concerniente a los fines previstos en el artículo 3.[54]

4. La evolución europea hacia la definitiva liberación del movimiento de capitales.

En el camino a la *progresiva* liberalización del movimiento de capitales se dictaron directivas en los años 1960, 1962 y 1986 estas normas clasificaron las transferencias de capital estableciendo diferentes plazos para su liberación; las dos primeras directivas aparecieron en un período que coincide con la llamada "euforia económica de los dorados sesenta". Pero en 1964 este proceso de liberalización comenzó a desacelerarse a tal punto que se llegó a un virtual bloqueo. Ello se debió, fundamentalmente, a que muchos países fueron autorizados a aplicar cláusulas de salvaguardia que les permitían sustraerse a las directivas.

El camino para salir de este pantano fue preparado en 1986 pero es recién en 1988, mediante la directiva 88/361 del 24 de junio, que se sale de la llamada "larga fase del silencio, en la cual la inercia y la resignación se conjugaron al servicio de una visión nacionalista y egoísta de los problemas monetarios";[55] esa directiva derogó las anteriores y estableció, a partir de 1990 la liberación completa e incondicional de los movimientos capitales; expresamente dispone que las transferencias relativas al movimiento de capitales se efectúan en las mismas condiciones de cambio que las practicadas con relación a los pagos corrientes (art. 1), que como se vio, se liberaron totalmente al concluir la primera etapa.

Se ha dicho que esta directiva del Consejo ha desbloqueado un proceso cuyos mecanismos estuvieron hundidos en la arena durante aproximadamente 25 años.[56]

Esta directiva implica:

* La supresión de las restricciones, prohibiciones o limitaciones a las transferencias de capital propiamente dichas y de las res-

52. MENGOZZI, Paolo, *ob. cit.*, pág. 820 y BOULOUIS, Jean y CHAVALLIER, Roger M., *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, t. 2, Paris, Dalloz, 1993, pág. 133 y ss.

53. MENGOZZI, Paolo, *ob. cit.*, pág. 821; CARTOU, Louis, *ob. cit.*, Nº 315.

54. Ver, por ej., resolución del 23/11/1978, Regina c. Thompson, *Répertoire de Jurisprudence de Droit Communautaire, Cour de Justice des Communautés Européennes*, Serie A, B-5.

55. MATTERA, Alfonso, *ob. cit.*, pág. 528.

56. MATTERA, Alfonso, *ob. cit.*, pág. 527.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tricciones relativas a las transacciones subyacentes.

* El derecho del residente de un Estado miembro de acceder al sistema financiero de otro Estado miembro y a todos los productos financieros que allí están disponibles en las mismas condiciones previstas para el residente de ese Estado. Esta regla, establecida en defensa de los ahorristas, supone la igualdad de trato entre los depositantes de todos los países de la comunidad.

* La eliminación en las reglamentaciones internas de diferencias de tratamiento, tales como discriminaciones fiscales (por ej., en favor de títulos nacionales en detrimento de transacciones sobre títulos extranjeros), fundados en la nacionalidad, en la residencia o en el emplazamiento de la inversión, etc.

El artículo 2 prevé la obligación para los Estados miembros de informar al comité de gobernadores de bancos centrales, al comité monetario y a la comisión, a más tardar en el momento de su entrada en vigencia, de todas las medidas de regulación de la liquidez bancaria que tengan incidencia específica sobre las operaciones de capital efectuadas por los establecimientos de crédito situados en el territorio con los no residentes.

En cuanto a las *limitaciones,* pueden enunciarse las siguientes:

a) Por un lado, existe un régimen transitorio que favorece a España, Portugal, Irlanda y Grecia hasta el 1 de enero de 1993 (art. 6). También permitió a Bélgica y Luxemburgo mantener su doble mercados de cambios hasta el 31 de diciembre de 1992.

b) Por otro, el artículo 3 permite adoptar las llamadas *medidas de salvaguardia o de protección* previstas para los casos en que *movimientos excepcionalmente amplios de capitales a corto plazo perturbaren gravemente el mercado de cambios y la política monetaria de un país miembro traduciéndose notoriamente en variaciones importantes de la liquidez interna.*

El procedimiento por seguir es el siguiente: Frente a estos problemas, la comisión examina la situación y formula *recomendaciones;* si ellas no son suficientes, la Comisión pide al Consejo otorgue acuerdos o concursos mutuos (por ej., otorgamiento de créditos limitados, acciones concertadas con organizaciones internacionales, etc.) y si tampoco esto alcanza, la Comisión autoriza al Estado miembro a tomar las medidas que ella define y que el Consejo puede revocar sólo con una mayoría calificada; en todo caso la Comisión debe consultar, antes de tomar la decisión, al comité de gobernadores de los bancos centrales.[57]

También es posible que, frente a situaciones de carácter *urgente,* el Estado en dificultades tome medidas él mismo, comunicándolas a la comisión y a los otros Estados miembros; en ese caso, los órganos comunitarios lo controlan a posteriori; esta intervención inmediata se produce, por ejemplo, frente a crisis súbitas en la balanza de pagos.

Estas medidas de salvaguardia no pueden superar los 6 meses.[58]

Pero, será recién el 1 de enero de 1993, cuando se ponga en vigencia el Acta Única Europea, que se creará un espacio económico homogéneo entre los diversos países de la CEE. Con respecto a las actividades financieras, esto implica que tres libertades serán efectivas:

57. GAUTRON, Jean Claude, *ob. cit.*, pág. 147; OVSEJEVICH, Luis, *ob. cit.*, pág. 113; CARTOU, Louis, Nº 318.

58. Compulsar DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, *ob. cit.*, pág. 21.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a) La libertad del movimiento de capitales, que como he dicho es absoluta a partir del 1 de julio de 1990.

b) La libertad de establecimiento, que significa que todo establecimiento de crédito habilitado para operar en su propio país, miembro de la CEE podrá establecerse en cualquier otro país miembro sin tener que solicitar el acuerdo del país que lo recibe.

c) La libertad de prestación de servicios, o sea, la posibilidad, para una institución financiera de un país miembro de ejercer sus actividades sin pasar por la intermediación de un establecimiento instalado en el lugar.[59]

III. LA INCIDENCIA DE LA REGULACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO EN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

Todas las medidas mencionadas (liberación progresiva del mercado, libre establecimiento, etc.) han pasado por el campo del crédito hipotecario.

Así por ejemplo, el 19/6/1987 el Consejo presentó una propuesta de directiva, modificando la del 14/7/1985 concerniente a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el campo del crédito hipotecario.

Según algunos autores, esta propuesta es el caballito de batalla de la Comisión por su valor ejemplar en materia de servicios.[60]

Las perspectivas de esta propuesta eran muy desalentadoras antes de 1988. Se sostenía que mientras los países del norte de Europa (en especial Alemania e Inglaterra), la promocionaban, por tener satisfechas, internamente, sus necesidades, los del sur se mostraban muy poco cooperadores con su puesta en vigencia.

La propuesta apunta fundamentalmente a dos fines: a) La protección de los consumidores a través de la vigilancia sobre los establecimientos de crédito y b) el reconocimiento de la libre práctica del crédito hipotecario en la Europa comunitaria tratándose de préstamos hipotecarios y créditos para la vivienda.[61]

Está dirigida a los establecimientos que otorguen créditos para adquirir propiedades o terrenos para construir o para conservar, renovar o mejorar los inmuebles existentes; define al Estado miembro *de origen* como aquel Estado en el cual los establecimientos financieros tienen su sede y *Estado que acoge,* a aquel en el cual estos establecimientos tienen una sucursal o proveen servicios financieros.

La propuesta de directiva dispone que el establecimiento de este tipo, que ha sido autorizado en el Estado miembro de origen, puede acordar créditos en otro Estado miembro, con garantía hipotecaria que grave bienes inmuebles situados en el país que lo acoge y sólo debe avisar a la autoridad de contralor del país de origen que extenderá sus operaciones fuera del territorio. Consecuentemente, abroga toda disposición legal o administrativa que impida a estos establecimientos otorgar créditos hipotecarios en otro Estado según las técnicas permitidas en el país de origen. En realidad, el contralor lo tiene siempre el país de origen, quien debe colaborar con el país que acoge dando información sobre la posible insolvencia y otros riesgos que pueden presentar este tipo de entidades. La norma autoriza a

---

59. FERRANDIER, Roberto y KOEN, Vincent, *ob. cit.*, pág. 71.

60. Ver informe titulado, *Le credit hypothecaire. L'Europe à l'épreuve.* Les prêts immobiliers constituent un secteur pilote pour le grand marché unifié de 1992, à condition de régler les problème techniques en suspens, en *Le moniteur,* 4/9/1987, pág. 26 y ss.

61. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, *ob. cit.*, pág. 27; PERINET-MARQUET, Hugues, *L'evolution du Droit Communautaire de la construction en 1988,* Rev. de Droit Immob., 1989, janv-mars, pág. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estas entidades a obtener fondos conforme las técnicas de financiamiento del país de origen. Aclara, sin embargo, que si la introducción de nuevas técnicas provoca distorsiones de competencia en el Estado que acoge, éste debe autorizar a todos los establecimientos de créditos ubicados en su territorio, a adoptar técnicas semejantes o a sancionar disposiciones con efecto equivalente. El Estado miembro que acoge al establecimiento financiero puede obligarlo a que los fondos se tomen en su propia moneda, estando autorizados también para hacerlo en ecus.

En opinión de algunos autores, la directiva no ha tenido por objeto **armonizar** las leyes internas sino **favorecer** la implantación de este tipo de establecimientos particulares en todos los Estados. De allí que resulte suficiente que el establecimiento funcione conforme a las disposiciones legales y reglamentarias de su país de origen para poder establecerse en otro Estado miembro. Además, el hecho de acordar créditos hipotecarios a sus clientes según las técnicas financieras autorizadas por la legislación del Estado miembro de origen, supone una estrecha colaboración entre las autoridades nacionales competentes.

Un sector de la doctrina considera que una de las debilidades de esta proposición consiste en la facultad que tiene la autoridad nacional de exigir a los establecimientos de crédito hipotecario que pongan fin a toda situación irregular si no cumple con las disposiciones creadas por un Estado miembro por razones de interés público. Se afirma que esta causa puede presentarse peligrosa en ausencia de una definición en normas comunitarias de qué se entiende por *interés público.*[62]

Las dificultades para su puesta en vigencia estuvieron vinculadas a la gran diversidad de sistemas hipotecarios, tanto en lo que respecta a la tasa de interés (que van de un 7 a un 20%) como a la protección del tomador del crédito (pues pocos países tienen leyes similares a la ley Scrivener, de Francia, ampliamente proteccionista del consumidor de créditos).[63]

IV. ¿QUÉ HA HECHO ARGENTINA EN FAVOR DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES?

He dicho que la temática abordada se conecta con múltiples problemas de naturaleza económica. Analizaré ahora algunos aspectos jurídicos vinculados a tales fenómenos económicos.

1. Normativa sobre las inversiones extranjeras.

Las inversiones extranjeras fueron reguladas a partir de 1953 en que se sancionó la Ley Nº 14.222, de neto corte restrictivo. Desde allí se han dictado sucesivas leyes que exigieron o bien la inscripción en un registro especial, o bien la autorización previa del PE para la legitimidad de la inversión foránea.[64]

Actualmente rige la Ley Nº 21.382, de 1980, con las modificaciones de la Ley Nº 23.697 (llamada Ley de Emergencia Económica) y su decreto reglamentario, de 1989; para algunos, las modificaciones introducidas

62. LONDON, Caroline, *Le secteur bancaire au regard du droit communautaire*, R.T.C.C., 1987-608.

63. Ver PERINET-MARQUET, *ob. cit.*, Rev. de Droit Immob., 1989, pág. 8; conf. GUGLIETTI, José, *La inversión en inmuebles dentro de la comunidad económica europea*, Rev. del Notariado, Nº 816, pág. 191.

64. Ver la evolución legislativa en LAGOMARSINO, Carlos A.R., *Informe argentino en inversión extranjera en América Latina. Aspectos legales*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1991, pág. 1 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la han convertido en un "audaz instrumento"[65] desde que asegura al inversor extranjero un *plano de igualdad* con el inversor nacional cuando el capital sea invertido en actividades productivas a desarrollarse en el país.

Por *inversión de capital extranjero* se entiende todo *aporte de capital* perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades económicas realizadas en el país y la *adquisición* hecha por inversores extranjeros de *participaciones en el capital de una empresa local existente.*

La inversión extranjera se puede efectuar: a) En moneda extranjera de libre convertibilidad; b) En bienes de capital que comprenden tecnología, know how, maquinarias, patentes, marcas, franquicias, modelos y diseños industriales; c) En utilidades de capital de inversores extranjeros que se encuentren en condiciones de ser transferidos al exterior, etc.

La ley dispone que esta inversión de capitales extranjeros *no requiere autorización previa de ningún tipo,* derogando las exigencias que en este sentido tenían los artículos 4 y 6 de la Ley Nº 21.382. Esta abrogación equivale a asegurar al inversor extranjero la posibilidad de invertir su capital también en los sectores de defensa, servicios públicos postales, de electricidad, gas, comunicaciones, radioemisoras, estaciones de televisión, diarios, revistas y editoriales, entidades financieras y de seguros, adquisición de fondos de comercio sin límite de valor, etc.[66]

El único requisito que los inversores deben cumplir es la *registración* de su inversión, a cuyos efectos deben presentar una nota, por duplicado, en idioma nacional. El cumplimiento de este requisito es ineludible si se desea gozar de protección legal de transferencia al exterior de las utilidades líquidas y realizadas y de la repatriación de la inversión (art. 12, Ley Nº 21.384).[67]

Se garantiza al inversor la *libre transferencia de las utilidades* obtenidas así como el derecho a la repatriación de su capital en las condiciones y plazos fijados en los artículos 12 y 13 de la Ley Nº 21.382. El artículo 12 dispone que los inversores extranjeros podrán transferir al exterior las utilidades líquidas y realizadas provenientes de sus inversiones, así como repatriar su inversión, salvo que el PE limite con carácter general las transferencias por estos conceptos en cuyo caso sólo gozarán de dichos derechos, en los términos de los artículos 13 y 14 de la Ley Nº 21.382, los inversores registrados de acuerdo con la misma.[68]

En cuanto a la *garantía por riesgos no tradicionales,* llamados *políticos,* Argentina suscribió con los EE.UU. un convenio para permitir su cobertura en las inversiones norteamericanas. Además, ha manifestado su intención de ingresar al Sistema Internacional de Garantías de Inversiones (MIGA, Multilateral Investment Guarantee Agreement).

¿Qué es este organismo?

Para responder a esta pregunta hay que hacer algunas reflexiones previas.

La inversión externa teme, entre otros riesgos, la inestabilidad de las normas jurídicas y de las políticas económicas; la incertidumbre respecto a la repatriación de capitales y dividendos; el riesgo de las nacionalizaciones; los cambios abruptos de políticas y la manipulación de variables económicas por parte de las autoridades; el incumplimiento del contrato por parte del Estado; el riesgo del conflicto armado o de perturbaciones civiles, etc.

Se supone que el inversor estudia el derecho del país donde invierte, por lo que el ries-

---

65. BOUDEL, Martín, *Nuevo régimen de inversiones extranjeras en la Argentina,* LL 190-A-920.

66. TREVISAN, Héctor, *Reflexiones sobre el nuevo régimen de inversiones extranjeras,* LL 1990-A-781.

67. LÓPEZ AUFRANC, Patricia, *Inversiones extranjeras (Incidencia del régimen cambiario en los derechos de los inversores extranjeros registrados),* en **La Ley, Suplemento de Derecho Bancario, Nº 3,** abril-junio, 1990, pág. 3.

68. Ver estudio detallado de esta cuestión en CASAL, H. Daniel, *Comentarios sobre el nuevo régimen de inversiones extranjeras,* ED 142-843.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

go político consiste en que el país que recibe la inversión se aparte de ese derecho esperado.

Por eso, en 1985, se creó la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, que es un organismo internacional autónomo, con personalidad jurídica conforme al derecho internacional y que prevé la cobertura de los riesgos no comerciales: riesgo de transferencia resultante de restricciones o demoras de conversión o transferencia impuestas por el gobierno del país en que se ha hecho la inversión; expropiación y guerra o tumulto civil, etc.[69]

El PE, procurando alentar la inversión externa ha procedido a aprobar la adhesión a dicho convenio por Decreto Nº 1.863 del 17/9/1990.[70]

2. Leyes de control de cambios.

Las leyes de control de cambios tienen por efecto el de "prohibir o alterar la prestación dineraria adeudada por una de las partes. Las consecuencias típicas son: a) La imposibilidad de entrega de cierta moneda como consecuencia de la imposición de restricciones al deudor para la adquisición de divisas que no sean las propias y b) La limitación a la cantidad de moneda extranjera que ese deudor puede adquirir o transferir al acreedor. En todos los casos el resultado final es el de reducir la cantidad de la moneda extranjera adeudada que se puede entregar al acreedor.[71]

La existencia de leyes de control de cambio ocasiona innumerables problemas de derecho internacional privado cuando la obligación se ha pactado en moneda extranjera y existen puntos de conexión.

Estos problemas se vinculan, fundamentalmente, a los pagos corrientes y no a la circulación de capitales. Sin embargo, ya se han visto las relaciones que existen entre ambos.

En alguna medida, la ley de convertibilidad ha venido a solucionar muchos de estos inconvenientes, por lo que la eliminación del control de cambios debiera favorecer la libre circulación de capitales.

Al parecer, entonces, estamos en buen camino. Hay que recordar que, por ejemplo, la directiva 86/566 del 17/11/1986 de la CEE que preparó el verdadero camino para la liberación total de los capitales, expresamente prohibió la existencia de doble mercado de cambios.

3. Ley de obligaciones negociables.

Se ha visto que la "titularización" es el instrumento de la política de inversiones. Pues bien, las obligaciones negociables son, indudablemente, un valioso instrumento para la circulación de capitales. La Ley Nº 23.962, a la que se referirá la otra expositora, ha introducido importantes modificaciones a la Nº 23.576.

De esta legislación sólo interesa reseñar, con especial referencia a las garantías hipotecarias, las diferencias con el régimen general del Código Civil.

Ellas son:

a) La garantía puede ser constituida por el término de 40 años.

b) Se constituyen mediante la declaración unilateral del ente emisor que se inscribe en los registros pertinentes. Es decir, se trata de una hipoteca en que el beneficiario es indeterminado y, consecuentemente, no se requiere la aceptación por parte del acreedor. Dado que en el empréstito obligacionario la garantía debe constituirse antes de que las obligaciones sean

---

69. DI GIOVAN BATTISTA, Ileana, *ob. cit.*, LL 1989-D-1157; GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel, *El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).*

70. Ver nota al cuidado de MORAD, Enrique, *La posibilidad de invertir en el país con seguro de riesgo político: el Decreto Nº 1.863/90*, Rev. La Ley, Suplemento Actualidad, Nº 25, 5/2/1990, pág. 1.

71. NEGRI, Juan J., *Extraterritorialidad de las normas de control de cambios*, RDCO 1985, año 18, 1985, pág. 513; del mismo autor, *La extraterritorialidad de las normas de control de cambios ante la Corte Suprema.* A propósito del fallo Citibank NA c. Narbaitz Hnos. y Cía., ED 127-867 y ss.; BOGGIANO, Antonio, *Lugar de pago de las obligaciones internacionales en moneda extranjera*, RDCO 1985, año 18, pág. 29 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

suscriptas, la inexistencia de acreedores en esa oportunidad es salvada en el régimen de los debentures interviniendo el fiduciario como representante necesario de los futuros obligacionistas. Pero en la L.O.N. la intervención de un fiduciario es optativa; por eso, la Ley Nº 23.962 solucionó el problema estableciendo que la hipoteca se constituirá y cancelará por declaración unilateral de la emisora cuando no concurra un fiduciario en los términos del artículo 13, no requiriendo, en consecuencia, la aceptación por los acreedores.

c) Esa inscripción debe ser acreditada ante el organismo de control con anterioridad al comienzo del período de colocación cuando la garantía especial fuera originaria.

d) La transmisión opera fuera del registro, pues basta la transferencia de la obligación negociable.

e) Respecto de la cancelación, sólo procederá si media certificación contable acerca de la amortización o rescate total de las obligaciones garantizadas. En caso de obligaciones negociables con oferta pública, se requiere además la conformidad de la Comisión Nacional de Valores.[72]

Para algunos autores, también se diferencia por cuanto mientras la hipoteca inmobiliaria requiere escritura pública, esta hipoteca que accede a obligaciones negociables puede otorgarse por instrumento privado. Se fundan en que el artículo 333 de la LS, a la que se remite la Ley de Obligaciones Negociables, dispone que "la garantía especial debe especificarse en el acto de emisión con todos los requisitos exigidos para la constitución de hipoteca y se tomará razón de ella en el registro correspondiente. Como según la Ley de Obligaciones Negociables, el acta de emisión se instrumenta en forma privada, de allí se deriva que no se exige la escritura pública.[73]

V. CONCLUSIONES

1. Si los países que forman el Mercosur quieren pasar de una política de endeudamiento a una de inversiones deben armonizar sus leyes fiscales, las relativas a inversiones extranjeras, a los títulos negociables, al mercado de cambios, al régimen de las garantías (hipotecas, prendas, etc.) y, en general a su sistema bancario.

2. Esa armonización debe tender a la libre circulación de capitales.

3. La libre circulación de capitales no es un fin en sí misma sino un instrumento para hacer efectiva la libre competencia y la protección de los consumidores.

4. Esta libertad comprende la facultad de las entidades financieras autorizadas en el país de origen para establecerse en otro país de la comunidad.

5. En materia hipotecaria, se favorece esta libre circulación reconociendo que las entidades bancarias autorizadas en su país de origen pueden realizar operaciones en el país que acoge o recibe, conforme con las leyes vigentes en el país de origen.

---

72. MONTES DE OCA, Ángel, *El régimen de las obligaciones negociables luego de la reforma introducida por la Ley Nº 23.962*, RDCO 1991-A-180.

73. Ver KENNY, Mario Óscar, *Obligaciones negociables*, Bs. As., A. Perrot, 1991, pág. 81; conf. ALEMANDI, Miguel A. y GÓMEZ BAUSELA, María S., *Obligaciones negociables. Nuevo régimen jurídico*, Santa Fe, Ed. Rubinzal, pág. 95; MONTES DE OCA, Ángel, *ob. cit.*, RDCO 1991-A-179.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6. Debe llegarse a la libre circulación de capitales, recogiendo la experiencia europea, de modo progresivo; de esta manera no se producirán serios trastornos en la balanza de pago de los países partes, ni se permitirá la evasión impositiva, el blanqueo de capitales, la seria restricción en la política general de inversiones para los sectores más necesitados, etc. El proceso debe comenzar por la libertad absoluta de los pagos corrientes y por normas de "standstill" que impidan a los Estados partes agravar la situación existente al momento de la firma del tratado.

7. Las normas comunitarias dictadas con el fin de hacer efectiva la libre circulación de capitales deben ser de aplicación directa e inmediata por el juez nacional.

8. Las medidas de salvaguarda no deben autorizarse por plazos demasiado extensos.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

MEGACRIMINALIDAD ECOLÓGICA Y DERECHO AMBIENTAL SIMBÓLICO

Una intervención iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad*

PROF. DR. WOLF PAUL
UNIVERSIDAD DE FRANKFURT

ÍNDICE

Pág.

Nota preliminar 34

I. El Derecho ambiental bajo sospecha ideológica 34

II. El caso de los lobos marinos y la encrucijada de la República Federal Alemana 36

III. La irresponsabilidad como sistema jurídico y político social 39

IV. Función simbólica y función instrumental del Derecho moderno y ambiental 41

V. El dilema del Derecho ambiental simbólico 43

* *Agradezco las sugerencias recibidas para la traducción del texto al Prof. Miguel González Marcos, Panamá.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

NOTA PRELIMINAR

La introducción del concepto de megacriminalidad es útil para determinar un fenómeno endémico de la destructividad humana que por su incidencia y efectos ubiquitarios y por su potencialidad apocalíptica trasciende toda noción hasta ahora conocida de criminalidad. La criminología tradicional margina todas las formas macrodimensionales de criminalidad. Sus intereses cognitivos están limitados a los ámbitos de la criminalidad y desviación individual o más precisamente a los ámbitos de la criminalidad personal perseguida por la justicia penal. Consecuentemente son clasificados como no-específicos o paracriminales los "crímenes" realizados en contextos o en correlaciones de guerra o guerrilla, sistemas totalitarios, conflictos religiosos, terrorismo, acciones de servicios secretos, actividades empresariales, etc. Es decir: a partir de la perspectiva criminológica tradicional el concepto de criminalidad no abarca la dimensión de la macrocriminalidad[1] —la cual es característica de los delitos cometidos en los sectores de la política, el Estado, la economía y en las relaciones internacionales— y mucho menos puede captar la dimensión de la megacriminalidad o el crimen total o sistémico. Las estadísticas de la delincuencia ecológica muestran claramente la estrechez e insuficiencia de la perspectiva doctrinal. No cabe duda sobre la existencia de la dimensión transpersonal colectiva y sistémica del crimen. Aunque es difícil de percibir como tal y apropiarlo en categorías abstractas presenciamos hoy el proceso histórico de la ocupación y usurpación total de la biósfera para fines humanos, lo cual en términos criminológicos calificamos como el saqueo y la devastación del planeta natural: la Terra Mater de la humanidad. Por ello comprendemos como megacriminalidad ecológica a todos los actos, manejos, procesos, conductas y disposiciones realizados en el sistema de la moderna civilización tecnológica industrial que contribuyen directa o indirectamente al colapso de ecosistemas y medios ambientales.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO AMBIENTAL BAJO SOSPECHA IDEOLÓGICA

En el relativamente corto tiempo de dos décadas ha adquirido una materia jurídica —que hasta ahora ni siquiera había poseído nombre— significado y difusión mundial: el Derecho ambiental o ecológico.[2] El grado y tiempo, en el cual este nuevo tipo de Derecho se introdujo tanto en nacionales como internacionales órdenes jurídicos y pudo adoptar estructura operacional, se deja concluir de los dramáticos problemas de desarrollo en las áreas de actuación socioecológica. Los equilibrios generales ecológicos se habían empeorado tanto ya en los años setenta[3] que las rápidas y masivas reacciones de la política y el Estado

---

1. Véase al respecto el trabajo reciente de **Herber Jäger**, Macrocriminalidad. Estudios acerca de la violencia colectiva, Frankfurt, 1989; **Sebastian Scheerer**, La criminalidad de los poderosos, en: Kaiser, Kerner, Sack, Schellhoss, Pequeño Diccionario Criminológico, 2.ª ed., 1985, págs. 211-215.

2. Véanse las compilaciones de **Rüster-Simma-Bock**, International protection of the environment, New York, 1975 y sigu. (33 vols.); en Alemania de **Burhenne**, Umweltrecht. Systematische Sammlung der Rechtsvorschriften des Bundes un der Länder, Berlin, 1975 y sigu. (6 vols.); en España Legislación Ambiental, Buletín Oficial del Estado, Madrid, 1988; en Brasil de **Edis Milaré**, Curadoria de Meio-Ambiente, série Cademos Informativos APMP, São Paulo, 1988, etc.

3. Cf. **Herbert Gruhl**, Ein Planet wird geplündert, Die Schrekkensbilanz unserer Politik, Frankfurt, 1975.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

devinieron incondicionada necesidad. En conocimiento de las causas de la estrepitosa decadencia ecológica se elevó el control de los riesgos sociales industriales y la reforma ecológica de la sociedad económica a un objetivo estatal y fue propagada la acelerada juridización como el medio de lograrlo. A través de extensivas movilizaciones del Derecho y de administraciones para su ejecución debía contenerse la epidémica destrucción del ambiente. Aquellas protegerían las naturales bases de la vida para actuales y futuras generaciones. Hoy en día en el que la juridización en los Estados industriales está consolidada y que en los países periféricos[4] es progresiva ha devenido prioritaria la pregunta sobre la función y efectividad del Derecho ambiental para la conservación de las civilizaciones industriales.

A causa de una razón evidente: el lenguaje de los hechos se ha tornado contra la promesa del Derecho, el cual deja establecer que el ritmo exponencial de la explotación de recursos y la desertificación del ambiente están en relación inversa con el crecimiento exponencial del Derecho ambiental.

Intencionalidad y realidad del Derecho ambiental divergen de una forma tan radical, que deja sospechar un total fracaso del Derecho o deja plantear la sospecha de una complicidad del Derecho con el sistema de organizada destrucción del ambiente.

La sospecha es un concepto fundamental de la metodología jurídica y científico filosófica y como tal es instrumento de la denuncia cognitiva y cumple funciones analíticas en proceso o pesquisas e investigaciones. Su semántica jurídica se refiere al sistema de la persecución y del procesamiento penal. En este sirve para denotar especulaciones o hacer conjeturas respecto a los hechos del crimen, esto es, dirige las indagaciones penales y vincula con ella un juicio negativo: la hipótesis de la violación/infracción de la norma. En análogo sentido se le utiliza en la tradición filosófica de la sospecha, es decir, de la teoría crítica[5] o de la crítica de la ideología. Esa teoría dialéctica pone bajo sospecha ideológica todas las formas de la producción cultural inclusive ideas e ideales, teorías, moral, religión y también el derecho. En consecuencia el concepto de sospecha sirve igualmente en el ámbito filosófico para dirigir las investigaciones analíticas vinculando con ella un juicio negativo: el reproche hipotético de la violación de normas de la verdad o mejor, la suposición de representar *falsa consciencia* sic (Marx).

La sospecha en sí dirige todo cuestionamiento de las apariencias simbólicas, su *"Hinterfragung"* (adorno) y al mismo tiempo se propone la restitución de la verdad deformada. En este sentido metodológico debe ser analizada una sospecha fundamental contra el Derecho ecológico de nuestro tiempo. Obviamente considerando la radicalidad y superdimensionalidad de esa sospecha puede sólo *polémicamente* investigarse la cuestión de la vinculación del Derecho ambiental con el fenómeno megacriminal de la destrucción de la biósfera de nuestro planeta.

Correspondientemente radical es la formulación de la hipótesis de la sospecha. Los análisis del mundialmente establecido Derecho ecológico y su ejecución a través de la política en el Estado y la sociedad, nos muestran que por decenios el denominado Derecho ambiental nos había creado falsas expectativas. Sus propósitos son nobles mas sus efectos dudosos. Él no posee la capacidad ni la potencia ni es portador de la voluntad para solucionar algunos de los innumerables problemas de la posmoderna ERA atoquimicogenética.

Al final del siglo XX no cabe duda que la humanidad —desde el "primero" hasta el "cuarto" mundo— se encuentra en la madeja de una civilización determinada por el progreso tecno-

---

4. Cf. **Manfred Wöhlcke**, Umweltzerstörung in der Dritten Welt, München, 1987.

5. Véase p.e. **Max Horkheimer**, Traditionelle und kritische Theorie, 1937, Frankfurt, 1968; **Theodor W. Adorno**, Negative Dialektik, Frankfurt, 1966.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lógico que vive y juega con la absoluta contingencia de la existencia planetaria.[6]

El Derecho ambiental que fue creado por el Estado industrial y tecnológico para asegurar la óptima administración y prevención de los riesgos y por ende de los conflictos típicos de la actualidad no cumple su función protectora. Desde luego él contiene todos los signos semánticos para prevenir, evitar y sanear la destrucción y degradación ambiental respectivamente. Pretende aún ser la antiarma jurídica contra las fuerzas contaminadoras, el antídoto legal contra el envenenamiento químico de la naturaleza. Sin embargo, todos esos signos semánticos y sus pretensiones engañan. Frente a la mundial contaminación y degradación de la biósfera el Derecho ambiental es una arma sin municiones, un "tigre de papel" —como dicen los chinos— que lejos de tener un carácter instrumental, sólo posee un carácter simbólico.

II. EL CASO DE LOS LOBOS MARINOS Y LA ENCRUCIJADA DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

Los Estados industriales y tecnológicos se encuentran en una encrucijada. Por un lado deben garantizar las condiciones para el mantenimiento de la producción industrial y por el otro lado son responsables por la conservación del medio ambiente. La relación *hombre-naturaleza* no se caracteriza en la actualidad exclusivamente por el dominio y la explotación de esta última en beneficio del primero, sino también y sobre todo por la vital salvaguarda de la naturaleza como *conditio sine qua non* de la sobrevivencia de la humanidad. La idea del progreso tecnológico ilimitado originada en los albores de la Revolución Industrial ha devenido una falacia.

A pesar del Derecho ecológico cuyo extraordinario desarrollo pareciese indicar que los Estados industriales se han decidido por priorizar la preservación y conservación del ambiente, innumerables acontecimientos demuestran lo contrario. Los bienes jurídicos protegidos por el Derecho ecológico —en última instancia la propia vida— son relegados por los intereses de la producción industrial. Es necesario entonces preguntarse cuál es la verdadera función del Derecho ecológico.

Trataré de esclarecer, a través de la óptica de un caso jurídico concreto, como el surgimiento a nivel práctico del denominado *problema ecológico* y su específica solución por medio del Derecho ha cobrado en nuestros días un carácter dramático cuando no grotesco. Me refiero al proceso ventilado hace pocos meses atrás ante el Tribunal Administrativo de Hamburgo[7] y que constituye absoluta novedad en la historia del Derecho alemán. El caso es un estreno judicial, cuyo acto principal es una tragedia ecológica. El caso es el siguiente:

Algunas entidades interesadas en la protección del ambiente entablaron, en representación de los lobos marinos —incluidos los leones y las focas— del Mar del Norte una acción contra la República Federal Alemana representada por el Ministerio de Tránsito y éste a su vez por el Instituto Hidrográfico.

La pretensión de la demanda de los lobos marinos era obligar al Estado alemán a la prohibición de la denominada "Marina de los

6. Cf. **Ulrich Beck**, Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt, 1986.

7. VG Hamburg, Beschl, v. 22.9, 1988, 7VG2499/88. Véase Dokumentation der "Robbenklage", ed. por Institut für Umweltrecht, Bremen; también Juristische Schulung, 1989, págs. 240-242.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Residuos Tóxicos" (Giftmüll-Marine).[8] La prohibición debía comprender —expresado en terminología burocrática— "el acarreo de desechos en alta mar" o —dicho en categorías ecológicas— la contaminación o polución del Mar del Norte, la cual es realizada por los navíos de empresas comerciales especializadas en el acarreo de desechos. El aludido acarreo o contaminación abarca la eliminación de los residuos tanto líquidos como sólidos de la industria —entre los cuales se encuentran ácidos tóxicos, residuos radiactivos o plásticos (PCB)— mediante diversos métodos tales como combustión, sumersión o simple evacuación.

En los fundamentos de hecho de la demanda los lobos marinos expusieron lo siguiente:

1. La población de los lobos marinos en el Mar del Norte se ha reducido drásticamente en el último año. De los originarios 8.000 sólo sobrevive un 20%, y éstos padecen de diversas enfermedades, las cuales los conducen a una muerte prematura.
2. El hecho de que los lobos marinos estén infestados por enfermedades virales o simplemente envenenados se atribuye a la eliminación en alta mar de los desechos industriales.
3. El Estado alemán es el principal responsable —según la argumentación de los lobos marinos— pues él ha contribuido con generosas autorizaciones a las empresas de servicio de limpieza industrial para la eliminación de los residuos tóxicos en alta mar y con ello a la permanente masacre y posible extinción de los lobos marinos.

En consecuencia los lobos marinos solicitaron ante el tribunal la suspensión del acto administrativo del Instituto Hidrográfico, es decir, la revocación de la autorización oficial a los servicios industriales para la eliminación de los desechos en alta mar y que además se pronunciara la correspondiente prohibición a fin de preservar el *ecosistema* del Mar del Norte.

El Tribunal —como respuesta— actuó como es propio de la jurisdicción alemana, esto es, rechazó la demanda con costas para los demandantes, los lobos marinos, los cuales eran representados por una serie de asociaciones y fundaciones para la protección del medio ambiente, tales como *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Greenpeace, World Wildlife Fund,* entre otras. En la parte de los considerandos de la sentencia se pueden apreciar en una brillante síntesis todos los argumentos de la doctrina jurídico-procesal dominante. Así, por ejemplo:

— Los lobos marinos como animales salvajes habitan en alta mar y con ello fuera del territorio soberano de la República Federal Alemana y por ende, no están sometidos a su jurisdicción.
— Los lobos marinos son animales y por consiguiente no poseen personalidad jurídica alguna. Sólo las personas naturales o jurídicas poseen capacidad jurídica y como derivado de ella la capacidad de ser parte en juicio. Ergo los lobos marinos no pueden ser demandantes. El postulado de la dogmática jurídica pandectista establecido desde Heinrich von DERNBURG (1864) considera a los animales como cosas. Donde hay cosa, no hay persona tampoco demandante y por lo tanto tampoco juez.
— Como consecuencia también en su calidad de *"cosas"* los lobos marinos, a la sazón ayunos de habla y derechos propios, son incapaces para el nombramiento de un representante procesal. Falta entonces el mandato procesal, esto es, el otorgamiento por escrito del poder a los abogados de las asociaciones ecológicas.
— Las asociaciones ecológicas tampoco están legitimadas procesalmente para ser parte de la acusación:

8. Cf. Der Spiegel Nº 37/1988.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a. Como protectores de derechos ajenos (terceros), como serían en el caso de *gestión de negocio jurídico sin mandato o curadores procesales*, no pueden fundamentar su legitimación, pues en este caso no existen derechos. Los animales son cosas y no poseen derechos propios.
b. Igualmente carecen de legitimidad como demandantes a nombre propio, —considerando que las asociaciones ecológicas no pueden pretender ser lesionadas en sus derechos subjetivos propios por el acto administrativo del Instituto Hidrográfico, como lo presupone el § 42 del Código Administrativo Procesal. Los lobos marinos son *res nullius*, no son propiedad de las asociaciones como tampoco lo es el área donde habitan, es decir, el Mar del Norte. Por ende no tienen ningún derecho o siquiera interés jurídico que requiera ser protegido —y tampoco hay lugar a resarcimiento de daño alguno— carecen, como se denomina en la tradición alemana de *Rechtsschutzbedürfnis*, del derecho a protección judicial propio.

— El Derecho alemán no contempla ningún tipo de acción popular que permita solicitar la revocación o anulación de todo acto lesivo al medio ambiente, como lo prevé, por ejemplo, la nueva Constitución de Brasil en el artículo 5, inciso LXXIII.

— Aún aceptando la veracidad de la hipótesis que las asociaciones estuvieran legitimadas para impetrar una acción con el objetivo de proteger las aguas y animales de la contaminación y con la condición —inexistente en este caso— que ellas hayan sido lesionadas en sus derechos propios se mantiene sin perspectiva la pretensión, pues en la exposición de los hechos de la demanda se establece una relación causal que no ha sido probada de manera concluyente. *No se ha probado plenamente que exista una necesaria causalidad entre la contaminación del Mar del Norte por el acarreo de materias tóxicas y la muerte de los lobos marinos.* Es más, la relación de causalidad que ha tratado de establecerse entre la eliminación de los desechos con autorización y control estatal, la cual es realizada por las empresas industriales y la muerte de los lobos marinos es —científicamente— una "aseveración vacía" que —como mera especulación— se escapa de todo control crítico. Los jueces consideraron como imposible la reconstrucción completa y contundente de la concatenación de causalidades que conducen a la extinción de la especie.

En resumen: la argumentación del tribunal, es decir el manejo judicial de las cuestiones de la causa, la autoría, la prueba, la parte legitimada, necesidad de protección jurídica, la responsabilidad, la capacidad jurídica, etc., develan la verdad escondida en esta comedia forense escenificada por la justicia administrativa de Hamburgo. El derecho vigente y los tribunales responsables de aplicarlo no condenan, sino protegen a los responsables de las tragedias ecológicas y a quienes deberían ser procesados como tales. La justicia transforma la autoría general del crimen ecológico en absolución jurídica. No existe forma más perfecta para lo que puede ser denominada la *descontaminación simbólica* de la degradada realidad de la naturaleza.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. LA IRRESPONSABILIDAD COMO SISTEMA JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL

La argumentación del Tribunal Administrativo alemán ejemplifica el hermetismo de la dominante doctrina jurídica antropocéntrica. En este fallo está resumido el horizonte de la problemática de nuestro tema, el cual en lo esencial se puede enunciar en la siguiente tesis: *El Estado moderno y la sociedad industrial conforman una comunidad de intereses la cual realiza lo que se denomina la ORGANIZADA IRRESPONSABILIDAD.*[9] Con la autorización estatal las empresas de servicio de limpieza industrial efectúan la eliminación de desechos tóxicos en el mar con plena conciencia de las consecuencias ecológicas: degradación de los mares —como lo muestra la peste de las algas—, extinción de especies marinas y hasta cambios climáticos. Es un hecho notorio desde hace muchos años la agonía ecológica del Mar del Norte por causa del veneno mortal de los desechos industriales.

Desde decenios el ecosistema marino del Mar del Norte ha sido utilizado (hasta el abuso) por los países ribereños como vertedero de basura y desperdicios de todo tipo a la sazón gratuito, es decir, exento de gastos. Éste constituye una zona libre para ser comercializada. La dimensión de las actividades contaminadoras (polucionadoras, se desprende de los siguientes datos).[10] Anteriormente ese pequeño mar tenía que *deglutir* anualmente la cantidad de 400 millones de metros cúbicos de aguas residuales no depuradas, 75 millones de toneladas de escombros (cascotes), 1.5 millones de toneladas de compuestos de nitrógeno, 1 millón de toneladas de otros tipos de residuos tóxicos tales como petróleo, fosfato, insecticidas, pesticidas, disolventes, metales pesados y materias radiactivas. Ante esta estadística de la ecocriminalidad legalizada los argumentos del Tribunal de Hamburgo devienen ridículos y cínicos. Los miles de lobos marinos penosa y atrozmente envenenados en el Mar del Norte son el indudable indicador que el antiguo paraíso de peces y mariscos enfrenta su colapso ecológico.

Aunque conscientes de esa degradación total del Mar del Norte los responsables políticos e industriales se hacen de la "vista gorda" o se complacen en los gestos del accionismo simbólico. La evidente destrucción sistemática del mar acaece mientras aumentan los foros internacionales sobre el tema ecológico, mientras políticos prometen medidas salvadoras y se expiden leyes y se contraen convenios internacionales para la protección del medio ambiente. Ni argumentos de la economía que prueban la irracionalidad e insensatez económica de la contaminación, ni argumentos éticos que conducen a concluir la inmoralidad de la destrucción de la naturaleza han podido detener la inminente catástrofe.

Parece que las instancias político-industriales se resignan en aceptar la realidad catastrófica como si fuese el destino natural de la civilización industrial.

El uso meramente simbólico del Derecho ambiental paradigmatiza esa actitud ideológica. La experiencia de 20 años de política ambiental, de abundantes legislaciones protectoras y de vastas actividades de implementación devela el fallo o debilidad intencionada de las instituciones, normas y funciones jurídicas.[11] Así, continúa el proceso ecodestructivo del Mar del Norte y de los otros espacios ambientales. En una palabra: el Derecho es parte del sistema de organizada irresponsabilidad. Éste sólo es útil para legalizar y con ello legitimar las múltiples actividades contaminadoras, las cuales

---

9. Véase al respecto **Ulrich Beck**, Gegengifte, Die organisierte Unverantwortlichkeit, Frankfurt, 1988.

10. Cf. Kloake Nordsee, en: Natur 7/1988, pág. 32.

11. Cf. **Andreas Bechmann**, Öko-Bilanz, München, 1987.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

—en términos criminológicos— se denominan *crímenes.* El Derecho ambiental sólo actúa en su dimensión simbólica al sublimar o sea normalizar la realidad de la contaminación.

Desde luego, el derecho no cumple aislado esa función simbólica. Las campañas publicitarias de la industria química y los foros internacionales también contribuyen a hacernos olvidar el palpable hecho de la contaminación. Se ha constituido un complejo y sofisticado sistema de maniobras para el engaño —incluyendo los espectáculos de los medios de comunicación, los anuncios publicitarios justificatorios, los peritajes pseudocientíficos de expertos, las varias correcciones administrativas de valores límites y los procedimientos justiciales simbólicos— tal como demuestra diáfanamente el caso de los lobos marinos.

Las normas del Código Administrativo Procesal aplicadas por el Tribunal de Hamburgo se han evidenciado como la más afectiva garantía de la inefectividad de la protección jurídica del medio ambiente. Contrariamente al lenguaje jurídico —el cual mediante sus raciocinios formales funciona como agencia de la descriminalización, esto es, la normalización de lo criminal— el lenguaje de la propia naturaleza devela, por su materialidad inequívoca, la megadimensión de la ecodestructividad: la naturaleza degradada, la atmósfera contaminada, el mar envenenado, el bosque quemado, los animales intoxicados, las especies en vías de extinción, son manifestaciones de la condición humana autodestructiva y además, en su respectivo contexto, la refutación empírico-práctica de la pretensión político-jurídica, que reclama protección y conservación efectiva por parte del Derecho ambiental. La simbología jurídica protectora del medio ambiente es en verdad la simbología de su ocupación y utilización por los intereses económicos. Tal como se manifiesta claramente en el caso de los lobos marinos, el Derecho positivo en forma de la denominada Ley de Acarreo en Alta Mar (Hohe-See-Einbringungsgesetz),[12] la cual introdujo en el Derecho interno alemán el Convenio de 1972 sobre la Protección del Medio Ambiente en relación con los desechos industriales en alta mar, es una declaración político-programática que aparentemente sólo tiene como objeto intereses utilizatorios, pero no posee ninguna fuerza normativa en la protección real y concreta de la biósfera marina. La protección del medio ambiente cede ante intereses mucho más poderosos representados en la producción industrial.

Existen otros ejemplos:

El parágrafo 324 del Código Penal alemán tipifica como delito la contaminación y el desmejoramiento de las cualidades de las aguas. Pero los autores y coautores del crimen del Mar del Norte no se configuran en la mencionada norma. Por lo contrario: La norma del Código Penal contiene un aparente defecto regulativo de gran significado: penaliza exclusivamente todo *acto de contaminación no autorizado* —tal como dice la letra de la ley—; es decir, *argumentum e contrario,* declara como legal y legítimo todo acto de contaminación autorizado por instancias estatales. Cabe al poder público autorizar la libre degradación, polución e intoxicación de la naturaleza. Así, todas las áreas —terrestres, marítimas, fluviales y espaciales— devienen esferas y medios disponibles para la eliminación de desechos. Se pueden transformar en basureros, canales de desagüe, espacios de radiactividad y emisiones de gases tóxicos. Esto es, en depósitos de libre disposición de la denominada *administración de los riesgos*[13] de la sociedad industrial. La destrucción ambiental progresiva percibida hoy en día en todas partes del mundo se realiza con la observancia de las disposiciones de normas positivizadas y en los marcos de las constituciones posmodernas. No es causal que todas

12. Gesetz zu den Übereinkommen vom 15. Februar 1972 und 29. Dezember 1972 zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch das Einbringen von Abfällen durch Schiffe und Luftfahrzeuge, vom 11. Februar 1977; además Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zu, etc., vom 7. Dezember 1977.

13. Véase Ulrich Beck, *op. cit.,* (nota 6).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las constituciones recientemente promulgadas conceden el Derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, como por ejemplo, la Constitución de Brasil de 1988 en su artículo 225.[14]

Lamentablemente —y quizás no por desconocimiento— faltan los respectivos regulamientos de ejecución y los medios procesales para hacer efectivo este Derecho constitucional fundamental. Así como ningún ciudadano alemán podría por medio del llamado a sus derechos fundamentales a la vida y a su integridad física obligar al poder público a revocar las diversas autorizaciones para el acarreo de desechos tóxicos en alta mar o para la construcción de centrales nucleares: tampoco ningún ciudadano brasileño o especialmente el indio brasileño como directamente afectado podría por el simple apelar al artículo 225 de la Constitución del Brasil sic obligar a su Gobierno a revocar y desistir del proyecto de la presa *Balbina,* Amazonia, aunque los responsables conocen perfectamente la consecuencia real de ese proyecto: la devastación forestal y la destrucción del hábitat natural del indio y por tanto su expulsión y probable exterminio.[15] Claro está, la Constitución brasileña protege al indio y le asegura la conservación de sus tierras tradicionales tal como contempla el artículo 231, pero reserva el *interés público* de la unión sobre las mismas. La Constitución —ello es lo que significa— asegura el derecho a la existencia de los indios de manera simbólica y no de forma real y efectiva.

IV. FUNCIÓN SIMBÓLICA Y FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL DERECHO MODERNO Y AMBIENTAL

La óptica anteriormente expuesta del caso jurídico práctico en el ámbito del Derecho ecológico puede fascinar y debe provocar al pensamiento iusfilosófico. Ella debe, como creo, ser motivo para reflexionar sobre la esencia y función del Derecho y, si fuese necesario, cuestionar y relativizar determinados enfoques y tradiciones.

El denominado Derecho posmoderno, esto es, el Derecho de las superindustrializadas y altamente tecnificadas sociedades muestra características que posiblemente rompan los modelos de la filosofía del Derecho o por lo menos los hagan inadecuados. Debo abordar brevemente —antes de profundizar en mi tesis— la determinación de las funciones esenciales del Derecho: a saber la distinción entre la función simbólica y la función instrumental.

El denominado Derecho moderno —Derecho formal de la sociedad burguesa— es en todas sus expresiones un Derecho orientado a fines racionales. Es un Derecho de racionalidad finalista, o mejor, teleológico-racional, *zwecksrationales Recht* como expresaba Max WEBER. Como *Derecho privado* cumple el imperativo funcional adecuado a un sistema económico centrado y regulado por mercados libres y el tráfico de mercancías y es, en palabras de J. HABERMAS, concebido para dar lugar "a la racionalidad estratégica de los sujetos jurídicos orientados a/y por fines racionales en sus actuaciones". Su núcleo es la garantía institucional de la propiedad privada con las garantías conexas a ella, tales como, libertad empresarial o libertad económica en general, el Derecho de contratación y el Derecho de sucesión.

14. Véase al respecto **Wolf Paul,** Die Brasilianische Verfassung von 1988, Frankfurt-Bern-New York-Paris 1989.

15. Véase **Manuela Carneiro da Cunha,** Os direitos do Indio. Ensaios e Documentos, São Paulo 1987; sobre la situación ecológica véase: Meio Ambiente, Pará Desenvolvimento Nº 23/1988, ed. por Instituto do Desenvolvimento Económico-Social do Pará.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Como Derecho público el Derecho moderno se adecua y cumple el imperativo funcional del Estado-sociedad industrial. Esto es, apoyado en un centralizado, competente, especializado y organizado aparato administrativo garantiza las condiciones esenciales del libre, autónomo y privado orden económico. En este sentido el Derecho moderno es el instrumento de la racionalidad sistémica de la libre sociedad de mercado. En condición de tal mantiene el *status quo*, promueve sus condiciones de desarrollo y controla disfunciones y regula los riesgos.

A las funciones del Derecho moderno le corresponden los siguientes rasgos teleológicos-racionales y técnicos instrumentales:

1. *Es un Derecho positivo:* Un legislador soberano regla las relaciones sociales de manera que transforma los imperativos de la racionalidad sistémica en leyes formales. El soberano crea un Derecho positivo, esto es, codificado y expresado simbólicamente.
2. *Es un Derecho general:* Consiste en normas obligatorias generales con validez para y contra todos y es por ello legitimado como expresión de los intereses generales. Crea calculables previsiones y orientaciones externas para la actuación (garantiza la igualdad formal ante la ley, por ejemplo) las cuales son independientes de valoraciones morales, poseen simplemente validez formal. Se deja, no obstante, una área neutral de libertad en la que es permitido todo lo que la ley no prohíbe. El área de la autonomía privada.
3. *Es un Derecho formal, operacional y profesional:* La creación y aplicación del Derecho es exclusiva ocupación de entendidos profesionales y asociada con procesos altamente formalizados. El Derecho moderno —en virtud de la racionalidad y sistematización de las normas, la coherencia dogmática, la conceptualización analítica, la unidad y estricta deductividad del pensamiento jurídico, y en virtud igualmente de la uniformación y estandarización de los criterios de valoración— se convierte en un Derecho operacional con características que nos hacen pensar en formas de automatismo.

Las cualidades formales del Derecho aquí puntualizadas permiten su uso instrumental a través de la política en la sociedad y en el Estado. Principalmente se presenta el Derecho como el medio del poder público para el logro de deseables condiciones de estabilidad política y social. Por medio de la legislación se intenta dirigir el comportamiento de los destinatarios de las normas, ya sea a través de incentivos, permisiones o prohibiciones con el fin de lograr los efectos calculados y previstos. Asimismo se controla el éxito de las leyes mediante la implementación administrativa y su eficiencia social se mide en el cumplimiento de sus fines. Los legisladores modernos —orientados por este espíritu instrumental de las leyes tal como se muestra especialmente en la legislación sobre protección del medio ambiente en todos los países— son convertidos en *super-hiperproductores* de leyes. En los últimos quince años, verbigracia, se ha consolidado en la República Federal Alemana el *Derecho ambiental* como derecho autónomo: Es un conjunto de derechos civiles, penales, administrativos, procesales y constitucionales. Sus bases se conforman con la obra legislativa que, según mis estima-

16. Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts, en: Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus, Frankfurt, 1976, págs. 260 y sigu.

17. Véanse mis trabajos Acerca de la Actualidad de la Teoría del Derecho Natural, en: Boletín de la Asociación de Filosofía del Derecho, año 4, Nº 45, junio de 1987, La Plata, Argentina, págs. 3-7; Os Riscos da Civilização tecnológica e a Actualidade do Direito Natural, en: Revista do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, Pará, Brasil, Nº 1, ano 1, 1988, págs. 27-37.

18. Véanse al respecto **Klaus Michael Meyer-Abich**, Wege zum Frieden mit der Natur. Praktische Naturphilosophie für die Umweltpolitik, München-Wien, 1984.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciones, supera más de trescientas (300) unidades de leyes, decretos y reglamentos. Se ha originado igualmente una voluminosa infraestructura institucional con sus propias técnicas administrativas para la ejecución y control estatal de relevantes comportamientos ecológicos de los empresarios, de las comunidades y de los ciudadanos en general. Surge entonces un nuevo tipo de conflicto social del que se ocupan todas las ramas de la justicia, desde la jurisdicción administrativa, civil, penal y social, hasta la jurisdicción constitucional. En el campo jurídico, por otra parte, se pueden designar nuevos roles profesionales: policías y abogados, profesores, jueces y fiscales del Derecho ambiental, así como también nuevas cátedras y textos de la dogmática del Derecho ecológico. Esta muy alemana realización del Derecho ecológico ha encontrado muchas imitaciones y está en ciernes el estadio de su europeización.

El *leit motiv* impulsador del más reciente desarrollo en el campo del Derecho puede ser resumido iusfilosóficamente así: *el medio ambiente y/o la naturaleza* son descubiertos como valores éticos y ante su ostensible destrucción se declara la absoluta protección de ellos *redefinidos como bienes jurídicos.* La quasi consagración iusnaturalista del valor fundamental de la naturaleza o sea del Derecho natural de la naturaleza fue transformado en Derecho positivo, es decir, instrumentalizada. La protección de la naturaleza es normada por la creciente codificación e implementada mediante la administración ejecutiva.

En conclusión: por su cualidad como protección técnico-formal, por su tratamiento profesional, su forma operacional y su presuntiva potencia capacidad de controlar la conducta social ecológicamente peligrosa se presenta el Derecho ambiental como el principal instrumento para garantizar la convivencia pacífica y armónica entre la humanidad y la naturaleza.

Al Derecho estatal se le ha atribuido la función instrumental de contrapoder contra las fuerzas omnipresentes de la destructividad o sea la capacidad de "defender y preservar un medio ambiente ecológicamente equilibrado para las presentes y futuras generaciones".

V. EL DILEMA DEL DERECHO AMBIENTAL SIMBÓLICO

La idea que la legislación política es la práctica de la eticidad jurídica y que el Derecho en su función instrumental constituye la base de toda la organización del Estado y de la sociedad está yacente en la tradición iusfilosófica europea desde Platón. Esa misma idea preside asimismo la determinación de la función histórica del Derecho natural racional desde Hobbes hasta Hegel y está presente en las grandes codificaciones europeas de los siglos XVIII y XIX, las cuales se entendieron como la positivación del Derecho natural burgués. La necesaria pregunta sería si, con esa idea tradicional, se pueden también explicar o comprender los posmodernos desarrollos legislativos tales como las codificaciones del Derecho ambiental. Si el Derecho ambiental puede ser entendido como la instrumentalización de la eticidad ecológica bajo las condiciones del superindustrialismo y de las tecnologías de alto riesgo.

Cierto es que las legislaciones formales del Derecho Ambiental están fundamentadas en la idea codificatoria tradicional. Sin embargo, no

---

19. Art. 225, Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1988.

20. Cf. **Franz Wieacker**, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen, 1967, §§15 y sigus.

21. Cf. **Ulrich Beck**, *op. cit.* (nota 9).

22. Actualmente se organiza una cruzada en favor de la última frontera ecológica del planeta: de la Antártica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cabe duda que sólo realizan esa idea y cumplen sus funciones de una manera dilemática. El dilema proviene del antagonismo económico-ecológico que es propio de las sociedades industriales. El Derecho Ambiental corporifica la racionalidad específicamente ambivalente de la época industrial, la cual disfruta excesivamente del progreso tecnológico y de la elevada calidad de la vida bajo las amenazas de las catástrofes ecológicas.

En otras palabras: corporifica la racionalidad específica del sistema predominante de la organizada irresponsabilidad.

El Derecho Ambiental desempeña su función instrumental y efectiva cuando se trata de la utilización económica del medio ambiente, del uso y consumo, de la explotación, distribución, administración, organización, información, determinación de los valores límites contaminadoras, etc. Pero —al contrario— el Derecho Ambiental sólo opera simbólicamente cuando se trata de la decisiva y efectiva protección, conservación y preservación del medio ambiente y cuando se trata de la decisiva y efectiva intervención en los procesos de la ecodestructividad megadimensional. La progresiva ocupación, degradación y destrucción de los ecosistemas, espacios y medios ambientales se realiza en gran medida legalmente, con observancia de las disposiciones legislativas y administrativas. Por eso el Derecho ambiental puede ser considerado como la forma de la descontaminación simbólica de la realidad contaminada.

El *interés ecológico* es sólo simbólicamente protegido. El derecho ecológico estatal pone en escena una pseudo-realidad. Su expresión simbólica en forma de obras legislativas, declaraciones eco-constitucionales, instituciones, actos administrativos y decisiones judiciales crean la impresión que existe una actitud y completa asistencia y prevención ecológica de parte del Estado y con ello se reproduce al mismo tiempo la lealtad y confianza de los ciudadanos en el sistema.

Los símbolos jurídicos poseen —en este sentido— una función *manipulativa*. Crean deslumbramiento, tranquilidad e ilusiones. Ellos representan una fictiva realidad y estructuran una falsa conciencia forjadora igualmente de autoengaño. Los propios políticos, legisladores, jueces y funcionarios del Derecho ambiental no sólo son "productores", sino también víctimas de sus interpretaciones simbólicas de la realidad ecológica. En su imperturbable creencia en las pretensiones normativas y las posibilidades instrumentales del Derecho ecológico sustituyen *la real situación del Ser por la fictiva situación del Deber Ser*. El Derecho ecológico y su aplicación se muestran como una multidimensional y deslumbrante obra, como la racional industria de la ilusión en la cual nadie puede distinguir entre apariencia y realidad.

La protección del medio ambiente como tarea histórica de la Humanidad —que irrumpe desde la mitad de los años setenta— parece ser hoy en todos los Estados tanto del primer como del tercer mundo una simbólica Cruzada escenificada en todos los espacios del planeta. En ella se realizan batallas, se propagan victorias y se declara el perpetuo control del enemigo. Un presunto enemigo con el cual ni se tiene ni se tendrá contacto, pues él se expresa en la estructura imponente y trágica de inviernos atómicos, catástrofes climáticas, desertificaciones de amplias zonas de la tierra, mares contaminados, extinción de especies, y otras monstruosidades análogas nacidas del sueño de la razón humana y desenfrenada por el sistema de *irresponsabilidad organizada*. Somos testigos —y como juristas del Derecho ambiental o ecológico lo experimentamos— de una muy antigua verdad iusfilosófica: *Fiat iustitia pereat mundus*.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL PODER JUDICIAL EN COSTA RICA: TRAYECTORIA DE DERECHO, PAZ Y JUSTICIA*

WÍLBERTH ARROYO A.**

Al Lic. Óscar Ugalde Miranda, gran compañero, gran amigo y gran juez. Como un pequeño abono a una inmensa deuda.

Se cuenta que para 1821, el año en que nos independizamos de España, según censos de la época, San José contaba con alrededor de quinientas casas y unos dos mil habitantes. Según viajeros de estos años, la ciudad tenía el aspecto de un pueblo pequeño "...con calles estrechas, dispuestas en cruz, techos de tejas coloradas. Había astas de banderas, uno que otro campanario y, sobre todo, relucientes penachos de verde follaje que brotaban por entre los tejados rojos, aquí y allá, arriba y abajo, por todas partes. Dos límpidos y cristalinos riachuelos eran los límites naturales de la ciudad". (GUIER, Jorge Enrique).

"Los edificios más importantes de la ciudad eran las iglesias y los que albergaban a las oficinas de gobierno. En una orden de la Asamblea de 31 de marzo de 1827, dirigida al Ministro General, se quejaba aquella que sus funciones se llevaban a cabo 'con la mayor incomodidad e indecencia en un caedizo bastante angustiado'. La Corte, pues, no sería extraño que estuviera actuando en una de esas habitaciones de adobe encalado de blanco, con piso de ladrillo rojo con ventanas de barrotes de madera, ornamentadas con estrías diseñadas a escopio, que giraban sobre espigas de madera.

En esa sala, vientre de nuestro Poder Judicial, el moblaje no pasaría de ser dos o tres escaños de alto soporte, bruñidos por el largo uso, una mesa central de pesadas patas, unas cuantas butacas de cuero curtido unos pocos libros estarían esparcidos en la gran mesa, algunas plumas de ave para escribir, arenilla para secar tinta y papel sellado grueso, como de algodón, con flamantes sellos en las esquinas". (GUIER, Jorge Enrique).

En opinión de un ilustre historiador nacional "...a pesar de la pobreza, de la desidia, de su indecisión, el costarricense desde el momento de su independencia, pensó en la estructuración de su estado. Para tal objeto, en el Pacto de Concordia, de 1 de diciembre de 1821, decidió construir ese Estado soportándolo sobre bases y principios que garantizaran a esta provincia la libertad, la unidad, la seguridad y la tranquilidad. Tuvo cuidado el legislador de entonces de pensar en la integridad que debía tener el Poder Judicial pues siendo el llamado a hacer justicia no podía estar en

* *Artículo escrito cuando el autor era Juez Superior de la República, en 1990.*

** *Consultor de ILANUD.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

manos de la misma Junta de Gobierno sino de una autoridad distinta. Fue así que, en lo judicial, se respetó lo que venía de la colonia y se dispuso expresamente en nuestra primera Constitución Política que 'los jueces constitucionales administren pronta y rectamente justicia conforme a la Constitución española y leyes existentes', así como que no hubiera 'lesión ni atraso en la administración de justicia'". (GUIER, Jorge Enrique).

En un decreto de 24 de setiembre de 1824 se dice por primera vez en nuestra historia patria que el "Supremo Poder del Estado estará siempre dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial", asimismo que esta última función estaría en manos de una "Corte Superior de Justicia". No menos problemas surgieron para integrar dicha Corte en el naciente Estado costarricense que no contaba con abogados o letrados aptos para desempeñar tan delicadas funciones. No obstante, se hicieron las elecciones y ante el hecho de que los candidatos no alcanzaron la mayoría de votos necesarios, el Congreso decidió la integración de la Corte con un presidente, un fiscal, tres ministros y dos suplentes. Sin embargo, la Corte no se instaló pues los designados no aceptaban el cargo, por una u otra razón. No fue sino después de tantos problemas que el 30 de setiembre de 1826 que la Asamblea Constitucional ordenó que, al día siguiente, se instalara la Corte y así se hizo, el 1 de octubre de ese año.

La estructuración de la Corte y del Poder Judicial, por la suprema función que se le encomienda "administrar justicia" y de hacerlo en forma "pronta y cumplida", ha sido una preocupación constante hasta nuestros días. Ya, desde un decreto de la Asamblea Constitucional del Estado Libre de Costa Rica de 25 de enero de 1826, se emitió el "Reglamento para la Administración de Justicia en cualquier instancia" y el 5 de diciembre de 1826, ya instalada la Corte, se promulga el "Reglamento Interior de la Corte Superior de Justicia, que entre sus disposiciones que llaman la atención están el artículo 5 que ordena que los jueces debían asistir a la Sala vestidos de negro, debiendo permanecer en ella "con circunspección y compostura prestando toda su atención a los negocios que vean sin interrumpir al secretario en el ejercicio de sus funciones". Vale decir, asimismo, que en esos primeros años en que da inicio nuestra primera Corte Superior de Justicia, ésta le comunica a la Asamblea su instalación a la vez que le hace saber que lo hizo "...bajo los auspicios y protección de María Santícima (sic) de la Concepción".

De una y otra manera como se le ha llamado, Corte Superior de Justicia, Cámara Judicial, en la Ley de Bases y Garantías o Código General de Carrillo de 1841, Tribunal Superior de Justicia, en un decreto de 1842, hasta llegar a la actual denominación de Corte Suprema de Justicia, que se emplea por primera vez en la Constitución Federal de 1844, ella como jerarca máximo del Poder Judicial no han cesado de cuestionarse una y otra vez su estructura y organización: nuevos reglamentos internos de la Corte, leyes orgánicas que vienen después, siendo la primera la número 4 de 18 de febrero de 1852, nuevas leyes civiles, penales, laborales y de otras materias; se ponen y se quitan jurados; se hacen verbales los juicios o se vuelven a poner por escrito; se crean más oficinas judiciales; se nombra más personal; se capacita mejor a los jueces y demás funcionarios para que realicen mejor su labor, se fortalece la infraestructura administrativa con igual fin, y todo ello no refleja sino una preocupación del costarricense porque se haga realidad un principio que se expresa en todas nuestras constituciones políticas, desde la de 1821 hasta la hoy vigente de 7 de noviembre de 1949 que dice en su artículo 41:

> "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

Hace ya ciento cinco años, en 1888, y dentro de la reforma importante que ha sufrido el Poder Judicial, desde su creación, está una nueva Ley Orgánica de Tribunales y una reforma a la Constitución de 1871 que crea una Corte de Casación con cinco miembros y dos salas de apelaciones con tres miembros cada una.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En opinión de algunos "...El especial papel del sistema judicial dentro de la historia costarricense, la preferente tutela jurídica que se le ha dado, el respeto que ha llegado a merecer, pueden entenderse a partir de la constatación en el alma costarricense de 'un sentimiento de legalidad, de modo de sentir y reaccionar con apego y familiaridad frente a la ley, incorporado a la sicología de un pueblo'". Muy ilustrativas resultan las palabras del ilustre catedrático español Constantino Láscaris: "En un mundo es muy raro encontrar comunidad humana en la que haya a la vez, libertad y convivencia. Las hay, pero escasean desgraciadamente. Costa Rica es una población cuya vida en común consiste en respetarse mutuamente y esto me gustó". Se ha dicho que "Costa Rica es un país en el que el campesino, en lugar de resolver sus diferencias con el vecino mediante una lesión corporal, resuelve sus diferencias en los Tribunales de Justicia". (PÉREZ VARGAS, Víctor).

En otras palabras, el sistema judicial costarricense se muestra siempre cambiante a las épocas; son muchas las reformas que ha tenido y las que se han dado y vendrán en estos últimos tiempos, lo que reafirma lo dicho: la estructura y organización del Poder Judicial debe cambiar, en forma constante, para estar acorde con los cambios políticos, sociales, económicos y culturales del país; el aumento de la población, la complejidad en las relaciones comerciales, el increíble avance en las telecomunicaciones y en general el desarrollo vertiginoso de la ciencia; la automatización en los servicios, todo ello contribuye a que sean necesarias una y otra reforma a esta parte del Estado. De ahí que se afirme acertadamente que: "Desde que el hombre se organizó en sociedad buscó al otro que dirimiera sus conflictos; esto ha sido siempre difícil y nuestro país no se ha escapado de la dificultad. Si examinamos el siglo XIX, el Estado costarricense pronto organizó y tuvo muy claro cómo estructurar el Poder Ejecutivo y al Legislativo, pero el Judicial fue un problema tras otro, un traspié y más equivocaciones y todavía podría verse que estamos haciendo esfuerzos para organizar ese sector del Estado, cuando ya los otros están sólidos en su definición. Esto se debe, tal vez, a que el derecho y la justicia son cuestiones muy delicadas, graves y tenues, que se contraponen a la meridianidad de la política y a la facilidad de ejecución de las obras". (GUIER, Jorge Enrique).

El siglo pasado aporta grandes reformas al sistema judicial concebido en los albores de nuestra independencia, incluyendo trascendentales legislaciones como lo fue nuestra primera codificación de leyes, el Código General de Carrillo de 1841; asimismo el Código de Comercio de 1853; en 1873 se dicta la primera Ley Especial sobre Jurado; la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1852; el Código Fiscal en 1885; el Código Penal de 1880 y en 1888 entra a regir el nuevo Código Civil y de Procedimientos Civiles entre otras leyes, siendo de especial importancia la reforma que de la Corte se hace el 19 de mayo de 1886 con la "enmienda" a la Constitución Política de 1871 que la organiza en una Corte de Casación con cinco miembros y dos salas de apelaciones con tres miembros cada una.

Este siglo, igualmente, ha sido rico en reformas a nuestro Ordenamiento Jurídico y por ende al sistema judicial que rige. Desde el Código de Procedimientos Penales de 1910, las reformas al Código de Procedimientos Civiles en 1933 y 1937 que, entre lo más importante, crea el llamado recurso de inconstitucionalidad, de conocimiento de Corte Plena; el Código de Trabajo de 1943; en 1975 el nuevo Código de Familia hasta las reformas a la reestructuración de la Corte en 1940 en que se aumentó el número de magistrados a 17; en la Constitución Política de 1949 se crea la nueva Jurisdicción Contenciosa Administrativa; en 1959 por Ley 2345 de 24 de mayo de ese año, se reformó la Constitución y se le asignó al Poder Judicial, conforme al artículo 177, una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico; en 1921 por ley que entra a regir el 1 de enero de ese año, se crea la Inspección Judicial que según Ley número 6761 de 18 de mayo de 1982 es un órgano de la Corte cuyo fin es ejercer un control regular y constante sobre todas las dependencias del Poder Judi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cial y vigilar el cumplimiento de los deberes de los servidores judiciales. En 1967 se crea la Oficina de Defensores Públicos con la reforma que sufre el artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con Ley 4322 de 11 de febrero de ese año, se creó el cargo de "actuario judicial", como auxiliares a la función que realiza el juez respectivo pero gozando de independencia funcional y responsabilidad propia. En 1973, créase el Ministerio Público como dependencia del Poder Judicial con la función primordial de ejercer la acción penal pública además de practicar la información sumaria previa y, en ciertos casos, ejercer la acción civil. En 1973 por Ley 5229 de 12 de diciembre de ese año se crea el "Organismo de Investigación Judicial" como auxiliar de los tribunales penales en el descubrimiento y verificación científica de los delitos y de sus presuntos responsables. En 1971 se crea el Digesto Judicial como órgano judicial que tiene como función principal recopilar en forma organizada y sistemática para uso del público en general las principales resoluciones dictadas por nuestros más altos tribunales. Mediante Ley 6152 de 18 de noviembre de 1977, reformada en 1981, se crea la Dirección Administrativa del Poder Judicial como órgano subordinado a la Presidencia de la Corte dependiendo de dicha unidad todas las otras oficinas judiciales administrativas, con algunas excepciones.

De gran importancia para la mejor función que realizan, en general, los servidores judiciales, es la creación, en 1981, por Ley 6593 de 6 de agosto de ese año, de la Escuela Judicial que se define como un órgano del Poder Judicial que busca capacitar mejor a todos los servidores judiciales desde los jueces hasta el personal administrativo.

En 1982 por Ley de ese año 6734 de 29 de marzo, se crea la Jurisdicción Agraria, a la que le corresponde en forma exclusiva conocer y resolver definitivamente sobre los conflictos que se susciten con motivo de la aplicación de la legislación agraria. En infraestructura, en 1982, se concluye el circuito judicial de San José, que, con el vivo empeño de don Evelio Ramírez, ex magistrado de esta Corte, se había iniciado el 21 de octubre de 1961, conforme a la Ley 2105 de 21 de enero de 1957.

Hay que resaltar la profunda reforma que se dio en el año de 1980 con la que se hizo una reorganización de la Corte Suprema de Justicia, por Ley 6434 de 22 de mayo de ese año, que reformó, al respecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, que derogó el capítulo III y con ello la antigua Sala de Casación, que, como se indicó arriba, se creó en 1886, y organiza a la Corte en tres Salas especializadas: La Primera, en asuntos civiles, mercantiles y contencioso administrativos, entre otras materias; la Segunda que conoce de asuntos de familia y laboral, fundamentalmente, y la Tercera, en materia penal. Los magistrados de las Salas, que suman diecisiete, juntos componen la Corte Plena que como tal es el superior jerárquico del Poder Judicial. Después de nueve años, se reformó nuestra Constitución Política en sus artículos 10, 48, 105 y 128, con lo que se crea la Sala Cuarta de la Corte, con lo que cambió, de nuevo, la estructura de ella. Se varía el número de magistrados que se mantiene desde 1940 en diecisiete y pasa a veintidós. Esta Sala es sin duda un gran acontecimiento para la vida institucional del país, pues marca una nueva era en el derecho patrio, que traerá especiales repercusiones en la vida de relación de los costarricenses. Como lo fue la creación de la Sala de Casación hace más de cien años, la creación de la Sala Constitucional marca un hito en la historia patria, pues Costa Rica se constituye en el primer país en Latinoamérica que le encarga a una Sala de este rango la competencia absoluta en materia constitucional. Para ello se aprueba la Ley de Jurisdicción Constitucional Nº 7128 de 18 de agosto de 1989 y sus reformas, que le da contenido a las funciones que tiene esa Sala, la que estará compuesta por siete magistrados. Ley que es derogada por una nueva de la Jurisdicción Nº 7135 de 11 de octubre de 1989.

Decíamos que hace poco más de diez años se dieron importantes reformas a la estructura de la Corte, así como en la década del ochenta se crearon una serie de dependencias dentro del Poder Judicial, de orden jurisdiccional, administrativo o académicas que revelan

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una actitud de cambio, sobre todo por parte de la misma Corte ante la cambiante época que vivimos. No obstante, —hay que admitirlo—, los acontecimientos que se dieron en los últimos años de la década pasada*** y que repercutieron en la vida política nacional provocaron lo que la prensa nacional llamó "la revolución del Poder Judicial" y que se inició con la aprobación de la ley que reforma la Constitución Política y crea la mencionada Sala Constitucional y con la aprobación del Código Procesal Civil, estando en el orden del día de la Asamblea Legislativa, para su aprobación final, otros proyectos de igual envergadura así como de larga fecha, la Ley Orgánica del Ministerio Público, una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Carrera Judicial, un conjunto de reformas penales que incluye la creación de un Tribunal Superior de Casación Penal, con la doble finalidad de adecuar nuestra legislación a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, permitiendo, mediante una reforma al Código de Procedimientos Penales, el recurso de Casación cuando medie sentencia condenatoria por cualquier delito y sustraer asuntos de poca relevancia del conocimiento de la Sala de Casación Penal; además se reforman dos importantes leyes: la "Ley de Extradición" y la "Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Sicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas". En la justicia civil, se crea la Sección Tercera en el Tribunal Superior Contencioso Administrativo para que conozca de los recursos que se interponen contra las resoluciones que dicta el Registro Público de la Propiedad Industrial. Asimismo, la creación de más tribunales y jurisdicciones hacen necesario la revisión integral de la Ley Orgánica del Poder Judicial; sobresale en esta revisión la creación de un ente administrativo dentro de la estructura del Poder Judicial, denominado Consejo Superior del Poder Judicial; además se sistematiza el régimen disciplinario de funcionarios que administran justicia y los miembros de ese Consejo; se incorporan a esta nueva regulación los Tribunales Superiores, se eliminan instituciones obsoletas y se adecua a las necesidades actuales la oficina de la Inspección Judicial. En esta corriente de modernizar al Poder Judicial se propone la llamada Ley de Carrera Judicial que garantice la estabilidad, probidad y excelencia de los funcionarios judiciales; se reforma la Ley de Salarios con la finalidad de que se permita la fijación de salarios de este Poder en correspondencia a su propia escala salarial así como se proyecta una reforma a la Ley de Socorro Mutuo para adecuar la prestación que por ese rubro deben hacer los servidores judiciales.

Se ha sostenido que "La evolución de las instituciones jurídicas y, en particular, la de la administración judicial, sólo resulta comprensible dentro del marco del desarrollo cultural y axiológico de cada comunidad; cada innovación responde a las valoraciones sociales circunstanciales y a la acción de seres humanos concretos, juristas y políticos, que, encarnando los contenidos del alma popular o visualizando proféticamente nuevas posibilidades, han promovido las transformaciones". (PÉREZ VARGAS, Víctor).

Efectivamente, esos cambios más o menos profundos pero no menos importantes, que constantemente se dan a la estructura y organización de la Corte, de los distintos tribunales de justicia del país, de la infraestructura administrativa y de las reformas a nuestro derecho, incluyendo nuevas leyes procesales, como el Código de Procedimientos Civiles, cuya redacción estuvo en manos de tres experimentados jueces, dos de ellos magistrados, no reflejan sino el "papel dinámico" que el jerarca del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia, ha tenido en estos propósitos innovadores. De ahí que, un abogado nacional ha sostenido que todos los logros habidos "...son expresión de

*** *Primer Informe de la Comisión Legislativa que investigó el narcotráfico en nuestro país y en el que se pide la renuncia de varios magistrados. La renuncia que hace la mayoría y el despido que hace la misma Corte Plena de varios funcionarios y que tiene eco en la opinión pública nacional.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una valoración social, objetivamente constatable en el ambiente costarricense, de la que resulta un profundo respeto hacia el Poder Judicial y a menudo un orgullo nacional de su existencia y realidad; esta positiva apreciación ha llevado a nuestros Constituyentes legisladores y políticos a dotar a la función jurisdiccional de la máxima garantía y de los recursos humanos y materiales necesarios para el óptimo desempeño de sus cometidos". Asimismo, "puede decirse que las grandes transformaciones de los últimos años inducidas casi todas por el Poder Judicial revelan una actitud progresiva, favorable al cambio, diligente para responder a las nuevas necesidades de la época y del futuro", (Pérez, Víctor) de modo que se ha encomendado a nuestros tribunales la labor de administrar justicia en forma pronta y cumplida, en otras palabras, de realizar sin retrasos injustificados y con apego a la ley la función jurisdiccional que nuestra Constitución Política le asigna al Poder Judicial.

¿Y qué es la función jurisdiccional? ¿Qué es lo que hace el juez? ¿Por qué en toda comunidad de seres humanos debe existir un juez?

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador nos dice: "Está fuera de toda discusión que el hombre necesariamente tiene que vivir en sociedad, no puede hacerlo de otra manera; no es posible imaginarlo viviendo solitariamente ni aun en las épocas primitivas, pues su misma naturaleza y su propia debilidad física, lo ha obligado a vivir comunitariamente, primero dentro del grupo familiar, después dentro del clan, la tribu, la ciudad, etc., hasta llegar a los grupos más complejos de organización social. En este proceso evolutivo, destacan dos características:

a) La gradual estabilidad de los grupos sociales, que culmina con su afincamiento definitivo en un territorio determinado y
b) El aumento constante en el número de sus miembros. Ambas traen consigo como consecuencia lógica una mayor complejidad en su organización interna".

Del mismo modo, podemos observar que dos son las funciones fundamentales que se destacan en toda agrupación social; una que tiene como finalidad el mantenimiento del orden interno; y otra, cuyo propósito es la organización de la defensa del grupo frente a otros grupos humanos y ante elementos extraños. Ambas funciones se complementan entre sí, pues la historia nos enseña que los grupos que han logrado una mejor organización interna han obtenido un desarrollo mayor y, como consecuencia de ello, mayor capacidad de defensa y superiores posibilidades de supervivencia.

Concretándonos a la primera función, es decir, el mantenimiento del orden interno, podemos afirmar que para realizarla ha sido, y es indispensable ejercer las actividades básicas siguientes:

En primer término, surge la necesidad de dictar normas de conducta que, de una manera general y obligatoria, regulen la actividad de los integrantes del grupo (actividad legislativa); luego, la de crear un organismo especializado, capaz de aplicar la norma general al caso concreto (actividad jurisdiccional); y, por último, la existencia de otro organismo, especializado también, encargado de obtener los medios necesarios, a fin de poder prestar los servicios públicos indispensables para el mantenimiento y adecuado desarrollo del conglomerado (actividad administrativa). Estas actividades fundamentales se complementan entre sí y son esenciales para la existencia y organización interna del grupo social. Y, en los Estados modernos, las tres funciones convergen en un mismo objetivo: el mantenimiento de la paz y tranquilidad social, mediante el imperio del Derecho, la justicia y la equidad.

Puesto que a nuestro cargo está el ejercicio de la función jurisdiccional, creemos conveniente hacer un somero análisis acerca de la naturaleza y finalidad de la misma.

Dentro de un Estado de derecho toda actividad está, o debe estar, regulada por normas legales, normas que son de distinta naturaleza, según sea la de aquella que regulan. En primer término encontramos los preceptos constitucionales, que tienen prioridad sobre los demás ordenamientos legales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ellos determinan la organización fundamental del Estado; las facultades de los organismos que lo integran; los principios esenciales de la organización social, económica y administrativa; así como el Régimen de los Derechos Individuales y el de los derechos sociales. Las demás leyes, llamadas secundarias, desarrollan los principios constitucionales, regulan las distintas actividades y relaciones de los particulares entre sí, y de éstos con el Estado; lo mismo que el funcionamiento de los organismos administrativos.

Esto es así, porque el hombre, como ya lo hemos expresado, por su misma naturaleza necesita vivir en sociedad; desarrolla toda su actividad no de manera instintiva, sino por medio de actos volitivos conscientes, los cuales en determinadas circunstancias, pueden entrar en conflicto con actividades similares de otros seres humanos. Por ello se hace indispensable la existencia de regulaciones tendientes a evitar que se produzcan esos conflictos, o a que, en caso de producirse, encuentren solución, fundamentada en las normas legales y en el ideal de justicia.

Surge así, como presupuesto indispensable, la necesidad de crear un organismo especializado, con autoridad suficiente para resolver tales conflictos y obtener el restablecimiento del orden jurídico.

La anterior es, sin duda, una de las formas más simples de exponer en qué consiste la actividad jurisdiccional, considerada en el más objetivo y característico de sus aspectos. Nos referimos a la facultad de solucionar conflictos cuando se pretende que la norma legal ha sido violada o mal interpretada.

Desde luego, no pretendemos afirmar que la actividad jurisdiccional se reduce únicamente a la facultad de resolver conflictos; sabemos que su cometido es mucho más amplio, pero sí, que el concepto expuesto es suficiente para nuestro propósito, pues lo que perseguimos es hacer resaltar que sin la existencia de un organismo imparcial e independiente, capaz de restablecer el orden jurídico, de nada serviría que se dictasen leyes sabias si, por otra parte, careciésemos de jueces competentes que sepan aplicarlas. Sin ese organismo, la vida en sociedad se tornaría un caos, puesto que cada miembro del grupo humano trataría de imponer su voluntad; y en tal caso, aun cuando no tuviera la razón, prevalecería casi siempre la del más fuerte. En fin, sin ese organismo, todo desarrollo económico y social sería nulo, pues ante la inseguridad de conservar o recuperar sus derechos, la actividad humana se traduciría en constante agresión y defensa; en permanente angustia e incertidumbre.

> "Es imperativo que toda duda, todo conflicto que surja en cuanto a la aplicación de la norma legal, sea resuelto por un tercero extraño a las partes en discordia, un tercero que, además de ser imparcial, tenga la especialidad adecuada para poder interpretar y aplicar la ley al caso concreto; que tenga no sólo la independencia necesaria para resistir la presión de los intereses en conflicto, sino también la autoridad suficiente para hacer efectivas sus decisiones. Ese tercero, en un Estado de Derecho, no puede ser otro que el Organismo Judicial, el cual es el único que puede y debe reunir tales atributos". (ARIAS, Armando).

Por tal razón debemos entender que es el "juez", como representante del Estado en la solución de los conflictos que surjan entre los miembros de una comunidad, el único que está autorizado, por su actitud imparcial ante aquellos problemas, para dictar el veredicto final. Si diéramos un vistazo a la humanidad veríamos que los hombres primitivos que vivían en forma aislada, en grupos familiares dispersos, sólo entendían que dentro de esas pequeñas agrupaciones el cabeza de familia era el único que dirimía los conflictos que hubieran entre sus miembros; no obstante cuando habían estos conflictos entre una familia y otra no era la razón la que imperaba sino la fuerza y cada grupo se hacía justicia por propia mano, imperando, por tanto, lo que algunos han llamado "venganza irrestricta". No es sino cuando las distintas familias comienzan a convivir una a la par de la otra, aun cuando fueran nómadas, que creen necesario que para solucionar aquellos conflictos existiera un tercero imparcial, sea el más anciano del clan o la tribu o el sacerdote o el jefe de guerreros, en fin alguien que les diera seguridad que sus decisiones iban a ser

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las justas y que cuando le fueran adversas era porque no llevaban razón, de modo que en otra ocasión, cuando sí la tuvieran, la solución iba a estar a su favor. Fue así como aparece esa suprema figura que ha ocupado lugar de respeto en toda sociedad civilizada: El juez, que se le ha definido como "...un ser humano, investido desde antiguo de cualidades muy especiales que tiene un profundo conocimiento de los derechos y obligaciones de los individuos, y que en caso de conflictos, como lo decían los romanos del Imperio y de la temprana república, iba a saber darle a cada uno lo que es suyo". (GUIER, Jorge Enrique).

> "Pues bien, en los jueces de un país todos tenemos puesta nuestra confianza porque de ello dependen nuestra libertad, honor y fortuna. La resolución por ellos de un caso —al menos en nuestro sistema—, tiene tal poder, que como decía por ahí un tratadista francés pueden convertir lo blanco en lo negro y viceversa, sin que la voluntad de las partes pueda variar tal decisión". (GUIER, Jorge Enrique).

No obstante el juez para poder realizar la trascendental misión que se le encomienda debe saber no sólo cuáles son sus potestades sino y sobre todo cuáles son sus obligaciones para con las partes que deben recurrir ante él para que decida sus asuntos. De ahí que se ha dicho, con sobrada razón, que "...La conducta del juez debe ser diáfana, nunca prestarse, en sus acciones públicas ni privadas, a malentendidos o dobleces. Si otros poderes del Estado se corrompen, es una inmensa desgracia, pero no sería excepcional. Si la justicia se corrompe o siquiera se empieza a corromper o al menos da señas de corrupción es ya una desgracia total. La seguridad en las leyes, la confianza en las resoluciones entre los hombres nuestra relación con el Estado se pierden. El sistema de derecho nos garantiza la seguridad, pero esa seguridad la administra a su vez la administración de justicia y si ésta comienza a flaquear, el derecho deja de funcionar y se inicia el penoso tránsito hacia la anarquía y la desconfianza". (GUIER, Jorge Enrique).

Las distintas leyes orgánicas del Poder Judicial han exigido de los jueces y demás servidores judiciales un comportamiento intachable, desde todo punto de vista. Así, la primera normativa que regula concretamente dichos aspectos data de 1826 en el "Reglamento para la Administración de Justicia en cualquier instancia" de 26 de enero de ese año, que, en su artículo I dice que "para ser individuo de la Corte Suprema de Justicia se necesitan las cualidades que exige el artículo 90 de la Constitución y además ser de instrucción y moralidad conocida". Más adelante en otro Reglamento que se dictó y derogó aquél, llamado Reglamento Interior de la Corte Suprema de Justicia de 5 de diciembre de ese mismo año, no sólo se exige aquello sino que, incluso, se le quiere dar ese aire de respetabilidad a la función que realiza el juez, por mandato de toda la sociedad, al disponer que los jueces deben "asistir a las Salas vestidos de negro" y estarán allí con "circunspección y compostura prestando su atención a los negocios que vean..." Asimismo, la Ley Orgánica de Tribunales de 29 de marzo de 1887, dispone que se ejercerá la jurisdicción disciplinaria sobre los jueces "cuando faltaren gravemente a las consideraciones debidas a sus iguales" o "cuando por la irregularidad de su conducta moral o por vicios que los hicieran desmerecer en el concepto público, comprometen el decoro de su ministerio." La Ley Orgánica vigente, en forma tajante también dispone que "no podrán ser nombrados como servidores judiciales, entre otros, los que acostumbren embriagarse, los que hubieren sido destituidos de puestos judiciales, mientras no sean rehabilitados por la Corte Plena y, en general, todos los que no observen buena conducta o tengan antecedentes de dudosa moralidad". De igual modo estipula esta ley que "será destituido de su empleo: ...El que por incorrecciones o faltas comprobadas en el ejercicio de su empleo o en su vida privada se haya hecho acreedor a esa sanción, a juicio de la Corte Plena..." Por otro lado se ordena que la Corte Plena o la Inspección Judicial corregirán a los servidores judiciales cuando "de cualquier modo faltaren al cumplimiento de los deberes de su cargo o empleo o no guardaren la corrección propia de un funcionario o empleado judicial".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Este año el Poder Judicial como tal, sea como Poder de la República, cumple ciento sesenta y ocho años, pues es el decreto emitido por el Congreso Constitucional del Estado de Costa Rica, suscrito por el diputado presidente Agustín Gutiérrez Lizaurzabal, el que, por primera vez, en la historia patria, en un texto legal se dice que "El Supremo Poder del Estado estará siempre dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial" siendo que el tercero residirá en la Corte Superior de Justicia ...y en los juzgados establecidos o que se establecieren". No obstante, como se indicó arriba, desde la primera constitución política, el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, de 1 de diciembre de 1821, ya se decía que se debe "hacer que los jueces constitucionales administren pronta y rectamente justicia conforme a la constitución y leyes existentes..."

Más de siglo y medio de existencia del Poder Judicial en Costa Rica y quizás, como lo dijo el magistrado Picado Odio en la Apertura del Año Judicial de 1989: "Lo importante aquí no es mero hecho de la creación del Poder Judicial desde la edad más temprana de nuestra vida como nación, sino la convicción que lo produjo, en torno al valor fundamental de la justicia en toda sociedad organizada". Por ello, como con toda razón, lo sostuvo, en su editorial diario, Radioperiódico Reloj al cumplirse cien años de fundada la Corte: "Desde que Costa Rica es independiente políticamente nuestros abuelos pensaron en la necesidad de un régimen de justicia adecuado sobre el que debía cimentarse el futuro de la nación. Así nació la Corte Suprema de Justicia. Nación con los primeros aires de libertad del ser costarricense, por eso nuestros jueces, con orgullo de verse ante un deber de preservar un sistema político de libertad, hicieron que la mejor de las tradiciones de nuestra nacionalidad se convirtiera en una realidad. Realidad que es tradición y que es justicia pronta y cumplida. Un país con jueces probos y honestos, es un país con valores que nunca se desgarran".

Para bien de todos los costarricenses que confiamos en la decisión imparcial del juez es una dicha vivir en este país, donde se respira paz y libertad, pues sabemos que siempre tendremos la seguridad de que nuestros asuntos, que nuestros conflictos, no se resolverán con la fuerza de las armas y el dolor de la sangre; pues sabemos que nuestras garantías constitucionales y legales siempre han de respetarse ahí donde medie el juez; ahí donde la balanza de la justicia indique el veredicto final.

Demos gracias al Altísimo que en el mundo convulsionado que hoy vivimos aún existen pueblos como el nuestro, al entender que es la existencia del Poder Judicial, la que garantiza el mantenimiento del estado de Derecho que hemos consolidado con el pasar de los años, haciendo posible con ello la Paz y Democracia que disfrutamos.

No con otro sentido un ilustre abogado oyó de labios de su padre, también abogado:

> "Las sentencias de los jueces son siempre justas. En cincuenta y dos años de ejercicio profesional, ni una vez he tenido que lamentarme de la justicia. Cuando he ganado un asunto, ha sido porque mi cliente tenía razón; cuando lo he perdido, ha sido porque la razón la tenía mi adversario.
>
> Ingenuidad? Tal vez; pero sólo con esta santa ingenuidad puede la abogacía elevarse del juego de la astucia, engendradora de odios, hasta la fe operante en pro de la paz humana". (OSSORIO, Ángel).

El primer presidente de la Corte Suprema de Justicia que efectivamente ejerció el cargo, el Lic. Agustín Gutiérrez Lizaurzabal, refiriéndose a la Justicia, como valor supremo y por ende al juez, quien la materializa en sus fallos, nos dijo en una poesía suya:

> "La Justicia en su balanza pesa muy fiel el derecho no admite amistad ni cohecho, jamás conoció venganza: pronta es su administración, conforme siempre a razón manda guardar equilibrio, porque es como el débil vidrio que quiebra en la operación".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *"El juez: Sus deberes y facultades"*, Editorial Depalma, 1982.

BRENES CÓRDOBA, Alberto, *"Tratado de los Bienes"*, Editorial Costa Rica, San José, 1962.

BONNECASSE, J., *"Introducción al estudio del Derecho"*, Editorial José Cajca, 1944.

CABANELLAS, Guillermo, *"Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"*, Editorial Argentina, 1972.

CALAMANDREI, Piero, *"Elogio de los jueces"*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *"Boletín Informativo"*, Nº 1, 1955. *"Boletín Informativo"*, Nº 37, 1º de diciembre, 1960. *"Boletín Informativo"*, Nº 49, 1º de enero, 1960.

COTO ALBÁN, Fernando, *"En el sesquicentenario de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica"*, **Revista Judicial,** Nº 4, 1977.

"ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA", Editorial Omeba, 1979.

GONZÁLEZ VOLIO, Eloy, *"Historia de la Corte Suprema de Justicia, 1821-1949"*, tesis de grado, 1967.

GUIER, Jorge Enrique, *"Historia del Derecho"*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1984. *"La Corte"*, **Revista Judicial, Nº 2, 1976.** *"El juez"*, **Panorama,** comentario radiodifundido, 1988.

GUTIÉRREZ, Carlos José, *"Lecciones de Filosofía del Derecho"*, Editorial Juricentro, 1985.

HOLMES, Oliver, *"La senda del Derecho"*, Editorial Perrot, 1975.

"LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL y otras conexas", Editorial Corte Suprema de Justicia, 1988.

"LEY ORGÁNICA DE TRIBUNALES", edición de 1929.

MATTIROLO, Luis, *"Tratado de Derecho Judicial Civil"*, Editorial Reux, 1930.

"NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA", Editorial Seix, 1968.

"LA PRENSA LIBRE", 4 de octubre de 1976.

RECORTES DE PERIÓDICOS DE LOS PRINCIPALES "DIARIOS" DESDE 1976.

"LA REPÚBLICA", editorial, 1º de octubre de 1976.

SEGURA, Renán, *"La clase política y el Poder Judicial en Costa Rica"*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1982.

SEMINARIO PARA PERIODISTAS, 1982.

SOLER, Sebastián, *"Fe en el Derecho"*, Editorial Argentina, 1959.

WYZANSKI, Charles E., *"Reflexiones de un juez"*, Editorial Trillas S.A., 1967.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL TESTIMONIO DENTRO DEL PROCESO PENAL COSTARRICENSE Y LA COMPETENCIA DE LAS PERSONAS PARA DECLARAR

DR. DANIEL GADEA NIETO

SUMARIO

Pág.

INTRODUCCIÓN 3

PRIMERA PARTE. EL TESTIMONIO VISTO CONCEPTUALMENTE 3
Capítulo I. Ubicación del testigo. 3
Sección I. Importancia histórica. 3
A. El testimonio en la historia 3
B. El testimonio en la actualidad 4

Sección II. Diferencias. 4
A. En materia civil 4
B. En materia penal 5

Sección III. Desarrollo. 7
A. Escogencia de los testigos 7
B. La declaración 7
C. Etapas en la declaración testimonial 8

Capítulo II. El aspecto psicológico del testimonio. 8
Sección I. Estudio analítico. 9
A. Sinceridad y veracidad 9
B. Recuerdos e integración sociológica 9
C. El testimonio como fenómeno colectivo 9

Sección II. Integración y hábitos mentales. 9
A. Integración por exageración 9
B. Hábitos mentales 9

Sección III. Influencias en el testimonio. 10
A. Influencia del tiempo 10
B. Influencia de la primera declaración 10

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SEGUNDA PARTE. LA COMPETENCIA DE LAS PERSONAS PARA DECLARAR. 10
Capítulo I. Delimitación de la competencia para declarar como testigo. 10
Sección I. La importancia de la memoria. 11
A. Desarrollo de estrategias 11
B. Distorsión de la memoria 11
C. Memoria y conocimiento personal 11

Sección II. Relación entre la memoria y la realidad. 12
A. Influencia de lo sugestivo 12
B. Distinción entre hecho y fantasía 12

Capítulo II. La importancia del interrogatorio. 12
Sección I. Tipos de preguntas. 13
A. Preguntas abiertas 13
B. Preguntas cerradas 13
C. Preguntas combinadas 13

Sección II. Respuestas esperadas. 14
A. Variables verbales 14
B. Variables no verbales 14

CONCLUSIÓN. 14

BIBLIOGRAFÍA. 15

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Cuando una persona percibe un hecho delictuoso, normalmente se ve enfrentado a un proceso penal en el cual debe rendir declaraciones sobre hechos presuntamente delictivos. Siendo tan importante dicha declaración para el proceso, debido a que su contenido va a ser valorado tanto por el juez como por los demás sujetos procesales, es necesario en este análisis, hacer un lineamiento desde el punto de vista conceptual y psicológico, para determinar cuál es la base de lo que el sujeto relata (primera parte).

Desde otro punto de vista complementario, vale la pena interrogarse si existe algún tipo de límite para poder establecer la competencia de las personas para declarar, lo cual necesariamente nos lleva a plantearnos la relevancia que podría tener la memoria dentro del testimonio y la forma de cómo son interrogadas las personas (segunda parte).

PRIMERA PARTE
EL TESTIMONIO VISTO CONCEPTUALMENTE

El proceso penal tiene como un postulado básico la búsqueda de la verdad real de los hechos. Una vez que surge la sospecha de la posible comisión de un hecho delictuoso, los organismos del estado se ponen en movimiento en forma espontánea, sin necesidad de ser excitados para ello. Dentro de la multitud de oficinas que intervienen dentro del proceso penal, tenemos la presencia del órgano jurisdiccional, el cual va a dirigir una encuesta para la búsqueda de la verdad. Para ello deberá practicar una serie de diligencias y de actividades, dentro de las cuales deberá llamarse a ciertos sujetos que se supone tienen algún conocimiento sobre el hecho investigado. Esa persona que deberá rendir declaración ante una autoridad judicial, recibe el nombre de testigo, el tiene una gran relevancia dentro del proceso penal, por lo cual es necesario darle una ubicación específica en materia penal.

CAPÍTULO I. UBICACIÓN DEL TESTIGO

Para poder establecer una adecuada ubicación del testigo, es definitivamente necesario señalar su papel dentro del desarrollo de la historia.

SECCIÓN I. IMPORTANCIA HISTÓRICA

A. El testimonio en la historia.

En la época primitiva, en todos aquellos casos en los cuales el imputado confesaba el crimen, no había ningún problema para efectos de la condena. Pero no todas las personas aceptaban los cargos imputados, por lo cual era necesario recurrir a otras personas para que relataran lo que conocían de los hechos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En esta época el testigo empezó a tener relevancia sobre todo en virtud del puro desarrollo de la escritura, además de que sólo unos pocos sabían leer y escribir.

En el derecho Justiniano se hacía la distinción entre testigos judiciales e instrumentales, siendo los primeros los que mandan lo que conocían respecto del hecho investigado, mientras que los segundos asistían a la celebración de un acto o contrato a ruego de las partes para dar fe de su otorgamiento.

En el derecho romano era necesario que para que ciertos actos tuvieran carácter legal, debían ser llevados a cabo ante testigos. En materia criminal, la declaración de un testigo era totalmente obligatoria y se castigaba severamente a los que faltaban a la verdad.

En el derecho español, en las Partidas, se establece claramente la utilización de testigos, siendo tal medio probatorio de mayor relevancia procesal que la prueba escrita. El testimonio era considerado como obligatorio e indispensable para favorecer a la justicia.

En el derecho escandinavo se exigía la presencia de testigos en ciertos actos y contratos.

B. El testimonio en la actualidad.

En materia penal el testimonio ocupa un lugar muy destacado en la actualidad.

Para poder alcanzar la verdad real a la cual aspira el proceso penal, el juez encargado de la investigación deberá necesariamente muchas veces recurrir a personas que puedan ayudar en la labor de juzgamiento.

> "El juez puede dejar de lado escritos, confesiones e indicios pero difícilmente podrá juzgar sin testigos que son para él, los ojos y oídos de la justicia".[1]

El testigo viene a establecer en materia criminal no sólo lo que él mismo ha percibido con respecto del hecho, sino que también puede referirse a situaciones que hagan al delito, para poder apreciar las causas y motivaciones posibles.

El testigo tiene eso sí un rol muy específico, pues debe narrar a la autoridad lo percibido, pero no va a expresar su opinión o su juicio de valor sobre la gravedad de los hechos o respecto de la responsabilidad del autor.

A veces es difícil centrar bien el verdadero rol de un testigo, pues los abogados mismos, fiscales y jueces, equivocadamente, llevan al testigo, frecuentemente, a establecer apreciaciones respecto de los hechos, lo cual no les corresponde.

Aunque utilizada en la actualidad de manera muy frecuente, la prueba testimonial no es del todo segura, pues muchas veces ella da pie a errores voluntarios o involuntarios.[2]

Claro que no se da la misma situación respecto del testigo en las diferentes ramas del derecho y existen diferencias sensibles, por ejemplo entre la rama civil y la penal en materia testimonial.

SECCIÓN II. DIFERENCIAS

A. Materia civil.

En el derecho civil los testigos son utilizados para la celebración de ciertos actos y contratos, a efectos de que puedan dar testimonio de actos ocurridos en su presencia.

Sin embargo en el proceso civil, la prueba documental es preferida al testimonio. Por esta razón, en la actualidad, no se acepta el testimonio como prueba del negocio o acto jurídico, cuyo objeto exceda de determinado valor. El

---

1. BENTHAM, Jeremy, *Traité des preuves judiciaires*, 2 vol., Paris, 1830, pág. 93.
2. MERLE, R. y VITU, A., *Traité de droit criminel: procedure penale*, Editions Cujas, Paris, 1979.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

artículo 351 del Código de Procedimientos Civiles establece que "no es admisible la prueba testimonial para demostrar la convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor al diez por ciento de la suma mínima que se haya fijado para la procedencia del recurso de casación. En tal caso, toda convención o acto jurídico deberá constar en un documento público o privado".

Sin embargo, la prueba testimonial es admisible para comprobar actos jurídicos cuyo objeto tenga un valor mayor al indicado anteriormente, para efectos de comprobar las convenciones que haya habido entre las partes, cuando exista un principio de prueba por escrito o cuando haya sido imposible, al que invoca la prueba testimonial procurarse una literal, o cuando a consecuencia de caso fortuito, haya perdido la que se había procurado.

También es admisible la prueba testimonial, según la legislación civil aunque el objeto que constituya la materia de la obligación exceda del valor citado, si el acreedor limita su reclamo a ese valor y renuncia al exceso.

No obstante lo anterior, los tribunales civiles podrían en la práctica permitir prueba testimonial, más allá del límite indicado, incluso excediendo los cincuenta mil colones, teniendo en cuenta las cualidades de las partes, la naturaleza de la convención o acto jurídico y cualquier otra circunstancia.

En materia civil, luego, los hechos puros y simples podrán ser probados por medio de testigos, cualquiera que sea la importancia de la cuestión en la cual se trate de establecer su existencia.

Cuando la prueba verse en materia civil sobre un acto jurídico que no sea una convención, para determinar si se admite o no la prueba testimonial, la legislación procesal civil señala que "deberá considerarse el acto en las consecuencias que pretenda deducir de él, la parte que lo alegue".

Por su parte, el tratadista Brenes Córdoba considera la prueba testimonial como fundamental:

> "Se necesita recurrir a ella con harta frecuencia, porque fuera de la contratación mayor, multitud de hechos productores de resultados jurídicos que a cada momento se producen, no tienen otra manera de ser comprobados que el testimonio de las personas que los presencian".[3]

B. Materia penal.

La importancia de la prueba testimonial en materia penal está íntimamente relacionada con uno de los objetivos básicos del proceso penal, como lo es la búsqueda de la verdad real de los hechos que emergen de la imputación formulado por el Ministerio Público.

> "Los hechos en materia penal, por la forma en que se cometen, no pueden ser objeto de prueba preconstituido, como en materia civil y la necesidad de establecer la verdad lleva a aceptar lo dicho por personas que pudieron haber presenciado aquellos hechos o los antecedentes y consecuencias".[4]

En materia penal además el testigo viene a cristalizar en el proceso el objetivo básico del principio de inmediación de la prueba, ya que el relato directo de la persona frente a las partes establece un precepto esencial de comunicación entre los sujetos procesales y el órgano jurisdiccional:

> "Cabe prescindir de la confesión y de los documentos, pero resulta bastante más difícil pasar sin testigos en cuantas ocasiones se quiere, conocer cómo se han producido los hechos".[5]

En un proceso penal, el órgano jurisdiccional debe interrogar a toda persona que conoz-

---

3. BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de las obligaciones*, Editorial Juricentro S.A., San José, 1977, págs. 120-121.

4. HERRARTE, Alberto, *Derecho Procesal Penal. El proceso penal guatemalteco*, Editorial José de Pineda Ibarra, Guatemala, 1978, pág. 169.

5. GORPHE, François, *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, pág. 358.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ca respecto de los hechos objeto de la investigación, siempre y cuando su declaración sea útil para descubrir la verdad.

Todo habitante del país está en la obligación de concurrir cuando sea llamado por una autoridad judicial y debe declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Con respecto a la situación sobre si hay obligación o no de declarar, la ley procesal penal costarricense señala que toda persona está obligada a atestiguar, incluso los empleados policiales con respecto a sus actuaciones (art. 226, Código Procesal Penal).

Sin embargo, en lo penal, no están obligados a rendir prueba testimonial en contra del imputado, su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano (art. 227, CPP).

También pueden abstenerse de testificar en contra del imputado sus parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, su tutor o pupilo, a menos que el testigo sea denunciante, querellante o actor civil, o que el hecho punible aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo (art. 228, CPP).

En materia penal, para el examen de los testigos, el juez puede girar una orden de citación, la cual puede establecerse por medio de la policía judicial o administrativa, carta certificada, telegrama o cualquier otro medio que asegure la autenticidad del mensaje. Al testigo se le debe hacer mención sobre el objeto de la citación que en la práctica equivale a anotar el nombre y número de la causa penal así como el nombre de la autoridad judicial. La citación debe además advertir al testigo que si no se presenta dentro de un término de veinticuatro horas, será conducido por la fuerza pública.

En casos de urgencia, el testigo perfectamente podría ser citado verbalmente (art. 230, CPP).

En el caso de que el testigo comparezca a la citación, pero se negare a declarar, la ley procesal dispone un arresto por veinticuatro horas, al término del cual, cuando persiste en su negativa, se iniciará contra él causa penal por el delito de desobediencia que tiene penas que van de quince días a un año de prisión (arts. 232, Código Procesal Penal y 305, Código Penal).

Sin embargo, la obligación del testigo a declarar en materia penal no es absoluta, cuando dicha obligación entra en conflicto con la obligación de guardar el secreto profesional y así lo tutela el derecho costarricense al contemplar un deber de abstención sobre hechos secretos que hubieren llegado a conocimiento de las personas en razón de su estado, oficio o profesión, lo anterior bajo la sanción de nulidad (art. 229, CPP).

Con respecto a lo anterior, ¿podría un testigo entonces ampararse en el secreto para no declarar? Esto depende de la concepción que se tenga sobre el secreto profesional.

La teoría del secreto absoluto que tiene sus orígenes en los siglos XIX y principios del XX, afirma que el testigo no puede declarar, aunque sea relevado por el interesado del deber de guardar secreto.

Hay una nueva concepción en doctrina que aparece en el derecho comparado y en materia civil, en la cual se hace una distinción entre dos categorías de personas; una primera categoría están obligados a un estricto secreto: miembros de profesiones médicas y similares, ministro de un culto admitido, abogados, notarios públicos e incluso los miembros de la policía judicial. La segunda categoría de personas deben declarar, no obstante el secreto profesional, que en este caso adquiere un valor relativo: banquero, bolsinistas, educadores especializados, agentes de seguros y funcionarios en general.

Sin embargo, con respecto al secreto profesional se debe hacer la distinción con respecto a qué es lo que ampara al profesional, porque es evidente que el médico o el abogado, por ejemplo, no están obligados al secreto profesional, si no han entrado en conocimiento de los hechos como vecinos o amigos y no prestando su servicio profesional.

Veamos ahora como se plantea ya en concreto el desarrollo de la prueba testimonial dentro del proceso penal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN III. DESARROLLO

A. La escogencia de los testigos.

En la fase de instrucción del proceso penal debe establecerse por parte del órgano jurisdiccional una investigación dirigida a reunir todo aquello útil y relevante que sirva de base al juez para la acusación o para el dictado de una prórroga extraordinaria o un sobreseimiento.

La escogencia de los testigos tiene en realidad con respecto al órgano jurisdiccional un carácter técnicamente discrecional, pudiendo citarse a cualquier persona que pueda dar alguna información respecto de los hechos objeto del proceso o respecto de los objetos y documentos decomisados. Esto no impide que las personas también puedan presentarse espontáneamente a rendir su declaración.

Las partes también están facultadas a proponer el o los testigos que consideren oportunos, pero siempre la aceptación de dicha prueba testimonial está ligada al criterio del juez, el cual sólo aceptará aquella prueba que a su criterio sea idónea para la búsqueda de la verdad. La idoneidad de la prueba la basará el juez en los conceptos de utilidad y pertinencia, concepto que se obtiene de una relación directa o indirecta de la prueba con los hechos investigados. El rechazo de cualquier prueba por parte del órgano jurisdiccional no tiene recurso, lo cual acentúa la potestad inquisitiva del juez durante la fase de instrucción.

Durante la fase de debate las partes tienen la posibilidad de comparecer ante el tribunal de juicio para ofrecer las pruebas que estimen pertinentes, de aquel material probatorio recibido en la fase de instrucción.

Tienen además las partes, la posibilidad de ofrecer nuevos testigos, dentro de la citación a juicio, siempre y cuando indiquen al tribunal, los hechos sobre los que serán examinados, lo anterior bajo pena de inadmisibilidad.

El tribunal ordenará la recepción en el debate de la prueba que considere oportuna y podrá rechazar la prueba evidentemente impertinente o superabundante.

También en la fase de juicio, es posible para el tribunal recibir como un acto preliminar al debate y por vía de instrucción suplementaria, recibir declaración de testigos que por enfermedad u otro impedimento, no podrán concurrir el día de la audiencia.

B. La declaración.

Para la fase de la instrucción preparatoria la audición del testigo no es pública y normalmente asisten a la declaración el juez o el escribiente del despacho.

El juez, antes de comenzar la declaración debe instruir al testigo acerca de las penas con que la ley castiga el falso testimonio y el testigo debe prestar juramento, con excepción de los menores de edad y los que en el primer momento de la investigación aparezcan como sospechosos o partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

El testigo, además debe ser identificado requiriendo el juez su nombre, apellidos, edad, estado, nombre del cónyuge, profesión, domicilio, vínculos de parentesco y de interés con las partes y cualquier circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

En realidad, en la fase de instrucción no es interrogado sobre los hechos, sino solamente escuchado, esto para evitar preguntas sugestivas que podrían falsear la declaración y conducir a respuestas esperadas, más que a la estricta verdad. Sin embargo, puede perfectamente el juez de instrucción interrogar al testigo para completar la declaración sobre puntos oscuros.

En la fase de debate, la declaración del testigo es pública, con posibilidad entonces de asistencia no solo del tribunal y las partes, sino que también con acceso del pueblo. El examen de los testigos se da en el orden que el presidente del tribunal estime conveniente, pero comenzando por el ofendido (art. 380, CPC), siguiendo las mismas reglas de juramento e identificación que en la fase de instrucción, aunque ello conste en el expediente.

Los miembros del Tribunal, el fiscal, las partes y sus defensores, con la anuencia del presidente y en el momento oportuno, podrán

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

formular preguntas a los testigos, en razón de que en esta fase, el testimonio debe ser rendido de manera inmediata, pública y contradictoria.

C. Etapas en la declaración testimonial.

La prueba testimonial tiene básicamente tres etapas:[6]

- lo correspondiente a la identificación del testigo;
- lo referente al relato espontáneo;
- el interrogatorio propiamente dicho.

Con respecto a la identificación, el juez debe, de conformidad con el artículo 234 del Código de Procedimientos Penales, requerir el nombre del testigo, apellidos, edad, estado, nombre del cónyuge, profesión, domicilio, vínculos de parentesco y de interés con las partes y cualquier circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Dada la vinculación esencial entre el testigo y el testimonio, estas preguntas son de vital importancia, pues sirven además, en materia penal, si el testigo, por razones de parentesco, está eximido del deber de declarar.

El relato espontáneo procede luego de la identificación ordenándose al testigo relatar respecto a los hechos que son de su conocimiento, lo cual debe transcurrir como un relato fluido y sin interrupciones; luego vendría el interrogatorio, propiamente dicho, lo cual permite que las respuestas sean complementarias, sin dejar vacíos en la declaración.

Por interrogatorio, se entiende, el conjunto de preguntas detalladas que se le formulan al testigo en relación con los hechos investigados.

Hay ciertos autores que consideran que el relato espontáneo es mucho más vivo e incluso más puro y menos deformado que el obtenido por el interrogatorio.[7] Claro que el relato espontáneo presenta en la práctica el gran inconveniente de contener elementos que en nada son útiles y traen como consecuencia detalles sin importancia que solo sirven para engrosar el tamaño del expediente.

El testimonio obtenido por interrogatorio representa el resultado del conflicto entre lo que el sujeto sabe de una parte y lo que se le cuestiona.

> "El interrogatorio es un instrumento indispensable de control para los testigos".[8]

CAPÍTULO II. EL ASPECTO PSICOLÓGICO DEL TESTIMONIO

El fenómeno psicológico del testimonio tiene un doble aspecto: el subjetivo y el objetivo. Lo primero se refiere a la capacidad psicológica del individuo para ser testigo; lo segundo alude a la propiedad del objeto o del acontecimiento para rendir testimonio sobre él o para ser recordado. Por ello es necesario hacer un estudio analítico del testimonio y analizar las variables referidas a la sinceridad y la veracidad.

---

6. RODRÍGUEZ HUMBERTO, Gustavo, *Derecho probatorio colombiano*, Edición Librería Profesional, Bogotá, Colombia, 1980, pág. 176.
7. MIRÁ Y LÓPEZ, Emilio, *Manual de psicología jurídica*, Buenos Aires, 1954, pág. 182.
8. MALVERNI, Alejandro, citado por TESORO, Giorgio, *Testimonio y confesión en el proceso penal*, Buenos Aires, 1975, pág. 131.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN I. ESTUDIO ANALÍTICO

A. Sinceridad y veracidad.

La sinceridad tiene un valor puramente subjetivo y se refiere a una actitud psicológica, o la tendencia a decir lo que se sabe y lo que se piensa. Dicho concepto va acompañado casi siempre de esa actitud espontánea que es la franqueza.

La veracidad se refiere a una exacta correspondencia entre el estado subjetivo con la realidad objetiva.

Se ha considerado que un hombre verídico dirá fielmente las cosas, mientras que un hombre franco dirá libremente las cosas como él las estima.[9] Lo anterior significa que el veraz podrá limitarse a decir lo que cree oportuno decir, siendo un verdadero reproductor verbal de sus percepciones. Por otra parte, el sincero, no llega a esta objetividad, dejando ver todo su yo, pudiendo aun hablar en forma inoportuna.

B. Recuerdos e integración sociológica.

Muchas veces sucede que existen divergencias en aquellas declaraciones realizadas inmediatamente. Esto obedece a que cada individuo tiene distintos aparatos sensoriales y por lo tanto, percibe de modo diferente.

Cada persona, según su personalidad, fija su atención más o menos, sobre uno u otro detalle y luego con datos imaginados, completa en la evocación, aquellos que no fueron percibidos o que lo fueron en forma imperfecta.

C. El testimonio como fenómeno colectivo.

Si en un determinado acontecimiento histórico estuvieran presentes varias personas, ellos van a tener una impresión particular respecto a los hechos.

A la hora de que tales testigos pongan de manifiesto sus impresiones, es posible que los relatos resulten contradictorios y en pocos casos llegarán a dar una versión acorde de aquello que guardan en su recuerdo.

El testigo en multitud, observa, interpreta y reacciona en forma distinta de como lo hace el testigo individual.

SECCIÓN II. INTEGRACIÓN Y HÁBITOS MENTALES

A. Integración por exageración.

El desgaste de la memoria aunque aumenta las lagunas que ya hicieron incompleta la percepción, debería simplificar la evocación de los recuerdos. Pero en el testigo, a menudo se observa una tendencia a exagerar.

Es corriente que se presente en el testigo una especie de exageración desde el punto de vista cuantitativo, por ejemplo aumentando la cantidad de personas que intervinieron en un determinado asunto.

Puede producirse luego una intensidad cualitativa mediante la utilización de adjetivos que tienden a aumentar los acontecimientos.

B. Hábitos mentales.

Dentro de las declaraciones testimoniales, es frecuente percibir una serie de hábitos particulares. Así, la repetición de una percepción idéntica origina casi como un automatismo psíquico, en virtud del cual si el estímulo falta o se modifica, podemos no advertirlo y sustituimos lo percibido habitualmente a lo real. Esto se produce mucho cuando una persona incurre en el error de creer que ejecutó una acción que realiza todos los días, creyendo el sujeto que fue víctima a veces de un hurto, cuando en realidad el objeto lo dejó olvidado en su casa.

---

9. *Ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN III. INFLUENCIAS EN EL TESTIMONIO

Dentro de las declaraciones testimoniales encontramos ciertos factores que de una u otra forma influyen en la deposición de las personas, factores que se refieren al tiempo y aspectos relacionados con la primera declaración que se rinde.

A. Influencia del tiempo.

Resulta lógico pensar que la exactitud del recuerdo disminuye con el correr del tiempo, lo cual está íntimamente relacionado con la alteración y con la disminución de las imágenes mentales. Esta situación se produce de dos maneras: la primera se produce cuando los detalles se van atenuando sucesivamente o se eliminan uno tras otro. La segunda forma se produce cuando la imagen tiende a esfumarse y se hace tan confusa que deja de ser representativa y de este modo, el sujeto no es capaz de describirlo.

Por lo anterior, se considera que el testimonio aumenta de extensión al principio, para luego ir disminuyendo conforme avanza el tiempo.

B. Influencia de la primera declaración.

La declaración de un testigo es la reproducción verbal o escrita de un acontecimiento que se hace ante un juez, donde el sujeto narra o relata una experiencia con respecto a algo percibido por medio de sus sentidos.

Para tal efecto es importante señalar que en el proceso penal, normalmente la primera declaración se rinde ante el órgano jurisdiccional en la fase de instrucción. Por ello, es importante la persona que toma o recibe dicha declaración, lo cual produce variaciones sustanciales en el testimonio; dependiendo por ejemplo si es el mismo juez quien la recibe o si el escribiente tiene o no algún tipo de experiencia judicial. Muchas veces en la práctica judicial, no se toma fielmente lo que el testigo relata, sino que se hace una síntesis a la cual se le imprime el sello personal de cada escribiente. A lo anterior hay que agregar que la exactitud o el reflejo fiel de un testimonio, también se pueden ver afectados por el estilo y la frase que utiliza quien toma la declaración.

SEGUNDA PARTE
LA COMPETENCIA DE LAS PERSONAS PARA DECLARAR

CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA PARA DECLARAR COMO TESTIGO

Existen en realidad una serie de dificultades para determinar las habilidades de un individuo para rendir una declaración testimonial, lo cual es producto de una complejidad de factores que tienen que ver las disposiciones biofísicas del sujeto, la situación estable o no de su sistema nervioso y sobre todo las experiencias tenidas en razón de su cultura particular.[10] Por ello es importante poder establecer en qué medida la memoria de un testigo debe ser tomada en cuenta, para desarrollar técnicas para que la persona no olvide el acontecimiento que debe exponer ante las autoridades judiciales.

---

10. UNDERWAGER, Ralph and WAKEFIELD, Hollida, *The competency of children to testify*, Institute for Psychological Therapies, Minneapolis, Minnesota, 1988, pág. 1.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN I. LA IMPORTANCIA DE LA MEMORIA

La memoria es una premisa básica para el testimonio. El problema se puede presentar para aquellos casos muy frecuentes donde el testigo presenta lagunas en su memoria, por lo cual se deben tomar en cuenta ciertas estrategias para su desarrollo.

A. Desarrollo de estrategias para la memoria.

El problema de la memoria a la hora de una declaración se presenta con frecuencia en casos de delitos en los cuales están involucrados menores de edad, sea como ofendidos directos, o simplemente como testigos.

En el caso de un menor, éste debe ser de cierta forma preparado para su declaración, haciéndolo repetir una y otra vez lo percibido por él, como si se tratara de fijar un número de teléfono en su memoria, por ejemplo.

La creación de estrategias va a depender del desarrollo del sistema nervioso y del grado de maduración de la persona. A mayor edad, lógicamente el sujeto entra en contacto con un sinnúmero de relaciones complejas, por lo que su declaración se vuelve más compleja y más rica en elementos descriptivos.

Niños menores de edad, particularmente preescolares, producen pocas frases espontáneamente, por lo que en el caso de que deban declarar ante alguna autoridad, se les debe interrogar con preguntas muy específicas y comprehensibles de acuerdo con la edad.

B. Distorsión de la memoria.

La memoria puede ser distorsionada por la forma en como se efectúa un interrogatorio. Ciertos estudios realizados en los Estados Unidos demostraron luego de varias experimentaciones que podía producirse una distorsión en la memoria por medio de preguntas conductivas.[11]

Se ha establecido además que los niños son más susceptibles que los adultos al problema de la distorsión de la memoria como producto de preguntas conductivas y en tal sentido, Goodman y Reed (1986), llegaron a la conclusión de que los niños producen respuestas ficticias cuando no entienden lo que se les pregunta.[12]

Lo importante de este tipo de estudios es que se establece que cualquier deficiencia cognoscitiva o en la memoria de los niños se amplifica en la entrevista con el menor dependiendo del tipo de interrogatorio. Si algún tipo de información errónea se introduce en tal entrevista, ello puede perjudicar la reconstrucción de los hechos que debe hacer el menor.

C. Memoria y conocimiento personal.

La relación entre la memoria y el conocimiento personal adquiere importancia sobre todo para determinar si el contenido de la memoria es permanente o no. El problema que se presenta sobre todo en la práctica es por el hecho de que el testimonio normalmente se rinde en juicio meses o años después de sucedido el evento.

El conocimiento personal va a verse influenciado por todos los hechos y circunstancias de la vida real, por lo que el juez debe tomar en consideración que ninguna memoria puede almacenar por tiempo prolongado un determinado acontecimiento en su memoria.

---

11. LOFTUS and DAVIES, (1984), citados por UNDERWAGER y WAKERFIELD, *op. cit.*, pág. 3.

12. GOODMAN and REED, (1986), *ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN II. RELACIÓN ENTRE LA MEMORIA Y LA REALIDAD

A. Influencia de lo sugestivo.

La situación de una memoria que ha experimentado un hecho real con la de otra memoria que ha seguido un proceso de sugestión o influencia social sin haber experimentado el acontecimiento real es totalmente diversa.

Un evento real es experimentado y conocido por medio de la percepción, de la emotividad y de la capacidad cognoscitiva.

Un evento sugerido solamente es captado por medio de la capacidad cognoscitiva y emotiva.

Estudios efectuados han determinado diferencias entre memoria real y sugerida.[13]

La memoria sugerida contiene más palabras, una mayor mención del proceso cognoscitivo y más calificaciones de tipo verbal.

La memoria real incluye mayores referencias a los atributos sensoriales.

B. Distinción entre hecho y fantasía.

Dentro de esta perspectiva, se debe tomar en cuenta la importancia de la percepción de las personas, lo cual puede provocar dependiendo del estado de ánimo, variaciones en las descripciones y explicaciones de los hechos.

Así por ejemplo, el testimonio de un niño está íntimamente ligado a los fenómenos de la creatividad, la coherencia y la sofisticación de los conocimientos del mundo real.

En el niño, también debe tomarse en cuenta que el testimonio puede estar ligado con la habilidad para mentir o para manipular cierta situación, en razón de sus fantasías o historias similares narradas en cuentos o películas de cine y televisión.

El problema entonces para interpretar el testimonio de menores, es que cuando se produce un relato, este trae al mundo exterior elementos de la memoria, pero también elementos de otras fuentes, dependiendo de como interprete y entienda la persona los acontecimientos.

Por ello, debe tenerse mucho cuidado a la hora de examinar el testimonio de menores, sobre todo en edad preescolar. El problema viene sobre todo por el estado de inmadurez del niño, la vaguedad de la memoria y la mezcla de lo real con la fantasía.

De todas maneras, la memoria de un menor puede ser "contaminada", si en el interrogatorio se utilizan preguntas conductivas.

CAPÍTULO II. LA IMPORTANCIA DEL INTERROGATORIO

Es sumamente importante tener claro tanto para el órgano jurisdiccional, como para los demás sujetos procesales que dependiendo de cómo se haga la pregunta a un testigo, ello puede producir alteraciones sustanciales en la narración.

13. SCHOOLER, GENHARDT and LOFTUS, (1986), *ibídem*, pág. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN I. TIPOS DE PREGUNTAS

La mejor técnica dentro de un interrogatorio consiste en empezar con preguntas de tipo general para después entrar a las preguntas específicas.[14]

Básicamente existen tres tipos de preguntas: abiertas, cerradas y combinadas.

A. Preguntas abiertas.

Este tipo de preguntas se clasifica en: objetivas y sugestivas.

1. **Objetivas:** aquí el testigo puede responder en forma espontánea, basado en su experiencia personal.

El interrogador no da ninguna información, ni tampoco busca conducir o influir en la respuesta del testigo.

Ejemplos:
- — ¿A dónde estaba cuando sucedió?
- — ¿Qué sucedió después?
- — ¿Qué ropa vestía ese día?

2. **Sugestivas**: son aquellas que tratan de guiar hacia algo o dan alguna información tratando de establecer algo que el testigo no ha previamente referido.

Ejemplos:
- — ¿Quién más estaba ahí? (no necesariamente había alguien presente).
- — ¿En cuál cuarto estaba el imputado? (no necesariamente estaba en el cuarto).
- — ¿De qué tamaño era el arma? (tal vez ni siquiera se ha mencionado el arma).

B. Preguntas cerradas.

Estas se clasifican también en: objetivas y subjetivas o sugestivas.

1. **Objetivas:** por medio de ellas, se busca alguna información en el propio testigo con una mínima respuesta: sí o no.

Ejemplos:
- — ¿Había alguien más?
- — ¿Había algún sujeto en el local?
- — ¿Hizo el imputado algo?

2. **Sugestivas:** por medio de ellas, se le da información al testigo que puede ser correcta o no, o también puede ser que se busque información que el deponente no ha previamente referido.

Hay una respuesta mínima requerida por medio de preguntas dirigidas o sugestivas.

Ejemplos:
- — ¿Pasó todo en la casa?
- — ¿Lo lastimó?

En todos los casos, el que provee la información es el propio testigo.

C. Preguntas combinadas.

En el interrogatorio puede producirse una combinación de preguntas objetivas y sugestivas.

1. **Combinación de preguntas objetivas:** aquí tenemos preguntas que contienen elementos de preguntas abiertas y cerradas.

Puede iniciarse el interrogatorio con preguntas abiertas y finalizarse con una cerrada, o viceversa.

Las preguntas combinadas exigen más de una respuesta y producen conflictos o mensajes confusos.

Ejemplos:
- — ¿Qué más (abierta)? ¿Lo golpeó otra vez (cerrada)?
- — ¿Dónde (abierta)? ¿Fue en el patio (cerrada)?
- — ¿Y después lo amarró (cerrada)? ¿Cómo lo hizo (abierta)?

---

14. WAKEFIELD, Hollida and UNDERWAGER, Ralph, *Accusations of child sexual abuse*, Charles C. Thomas Publisher, Springfield, Illinois, EE.UU., 1988, pág. 15.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. **Combinación de preguntas conductivas o sugestivas:** son preguntas que ponen al testigo entre la espada y la pared, pues se le presiona para dar una respuesta esperada.
   Ejemplos:
   — Si no contesta, sus familiares estarían muy desilusionados.
   — Todos los demás lo relataron y ahora se sienten mejor.
   — Relate lo que le contó a la policía.

SECCIÓN II. RESPUESTAS ESPERADAS

Dentro de un interrogatorio también es posible llevar al testigo hacia determinadas respuestas, dependiendo de las actitudes del interrogador, lo cual se conoce con el nombre de variables verbales y no verbales.[15]

A. Variables verbales.

Este concepto hace referencia a la respuesta que se espera por medio de una técnica oral que trata de influir en el testigo.

El testigo recibe expectativas o elogios para su declaración.

Ejemplos:
— ¡Eres un gran orador!
— ¡Eres valiente en decir eso!
— ¡Tu madre se sentiría orgullosa si nos lo dices!

B. Variables no verbales.

En este caso el interlocutor asume diferentes posturas, moviéndose cerca del testigo, cambiando de tono de voz, riéndose, etc., todo ello, con el fin de influir en la respuesta.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este análisis se ha insistido en la importancia que tiene la prueba testimonial no solo desde el punto de vista conceptual, sino que también desde el ángulo interno de la persona, pues si bien el testigo narra una experiencia vivida de manera oral y exterior, todo el proceso por el cual se llega a ello es relevante y puede perfectamente provocar, como se demostró variaciones en la prueba testimonial rendida.

15. GOODMAN, G.S., *The child witness: conclusions and future directions for research and legal practice*, Journal of Social Issues, EE.UU., 1984, pág. 27.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

BENTHAM, Jeremy, *Traité des preuves judiciaires,* 2 vol., Paris, 1830.

BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de las obligaciones,* Editorial Juricentro S.A., San José, 1977.

GOODMAN, G.S., *The child witness: conclusions and future directions for research and legal practice,* **Journal of Social Issues,** EE.UU., 1984.

GORPHE, François, *De la apreciación de las pruebas,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

HERRARTE, Alberto, *Derecho Procesal Penal. El proceso penal guatemalteco,* Editorial José de Pineda Ibarra, Guatemala, 1978.

MALVERNI, Alejandro, *Testimonio y confesión en el proceso penal,* Buenos Aires, 1975.

MIRÁ Y LÓPEZ, Emilio, *Manual de psicología jurídica,* Buenos Aires, 1954.

UNDERWAGER, Ralph and WAKEFIELD, Hollida, *The competency of children to testify,* Institute for Psychological Therapies, Minnesota, 1988.

WAKEFIELD, Hollida and UNDERWAGER, Ralph, *Accusations of child sexual abuse,* Charles C. Thomas Publisher, Springfield, Illinois, EE.UU., 1988.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

JOSÉ MARÍA ZONTA ARIAS

INTRODUCCIÓN

Este trabajo, como su nombre indica, está destinado a estudiar la integración publicitaria del contrato, o sea, la eficacia negocial que las declaraciones publicitarias puedan tener en el acuerdo interpartes. Está dividido en dos partes, la inicial se ocupa de los aspectos doctrinales y de ubicación general, la segunda del esquema normativo que regula la materia, así como del tratamiento que la Jurisprudencia Española ha realizado del tema. La investigación, al estar encuadrada en los cursos de doctorado de la Universidad de Sevilla, se limita al panorama español, lo que no evita que hagamos algunas referencias al Ordenamiento Costarricense.

PRIMERA PARTE

DERECHO DE CONSUMO Y RUPTURA DE LA IDEA TRADICIONAL DE CONTRATO

Los tiempos que corren han introducido en nuestra sociedad prácticas de consumo inéditas a finales del siglo pasado, cuando se promulgaba el Código Civil español. Ahora aspectos como las condiciones generales de los contratos, los contratos de adhesión, la masificación y despersonalización de las relaciones contractuales, entre otros, han superado el sinalagma tradicional. Es necesario coincidir con Díez Picazo en que antes "las relaciones jurídicas tradicionales se concebían, se construían y se configuraban como relaciones entre individuos concretos, en el sentido de que se entablaban entre personas perfectamente identificadas o inmediatamente identificables y además normalmente conocidas de modo perfecto entre sí. Siempre habíamos supuesto que el arrendatario es un Ticio y el arrendador un Cayo, que naturalmente se conocen porque en otro caso no hubieran llegado a establecer entre ellos ese contrato de arrendamiento".[1] Hoy en cambio, de país a país, de ordenador a

1. DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado* (dos esbozos), Civitas, Madrid, 1979. Agrega el autor que en este nuevo tipo de relaciones hay "una clara dificultad de identificación de los sujetos, y en segundo lugar, una falta de conocimiento de las personas entre las cuales la relación se traba, que lleva a figuras de anonimato", págs. 51 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ordenados, se celebran convenios sin que sus partes sepan ni sus nombres.

Ante estos contratos masivos y anónimos la jurisprudencia, como veremos luego, ha tenido que superar la identificación entre contrato y documento material que lo recoge.[2] Son necesarias entonces premuras legislativas que vengan a regular tan novedosos modos de consumir bienes y servicios, y no pocos autores hablan de un nuevo Derecho surgido en este campo.[3] Y no siempre el consumidor, el ciudadano de a pie, es el que sale mejor librado en este río revuelto, en general en el Derecho de consumo y en particular respecto a la publicidad, el legislador ha tenido que poner coto a abusos, porque "hay demasiado consumismo, demasiados contratos de adhesión. Demasiadas prestaciones de carácter técnico en las que el ciudadano corriente y moliente resulta siempre engañado. Hay demasiadas empresas publicitarias... cuya única finalidad parece estribar en anular la propia voluntad o arbitrio individual mediante una pertinaz, y la más de las veces, falsa propaganda cercana a la subliminación."[4]

El profesor Díez Picazo es tajante en afirmar que la idea antigua del convenio se ha roto y que ya no es "cauce de expresión de la voluntad o de la autonomía de la voluntad", para él la concepción voluntarista de contrato se ha tornado absolutamente inidónea.[5] Afortunadamente los jueces evitan abusos con sus sentencias y adelantándose al legislador se sacan del sombrero de la justicia mecanismos como la integración publicitaria del contrato, pero antes de detallarla, hagamos algunas consideraciones de ubicación.

INTEGRACIÓN CONTRACTUAL. DEFINICIÓN

Según el profesor García Amigo la integración "tiene por finalidad determinar, una vez patentizada la lex negotii, el cuadro de fuerzas normativas que forman la suma integrada por la lex privata junto con las demás que componen la total norma reguladora de la relación negocial, la integración designa el complejo de fuerzas normativas subjetivas —lex privata— y objetivas —lex publica— que regulan totalmente la relación negocial".[6] Dentro del iter analítico del contrato el profesor Clavería la ubica del siguiente modo: interpretación subjetiva, califi-

---

2. LASARTE, Carlos, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, **Revista de Derecho Privado**, enero, 10980, págs. 50 y ss.

3. Por ejemplo, FONT GALÁN, Juan Ignacio, *El tratamiento jurídico de la publicidad en la LGDCU*, en **Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor**, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pág. 64.

4. LASARTE, Carlos, *op. cit.*, págs. 50 y ss. En gráfico relato este autor agrega que "el tráfico patrimonial de nuestros días se caracteriza por ser un escenario en el que, como en los sainetes, los personajes se identifican apenas alzado el telón. Vocingleros ofertantes que predican las excelencias de sus productos y que prometen a sus clientes, adquirentes, incluso un cambio radical en sus vidas. Por algo el mercado es el mercado y la técnica publicitaria todo lo puede".

5. DÍEZ PICAZO, Luis, *op. cit.*, pág. 49. En su opinión esto provoca que más que hablar de voluntad, ahora debamos hablar de otros fenómenos, como relaciones contractuales de hecho o de producción de reglas objetivas, o de reglas derivadas de la confianza.

6. GARCÍA AMIGO, Manuel, *Integración del negocio jurídico*, en **Anales de la Academia Matritense del Notariado**, T. XXIII, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Opinión secundada por LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, **Teoría General del Contrato**, 2ª ed., reimpresión 1990, Bosch, Barcelona, pág. 297, en la que sostiene que el contrato ya no es el mero acuerdo de voluntades "sino el complejo de normas de diversas procedencias que van a regular la conducta de las partes vinculadas por aquel acuerdo".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cación, interpretación objetiva e integración, en ese orden.[7]

Como vemos, presupuesto de la necesidad de integrar un convenio son los vacíos que la voluntad de las partes le haya dejado, estas omisiones "no pueden cubrirse en todos los casos recurriendo a prescripciones legales de carácter dispositivo. Si aparecen problemas de regulación que el legislador tampoco ha previsto, fracasa la reconstrucción... mediante el Derecho dispositivo... conforme a ello, las lagunas que, aún así, aparezcan en los acuerdos contractuales siempre que las partes no se hayan puesto de acuerdo a posteriori sobre cómo deba cumplirse el contrato tienen que cubrirse por la jurisprudencia.[8] El profesor Lacruz coincide con la definición dada, apuntando que la integración busca reunir el conjunto de normas de distintos orígenes que regulan lo pactado por las partes.[9] Y con el resumido Ghersi, para el cual la integración consiste en "salvar una omisión u oscuridad".[10]

DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

Nuestra figura se relaciona íntimamente con otras, por lo que es de interés deslindar sus propiedades y funciones respecto de ellas, son la interpretación y la calificación.

1. Integración e interpretación.

Al formar parte de un proceso destinado a evidenciar claramente la voluntad de los contratantes, no hay notables distancias entre estas figuras, pero sí hay diferencias: la interpretación intenta discernir las dificultades de expresión de las partes, mientras que la integración busca resolver las planteadas por la falta de voluntad y de ley en un punto concreto,[11] esta diferencia funcional ha sido pautada no sólo por la doctrina sino también por la jurisprudencia.[12] Para el citado profesor García Amigo la interpretación se dirige a esclarecer la voluntad negocial de las partes, moviéndose en el campo de las fuerzas subjetivas, pretendiendo fijar el contenido del negocio, mientras que la integración intenta determinar los efectos totales del mismo.[13] Para el profesor Jordano Barea la integración de un contrato lagunoso o incompleto en su autorregulación, es tarea muy diversa de la integración.[14] En realidad ambas figuras lucen como pasos dentro de un mismo proceso, no parece apropiado considerar antitéticos

---

7. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *Comentario de la sentencia de 24 de octubre de 1983*, en **Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil**, setiembre-diciembre, 1983, págs. 1021 y ss.

8. SCHÄFER, Hans Bernd, y OTT, Claus, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Trad. Macarena Von Carsten, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 285. En opinión de los autores, las lagunas tienen que "llenarse mediante una imputación posterior del riesgo con ayuda de una interpretación contractual supletoria".

9. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 297. "La integración... trata de completar, no ya las palabras de los contratantes, sino el conjunto mixto de la lex privata y lex publica por el que se gobierna cada contrato singular".

10. GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 160. En su criterio los pasos que él cita, interpretación, integración y rectificación, son sólo "etapas complementarias" del proceso de recreación del pensamiento.

11. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 296. El párrafo está basado en sus frases, en su primera parte.

12. LASARTE, Carlos, *op. cit.*, págs. 50 y ss. "Deslinda así el T.S. las materias de interpretación e integración del contrato, como operaciones que —aún siendo de difícil deslinde— no pueden decirse coincidentes".

13. GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, pág. 84. Adiciona que la integración "designa el complejo de fuerzas normativas subjetivas —lex privata— y objetivas —lex publica— que regulan totalmente la relación negocial".

14. JORDANO BAREA, Juan B., *La interpretación de los contratos*, en **Academia Sevillana del Notariado**, Edersa, 1988, Madrid, pág. 163.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ambos términos, pues son herramientas del mismo esfuerzo de esclarecer cuál fue la verdadera intención de las partes al contratar.[15]

2. Integración y calificación.

La calificación nos responde a la pregunta: ¿frente a qué tipo de contrato estamos?, busca "bautizar" la figura negocial para así propiciar la aplicación de las normas propias de su naturaleza jurídica, según García Amigo, la calificación "tiende a determinar la naturaleza y clase del contrato..., se trata... de un paso lógicamente posterior a la interpretación y anterior a la integración", para este autor sólo después de fijada la calificación de un contrato es posible determinar las fuentes normativas de carácter objetivo aplicables, en presencia de lagunas, a la relación negocial, "la calificación opera por tanto, sobre la voluntad normativa subjetiva, liberada ya en su caso, de posibles dudas con la interpretación, la integración, en cambio, conecta la voluntad de las partes con las fuerzas normativas objetivas".[16]

Para el profesor Clavería la utilidad de la clasificación radica en que "nos sirve en cuanto fase del proceso de determinación de la regla negocial en la medida en que consista en una conceptualización de la voluntad de las partes: averiguado qué contrato han querido los contratantes tras la tarea de interpretación subjetiva... procederá la denominada interpretación objetiva".[17]

Hay otras matizaciones que la doctrina hace respecto a este proceso de conocer con claridad y totalidad la intención de los contratantes, pero no nos ocuparemos de ellas por no extendernos en estos aspectos introductorios. Diremos a manera de ejemplo que Vattier Fuenzalida defiende la existencia en Derecho español de la llamada interpretación integradora,[18] y que el profesor Ghersi suma, a todo este arsenal escudriñador de la voluntad de las partes, su llamada rectificación, que implica adecuar lo declarado a lo realmente querido por ellas.[19] Lo único que luce claro es que el punto de partida para tanto esfuerzo jurídico es la existencia de omisiones en el contrato.

FUNCIÓN DEL JUEZ

La ley y la doctrina conceden al juez facultades para ejercitar la integración, para lo cual no sólo debe respetar el factor volitivo de los firmantes, sino además el contexto que sirve de sustrato al negocio, ante la pregunta: ¿de dónde sale esta posibilidad del juez para integrar el convenio?, el profesor Lacruz contesta sin duda que de una mixtura de los artícu-

---

15. LASARTE, Carlos, *op. cit.*, págs. 50 y ss. "Resultaría que... interpretación, calificación e integración del contrato... constituirían operaciones profundamente interrelacionadas entre sí, pero al mismo tiempo dotadas de propia operatividad".

16. GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, pág. 84. "La calificación... se trata... de un paso lógicamente posterior a la interpretación y anterior a la integración".

17. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, *op. cit.*, págs. 1021 y ss.

18. VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *La interpretación integradora del contrato en el Código Civil*, en **Anuario de Derecho Civil**, tomo XL, fascículo II, abril-junio, 1987. Este autor defiende la interpretación integradora en el Derecho español. A través del nacimiento en Alemania y su recepción en Italia, distingue entre interpretación, integración e interpretación integradora. Critica la aproximación en doctrina española de la interpretación integradora a la analogía y la integración. Concluye en la autonomía de la interpretación integradora, y su coexistencia con la interpretación subjetiva y objetiva en el Código Civil español.

19. GHERSI, Carlos Alberto, *op. cit.* Este autor argentino define la rectificación como "adecuar lo declarado por los contratantes a lo realmente requerido por ellos", pág. 160.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los 1258 y 1289 C.C.,[20] y razona que "la vigencia del contrato no puede quedar suprimida por la existencia de lagunas sobre las circunstancias accidentales suyas, y entonces el juez deberá resolver tales lagunas con arreglo al sistema y finalidad del contrato..."[21] Según Betti el juez se coloca en la situación del legislador, limitado al caso concreto sometido a su consideración.[22] Sin embargo tales facultades del juez no son ilimitadas, no es una carta abierta para desfigurar y configurar la voluntad de las partes, más bien el juzgador "apelando a la hipotética voluntad de las partes, no debe pasar por alto lo que acordaron éstas por propia iniciativa, por principio, no es tarea de la jurisprudencia corregir un acuerdo contractual que posiblemente resulte irrazonable y sustituirlo por una regulación que las partes habrían tenido que adoptar actuando sensatamente pero que, de hecho, no han adoptado".[23]

¿CUÁNDO DEBE INTEGRARSE UN CONTRATO?

Con lo que llevamos dicho esta pregunta parece innecesaria y casi respondida, sin embargo nos parece útil puntualizar en el tema. El contrato que requiere integrarse con otros elementos exógenos es el que no se basta a sí mismo para reproducir la intención de las partes, y esto ocurre frecuentemente, tanto que el profesor Lacruz afirma que es "normalmente incompleto",[24] por muchas razones, entre ellas que las partes, no siempre técnicos en Derecho o asistidos por éstos, no pueden prever todas las eventualidades que pueden modificar sus fases de cumplimiento, más bien, podríamos preguntarnos cuál contrato no necesita ser integrado, a lo que Schäfer y Ott responden que el contrato perfecto, y aclaran que estamos ante uno perfecto cuando los firmantes "antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución".[25]

Claro está que esto no es posible, y no sólo porque las partes carecen de facultades adivinatorias, sino porque tendrían que asesorarse de cualquier contingencia, como transportes, demoras, fluctuaciones de las divisas, estudios de mercado, etc., e "imputar el riesgo a una de ellas y determinar qué prestación tiene que

---

20. Artículo 1258.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.
Artículo 1289.—Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuese oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.
El C.C. costarricense tiene un artículo equivalente al 1258 citado, es el 1023, donde la equidad sustituye la buena fe.

21. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, págs. 299-300. "...y a la buena fe...", adiciona este autor.

22. BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo José Luis de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pág. 140.

23. SCHÄFER y OTT, *op. cit.*, pág. 287. Agregan estos autores alemanes que "en muchos casos la tarea de los jueces consiste únicamente en enjuiciar cómo se habría imputado un riesgo, si las partes lo hubieran conocido con anterioridad a la conclusión del contrato", pág. 263.

24. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.* Añade Lacruz que "inevitablemente se producen situaciones frente a las cuales el texto del acuerdo no resuelve cuál ha de ser el comportamiento de las partes, y en particular del deudor", pág. 296.

25. SCHÄFER y OTT, *op. cit.*, pág. 261. "El punto de partida de una interpretación supletoria del contrato es un contrato imperfecto", pág. 285.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

soportar su titular en caso de que se produzca aquél (por ejemplo: la reducción del precio de la compra o el interés positivo o negativo".[26] Es por esto que el contrato perfecto representa solamente un modelo ideal, un punto valioso de referencia para las partes, pues resultaría muy oneroso, especialmente en la necesidad de asesoramiento, contar con todos los elementos que harían de un contrato algo perfecto. El pacto entonces es usualmente lagunoso, tiene omisiones que hay que completar, Betti distingue los siguientes tipos de lagunas: 1. Lagunas ínsitas originalmente o bien sobrevenidas con el tiempo al modificarse las relaciones. 2. Lagunas producto de la falta de valoraciones normativas o bien de su inadecuación en el tratamiento jurídico. 3. Lagunas dependientes de deficiencias totales o parciales del tipo legal (lagunas de previsión). 4. Lagunas provocadas por la alternatividad o de la contradicción entre preceptos diversos. 5. Lagunas de cohesión y 6. Lagunas objetivas o de cognición.[27] Es pues inevitable que los contratos no contemplen todos y cada uno de los aspectos presentes o futuros que inciden en ellos, y surja la necesidad para los operadores jurídicos de recurrir a elementos exteriores al documento, como el marco económico, o las costumbres del lugar, o la publicidad de uno o ambos contratantes, de esto nos ocuparemos seguidamente.

PUBLICIDAD: DEFINICIÓN Y CARÁCTER INTERDISCIPLINARIO

En el sentido que nos es útil, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la publicidad como la acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores, sin embargo en un sentido más comercial la podemos considerar como el conjunto de técnicas que sirviéndose de los más variados medios de comunicación, busca influir en las personas, para inducirlas a efectuar determinados comportamientos, usualmente, adquirir bienes y servicios, aunque en los últimos años hemos visto hábiles campañas de prevención en materia de transmisión de enfermedades o drogodependencia. En vez de citar las muchas definiciones que existen, señalaremos los criterios básicos enumerados por Acosta Estévez, construidas precisamente a partir de aquéllas, este autor[28] caracteriza la publicidad de la siguiente manera: 1. Se trata de una forma de comunicarse. 2. Realizada por una persona física o jurídica, pública o privada. 3. En el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesión liberal, (la lista obviamente, como hemos visto, no es exhaustiva). 4. Con el objetivo de promover el suministro de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, (comportamientos, actitudes en general). 5. A cambio de una remuneración.

Por último nos interesa destacar que la publicidad se ha salido del sombrero de la simple lucha entre empresarios por la captación de clientes, como bien lo ha anotado Font, para convertirse en uno de los vehículos de comunicación social más influyentes y más decisivos a la hora de proyectar prácticamente casi cualquier actividad con afán público o masivo. Esto hace que la materia, jurídicamen-

---

26. SCHÄFER y OTT, *ibidem*, pág. 262.

27. BETTI, Emilio, *op. cit.*, págs. 135-136. Para él una laguna es "siempre... una deficiencia o incoherencia de la disciplina legal advertida mediante una contradicción entre sus partes, o entre aquélla y su finalidad", *ibidem*.

28. ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, PPU, Barcelona, 1990, pág. 29. Y lo que hace es prácticamente copiar el artículo 2 de la Ley General de la Publicidad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te hablando sea estudiada tanto en Derecho Público como Privado, y sea una parada imprescindible para autores y legisladores en el Derecho de consumo, para el citado Font, la publicidad se ha convertido en una cuestión con distintas proyecciones en la esfera ius-privatista y pública, y en el primero, precisamente lo más novedoso en los últimos años es la integración publicitaria del contrato, tanto en sentencias como en leyes, y producto de esta evolución, el protagonista en las preocupaciones tuitivas es ahora el consumidor.[29]

PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La engañosa es la publicidad que induce a la equivocación, que lleva al destinatario del mensaje al error y puede manifestarse tanto en la forma como en el fondo de la propuesta, el engaño puede estar contenido en múltiples campos, las propiedades de los productos, las condiciones de pago, los atributos, etc., puntualiza Acosta Estévez que para considerar engañosa una campaña no es necesaria la existencia del daño, y agrega que puede ser dual y afectar tanto al comportamiento económico de las personas como a los intereses de los competidores, siendo irrelevante el medio usado.[30] Las expectativas de los adquirentes en cuanto a que esperan encontrar publicitadas cualidades en los productos, se ven defraudadas, y no es pequeño el daño económico que este procedimiento causa a los consumidores. "Aparece así claramente reprobable enfrentar con tales armas al público, originando —en cada caso particular— una vinculación anómala, en ocasiones impidiendo el nacimiento de un negocio querido por quien confió en la veracidad de los anuncios, otras veces, generando la invalidez del contrato, viciado por el error del consumidor provocado por el mensaje inexacto, naciendo además, en todos los casos, una deuda de responsabilidad en cabeza del empresario, autor de la ilicitud".[31]

Dentro de la política de información que procura evitar estos perjuicios, Reich anota tres aspectos: la prohibición de mensajes publicitarios engañosos o inductores a error, el mandato destinado a los competidores a que proporcionen una información objetiva, y la función de asesoramiento y aclaración a cargo de las correspondientes organizaciones legitimadas a ello, como las protectoras de los consumidores.[32] Esta política busca equilibrar las dispares situaciones entre las poderosas empresas agentes del mercado, verdaderos centros de poder social, y los consumidores, tratando de paliar, en afortunada expresión de Reich, la "subordinación estructural" en la que se hallan los adquirentes.

Más adelante tendremos oportunidad de ampliar, cuando nos refiramos a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cómo la publicidad engañosa ha dejado de

---

29. FONT, *op. cit.*, pág. 60.

30. ACOSTA ESTÉVEZ, *op. cit.*, págs. 42-43.

31. STIGLIGTS, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 16. Esta situación descrita está prevista en los artículos 4 y 5 de la Ley General de Publicidad. El autor añade que "se debe apreciar el nivel de la capacidad intelectiva y del acondicionamiento sicológico de las personas a que la publicidad va naturalmente destinada. En efecto, la masa de consumidores no conforma una clase social homogénea, sino más bien una correlación de intereses en la adquisición y disfrute de bienes y servicios, ciertamente difusos, pero por ello mismo sumamente disgregados, y entonces no pueden encuadrar en una categoría uniforme", pág. 18.

32. REICH, *op. cit.*, pág. 185.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

percibirse como un problema entre anunciantes preocupados por sus pérdidas, para convertirse en valiosa referencia en la defensa de los compradores.

Discrepamos de la visión economicista que Madrenas I. Boadas tiene de la necesidad de controlar el engaño en la publicidad, pero antes lógicamente damos paso a su postura, según esta autora "el control del engaño en la publicidad tiene por objeto el logro, ciertamente difícil, de un óptimo de información en un determinado mercado. Pero no por ello debe corregirse toda desviación de ese óptimo si las consecuencias de la intervención pueden causar un daño mayor, si el remedio puede producir peores resultados, en un mercado siempre existirán imperfecciones, derivadas, además, de las mismas características de la información. La conclusión puede ser que, si bien es difícil determinar el grado óptimo de una información, sopesar sus costes y beneficios, todavía puede ser más costoso ignorar esta aproximación y tratar de proporcionar información completa: la prevención del engaño no puede ser completa y la cesación no es una medida inocua. Asegurado un mínimo de calidad objetiva de la información, obtenido un óptimo aproximado, puede ser mejor resignarse a la idea de que ya no cabe hacer mucho más, que la probabilidad para el consumidor de ser inducido a error y sufrir un daño minúsculo se reparte aleatoriamente en la cesta de la compra..."[33] Disculparán la extensión de la cita pero considero necesaria la global lectura de su idea, que no es otra que el consumidor debe estar a merced de sufrir "daños minúsculos", a ser inducidos a error y disfrutar de un mínimo de "calidad objetiva de la información", para no perturbar intereses macroeconómicos de los vendedores. Rechazo esta idea, supongo que es fácil reducir al consumidor, al ciudadano común y corriente, a un dígito dentro de una teoría económica, pero no rima ni con los principios generales de la contratación ni con los principios generales del Derecho, no sólo como simple enunciado en el artículo 1.4 C.C., sino como sustrato necesario de toda relación jurídica. Pienso aproximadamente todo lo contrario que Madrenas I. Boadas, creo que DEBE corregirse toda desviación de ese óptimo de información AUNQUE se cause un perjuicio a la economía de los vendedores, que aceptado que siempre existirán imperfecciones en el mercado, no debemos resignarnos a que perjudiquen a los consumidores, usualmente los más desprotegidos en estas relaciones.

PUBLICIDAD: DEFINICIÓN LEGAL

Con la definición de la Ley General de Publicidad ya estamos familiarizados por un autor citado, la contiene el artículo 2, según el cual es "toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". Y añade que los destinatarios somos "las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance".

El Estatuto de la Publicidad, de 11 de junio de 1964, derogado por esta ley, en su artículo 2, definía a la publicidad como "toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada

33. MADRENAS I. BOADAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Pr. Rafael Jiménez de Parga. Civitas, Madrid, 1990, pág. 79.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación".

La exposición de motivos de este Estatuto, en su párrafo segundo, ab initio, decía que "aunque en un sentido muy amplio, por publicidad puede entenderse toda actividad que tiene por objeto o finalidad 'hacer público' el conocimiento de una cosa, de un hecho o de una situación, el presente Estatuto se ha dirigido de manera fundamental a regular aquellas formas de información o difusión que se dirigen de modo mediato o inmediato a favorecer y a promover la libre contratación de bienes o de servicios".

Y terminaremos con la directiva de la C.E.E., relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, del 10 de setiembre de 1984, entiende por publicidad "toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones", en su artículo 2.1.

PUBLICIDAD Y PROPAGANDA: DIFERENCIAS

Hay que admitir que los límites son difusos entre estos quehaceres, sobre todo hoy que aspectos que eran tratados con un lenguaje propagandístico, como las compañías políticas, son abordados con técnicas publicitarias. El profesor Rico Pérez aprecia que su diferencia esencial radica en que la publicidad se realiza con ánimo de lucro, mientras que la propaganda excluye "casi siempre" la idea de ganancia económica, para este autor "ello no quiere decir que no exista propaganda pagada, lo que transforma la propaganda en publicidad".[34]

Para este autor la propaganda, considerada ampliamente, "es la técnica de influir en la acción humana mediante la manipulación de las representaciones. La publicidad puede considerarse como una expresión más de la propaganda, si bien ésta parece, en principio, referirse más al aspecto político o ideológico".[35]

Sin embargo, a pesar de sus esfuerzos por distinguir ambas materias, termina Rico Pérez admitiendo que son términos equivalentes, sinónimos.

Las notas diferenciadoras que Pérez García encuentra entre ellas son: la propaganda tiende a extender conceptos o ideas, expande ideas o manipula representaciones, mientras que la publicidad se limita a difundir el conocimiento de un bien concreto, además añade que la propaganda suele exteriorizarse con mayor pobreza de medios que la publicidad, pues aquélla actúa con base en sutiles resortes sicológicos mientras que ésta requiere un mayor soporte material, y concuerda con el autor anteriormente citado en que "no obstante estas notas distintivas, es forzoso reconocer cómo en la práctica propaganda y publicidad son conceptos de límites borrosos..."[36]

---

34. RICO PÉREZ, Francisco, *La ley*, en **Revista Jurídica Española**, vol. I, 1982, Madrid, pág. 746.

35. RICO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 745. Agrega que los dos elementos de la publicidad son difusión y conocimiento.

36. PÉREZ GARCÍA, Pedro Antonio, *La información en la contratación privada*, Instituto Nacional de Consumo, Col. Estudios, Madrid, 1990, págs. 198-199. En su criterio la propaganda tiende a extender conceptos o ideas, mientras que la publicidad se limita a difundir el conocimiento de un bien concreto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRINCIPIO DE VERACIDAD

Aunque lo atinente al tratamiento de la publicidad en la LGDCU será tratado más adelante con detenimiento, mencionaremos que este principio está recogido en su artículo 8, que establece que "la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades y servicios, se ajustarán a su naturaleza, condiciones, utilidad o finalidad...", su antecedente directo proviene del artículo 8 del Estatuto de la Publicidad (ya derogado), que ordenaba que "en toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos y se induzca a error", como vemos el principio de veracidad queda determinado más eficazmente en la LGDCU que en el Estatuto de 1964, porque en este último se prohibía engañar pero se podía ocultar información, características y condiciones de los productos, mientras que el texto vigente obliga a que la promoción describa fielmente el producto, "se ajuste" a él.

Este principio es soporte básico de la actividad que estudiamos, así lo entiende el profesor Bando Casado, y añade que es "el punto de apoyo para el ejercicio de la tutela de los consumidores, que no deben ser conducidos por una publicidad engañosa. La defensa de este principio se lleva a cabo... más en defensa de los propios consumidores que de la competencia, a quien también puede dañar una publicidad que contenga mensajes falseados, ya que la publicidad es un elemento diferenciador del producto que se comercializa en el mercado".[37] Nos adherimos a la interpretación que del artículo 8 LGDCU hace Bercovitz, para quien ese artículo no se limita a los productos o servicios en sentido estricto (sus cualidades), sino que se extiende a todos los aspectos relevantes de su adquisición por los consumidores, por suponer esta visión una mayor protección del adquirente,[38] ampliando el campo de aplicación del principio de veracidad.

Frente a este principio de veracidad la doctrina se ha preguntado si, en su respeto, la publicidad debe también incidir en los aspectos negativos de lo publicitado, a los que Pérez García responde afirmativamente, pues "si se ha dicho que la información que se contenga ha de ser veraz, tampoco cabe duda de que aquellos posibles defectos forman parte de ese requisito, y su ocultamiento... supondrá un grave quebranto de aquel principio..."[39] Como hemos visto el discurso de los anunciantes debe ser verdadero y eso debe suceder referente a las condiciones de lo publicitado, que son las que mueven a los consumidores a comprar, hay que recordar que cuando el comprador se acerca a hacer su transacción, ya su voluntad está influenciada por los mensajes, éste "dónde" se debe cumplir el principio de veracidad, nos lo explica con su metalenguaje Castilla del Pino, para él sólo se puede ser veraz acerca de las propiedades intrínsecas del producto, "hay pues, que cumplir con la ley, que ordena ser veraz, o que prohíbe el engaño, pero el mensaje debe adoptar entonces cualidades tales que hagan el producto vendible, es

37. BANDO CASADO, Honorio Carlos, *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*, 2ª ed. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986, pág. 85. En esta opinión lo secundan RICO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 751, además de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 180-181.

38. BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 183 y ss. "Ciertamente una interpretación más ceñida al texto legal y más conservadora sería aquella que limitase la integración del contrato, a falta de previa información, a 'las prestaciones propias de cada producto o servicio' en sentido estricto, (pero supone) una menor defensa del consumidor".

39. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 201. Más sobre el principio de veracidad en POLO, Eduardo, *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 49-50.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

decir, que el efecto perlocucionario del mensaje, que es vender, se consiga. Nadie puede engañar acerca del megatema del discurso publicitario, porque se sabe que el propósito del mismo es vender. Es en el rema en donde se ha de adobar el tema de forma tal que el efecto perlocucionario posea el éxito que se pretende".[40]

SEGUNDA PARTE

RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

Después de los aspectos generales revisados, esta última parte está destinada a estudiar la integración publicitaria del contrato en los tres perfiles básicos: el doctrinal, el normativo y el jurisprudencial, en este orden.

PERFIL DOCTRINAL DE LA RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

Incluso antes de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo la materializara, la vinculación publicidad-contrato no había pasado inadvertida para la doctrina, y como en casi todos los ámbitos del Derecho, coexisten en ella dos posturas, la que apoya dicha relación y la que la niega, aunque hay que admitir que la primera es abrumadoramente mayoritaria. Vincular los mensajes de los anunciantes al régimen obligatorio de los contratos tiene una importancia enorme, por varias razones, entre ellas las técnicas de manipulación usadas, como la masividad de su convocatoria, que llega a todos los sustratos sociales con una fuerza envolvente. El aporte en esta tarea del Tribunal Supremo ha sido decisivo, sirviendo de vanguardia y creación normativa, adelantándose al legislador, varias de sus sentencias.

CONTENIDO PRECONTRACTUAL DE LA PUBLICIDAD

La integración publicitaria del contrato consiste en vincular al régimen negocial todo lo que el anunciante exprese en la promoción de los productos, así, no será necesario que el empresario incluya en el texto del convenio las descripciones que ofrece, bastará con que la publicidad las mencione, esto indudablemente provoca que el vendedor no pueda engañar al comprador ofreciéndole la luna y las estrellas en la promoción y luego firmando un contrato

40. CASTILLA DEL PINO, Carlos, *Discurso publicitario versus discurso normativo: gramática textual*, en Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, págs. 121-122. Agrega que "esto requiere una estrategia discursiva peculiar, a través de la cual se pretende inducir que el (supuesto) valor derivado del uso del producto se convierte en (efectivo) valor del usuario mismo".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

escueto, desprovisto de ventajas o cualidades pregonadas en los folletos, eso sucedía a menudo sobre todo en materia de vivienda, donde las casas, los chalets y apartamentos eran publicitados con detalles lujosos, como aire acondicionado, insonoración, piscina privada, estacionamientos privados y otras ventajas, sin embargo estos lujos luego no aparecían en el texto negocial, burlando legítimas expectativas creadas con los anuncios.

Algunos autores, tal vez menos audaces que el mismo Tribunal Supremo Español,[41] ubican la relevancia negocial de la publicidad en la fase precontractual, pero no por ello le restan eficacia configurativa, así por ejemplo Cuesta Rute afirma que el mensaje publicitario es idóneo para "preconfigurar" el contenido de la contratación principal, y añade que su mayor importancia residirá en las descripciones del mensaje, y coloca a los elementos sugestivos en la esfera de influencia sicológica, irrelevante para el Derecho.[42]

En este momento precontractual, en el que las partes no han perfeccionado el convenio, la doctrina se plantea un problema interesante: ¿Qué sucede si el consumidor advierte contradicciones entre la publicidad y el contrato?, ¿puede exigir la suscripción del negocio pero con los contenidos publicitarios?, ¿puede el empresario rechazar entonces el negocio? Obviamente el consumidor puede desistir del negocio y adquirir el bien o el servicio en otra empresa. Pues bien, Font, que plantea el cuestionamiento en estos términos, responde que el consumidor "ofertualmente engañado" puede plantear el cumplimiento de la propuesta publicitaria, para este autor este mecanismo permite incluir la publicidad, también en la "antesala" del negocio, o sea, en las tratativas.[43]

En un reciente estudio, publicado en 1990, Pérez García ubica la publicidad como el principal vehículo informativo precontractual, por dos razones básicas: su enorme poder de difusión y la manipulación implícita en el mensaje publicitario, y por estar "todavía muy alejada de las fases más próximas a la perfección del contrato", considera que solamente posibilita el comienzo de la "andadura precontractual".[44]

Lo importante, sea el lugar del iter contractual que quede ubicado, es que la publicidad configure el régimen prestacional, para que el consumidor quede protegido de los posibles abusos.

EFICACIA JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD

Hay que reconocer la visión que autores como Manresa tuvieron de este tema, muchos años antes de que el Tribunal Supremo materializa en sentencias la integración negocial de la publicidad, sus palabras cobran un matiz casi premonitorio, en su opinión la jurisprudencia debía actuar con "cierta rapidez" para que los consumidores que "movidos de semejantes atractivos contratan, no sean burlados..., por lo que el anunciante debe quedar vinculado con todo aquel con quien concertare libremente sobre el objeto por tales medios anunciados, respondiendo en todo a las condiciones de cualidad, destino, rendimiento y bondad, en

41. Equivalente a la Sala de Casación costarricense.

42. DE LA CUESTA RUTE, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974, pág. 147. "Ciertamente la publicidad favorece la presunción del consentimiento de lo que en el mensaje se expresa, con consecuencias inmediatas sobre el objeto del consentimiento".

43. FONT GALÁN, *op. cit.*, págs. 75 y ss. "De este modo es posible mantener que el contenido de la publicidad además —y antes de— integrar el contenido obligacional del 'contrato celebrado' integra... la oferta contractual, y, en verdad, todo el iter contractual".

44. PÉREZ GARCÍA, *op. cit.*, págs. 201 y ss. "La publicidad únicamente posibilita el inicio de la andadura precontractual".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

suma, del producto indicado, aunque expresamente con él no lo haya pactado".[45]

El objeto de integrar publicitariamente el contrato tiene varios propósitos, entre ellos tutelar la confianza que el destinatario del anuncio pone en lo que escucha, ve o lee, también obliga al ofertante a cumplir con toda su propuesta, en efecto, "todo lo que en el período de promoción de la contratación y de promoción del contrato manifieste o comunique el empresario oferente es obligatoriamente relevante y exigible".[46] Esto implica un reconocimiento del poder de la publicidad en la voluntad de las personas, de hasta dónde son motivadas muchas veces a contratar apoyando su determinación en los mensajes que han visto en la televisión, o en los folletos entregados por los empresarios, no cabe duda que la integración del contrato con lo que las agencias de publicidad proponen al público significa un gran avance en defensa de los consumidores, en defensa de la verdad negocial, y es una reafirmación de que los negocios deben basarse en la buena fe, principio este fundamental en esta materia y que abordaremos con cierto detenimiento al referirnos al Código Civil, y es que como Cuesta Rute afirma "ciertamente la publicidad favorece la presunción del consentimiento de lo que en el mensaje se expresa, con consecuencias inmediatas sobre el objeto del consentimiento..."[47]

Como ya ha sido señalado por Bercovitz, al vincular al negocio las apelaciones publicitarias del vendedor se establece otra sanción para la publicidad engañosa, pues ahora el destinatario puede exigir todo lo prometido en ella,[48] lo que representa que el empresario debe tener cautela, y respetar el principio de veracidad, pues sus propios anuncios pueden volverse contra él en caso de fraude o intención de incumplimiento. La valoración jurídica de la publicidad cambia radicalmente, y pasa de anzuelo a cláusula contractual, tan vinculante para el anunciante como si estuviese incluida dentro del elenco prestacional.

Imponer la relevancia negocial de la publicidad desplaza el centro de gravedad del esfuerzo tuitivo del Ordenamiento, pues en las viejas leyes (Estatuto de Publicidad y Ley de Propiedad Industrial) se limitaban a simplemente "concebir y regular la publicidad como un asunto de competencia interempresarial y, lo más frecuentemente, como un conflicto de orden dominical en cuanto que sólo se tomaba en consideración la publicidad engañosa o desleal que provocaba lesiones a la propiedad industrial del empresario dentro de la cual quedaba patrimonializado el consumidor individual o colectivo en cuanto "cliente o clientela".[49] Este giro valorativo ya se había vislumbrado en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1976, en la que ante el conflicto de intereses provocado por una publicidad comparativa, entre el empresario anunciante, el empresario aludido y el consumidor, el alto tribunal sostuvo que era este último interés el que debía ser tutelado preferentemente.

Prácticamente todos los autores citados han reconocido el acierto del Tribunal Supremo y algunos se han prodigado en halagos sobre

---

45. MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil*, T. VIII, Vl, I, 6ª ed. revisada por Miguel Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1967, págs. 50-52.

46. FONT GALÁN, *op. cit.*, págs. 75 y ss. Por lo que afirma que el artículo 8.1. LGDCU (que luego citaremos) "ha querido ir bien lejos".

47. DE LA CUESTA RUTE, *op. cit.*, pág. 147. Ya citamos esta frase en la nota 43, por su interés y agudeza.

48. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, en la misma obra compartida con su hermano Rodrigo que ya citamos. Opinión seguida entre otros por DE LA CUESTA RUTE, José María, *Las responsabilidades de las administraciones públicas por las alegaciones publicitarias de contenido financiero*, en **Revista de Derecho Bancario y Bursátil**, Nº 18, año V, abril-junio, 1985, págs. 268-269.

49. FONT GALÁN, *op. cit.*, págs. 59-60. Añade que la legislación citada "marginaba de modo escandaloso al consumidor".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

su gestión en este punto, "rompiendo lanzas" en su favor.[50]

Pero como casi siempre ocurre en este mundo del Derecho, no todas las voces coinciden, hay autores como Rojo, para quien el hecho de que la voluntad del consumidor sea con frecuencia el desarrollo de una decisión anterior, "tomada quizá inconscientemente por la acción de la publicidad..., no significa que la actividad publicitaria pueda traducirse como oferta contractual y ser encuadrada como tal en la teoría del negocio jurídico".[51] Y Rojo se apoya en dos razones: la primera que la relación teleológica-funcional de la publicidad con la formación del contrato no elimina que, en el plano jurídico, el contrato surja solamente como consecuencia de la demanda de adquisición del consumidor o de la declaración típica del vendedor; y la segunda porque según este autor la declaración de voluntad de adquisición agota su significado en cuanto oferta o aceptación contractual frente al vendedor en concreto.

Por su parte Gómez Segade y Lema Devesa, escribiendo sobre invocaciones publicitarias al ahorro, coinciden con las críticas al Decreto de 19 de octubre de 1973 de esa materia, pues al poner éste el énfasis en las características de los activos financieros, se destacaba que serían considerados a la hora de la contratación. Y agregan que "de esta suerte, se abre una vía peligrosa ya que se resalta la conexión de la publicidad al iter de la contratación. Dicho con otras palabras, las manifestaciones publicitarias sobre inversiones vendrían a constituir una oferta de contrato y no una simple invitatio ad offerendum".[52] Y tras compartir su temor ante ese riesgo, reconocen que la tendencia de la jurisprudencia y la ley va en ese sentido, lo que, en su criterio, "puede producir resultados insospechados".

PERFIL NORMATIVO DE LA RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

A continuación intentaremos exponer el marco legal que la relevancia contractual de la publicidad, así como materias próximas, dispone en España.

1. Constitución Política.

Naturalmente el tema específico no es tratado en el texto constitucional, pero su contexto sí, el de la defensa de los consumidores, dispone el artículo 51 lo siguiente:

> 1.—Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
>
> 2.—Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
>
> 3.—En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

---

50. CID LUQUE, Andrés, *La vivienda y los consumidores*, en **Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor**, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990, pág. 213. Además, entre otros, las obras citadas de FONT GALÁN, RICO PÉREZ y LASARTE.

51. ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pág. 157. Hay que añadir, en justicia, que esta opinión está vertida en 1974, antes de que la jurisprudencia consagrara la relevancia negocial de la publicidad.

52. GÓMEZ SEGADE, José Antonio, y LEMA DEVESA, Carlos, *Problemas jurídicos de las invocaciones publicitarias al ahorro*, en **Revista de Derecho Bancario y Bursátil**, marzo, 1985, pág. 256. "Pero de todas maneras se abre un portillo para esta interpretación, que a nuestro juicio sólo debiera plantearse para la publicidad de bienes singulares, y no en general a cualquier publicidad, incluida la de productos de consumo, homogéneos y vendidos en masa", pág. 257.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. La integración publicitaria y el Código Civil.

La relación entre la materia que estudiamos y el Código Civil deviene directa a través del artículo 1258, que consagra el principio de la buena fe.[53] Alusión directa a este principio que hace el artículo 7.1, según el cual los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.[54]

Es oportuno antes de analizar la relación entre buena fe e integración publicitaria, incluir aquí la observación de Lacruz,[55] según el cual el contrato ya no es el mero acuerdo de voluntades que describe, en cuanto acto creador de obligaciones el artículo 1254 C.C.,[56] sino el "complejo de normas de diversas procedencias que van a regular la conducta de las partes vinculadas por aquel acuerdo". Como citamos antes, esto supera la vieja equivalencia entre contrato-literalidad que lo contiene, para abrir el convenio a realidades vecinas y complementarias que quedan contenidas en el elenco prestacional. Aunque se discutió en doctrina, hoy se concuerda en que el artículo 1258 C.C. no es derecho dispositivo, o sea que las partes no pueden excluir su aplicación a través de su autonomía privada,[57] según este artículo los contratos no sólo obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino además a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. El profesor Jordano Barea[58] explica que las posibilidades de heterointegración que ofrece esta norma son muchas, encontrándose en ella tres factores de integración: la buena fe en sentido objetivo, el uso en función normativa, y la ley dispositiva, atendiendo siempre a la naturaleza del convenio.

Ahondando en este principio el profesor Rico Pérez añade que la función de la buena fe consiste "en integrar y corregir la voluntad privada que ha dado vida al contrato; de manera que los efectos que de ella se producen no dependen de esa voluntad privada solamente, sino también del criterio objetivo que esa buena fe conlleva, al igual que ocurre, en su caso, con la conducta, con los usos y con la "palabra" dada en la propaganda..."[59] En criterio de este autor la buena fe trasciende la esfera negocial para radicarse en el sitio de los principios generales del Derecho. Para el profesor Lasarte el hecho de que el artículo 1258 C.C. sea un precepto de ius cogens no implica que sus factores de integración tengan la misma potencia y agrega que la jerarquía de medios de integración debe ser como sigue: ley imperativa, ley dispositiva, usos y buena fe.[60]

Normas similares al artículo 1258 C.C. contienen códigos como el francés, el italiano y el argentino,[61] para terminar con este principio que sostiene desde el Código Civil español la relevancia negocial de la publicidad, citaremos a Díez Picazo, para quien la buena fe del artículo citado debe entenderse como rectitud y

---

53. Artículo ya transcrito en nota 20.

54. Cuyo equivalente en el Código Civil costarricense lo encontramos en el artículo 21.

55. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, págs. 299-300.

56. Artículo 1254.—El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

57. Así, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *Las condiciones generales en la nueva regulación protectora del consumidor*, en **Jornadas de Derecho y Consumo. Concejalía de consumo**, marzo, 1988, págs. 112-113. Y LASARTE, *op. cit.*, págs. 50 y ss.

58. JORDANO BAREA, *ibidem*.

59. RICO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 751.

60. LASARTE, *op. cit.*, págs. 50 y ss.

61. El Código Civil francés establece que "Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi. Les conventions obligent non seulement à ce qui y ext exprimé, mais encore à toutes les suites que l'equité, l'usage ou la loi donnet à l'obligation d'après sa nature".
Por su parte el Código Civil italiano (art. 1865) estipula que "I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano no solo a quanto é nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano".
El artículo 1198 del Código Civil argentino contempla: "Los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

honradez en el trato; añadiendo que "supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos".[62] Hay otros autores[63] que consideran que el artículo citado y su principio son los apoyos que permitieron al Tribunal Supremo, en las sentencias que más adelante estudiaremos, incluir la publicidad en la esfera negocial.

3. La integración publicitaria y la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Las voces de la doctrina y la vanguardia jurisprudencial se convirtieron en datos normativos, dándole así entrada en varias leyes a la integración publicitaria, entre ellas tal vez la más importante sea la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, (en adelante LGDCU), por su cobertura masiva. En esta ley el artículo 8, en lo que nos interesa establece:

> Art. 8.—La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.
>
> 2.—No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

Como vemos esta norma consagra al lado de la integración del contrato con los anuncios publicitarios, otro principio muy importante, el de la información, sobre esta agrupación normativa Cuesta Rute sostiene que la "inclusión de las alegaciones publicitarias en el contenido del contrato supone ciertamente una efectiva coacción indirecta hacia la ponderación y exactitud de aquellas alegaciones, pero no supone un deber directo de informar. Se completa esta consideración contractual de las alegaciones publicitarias con la proscripción de la publicidad engañosa, pero con ello tampoco recaemos en el campo de la imposición de un verdadero deber informativo de contenido positivo".[64]

La trascendencia de esta norma en un mundo en donde, según afortunada expresión de Rico Pérez, "lo imposible es no ser consumidor", es enorme. Estos esfuerzos normativos son parte de una política de información y protección al consumidor, que en los últimos años aumenta, "esta política parte de la base de que la actual industria de la publicidad no suministra al consumidor los criterios de decisión que él necesita para una satisfacción objetiva de sus necesidades".[65] El cinturón de normas protectoras de la LGDCU[66] viene a compensar la postura debilitada que tenían antes, cuando no eran tomados como sujetos activos del proceso mercantil-informativo.

Ahora bien, esta integración publicitaria en el marco contractual no es incondicional, ya que si en el contrato aparecen mejores condiciones para el comprador, con respecto a lo que la publicidad le ofrecía, se prioriza sic el pacto. Y por supuesto, si los contenidos puramente negociales no son más beneficiosos para el consumidor, la prestación que debe recibir se ve enriquecida con lo ofertado en la publicidad. La relación entre este artículo 8 y el artículo 1258 C.C. ya estudiado es obvia, pues lo que se tutela es la confianza que los consumidores ponen en las apelaciones publicitarias, que les conduce a contratar pensando en en-

---

62. DÍEZ PICAZO, Luis, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, págs. 134 y ss.

63. Entre ellos y ya citados, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, GARCÍA AMIGO y BERCOVITZ.

64. DE LA CUESTA RUTE, *op. cit.*, págs. 268-269.

65. REICH, *op. cit.*, pág. 185.

66. La expresión se la debemos a FONT GALÁN, *op. cit.*, págs. 59-60.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

contrar, de buena fe, lo prometido en lo adquirido. Al referirse a los términos del artículo 8 (oferta y promoción) Bando Casado opina que se alude a los mensajes publicitarios,[67] o sea, aquellas instancias a comprar. El artículo 8 en su expresión "se ajustarán a la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad de los productos y servicios" también obliga a los redactores de los anuncios a informar a sus destinatarios, sobre los datos básicos que puedan influirlos a tomar la determinación de comprar.[68]

Claramente podemos apreciar que el artículo 8 LGDCU "abre" el contrato a fuentes normativas exógenas, tan importantes en la voluntad de ambos contratantes (empresario y receptor del anuncio) que muchas veces son las que contienen la mayor parte de la información sobre el objeto del contrato, sobre todo tratándose de contratos de adhesión, que usualmente son escuetos y callan mucho de lo que deberían decir, o lo dicen con un lenguaje tan complicado que el consumidor prefiere no leer, convencido de que no entenderá nada. Por eso comenzamos este trabajo indicando que el contrato ya no es lo que era antes, en su concepción clásica, pues ahora "bebe" de otros cántaros y no sólo de la literalidad contractual, como venimos de decir, muchas veces pobre. Para Font el artículo 8.1 "ha querido ir bien lejos: todo lo que en el período de promoción de la contratación y de promoción del contrato manifieste o comunique el empresario oferente es obligacionalmente relevante y exigible. Y tal relevancia y exigencia se funda no en el contrato sino en la ley... a cuyo tenor y espíritu el contenido de la publicidad integra el contenido del contrato con el fin de proteger la confianza de los consumidores o contratantes destinatarios de los mensajes publicitarios".[69]

4. Integración publicitaria del contrato en materia de seguros.

En este campo la regulación proviene del Real Decreto 1.348/85 (1 de agosto), denominado Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, que en su artículo 46, en lo que nos interesa, expone:

> Art. 46.3.—Los términos de la oferta publicitaria serán vinculantes para la entidad aseguradora, a tenor del artículo 8 de la LGDCU; no obstante, si el contrato celebrado contiene cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta o publicidad.

Como vemos en realidad lo que el legislador hace es repetir la norma, podría parecer redundante, pero siendo la integración publicitaria materia novedosa y viniendo a evitar abusos en un campo tan proclive a ellos como el de los consumidores, no nos parece que sobren las disposiciones similares. A partir de este artículo toda la publicidad "ingresa" en el contrato de póliza, enriqueciéndolo. Y en este campo las aseguradoras son especialmente inclinadas a prometer y encandilar al destinatario,[70] con publicidad que prometen seguro "contra todo riesgo", dando la impresión de que realmente el contratante queda protegido de todas las calamidades posibles.

5. Integración publicitaria del contrato y vivienda.

En lo que nos interesa y de manera introductoria citaremos el artículo 47 de la Constitución Política:

> Art. 47.—Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condi-

67. BANDO CASADO, *op. cit.*, pág. 66.
68. Así, BERCOVITZ, Rodrigo, *op. cit.*, pág. 60.
69. FONT GALÁN, *op. cit.*, pág. 75.
70. En España no existe, como en Costa Rica, monopolio estatal de venta de seguros, estando el mercado atomizado por numerosas empresas privadas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La tutela de los intereses del consumidor en esta materia está justificada, en palabras de Rico Pérez, "porque el tráfico inmobiliario ha adquirido en los últimos tiempos unas características innegables de oferta en masa, y contratación generalizada (contratos de adhesión), mediante la utilización de las más modernas y avanzadas, depuradas, fórmulas de publicidad. En segundo término, porque a efectos de comprar y vender no se puede distinguir los bienes para limitar la operación".[71] La regulación en esta materia específica llega con el Real Decreto 5.151/89, del 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, que expone en su artículo 3.2 que "los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado".

Sobre la duplicidad de normas podríamos decir lo mismo que en el apartado anterior, y a pesar de ella, la doctrina se inclina más por bienvenir este tipo de redundancias, punto en el que coincidimos.[72]

6. Integración publicitaria del contrato y ahorro.

En esta materia nos interesa hacer una aclaración y definir la llamada "publicidad de inversiones". Para lo primero usamos las palabras de Gómez Segade y Lema Devesa, para quienes "en ocasiones se reduce el tratamiento de las invocaciones publicitarias al ahorro a las realizadas por intermediarios financieros, principalmente bancos y cajas de ahorro. Pero en realidad dichas invocaciones también pueden ser realizadas por empresarios que actúen en otros sectores económicos. Se invita a "invertir" no en activos financieros, que sería lo que apropiadamente se denomina inversión, porque se trata de bienes productivos, sino en bienes inmuebles que, aunque no sean productivos, pueden ser objeto de plusvalías o revalorizaciones interesantes para el ahorrador".[73]

Seguidamente citamos el artículo 1 del Real Decreto de 19 de octubre de 1973, sobre publicidad de determinadas inversiones, para el que la publicidad de inversiones es "toda actividad publicitaria que implique una apelación al ahorro público mediante la divulgación, por cualquier medio de comunicación, destinada directa o indirectamente a dirigir la atención hacia inversiones y en la que se dé cuenta respecto al pasado o se mencione, ofrezca o garantice para el futuro una determinada rentabilidad, plusvalía o liquidez..."

PERFIL JURISPRUDENCIAL DE LA RELEVANCIA NEGOCIAL DE LA PUBLICIDAD

El papel de la jurisprudencia española en esta materia ha sido decisivo, de hecho cuando los primeros fallos que acogían la integración publicitaria llegaron, no había ninguna norma que expresamente la regulara. La primera sentencia, que aunque no se refiere a este

71. RICO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 749. "Por consiguiente, los bienes inmuebles corporales hay que situarlos dentro de la esfera de protección al consumidor".

72. Entre otros, los citados FONT GALÁN y CID DE LUQUE.

73. GÓMEZ SEGADE y LEMA DEVESA, *op. cit.*, pág. 250.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

punto directamente, pero alude aleatoriamente el efecto de la publicidad en los contratos, data del 5 de enero de 1917, y su segundo considerando rezaba: "Conforme a tales preceptos —arts. 1265 y 1266 del Código— y doctrina legal reiterada es manifiesto que significando el error un concepto equivocado o juicio falso sobre la materia en que recayó el consentimiento, siendo en tal sentido una apreciación de mero hecho al determinar su existencia por la facultad privativa reservada por la ley al juzgador de instancia; y habiéndose declarado en la sentencia tal error, por la apreciación en conjunto y análisis de todas las pruebas practicadas, en cuanto no se ha acreditado la emisión de serie de aquellas obligaciones... reservadas al banco recurrente, para su colocación en España, según anunciaba las circulares y prospectos publicitarios para conseguirlo..." (Los artículos aludidos regulan la nulidad del consentimiento por error).

Y no fue sino hasta 1976, en fallo del 14 de junio, que nuestro tema campea claramente en la jurisprudencia, siendo ponente el magistrado Antonio Cantos Guerrero. El juicio versaba sobre la venta de una máquina industrial para la producción de aceite de pescado, cuya publicidad prometía un rendimiento en aceite de pescado de 2.000 a 2.300 litros por hora, alegando el comprador que su rendimiento real era de 1.150 litros por hora.

Mientras la empresa solicitaba parte del precio no satisfecha, el comprador pedía se le cambiara la máquina por otra que se ajustara a la publicidad y se le compensara el lucro cesante. En primera instancia el adquirente pierde el juicio en todos sus extremos, apelado dicho fallo la Audiencia Territorial de Madrid confirma la resolución en cuanto a que el pago debe completarse, pero estima la contrademanda y condena a la empresa a lo siguiente: cambiar la máquina vendida "por no ser la contratada, al no ajustarse a las características y rendimientos objeto del contrato", entregando una que responda a las promesas publicitarias. Interpone casación la empresa, que es declarado sin lugar por el supremo atendiendo a que "el incumplimiento del contrato por parte del vendedor no lo funda la Sala de instancia en que haya sido servido modelo distinto, sino en que, aun tratándose del mismo modelo, no da el rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica y gráfica... que cumple la función de una oferta, que vincula al vendedor..., oferta por la que se guió el comprador, sin que afecte al caso lo que diga, en cuanto a su rendimiento, la placa unida a la máquina que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder, ya que aquél se atuvo exclusivamente, como ocurre siempre en estos casos, a los datos consignados públicamente en la oferta, sin duda con ánimo de captación a través de la propaganda, oferta que no ha sido cumplida".

Como vemos el supremo eleva la publicidad a rango de propuesta contractual, vinculando sus afirmaciones al esquema obligacional. Otro detalle importante es que la propaganda tiene más valor incluso que la información técnica adherida a la misma máquina, lo que podríamos entender extendido a los folletos técnicos, explicativos de funcionamiento, garantías, dotaciones y capacidades. Apreciamos que la sentencia tutela el ánimo del comprador influido por la publicidad, al confiar en sus alegaciones, en efecto, el consumidor llega al contrato prácticamente con gran parte (si no toda) la información que le interesa ya suministrada por los anuncios. Entonces incumplir lo prometido en la publicidad es "incumplimiento de contrato", y legitima al destinatario a reclamar puntual y totalmente lo expuesto en la publicidad.

El segundo fallo que citaremos ha sido el más trascendental e influyente en la materia, y ha sido comentario de ilustres y capacitados autores,[74] nos referimos a la decisiva sentencia del 27 de enero de 1977. El juicio trata el caso de la venta de un piso o apartamento de lujo, negociado mediante escueto contrato de adhe-

74. Como los trabajos citados aquí, de LASARTE, RICO PÉREZ y FONT.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sión, la publicidad de la inmobiliaria prometía (y los planos constructivos también), agua caliente, aire acondicionado, garaje, cafetería, hotel, sala de reuniones, guardería, lavandería, todo esto en exclusiva para los vecinos, además se prometía un apartamento insonorizado. Pero el apartamento entregado distaba de eso: el agua caliente era insuficiente, no había insonorización, el aire acondicionado eran los huecos en las paredes para la posterior instalación por cuenta del cliente, la azotea quedó en cubierta, los salones de reuniones, sala de juegos, comedor, lavandería, cafetería, quedaron convertidos en una cafetería solamente, que encima estaba abierta al público, el desagüe de la piscina era inoperante, los garajes se vendieron por separado, y la planta primera, que inicialmente debía ser garajes, fue comercializada para locales.

El comprador alegaba haber instado al cumplimiento en muchas oportunidades, y pedía en su petitoria que su apartamento fuera dotado de todo lo prometido en la publicidad, como agua caliente, piscina adecuada, insonorización, aire acondicionado, y por lo que ya no fuera posible estructuralmente cumplir, se le indemnizara. La empresa alegaba cumplimiento de contrato, diciendo que había "dotado" al edificio de las instalaciones necesarias para los servicios reclamados, pero que éstos debían ser luego construidos por la comunidad de vecinos. Rechaza la acción en todos los extremos. El juez de primera instancia le da la razón al comprador en sus reclamaciones básicas, interpuesta apelación, la Audiencia Territorial de Madrid confirma el fallo pero limitando las obras a completar el aire acondicionado y la insonorización, rechazando lo demás. Ante esto el comprador interpone recurso de casación alegando su legitimación para reclamar, calidad que la instancia le había negado para atribuirla al presidente de la comunidad de vecinos.

La demandada también interpone recurso, en el que alega que "un folleto de publicidad no es un contrato y para que a nadie pueda caberle ninguna duda sobre su carácter, se hace constar expresamente en el mismo y en forma harto visible, que dicho folleto no constituye documento contractual. Y no puede olvidarse, en modo alguno, que los artículos 1256 y 1258 C.C.[75] hablan de contratos y no de otra cosa. No cabe duda de que tales folletos de propaganda influyen, en principio, en el ánimo del futuro comprador, pero no hasta el punto de considerarles artículo de fe, que lo que vale y obliga a las partes es lo que expresamente figura en el contrato, y dos cuestiones tan fundamentales como eran las de insonorización y aire acondicionado, debió exigir, al comprar el apartamento, que constasen expresamente en el mismo... Obligar, pues, a mi representada a tener que dar más y distinto de lo contratado sobre la base de un folleto de propaganda, que en modo alguno constituye ni puede constituir un documento contractual, fundamentando dicha obligación en el contenido de los artículos 1256 y 1258 del C.C., supone una clara infracción por aplicación indebida de tales preceptos... Está claro que a tenor de dicho contrato, nunca debieron entenderse comprendidos en él cosas que no figuraban en el mismo, máxime cuando ni en la parte expositiva ni en ninguna de las trece estipulaciones se dice para nada que la insonorización (de la que no se habla) tenga que tener un abrumador número de decibelios, ni tampoco que la instalación de aire acondicionado (que tampoco se menciona) haya de llevar el complemento de un aparato de refrigeración".

Pero a pesar de estos argumentos, el supremo concede razón al comprador, comienza el magistrado ponente reconociendo que el contrato firmado es de adhesión y que en él la descripción de servicios de los adquirentes es muy somera, motivo por el que los compradores se atenían a la publicidad. Luego destaca que dicha publicidad se ajustaba a los planos constructivos de la empresa. Constata luego el supremo por el dictamen pericial que existen

75. El 1258 ya fue citado. Mientras que el artículo 1256 C.C. establece: La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las deficiencias alegadas. Y articulando la empresa su recurso en que cumplió el contrato sin ser vinculantes para ella los folletos de propaganda, el alto tribunal desestima ese argumento porque "siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico... que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe..., al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa".

Esto en cuanto a nuestro tema, pues la sentencia también es importante al establecer que el recibo de llaves no equivale a la aceptación plena del apartamento, así como que el copropietario está legitimado a demandar, en cuanto a elementos comunes. Pero eso es materia de otro costal.

Pueden apreciar que tal y como anunciamos la sentencia es trascendental, establece que el hilo que une publicidad y contrato es el principio de la buena fe, así como que la publicidad tiene carácter pleno de propuesta contractual, sin que pueda luego el empresario eludir lo allí planteado. Para Lasarte el fundamento del fallo reside en el hecho de que el contrato "era de por sí insuficiente para determinar con precisión las obligaciones relativas a la sociedad constructora". Este autor resalta "la funcionalidad del artículo 1258 C.C. por encontrarse en él los criterios de integración del contrato..."

Es de notar la importancia que los dos últimos fallos citados tienen en materia de defensa de los consumidores, no sólo como coacción a los empresarios a respetar el principio de veracidad, sino que ahora los compradores pueden reclamar lo que la publicidad les promete. Para Font este fallo es un "audaz golpe de timón" y coincidimos en eso, y agrega que esto impone "una muy distinta valoración jurídica de las declaraciones, manifestaciones o comunicaciones publicitarias engañosas..."[76]

Terminamos en cuanto a esta sentencia refiriéndonos a las advertencias que usualmente contienen los folletos publicitarios, en cuanto a que no tienen valor contractual. Para el profesor Clavería el asunto plantea la posibilidad de desplazar mediante la autonomía de la voluntad la operatividad el artículo 1258 C.C. En su criterio ese artículo no es derecho dispositivo, entonces si el comprador es seducido por la publicidad, aún con la advertencia, opera la integración publicitaria del convenio.[77]

Citaremos enseguida la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1980, pues aunque no alude directamente a la publicidad, sí a un principio estrechamente ligado, el de la buena fe. En este expediente se condena al vendedor de un apartamento de playa a disminuir el precio, pues luego de prometerle al comprador panorámicas vistas de mar, construyó en su frente tapándole dichas vistas. Y este elemento había sido clave en las tratativas para incrementar el precio del apartamento. Ante el incumplimiento que significaba edificar en el terreno delantero del comprador, el tribunal expuso que "en toda relación jurídica... lo fundamental que hay que proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente se basa en una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, dado que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a buena fe, en una determinada situación, no deben defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisible toda actuación incompatible con ella por la sencilla razón que... la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza".

En esta coherencia de comportamientos aludida es que ubicamos a la publicidad, como promotora de la confianza mutua, en este caso la confianza que nos interesa destacar es la del

---

76. FONT GALÁN, *op. cit.*, pág. 64.

77. Así respondió el profesor CLAVERÍA GOSÁLVEZ ante pregunta del público en las Jornadas de Derecho y Consumo ya citadas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

comprador, porque es él quien confía en los anuncios. La tutela de la confianza creada por la publicidad es el motor que mueve esta resolución.

En nuestra siguiente sentencia se estudia el caso de una urbanizadora que en lugar de traspasar a los compradores de apartamentos la piscina y las zonas verdes, tal y como prometía su publicidad, se las cedía a otra empresa. Entonces el Tribunal sopesa la influencia que la publicidad tuvo en los compradores a la hora de contratar, en cuanto a lo que ellos consideraban el objeto del convenio, y en su fallo de 9 de febrero de 1981, usando el artículo 1282 C.C.,[78] compele a la empresa a traspasar las áreas litigiosas a sus compradores.

Sobre la última sentencia que citaremos, es necesario destacar que no pertenece al Tribunal Supremo, sino a la Audiencia de Granada, pero es muy importante pues sigue la línea de las ya mencionadas. En su II considerando se lee: "En la hoja informativa o de propaganda que se puso a disposición del comprador demandado... se expresa claramente que el piso que se ofrecía en venta había de reunir determinadas características constructivas, información que vincula al vendedor y que debe ser considerada como parte del contrato..."[79]

CONCLUSIONES

La primera conclusión que deseamos destacar es la posibilidad de extender este procedimiento de integrar publicitariamente el convenio, a otras materias que no sean viviendas,[80] creemos que la doctrina de las sentencias citadas, especialmente la de 27 de enero de 1977, puede ser trasladada a otros ámbitos comerciales, prácticamente a todos los que usan publicidad para motivar la adquisición. Esto se convierte en instrumento útil para determinar la responsabilidad del fabricante, quien no es usualmente quien comercializa directamente el producto, pero lo promociona a través de los medios publicitarios.

Otorgando relevancia negocial a la publicidad se conmina a los empresarios a extremar la cautela y a velar por la veracidad en sus anuncios, porque ahora más que una "simple" denuncia por publicidad engañosa, podrían verse confrontados por una demanda de incumplimiento contractual, donde se les obligue a cumplir lo publicitado, entonces, si fueron generosos con sus exageraciones, podría ser cuantioso el costo del cumplimiento. Por otra parte la integración publicitaria tiene influencia notable en temas como las condiciones generales de los contratos y los contratos tipo o de adhesión, que suelen ser muy escuetos y secos a la hora de detallar los derechos y servicios correspondientes a los consumidores, pues estas condiciones y estos contratos, se "amplían" tanto como la publicidad de las empresas lo haga. Las ventajas para los consumidores son evidentes, pues la publicidad se apoya en ofrecer, en seducir prometiendo o exhibiendo ventajas y beneficios, a veces irresistibles.

La jurisprudencia en este sentido está consolidada, e influye toda la escala valorativa del esquema negocial, desde la fase precon-

78. Artículo 1282.—Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

79. Fallo citado por FONT GALÁN, *op. cit.*

80. En este sentido sigo la opinión de RICO PÉREZ y BERCOVITZ, Rodrigo, en sus obras ya citadas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tractual, hasta la etapa de cumplimiento o incumplimiento; ahora incluso puede ser más útil estudiar los folletos de propaganda que el mismo contrato, y por supuesto el consejo a todos los consumidores debe ser que conserven toda la publicidad que caiga en sus manos sobre objetos que vayan a comprar, porque lo que están guardando es material prestacional vinculante para el empresario si en la confrontación con el contrato los beneficia.

Con instrumentos normativos y jurisprudenciales como los citados, España se pone junto a las vanguardias más audaces de Europa en materia de protección a los consumidores, y obviamente modelo digno de ser imitado por otras legislaciones.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FACULTAD DE ABSTENCIÓN DEL MENOR PREVENIDO

LIC. MARIO ENRIQUE GÓMEZ SOMARRIBAS*

En nuestro sistema procesal penal, existe una figura que se ha dado en llamar "Facultad de abstención" que está regulada en el artículo 227 del Código de rito, y que consiste en un derecho procesal que la ley le otorga al acusado dentro del proceso de no declarar o como es lo mismo de abstenerse de hacerlo si así lo tiene a bien sobre los hechos que le están incriminando. Apartándonos aquí de las razones de hecho que fundamentan esta normativa legal, principalmente por razones propias de la naturaleza de este ensayo, diré que este derecho procesal con que cuenta el acusado, tiene su fuente primordial en el artículo 36 de nuestra Constitución Política, ya que en ese numeral se indica que "En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo..."

Entrando en materia diremos que para analizar si en un proceso tutelar de menores, el menor prevenido goza de ese derecho, puede y debe ejercerlo necesariamente, es importante primero conocer si la ley tutelar de menores es una ley penal o no, y si las medidas tutelares que en ella existen, se pueden tener como meras medidas tutelares, de seguridad o sanciones de algún tipo.

Así pues, primeramente consideramos que de la misma redacción de la ley tutelar nuestra, se desprende que ella tiene una naturaleza penal, puesto que si bien es cierto la finalidad última de la ley lo es la readaptación moral y social del menor que se encuentra en peligro social, como lo señala el propio artículo primero de tal cuerpo legal; también es cierto que ese mismo cuerpo legal define y considera al menor en peligro social, como aquél a quien se le atribuya una infracción calificada en la legislación común como delito, cuasidelito o falta; o sea que necesariamente un menor para ser sujeto pasivo de esta ley y verse envuelto dentro de un proceso tutelar y ser considerado como menor en peligro social, debe primero haber realizado una conducta considerada delictiva y que sea típica de acuerdo con la normativa penal existente.

Estimamos además que con esa ley tutelar si bien es cierto se viene a crear un procedimiento especial y diferente al común ordinario, para juzgar a los menores de diecisiete años, pretendiendo con ello salvaguardar la integridad moral psicológica y social del menor delincuente o infractor, para evitar así que este menor como persona en formación se vea estigmatizado por un proceso penal ordinario que de por sí es estigmatizante; lo cierto es que siempre en ella y con la explicación de la misma se llegará a definir la culpabilidad o no, de un menor en relación con una conducta ilícita que siempre es de origen penal y que lo llevará a ser considerado como autor de un delito penal y por ende verse sujeto a la imposición de algún tipo de sanción.

* *Juez Penal y Tutelar de Menores de Cartago.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esto se confirmaría aún más si observamos que es el mismo Código Penal en su artículo tercero, que por exclusión señala que los hechos punibles cometidos en el territorio nacional, por personas menores de diecisiete años, serán sometidos o juzgados en la jurisdicción tutelar, haciendo denotar así que la jurisdicción tutelar de menores es el vehículo procesal jurídico que fue creado para juzgar a los menores delincuentes o infractores, y llegar incluso a declararlos mediante una sentencia, autores o no de un delito, falta o contravención. Así compartiendo el criterio en estos términos el licenciado Henry Issa El Khoury en su ensayo denominado "Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares" manifiesta "que la creación de la jurisdicción especial para un grupo de sujetos no es un acto de prestidigitación ni de azar; sino que responde a una determinada línea de política criminal de un Estado, máxime que no se trata —en el fondo— de la creación de una nueva materia sustantiva de fondo, sino de la aplicación de nuevas reglas procesales a la transgresión de leyes penales" (ver página 60, Revista Judicial, Nº 17).

Un segundo aspecto importante de analizar aquí y que sirve de indicador para llegar a considerar esa ley tutelar como penal o no, lo es la naturaleza jurídica de las medidas tutelares que este cuerpo legal creó, y que se han dado en llamar "medidas tutelares", y que lo constituye desde una simple amonestación al menor prevenido declarado autor de una infracción o delito penal, hasta una cruda y real privación de libertad del menor a través de un internamiento de este último en un centro para menores.

Así pues consideramos que tales medidas tutelares vistas y analizadas desde la teoría de la sanción, entendiéndose esta última en su sentido más amplio como aquella forma de reacción social que es consecuencia lógica de una transgresión a diferentes normativas —incluyendo la penal— que tienen vigencia en un determinado territorio o país, ya que una de las formas de aplicación de la sanción desde el punto de vista punitivo, lo es el castigo, el cual viene a ser a su vez dentro de la lógica jurídica occidental, la sanción penal por excelencia.

Creo importante manifestar que esta posición de considerar las medidas tutelares que nuestra ley tutelar crea, como meras sanciones penales y que es compartida por algún sector de la doctrina, a fin, pues el tratadista de origen mexicano de nombre Dr. Luis Rodríguez Manzanera así lo hace ver cuando señala que "No encuentro otra razón lógica y jurídica que considerar que en el fondo las medidas tutelares vienen a constituirse o están más cerca de ser una verdadera pena". También encuentran en su propia naturaleza, al menos alguna de ellas —internación, depósito en hogar sustituto—, una explicación y justificación lógica, pues sin hacer gran esfuerzo se deja ver que el menor prevenido mediante este tipo de medidas atrás indicadas, se puede ver sujeto a un grado de privación de su libertad, situación esta que en cierta forma y vista desde un trasfondo de legitimidad viene a darse y ser igual a la pena de prisión que se le impone a un mayor de edad delincuente, dándose así una confusión entre lo tutelar y lo penal, que algunos doctrinólogos no les parece bueno arribar a afirmar con certeza absoluta, que el derecho de menores es sólo un derecho de tutela, que no puede imponer penas sino medidas y que estas no podrán ser de carácter represivo, sino, educativo y tutelar, puesto que al llevarse a la práctica las mismas se confunden y la diferencia que en un principio se quiso ver en forma diáfana entre pena y medida tutelar, no es tan clara, sino que por el contrario encierra el consiguiente peligro de que la medida funcione como una sanción real penal. (Ver tratamiento jurídico de la delincuencia de menores en España, Esther Giménez Salinas Colomer, página 264).

Así pues partiendo de la premisa general muy conocida en la doctrina y que consiste en "que ahí en donde se le imponga una sanción a un sujeto, se está entonces ante un evidente derecho penal" entonces creemos haber justificado con el razonamiento atrás expuesto, que realmente en su trasfondo la ley tutelar nuestra es parte del Derecho Penal.

Una vez así, partiendo del hecho de considerar a la ley tutelar nuestra como una ley parte del Derecho Penal y por lógica es entonces materia penal propiamente dicha, entraremos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de inmediato al meollo del problema, o sea a analizar y justificar que el menor delincuente tiene el derecho de ejercer la facultad de abstención (no declarar sobre lo que se le acusa) cuando está siendo investigado dentro de un proceso tutelar respectivo.

Dos son los aspectos que consideramos necesario comentar acá, que vienen a dar fundamento a nuestra tesis de que el menor prevenido puede hacer uso de ese derecho de abstención. Uno lo es el hecho de que tomando como hito de partida el hecho de que esa facultad de abstención que la legislación procesal penal prevé y otorga al acusado de un acto delictivo, proviene –nada más y nada menos– que de la norma fundamental base de nuestro ordenamiento jurídico, como lo es nuestra Constitución Política, porque como atrás se indicó, el artículo 36 de ese magno cuerpo legal así lo señala; dos también como de la propia remisión que la misma ley tutelar hace en lo que a aplicabilidad del Código de Procedimientos Penales se refiere, en su artículo 75, cuando dice que "a la jurisdicción tutelar de menores le serán aplicables las prescripciones del Código Procesal Penal; hecho este que nos refuerza la tesis de considerar a la ley tutelar nuestra como ley penal, puesto que si no fuera así, no tendría lógica la manifestación de que la propia ley remita y permita que se le apliquen normas penales de un Derecho Procesal Penal como lo es o más bien lo son las contenidas y recopiladas en el Código de Procedimientos Penales vigente; máxime si entendemos esa remisión y permisibilidad como, materialización del principio de "hermenéutica legal" existente en el Derecho en general. Deducimos entonces que si la Constitución Política, que es como ya se dijo la norma fundamental y partimos de la supremacía de ésta sobre cualquier otra existente en nuestro ordenamiento jurídico, así como que la norma 36 de dicha Constitución es clara en manifestar que *"en la materia penal* (el subrayado es mío), nadie está obligado a declarar contra sí mismo; y siendo la ley tutelar materia penal, entonces deviene necesario y legal pensar no sólo que el menor delincuente tiene derecho a ejercitar tal garantía constitucional a su favor, sino que, además de que se le prevenga por parte del juzgador al momento de ser interrogado sobre los hechos denunciados en su contra, y digo interrogado, porque realmente aunque la ley tutelar llame a esa declaración que hace el menor prevenido con otro nombre, entrevista, su naturaleza viene en el fondo a ser la misma de una declaración simple tal y como lo requiere el propio numeral constitucional; de que tiene ese derecho a abstenerse de declarar sobre los hechos que en ese momento se le están acusando.

Por otro lado es importante dejar claro aquí que este planteamiento conlleva a garantizar al menor delincuente, que dentro del proceso tutelar mediante el cual se le está investigando para llegar a determinar si es culpable o no de una determinada conducta delictiva, se le respeten sus garantías procesales a que tiene derecho por ley; y lograr con ello una justa y recta aplicación y realización de la justicia penal de menores que es como realmente se debería de llamar. Planteamiento este que viene a ser compartido por la doctrina mediante algunos tratadistas (Manzanera, Barbero, etc.) y a ser objeto de reflexión en la doctrina en general, ya que de las propias reglas internacionales conocidas como "Reglas de Bei-jing" se deja ver cuando dentro del aparte de los derechos de los menores que tales reglas contienen, indica en forma imperativa que "se respetarán las garantías procesales básicas en todas las etapas del proceso, incluyendo entre ellas el derecho a no responder, que no es otra cosa que la misma facultad de abstención aquí analizada.

Con el análisis y reflexión de este tema en concreto, pretendemos no sólo hacer ver que el menor delincuente tiene el derecho de ejercitar dentro de un proceso de menores esa facultad de abstención dada por constitución y ley, sino que también hace denotar que se hace necesario justificar la existencia del respeto a los derechos del menor delincuente, para pretender así contribuir de alguna manera a un mayor mejoramiento de la justicia de menores en nuestro país.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE EJECUCIÓN SUCESIVA*

VARIOS AUTORES**

1. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. NOCIÓN

Debemos partir de la premisa evidente de que los contratos son fuentes de obligaciones (artículo 632, del Código Civil). Es decir, el ordenamiento dispone que con la celebración de un contrato, las partes se ven afectadas por las obligaciones, derechos y demás situaciones jurídicas que deriven de aquel negocio.

Sin embargo, el destinatario de las normas jurídicas que lo someten al cumplimiento de determinados deberes, puede apartarse de lo establecido en aquéllas. En ese caso, el mismo sistema se encarga de solucionar los problemas suscitados con ese tipo de comportamiento. La situación de sujeción en que se encuentra el sujeto ante esas normas es en términos muy amplios, la base de la responsabilidad jurídica.

De la relación entre los artículos 632, 1022 y 1023 del Código Civil y 2 y 411 y siguientes del Código de Comercio, se deriva el llamado principio de obligatoriedad de los contratos, que se expresa con la fórmula latina **pacta sunt servanda** o bien **pacta, etiamque nuda, sunt servanda** (también el pacto nudo obliga). Dicho de otra forma, la ley dispone que los contratos que se ajusten al principio del artículo 28 de la Constitución Política, deben ser cumplidos.

El reverso de estas ideas básicas está constituido por la infracción en que puede incurrir la parte contratante de los deberes y obligaciones que se derivan del negocio contractual. Esa violación y sus efectos son la base de la teoría del incumplimiento contractual. Efectivamente, éste es una contravención a la norma jurídica que establece que los contratos, por su carácter de fuentes de obligaciones, deben ser cumplidos en la forma en que se convino en el propio pacto.

Se puede definir el incumplimiento contractual como aquel comportamiento antijurídico, por parte del deudor, que impide que los efectos previstos en un contrato válido, se actualicen según lo establecido originalmente, con lo cual se dejan los intereses de las partes frustrados y la relación jurídica insatisfecha.[1]

---

* UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, Sistema de Estudios de Posgrado, **Posgrado en Derecho Comercial**, *Curso: Derecho Bancario, Dr. Fernando Mora Rojas.*

** ALUMNOS: *Gino Cappella Molina, Juan Ramón Coronado Huertas, José Ramón Chavarría Saxe y Magda Esther Díaz Bolaños.*

1. PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, tomo IV, p. 198; PÉREZ, Víctor, *Patología negocial*, **Revista Judicial**, N° 8, junio de 1978, San José, p. 147 y siguientes; BAUDRIT, Diego, *Teoría general del contrato*, Editorial Juricentro, San José, 1982.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Del anterior concepto se desprenden varias ideas que merecen ser mencionadas:

i. Se trata de un comportamiento; es decir, de un hecho jurídico en cuya base está la iniciativa humana, que bien puede consistir en una acción o en una omisión. Este comportamiento es la causa del daño producido;
ii. Para hablar de incumplimiento se supone la preexistencia de un contrato válido: éste al momento de su perfección genera sus efectos traducidos como obligaciones, cargas, derechos, etc.;
iii. Asimismo, el concepto de incumplimiento contractual, en el sentido que aquí se da, está íntimamente vinculado a la noción de culpabilidad. Es decir, la falta de ejecución del contrato se debe a un comportamiento culposo o doloso. La distinción entre incumplimiento culposo o doloso tiene efectos práctico-jurídicos de acuerdo con lo establecido en los artículos 706 y 708 del Código Civil, y 426 y 427 del Código de Comercio;
iv. Esta conducta además, debe ser contraria a los valores jurídicos consagrados en el ordenamiento.[2]

El incumplimiento se puede clasificar en dos grandes categorías:

i. un incumplimiento propio (o absoluto) y sucede cuando el obligado, con su comportamiento, ataque o vulnere la esencia misma de su situación jurídica. Esto sucede, v. gr., cuando en las obligaciones de no hacer, si el obligado ejecuta lo que tenía prohibido (art. 700, Cód. Civ.). Deberá entonces pagar daños y perjuicios, con resolución del vínculo;
ii. la segunda gran categoría se conoce como incumplimiento impropio (o relativo) y se da cuando el deudor viola el principio de identidad del pago,[3] por lo que se trata de una disconformidad entre la prestación prevista al perfeccionarse el contrato y la que efectuó el obligado, que si bien cumple, lo hace en forma defectuosa. Esta modalidad constituye la base de la mora;[4]
iii. parte de la doctrina incluye una tercera categoría según la cual no hay cumplimiento al momento previsto, pero nada obsta para que se pueda llevar a cabo tardíamente, con la consiguiente responsabilidad de daños y perjuicios causados por el hecho lesivo.[5]

2. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

Todo comportamiento produce consecuencias en el plano jurídico en la medida en que se afecten intereses dignos de tutela por parte del ordenamiento. En materia contractual, v. gr., el efectivo cumplimiento de la prestación es un comportamiento del deudor que extingue la obligación y da lugar a un estado de libertad jurídica, que a su vez, fue extinguido y reemplazado por uno de sujeción al perfeccionarse el contrato. Así, el contrato vendría a constituirse

2. PUIG PEÑA, *op. cit.*, p. 200; PÉREZ, *op. cit.*, p. 147; BAUDRIT, *op. cit.*, pp. 82, 83; CASAFONT ROMERO, Pablo, *Ensayos de Derecho contractual*, Colegio de Abogados, 2.ª edición, San José, 1979, pp. 15, 16.
3. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*, Ediciones Pirámide, S.A., 3.ª ed., Madrid, 1976, t. III, p. 296.
4. CASAFONT ROMERO, *op. cit.*, p. 39.
5. PUIG PEÑA, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 197, 198; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Instituto Editorial Reus, 9.ª edición, Madrid, 1958, t. III, p. 148; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Editorial Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1976, T. I, vol. II, p. 484.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



en la figura jurídica primaria (supuesto de hecho) y las obligaciones y derechos de él nacidos serán las figuras jurídicas secundarias (efecto jurídico) que son actualizados por el comportamiento de quienes ocupan las respectivas situaciones jurídicas. Ahora bien, esos efectos jurídicos actualizados pueden a su vez convertirse en parte de una figura primaria que da origen a una figura secundaria, si así se prevé en la norma. El incumplimiento contractual sólo puede surgir si anteriormente había un contrato válido que no despliega su eficacia normal por el comportamiento culpable del obligado. A su vez, el incumplimiento, como hecho jurídico que es, tiene su propia eficacia; esto es, produce sus propios efectos jurídicos, en particular en los contratos sinalagmáticos, de poder para la parte no incumpliente.[6]

Incumplido un contrato bilateral (una de las partes incumplió con lo que le correspondía), la parte cumpliente se legitima para dos pretensiones básicas: i) la ejecución forzosa y ii) la resolución del contrato; iii) en ambos, se tendrá derecho, además, al resarcimiento por daños y perjuicios si estos se produjeron.[7]

I. De la resolución contractual en general.

El fenómeno de la resolución sólo procede cuando, en presencia de un contrato bilateral válido debidamente perfeccionado, un comportamiento posterior de las partes a esa perfección altera de modo tal las relaciones entre ellas según se habían constituido originariamente, que el vínculo no puede continuar por una perturbación grave en el normal desarrollo (ejecución) del contrato. De esta forma se afecta también la programación de intereses de las partes, porque una de ellas, con su conducta antijurídica impide de modo total que el contrato despliegue sus efectos tal y como lo habían previsto los contratantes. Se trata, por tanto, de la situación en que se encuentra un contrato válido pero ineficaz. Ahora bien, si se pide la resolución esa ineficacia se convierte en definitiva y el contrato nunca desplegará sus efectos, situación en la que sí se encuentra el contrato respecto del cual se solicita la ejecución forzosa.[8] De manera que si el contrato es bilateral, se presenta una interdependencia entre prestaciones y contraprestaciones de forma tal, que se considera que las unas son causas de las otras.[9] Por eso, si una de las partes incumple, autoriza a la contraria para hacer lo mismo, porque entonces la contraprestación carece de causa. De ahí que se diga que la resolución como un remedio en beneficio del contratante que no ha incumplido su parte del negocio, con lo que se impide, que quien no ha incumplido se vea obligado a soportar un sacrificio patrimonial sin compensación alguna (o al menos, con compensación adecuada). Al verse de este modo frustradas sus legítimas aspiraciones, el ordenamiento prevé esta institución.[10]

Respecto de la legitimación para pedir la resolución, debe aclararse que sólo puede pedirla quien no ha incumplido con sus propias obligaciones, porque de haberlo hecho, estaría en la misma situación de necesidad en la que se encuentra el incumpliente, razón por la cual tampoco la contraprestación tiene causa. Por lo anterior, el incumpliente que intenta una pretensión de cumplimiento forzoso contra la parte también incumpliente tropezará, muy probablemente, con la **exceptio non adimpleti contractus**, defensa cuya base legal se encuentra en el artículo 692 del Código Civil. Esta disposición regula la cláusula resolutoria sobreentendida.[11] Con la resolución, los efectos del contra-

6. PÉREZ, Víctor, *Patología negocial, op. cit.*, p. 54.

7. CASACIÓN, Nº 106 de 1978.

8. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ed. EJEA, Buenos Aires, trad. de Sentis Melendo, 1979, t. IV, p. 522.

9. CASAFONT, *op. cit.*, pp. 22, 23.

10. MESSINEO, *op. últ. cit.*, p. 523; BAUDRIT, *Teoría..., op. cit.*, pp. 86, 87.

11. PÉREZ, *op. cit.*, p. 149; BAUDRIT, *op. cit.*, pp. 88, 89; BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de las obligaciones*, Ed. Juricentro, 4.ª edición, San José, 1977, pp. 84, 85; MESSINEO, *op. últ. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

to se ven definitivamente impedidos, mientras que con aquella defensa, la eficacia se ve sólo suspendida, pendiente, pero aún susceptible de ser actualizada, para lo cual basta que una de las partes cumpla con su prestación para que ella misma se legitime para pedir lo correspondiente, porque al cumplir con sus propios deberes, se le da vida a la causa de la contraprestación. Por eso se dice que esta excepción es sólo temporal.[12]

La corriente jurisprudencial tradicional ha ido en el sentido de que la resolución no opera de pleno derecho, sino que es necesario, junto con el incumplimiento grave, un fallo judicial declarativo de la resolución. Por ese motivo, no se puede dar por resuelto de pleno derecho un contrato ante un incumplimiento de la contraparte.[13] No obstante, es de advertir que se nota un cambio de criterio en cuanto a este punto específico. Efectivamente, el Tribunal de Casación ha admitido la resolución de pleno derecho, bajo el entendido de que: a) así se hubiera pactado expresamente en el contrato y b) que en el propio negocio se haya dejado establecido el motivo o los motivos por los cuales operará la resolución, aunque en doctrina se exigen algunos otros supuestos.[14] Por último, cabe mencionar que en algunas hipótesis concretas, la ley permite la resolución de pleno derecho, como las previstas en el artículo 1085 del Código Civil y 456 del Código de Comercio.[15]

ii. De la ejecución forzosa.

En este caso, la parte no incumpliente se legitima para reclamar la satisfacción de sus derechos mediante la intervención estatal, que tenderá a que el incumpliente se ajuste, aun en contra de su voluntad, al tenor del contrato. Eso sí, debe ser advertido que en materia de Derecho Privado, el principio de libertad en no pocas hipótesis se constituye en un impedimento para que la parte se vea forzada por la autoridad judicial, a adecuar su conducta a las previsiones del contrato. Por ejemplo, si la obligación es de hacer y ésta es incumplida, el deudor caerá en el régimen previsto en los artículos 695 del Código Civil y 696 del Código de Procedimientos Civiles.

iii. El pago de daños y perjuicios.

Aparte de la resolución, el efecto más importante derivado de la especie fáctica incumplimiento es el pago de estos extremos. Por daños, entenderemos la pérdida sufrida por el acreedor en virtud del menoscabo que sufren sus bienes y derechos, tanto los susceptibles de valoración económica exacta y precisa, como los que no lo son por referirse a aspectos de orden personal extrictamente. Se distinguen, por lo anterior, en daños patrimoniales y daños morales o personales en sentido estricto. Por perjuicio entenderemos la lesión sufrida por una expectativa patrimonial.[16] Es evidente que los daños morales en sede estrictamente contractual son imposibles, puesto que los negocios contractuales versan sobre aspectos meramente patrimoniales.

Respecto de los perjuicios debe ser mencionado que los contratos bancarios tienen por objeto un bien mueble específico, cual es el dinero. Por regla general, las obligaciones

---

12. BAUDRIT, *op. cit.*, pp. 89 a 91.

13. V. CASACIÓN, de las 3,40 p.m. del 22 de enero de 1917; de las 2,00 p.m. del 27 de octubre de 1893; de las 10,10 del 4 de agosto de 1945. V. además, BAUDRIT, Diego, *La cláusula expresa de resolución de plano*, en **Revista Estudiantil de Investigaciones Jurídicas**, Nº 3, AED, Fac. de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San Pedro, mayo de 1985, pp. 9, 10.

14. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Nº 39 de las 15,30 h del 18 de julio de 1986. Cabe destacar que este fue el único antecedente registrado. Sobre el llamado pacto comisorio expreso, v. BAUDRIT, *La cláusula..., op. cit.*, p. 11.

15. BAUDRIT, *op. últ. cit.*

16. Ver AMADOR HERNÁNDEZ, Manuel, *Nociones elementales de la responsabilidad civil extracontractual*, **Revista Judicial**, Nº 16, San José, marzo de 1980, pp. 94, 95.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derivadas de estos negocios tienen por prestación la entrega de una suma de dinero.[17] Esta premisa nos lleva a la conclusión de que los perjuicios derivados del incumplimiento consisten, según lo establecido en el artículo 706 del Código Civil, en los intereses contados desde el vencimiento del plazo. Este momento inicial del cómputo de los intereses a título de perjuicios es de suma importancia en nuestra sede. El plazo es un elemento accidental constituido por un hecho futuro y cierto del cual depende la eficacia de un negocio jurídico. El hecho puede acaecer de dos formas: a) por la efectiva sucesión o b) por virtud de la figura conocida como "decadencia del beneficio del plazo", prevista para las obligaciones en general, en los artículos 777 del Código Civil y 420 del Código de Comercio. Uno de los motivos por los cuales puede presentarse tal decadencia es la hipótesis por la cual se deja de cumplir uno de los tractos, si el contrato es de ejecución sucesiva o a tractos (art. 777.3), una vez requerido para ello. Consecuentemente, si en materia de obligaciones pecuniarias el momento inicial del cómputo de los intereses (perjuicios) es el día en que decayó el beneficio del plazo (valga decir, la falta de pago de uno de los tractos con su requerimiento) de acuerdo con la norma derivada de los artículos 706 y 777.3 del Código Civil, debemos concluir que la resolución derivada de aquel hecho no tiene eficacia **ex tunc,** sino **ex nunc.**[18] Cabe destacar que en línea de principio, los contratos bancarios son de ejecución sucesiva o, al menos, de ejecución diferida.[19] Esta premisa debe ser considerada para lo que adelante se dirá.

3. LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN CONTINUADA

Para comprender este concepto, debemos recordar la división que se acostumbra en esta sede, entre contratos de ejecución instantánea de un lado y de ejecución sucesiva o continuada, del otro.

A los primeros se les concibe como aquellos en los cuales las prestaciones se ejecutan y agotan en un solo momento, en el cual, además, se produce el efecto extintivo de la relación generada por el contrato.

Como dijimos arriba, los contratos de ejecución sucesiva son la contrapartida de la distinción. Se les define de la siguiente forma: "...es aquél en que el dilatarse del cumplimiento por cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad (durable o continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes, sino que es querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración".[20] Los contratos de ejecución sucesiva deben diferenciarse de aquellos denominados "a ejecución diferida", que se caracterizan porque las partes acuerdan interponer un plazo o una condición entre el perfeccionamiento y la efectiva ejecución del convenio.

Es importante mencionar que esta distinción obedece a motivos de orden práctico- jurídico. Efectivamente, se sostiene en doctrina que el incumplimiento de un contrato de ejecu-

17. MOLLE, *I contratti, op. cit.*, pp. 22, 23.

18. Sobre los elementos esenciales, accidentales y naturales del negocio jurídico, v. PÉREZ, Víctor, *Derecho Privado,* Imprenta Lehmann, 2.ª ed., San José, 1990, p. 233 y ss.

19. MOLLE, *I contratti, op. cit.*, p. 27.

20. OPPO, citado por MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato,* Ed. EJEA, trad. de SENTIS y otros, Buenos Aires, 1986, T. I, pp. 431 y 432.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción simultánea produce efectos **ex tunc**. De otra parte, el incumplimiento de los segundos genera eficacia **ex nunc**.[21] En nuestro tema, la clasificación es importante porque casi todos los contratos bancarios son de ejecución sucesiva.[22]

4. EFICACIA IRRETROACTIVA DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN SUCESIVA EN GENERAL Y DE LOS BANCARIOS EN PARTICULAR

i. Advertencia previa.

Los artículos 690, 691 y 692 del Código Civil llevan al intérprete a la interpretación de que el incumplimiento de un contrato a ejecución sucesiva obliga al incumpliente a restituir las prestaciones que hubiere recibido y los frutos devengados en el lapso transcurrido entre la celebración y el hecho generador del incumplimiento. Las dos primeras disposiciones legales citadas se refieren a la llamada condición resolutoria **strictu sensu**. Es decir, a aquel elemento negocial **accidental** constituido por un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de la eficacia negocial. Tal es la noción de condición resolutoria y por ello, repetimos, los artículos 690 y 691 mencionados sí se refieren a las condiciones entendidas de esa forma. El incumplimiento y uno de sus principales efectos, la resolución, no es, en el buen sentido técnico-jurídico de la palabra, una condición. Efectivamente, la resolución contractual no opera porque las partes lo hayan querido, sino porque las normas jurídicas sobre responsabilidad civil en general prevén la (ciertamente) eventualidad de que una de las partes contratantes incurra en violación de lo establecido por aquéllas.[23]

ii. En particular, sobre la resolución de los contratos de ejecución sucesiva.

Las anteriores consideraciones nos llevan a una conclusión de muchísima utilidad práctica: si se entendiera que el incumplimiento es una verdadera condición resolutoria, la conclusión a que debe llegarse es que la regla de la retroactividad de los efectos de aquélla es válida tanto para los contratos de ejecución simultánea como para los de ejecución sucesiva, porque las normas ahí establecidas no hacen distinción y no debe distinguir el intérprete donde la ley no lo hace. Si, por el contrario, entendemos el incumplimiento como el hecho antijurídico de que hablamos *supra*, entonces sí es posible hacer una separación entre contratos de ejecución sucesiva y contratos de ejecución simultánea de la forma en que se adelantó líneas atrás.

Es intención de este estudio sostener que en materia de los primeros, la irretroactividad de los efectos de la resolución por incumplimiento es la regla. En estos contratos, las prestaciones debidamente cumplidas anteriormente a un hecho constitutivo de incumplimiento son consideradas jurídicamente autónomas una respecto de la otra.[24] Es decir, la resolu-

---

21. V. BAUDRIT, *Teoría...*, p. 28.

22. MOLLE, Giacomo, *I contratti bancari*, en **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**, diretto da CICU e MESSINEO. Vol. XXXV, T. 1, Giuffrè, ed. Milán, 1966, p. 27.

23. CASAFONT, *op. cit.*, pp. 18, 19; DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1983, reimpresión 1986, vol. I, p. 858. El último autor citado sostiene que, lejos de ser condición, la resolución es una facultad.

24. MESSINEO, *Doctrina..., op. cit.*, T. I, p. 433; MIQUEL, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Ed. Depalma, Bs. As., 2.ª ed. actualizada, 1986, p. 232.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción[25] tiene eficacia hacia el futuro y así debe ser entendido si se pretende una adecuada aplicación del instituto de la resolución por incumplimiento de estos contratos. Esa autonomía les concede a aquellas prestaciones un vencimiento que les es propio, de forma tal que no influyen sobre las demás. De otro, el principio de conservación del acto aconseja la mantención del vínculo en lo que se refiere a sus vicisitudes anteriores al incumplimiento por razones de orden predominantemente económico.[26]

Debemos advertir, eso sí, que las anteriores ideas no encuentran eco en la doctrina nacional. Efectivamente, BRENES CÓRDOBA es del criterio de que la resolución por incumplimiento es una condición **strictu sensu** y agrega que:

> "Resuelto el contrato por falta de cumplimiento, ..., aquel contra quien se resuelve está en la obligación de devolver los frutos que hubiere percibido en el tiempo intermedio, deducidos los gastos de producción y recolección ocasionados, **por no existir causa justa que apoye la adjudicación que de ellos pudiera hacérsele."**[27] (El destacado no es del original).

Sin embargo, tales ideas caen ante el siguiente argumento: si el contrato a ejecución sucesiva ha sido cumplido en alguna parte de su vigencia, esas prestaciones ejecutadas voluntariamente sí cuentan con causa correlativa, constituida por las contraprestaciones recibidas. De ello se deriva entonces que la retroactividad que apunta el citado autor no opera para los contratos de la naturaleza indicada, porque cae uno de los supuestos sobre los que basa su tesis. Debemos reiterar, de otro lado, lo consignado líneas arriba sobre el elemento plazo y el papel que juega en materia de contratos de ejecución diferida.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y TRATADOS:

AMADOR HERNÁNDEZ, Manuel, *Nociones elementales de la responsabilidad civil extracontractual,* **Revista Judicial,** Nº 16, San José, marzo 1980.

BAUDRIT, Diego, *Teoría general del contrato,* Editorial Juricentro, San José, 1982.

BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de las obligaciones,* Ed. Juricentro, 4.ª edición, San José, 1977.

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

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral,* Instituto Editorial Reus, 9.ª edición, Madrid, 1958.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1983, reimpresión 1986, vol. I.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato,* Ed. EJEA, trad. de SENTIS y otros, Buenos Aires, 1986, t. I.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Ed. EJEA, Buenos Aires, trad. de SENTIS MELENDO, 1979, t. IV.

---

25. O *reciliación,* como define RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios,* FELABAN, Colombia, 3.ª ed., 1985, p. 90, a la resolución por incumplimiento de los contratos sucesivos: *con la cual quiere expresarse la misma resolución pero en el caso de los contratos de tracto sucesivo, en donde los efectos de la terminación del contrato sólo se producen profuturo, sin que sea posible, ..., volver las cosas a su estado original".* (Los destacados no son del original).

26. MESSINEO, *Doctrina, op. cit.,* T. I, p. 433.

27. BRENES CÓRDOBA, *Obligaciones..., op. cit.,* p. 69. El destacado no es del original.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

MIQUEL, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento,* Ed. Depalma, Bs. As., 2.ª ed. actualizada, 1986.

MOLLE, Giacomo, *Contratti bancari,* Giuffrè, Ed. Milano, 1966.

PÉREZ, Víctor, *Patología negocial,* **Revista Judicial,** Nº 8, junio de 1978, San José, Costa Rica.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil,* Editorial Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1976, t. I, vol. II.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil español,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, tomo IV, 1951.

PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil español,* Ediciones Pirámide, S.A., 3.ª ed., Madrid, 1976, t. III.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios,* FELABAN, Colombia, 3.ª ed., 1985.

JURISPRUDENCIA:

CASACIÓN, de las 3,40 p.m. del 22 de enero de 1917; de las 2,00 p.m. del 27 de octubre de 1893; de las 10,10 del 4 de agosto de 1945.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Nº 39 de las 15,30 h del 18 de julio de 1986.

CASACIÓN, Nº 106 de 1978.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

TÉRMINO DE VIGENCIA DE LOS TRANSITORIOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN

LIC. FRANCISCO CALVO DOMINGO
LICDA. ROMA VARGAS CAVALLINI

Definición

Se ha definido el término transitorio doctrinariamente como "temporal, de duración limitada o corta. Perecedero..."; en igual sentido el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, lo define como algo temporal, pasajero, perecedero y fugaz.

Este ha sido el concepto clásico que se ha tenido y se ha aplicado a los transitorios dados en las diversas legislaciones, con las excepciones del caso, de las cuales se analizarán algunas en el transcurso del presente estudio.

Finalidad

En la generalidad de los cuerpos legislativos que componen nuestro ordenamiento jurídico positivo a las normas llamadas disposiciones transitorias, se les ha dado el carácter de temporalidad para regular determinadas situaciones jurídicas; siendo su finalidad primordial la de adecuar la nueva norma que entra en vigencia a las situaciones jurídicas consolidadas que afecta su aplicación o la de dar un tratamiento especial a ciertas situaciones consolidadas que no se pretende proteger por la norma general.

Su nacimiento y vigencia, se da en el mismo acto en que nace y entra en vigencia la ley general; teniendo el mismo rango en cuanto aplicación y efectividad en el tiempo y en el espacio. Su ubicación siempre se ha tenido como un aparte final de la norma general; por esta situación creemos que se le ha dado una categoría de segundo orden con respecto al cuerpo principal de la norma, lo que a todas luces consideramos inadecuado y antijurídico, lo que demostraremos en el transcurso de la investigación.

Definición según nuestro criterio

En nuestro criterio, podemos definir el transitorio, como una norma singular, con vigencia de aplicación propias en el tiempo y en el espacio, que es parte integrante y complementaria de la ley general que si no es limitada expresamente en su período de validez, ya fuera por una fecha determinada o una situación preestablecida, continúa con vigencia plena durante la existencia de la norma general a la que pertenece; siendo su fin el adecuar esa norma general a las nuevas situaciones jurídicas a que la misma se aplique.

Esto nos lleva a proponer la tesis de que en nuestra legislación nacional se dan dos tipos de transitorios, los que denominaremos. Transitorios cerrados y los transitorios abiertos.

Clasificación

Como ya lo enunciamos anteriormente, y de acuerdo con nuestro concepto de lo que es transitorio en materia jurídica, podemos ensayar una clasificación de los mismos del siguiente modo:

1. *Transitorio cerrado.*

Siguiendo lo que hemos enunciado en la definición del concepto, podemos afirmar que estos transitorios, son aquellos en los que el legislador ha impuesto una fecha expresa de vigencia del mismo. Como es el caso del tran-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sitorio segundo de la Ley 7135, Ley de la Jurisdicción Constitucional, donde se establece ciertas condiciones para la aplicación de la nueva ley a los casos ya planteados y que se encuentran en trámite de resolución ante los tribunales competentes en ese momento, imponiendo plazos y requisitos perentorios, aplicables por una única vez. Es importante hacer notar que los efectos y vigencia de este tipo de transitorios pueden ser prorrogados por medio de una norma legislativa como el caso del transitorio primero de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Producción, Ley Nº 6050 del 14 de marzo de 1977, que ha sido revalidado por diversos leyes posteriores con el fin de adecuar la misma a nuevas situaciones que se presentan. Otro medio de prorrogar la vigencia es por vía jurisprudencial, ejemplo claro de esto es el transitorio de la Ley de Aguinaldos referente al pago del mismo por parte de las empresas privadas, el que tenía una vigencia de diez años y que los tribunales de trabajo han extendido hasta nuestros días.

2. Transitorios abiertos.

Podemos señalar estos como aquellos transitorios a los que el legislador no les ha señalado una fecha límite de vigencia, o ha señalado una condición expresa; que se dé una situación jurídica determinada, para que el transitorio pierda su vigencia dentro de la interpretación integral de la ley.

Como ejemplo a estos dos tipos de transitorios abiertos, podemos señalar el transitorio único de la Ley 5867, Ley de Pago de Prohibición a los Funcionarios de la Administración Tributaria, que no señala fecha límite de vigencia, y que debe de ser aplicado a todo funcionario que sea considerado parte de la administración tributaria, y que se le aplique la misma por primera vez, en el primer caso; y en el segundo el transitorio VII, de la Ley Nº 4639 del 1.° de setiembre de 1970, Ley Orgánica de la Guardia de Asistencia Rural, que prescribe que mientras no se cree un cuerpo especial de vigilancia de la hacienda pública en las zonas urbanas, esta función la cumplirá la Guardia Rural, con las mismas atribuciones que le confiere la ley en las zonas rurales; transitorio que después de veinte años continúa vigente, pues no se ha dado la condición para que se dé su inaplicabilidad.

Es tan importante el transitorio dentro del contexto de la ley que por Ley Nº 5606 del 5 de noviembre de 1974, se hizo una interpretación auténtica del transitorio V de la Ley Nº 4639, antes citada, lo que confirma lo expresado por nosotros supra.

A modo de conclusión, podemos afirmar que en nuestra legislación positiva, ya fuere por error de nuestros legisladores o por aplicación accidental del principio constitucional de igualdad jurídica, que se han dado los dos tipos de transitorios mencionados, muy bien definidos dentro de la misma legislación; esto según nuestro criterio, que puede dar cabida a una discusión más amplia en la cual se determine la validez de la tesis propuesta y la conveniencia o no de esta situación que de hecho se da.

* * *