CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL



Año XI — Núm. 39 — Diciembre, 1986

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.

#39
Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios

Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica 11
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

De la "interpretatio" a la interpretación de la ley. 33
Dr. Hugo Soto Córdoba

La muerte de Margie Velma Barfield y la pena capital (un caso de violación de los derechos humanos). 59
Lic. Wilbert Arroyo Álvarez

Nulidad de matrimonio civil y eclesiástico 83
José María Pereira Pérez

Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina: (V) Incidencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno 91
Dr. Enrique P. Haba

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia

La psicología forense (judicial-legal): sus orígenes, configuración, funciones, métodos y finalidad. (Capítulo II, parte II) 105
Lic. Jorge Alberto González Pinto

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera

El cometido esencial de Hacienda y la ratificación de sus "empleados superiores" por el Senado. 129
Dr. León Cortiñas-Peláez

Sección IV: Reseña Bibliográfica

El juicio de amparo (GONZÁLEZ COSÍO) 157
Dr. Rafael Pérez Miranda

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Sección V: Información Normativa 159
Licda. Ana Rita Valverde Zeledón

Sección VI: Pronunciamientos Especialmente Relevantes
Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 169
Licda. Cecilia Sánchez R.

Sección VII: Jurisprudencia 173
Digesto

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

En su número treinta y nueve, la Revista Judicial brinda en su Sección de "Estudios" contribuciones en materia de Derecho Administrativo, Teoría del Derecho, Derechos Humanos y Derecho de Familia.

En primer término aparece, del maestro del Derecho Administrativo costarricense, **licenciado Eduardo Ortiz Ortiz,** el innovador ensayo **Espíritu y perspectivas de una reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica.** A partir del examen de la situación actual constituida por el contencioso anulatorio y constitutivo heredado de Francia, el autor muestra las discrepancias entre el texto constitucional y el legal; el primero garantiza la legalidad de la función administrativa, mientras que el segundo se refiere a la de los actos y disposiciones de la Administración; apunta luego las diferencias entre el sistema francés y el costarricense y nos da cuenta del desarrollo de la jurisdicción del Consejo de Estado (una Justicia independiente frente a una administración con sustancial autonomía). De la Ley española nos explica la distinción entre el contencioso de plena jurisdicción y el de anulación. El trabajo se centra en la afirmación de los intereses legítimos como situaciones jurídicas sustanciales y no meramente instrumentales. Después de comentar las legislaciones de Argentina (observando la mala jurisprudencia de Buenos Aires, que limita el contencioso de plena jurisdicción) y Uruguay (de la que anota sus limitaciones), pasa a afirmar que en Costa Rica se requiere una reforma hacia un contencioso declarativo y condenatorio en favor de intereses. Comenta además la evolución del tema en Colombia y Venezuela y nos informa sobre el "giudizio di ottemperanza" italiano, del que destaca las medidas que el Juez puede adoptar a título de sentencia y su avance en cuanto a los poderes del Juez, en comparación con el sistema francés. Realiza seguidamente un análisis del "interés"-base, para mostrar en qué consiste la actividad jurisdiccional sustitutiva, pero equivalente de la administración, desde el punto de vista de sus efectos que, afectando lo propiamente discrecional para que el proceso sirva para la satisfacción de la pretensión del actor victorioso en la anulación, venciéndose así el mal uso de la discrecionalidad administrativa. Afirma que en Costa Rica el supuesto para esta sustitución, sin violación de la autonomía constitucional, se da tanto cuando la Administración se mantiene inerte e inactiva, como cuando dicta actos incidentes sobre la materia del fallo anulatorio, pero claramente incompatibles con su disposición y fundamentación. Observa que el artículo 49 de la Constitución impone la protección de los intereses legítimos y posibilita la función declarativa y condenatoria. Concluye afirmando la necesidad de una revisión de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la necesidad de un proceso que, obedeciendo a la Constitución, tutele tanto los derechos

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como tales intereses) en cuanto a legitimación, materia, pretensiones, sentencia y ejecución de sentencia. "Sólo venciendo jurisdiccionalmente la arbitrariedad que se disimula como discrecionalidad es posible hacer efectivo el dictado constitucional", sostiene autorizadamente.

El Dr. **Hugo Soto Córdoba,** profesor de la Universidad de Costa Rica, participa con **De la "interpretatio" a la interpretación de la Ley,** amplia y profunda investigación cuyo objeto es dar a conocer el origen histórico, político y doctrinal de la llamada interpretación de la Ley. El profesor Soto realiza primero un breve tratamiento histórico, contexto para el estudio, el nacimiento del Estado moderno y su relación con el particularismo jurídico (o sistema jurídico descentralizado), lo que ilustra con diversos ejemplos. Nos ofrece un concepto de "interpretatio" como expresión normativa propia de tribunales y de "ius peritos", los que, a su juicio, forman "jurisprudencias". Con referencia a los movimientos que explican el paso de la "interpretatio" a la interpretación de la Ley, registra algunas experiencias, en particular en los territorios italianos y en Francia. Pasa seguidamente al análisis de la experiencia de la Revolución Francesa y de las codificaciones modernas, con base en la mentalidad de los iluministas revolucionarios, mostrando cómo los Códigos elevan el concepto de Ley y pretenden eliminar los particularismos. Describe luego el papel de la Escuela de la Exégesis, su raíz histórica, su visión del Juez como operador técnico y muestra la superficialidad de este enfoque que ha penetrado en la cultura jurídica costarricense. Finalmente reivindica acertadamente el papel creativo del intérprete.

La muerte de Margie Velma Barfield y la pena capital (un caso de violación de los derechos humanos), es el título del valioso y documentado aporte del **licenciado Wilbert Arroyo Álvarez,** que hoy presentamos. El profesor Arroyo motiva su estudio con base en el caso de una señora condenada a muerte y ejecutada en los Estados Unidos hace menos de dos años y se pregunta "¿cómo es posible tanta barbarie en una sociedad que se dice civilizada?", junto a muchas otras interrogantes que encuentran también motivación en este caso. Después de explicar en términos generales la pena de muerte, desarrolla las tesis de la tendencia abolicionista a partir de Beccaria, quien llega a la conclusión de que tal pena no es útil ni justa en un gobierno bien organizado, además de ser irrevocable y de que no hay prueba de su poder disuasorio. También expone las fundamentaciones de las tendencias no abolicionistas y la discusión al respecto. Pasa luego al examen de las tendencias abolicionistas en el Derecho Internacional, estudiando diversos instrumentos de la normativa jurídica internacional y luego enfoca la pena de muerte en la investigación social y en la política de los organismos internacionales, en particular en los informes del ECOSOC y en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se refiere más adelante a la pena de muerte y su abolición en Costa Rica, mostrando su evolución en los órdenes constitucional y legal y nos relata algunos casos concretos. En sus conclusiones reitera los argumentos en favor de la vida humana y reafirma con sus propios juicios la tendencia abolicionista.

Nulidad de matrimonio civil y eclesiástico es el título de la colaboración de **José María Pereira Pérez,** funcionario del Digesto de Jurisprudencia, quien muestra las diferencias y algunas semejanzas entre la nulidad del matrimonio civil y la nulidad del matrimonio ante el Tribunal Eclesiástico. De gran mérito en su metodología, ya que el autor ordenadamente trata primero los diversos supuestos y luego sus efectos. Nos da además el concepto de impedimento y distingue sus tipos. Trata además temas como los vicios de la voluntad y la caducidad. El estudio tiene abundante juris-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

prudencia en un tema en general poco estudiado por nuestra doctrina y menos profundizado en forma comparativa.

Presentamos también el quinto artículo de la serie **Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina.** Su autor, el **Dr. Enrique P. Haba,** en él nos ofrece un estudio de la **Incidencia del Derecho Internacional en el Derecho interno,** respecto a esta materia. Examina allí la medida en que la recepción del Derecho Internacional sobre derechos humanos es o no es promovida por las Constituciones latinoamericanas. Ese examen lo lleva a concluir que la relevancia de los instrumentos internacionales de derechos humanos no aparece, en general, impuesta constitucionalmente y que, en definitiva, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos suele desempeñar un papel de simple carácter exhortativo ante los Estados.

En la Sección "La Ciencia al Servicio de la Justicia" continuamos con el trabajo del **psicólogo clínico-forense Jorge González Pinto,** titulado **La psicología forense (judicial-legal): sus orígenes, configuración, funciones, métodos y finalidades. Capítulo II (parte II).**

En la Sección "Reseña Legislativa Extranjera", el **profesor Dr. León Cortiñas Peláez** nos ofrece **El cometido esencial de Hacienda y la ratificación de sus empleados superiores por el Senado.**

En la "Reseña Bibliográfica" contamos con la colaboración del **Dr. Rafael Pérez Miranda,** quien comenta la obra de González Cosío, **El juicio de amparo.**

En la Sección "Información Normativa", la **licenciada Ana Rita Valverde Zeledón,** continúa brindándonos su valioso aporte.

En la Sección "Pronunciamientos Especialmente Relevantes", la Directora del Digesto, **licenciada Cecilia Sánchez R.,** participa con **Contenido de votos salvados en resoluciones de interés.**

Finalmente ofrecemos, como siempre, nuestra Sección de Jurisprudencia.

Víctor Pérez Vargas

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ESPÍRITU Y PERSPECTIVAS DE UNA REFORMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA*

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

CONTENIDO

Pág.

1. La situación actual: el contencioso anulatorio y constitutivo heredado de Francia 12
2. El contencioso-administrativo francés 13
3. La herencia francesa en España y L.A. 16
4. El giudizio di ottemperanza. 20
5. La constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales de ordenación y sustitución de la discrecionalidad administrativa 25

Conclusión. 31

* Esta es la conferencia inaugural del Ciclo sobre reforma de la justicia administrativa en Costa Rica, organizado por la Corte Suprema de Justicia, y pronunciada por el autor el 17 de marzo de 1986, la cual será publicada conjuntamente con las otras conferencias del mismo ciclo.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. La situación actual: el contencioso anulatorio y constitutivo heredado de Francia.

La justicia administrativa se rige hoy en Costa Rica por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (L.R.J.C.A.), número 3667 de 12 de marzo de 1966, versión costarricense de la correspondiente ley española del mismo nombre, de 27 de diciembre de 1956.[1] Ello significa que heredamos los principios e instituciones fundamentales del proceso administrativo español, inspirado en el francés, previa reforma constitucional que hiciera posible su recepción en nuestro ordenamiento.[2] Dispone hoy el art. 49 de nuestra Constitución Política (C. Pol. de 7 de noviembre de 1949):

> "Art. 49. Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.
> La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.
> La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

Para desarrollar tal creación constitucional dispone el apartado 1 del art. 1 de la Ley núm. 3667:

> "Art. 1. Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo. . .".

Hay una clara discrepancia entre el texto constitucional y el legal en el punto al objeto de la misma jurisdicción: el art. 49 garantiza "la legalidad de la función administrativa" en tanto que el art. 1.1 limita dicha jurisdicción a conocer de la "legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo".

En efecto: la función administrativa es cosa distinta de los actos y disposiciones de la Administración, por ser más comprensiva. La función administrativa abarca también comportamientos materiales y servicios públicos (prestaciones administrativas) y, en relación con los actos y disposiciones, la actividad previa y necesaria para su emisión, no sólo la incorporada al procedimiento administrativo sino, sobre todo, la génesis intelectual del acto mismo, en cuanto proceso de elaboración de su contenido.[3] La actividad lógica y estimativa por la que se identifican y jerarquizan los intereses nacidos de los hechos de cada caso, que desemboca en la formulación de una regla administrativa individual para éste, consagrando la primacía del interés contemplado por la norma aplicable (la que atribuye la potestad discrecional y le asigna un fin públi-

---

1. RETANA SANDÍ, Gonzalo, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Costa Rica y su reforma*, Revista del Colegio de Abogados, núm. 12, Imprenta Lehmann, San José, 1966, págs. 254 y sigs.; la vinculación de nuestra Ley Reguladora con la española se comprueba comparando el sistema y el texto de ambas: aquella es casi reproducción de ésta.

2. Disponía el art. 49 Const. Pol. en su versión original:
"Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, con función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semi-autónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas".
Esta versión contenía tres restricciones fundamentales al ámbito de la jurisdicción contenciosa que, como se verá por comparación con el actual art. 49 más abajo transcrito, han desaparecido con la reforma constitucional del mismo, a saber:
i. se limitaba a los "derechos administrativos" las situaciones jurídico-subjetivas objeto de tutela por la jurisdicción contenciosa, sin que jamás se produjera jurisprudencia que definiera claramente el alcance del giro en cuestión. Por lo pronto, quedaban excluidos de tutela los derechos no administrativos, que sólo pueden ser los nacidos de ramos del Derecho Privado, precisamente los más sagrados en las relaciones con la Administración;
ii. se excluía el control sobre la discrecionalidad administrativa, pues aquel se restringía al "uso de facultades regladas", restricción ésta capital, que reducía a nada la jurisdicción contenciosa;
iii. se excluía del control contencioso la conducta de la Administración no consistente en disposiciones de la Administración Pública, con lo que se dejaba fuera las actividades, los servicios públicos y hasta los actos concretos, por definición distintos de las "disposiciones", que se entienden normalmente como normas administrativas.
Las dos primeras limitaciones se aplicaron siempre estrictamente, pero no la última, pues siempre se entendió que el art. 49 permitía controlar también actos concretos y más bien fue infrecuente —aunque posible— la anulación de reglamentos.

3. LEVI, Franco, *L'attivita Conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, págs. 210 y sigs., esp. 217 a 220.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

co),[4] ha sido llamada la "función" administrativa, por contraposición al acto.[5] Con tal sentido especial y, sobre todo, como actividad intelectual y volitiva necesaria para la adopción y exteriorización del acto administrativo, la función suele tenerse en Costa Rica —doctrinal y jurisprudencialmente— como parte del mismo, no obstante la posibilidad de tal fino distingo. Pero quedan indiscutiblemente fuera de los actos y disposiciones de la Administración todas sus demás formas de conducta para el logro de sus fines públicos, antes enumeradas, y, naturalmente, el silencio administrativo, aun el que puede tenerse legalmente como denegación presunta de lo pedido (por la expiración de un lapso legal de dos meses sin respuesta expresa y notificada de la Administración), pues puede discutirse, incluso, si ese silencio es verdaderamente tal y auténtico ejercicio de la función administrativa, lo que no parece.[6]

Al aceptar la impugnabilidad del silencio administrativo —como lo hace— la L.R.J.C.A. está, sino contradiciendo, ampliando el estrecho ámbito de control jurisdiccional contencioso señalado por su art. 1.1. La falla legal apuntada no es un acto de empirismo o de ignorancia del legislador, sino todo lo contrario, es el testimonio de una larga tradición cultural en la materia. Es obra del Derecho francés, quizá exagerada en su más cercana fuente para Costa Rica, que es el Derecho español, matriz de nuestra L.R.J.C.A.

En efecto: en Costa Rica —como en España— se exige la constitución previa de un acto impugnable para ingresar a la jurisdicción contenciosa, mediante el llamado "agotamiento de la vía administrativa" o "vía previa" (por el uso oportuno de los recursos administrativos disponibles), y no sólo en acciones de resarcimiento sino también en acciones de anulación, y aquí en Costa Rica tanto en asuntos de Derecho Público como de Derecho Privado de la Administración (dada la total unificación de jurisdicciones de o contra la Administración en Costa Rica).

En Francia, el requisito es exigible únicamente en el contencioso de derechos, subjetivo o de plena jurisdicción, no en el de legalidad o anulación (donde es de cumplimiento potestativo),[7] y exclusivamente dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa formal (encuadrada orgánicamente en el Poder Ejecutivo o Administración Pública (francesa), y no en los procesos de Derecho Privado contra la Administración o, en general, propios del Juez judicial.[8] Importa detenerse brevemente en el sistema francés, cuyos rasgos esenciales hemos heredado.

2. El contencioso-administrativo francés

En Francia —como bien se sabe— la partición fundamental de la justicia de o contra la Administración es la que se da entre sus asuntos de Derecho Público y los de Derecho Privado: los primeros pertenecen al contencioso-administrativo propiamente dicho, a cargo de un sistema de jueces que hacen cúspide en el Conseil d'État y —como se apuntó— orgánicamente encuadrado dentro de la Administración francesa, aunque con total autonomía funcional y jurisdiccional; y los segundos a cargo del Poder Judicial y de los jueces ordinarios, que funcionan bajo la autoridad suprema de la Corte de Casación.

Casi igualmente importante es la segunda partición interna de la jurisdicción contencioso-administrativa entre la objetiva, de legalidad o anula-

---

4. SEVERO GIANNINI, Massimo, *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, págs. 75 a 81.

5. BENVENUTTI, Feliciano, *Ecceso di Potere Amministrativo per Vizio della Funzione*, Rassegna di Diritto Pubblico, Giuffrè, Milano, 1950, págs. 22 a 30.

6. Véanse a este respecto los precedentes jurisprudenciales de la antigua Corte Federal de Venezuela a favor de la exclusión de la jurisdicción contenciosa en contra de hechos y comportamientos, así como en contra del silencio administrativo, citados por BREWER CARÍAS, Randall Allan, *Las Instituciones Fundamentales de Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Caracas, 1964, págs. 400 a 403.

7. AUBY J.M. et DRAGO, Roland, *Traité de Contentieux Administratif*, Paris, 1984, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, vol. II, pág. 502.

8. El fin mismo de la separación entre jueces administrativos y jueces judiciales en Francia es —entre otros— que los primeros puedan crear un régimen procesal especial y distinto del procesal común, lo que significa, de rechazo, que el Juez judicial se rige por este último en todo caso, sin conceder privilegios a la Administración, como el de la vía administrativa previa, exclusivo de la jurisdicción contenciosa administrativa. Los tratados franceses ni siquiera rozan la cuestión sobre si la vía previa también debe observarse por el juez judicial cuando juzga a la Administración, pues la respuesta negativa va implícita en el hecho mismo de la existencia separada de tal juez ante la Administración. Véase al respecto de la autonomía de ambas jurisdicciones sobre la Administración y del Derecho Procesal aplicable en cada una, PACTEAU, Bernard, *Contentieux Administratif*, PUF, 1985, pág. 18.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción, y la subjetiva, de derecho o de plena jurisdicción. En la primera se discuten la legalidad y validez de los actos de Derecho Público de la Administración; en la segunda, de la existencia y restablecimiento de los derechos subjetivos frente a ella, también de Derecho Público, principalmente en materia de contratos y de responsabilidad civil. Es lo típico de la jurisdicción objetiva el que sólo se puede pedir y obtener la anulación del acto ilegal; y de la segunda, el que pueden obtenerse, además, condenatorias al pago de indemnizaciones pecuniarias contra la Administración.

No obstante, las apuntadas diferencias, hay reglas comunes a ambas jurisdicciones contenciosas. En ambas lo normal —cuando no lo necesario— es que toda acción sea, en primer término, de anulación, incluso la que se da en el contencioso subjetivo o de derechos.[9] Lo cual significa que el objeto del proceso es siempre y en primer término la validez de un acto que se impugna, por sí o como causa de lesiones a los derechos que se invocan. Y, consecuentemente, las acciones y sentencias posibles son meramente constitutivas o, a lo sumo, condenatorias al pago de sumas de dinero, es decir: para la anulación del acto o, además, para la reparación pecuniaria del derecho subjetivo violado por éste. No hay posibilidad de establecer acciones condenatorias para obtener actos o prestaciones de la Administración, cuya denegación ilegal o arbitraria puede generar únicamente responsabilidades civiles de ésta.[10] Y las acciones declarativas se dan o bien por reenvío de un Juez judicial (cuando interpretar el sentido o pronunciarse sobre la validez de un acto administrativo es cuestión prejudicial para su fallo) o bien por acción directa (de quien es parte en un caso administrativo ya surgido o inminente, dentro del cual se discute el sentido o la validez de un acto administrativo existente o por dictarse).[11] Se trata, en todo caso, de acciones y sentencias declarativas comunes, en cuanto autónomas respecto de anulaciones y condenatorias posteriores y que, por ello, aportan seguridad jurídica. Las declaraciones sobre el modo, método o forma de ejercer las potestades discrecionales frente al actor victorioso no parecen estar contempladas en la justicia administrativa francesa. Por mayoría de razón, tampoco es posible que el Juez contencioso sustituya a la Administración y haga lo que ésta debe, pero no hace.[12] La sentencia excepcionalmente contiene consejos y directrices sobre la forma de ejecutar el fallo, pero no son obligatorios para la Administración.[13]

Las limitaciones de los poderes del Juez frente a la Administración alcanzan también naturalmente la fase de ejecución de la sentencia contenciosa. Dada la prohibición de que el Juez contencioso dirija órdenes a la Administración, ni por sentencia ni en su ejecución, tampoco puede hacerlo ante la rebeldía de la Administración contra el fallo anulatorio. En Francia —y en todo sistema de justicia administrativa— la anulación del acto administrativo puede implicar la obligación de dictar otros para ajustar la conducta de la Administración a Derecho y, sobre todo, para satisfacer verdadera —y no sólo formalmente— las pretensiones del actor victorioso, quien, sin tales nuevos actos, obtiene un triunfo pírrico. Si, por ejemplo, se ha anulado la denegación de una autorización, concesión o subvención, esas pretensiones se satisfacen únicamente si lo pedido es otorgado, nunca con la sola anulación del rechazo. El Juez francés no puede, ni aun en tal hipótesis, ordenar a la Administración el otorgamiento de la autorización, etc. Puede, a lo sumo, si la Administración ejecuta o reitera el acto anulado, anular la reiteración e, incluso, imponer responsabilidades civiles (pecuniarias) a la Administración y, eventualmente, hasta penales al funcionario culpable, pero para lograrlo el frustrado actor tiene que hacer otro juicio declarativo, que así es el primero de una cadena potencialmente infinita.[14] Esto es así,

---

9. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, vol. II, pág. 492; CHAPUS, Rene, *Droit du Contentieux Administratif*, Montchrestien, Paris, 1982, pág. 75.

10. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, vol. II, pág. 376; CHAPUS, *op. cit.*, págs. 392 y sigs.

11. Se trata del contencioso "de interpretación por reenvío" o del de "interpretación por acción directa", ambos tipos referidos a un acto administrativo, dictado o por dictarse; véase al respecto DEBBASCH, Charles, *Contentieux Administratif*, Dalloz, Paris, 1981, págs. 871 y sigs.

12. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 228 y 229; ODENT, Raymond, *Contentieux Administratif*, Paris, Cours de Droit, fascículo 2, págs. 843 y 844.

13. ODENT, *op. cit.*, págs. 846 y 847; AUBY et DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, pág. 422.

14. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, págs. 432 y 433.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobre todo, en materia discrecional, pero también en cuanto a actos reglados o debidos.

Resaltan tres rasgos en el sistema contencioso francés:

a) el deliberado respeto de la autonomía de la Administración frente al Juez, con titularidad por aquélla de una semiplena discrecionalidad sobre el caso, antes y después del fallo contencioso;[15]

b) el consecuente enfoque del control jurisdiccional sobre una mínima y crítica parte de la conducta de la Administración, que es el acto administrativo;

c) la eliminación de acciones y sentencias declarativas o condenatorias contra la Administración, salvo si se trata del pago de sumas de dinero, y, sobre todo, de sentencias de aquellos dos tipos de incidentes sobre el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración posterior al fallo anulatorio.

Estos rasgos tienen larga historia, que es la única que puede explicar el sistema contencioso francés. En síntesis, obedecen al hecho de que el Conseil d'État —creado por el art. 52 de la Constitución Republicana de 22 de Frimario del año VIII— fue en un principio una dependencia del Gobierno francés con funciones meramente consultivas en lo tocante a la decisión de litigios con la Administración, que correspondía en propiedad al Ministro de cada ramo o Ministro-Juez (justicia administrativa retenida), hasta la ley de 24 de mayo de 1872, fecha en la que se convirtió en tribunal de alzada contra las decisiones de primera instancia del Ministro (justicia administrativa "delegada").[16] Y no fue sino por jurisprudencia del mismo Conseil d'État, C.E. Cadot, 13 de diciembre de 1889, que éste pasó a ser Juez con jurisdicción propia, independiente de las resoluciones previas del Ministro, que simultáneamente dejaron de tener autoridad jurisdiccional, para convertirse en lo que hoy son, en resoluciones administrativas de última instancia, que agotan la "vía previa" a la propiamente contenciosa y, más específicamente, a la de derechos, subjetiva o de plena jurisdicción.[17]

El nacimiento y consolidación de la jurisdicción originaria del Conseil d'État, bastante tardíos, son una consecuencia, por otra parte, del principio de la separación constitucional del Poder Judicial y del Gobierno, tal y como lo interpretó el Derecho de la Revolución Francesa, que por la ley de organización judicial de la Asamblea Constituyente de 16 de agosto de 1790 separó las funciones judiciales y las administrativas y prohibió radicalmente a los jueces interferir o perturbar la marcha de la Administración y juzgar a los administradores por actos de su función,[18] lo que confirmó la Convención Nacional por decreto de 16 de Fructidor del año III (de la Primera República francesa) al prohibir a los jueces ordinarios conocer de cualquier especie de actos de la Administración.[19] Obedecían los legisladores revolucionarios al temor contra los Jueces heredado de la Monarquía absoluta, que vivió en constante conflicto con los antiguos "Parlements" (tribunales de la nobleza nombrados por el Rey) a lo largo de todo el Antiguo Régimen. Y la razón fundamental de tal separación de jurisdicciones (judicial y administrativa) se hace consistir, todavía hoy, en una forma de autolimitación del Gobierno y de su Administración en favor de la justicia, por virtud de la cual se someten a un Juez propio y comprensivo, que, si bien totalmente independiente en lo funcional, es, al menos, parte orgánica de ellos y, en todo caso, más conocedora de sus necesidades y de su régimen propios, en tanto que impartida por quienes simultáneamente, son sus asesores o sus funcionarios.[20] La autoridad jurisdiccional del Conseil d'État —je-

15. ODENT, *op. cit.*, fascículo 2, págs. 847 a 849. Después del fallo anulatorio el Juez francés queda en libertad para volver a decidir la misma materia y, eventualmente, lo mismo, siempre y cuando no reitere los vicios censurados por aquél; se trata de una reducida limitación, que deja en pie una discrecionalidad casi plena frente a y más bien en contra del actor victorioso.

16. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 222 y 223.

17. *Le Conseil d'État*, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1974, págs. 685 y 686; DEBBASCH, *op. cit.*, pág. 178.

18. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 380 a 386.

19. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, pág. 382.

20. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, pág. 182; la afirmación es casi unánime en la doctrina francesa, para lo cual véase igualmente ODENT, *op. cit.*, fascículo 1, págs. 279 a 281. En cuanto a la acumulación de funciones consultivas y administrativas en los jueces que integran el Conseil d'État, por aparte de la propiamente jurisdicente, la tendencia en Francia es no sólo a aceptar tal situación sino, más bien, a fomentarla, con el objetivo de lograr "una jurisdicción compuesta por jueces mezclados a la acción administrativa" (PACTEAU, *op. cit.*, págs. 45 a 47).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rarca de la justicia contenciosa francesa— ha sufrido, como lógica consecuencia, frecuentes ataques al hilo de los vaivenes políticos del Gobierno, sobre todo por obra de este mismo, que censura acremente aquellos de sus fallos que desmienten la sumisión del Alto Tribunal a sus dictados o políticas,[21] en lo que este último ha sido siempre y es cada día más ejemplarmente altivo y audaz. En síntesis: se trata de una justicia administrativa altamente independiente, pero, al mismo tiempo, históricamente diseñada para no perturbar a la Administración y, en todo caso, para garantizarle sustancial autonomía dentro del campo de su competencia, al mismo tiempo que para ofrecerle una justicia especializada y más adaptable que la judicial común a las exigencias de autoridad de esa Administración. De conformidad, se trata de una justicia que nunca debe actuar como superior de la Administración, dándole órdenes o sustituyéndola, y que, sobre todo, está llamada a juzgar sólo la parte más crítica de la incidencia del funcionamiento de la Administración sobre los otros sujetos, que es el acto imperativo y ejecutorio (l'acte executoire de Hauriou), con exclusión del resto de la conducta administrativa, llamada a permanecer bajo la autoridad incontrolada de la Administración misma en la medida de lo posible.

Esta justicia parece incompatible, sobre todo, con una jurisdicción general que no sólo controle el uso de la discrecionalidad administrativa sino que la sujete a directrices u órdenes para su posterior ejercicio frente al actor victorioso, a partir del reconocimiento de las situaciones jurídicas de éste ante dicha discrecionalidad, y que imponga ir más allá de la anulación del acto que las perjudique, hasta procurar el que las satisfaga. Se trata, incluso cuando es plena y tutelar de derechos subjetivos, de una jurisdicción sustancialmente objetiva, que garantiza la legalidad administrativa pero no la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso, en la medida en que ello exija sujetar la discrecionalidad administrativa a órdenes o regulaciones del Juez contencioso.

El sistema francés —creador de la más ilustre jurisprudencia latina en defensa de los derechos e intereses de las partes a costa de la discrecionalidad administrativa— no ha permanecido extraño —como resulta inevitable— al empuje del interés privado en una ampliación favorable a su causa de esa limitada función y ofrece cada día más instrumentos de tutela efectiva de las partes y de la eficacia de los fallos en su beneficio, lo que ha motivado brillantes debates y tesis doctrinarias en las que se afirma la evolución del sistema hacia una justicia montada sobre todo para satisfacer situaciones jurídico-subjetivas.[22] Y, en efecto, se ha enriquecido el arsenal técnico para lograr la ejecución de los fallos contencioso-administrativos, sobre todo por ley de 16 de julio de 1980, que permite por primera vez en la historia francesa la imposición jurisdiccional contra la Administración vencida de las multas llamadas "astreintes" (por cada día de incumplimiento de la sentencia) y, con ello, convierte esta última en un verdadero mandato del Juez sobre la Administración, con alcance que merece —por todo lo dicho— el calificativo de revolucionario.[23]

3. La herencia francesa en España y L.A.

La evolución es parecida en nuestros sistemas, heredados del francés, como el español y los de L.A.

En España no hay contencioso administrativo formal, porque todo es judicial, pero éste también excluye nominalmente las acciones y sentencias que no sean, total o parcialmente, anulatorias, res-

---

21. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 183 y sigs.

22. Véase sobre todo la obra de KORNPROBST, Bruno, *La Notion de Partie et les Recours por Exces du Pouvoir*, quien llega al extremo de identificar el interés legítimo con el derecho subjetivo para demostrar que el proceso por "exces du pouvoir", objetivo o de anulación es, en realidad, un contencioso también subjetivo, dado en función de los intereses del actor, para lo cual véase la citada obra (L.G.D.J., Paris, 1959, págs. 239 y sigs.). Pero la brillante obra fracasa en su tesis, ante la limitación de las acciones y sentencias de lo contencioso-administrativo francés en cuanto a su objeto, que sólo puede ser la anulación (contencioso objetivo) o la condenatoria a un resarcimiento (contencioso de plena jurisdicción o subjetivo), pero nunca el reconocimiento de derechos subjetivos a actos administrativos concretos ni a formas específicas de ejercicio de la discrecionalidad administrativa en el caso de autos, a través de sentencias declarativas y de condena a actos o conductas específicas de la Administración. El contencioso francés es siempre claramente objetivo por sus resultados.

23. AUBY et DRAGO, *op. cit.*, vol. II, págs. 551 a 553. Debe mencionarse también a este respecto, y como síntoma de la evolución del contencioso francés, aun del objetivo o *exces du pouvoir*, la intervención del llamado *mediateur* en favor de la ejecución de la sentencia contenciosa, pero limitada, en último término, a la publicación del incumplimiento o violación del fallo por la Administración en los llamados "Informes" de ese funcionario, versión francesa del ombudsman escandinavo, creada por la ley de 3 de enero de 1973 y sus reformas, para lo cual véase MALIGNIER, Bernard, *Les Fonctions du Mediateur*, PUF, Paris, 1979, págs. 107 y sigs.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pecto de las cuales las de condena —que también sólo pueden ser al pago de sumas de dinero o a la entrega de cosas determinadas— resultan meramente consecuentes y accesorias. Tal es el enfoque ortodoxo, brillantemente expuesto en obras de gran aliento.[24] Pero aquí también hay ya noticia del tratamiento de los "intereses legítimos" típicos de la jurisdicción objetiva y anulatoria como verdaderos "derechos reaccionales", que se comportan y que logran aceptación como tales en los fallos contenciosos, cuyo contenido se torna entonces declarativo de su existencia y exigencias frente a la Administración y, finalmente, condenatorio contra ésta a las conductas que pueden restablecer o satisfacer esos intereses.[25] Todo lo cual lleva implícita la aceptación de éstos como situaciones sustanciales y no meramente procesales, dignas de reconocimiento y restablecimiento, como el derecho subjetivo, del que progresivamente se reputan como especie.

Pero la limitación indicada como propia de la versión ortodoxa de la justicia administrativa en España es la misma en Argentina y Uruguay, y muy parecida en Colombia y Costa Rica, donde se dan los sistemas de justicia administrativa más desarrollados de L.A. Venezuela es caso aparte, por lo que se dirá.

En Buenos Aires, se ha reconocido un contencioso exclusivamente de derechos, que no protege los intereses legítimos, y una mala jurisprudencia, equivocando el alcance del sistema francés y trasladando al contencioso de plena jurisdicción las limitaciones que tiene en Francia el de anulación, ha terminado por reducir a esta última el tipo de los pronunciamientos posibles del fallo contencioso, que así pareciera aceptar sólo excepcionalmente las condenatorias contra la Administración, incluso las meramente pecuniarias.[26] El art. 62 del Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires llega hasta prohibir pronunciamientos relativos a derechos subjetivos en el fallo contencioso, no obstante lo cual hay autores que sostienen la posibilidad de que la sentencia los contenga si son también propios de la pretensión deducida,[27] pero hay quienes lo niegan.[28] En síntesis: pareciera que en el principal régimen contencioso argentino —el de la Provincia bonaerense— son de difícil aceptación acciones y sentencias condenatorias contra la Administración, sobre todo si no son puramente pecuniarias. Parece darse una casi total reproducción de las limitaciones contra los poderes del Juez en el proceso de anulación francés, sin la correlativa ampliación de esos poderes existente en Francia en el contencioso de derechos.

En Uruguay la Constitución crea un Tribunal Contencioso-Administrativo (Sección XVII de la Constitución de 1952) separado del Poder Judicial; el primero conoce de las acciones de anulación contra actos administrativos, el Poder Judicial de las acciones resarcitorias. El Tribunal Contencioso tiene todas las limitaciones del Juez francés al resolver el recurso por *exces du pouvoir:* sólo puede anular, sin otro pronunciamiento, y no puede dictar condenatorias de ninguna especie, como tampoco órdenes ni prohibiciones contra la Administración. Su sentencia es requisito previo para la acción judicial de reparación, aunque existe la posibilidad de una "reserva de la acción resarcitoria sin llegarse a anular el acto", por dictado expreso del artículo 312 de la antedicha Constitución,[29] lo que confi-

---

24. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La Justicia Administrativa en España*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 90, lo mismo que sus *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 641, donde el ilustre autor define la pretensión de plena jurisdicción como "aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional *no sólo la anulación del acto*, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada"; lo cual confirman GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1981, vol. II, pág. 538, cuando dicen: "La L.J. (Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956). . . permite canalizar a través de un único proceso toda clase de pretensiones, bien las de simple anulación del acto o disposición impugnados, que es la pretensión básica y siempre necesaria (art. 41); o bien las adicionales a ésta consistentes en el reconocimiento de la situación jurídica individualizada. . .".

25. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, vol. 2, págs. 535, 536, 539 y 540.

26. GORDILLO, Agustín, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, págs. 760 y 761.

27. DÍEZ, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, págs. 216 a 218 y 256.

28. PALACIOS, Julio A., *La Acción Contenciosa-administrativa*, Editorial Fides, La Plata, 1975, pág. 214.

29. GIORGI, Héctor, *El Contencioso Administrativo de Anulación*, Editorial Martín Bianchi, Montevideo, 1958, págs. 81 a 85, 278 y 282 a 285; PRAT, Julio, *Derecho Administrativo*, Montevideo, Editorial ACALI, 1982, tomo 5, vol. 3, págs. 181, 185 y 186; REAL, Alberto Ramón, *Estudios sobre Derecho Administrativo*, Centro Estudiantes de Derecho, vol. II, págs. 104 y 105.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

guraría una acción y una sentencia meramente declarativas, antecedentes de las resarcitorias ante el Juez judicial.[30]

En Costa Rica la L.R.J.C.A. contempla sólo dos tipos de acciones y sentencias estimatorias, las clásicas del D. francés, de anulación unas, correlativas de intereses legítimos, que no permiten otro pronunciamiento; y las otras, de reconocimiento y restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas, que son sólo los derechos subjetivos, única forma de posición jurídica del administrado que se reputa susceptible de verdadera lesión y de restablecimiento, fundamentalmente a través de indemnizaciones pecuniarias (arts. 10, 22, 23 y 62 L.R.J.C.A.). Pero nuestra ley abre claramente la posibilidad para acciones meramente declarativas, pues las de anulación se darán "en caso" (art. 22 ibídem), lo mismo que la sentencia anulatoria (art. 62.a), lo que indica que aquellas y ésta son eventuales o que no son necesarias; y, sobre todo, las pretensiones de restablecimiento del Derecho subjetivo pueden pedir cosa distinta del dinero, a lo que podrá acceder la sentencia, con lo que, al menos en favor de derechos subjetivos, se habilita la posibilidad de condenatorias específicas a conductas regidas por el Derecho Público (posibilidad totalmente desaprovechada por la jurisprudencia existente), según resulta de la redacción y relación de los arts. 23 y 62.c). Todo lo cual viene complementado por el art. 76, que faculta al Tribunal o Juez para dictar en forma amplia "las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución" (del fallo contencioso). Este cuadro legal permite concluir que, en Costa Rica, la ley permite acciones y sentencias declarativas y condenatorias a actos y comportamientos específicos de Derecho Público contra la Administración, igualmente que en ejecución del fallo, a la par de una jurisprudencia que no ha logrado consolidar esa apertura legal, negando aquella posibilidad en lo que toca al ejercicio de potestades discrecionales y reservándola únicamente para los asuntos de Derecho Privado de la Administración (de los que también conoce) y para aquellos que tienen que ver con actos o comportamientos debidos y reglados. Ello hace pensar en la necesidad de la reforma que proponemos y explicamos.

La evolución hacia un contencioso declarativo y condenatorio en favor de intereses ha cobrado forma insipiente en Colombia, donde se ha desligado la acción de resarcimiento y de restablecimiento de situaciones jurídicas de la anulación previa de un acto con base en un simple interés legítimo, pero con la inexplicable limitación de que ello será posible sólo cuando la causa de pedir sea un hecho o un acto lesivos "cuya prueba ofrezca grave dificultad"; ello en virtud de reciente reforma creadora de un nuevo Código Contencioso-Administrativo por ley núm. 58 de 1982 y el decreto-ley núm. 1 de 1984.[31]

Es Venezuela el ordenamiento latinoamericano donde una reciente reforma legislativa, introducida por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de julio de 1976, al tratar de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha permitido la existencia amplia de acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra la Administración (pareciera que con alcance restringido a las acciones contra la República-Estado y demás entes estatales).[32] Este ordenamiento exige un examen más pormenorizado. Hay, en efecto, cuatro tipos de acciones posibles contra el Estado y sus entes, a saber:

1) las acciones y sentencias de anulación pura y simple, propias del contencioso del mismo nombre. Pero hay aquí ya una variante de importancia respecto de los otros ordenamientos latinoamericanos antes mencionados, a saber: si el acto anulado ha dado lugar a daños y perjuicios o a cualquier otra forma de lesión de situaciones jurídicas subjetivas pueden pedirse la reparación o el restablecimiento de éstas, previa anulación del acto causante, lo que aparejaría, fuera de esta última, una condena —pecuniaria u otra— contra la Administración con el fin de lograrlo, siempre dentro del conten-

30. En Uruguay queda siempre abierta a la Administración la posibilidad de reiterar el acto anulado —en cuanto a su disposición lesiva— con fundamentación distinta de la que dio origen a la anulación jurisdiccional, para lo cual véase GIORGI, *op. cit.*, págs. 278 y 296.

31. PERDOMO, Jaime Vidal, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Temis, pág. 422.

32. La exposición que sigue está fundada principalmente en la obra del distinguido y prolífico autor venezolano, BREWER CARIAS, Randall, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, vol. II, págs. 633 y sigs.; pero se ha tomado en cuenta también la muy informativa obra colectiva *El Control Judicial de los Poderes Públicos en Venezuela*, Universidad Central, Caracas, 1979, especialmente los artículos de RONDÓN, Hildegar, *El Sistema Contencioso Administrativo en el Contexto de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, principalmente págs. 117 y sigs.; y PÉREZ OLIVARES, Enrique, *El Recurso de Interpretación*, especialmente págs. 159 y sigs.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cioso de anulación; todo lo cual sería lo mismo siempre que se demande contra las consecuencias lesivas de un acto administrativo.

2) las acciones y sentencias de plena jurisdicción: éstas, por definición, no suponen la petición de anulación de un acto administrativo, sino una petición pura de reconocimiento y restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas, básicamente a través de condenatorias contra la Administración, que no tienen que ser —aunque frecuentemente sean— pecuniarias y que pueden ser eventualmente a conductas positivas o negativas;[33] pero la doctrina pertinente parece exigir —interpretando la jurisprudencia venezolana— que se trate de tutelar verdaderos derechos subjetivos, con lo que parecieran excluirse de este ámbito jurisdiccional los intereses legítimos.

3) las acciones y sentencias de interpretación, tanto de leyes como de actos administrativos, pero en casos tasados por la misma ley.[34]

4) las acciones y sentencias condenatorias ante inercias o inactividades del Estado y sus entes, violatorias de un deber específico de actuar impuesto por ley.[35]

Sin embargo, asaltan varias dudas respecto de este notable ordenamiento, mucho más moderno y menos galicista que los otros de España y L.A. en el aspecto que ahora nos interesa. En primer término, como se vio, pareciera que el reconocimiento, reparación y restablecimiento de situaciones jurídicas exige la anulación previa del acto cuando éste sea la causa del daño, dentro del contencioso de anulación, con prohibición de reputarlo, entonces, como mero hecho jurídico, accionable en sus consecuencias lesivas sin necesidad de anulación, exactamente como ocurre con los demás hechos ilícitos. Se mantiene con ello el prurito francés de reputar el acto imperativo como el acto *principe* y a régimen único y rígido del Derecho Administrativo y del contencioso, con olvido de que el acto debe ser reducible a acción en función de la tutela del administrado.

En segundo término, se supone situación jurídico-subjetiva tutelable a través de su reparación y restablecimiento únicamente el Derecho subjetivo, con exclusión del interés legítimo, sin advertir que éste también lo es, y que la ausencia a su respecto de otros medios de protección distintos de la anulación, que hoy padece, es pura herencia del Derecho francés, producto de la historia de éste, y mantenida en los nuestros, con otra enteramente distinta, por obra de la inercia y de la falta de juicio crítico. En Venezuela pareciera, en efecto, que los procesos de plena jurisdicción, con poderes del Juez distintos del anulatorio, son posibles únicamente en favor de derechos subjetivos, exactamente como en Francia.

En tercer término, pareciera que —en íntima relación con lo anterior, pero no necesaria— la posibilidad de acciones y sentencias declarativas y de condena contra la Administración (del Estado y de sus entes) viene limitada a los aspectos reglados de su conducta, con exclusión de los que son discrecionales; y ello parece así no sólo por la limitación de las condenas a aquellas que benefician derechos subjetivos —que pueden muy bien ser derechos a una conducta de la Administración debida en beneficio del actor— sino, sobre todo, por la exclusión de los intereses legítimos del mismo ámbito de tutela plena, pues son éstos —mucho más que los derechos subjetivos— los correlatos normales de la discrecionalidad administrativa, cuya existencia suponen. No todo lo que es reglado y debido genera derechos subjetivos; pero todo lo que es discrecional solo intereses legítimos puede generar, exactamente como los intereses legíti-

---

33. BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pág. 640: "de acuerdo con la Ley de 1976 en el caso del contencioso de plena jurisdicción, la decisión del Juez puede ser cualquier decisión jurídicamente útil que se solicite, en la cual no esté envuelta la nulidad de un acto administrativo. Esto cambia la situación existente antes de la Ley. La Constitución, en ese sentido, señala algunos supuestos de la competencia de plena jurisdicción cuando insiste en su artículo 206 sobre "la condena al pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios, originados por la responsabilidad de la Administración; o el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa". De acuerdo con esta norma, es indudable que estamos ante una competencia plena, lo suficientemente amplia como *para admitir cualquier tipo de pedimento frente a la Administración de parte de un particular lesionado, por supuesto, en un derecho subjetivo*" (el subrayado es nuestro). Observamos la posibilidad de que algún venezolano levante contra los fallos restrictivos en sentido opuesto la afirmación de que el art. 206 de su Carta, al tutelar indistintamente todas las situaciones jurídicas subjetivas, está imponiendo la tutela también de los intereses legítimos por la vía de su "restablecimiento".

34. BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pág. 642, restricción a una lista basada en el art. 42.24 de la Constitución venezolana que, al establecer las acciones "para conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales" expresamente limita la posibilidad a "los casos previstos en la Ley", con lo cual, como apunta el distinguido profesor venezolano, "que da por ser regulada dicha competencia".

35. BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pág. 642.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mos sólo pueden darse frente a potestades discrecionales.[36] Este moderno e interesante régimen venezolano de lo contencioso, en síntesis, pareciera mantener los intereses legítimos fuera de la plena jurisdicción y prohibir las acciones y sentencias de condena contra la Administración en cuanto al ejercicio de sus potestades discrecionales in abstracto, por obra de la ley que las crea y atribuye, aunque eventualmente vinculadas —total o parcialmente— por obra de los hechos probados del proceso y del fallo. Hay un paso adelante respecto del sistema francés, pero siempre respeto por sus dogmas fundamentales: parecieran ser posibles las acciones condenatorias contra la Administración, pero sólo cuando ésta actúa en el ejercicio de potestades legalmente regladas in abstracto, en defensa de verdaderos subjetivos, nunca en protección de intereses legítimos. Enorme enseñanza ha aportado el distinguido Prof. Brewer Carías al ponernos en conocimiento de tan importante avance. Pareciera posible, a partir de éste, saltar hacia la regulación jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, como casi de inmediato pasamos a proponerlo.

Otro sistema latinoamericano donde aparentemente hay la posibilidad de acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra la Administración, sin límites sustanciales, es en Brasil, pero no tenemos seguridad de que ello sea así incluso en cuanto al ejercicio de potestades discrecionales y más bien la posibilidad pareciera limitada a hipótesis de actos o actividades vinculadas, como los servicios públicos.[37]

En síntesis: fuera de excepciones limitadas, muy lacónicamente justificadas y, en ocasiones, dudosas (como ocurre en Venezuela, Brasil y Costa Rica), pareciera haber marcada sujeción de lo contencioso-administrativo latinoamericano al modelo anulatorio francés, por virtud de lo cual ni en sentencia, ni en su ejecución, es posible en L.A. condenar a la Administración a la realización de actos que han dejado de ser discrecionales en el caso (aunque lo sean en la ley) o, al menos, a la observancia de límites y determinaciones específicas en el ejercicio de la discrecionalidad residual posterior al fallo anulatorio, en beneficio del fin público de la respectiva potestad administrativa y, sobre todo, de la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso. La sustitución jurisdiccional de la Administración y, sobre todo, de la discrecionalidad administrativa es imposible en España y en L.A. La jurisdicción contenciosa hispanoamericana continúa siendo fundamentalmente objetiva y en beneficio de la legalidad administrativa, pese a la legitimación por situaciones subjetivas exigida en todos los respectivos países para su puesta en marcha. La marca dominante del Derecho francés es indeleble. Esto nos lleva directamente al único sistema latino en el que pareciera hallarse en plena evolución una jurisdicción contenciosa de signo contrario al francés y específicamente dirigida a destruir o excluir en lo posible la discrecionalidad administrativa opuesta a las pretensiones del actor victorioso y posterior al fallo anulatorio; es el caso de Italia, con su ingenioso y hasta misterioso "giudizio di ottemperanza".

4. El giudizio di ottemperanza.[38]

Podría traducirse como juicio de acatamiento o de cumplimiento del fallo ejecutorio; pero ello no sería significativo, porque hay consenso en la doctrina italiana sobre el hecho de que este pecu-

---

36. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974, vol. 1, pág. 514.

37. SEABRA FAGUNDES, M., *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciario*, Libraria Forense, São Paolo, 1979, págs. 156, 390 a 396 y 399 a 400. Sorpresivamente, el ilustre jurista, que sostiene no sólo la posibilidad legal sino también la normalidad de acciones contenciosas declarativas y condenatorias contra la Administración (sujeta al Derecho Público), en sentido amplio y con restricciones excepcionales por texto de ley, sostiene también el carácter extraordinario, infrecuente y excepcional de las acciones y sentencias constitutivas contra la Administración, lo que deja sin ámbito propio en Brasil las acciones y sentencias anulatorias contra ella, el típico ejemplo de las acciones constitutivas; para lo cual véase pág. 398 ibídem. Lo cual significa que en el único país de L.A. donde se admiten con generosidad las condenas contra la Administración en el uso de sus potestades públicas —si hemos entendido al ilustre jurista brasileño— se niega la anulación jurisdiccional de actos administrativos como contraria a la separación constitucional de poderes, y se neutraliza así de un golpe lo que se había avanzado en el terreno de la jurisdicción subjetiva.

38. Resulta inútil apostillar abundantemente el tema del juicio de *ottemperanza*, a cuya exposición dedicaremos tantas páginas, siendo así que será tema de otra conferencia del mismo ciclo, por el Prof. Giannini. Pero conviene apuntar como fuentes principales del enfoque que sustenta su existencia y desarrollo, lo mismo que la de las ponencias del suscrito en el seno de la Comisión Redactora de la Reforma a la Justicia Administrativa en Costa Rica, las obras fundamentales sobre la materia, a saber: GIANNINI, Massimo Severo y PIRAS, Aldo, *Giurisdizione Amministrativa e Giurisdizione Ordinaria nei Confronti della Pubblica Amministrazione*, voz de la Enciclopedia del Diritto, Milano,

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

liar proceso no es para ejecutar el fallo en el sentido ortodoxo del término, lo que también resulta una objeción contra la traducción sugerida. Preferimos darle el nombre en su lengua original.

El mérito del "proceso de ottemperanza" italiano es haberse hecho cuestión de lo que los otros sistemas dan por sentado, a saber: ¿la llamada ejecución del fallo contencioso es realmente tal o es cosa distinta?

En el proceso civil o común la sentencia declara derechos a prestaciones determinadas; en el proceso contencioso, declara la existencia de un interés lesionado, el cual, como tal, es el interés a una resolución administrativa de un caso concreto, en función de un interés público (el de la potestad respectiva) y otro privado (el puesto en relación con este último por obra de los hechos del caso). Esa resolución puede ser —y normalmente es— obligatoria en cuanto a su emisión, en ejecución del fallo, en tanto que necesaria a tal efecto; pero puede ser discrecional en cuanto al contenido, que la sentencia no define o define sólo parcialmente. Anulada la resolución, restan por satisfacer ambos intereses, pues la potestad vuelve al estado anterior a su primer ejercicio. Surge aquí la magna cuestión de si la función fundamental del proceso contencioso es meramente anulatorio o, más bien, de satisfacción de esos intereses. Si —como ya se ha sostenido en este estudio— la anulación es instrumental respecto de la realización de las utilidades buscadas, cuya creación es el fin primario del proceso, resulta evidente que la ejecución del fallo mucho más que el cumplimiento de obligaciones dadas por éste —de sus necesarias consecuencias jurídicas— es la adopción de nuevos actos administrativos de ejercicio de la misma potestad discrecional, conducentes a la obtención de dichas utilidades, públicas y privadas. Es decir: es la emisión de actos, debidos y necesarios, pero discrecionales por motivo y/o contenido, llamados a satisfacer el interés público y el privado que pone en juego el correcto ejercicio de la potestad discrecional que dio base al acto anulado. Se trata de extraer del fallo orientaciones suficientes para guiar esa discrecionalidad administrativa posterior a su emisión, tomando en cuenta, sobre todo, los Considerandos y la motivación del fallo, principalmente los hechos que lo fundamentan, al modo como se aplican un concepto o una norma indeterminados. Si esto es ejecución, es ciertamente una muy peculiar y distinta de lo que normalmente suele llamarse tal, a partir de obligaciones específicas y determinadas por su contenido en un título ejecutivo o en un fallo común.

Esto aclara —en segundo lugar— que el contenido de un fallo contencioso anulatorio se puede desglosar en varios tipos de obligaciones a cargo de la Administración vencida, a saber: la obligación legal genérica e indeterminada de darle cumplimiento en letra y en espíritu; las obligaciones específicas y expresas que el fallo pone a cargo de la Administración con ese mismo objeto; las obligaciones de la Administración no indicadas en el fallo pero necesarias para que, en un nuevo ejercicio de la discrecionalidad, la Administración restituya las cosas al estado anterior al acto anulado y para que —lo que es igualmente importante— satisfaga en lo jurídico y factualmente posible la pre-

---

1969, especialmente págs. 253 a 257, 264 y 265; PIRAS, Aldo, *Interese Legittimo e Giudizio Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, principalmente el volumen II, capítulos II y III; NIGRO, Mario, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, págs. 275 y sigs. y espec. 287 a 292, así como la espléndida contribución del mismo autor sobre el tema a lo largo de varios años y varios trabajos precedentes a la obra ya citada, en sucesivos artículos esclarecedores, ahora en el volumen *La Riforma del Processo Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980, particularmente los artículos *Linee di una Riforma Necessaria e Possibile del Processo Amministrativo* (págs. 142-149) y *Problemi Veri e Falsi della Giustizia Amministrativa* (págs. 72 a 78) y, sobre todo, el artículo suyo publicado en el volumen colectivo *Il Giudizio di Ottemperanza*, Giuffrè, Milano, 1983, titulado *Il Giudicato Amministrativo ed Il Processo di Ottemperanza*, que es quizá la sistematización más completa hasta la fecha sobre el espinoso tema; las actas del *Convegno sull'Adempimento del Giudicato Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, donde son notables: las relaciones de SANDULLI, Aldo, *(Consistenza ed Estensione dell'Obbligo delle Autoritá Amministrativa di Conformarsi ai Giudicati)*; de GIANNINI, Massimo Severo, *(Contenuto e Limiti del Giudizio di Ottemperanza)*; de GUICCIARDI, Enrico, *(L'art. 27.4 e il giudicato amministrativo)*; y de BENVENUTI, Feliciano, *(Valore delle Pronunce ex art. 27.4 t.u. del Consiglio di Stato e loro esecuzione)*; las actas del *Convegno sobre Il Giudizio di Ottemperanza*, Giuffrè, Milano, 1983, en las que son notables las contribuciones de NIGRO, ya citada, y, además, la relación de DE ROBERTO, Alberto, *(Presentazione del Tema del Convegno)*; el aporte de PIGA, Franco, *(L'Ottemperanza: Giudizio di Cognizione o Esecuzione)*; de CALABRO, Corrado, *(L'Ottemperanza como Prosecuzione del Giudizio Amministrativo)* y de GAETANO SCOCA, Fanco, *(Aspetti Processuali del Giudizio di Ottemperanza)*; y, finalmente, tres importantes obras doctrinarias, una de LEVI, Franco, *L'Attivita Conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, especialmente págs. 209 y sigs.; una segunda de GAETANO SCOCA, Franco, *Il Silenzo della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1971, espec. Sección Segunda, *Il Silenzo Amministrativo e Interesse Legittimo*, págs. 99 y sigs.; y GRECCO, Guido, *L'Accertamento Autonomo del Rapporto*, Giuffrè, Milano, 1980, espec. la segunda parte sobre *Profili Ricostruttivi*, págs. 109 y sigs.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

tensión del actor victorioso, tomando como punto de partida el texto del fallo y los hechos de éste que afectan la relación entre dicho actor y su interés, por un lado, y la potestad que dio base al acto anulado, por otro. La tendencia doctrinal más sólida en Italia es —como se dijo— la de que, si la anulación ha tenido lugar por inexistencia o defecto de los motivos discrecionales del acto, la Administración debe, en ejecución del fallo, otorgar lo pedido o querido por el actor (Giannini y Nigro).

Esto tiene sentido en muchas ocasiones en las que la anulación recae sobre un acto lesivo, como una expropiación, pues, una vez anulada ésta, nace del fallo no sólo la obligación de restituir lo expropiado y de reparar los daños causados por la expropiación, sino la de no reiterarla en contra del actor, salvo que impongan lo contrario el Derecho o los hechos nuevos, de índole excepcional. Este deber de no reiterar el acto lesivo puede ser expreso, o no, pero es siempre existente, pues sin el mismo se limitaría sustancialmente la utilidad que el proceso tendría para el actor. Lo que se satisface es, en realidad, el interés de éste en que no le sustraigan la cosa, que sólo queda satisfecho a medias si la devolución de lo sustraído es meramente temporal. El interés es que el fallo —en lugar de la Administración rebelde— establezca que la expropiación —examinados los hechos del caso y mientras no aparezcan otros en ejecución del fallo que excepcionalmente puedan justificar lo contrario— es improcedente y no reiterable. Se trata de un juicio que es, entonces, sobre situaciones subjetivas del actor y no, o no solamente, sobre actos.

Pero donde más se revela la necesaria incidencia del fallo sobre la conducta posterior de la Administración es, como se apuntó, en las hipótesis de denegación de actos favorables, lo que bien puede entenderse también como la denegación de actos menos desfavorables. En esta hipótesis —cuando se anula la denegación de una autorización, licencia, permiso, aprobación, concesión, dispensa, o la denegación de una incidencia menos grave de un acto "ablatorio" o lesivo— la sentencia resulta totalmente inútil al actor si no contiene, fuera de la anulación, un mandato de que se otorgue lo ilegítimamente denegado, salvo que lo prohíban la ley o hechos posteriores al fallo, en los casos de excepción en los que estos últimos pueden jugar.

El juicio de ottemperanza tiene específicamente por objeto hacer valer los deberes de la Administración nacidos del fallo anulatorio —aunque no necesariamente de su texto— indispensables no sólo para borrar las consecuencias o secuelas del acto anulado, sino para satisfacer las pretensiones del actor victorioso en la medida de lo posible, tomando en cuenta las limitaciones y guías que el fallo contiene al respecto frente a la Administración, en su disposición y motivación, siempre que lo permitan el ordenamiento escrito y los hechos del caso fallado, con los cuales tienen que guardar estrecha o directa relación aquellas pretensiones. Y se dijo ya que los hechos nuevos y posteriores sólo excepcionalmente pueden servir para impedir o justificar la inejecución del fallo.

Pero si bien el supuesto nominal de este juicio de ottemperanza —el incumplimiento del fallo por la Administración— no trasluce su originalidad, donde ésta más sale a luz es en punto a las medidas que el Juez puede adoptar a título de sentencia. Estas son órdenes de hacer, dar, no hacer o soportar, e incluso, dictados tocantes al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, naturalmente excepcionales, pues esas órdenes afectan actos debidos o reglados en la normalidad de los casos. Pero pueden darse, además medidas conminatorias —subsiguientes o simultáneas con las órdenes y mandatos— y represivas, ejecución de las conminaciones o apercibimientos, y consistentes en anulaciones de los actos violatorios de la letra o del espíritu de la sentencia. Lo que más caracteriza este proceso de ottemperanza, sin embargo, son las potestades de sustitución del Juez sobre la Administración renuente a ejercer su discrecionalidad o a ejercerla con las bases, fines y límites que el fallo le indica o que indican al Juez, tanto como a la Administración, los hechos probados en relación con los fines de la potestad discrecional en juego, aunque el fallo no los contenga expresamente. Es decir: el Juez, en sede de ottemperanza, puede conocer de las bases, condicionamientos de contenido y fines inmediatos de las medidas discrecionales que deben adoptarse para satisfacer las pretensiones del actor en armonía con el interés público y con la ley, y puede sustituirse a la Administración en la adopción de esta medida, si ésta no adopta ninguna o adopta aquellas que, a juicio del Juez con vista de los hechos probados, no son debidas o son inconducentes para lograr la satisfacción del actor dentro de aquellos límites. Dudoso es si se trata de sustitución de la discrecionalidad por ilegitimidad de los actos discrecionales dictados por la Administración o, meramente, por discrepancias con ésta en relación con aspectos pro-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

piamente discrecionales y de mérito de dichas resoluciones, no atinentes a su legitimidad. Es cierto que, ante la inercia de la Administración después del fallo anulatorio; o una vez removidas como indebidas las resoluciones adoptadas por ésta, con vista en los hechos probados y el Derecho del caso, el Juez puede hasta sustituirse plena —aunque excepcionalmente— a la Administración en el ejercicio de sus potestades y dictar los actos discrecionales necesarios para cumplir los fines del fallo en relación con los intereses y derechos del actor victorioso en el juicio declarativo anterior, siempre bajo la guía del interés público en juego y de la norma escrita, tal y como resultan presentes de acuerdo con aquellos hechos. Estas sustituciones son, como se dijo, excepcionales, pero posibles.[39] El límite que parece observar el Consiglio di Stanto en los fallos de ottemperanza está generalmente en abstenerse de sustituciones que impliquen procedimientos administrativos nuevos, o actos y diligencias reales y no meramente actos administrativos. Si la Administración se niega a admitir en sus oficinas al servidor público reinstalado, aquel Alto Tribunal no lo coloca físicamente en su sede propia; y si para sustituir a la Administración hay que desarrollar todo un procedimiento administrativo nuevo, tampoco lo abre, limitaciones que no dejan de ser graves. Pero el juicio de ottemperanza significa por sí un neto avance de los poderes del Juez y de la jurisdicción contenciosa sobre la Administración, por comparación no sólo con sistemas —como el francés— en los que no hay órdenes ni menos sustituciones jurisdiccionales contra la Administración vencida en juicio, sino también con aquellos —como el alemán— que reconocen acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra ella, pero que respetan en último término la discrecionalidad administrativa, que puede ser guiada y dirigida, pero nunca sustituida, por el Juez del sistema.

Son varias las explicaciones posibles sobre la naturaleza de este juicio. La mejor parece ser la de quien más luminosas páginas le ha dedicado, cuando ha dicho que se trata de un juicio "necesariamente de conocimiento" y "eventualmente de ejecución". Explica el profesor Mario Nigro, de Roma, diciendo:

> "Todo me lleva a insistir en la definición del juicio de ottemperanza como juicio mixto de conocimiento y de ejecución. Mixto, en doble sentido. En el sentido de que el Juez de la ottemperanza acumula una actividad de conocimiento (cuando despeja las reticencias e insuficiencias del fallo: en lo que verdaderamente lo 'integra') y una actividad ejecutiva (cuando asume las medidas necesarias para traducir efectivamente en la realidad el Derecho dictado por el primer Juez y por él mismo, el Juez de la ottemperanza)". (Actas del 27mo. Convegno di Studi di Scienza della Amministrazione, Il Giudizio di Ottemperanza, Giuffrè, Milano, 1983, pág. 100).

Importante es establecer, dada esa naturaleza, cuál es el objeto o la materia de este juicio.

Unos dicen que éste es precisamente la total relación jurídico-administrativa creada por los hechos del juicio (Gannini, Piras y Grecco); otros —que no encuentran posible una relación de contenido indeterminado y determinable exclusivamente a través de actos discrecionales— entienden que se trata más bien del ejercicio de la potestad administrativa en todo su arco de duración (Nigro); y otros, finalmente, creen que el objeto y materia están en el interés legítimo, cuya satisfacción a partir del fallo anulatorio es la base y guía para el descubrimiento de su verdadero alcance y contenido (Scoca). En nuestro concepto es correcta la primera de tales tesis, pero mucho más claro y asequible para el jurista costarricense la segunda, sin que, por otra parte, se halle gran distancia entre una determinada y cualquiera de las otras dos. De conformidad, en el proyecto del articulado propuesto, nos hemos referido al "ejercicio de la potestad" como al objeto y materia del proceso contencioso, sin que pueda decirse que ello implique inzanjable

---

39. La doctrina italiana es unánime al respecto, aunque haya enfoques varios respecto del grado en que la sustitución jurisdiccional de la Administración puede darse: todos admiten, al hilo de la jurisprudencia del Consiglio di Stato, que el Juez de la ottemperanza puede realizar actos equivalentes de los discrecionales de la Administración en lugar de ésta, cuando ello resulte el único medio o modo para vencer la resistencia injustificada de la Administración a satisfacer las pretensiones del actor victorioso mediante nuevos actos discrecionales posteriores al fallo anulatorio. Véase al respecto: Giannini, op. cit., págs. 264 y 265; De Roberto, op. cit., págs. 49 a 51 y 57 a 58; Nigro, *Il Giudizio di Ottemperanza*, op. cit., pág. 106; *Guglielmo Roherssen di Cammerata, L'Azione Esecutiva nei Giudizi contro la Pubblica Amministrazione del Diritto Italiano*, Estudios de Derecho Administrativo, Universidad de la República, Montevideo, 1979, vol. II, págs. 301, 302 y 304. Innecesario resulta insistir: hay total acuerdo sobre el hecho de que el Juez de la ottemperanza tiene potestades sustitutivas de la discrecionalidad administrativa cuando ésta se ejerce mal y ello resulta la única forma posible de vencer ese mal ejercicio. Esto ha sido reconocido, además, por pronunciamientos de la Asamblea General del Consiglio di Stato núm. 23 de 1979, según lo informa De Roberto, op. cit., pág. 50.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rechazo de ninguna de las otras dos teorías (la de la relación jurídico-administrativa y la del interés sustancial por satisfacer).

Para entender estas tesis es necesario partir de una explicación común a todas. En efecto: lo importante es entender la relevancia decisiva de los hechos que justifican o pueden justificar el ejercicio de una potestad discrecional frente a otro sujeto, llamado a recibir sus efectos como destinatario del acto en que ese ejercicio se concreta. Esos hechos tienen fuerza normativa del caso que componen y permiten formular una regla de conducta que llena o determina el contenido del acto administrativo. El interés es la posición o situación jurídica del destinatario potencial del acto (antes de su emisión o después de su anulación), que espera que éste le sea lo más favorable posible y que la norma casuista de conducta en que se base permita satisfacer su pretensión. Se trata de un interés sustancial en un bien de la vida, que sólo puede procurarle un acto administrativo. Y para ese efecto la ley lo arma con potestades de participación en el procedimiento administrativo que lo capacitan para hacerse oír ante la Administración e influirla para lograr de ella el acto más favorable posible dentro del caso. Hay, desde antes del juicio y del acto, desde que se inicia el procedimiento administrativo para dictarlo y, todavía más, desde que ocurren los hechos que le sirven de antecedente, una verdadera relación jurídica entre el interés legítimo y la potestad discrecional, cuyo objeto es el acto administrativo favorable al actor, de contenido indeterminado pero determinable a partir de tales hechos, cuya virtud normativa es igual para todo el que se encuentre ante ellos. La apreciación in concreto de esos hechos permite encontrar el método o la vía correcta para dictar el acto dándole contenido y es la inobservancia de ese método lo que provoca el proceso, evidentemente no para anular el acto desfavorable, sino para obtener el favorable. Ahora bien: cuando surge el juicio de ottemperanza ya la sentencia anulatoria está firme y para ser ejecutada. En el juicio de ottemperanza el Juez tiene que tomar en cuenta no sólo el fin público que la Administración vencida debe lograr mediante el ejercicio de la potestad discrecional sino también la pretensión del actor victorioso, y garantizar a éste la observancia por la Administración de aquel método de razonamiento y valoración para formular el contenido del acto, con vista del fallo ya dictado, de sus hechos probados y de la situación real en que actúa la Administración después de la anulación, a la cual la sentencia tiene que adaptarse en algún grado. Se trata de que el Juez garantice en lo posible la satisfacción de la pretensión del actor victorioso en el proceso de anulación, para lo cual éste tiene eventualmente que sustituirse a la Administración en el ejercicio debido de su potestad discrecional, de acuerdo con el modelo para tal ejercicio que el Juez descubra e imponga, si la Administración lo rechaza, por acción u omisión. No se trata ciertamente de actividad administrativa, sino de actividad jurisdiccional sustitutiva, pero equivalente de la administración, desde el punto de vista de sus efectos.

La cuestión capital que surge después de lo dicho, es: ¿esa actividad jurisdiccional sustitutiva de la discrecionalidad administrativa no ejercida o mal ejercida, es control de legalidad o de oportunidad?

En la medida en que se trate de la formulación de una regla del caso de acuerdo con sus hechos, es cuestión de legitimidad. Si los hechos imponen una regla que es igual para todo el que los conozca o esté situado en o por ellos, la aplicación de esa regla es un imperativo jurídico y su ignorancia una forma de ilegitimidad. Y en la medida en que la regla casuista debida o única no se descubra por mal conocimiento de los hechos o ignorancia de los intereses que activan o de su jerarquía (importancia) dentro de la situación, habrá también una ilegitimidad, más de la función que del acto administrativo. Todos los defectos lógicos y estimativos en la elaboración y formulación de la regla del caso, surgida del mismo y al mismo referente, son vicios del acto o de la función y repercuten en la validez del primero.

El juicio de ottemperanza va más allá, porque afecta también lo que es propiamente discrecional. Cuando el caso sugiera varias reglas aplicables, porque aparezcan alternativas para lograr el fin público de la potestad y satisfacer las pretensiones del actor victorioso, la Administración podrá escoger, pero también deberá hacerlo, en virtud del carácter necesario de su conducta para la satisfacción de ambos intereses. Si la Administración no lo hace o lo hace mal, desde uno o de ambos puntos de vista (interés público y pretensión en juego), el Juez puede declarar la forma correcta de escoger o de elegir y puede ordenar y dirigir la conducta de la Administración para corregirla y, finalmente, sustituirla, si no se corrige en los hechos. En esta última hipótesis, hay una actividad claramente sustitutiva de la discrecionalidad administrativa, fun-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dada en el desfallecimiento de ésta, que, sin embargo, es jurisdiccional, en la medida en que intenta hacer cumplir el fallo y satisfacer los intereses tutelados por la ley en el caso concreto, la que crea la potestad y da fundamento jurídico al fallo. De este modo, el juicio de ottemperanza es tanto control jurisdiccional de legalidad como acto de oportunidad, en cuanto puede ser una jurisdicción sustitutiva del mal ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Y así como un ilustre autor dijera de este juicio de ottemperanza que es un proceso necesariamente de conocimiento y eventualmente ejecutivo, puede decirse que es un proceso necesariamente de legalidad y eventualmente de oportunidad, por implicar la eventual sustitución jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, en hipótesis de abandono (inercia) o de mal ejercicio de la misma por la Administración obligada a ejercerla frente al actor victorioso en el proceso contencioso.

¿Cuál es la enseñanza fundamental de esta brillante invención italiana?

Es la conclusión de que el proceso contencioso debe servir tanto para garantizar la legalidad administrativa como para satisfacer la pretensión del actor victorioso en la anulación, para lo cual es necesario vincular la discrecionalidad posterior al fallo anulatorio de acuerdo con un modelo de su ejercicio descubierto por el Juez, con vista de los hechos del caso, eventualmente con sustitución por él de la Administración contumaz en su inobservancia. Es decir: que para ser eficaz y cumplir cabalmente su función tutelar de los derechos e intereses legítimos —y no sólo de la legalidad— el proceso contencioso debe permitir que, en sentencia o en ejecución de sentencia, el Juez pueda vencer el mal uso de la discrecionalidad administrativa contra el actor victorioso, dictando el modelo de ejercicio correcto de esa discrecionalidad en el caso concreto y, eventualmente, sustituyéndose a la Administración, si ésta se mantiene inactiva o dicta actos contrarios a ese modelo impuesto por el Juez.

Se trata de que el Juez intervenga ya no sobre el acto sino principalmente sobre la relación entre Administración y administrado con ocasión de aquel ejercicio o, mejor dicho, con base en los hechos que lo motivan y que son fuente de beneficios futuros para el actor victorioso, a modo de esencia del interés legítimo en la obtención de tales provechos o ventajas.

Encontramos una falla en esta técnica procesal italiana, que es el ensanchamiento de la fase de ejecución de sentencia y de su juicio de ottemperanza en perjuicio del periodo procesal de conocimiento, previo al fallo. Pues bien podría ser ese periodo normal de conocimiento el que aportara al expediente los elementos de ponderación propios del juicio de ottemperanza, a efecto de lograr que sea el fallo por ejecutar —y no el de la ejecución— el que pueda contener las declaraciones y condenatorias relativas al posterior ejercicio de la discrecionalidad en beneficio del actor victorioso y de sus pretensiones. Es decir: bien puede y debe ser el fallo la definición del "modelo" de ejercicio de la discrecionalidad que debe observar la Administración frente al actor victorioso, con vista de la anulación del acto y de los fundamentos de hecho y derecho del fallo anulatorio.

Dicho lo cual no podemos ocultar la especial atracción que esta invención italiana ha tenido sobre la Comisión Redactora del Anteproyecto para la Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica. El articulado que proponemos se limita a consagrar los tipos de acciones y de fallos declarativos y de condena congruentes con tal enfoque. Conviene establecer en seguida la posibilidad constitucional de su adopción y aplicación en Costa Rica.

5. La constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales de ordenación y sustitución de la discrecionalidad administrativa.

a) El planteo correcto del problema. Un planteo correcto del problema ahorra largas explicaciones favorables a la constitucionalidad de las órdenes a la Administración y, sobre todo, de las sustituciones de ella por el Juez. Nos interesan principalmente estas últimas, pues resulta obvio que despejar su constitucionalidad —o lo contrario— conlleva igual conclusión respecto de las órdenes por mayoría de razón. El punto crítico de contacto entre la autoridad del Juez y la autonomía constitucional del Poder Ejecutivo está precisamente en las sustituciones de la Administración por el Juez y en su justificación. Justificación, que por otra parte, parece no solo posible sino sencilla con un planteo correcto del problema. Porque el Juez contencioso que las lleva a cabo sólo lo hace ante la inercia o los subterfugios de la Administración para darle al actor lo que pide, no ante un correcto ejercicio de la discrecionalidad. Cuando el Juez define ese correcto ejercicio no está necesariamente fijando el contenido del acto discrecional debido en cuanto a su emisión, después de la anulación

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del impugnado, para alcanzar aquella satisfacción en favor del actor victorioso. Está indicando cuáles son los hechos probados, los intereses y efectos que tienen para la decisión del asunto, la forma en que debe tomárselos en cuenta y jerarquizarlos con ese fin, y las alternativas existentes. Es posible que éstas falten o que una sea evidentemente la mejor y otro u otras las peores, lo que eliminaría la discrecionalidad en el caso concreto, por obra de los hechos del caso; pero ello no es necesario y, entonces, la discrecionalidad sobrevive la anulación del acto, exclusivamente en cuanto al motivo o contenido del mismo, pero dentro de aquellas indicaciones y valoraciones imperativas ya formuladas por el juez en sentencia o en ejecución de sentencia. El Juez regula el ejercicio de la discrecionalidad para identificar las alternativas y valorarlas, pero no hace necesariamente la elección de motivo y contenido, que queda a disposición de la Administración. Lo que es debido, en virtud de la ley y del fallo (si se trata de ejecución de éste), es llevar a cabo la operación final, intelectiva, valorativa y volitiva, y dictar el acto imperativo que surte efecto frente al actor victorioso, dentro de las determinaciones, regulaciones y límites previamente establecidos por el fallo o por la ejecución de éste. Dentro de ese marco la Administración vencida en juicio podrá ejercer su discrecionalidad, que seguirá siendo tal. Es únicamente cuando la Administración viola ese deber, por inercia o desacato al Juez, que éste puede sustituirse a ella. Y no lo hace para dictar un fallo sino para dictar el acto o realizar la actividad necesarios con el fin de satisfacer la pretensión del actor. Cuando el Juez hace la sustitución ya no juzga ni controla, con base en la ley o en las reglas de la oportunidad, sino que actúa para lograr la misma inmediata satisfacción de la pretensión victoriosa que lograrían el acto o la actividad administrativos con el mismo fin, aun si fuesen discrecionales. Es sobre estas bases que debe plantearse la constitucionalidad de la sustitución jurisdiccional de una presunta discrecionalidad administrativa con miras a una satisfacción de los intereses —públicos y privados— que ésta pone en juego.

b) El problema dogmático: la potestad de sustitución es compatible con la plena autonomía de la Administración.

La actividad jurisdiccional es sustitutiva siempre que es condenatoria, porque conduce directamente a la sustitución del vencido en juicio si no cumple la condena, salvo el caso de una imposibilidad en la sustitución, que se traduce en una indemnización a favor del actor. Desde este punto de vista, la sentencia condenatoria puede tener cualquier contenido y desembocar, incluso, en la emisión de actos y en la celebración de contratos por el Juez, de índole jurisdiccional, pero equivalentes por su efecto de otros cuyo otorgamiento o adopción era deber de la parte vencida, que lo quebrantó omitiéndolos; es el caso del Juez que otorga una escritura o un contrato ante la rebeldía de la parte obligada a hacerlo (art. 1066 Código Civil). No se trata obviamente de acto notarial o contractual del Juez, sino de acto procesal de éste equivalente del notarial o contractual. Es igualmente evidente que en hipótesis como éstas el acto sustitutivo dictado por el Juez no consiste en una declaración de Derecho, como tampoco en una condenatoria, sino en un acto o actividad diversos, pero que las suponen. Lo que vincula el acto procesal sustitutivo con el fallo previo no es su naturaleza homogénea con éste —que no existe— sino su función al servicio de la plena ejecución de éste. La sustitución del caso es un acto de ejecución del fallo conforme con el artículo 76 de la L.R.J.C.A. Así puede entenderse claramente a la luz de éste cuando dispone:

> "Art. 76. Firme la sentencia, el Tribunal dictará o dispondrá, a solicitud de parte, las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución".

El artículo 76 legitima todas las medidas conducentes a la ejecución del fallo en sentido amplio y ello no viola la discrecionalidad, aun si hay sustituciones de ésta por el juez, porque la sustitución va precedida por órdenes y directrices suyas que la excluyen en cuanto a la materia de las mismas. Y esas órdenes son una expresión de los criterios y guías impuestos al juez por los hechos probados y los intereses que ponen en juego para la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso, no actos discrecionales del juez. La violación de tales disposiciones jurisdiccionales dictadas por los hechos del caso, por sentencia o en su ejecución, es el supuesto para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, estrictamente procesal, de sustitución (por el juez) de la discrecionalidad administrativa, obviamente después de un apercibimiento adecuado en favor de la administración rebelde. Pero cuando ello ocurre, como se dijo, la función jurisdiccional se realiza por la acción, no por acto de control llamado simplemente a la aplicación y declaración del Derecho en el caso concreto. Desde el punto de vista de su naturaleza intelectual o volitiva, la sus-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

titución procesal de la discrecionalidad administrativa es tan distinta de la jurisdicción expresada en el fallo como cualquier otro acto administrativo, con la diferencia sustancial de que su función es lograr la satisfacción de la pretensión del actor en el marco del fallo ya ocurrido y para ejecutar éste. En esta hipótesis podría decirse que nace una competencia jurisdiccional subsidiaria o supletoria de la administrativa y no para ejercer la discrecionalidad propia de esta última —ya desaparecida— sino para satisfacer la pretensión del actor victorioso.

Ahora bien: el esquema descrito no es exclusivo del Derecho Procesal. En el Derecho Administrativo hay también la posibilidad de sustituciones del ente público autónomo por el órgano de tutela a condición de que aquel rehúse cumplir un deber legal específico y haya una ley que autorice la sustitución. Esto es así porque, caso opuesto, el respeto a la autonomía se convertiría en apoyo a la rebeldía contra la ley, que ordena hacer lo que omite el ente público. Siempre que haya ley excepcional que lo autorice expresamente y que prevea el deber específico infringido, el Estado contralor puede sustituirse al ente público omiso, sin que ello se repute violación de la autonomía de este último, ni aun cuando ésta sea constitucional.[40] Es que si hay deber de satisfacer al actor, no hay discrecionalidad para derrotarlo. Nuestra L.G.A.P. se ha hecho eco de esta distinción, pero la ha reducido absurdamente a la hipótesis de las relaciones jerárquicas, siendo así que su mayor relevancia y utilidad se da en las de contralor de un ente sobre otro, cuando está de por medio una autonomía administrativa, constitucional o común.[41] Y la regla que ha de extraerse es —como resulta claro— que la sustitución es compatible con la autonomía del sustituido en los casos en que éste la ha abandonado, por violación de los deberes legales a su cargo (para un correcto ejercicio de sus potestades en el caso de entes públicos).

En la hipótesis del Juez frente a la Administración vencida en juicio se dan todos los supuestos necesarios para que proceda la sustitución de ésta por aquel, incluso en el ejercicio de sus potestades discrecionales, que, según lo dicho, no es tal, sino ejercicio de una función típicamente jurisdiccional. Lo fundamental es que esos supuestos se den, como efectivamente ocurre. Esto es muy claro. Nadie puede negar el deber legal de ejecución de los fallos por la Administración, sobre todo si son fallos contra ella. A nivel constitucional ello es evidente en Costa Rica por virtud del art. 149.5 (que hace responsable a Presidente y Ministro "Cuando impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial") y, sobre todo, del art. 153 in fine de nuestra Carta (que atribuye al Poder Judicial "resolver definitivamente sobre ellas —las causas procesales— y ejecutar las resoluciones que pronuncie"), todo lo cual constituye, además, principio general del Derecho Procesal y Constitucional. Y no puede dejar de mencionarse el art. 9 párrafo primero (en cuanto establece la identidad e independencia recíproca de los Supremos Poderes), porque tal norma implica el deber de cada uno de respetar los actos del otro dentro del ámbito de sus funciones constitucionales, incluso en sus efectos sobre los demás, que de otro modo complotarían contra la distribución de dichas funciones. Si fallar y ejecutar sus fallos es función del juez, cumplirlos y sujetarse al Juez en ese cumplimiento es deber constitucional correlativo y específico —porque determinado o determinable por el fallo— a cargo de la Administración vencida en juicio.

Es muy claro —por lo que se ha visto del juicio de ottemperanza— que por ejecución ha de entenderse aquí, en sentido amplio, no sólo el cumplimiento de mandatos expresos y precisos derivados del fallo sino también el de sus mandatos implícitos y sólo determinables con vista de los hechos probados y del Derecho aplicado por aquel, en función de la satisfacción de los fines públicos y, sobre todo, de las pretensiones del actor.

Se trata, como entonces se vio, no sólo de aplicar la ley y el fallo mismo como norma expresa del caso, sino también de descubrir y revelar la fórmula para lograr esa doble satisfacción del interés público y del interés privado envueltos. Y este deber —como es obvio— se puede infringir no sólo con la inactividad o la abstención de la Administra-

---

40. DEMBOUR, Jacques, *Les Actes de la Tutelle Administrative en Droit Belge*, Larcier, Bruxelles, 1955, págs. 197 y 201; REGOURD, Serge, *L'Acte de Tutelle en Droit Administratif Français*, L.G.D.J., Paris, 1982, págs. 159 y 160.

41. DE BUTTGENBACH, André, *Theorie Generale des Modes de Gestion des Servides Publiques*, Larcier Bruxelles, 1952, págs. 234 y 235; ORTIZ, Eduardo, *La Descentralización Administrativa Costarricense*, Lehmann, San José, 1966, págs. 198 y 199; PÉREZ BURRIEL, Juan, *Tutela Provincial Administrativa*, Diputación Provincial de Valencia, Valencia, 1974, págs. 335 y stes.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción después del fallo anulatorio, sino también con actos suyos que tienen por efecto reiterar la disposición del acto anulado con otra motivación o crear condiciones que hagan imposible al actor lograr lo que pretende, en forma indirecta. La jurisprudencia del Consiglio di Stato ha superado ya la etapa en que sostuvo que la única forma de incumplimiento del fallo contencioso que daba lugar al juicio de ottemperanza, para su acatamiento, era la total inercia de la Administración después del fallo anulatorio, para sostener hoy —ya sin amagos de retroceso— que también hay incumplimiento cuando hay cumplimiento parcial, desviado hacia la frustración indirecta de lo pedido por el actor o, simplemente, hacia la consolidación de la situación preexistente al fallo y favorable a la Administración.[42] Se incumple el fallo y se viola el deber legal opuesto, no sólo cuando hay abstención sino cuando hay acción maliciosa o tendenciosa hacia la frustración del fallo y de las pretensiones del actor victorioso.

Esto indica, traslado a nuestro medio (donde operan sin modificaciones las mismas razones de respeto a la buena fe en el cumplimiento del fallo y del Derecho en general que han justificado el viraje jurisprudencial italiano antes aludido), que el supuesto para que el Juez pueda sustituir a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad sin violar su autonomía constitucional se da tanto cuando la Administración se mantiene inerte e inactiva después del fallo anulatorio como cuando dicta actos incidentes sobre la materia de éste pero claramente incompatibles con su disposición y, sobre todo, con su fundamentación, directa o indirectamente. En ambas hipótesis por igual, la Administración incumple su deber de acatar el fallo en beneficio del actor victorioso y la única forma posible de evitarlo es sustituirla, dictando en lugar de la Administración y a título de ejercicio de la función jurisdiccional los actos procedentes para satisfacer las pretensiones del actor, incluso si tales medidas son discrecionales. No se trata, entonces, como ya se dijo, de actos administrativos discrecionales, sino de formas jurisdiccionales de actuación de una potestad y de un deber constitucionales, puestos a cargo del Juez por el art. 153 Constitución Política, de hacer ejecutar los fallos que dicta. Y esto es así porque es la única forma posible de lograr que la Administración satisfaga las pretensiones del actor y, por ahí, la verdadera función del fallo contencioso, lo que nos lleva a nuestra última consideración al respecto.

Que es, en definitiva, la más relevante e importante, a saber: el art. 49 Constitución Política no consagra la jurisdicción contencioso-administrativa como control puro de legalidad objetiva, aunque innegablemente esa sea una de sus instituciones fundamentales. El art. 49 es tajante, además, cuando impone proteger "al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

Este último (art. 49) es mandato constitucional y no meramente legislativo, que contiene todos los inherentes para garantizar la satisfacción de derechos e intereses subjetivos por la jurisdicción contenciosa, como una entre sus dos fundamentales funciones, conjuntamente con la de garantizar la legalidad de la Administración. Significa que la Constitución permite —cuando no impone— la adopción por el Juez contencioso de todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento de esa función tutelar de situaciones jurídicas subjetivas del actor victorioso, sobre todo de aquellas que sean únicas para ese fin, porque no haya alternativas al respecto. En tanto así lo sean, esas medidas son impuestas por los hechos para cumplir un fin constitucional del fallo, lo que puede enunciarse mejor diciendo que, según el art. 49 de nuestra Constitución, la jurisdicción contenciosa puede abarcar en Costa Rica cuestiones de oportunidad, en tanto ello resulte necesario para proteger, "al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos del administrado", con eventual sustitución de la Administración, si ésta insiste en derrotar las pretensiones del actor a través de un mal ejercicio de su discrecionalidad posterior al fallo anulatorio. Esto es inobjetable si se entiende, además, que la actividad sustitutiva del Juez es, por definición, supletoria o subsidiaria, y sólo constitucionalmente posible cuando venga precedida por el desafío contra mandatos del Juez para acomodar la futura conducta administrativa a Derecho por el que ha de entenderse no sólo el legislativo que crea y enmarca in abstracto la potestad discrecional sino, sobre todo, el nacido de los hechos del caso, fundamentalmente a título de regla justificante del ejercicio de aquella potestad y del contenido del acto salido de ese ejercicio.

---

42. DE ROBERTO, Alberto, op. cit. pág. 49; Nigro, op. cit., pág. 102.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En síntesis: los arts. 49, 149.5 y 153 de nuestra Carta imponen al Juez contencioso el deber de tutelar no sólo la legalidad administrativa sino, simultáneamente, los derechos subjetivos e intereses del actor victorioso que demuestre tenerlos, lo que legitima cualquier ley que apodere a aquel juez para dar órdenes, reglas y directrices a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad frente a dicho actor y en favor de éste, después de la anulación del acto impugnado, y, eventualmente, para sustituirse a la Administración rebelde ante esos mandatos, dictando en lugar de ella las medidas equivalentes de los actos discrecionales necesarios para satisfacer las pretensiones de dicho actor. La feliz consagración constitucional de las dos funciones capitales de la jurisdicción contencioso-administrativa, como tutora no sólo de la legalidad sino también de los derechos e intereses legítimos del ciudadano, hacen constitucionalmente posible cualquier evolución de la misma hacia una función declarativa y condenatoria a la observancia de modos, reglas y límites judiciales concretos de la discrecionalidad posterior al fallo anulatorio, siempre que ello sea necesario para garantizar simultáneamente la realización de ambas finalidades.

Dicho lo cual, no sobra abundar invocando la historia patria, sobre el trasfondo de la francesa, para apoyar la anterior conclusión, que, evidentemente, supone plena confianza en el Juez judicial de o contra la Administración en Costa Rica.

c) La historia patria. Habría que empezar diciendo —en cuanto cada historia es existencial y es única— la perogrullada de que Francia es Francia y Costa Rica, Costa Rica. No hemos tenido la convulsa realidad que en Francia tuvieron las relaciones entre Gobierno y Jueces y que motivó su radical separación, cada día más atenuada y frágil, pero si la hubiésemos tenido imposible sería saber, cuando no mera conjetura, cuáles habrían sido sus efectos. Pues también divergen las condiciones e instituciones de cada país, ya que nunca en Costa Rica hemos tenido, después de la independencia, Ministros-Jueces o cosa parecida ("justicia retenida" en la jerga técnica francesa).

Con esto no queremos decir que desde nuestra independencia hayamos tenido siempre "justicia delegada", en el sentido francés de justicia contenciosa impartida por Jueces auténticamente tales, por la naturaleza jurisdiccional de sus resoluciones y el carácter autónomo de su jurisdicción respecto del Gobierno o Poder Ejecutivo. La justicia administrativa auténtica no existió en Costa Rica antes de la actual Constitución de 7 de noviembre de 1949.[43] Lo que queremos decir es que nunca en Costa Rica se han reputado jurisdiccionales y expresión de verdadera justicia las decisiones de ningún Ministro. No ha habido Ministros que sean jueces, ni de primera ni de segunda instancias, y siempre la función jurisdiccional ha sido monopolio judicial en Costa Rica, desde la independencia hasta hoy, con excepciones muy reducidas, todas constitucionales.[44] Cuando en 1949 se creó la jurisdicción contenciosa, el art. 49 de la Constitución la ubicó en el Poder Judicial, donde ha estado desde entonces, sin discusión ni protesta de nadie, y más bien con el apoyo de la reforma del art. 49 Constitución Política por ley constitucional núm. 3124 de 25 de junio de 1963, que reafirma tal ubicación judicial, aunque cambie la versión original en otros fundamentales aspectos.

No puede afirmarse que nuestra historia de lo contencioso-administrativo haya sido totalmente extraña a la influencia francesa, pese a tal ubicación judicial, pues hemos dependido perennemente de España para hacer esa historia y la de España está muy marcada por el modelo francés, que heredamos de ella, sobre todo a través de la vigente ley española de 1956, matriz casi literal de la nuestra. La influencia francesa está presente en nuestra jurisdicción contencioso-administrativa —a través de la española— no sólo en todos sus rasgos fundamentales tocantes a legitimación, acciones y pretensiones, materia y sentencia, sino paradójicamente en su inexistencia hasta 1949, pues fue por errada interpretación del sistema francés de separación de poderes —padecida por nuestros juristas de entonces— que se creyó inconstitucional e incompatible con ese sistema la posibilidad de que nuestros jueces anularan actos del Poder Ejecutivo, y ello limitó la materia de lo que se llamó "contencioso-administrativo" a la decisión de peticiones de resarcimiento, sin anulación de actos, en contra de

43. Véase al respecto la docta sentencia de Casación núm. 5 de 15 hrs. y 15 ms. del 14 de enero de 1959, ponente Fernando Baudrit, pág. 128, Colección de Sentencias, 1er. vol., I Semestre del año correspondiente.

44. La única que hay hoy en Costa Rica es la correspondiente al Tribunal del Servicio Civil, ubicado en el Poder Ejecutivo e integrado por funcionarios de nombramiento del Presidente de la República, con fundamento en el art. 156 Constitución Política; la constitucionalidad del Tribunal ha sido declarada por votación de Corte Plena de sesión extraordinaria de 16 de diciembre de 1954.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la Administración.[45] Pero es muy claro, por lo mismo, que cuando se creó y ubicó constitucionalmente la verdadera jurisdicción contenciosa en el Poder Judicial, pese a tales antecedentes históricos, se tomó una posición discrepante de tal errada interpretación no en uno sino en dos conceptos fundamentales, a saber: se habilitó al Juez contencioso para anular actos del Poder Ejecutivo, en primer término; y, en segundo término, se consideró correcto atribuir tal jurisdicción al Poder Judicial, única y verdadera sede de todo tipo de justicia en Costa Rica desde nuestra independencia.

Lo anterior revela una actitud de confianza en el Juez común por parte del costarricense, que siempre ha visto y sentido en el Poder Judicial un último y seguro refugio contra las injurias y arbitrariedades de toda especie, en sus relaciones con el prójimo y con el Estado. Y revela, sobre todo, una actitud de confianza en el Juez Judicial como Juez contencioso-administrativo, como elemento armónico y compatible con la división de poderes, sin flaquezas en perjuicio de la justicia ni extralimitaciones en perjuicio de la Administración. ¿Cómo podemos explicarlo?

La explicación es tanto técnica como política y radica en el universal aumento de potencia y rango de la Administración Pública contemporánea, aquí y fuera de aquí. En los países desarrollados —como los europeos— el liberalismo político y el abstencionismo económico fueron filosofías que nunca se hicieron plena realidad, pues el Estado siempre tuvo los recursos para una participación activa en la conformación de la sociedad, principalmente en la construcción de las grandes obras públicas.[46] En Costa Rica ese liberalismo y la inactividad estatal fueron realidad prolongada durante todo el siglo XIX y el primer tercio de este, pero no por filosofía sino por pobreza y crisis fiscales, que nunca dejaron al Estado participar sustancialmente en la vida económico-social de nuestro pueblo. Sin embargo, el vuelco hacia la dirección inversa es popular, poderoso y extenso a partir de 1940: el Estado se vuelve auténticamente intervencionista y multiplica, al tiempo que fragmenta a través de incontables nuevos entes públicos, su actividad económica, industrial y mercantil, y con ello también las intervenciones autoritarias y las arbitrarias.

El intervencionismo y el dirigismo económicos han aumentado tanto las injurias y daños que produce el Estado como los beneficios que presta. Esto fue patente y muy grave desde 1940 hasta 1948 y produjo finalmente en este año el segundo y último golpe de estado —por revolución armada— que hemos tenido en este siglo, asestado principalmente para eliminar la corrupción administrativa y política y restablecer la dignidad y la legalidad del Gobierno, que nunca se restablecieron. Así nació la Constitución actual, que se hizo, entonces, a partir de una grave desconfianza en el Gobierno y para sujetarlo a un régimen que garantizara no sólo su eficiencia sino su pureza, fundamentalmente a través de las autonomías administrativas (concebidas como una nueva versión de la división del poder pero con la función tradicional de salvaguardar la legalidad y los derechos humanos); de un verdadero cuarto Poder Electoral, que llamó Tribunal Supremo de Elecciones; de un régimen severo de control administrativo ejercido por la nueva Contraloría General de la República; y de un nuevo régimen de control jurisdiccional, ejercido por el Poder Judicial.[47] Si algo es cierto en la historia de nuestra justicia administrativa es que la misma nació bajo el signo de una esperanza puesta en el Poder Judicial como muro de contención contra las arbitrariedades gubernamentales y de protección a favor de los derechos e intereses del individuo frente al Estado y otros entes públicos. Es decir: tuvo una génesis no sólo diversa sino opuesta a la que le dio luz entre las convulsiones de la Revolución Francesa.

---

45. Casación, cit., ibídem, págs. 126, 127 y 128; el temor reverencial al Estado queda expuesto por el abogado Antonio Picado, miembro de la Comisión Redactora de las Reformas al Código de Procedimientos Civiles de 1938, quien para justificar la inexistencia de una justicia anulatoria contra la Administración Pública, dijo: "Demandas han sido presentadas ya para que los Tribunales de Justicia ordenen la reposición en sus puestos de empleados destituidos por el Poder Ejecutivo y aun se ha querido que aquellos revisen actos políticos ejecutados por éste. Para evitar semejantes pretensiones *incompatibles con nuestro régimen legal*, se establece en el art. 970 que no pueden ser materia de juicio contencioso-administrativo (en definitiva Civil de Hacienda) la discusión de los actos de carácter político del Estado y que no puede dar lugar al mismo el simple ejercicio de facultades discrecionales concedidas por la ley" (op. cit. pág. 128).

46. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 21 y 29 a 32.

47. ORTIZ, Eduardo, Costa Rica: *Estado Social de Derecho*, Lehmann, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 29, 1976, págs. 59 a 63.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Y casi puede decirse que, si bien nuestro constitucionalismo arranca de la Constitución de Cádiz de 1812 —que fue la matriz del Pacto de Concordia, nuestra primera Carta de 1821— se alinea más, en este particular aspecto, con la tradición anglosajona de respeto casi místico y hasta mítico por el Juez judicial común (piedra de clave del *common law)* que con la francesa de recelo y defensa frente a él en sus relaciones con el Gobierno (igualmente importante para entender lo que llamaríamos el *common law* de los franceses, que es su Derecho Administrativo jurisprudencial creado por Jueces orgánicamente gubernamentales, aunque funcionalmente autónomos frente al Gobierno).[48] La justicia es la última voz de todo conflicto humano y exige confianza y no sólo respeto: la historia política de Francia, que desconfía del Juez judicial, ha tenido que poner su fe en el Juez administrativo. Costa Rica nunca tuvo motivos para aquel recelo contra el Juez común y ha terminado por tener motivos para lo contrario en la arbitrariedad y la corrupción crecientes del Gobierno y de la Administración pública nacionales, confirmados después de 1949. Una justicia contenciosa que fuera orgánicamente administrativa sería —hoy más que nunca— una burla de la justicia cabal en Costa Rica.

En síntesis: no sólo dogmática sino históricamente nuestra Constitución da plena base para las intervenciones del Juez sobre la Administración y sus potestades discrecionales, a condición de que ello resulte necesario y, eventualmente de cualquier otro tipo de medida para garantizar la legalidad y, sobre todo, los derechos e intereses del individuo frente al Gobierno y a su Administración. Los controles jurisdiccionales, en cuanto último recurso con efecto de cosa juzgada, incluyen excepcionalmente potestades no sólo de censura y paralización de la conducta juzgada sino también de sustitución de ésta, cuando no haya otra vía para evitar la ilegalidad y para satisfacer las pretensiones legítimas del actor victorioso. O sea: la jurisdicción puede implicar acción sustitutiva y no sólo control puro, a modo de potestad jurisdiccional extraordinaria, aunque no jurisdicente. Cuando los italianos abiertamente —y los otros sistemas germinalmente— admiten procesos llamados a habilitar declaraciones y condenas específicas contra la Administración, incidentes aun sobre su discrecionalidad, iluminan una vertiente nueva de la jurisdicción, pero no la crean de la nada. Lo que hacen es desarrollar los principios básicos de la justicia rogada, bajo la disposición del individuo, que la pone en marcha con su demanda para la protección de sus derechos e intereses, y no sólo para eliminar lo ilegal sino también para garantizar la satisfacción de estos últimos, dentro del marco de la ley. El descubrimiento tiene bases y alcances que son universales. Nuestras ponencias sometidas a debate se limitan a participar en esa universalidad de principios, que prueba más bien una comunidad de culturas.

Conclusión: queremos concluir. Con respeto y reverencia hemos iniciado la revisión de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Porque su padre es González Retana y su abuelo es Jesús González Pérez, tiene que ser —como es— una excelente ley. En cuanto tal, las innovaciones técnicas de sus instituciones —sobre todo si son de Derecho Administrativo y no de Derecho Procesal Administrativo— han parecido a la Comisión Redactora no sólo innecesarias sino inconvenientes. Una ley técnicamente excelente es capaz de recibir y dar vida institucional en la jurisprudencia que general, que en Costa Rica ha

---

48. Curiosamente, la tendencia parece propia de varios países latinoamericanos, herederos de la Constitución de EE.UU. de Norteamérica más que de la de Cádiz y de las Constituciones revolucionarias francesas, para lo cual véase, en relación con Argentina, SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapeluz, Buenos Aires, 1944, págs. 74, 75 y 81; REINALDO VANOSSI, Jorge, *Teoría de la Constitución, Teoría Constituyente*, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 481 y 482; y también LOZADA, Salvador María, *Derecho Constitucional Argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, págs. 340 y 341, todos los cuales indican que Argentina siguió la división de poderes estilo norteamericano y no estilo francés, sin temores ni prejuicios contra el Poder Judicial. La situación en Francia parece ser otra y autores connotados hay que sostienen la inexistencia allá de un verdadero Poder Judicial igual de los otros dos, tesis apuntalada por la omisión de un régimen propio del mismo en la vigente Constitución francesa de 1958, para lo cual véase BENOIT, Francis Paul, *Le Droit Aministratif Français*, Dalloz, Paris, 1968, págs. 286 y 287, comentado en igual sentido por Julio Prat, Montesquieu, *L'Esprit des Lois, El principio de Separación de Poderes y su Proyección y Vigencia*, Estudios de Derecho Administrativo, Universidad de la República, Montevideo, 1979, vol. 1, págs. 344 a 347. No hay dudas sobre el origen hispánico —y no norteamericano— de nuestro Pacto de Concordia (también llamado Pacto Social Fundamental Interino, de 1 de diciembre de 1821), pero es muy claro, por todo lo dicho, que éste tampoco adoptó una posición francesa respecto del Poder Judicial, cuya autonomía copió de la Constitución de Cádiz y germinó en su ulterior consolidación institucional en Costa Rica como verdadero y más confiable defensor del individuo y de sus derechos.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ido mejorándola al decantar lenta y cristalinamente el espíritu de su texto. La imposición legislativa de esos progresos meramente técnicos puede ser mala y hasta peligrosa, si obedece a proyectos menos excelentes que la ley original.

La Comisión ha visto con mejores ojos el intento de lograr reformas que ameriten perder algunas excelencias de la ley actual a cambio de abrir nuevos horizontes de justicia, incompatible con su texto pero no con su espíritu. Se trata de aquellos cambios que sean pocos pero fundamentales, y que dejen intocado el resto de la ley, para continuar aprovechando los frutos de su excelencia técnica. Esa actitud es la que justifica las reformas que propone.

Las podemos resumir diciendo: si la Constitución ordena tutelar, al menos, los derechos e intereses del ciudadano frente a la Administración, la única forma de lograrlo es un nuevo proceso que garantice no sólo el reconocimiento y restablecimiento de los derechos sino también los de los intereses legítimos, y no sólo anulaciones o indemnizaciones pecuniarias sino también la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso por cualesquiera otros medios únicos o adecuados, principalmente a través de nuevos actos discrecionales posteriores al fallo anulatorio, sean de la Administración o del Juez en sustitución de ella. Esto exige modificar profundamente el texto de la ley actual en los capítulos de legitimación, materia, pretensiones, sentencia y ejecución de sentencia, como ha quedado propuesto. Todo lo demás resulta secundario frente a tan magno propósito, excepto la trascendental reforma para convertir el proceso contencioso en semioral, como lo explicara el Magistrado Chacón. Si lo lográramos, la Administración sería mejor y el ciudadano más feliz, no por el mayor temor de la Administración a ofenderlo sino por la mayor libertad del ciudadano para convivir con ella, seguro de que la Administración podrá imponerle o quitarle sólo aquello que le permitan conjuntamente la ley y un juez imparcial, encargado por el Constituyente de fijarle (a la Administración) la forma y límites del ejercicio de la discrecionalidad frente al actor victorioso, dentro del caso concreto y de acuerdo con los hechos que lo componen. En un Estado de Derecho la Administración debe estar sometida tanto a la ley como al Juez, que también produce Derecho. Y en Costa Rica es mejor que ese Derecho casuista lo produzca el Juez que la Administración, que sería Juez en causa propia. La discrecionalidad no debe existir si es disimulo de la arbitrariedad y, cuando lo sea, debe trasladarse al Juez contencioso. Sólo venciendo jurisdiccionalmente su mal ejercicio posterior al fallo contencioso anulatorio, es posible para este último cumplir con el dictado constitucional que le impone tutelar los derechos y los intereses legítimos, al mismo tiempo que hacerlo en forma pronta y cumplida. Que así llegue a ser es nuestra esperanza, que pueda postergarse, nuestra aguda preocupación. Con o sin los textos de reforma propuestos, esta formidable empresa tendrá que realizarse, porque es a todos común.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

DE LA "INTERPRETATIO" A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

DR. HUGO SOTO CÓRDOBA

ÍNDICE

Pág.

A manera de introducción 34

Breve noticia histórica 35

Particularismo jurídico o sistema jurídico descentralizado 37

Entre la "lex" y la "interpretatio". Un precedente importante 38

De la "interpretatio" a la "interpretación de la ley" 41

Bibliografía 57

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

". . .A quien le preguntaba como hacía para inventar tantas cosas nuevas, un gran descubridor respondió: pensando continuamente.
Y en verdad se puede bien decir que las ideas inesperadas se presentan por el hecho de que se les espera. Son en no poca parte resultado del carácter, de tendencias constantes, de ambiciones tenaces y de continuo trabajo.
Cómo debe ser molesta esta perseverancia. . .". Robert Musil. *Der Mann Ohne Eigenschaften,* Tomo I, pág. 105.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN.

El objeto del presente trabajo es conocer el origen histórico, político y doctrinal de la llamada Interpretación de la ley.

El estudioso que se acerca a la elaborada doctrina italiana en materia de Interpretación, sin duda encontrará una numerosa literatura. Es el caso de citar en vía preliminar dos estudios, que han contribuido a la formación del instituto de la Interpretación en la dogmática jurídica italiana de este siglo; la obra de Emilio Betti "Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici"[1] y otra obra que tocando la teoría general de la Interpretación es dedicada al tratamiento específico de la interpretación del acto administrativo, es de Massimo Severo Giannini "L'Interpretazione dell'Atto Amministrativo e la Teoria Giuridica Generale dell'Interpretazione".[2]

En estas obras se destaca el esfuerzo hecho por los autores, dirigido a la descripción y recomendación de los medios o formas por las cuales se deben interpretar los diferentes actos de un ordenamiento jurídico positivo.

La anterior argumentación me ha hecho meditar, que si bien es cierto resulta necesario conocer los diferentes medios conforme a los cuales se debe interpretar un acto jurídico (en lo que a nuestro ensayo interesa se refiere a la interpretación de la ley); todavía es también válido conocer el cómo, cuándo y el porqué, se ha llegado a crear tal necesidad a los diferentes operadores jurídicos[3] en los ordenamientos jurídicos continentales.[4]

Voces que se pueden oír a continuación en esta materia son: "hay que interpretar la ley", "el juez interpreta o aplica la ley", "la función del intérprete es creativa o no". Son indicadores que nos dan un poco la medida de la complejidad de la materia. Respuesta a estos problemas sólo pueden surgir del atento análisis empírico de los ordenamientos jurídicos, y no del cuánto se promueva o promocione una u otra tesis.

El presente ensayo tratará, dentro de un marco histórico definido de dar un significado al término "interpretar" en el campo jurídico, y en la misma perspectiva dar un significado al término "ley".[5]

Este trabajo se puede encuadrar en el campo del Derecho Privado, dado el extraordinario desarrollo que adquiere el "ius privado" en comparación con las otras disciplinas, en el período histórico a observar.

---

1. BETTI, Emilio, *"Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici"*, 2da. edición, Editorial Giuffrè, Milano, 1971.
2. GIANNINI, Massimo Severo, *"L'Interpretazione dell'Atto Amministrativo e la Teoria Giuridica Generale dell'Interpretazione"*, Editorial Giuffrè, Milano, 1939.
3. Por operador jurídico se entiende no solo los jueces, sino también abogados, notarios, funcionarios públicos y por qué no el individuo en su actividad negocial de todos los días. Ver: GIANNINI, *op. cit.*, págs 74 y ss.
4. El término "continental" se usa en la literatura jurídica europea a fin de contraponerlo al "Ordenamiento jurídico de la Isla", o sea el Derecho inglés principalmente.
5. El término ley no deja de presentar problemas. Debo dar significado a ley como producto legislativo del Emperador, ley como producto legislativo del monarca absoluto, ley como producto de los órganos representativos modernos del Estado de Derecho en su forma liberal-democrática la cual fórmula moderna se entiende como general y abstracta, para decirlo con el Rousseau: expresión de la "voluntad general", en lo que Corradini llama la moderna apertura a la teoría democrática. Ver: CORRADINI, Domenico, *"Le Codificazioni Civilistiche dell'Ottocento"*, ensayo que se encuentra en *"Il Diritto Privato nella Società Moderna"* a cura di Stefano Rodotà. Editorial Il Mulino, Bologna, 1971, págs. 56 y sigs.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se referirá fundamentalmente a la función del operador jurídico llamado juez.[6] Lo anterior es así porque me interesa estudiar el intérprete por excelencia del Derecho. *". . .La grande autorità dell'interpretazione giudiziaria della legge non deriva quindi dall'interpretazione stessa, ma, da fatti estranei alla sostanza di questa. . .".*[7]

Es en parte a la búsqueda de esos "fatti estranei" a que se refiere este ensayo.

Las respuestas que daré a los problemas planteados deben ser consideradas de carácter convencional, susceptibles siempre de ulteriores verificaciones y profundización futura.[8]

Debo manifestar mi infinito agradecimiento por los valiosos y útiles consejos, así como por la tolerancia y paciencia, que el director de esta tesis, profesor Domenico Corradini, manifestó siempre en sus relaciones conmigo. Recordaré siempre las valiosas indicaciones provenientes de los profesores Vincenzo Palazzolo y Franco Bonsignore.

BREVE NOTICIA HISTÓRICA.

En la Europa continental en los siglos XV, XVI, asistimos al paulatino surgir del Estado absoluto.

Este presenta en sus programas la centralización del poder, una situación monística, en respuesta a la situación medieval caracterizada de una descentralización del poder, que se presenta típicamente a nuestros ojos en el feudalismo, en el cual coexisten el poder imperial y el eclesiástico. Estamos de frente al nacimiento del Estado moderno, al crecimiento de sentimientos de autonomía, del nacionalismo,[9] se prepara la caída del "Universalismo" proveniente de la experiencia Imperial, se promueven instancias hacia lo "Particular", o sea a la configuración del Estado moderno. La época medieval, no es ya, como es la opinión corriente, la época de la oscuridad total, surgen en su seno motores que cambiarán el viejo sistema. Es el momento de los grandes descubrimientos geográficos, de la invención de las primeras máquinas, el mundo se presenta más grande de lo que se pensaba. Telesio, Macchiavelli, Vanini, Bruno, Galilei, son nombres que dejarán su huella en la cultura. Nuevos métodos científicos abren camino a un conocimiento ya no fundado en lo "Divino", sino más bien la naturaleza se estudiará en concreto, con base en razones y no en la metafísica, es la recuperación de las capacidades del individuo y sus posibilidades científicas.[10]

La economía sufrirá cambios notables, asistimos a un proceso en el cual se sustituye a la economía de tipo feudal por un sistema de mercado, de intercambio de bienes, de circulación del dinero. Un nuevo grupo social reclama poco a poco un espacio vital, son los comerciantes que reclaman una nueva organización de la producción.[11]

La idea de la centralización del poder en el Estado absoluto presentaba una serie de problemas a los cuales debemos prestar atención; interesa revelar que era necesario reconocer en el Soberano, el monopolio en la creación del Derecho, es decir, que a las diferentes fuentes que concurrían a la producción del derecho era necesario eliminarles tal posibilidad, y en consecuencia concentrar unitariamente tal poder. Nacía con fuerza a nivel político y doctrinal la lucha contra el desorden y confusión de las leyes, herencia del sistema jurídico descentralizado, como lo llama el Corradini, o bien del Particularismo jurídico, como lo llama el

---

6. Intérprete debe ser entendio como sinónimo de juez, tribunal, salvo indicación en contrario.
7. GIANNINI, Massimo Severo, *"L'Interpretazione dell'Atto. . ."*, *op cit.*, pág. 74.
8. El fin que me inspira no es la búsqueda de verdades absolutas, sino más bien, un equilibrio entre método y objeto de estudio. Creo que en la utilización de los criterios de "posibilidad" y "verificación" constante, como puntos aptos a la búsqueda de tal equilibrio. Sobre esta temática es rica de indicaciones la obra de: PALAZZOLO, Vincenzo, *"Scienza e Epistemologia Giuridica"*, Editorial CEDAM, Padova, 1964.
9. ". . .Al costó dei mercanti si deve altresí l'emergere dell'incipiente sentimento della nazionalità, in contrapposizione all'epoca medioevale, quando i contegni degli individui prescindevano da un potere politico centrale ed erano destinati a esaurirsi o nell'ambito della sfera religiosa e della sua spiccata dimensione ecunemica o in seno ai singoli gruppi ristretti in cui l'uomo piu inmediatamente sembrava impegnato a vivere. . .".
Ver: CORRADINI, Domenico, *"Garantismo e Statualismo"*, Editorial Giuffrè, Milano 1971, pág. 7.
10. ". . .L'insistenza sui metodi scientifici significa cosi recupero della concretezza e fiducia nella ragione storicamente e umanamente fondata; implica il rifiuto della vecchie ipostasi e quindi agevola quella rivalutazione delle capacita critiche dell'individuo e quella lotta contro il dogma che si pretenderanno, con vari contenuti, sino alla riforma e all'illiminismo. . .". Ver: *ídem*, pág. 5.
11. *Ídem*, pág. 7.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Tarello.[12] Sobre esta noción me ocupo más adelante, basta por ahora resaltar que esta crítica a la incerteza, a la falta de unidad del Derecho, fue una piedra basilar en los programas del poder absoluto; pero también lo fue para aquel grupo mercantil que reclamaba certeza, claridad, en las relaciones jurídicas, esta identidad de fin en dos fuerzas diferentes encontró pleno desarrollo en esta época,[13] portando en el siglo XVII a las grandes recopilaciones de leyes y finalmente a las codificaciones del siglo XVIII e inicios del XIX.

De diferentes autores oír la lucha contra esta situación, lucha contra cualquier fuente del derecho que no fuera aquella proveniente del Soberano absoluto (o al menos tolerada de este último); contra la arbitrariedad de la justicia (entendida como tribunales judiciales y las amplias facultades que gozaban en estos siglos); contra las otras fuentes del derecho, la costumbre, leyes municipales, etc., que aumentaban la confusión e incerteza que se pretendía eliminar centralizando el poder.[14]

No puedo dejar de mencionar las contribuciones de la escuela del Humanismo jurídico, la cual critica las pretensiones imperiales universalistas del "Corpus iuris romano" y pide concretamente un derecho a base nacional,[15] como también la contribución de la escuela del Giusnaturalismo moderno, que espera en la idea de un código, impregnado de la diosa razón, de principios inmutables y eternos suficientes a la solución de los problemas del hombre, pero, que luego se adaptará a los programas del Estado moderno y reflejará las instancias del nuevo orden económico-social.[16]

La concepción absolutista de la ley es teorizada en diversos momentos y con autores que despliegan su actividad en estos siglos. Así nos llama la atención Tomás Moro en su "Utopía" del 1516, en la cual nos indica que los comportamientos humanos se deben disciplinar con pocas reglas, unívocas, y por consecuencia inatacables de los posibles arbitrios de la interpretación (entendida como la actividad de los tribunales).[17]

El Bacon que en su "Of Judicature" escrito comprendido en su "The Essaies" del 1612, y después ampliado en el "The Essayes or Counsels, Civill an Morall" del 1625; argumenta la necesidad de restringir los poderes de los jueces bajo la máxima que es el "ius dicere" (traduzco como "decir", "declarar") y no el "ius dare" (traduzco como "dar", "crear"), la tarea de los jueces.[18]

El Hobbes, en el cual sin duda la doctrina del absolutismo alcanzó un desarrollo notable, en el "Leviathan", nos dirá que la esencia de la ley consiste en la interpretación; pero como la interpretación como acto de conocimiento es siempre incierto, y la confusión de opiniones es vencida solo de la seguridad que nos da el Soberano, único intérprete porque único legislador, con su proclama suprema.[19]

Pero no será sino que en el setecientos con la consolidación general de las monarquías absolutistas y a la finalización del mismo siglo, con la Revolución Francesa, que señala la consolidación y el privilegio de convertir la ley como el único y fundamental instrumento legislativo, relegando las antiguas fuentes del derecho que configuraban el sistema jurídico descentralizado o particularismo jurídico, replegando políticamente los tribunales al

---

12. *Ídem*, pág. 3, y TARELLO, Giovanni, "*Storia della Cultura Giuridica Moderna*", vol. I Assolutismo e codificazione del diritto. Editorial II Mulino, Bologna 1967, págs. 28 y ss.

13. CORRADINI, Domenico, *op. cit.*, supra, pág. 10.

14. Para mayor profundización remito al primer capítulo de la obra citada del Corradini.

15. CALASSO, Francesco, "*Medio Evo del Diritto*", I, Le fonti, Editorial Giuffrè. Milano, 1954, págs. 597 y ss.

16. ". . .E se all'inizio, con mire ingenue, che presto mostrano la loro intrinseca debolezza, il giusnaturalismo tenta d'elaborare; sulla linea d'una tradizione metafisica, un codice eterno, valido per tutti gli uomini, perché dedotto dall'astratta razionalità o dall'immobile natura delle cose 7, in seguito, accostandosi maggiormente ai progetti dello stato mocerno e dei gruppi che lo sostengono, finisce invece per connettere i suoi schemi al tessuto socio-economico dei vari paesi e per adattarli agli usi che in essi si sono costituite . . . e quindi, con una rinuncia che trova la sua genesi nello sfondo politico della seconda metà del settecento e dei primi decenni dell'epoca successiva, mancano di condurre alle ultime conseguenze il presupposto del carattere immutabile del diritto . . ."
CORRADINI, Domenico, "*Il Criterio della Buona Fede e la Scienza del Diritto Privato*" Editorial Giuffrè, Milano 1970 págs. 7-8.

17. La cita la obtengo del CORRADINI, Domenico, "*Garantismo e. . .*", op. cit., pág. 10.

18. *Ídem*, pág. 14.

19. La cita la obtengo del TARELLO, Giovanni, "*Storia della cultura. . .*", op. cit., pág. 61.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Soberano absoluto y luego a los sucesivos sistemas parlamentarios.[20]

Pero es hora de analizar el concepto "sistema jurídico descentralizado" o "particularismo jurídico".

PARTICULARISMO JURÍDICO O SISTEMA JURÍDICO DESCENTRALIZADO.

Por Particularismo jurídico,[21] entendemos la falta de unidad y coherencia del conjunto de leyes vigentes en una determinada esfera espacio-temporal, después de emitir un juicio de valor conforme al cual se espera que en tal esfera debería existir unidad y coherencia de las leyes.[22] Este juicio de valor tiende a privilegiar la experiencia histórica vivida en la Europa continental en los siglos XVIII y XIX, en la cual se desarrollaron las codificaciones modernas, que según esta doctrina son ejemplos de unidad y coherencia.

Este concepto es ligado a los juristas positivistas del siglo XIX y se puede localizar en la literatura histórico-jurídica francesa e italiana de la época.[23] A manera ilustrativa veamos un ejemplo clásico de particularismo jurídico. Se trata de ver cuál derecho era vigente en la Francia del siglo XVII, indicando el carácter aproximativo de lo que se dice: en el norte de la Francia era vigente a título de derecho común (aplicable a todos), un derecho basado en las costumbres de origen germánico o alemán, al cual se le contrapone un derecho particular derogatorio del común. Y en el sur tenía vigencia a título de derecho común el derecho romano, constituido por el uso del "corpus" de Justian y el "Código Teodosiano", al cual se le contrapone un derecho particular derogatorio del común.[24]

El particularismo jurídico tendrá sentido donde existió o existe esta contraposición entre derecho común y derecho particular derogatorio. En el ejemplo francés existen dos tipos de particularismo jurídico, uno al norte y otro al sur; por esto con mayor razón se puede escribir que en el área francesa, existe una falta de unidad y coherencia de las leyes.

La situación en los territorios italianos (recuerdo que la unidad política geográfica italiana es una experiencia de la segunda mitad del ochocientos), en sus varios Estados, presenta un particularismo menos complicado que el del francés, y se puede afirmar que en general con excepción del "Stato Pontificio", existe en ellos a título de Derecho común el derecho romano, al cual se contraponen un derecho particular derogatorio, formado de leyes, usos y costumbres de cada Estado, en los cuales se configuraban los privilegios feúdales.[25]

---

20. La idea de la relación absolutismo-código desarrollada en la Europa continental, privilegiando la ley como instrumento máximo creativo del Derecho, no tuvo en Inglaterra un seguidor fiel. Y no, porque no existieran influencias que impulsaran en este sentido, sino porque la monarquía inglesa no obtuvo respuesta positiva a sus reclamos absolutistas en el sentido desarrollado en el continente. Los eventos de 1688, el fin del Protectorado de Cromwell; significan una derrota a la monarquía absoluta, que dan un equilibrio constitucional diferente al continental, adquiriendo gran peso los tribunales y consolidación de los precedentes judiciales. Se nota una tendencia a un concepto pluralístico en lo social y en el fenómeno jurídico, el Common Law supera la fuerza del Monarcs y las voces de la codificación se deben conformar a simples recopilaciones y los Statutes como una general reorganización.
CORRADINI, Domenico, *"Il criterio della. . ."*, op. cit., pág. 6 y TARELLO, Giovanni, *"Storia della Cultura. . ."*, op. cit., pág. 69.

21. Se usará el término Particularismo jurídico en vez de Sistema jurídico descentralizado por comodidad del autor. En vía general debo reconocer mi acuerdo con el uso indistinto de los dos términos.

22. El concepto lo obtengo del TARELLO, Giovanni, de su ensayo *"Le idee della Codificazione"* que se encuentra en el libro *"Il Diritto Privato nella Società Moderna"* a cura di RODOTA', Stefano, op. cit., pág. 45 (del 1971), confirma su opinión en *"Storia della Cultura. . ."*, op. cit., pág. 29 (del 1976). De acuerdo con el concepto anterior también el CORRADINI, Domenico, *"Garantismoe. . ."*, op. cit.
Ver capítulo primero (del 1971) y en su *"Il Criterio della Buona Fede. . ."*, op. cit. Ver capítulo primero (del 1970). También en este sentido el: GALGANO, Francesco, *"Storia del Diritto Commerciale"*. Editorial Il Mulino, Bologna, pág. 10.

23. TARELLO, Giovanni, *"Storia della Cultura. . ."*, op. cit., págs. 28-29.

24. En este contexto debemos entender por Derecho común de carácter residual, que se aplica a todos salvo las derogaciones de leyes particulares. Ejemplo de leyes particulares derogatorias del Derecho común son; leyes locales (municipales), leyes aplicables a diferentes tipos de personas (nobles, clero, siervos, hebreos, católicos, protestantes), leyes aplicables a diferentes tipos de bienes (tierras del Rey, tierras de los nobles) etc.
En realidad, en estas normas particulares se notan los privilegios y discriminaciones del sistema económico-social feudal. Para más noticias remito a: TARELLO, Giovanni, *"Le idee della. . ."*, op. cit., pág. 45, nota 1 y ss.

25. Sobre la existencia de particularismos jurídicos en los territorios franceses, alemanes o germánicos, e italianos ver: TARELLO, Giovanni, *"Storia della Cultura. . ."*, op. cit., respectivamente págs. 69 y sigs.; 86 y ss. y 92 y ss. Sobre la existencia de particularismos jurídicos en territorios españoles ver: CORRADINI, Domenico, *"Garantismo e . . ."*, op. cit., págs. 59 y ss.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Como un paréntesis, es interesante recordar que en los territorios que configurarán la futura Provincia de Costa Rica de la época colonial española, existían al menos tres organizaciones jurídico-políticas, que correspondían a tres tribus indígenas, los indios "Choroțegas", los "Bruncas" y los "Huetares", y a la llegada de los conquistadores tales organizaciones sociales desaparecen, para dar vida a la provincia llamada Costa Rica, parte del dominio español, centralizándose el poder en la capital de la provincia de nombre Cartago, en la persona del Gobernador. Ahora bien, con ciertas reservas, se puede afirmar que con la consolidación del poder español, desaparecen tres organizaciones jurídico-políticas particulares, si se valora que es recomendable cobijar con una sola normativa toda la Provincia, y se valora a su vez como perjudicial la existencia de tres particularismos jurídicos en nuestros territorios. En todo caso será la idea centralizadora del poder que dominará durante todo nuestro período colonial y se consolidará con la creación del Estado republicano en el siglo XIX.

Regresando al viejo continente, vemos cómo contra este tipo de organización jurídica es que los Estados absolutistas combaten con sus programas de centralización del poder, exigiendo la desaparición de cualquier fuente del derecho que no fuera la ley del Soberano (o al menos que fuera tolerada por él). Es el absolutismo a pretender y luego someter los "órganos judiciales" que fundamentaban sus privilegios en la organización feudal, es la nobleza feudal que de aquellos particularismos jurídicos encuentra protección a sus privilegios, y se presentan como elementos de conservación y resistencia a los programas absolutistas del Soberano.

En este contexto se debe entender a continuación el estudio de lo que llamo la "interpretatio".

ENTRE LA "LEX" Y LA "INTERPRETATIO". UN PRECEDENTE IMPORTANTE.

La temática a desarrollar a continuación no se debe pensar que es patrimonio particular de los períodos en los cuales se encuadra nuestro ensayo (siglos XVII, XVIII principalmente XIX), sino que tiene raíces antiguas y constituye una tradición que podemos localizar en los glosadores.[26]

Interesa entender los dos términos escritos en el subtítulo y sus respectivas relaciones con el setecientos de la Europa continental, período en el cual el poder absoluto despliega toda su fuerza, pero a la vez, período en el cual las instituciones feudales resisten con alguna fortuna tal influencia.

Con el término "lex" se debe entender aquel material jurídico que comprende: Costumbres y estatutos feudales, los textos romanos del "corpus iuris" (allá donde existió la recepción de este material normativo), las intervenciones normativas del Soberano. Sé que al traducir "lex" por "ley" debemos entender aquella principalmente como una casuística,[27] y no como ley general y abstracta en la concepción moderna del término; producto de una experiencia posterior que encontramos en las modernas codificaciones del ochocientos, en particular, en los códigos franceses, sin olvidar la influencia determinante del iluminismo jurídico.[28] Hecha la advertencia, usaré ley por "lex".

Con el término "interpretatio" se deben entender aquellas expresiones normativas producidas primeramente por tribunales y ius-peritos (dottori), bien separadamente en asuntos de competencia propia a cada uno,[29] bien conjuntamente,[30] y luego por los llamados "Grandes Tribunales",[31] "Senati" en Italia, "Parlaments" en Francia, principalmente en ausencia de una "lex" ley, que se aplicara directamente al caso concreto, se entienda ley expresa y clara que decida el punto en cuestión,

---

26. ". . .le idee e la prassi dell'interpretatio e del casus legis, che noi troviamo agli inizi del secolo XVIII, rappresentano la continuazione di una tradizione datante dai glossatori. . .". Sobre lo anterior y para más noticias al respecto ver: GORLA, Gino, *"I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del Codice Civile del 1942"*, en la revista *"Il Foro Italico"*, XCII, 1969, pág. 117.

27. *Ídem*, págs. 117 y 119.

28. En este sentido ver: CORRADINI, Domenico, *"Garantismo e Statualismo"*, op. cit., págs. 31 y ss.

29. GORLA, Gino, *"Giurisprudenza"*, voce dell'Enciclopedia del Diritto, tomo XIX, Editorial Giuffrè, Italia 1970, pág. 497.

30. Los ". . .dottori; essi operavano indirettamente anche nell'ambito dei tribunali mediante i loro consilia, che venivano richiesti dal giudice (profano del giure o non altamente qualificato). . .". GORLA, Gino, *"I precedenti storici. . ."*, op. cit., págs. 117 y 118.

31. *Ídem*.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

leyes que se revelan en esta época de tipo casuístico insisto, en otras palabras el "casus legis".[32]

Ausencia de "lex", significaba que el radio de competencia del intérprete se abría de la hipótesis en la cual el texto de "lex" no se pudiera aplicar literalmente, resolviendo el punto de la contienda, hipótesis en la cual el texto de "lex" era objeto de duda, era oscuro, y entonces se debía "interpretar" no porque lo autorice la "lex" sino porque es de su competencia, cerrándose tal radio en la hipótesis clamorosa de la laguna o ausencia absoluta de "lex".

La ley era considerada autoridad necesaria; que quería decir criterio vinculante de la decisión. Así que, ius-peritos, tribunales, luego los "Grandes Tribunales" aplicaban la ley que decidiría el punto en cuestión, sin posibilidad de argumentación.

En este sentido los argumentos "in claris non fit interpretatio" (en claridad no se interpreta) y "dura lex sed lex" (dura ley es ley), tenían una fuerza no indiferente. Aunque no es de extrañarse como realmente sucedió en el setecientos, que los "Grandes Tribunales" rompieran tal límite a sus atribuciones y en no pocos casos invadieran con su "interpretatio" un campo de poder aparentemente reservado a otro titular.[33]

Pero veamos en qué consistía esta "interpretatio" de doctores y tribunales.

La "interpretatio", he dicho, se manifiesta como una expresión normativa propia de tribunales y ius-peritos (dottori), luego "Grandes Tribunales".[34]

Esta expresión deriva fundamentalmente del poder jurisdiccional-legislativo[35] que en estos momentos históricos se puede localizar en los intérpretes, y que respondía a la especial división del poder de herencia de la situación política-económica de tipo feudal; pero que como veremos, sufrirá de cambios en el tanto y en el cuanto se afirman las expectativas absolutistas de centralización del poder y por qué no adelantarlo, sufrirá un nuevo equilibrio con el surgir de las asambleas parlamentarias.

Si nos acercamos al funcionamiento de estos doctores, tribunales, luego "Grandes Tribunales" notamos que en los siglos XVII, XVIII y parte del XIX, las sentencias (cuando motivadas), defensas de abogados, decretos del príncipe, obras de los doctores y tratados sobre el estilo legal, se encuentra el uso de un lenguaje que contrapone el término "auctoritates" a "rationes", que podemos cautamente traducir por "autoridades" y por "razones" respectivamente.[36] Interesa entender esta dialéctica entre "auctoritates" y "rationes" en cuanto se refiere a la "interpretatio" y la actividad judicial del intérprete.

Las "auctoritates", autoridades son las decisiones de tribunales, doctores, luego "Grandes Tribunales"; se puede decir que constituyen respectivamente jurisprudencia.[37] Sea jurisprudencia de tribunales, jurisprudencia doctoral, jurisprudencia de los Grandes Tribunales, en el sentido que configuraban un "depósito" de precedentes judiciales, para usar lenguaje de la época; depósito de "rationes".[38] Las "auctoritates" son un factor argumentativo que podía influir en la decisión de un caso concreto cuando tuviera un carácter persuasivo.[39]

---

32. ". . .Il caso deciso dalla legge significava l'esistenza di una legge espressa e chiara sul punto della questione, o sul caso in esame. Il linguaggio era vario; si parlava anche di legge in puncto, in terminis, di testo espresso per il caso, o di legge che —determinava— il caso, o di caso —determinato— dalla legge, o semplicemente di casus legissi trova anche —casus in iure decisus—. . .". *Ídem*, pág. 115.

33. *Ídem*, pág. 118.

34. Ver pág. 13.

35. Digo "legislativo" en el sentido de que me parece ver en estos tribunales, doctores y "Grandes Tribunales" la posibilidad efectiva de crear el Derecho.

36. GORLA, Gino, "*Giurisprudenza*", op. cit., pág. 497.

37. *Ídem*, pág. 498.

38. "*I precedenti storici. . .*", op. cit., pág. 116.

39. Se debe recordar que la aplicación de una "lex" en cuanto solución del caso concreto (casus legis), es una autoridad necesaria. Se excluye la posibilidad de acción de la "interpretatio". También el precedente, en las organizaciones judiciales en que tuviera carácter vinculante era autoridad necesaria, si decidía el punto en cuestión (a la manera de la lex), limitando el radio de acción de la "interpretatio". Se debe notar que el carácter de autoridad necesaria del precedente era relativo porque los tribunales superiores se podían desligar de sus propios precedentes, pero ligaba lógicamente el inferior. Ver: *Ídem*, pág. 155 y en "*Giurisprudenza*", op. cit., pág. 498.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Las "rationes", razones, son el otro factor argumentativo que podía influir en la decisión de un caso concreto. El Gorla cree individuar estas "rationes" en los así llamados "principios comunes a las naciones civiles, Derecho Natural", bien en "principios del derecho positivo", bien en "principios generales del Ordenamiento Jurídico",[40] en una especie de mezcla entre los principios del derecho natural y principios del derecho positivo. Con base en estos "principios" el intérprete encontrará la razón para la solución de un caso concreto. En mi opinión esta puede ser una forma para explicar las "rationes", pero sin duda tal definición es demasiado amplia, y son presentadas a resolver.

En las "rationes" me parece ver la valoración política-legislativa, que el intérprete da como factor argumentativo a la solución del caso concreto.

Debo considerar la argumentación basada en los "principios generales del derecho" un esquema general, vacío, que tiene significado cuando se llena con base en determinada cultura jurídica, de una época, de instituciones positivas existentes.[41] El Gorla parece darme razón, cuando en su análisis de las sentencias de los tribunales de la época nos dice que los intérpretes actualizaban los textos antiguos (lex) a las exigencias económico-sociales de aquellas sociedades, hoy a nosotros remotas.[42]

Más allá del "casus legis" se iniciaba el campo de acción de la "interpretatio" de los doctores, de tribunales, luego "Grandes Tribunales", y esta se explica en su aspecto funcional, como la solución de un caso concreto que le compete, con base en el concurso o dialéctica de las autoridades "auctoritates" persuasivas o "probabilis", y su contraste con las "razones" del intérprete. En la "interpretatio", la síntesis o solución de un caso concreto requiere el conflicto o contraste dialéctico entre las razones argumentativas del intérprete, "rationes" y de aquel depósito de "rationes" sea las "auctoritates", más simplemente los precedentes con carácter persuasivo, usando una palabra de la época, "probabilis".

Cuando el intérprete se encuentre con una laguna o un texto oscuro tal que, de aquel depósito de razones, las "auctoritates", no ofrezcan indicaciones, argumentaciones útiles a la solución del caso, el mismo se resolverá con la síntesis proveniente de la confrontación dialéctica entre las "rationes" del intérprete, y las razones argumentativas de las partes en el proceso.

A este punto lo que me interesa precisar es la función creativa del intérprete (creativa de derecho) desvinculado de la "lex".[43] En términos más concretos diré: La "lex" al tener un carácter casuístico y a su vez al deber resolver clara y expresamente el punto en cuestión, restringía notablemente su radio de acción.

A contrario sensu, se abría notablemente el radio de acción de la "interpretatio". Aun en los casos de duda, de oscuridad de la ley, la tendencia era abrir espacio de acción a la "interpretatio" y no a la clarificación de la ley. El argumento "a similibus ad similia" conocido también como argumento a "similibus", hoy en día la "analogía", no era una solución que venía de la ley, sino más bien era obra de la "interpretatio", y como tal, no tenía un carácter obligatorio para el intérprete.[44] Como ya se anotó la "interpretatio" de los "Grandes Tribunales" en los siglos XVII y XVIII en Francia e Italia rompieron aquel límite que hoy llamaremos de equilibrio constitucional, y con su obra fueron más allá del "casus legis" invadiendo poderes del Soberano. Recordemos que estamos en un período en el cual los monarcas absolutistas reclaman en sus proclamas la centralización del poder, por consecuencia, uno de los puntos a controlar era la gran libertad y poder de los tribunales, que sin duda contrastaban no pocas veces el soberano.

De anotar el carácter subsidiario del material jurídico que conocemos con el nombre de "interpretatio" en relación con la "lex". El poder creativo de la primera se podía iniciar allá donde terminaba el de la "lex".[45]

---

40. Ver: *Ídem*, págs. 115 y 116, y "*Giurisprudenza*", op. cit., pág. 498.

41. En este sentido ver el TARELLO, Giovanni, "*L'Argomentazione dell'Interpretazione*". En *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli Studi di Genova, Anno XVI (1977), Editorial Giuffrè, págs. 999 y ss.

42. "*. . .i precedenti storici. . .*, op. cit., pág. 116.

43. *Ídem*.

44. *Ídem*.

45. Sobre los conceptos "interpretatio" y "lex" y la relación de subsidiariedad son fundamentalmente de acuerdo con TARELLO G. "*Storia della Cultura. . .*", op. cit., pág. 67 y ss. y de GORLA, G. "*I precedenti storici. . .*", op. cit., págs. 114 y ss. Sobre este punto más preciso es el segundo.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Pero la sustancia a resaltar de la anterior problemática es que en la "interpretatio" y en sus intérpretes encontraremos el reflejo, mejor la expresión de un "poder-deber" compuesto de facultades jurisdiccionales y legislativas. El anterior poder-deber que creemos localizar en la "interpretatio", lo baso en la especial posición y funciones de los intérpretes en la época en examen, sus raíces profundas ligadas a las instituciones feudales y las posteriores experiencias históricas que ven tambalear este poder en el sentido antes descrito, con la consolidación del poder absoluto. No acaso recuerdo las instancias ideológicas del Hobbes en el "Leviathan" a favor del poder absoluto, y como él combate lo que llama arbitrariedad de los tribunales y nos dirá que la esencia de la ley consiste en la interpretación; pero como la interpretación como acto de conocimiento es siempre incierto, y la confusión de las opiniones es vencida solo de la seguridad que nos da el Soberano, único intérprete porque único legislador, con su proclama soberana.[46] Y si los movimientos por la certeza de la ley promovidos por los Soberanos en la Europa continental en estos siglos, que luego veremos con algún detalle, movimiento de reforma contra la así llamada disfunción de la justicia; cosa es, sino una instancia de centralización del poder y por consecuencia una política dirigida a limitar las facultades legislativas que pienso localizar en la "interpretatio".[47]

Nos toca ahora pasar al estudio de estos movimientos políticos, históricos, doctrinales que impulsarán, a lo que a mí interesa, por el camino de nuevos equilibrios del poder y por consecuencia tocará la "interpretatio".

DE LA "INTERPRETATIO" A LA "INTERPRETACIÓN DE LA LEY".

Interesa el análisis de aquellos movimientos presentes en la Europa continental del setecientos, instancias y programas que siguen el camino de la centralización del poder político en el Soberano. La tendencia en el aspecto jurídico es de poner orden, dar claridad, limitar la arbitrariedad de Tribunales y leyes (en un sentido amplio que comprende pienso las "lex" y la "interpretatio"). Se abre en fin la visión que portará a fin del siglo a las famosas codificaciones modernas. Me interesa ver cómo en este movimiento, las facultades legislativas de la "interpretatio" (en el sentido de crear derecho) y sus intérpretes sufrirán toda la fuerza de estos movimientos y verán militar sus prerrogativas fin a portarnos a una situación tal que, lo que llamamos modernamente "Poder Judicial" aparece reducido a una especie de poder nulo o vacío; para decirlo con el estilo de Montesquieu.

Veamos entonces casos concretos de lo anterior.

En los años 1723 y 1729 en las llamadas constituciones del Piamonte[48] promovidas del Rey de Casa Savoia; existe en la misma una dirección clara dirigida a limitar la autonomía de los tribunales y de los doctores (ius-peritos). En efecto se nota la prohibición real de utilizar la autoridad y razones de doctores y tribunales inferiores a fin de decidir los procesos. Los llamados "grandes tribunales", los "Senati" y la "Corte dei Conti" se les encuadra jerárquicamente, se delinean sus funciones, y aparece la prohibición de intervenir con su "interpretatio" en la "lex" del Soberano (la obligación de aplicar mecánicamente las "lex" del Soberano). Queda a los "Grandes Tribunales" la posibilidad de usar su "interpretatio" en materia de derecho común y en estatutos locales, aparte de llenar las posibles lagunas o casos no regulados.[49] Pero esto en mi opinión es un mínimo de radio de acción de los "Grandes Tribunales"; lo que sí es claro es que el proceso de limitación de la autonomía normativa de los "intérpretes" en el Piamonte fue fuerte si a esto notamos la activa participación del Soberano en la creación de nuevas "lex" leyes que lógicamente restringían el accionar de la "interpretatio".

---

46. Ver: págs. 36 y 37 de este ensayo.

47. ". . .la cultura giuridica tecnica cinquecentesca e secentesca aveva portato a limitare in massimo grado l'applicabilità della lex. . . In tal modo i tribunali (o, meglio gli organi che funzionavano come tribunali) che adottavano politiche de opposizione all'accentramento solitamente, mentre solitamente restringevano la portata della lex ed in particolare della nuova legislazione del sovrano, aumentavano il campo dell' "interpretatio", cioé della propia autonomia normativa. . .". Ver: TARELLO, G., *"Storia della Cultura. . .",* op. cit., pág. 68.

48. No se puede hablar todavía de un solo Estado italiano. En efecto la unidad de lo que conocemos como Italia hoy día, es un proceso o experiencia histórica de la segunda mitad del siglo XIX.

49. En este sentido: GORLA, Gino. *"I precedenti storici. . .",* op. cit., pág. 119 y ss. y TARELLO, Giovanni, *"Storia della Cultura. . .",* op. cit., págs. 197 y 202.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Otra experiencia a registrar es aquella desarrollada en Nápoles (Napoli). Con una cierta dirección iluminística fue, el intento de reforma y codificación que se intentó hacer en Nápoles bajo el reinado de Carlos de Borbón y dirigido del Ministro Tanucci en los años que van del 1734 al 1740; en estas reformas existía la idea de limitar las autonomías de los tribunales, se planteaba la incerteza existente en la administración de la justicia, entre otros problemas. El intento fue interesante, pero no se pudo realizar dada la debilidad o falta de poder en aquel momento del monarca en relación con la oposición al intento.[50] Pero en la segunda mitad del siglo nos encontramos en Nápoles el despacho del rey Ferdinando IV en el año 1774; en el cual encontramos de nuevo la inspiración del Tanucci;[51] las instancias del iluminismo jurídico, y en un nuevo marco de equilibrio de poder, esta vez el ataque contra el arbitrio de tribunales y doctores tiene éxito y nos encontramos con la siguiente situación; el despacho prohíbe que cualquier decisión a un determinado proceso se pueda inspirar a la autoridad o razones de doctores o tribunales; que estos procesos se deben resolver con la aplicación de las "lex" vigentes en el reino, en el sentido expreso y literal de las leyes. Que en caso de duda, necesidad de uso de analogía, lagunas, estas solo son posibles de colmar con la interpretación del rey.[52] O sea, la instancia iluminística tiene aquí plena vigencia, al privilegiar la ley ("lex") y la profunda desconfianza en los tribunales y la consiguiente "interpretatio". Este despacho presenta la característica de querer directamente que toda actividad interpretativa "interpretatio", fuera eliminada.[53] Es un intento formal hecho por el Soberano de recuperar aquellas facultades legislativas presentes en la actividad de los intérpretes. La pretensión es clara, el poder absoluto exige de sus tribunales un comportamiento servil y mecánico en la aplicación de las leyes. Este despacho tuvo una vida corta (del 1774 al 1791),[54] pero la dirección política impuesta en este sentido ha dejado su huella.

Interesa anotar dentro de los territorios italianos la presencia en el año 1771 del llamado "Codice Estense", al cual participó el Uratorio con su obra "Dei defetti della Giurisprudenza"; esta obra es una recopilación casuística de "lex". Pero en la misma se nota la intención del Duca de Modena de limitar las funciones de sus tribunales.

Así quiere la regulación y solución de todos los procesos de su Ducado con la aplicación del "Código"; en casos de duda la "interpretación" será hecha por el "Supremo Consiglio di Giustizia", órgano de control del Soberano. Solo en caso de lagunas los intérpretes podrían utilizar el "Gius Comune" Derecho común.[55]

En el 1745, se debe citar el tentativo en los territorios de la Toscana, mediante el cual el Soberano por medio del Pompeo Neri intentaba la reorganización general de las leyes; se plantea la necesidad de reformar la organización judicial, inspirándose a la experiencia del Piamonte, a la cual antes me referí, tentativo que no encontró realización en práctica pero va registrado en esta línea de pensamiento que me indica la presencia constante hacia la limitación de poder a los jueces, mejor intérpretes.[56]

Y si la experiencia de los territorios italianos son ricos en indicaciones para el desarrollo de nuestra temática no lo son menos las experiencias de otras partes de la Europa continental. Veamos que también en lo que fue la Prusia, bajo el reinado de Federico Guillermo II, soberano iluminado el cual pretendió la reorganización en los diversos órganos del poder del Estado absoluto, en sus aspectos varios de política constitucional y administrativa. Sus programas de centralización del

---

50. TARELLO, Giovanni, *ídem*, pág. 210 y ss.

51. GORLA, Gino, *op. cit.*, pág. 121.

52. Esta interpretación del rey modernamente la conocemos como "interpretación auténtica", antiguamente se llamaba "interpretación del Emperador" para limitar la actividad de los "glosadores". Sobre herencia de esta institución en el Ordenamiento costarricense basta ver nuestra Constitución Política (artículo 121, inc. 1).

53. Ver: GORLA, Gino, *op. cit.*, pág. 120 y 121.

54. *Ídem*, pág. 121.

55. ". . .per il casus dubius, l'interpretazione generalis et necessaria sará fatta dal Supremo Consiglio di Giustizia, ove parla la bocca del Soberano. Per il casus omissus (si intende omissus nelle constituzioni, cioé nel codice estense), si ricorre alla disposizione del Gius Comune. . . Per disposizione del Gius Comune — si devono intendere i testi del diritto romano. . . o si deve intendere invece quanto risulta dalle autoritá di diritto comune, in particolare la communis opinio doctorum e quella dei Grandi Tribunali. . . *Ibídem*, pág. 122.

56. Ver: TARELLO, Giovanni, "*Storia della Cultura. . .*", *op. cit.*, págs. 211 y ss.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

poder tocaban el orden judicial, al cual acusaba de incertezas y confusión en cuanto a la aplicación de las leyes se refiere. En esta dirección su aspiración iluminista al pedir para su reino leyes claras, precisas, de modo que al ser interpretadas lo será según el tenor literal de las mismas. Presente el ataque frontal contra los intérpretes y su "interpretatio".[57] Encargado por el Rey a esta reforma judicial lo que Samuel Cocceius, jurista de la época[58] y Canciller del Rey; el cual tuvo fortuna en la reforma procesal y de organización de tribunales, pero no se puede decir lo mismo de las reformas al derecho sustancial, todo esto en los últimos diez años de la primera mitad del siglo dieciocho.[59]

Y no será una excepción la experiencia francesa del setecientos en el sentido que sigue nuestro ensayo. Es más la perspectiva y proceso de centralización de poderes de parte de una de las monarquías absolutas más fuertes de la época, presenta a mis ojos la existencia de puntos clarificantes que me ayudan a seguir este camino en el cual vemos como de una parte, la "lex" tiende a consolidarse poco a poco a convertirse en el instrumento legislativo por excelencia y de otra como la labor y facultades de los intérpretes "interpretatio" tiende a perder terreno, a una debilidad, que limitará sus facultades legislativas (crear derecho de frente a un caso concreto), aumentando la sujeción de estos a favor de aquellos órganos políticos que se imponen con mayor fuerza y quieren decididamente hacer de los intérpretes mecánicos repetidores de la voluntad del Rey o de quien ocupe el poder político. Y si en esta Francia no podemos limitar solamente el setecientos, aunque si este es el período que más me interesa, ahora, nuestro estudio ya que los interventos legislativos del Soberano se hacen sentir con gran peso en el quinientos y seiscientos, cual tendencia que desembocará en las codificaciones de fin del setecientos.[60]

A fines del siglo XVI, en el año 1578, el monarca crea a fin de controlar los "Parlaments" el "Conseildes Parties", órgano de su confianza, apto a decidir las demandas de casación presentadas de partes litigantes en lo que el Calamandrei llama materia de interés privado, pero que en realidad luego dice este autor, eran destinados a proteger los intereses del Soberano, siguiendo el camino de la centralización del poder. Con justa razón es de calificar este órgano, como un precedente de lo

---

57. ". . .le leggi devono essere chiare e precise nella loro formulazione, in modo da poter essere interpretate "secondo la lettera" (selon le sens de la lettre), da non indurre a ricorrere all' "intenzione del legislatore" (intention du législateur), e da non incoraggiare la litigiosità. . .".
La cita la obtengo del TARELLO, Giovanni, *op. cit.*, supra pág. 237.

58. Debo indicar que el Cocceius es un seguidor de la llamada escuela del Pufendorf (conocido como uno de los padres del Giusnaturalismo Moderno).
El Pufendorf nos interesa ya que en su obra encontramos la doctrina mediante la cual, allá donde no exista una ley "lex" no se abre el radio de acción de la "interpretatio", sino más bien se abre el espacio a la "libertà natural". Esta doctrina influirá los ambientes iluministas del setecientos y sus reflejos se sentirán en las modernas codificaciones de fin del ochocientos y sus inicios. El Tarello citando y comentando el Pufendorf nos dice:
". . .Pufendorf definisce la legge ("lex") come un "comando (decretum) con cui un superiore obbliga un soggetto (sibi subjectum) a regolare le sue azioni secondo il proprio precetto 24; perció per conoscere le leggi occorre conoscere il legislatore 25. Il legislatore da cui proviene il comando del diritto naturale é Dio 26; della legge civile, é legislatore chi detiene il sommo potere 27. Le leggi sono comandi sanzionati: "Ogni legge compiuta consta di due parti; un che a definisce ció che si deve fare od omettere; la altra che indica quale male é inflitto a chi omette l'azione comandata e compie l'azione proibita 28. Il fondamento di ogni obbligo giuridico sta nel comando di un'autoritá: ma poiché l'autoritá comanda mediante la comminazione di sanzioni, la sanzione diviene il segno e la misura dall'obbligo giuridico 29. E'in tal modo che la teoria secondo cui la sanzione é il discrimine tra "obblighi" e "zone non disciplinate dal diritto" trova la prima (veramente esplicita) dalle sue moltissime formulazioni. Come in ogni concezione voluntaristica e non naturalistica della legge, si isola una sfera di libertà costituita dalle azioni non esplicitamente vietate. . . Quelle azioni su nessuna parte delle quali una legge dispone si dicono lecite o permesse. . . nello stato naturale sono permesse tutte le azioni non vietate da Dio, e una volta che l'uomo entra nella società civile sono permesse tutte le azioni non vietate dalle leggi civili. Si tratta di una concenzione importante perché introduce l'idea di una libertà naturale, di cuí resta un residuo in tutte le materie non esplicitamente regolate dalla legge. . . questa ideología ritaglia inevitabilmente una serie di libertà naturali, che sono practicamente, i "diritti (soggettivi) naturali" "che verranno teorizzati qualche anno piú tardi della cultura illuministica 31", TARELLO G., *op. cit.* supra, págs. 106 y ss.

59. *Ídem*, págs. 234 y ss.

60. "Il movimento per L'intervento legislativo a largo raggio in relazione al processo di accentramento nonarchico. . . nel 1969 si ha l'ordennance dal cancelliere Michel de Marilhao (che fallisce per l'opposizione della nobiltà e dei Parlementes). Sotto Luigi XIV, che aveva strumenti di pressione, si ebbero invece le ordennances preparate del Colbert, che ebbero certa efficacia sia pure nei limiti di interventi parziali: nell'aprile 1667 (c. D. Code Louis, sulla procedura civile), nell'agosto 1669 (sulle acque e foreste), nell'agosto 1670 c. D. Code Criminal, sulla procedura criminale), nell'marzo 1673 (sul commercio di terraferma), nell'agosto 1681 (sulla marina). . .". *Ídem*, pág. 206.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que en la futura Revolución Francesa se llamará "Tribunal de Cassation".[61]

Si estos interventos tuvieron alguna fortuna, la situación en la primera mitad del setecientos nos presentan la figura del Cancélliere Deguesseuu, que en la preparación de sus "Ordenannces" tocando diversos temas del Derecho Privado, intervenciones ya tendientes a una codificación en gran estilo. En su obra, se preocupa de la situación de los diversos tribunales y aconseja para el mejoramiento de la Ciencia del Derecho, de las partes de los jueces, que es necesario una especie de código que sea objeto fijo y cierto para los mismos.[62]

Es claro a este punto ver como al Deguesseuu, aparte sus limitados éxitos, al momento de querer obtener para sus diseños de codificación el apoyo de los "Parlaments" estos rechazaron sus iniciativas ya que tocaban los poderes de los mismos, manifestando la oposición hacia la tendencia totalizante de la centralización monárquica.

Esto no quiere decir que no existían tribunales complacientes al Soberano, sino que existían Tribunales que se oponían a tal política al ver en peligro privilegios antiguos, feudales a los cuales se les acercaba la hora de un nuevo equilibrio en la ya cercana revolución de la segunda mitad del siglo XVIII.[63]

Me parece que del análisis de estas últimas páginas notamos que los tentativos dirigidos a limitar las autonomías de los tribunales (autonomía normativa), fue un punto importante dentro de los más amplios programas del Poder absoluto. En diversas partes de la Europa continental del setecientos estos impulsos, en particular aquellos dirigidos a controlar los "intérpretes" tuvieron éxito y en otros contextos quedaron como meros tentativos; pero lo importante es que la idea que era hora de eliminar las incertezas del derecho y las arbitrariedades de los tribunales; la necesidad de cuerpos de leyes simples unívocos, claros, precisos, en busca de una racionalidad de derecho, aptos a garantizar las instancias centralizadoras del poder y el garantizar tal situación, había ya penetrado en la vida cultural del siglo. En particular el promover la "lex" ley como el fundamental instrumento legislativo y por consecuencia localizar tal poder y facultades en un Soberano, o en Asambleas parlamentarias de raíz liberal como luego sucedió, significaba también la sustancial reducción de los poderes de los "intérpretes" y su "interpretatio". La experiencia a analizar o sea aquella francesa de fin de siglo (setecientos) e inicio del ochocientos nos dará más indicaciones a nuestro trabajo. Tal reducción se planteaba en términos durísimos dada la desconfianza acumulada contra los tribunales (justificada en mi opinión en la época en cuestión); y es así que a nivel teórico nos encontramos con la elaboración y continuación de concepciones dirigidas sustancialmente a vaciar aquellas facultades que permitían a los "intérpretes" en alguna medida crear derecho, compartiendo en medida desigual los poderes legislativos concentrados ya en el poder político.

Pero pasemos a analizar aquella parte que interesa a nuestro trabajo, cual es la experiencia de la Revolución Francesa, de las codificaciones modernas y ver el equilibrio que surge entre la "lex" y la "interpretatio", entre poder legislativo y poder judicial.

La Revolución Francesa en sentido lato contestará aquel "ancien régime", la monarquía absolutista con sus antiguos o inútiles privilegios y portará al triunfo de los grupos burgueses y a tal consolidación en el poder económico y político el cual será plasmado en las codificaciones modernas, en particular en aquellas del 1804 en el "Code Civil".[64] Estamos de frente a una nueva organización a equilibrio de los poderes del Estado; y a el Montesquieu en su "Esprit des Lois" (1748) a nivel teórico presenta la famosa división de poderes del Estado,[65] en la cual localiza tres poderes fundamentales: poder legislativo, poder ejecutivo, poder

---

61. CALAMANDREI, Piero, *"La Cassazione Civile"*, Editorial Bocca, 1920, Italia, Tomo I, págs. 316 y ss.

62. ". . .affinché coloro che vogliono acquisire la scienza del diritto, sia per difendere gli interessi della parti sia per esserne giudici, abbiano una specie di codice che divenga l'oggetto fisso e certo della loro attenzione. . .". La cota la obtengo del Tarello, *op. cit.*, pág. 205.

63. *Ídem*, pág. 207.

64. CORRADINI, Domenico, *"Garantismo e Statualismo"*, op. cit., pág. 25 y ss.

65. *Ídem.*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

judicial.[66] De esta concepción me interesa aquella sobre el poder judicial, porque con Montesquieu se piensa en la función de jueces y tribunales en un sentido mecanicista, o sea el juez o "intérprete" debe exclusivamente aplicar la "lex" ley al caso de discusión. Estas ideas tendrán gran fortuna en el iluminismo jurídico presente a la época de la Revolución, en la cual se debe anotar el culto, si queremos excesivo de la ley, como punto cardinal de los programas revolucionarios.[67]

Si recordamos que en las intenciones de los monarcas absolutistas existía la intención clara y precisa de limitar la autonomía de los tribunales; la historia parece repetirse en los programas de los revolucionarios, ya que ellos manifiestan desconfianza, acusan de arbitrariedad los tribunales del "ancien régime", de sus excesivos poderes, así vemos que una dirección precisa contra los mismos es la emisión de la ley del 3 de noviembre de 1789, mediante la cual los "Parlamentos" fueron suspendidos de sus funciones, y no fueron reunidos posteriormente.[68]

Sucesivamente la Asamblea Constituyente Francesa emite dos leyes importantes: ley de 27 de noviembre-1 diciembre 1790, con la cual se crea el Tribunal de Casación "Tribunal de Cassation", con la función de controlar jueces y tribunales y de garantizar la observancia de la ley, así como de anular las sentencias que contengan una contravención expresa al texto de la ley (tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de loi).[69] De anotar el carácter de órgano legado a Poder Legislativo del citado Tribunal, que confirma la intención clara de someter bajo control los tribunales al Poder Legislativo, órgano político por excelencia de los sistemas parlamentarios.[70] Interesante es tratar de entender el significado que podía tener esa función precisa del Tribunal de Casación, mediante la cual podía anular aquellas sentencias en las cuales existiera una contravención al texto preciso de la ley, y en un contexto histórico en el cual encontramos que todavía el grueso o la mayoría de las leyes "lex", son compuestas por aquel material jurídico que llamamos "casuístico",[71] porque en este momento las codificaciones que consagrarán las leyes entendidas como generales y abstractas expresiones de la voluntad general, están a breve tiempo de ser emitidas pero todavía no existen.

"Lex", recordemos que decidían específicamente el punto en cuestión, sea el "casus legis". Al parecer, lo que sucedió en un primer momento fue

---

66. Interesantes a este respecto comentario y citas sobre el Montesquieu que hace el Tarello: ". . .Il potere legislativo é quello per cui 'il principe o il magistrato fa delle leggi, per un tempo stabilito o per sempre, ed emenda o abroga le leggi giá fatte' " 90. Si noti che Montesquieu poco dopo, e quasi incidentalmente, fa un'affermazione destinata a gravare come una pesante ipoteca sul pensiero giuridico europeo: e cioé che il potere legislativo "non si esercita su alcun (soggetto) particolare. . . altro non essendo che la volontá generale dello Stato" 91. Il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti 92 chiamato anche, piú semplicemente, "potere esecutivo dello Stato" 93, é quello per cui il principe o il magistrato "fa la pace o la guerra, invia o riceve ambasciate, procura la sicurezza pubblica (établit la sureté), previene le invasioni" 94. Il potere esecutivo viene incidentalmente ridotto dal Montesquian a "null'altro che. . . l'esecuzione della volonta generale" 95.
Il potere "esecutivo delle cose che dipendono dal diritto civile" viene detto cnche piú brevemente "potere di giudicare o potere giudiziario fa il suo ingreso nell'armamentario lessicale giuspolitico, distinguendo nell'ambito prima genericamente designato come "jurisdictio" o competenza giuridica, il giudizio reso sulla base di una formulazione direttiva precostituita, sia dalla legislazione sia dall'attivitá di governo e di amministrazione.
Questo "potere di giudicare" é quello con cui il principe o il magistrato "punisce i crimini o giudica le controversie dei privati" 97. Si noti che questo "potere di giudicare" viene definito come potere di punire i crimini e decidere le controversie dei privati solo podo che giá sono individuati i poteri di legisferare e di gobernare; talché il potere di giudicare deve intendersi como il potere di punire crimini e di decidere le controversie tra i privati nella misura in cui la punizione dei crimini e la decisione delle controversie non rientra nelle attivitá di legislazione e di amministrazione. In altre parole, il "potere di giudicare" viene individuato in mono da identificare il suo esercizio in u'attivitá puramente intellettuale e non realmente produttiva di "diritto nuovo" essendo da una parte limitata dalla legislazione, che concettualmente la precede, e dall'altra dall'attivita di esecuzione che, procurando la sicurezza pubblica, include anche l'attivitá di esecuzione materiale dei giudizi che costituiscono il contenuto del "potere di giudicare". . . Il potere de giudicare é "in qualche modo un potere nullo" 98. . .". *"Storia della Cultura Giuridica Moderna"* op. cit., págs. 287 y ss.

67. ". . .La Rivoluzione he elaborato due concetti, che sono l'espressione dei due aspetti fondamentali dell'illuminismo giuridico: il concetto di diritto indivuales (inteso soprattutto nella sua accezione di diritto soggettivo pubblico) e il concetto di legge. . . generale e astratta, espressione della voluntá popolare". CATTANEO, Mario, *"Illuminismo e Legislazione"*, Editorial, Comunitá, 1966, Italia, págs. 99 y 100.

68. *Ídem*, pág. 107.

69. *Ídem*, pág. 112.

70. *Ídem*.

71. Que la situación era planteada en estos términos es opinión de GORLA, Gino, *"Il precedenti storici. . ."*, op. cit., pág. 121 y ss., el cual ilustra con sentencias de tribunales franceses de la época tal posición.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

la obligación de parte de los jueces de aplicar en sentido tradicional aquellas "lex", pero quedaba el interrogante a resolver, que era aquel de suplir las posibles y reales lagunas, los casos dudosos; textos oscuros en los cuales fuera necesario realizar una interpretación al caso pendiente. O sea, el espacio que generalmente reclamaba como competencia el uso de la "interpretatio" y que abría la posibilidad a los antiguos "Grandes Tribunales" de crear derecho en uso de facultades legislativas que en este momento son contestadas. La solución de la Asamblea Constituyente a lo anterior vino con la ley del 16-24 agosto 1790 en la cual se crea los llamados árbitros legislativos obligatorio y facultativo (référé législatif sea obligatorio y el facultativo).[72] Interesa conocer el significado del "référé facultatif". Este consistía en que el encontrarse los tribunales inferiores de frente a un caso al cual no se podía aplicar un texto expreso de ley (fuera este caso en el cual se presentaba la laguna, o la duda o oscuridad del texto), en su sentido claro y preciso; en tal situación el tribunal debía comunicar, referir, al órgano legislativo, a fin de que realizara la interpretación auténtica de la ley. El sentido de facultativo (facultatif) para el juez era el decidir cuando era necesaria la interpretación auténtica y referir, pero es de anotar que tal decisión venía controlada posteriormente cuando el caso fuera al control e instancia de la Corte de Casación. Así que más que facultativo parece convertirse en una obligación.[73] A estos datos debemos sumar otro que me parece de importancia y es que; la misma ley que establece los árbitros legislativos en su título II, artículo 10, establece la prohibición a los jueces de decidir los casos disponiendo en vía general,[74] sea que la sentencia tendrá efecto solo entre las partes que acuden al proceso. Debo recordar si bien es cierto en diversos momentos y contextos la "interpretatio" y sus intérpretes ejercitaron positivamente la facultad de disponer en la decisión de sus casos en vía general.

Con la consecuencia que la jurisprudencia tuvo el valor de fuerza de ley, así como en otros diversos momentos y diferentes contextos la "interpretatio" tuvo efecto solo en la decisión y efecto entre las partes, pero creando al menos derecho a tales partes.[75]

En la eventualidad de que existiera alguna duda de la anterior temática, la ley que citamos expresamente y literalmente ajusta los tribunales con la prohibición de ejercitar sea directa como indirectamente el poder legislativo: —*Les Tribunaux ne pourront prendre directament ou indirectement aucune parte á l'exercice du pouvoir législatif, ni empécher eu suspendre l'exécution des décrets du corps législatif sanctionnés par le Roi*— (art. 10, título II-ley 16-24 agosto 1790).[76]

En la mentalidad de los iluministas revolucionarios aparte la ya famosa Declaración Universal de los Derechos del Hombre; está el elevar la "lex" la ley al máximo culto jamás imaginado, la ley será el instrumento legislativo por excelencia y único mediante el cual se filtra el poder político de las asambleas parlamentarias. En el Estado de Derecho es la ley a resolver los problemas del vivir social. No puede concurrir otro órgano o persona a compartir el poder legislativo que no sean las asambleas parlamentarias, que a su vez representan para decirlo con Rousseau la "voluntad general". A este punto el privilegiar la ley supone al mismo tiempo y dentro de este contexto la debilitación del poder normativo autónomo de los tribunales, y esto intentan lograrlo los revolucionarios mediante los instrumentos que antes hemos analizado.

La creación del Tribunal de Casación significa, el control y supremacía del Poder Legislativo (reconocido aquí como asamblea parlamentaria representante del pueblo) sobre el Poder Judicial. La Casación vela por la aplicación expresa de los textos de ley, siendo a su vez un órgano del poder legislativo, al menos al nacer, porque es cierto que

---

72. CATTANEO, Mario, *"Illuminismo e Legislazione"*, op. cit., págs. 112 y 113.

73. ". . .Il réfere législatif, cosidetto facoltativo. . . imponeva (21) ai giudici di rivolgersi al Corpo legislativo, toutes les fois qu'ils croinront nécessaire d'interpréter une loi. La necessità di interprétation, sorgeva —quando mancasse sul caso un texte esprés o précis de la loi. . . o quando il testo della legge fosee oscuro. Era il concetto del casus omissus o novus e del casus dubius. . . Il concetto base, che segnava il dominio —rispectivamente della Casation e del réfere, era dunque quello tradizionale in Francia come in Italia, del casus legis, o di caso (precisamente) deciso dalla legge, o di legge espressa sul caso. . . Era il concetto tradizonale che segnava negativamente, cioé in mancanza del testo espresso; l'apertura del campo dell'intepretatio. . . GORLA, Gino, *op. cit.*, págs. 122 y 123.

74. CATTANEO, Mario, *op. cit.*, pág. 107.

75. GORLA, Gino, *op. cit.*, págs. 117 y ss.

76. La cita la obtengo del CATTANEO, Mario, *op. cit.*, pág. 112.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

posteriormente ocupará un nuevo puesto y será parte del Poder Judicial.

Pero el hecho es que nace como parte del legislativo. La creación del "référé legislatif facultatif" no es otra cosa que la voluntad precisa dirigida a reservar al poder legislativo la completa y total posibilidad de interpretar las leyes (interpretación auténtica).[77] Allá donde exista un texto oscuro, duda, laguna, solo podrá ser resuelta por el poder legislativo. La prohibición a los jueces de decidir los casos en vía general y la clara y explícita de no abordar ni indirectamente ni directamente el poder legislativo. Estas instancias iluministas están por eliminar la "interpretatio" medio por el cual se expresaban los antiguos intérpretes, pero también era la pretensión de eliminar el símbolo que representaban sea el "ancien régime", protectores jurídicos de los antiguos y odiosos privilegios feudales.

De la "interpretatio" estamos por pasar a la "interpretación de la ley". Recordemos que los antiguos tribunales estaban ligados si a la aplicación de la "lex" cuando esta resolvía el punto clara y expresamente, en punto, casus legis; si el caso no encontraba una solución exacta dentro de una de estas leyes de tipo casuístico, ahora la competencia de la "interpretatio" entraba en función (competencias propias jurídico-legislativas) del intérprete y que consistían a este punto de dar una respuesta jurídica, crear derecho, para un caso no regulado, una relación social no calificada de ninguna "lex"; o al menos no claramente calificada de una "lex".

La "interpretatio" podía significar la clarificación, o adecuación de un texto oscuro de ley a la creación de una solución jurídica para una relación no regulada; con base en aquella dialéctica ya examinada entre autoridades y razones. La posibilidad de interpretar una "lex" por los antiguos intérpretes proviene de una competencia propia de la "interpretatio" y no porque lo autorice una "lex".[78] Este equilibrio se rompe en la nueva distribución del poder, porque pasamos a la siguiente situación: una concepción mecanicista de la función judicial. En sentido total la "lex" expresión absoluta del poder legislativo (concentrar todo el poder político antes en el monarca, ahora en las asambleas parlamentarias), deberá regular toda la conducta de los seres que viven en sociedad. El Juez o tribunal debe simplemente aplicar tales "lex" al caso por ella previsto. Digo que se pasa de la "interpretatio" a la "interpretación de la ley" en el sentido que ya al "intérprete" no le compete por ninguna parte el análisis de un hipotético caso no regulado u oscuro, dudosamente regulado. Según los iluministas las leyes deben prever totalmente, clara, simplemente a la regulación de todos los posibles conflictos. El trabajo técnico del juez se reduce a aquella mecánica operación intelectual de aplicación (localización de la ley que resuelve el conflicto) de la "lex". Interpretación de parte de los tribunales en este momento significa solamente "aplicación". Interpretación de parte del órgano legislativo (aquella auténtica) puede significar hasta "creación" de un nuevo derecho al máximo; al mínimo clarificación, adaptación de las "lex". Pero a este punto nos encontramos con un denominador común la "lex" ley es aquel acto preconstituido que se puede interpretar. La interpretación tendrá sentido en el tanto y cuanto existan las leyes, la ley será el sustantivo, la interpretación un adjetivo. La interpretación solo tiene razón de existir allá donde existan las leyes (como acto previo político que permite luego la función del poder judicial). Recordemos que con la "interpretatio" se interpretaban no solo aquellas "lex" oscuras, dudosas, sino los antiguos textos del derecho común, las costumbres, los estatutos municipales, aquellos corporativos, y en fin "interpretatio" quería decir también la posibilidad de crear un nuevo derecho. De una concepción en la cual el "intérprete" podía intervenir con base en algunas facultades legislativas en la regulación social, se pasa una concepción en la cual el "intérprete", será aquel operador técnico (ya eliminada su función política) que simplemente aplicará las "lex", sea el filtro por medio del cual el poder político —ya centralizado antes en el monarca absoluto, ahora en los órganos representativos— se expresa.

---

77. La interpretación auténtica repito no es sino aquella que en tiempos lejanos se llamaba "interpretación del emperador" con Gustiniano. En las monarquías absolutas la "interpretación del Rey" o "Soberano Oráculo". Es una fórmula que se repite pero que deja ver la intención clara hacia centralización de funciones, centralización de poder en última instancia.

78. Las presiones de monarcas, luego de los revolucionarios franceses al fin de someter aquellos "arbitrarios" tribunales; y la centralización del poder de parte de monarcas y asambleas parlamentarias es indicativo que los tribunales compartían en alguna parte el poder legislativo.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Y si la "interpretatio" parece desaparecer, por otra parte se inicia un nuevo proceso, mediante el cual la "interpretación de la ley" adquirirá en aquellos lugares donde se adoptan las codificaciones modernas diferentes significados, pero tendientes a recuperar en alguna manera de nuevo para los "intérpretes" más y mayores competencias en la problemática moderna de la interpretación de la ley; a la recuperación de la responsabilidad política que compete a tan delicado e importante órgano del Estado.

En este momento, nuestro campo de investigación se restringe, la experiencia nos impulsa a continuar ahora con solo el significado que puede tener la concepción "interpretación de la ley" y dentro de los fines limitados de este ensayo hasta el período de la "escuela de la exégesis", y ver qué cambios sufre la citada concepción.

La función mecanicista del poder judicial debe ser entendida y coligada a la otra aspiración de la época: la emisión de códigos, que unieran la calidad de ser simples, claros, constituidos de pocas leyes, pero que regularan todos los comportamientos humanos de la manera más justa posible.

Lo anterior es opinión dominante en los sectores iluminados, el mismo Rousseau piensa que todo pueblo tiene necesidad de solo tres códigos: uno político, uno civil, y uno criminal; los tres claros, cortos y precisos.

Estos serán enseñados no solo en las universidades, sino también en todos los colegios y sentencia, que no es necesario emitir más leyes. Es necesario según Rousseau que las leyes sean de conocimiento de todos los ciudadanos.[79]

Este motivo fundamental de querer pocas; claras y precisas leyes se repite constantemente en los motores que impulsan hacia las codificaciones modernas; así que si las leyes son de esa manera, lógicamente la función de quién las debe aplicar según los iluministas será más que simple; porque tal función no es otra, que aplicar las magníficas leyes a los conflictos de los ciudadanos sin necesidad de alguna interpretación de las mismas (interpretación entendida como actividad creativa del intérprete) o de dar un sentido diferente al ya existente para una justa solución del conflicto. En síntesis de esta experiencia iluminista revolucionaria se nota cómo se porta a un puesto de honor el concepto de ley, entendida como el instrumento legislativo por excelencia por medio del cual el poder político se expresa en la regulación de la conducta social. Se expresa en este período la idea según la cual la función judicial, es de naturaleza puramente mecánica, sea la función del juez es solamente aplicar el derecho existente, que son las leyes. Interpretación de la ley significa que la actividad interpretativa tiene razón de ser allá donde existan aquellos actos jurídicos preconstituidos que llamamos ley. Sea que para que exista la posibilidad de "interpretar" es necesario que de previo existan las "leyes".

El poder legislativo es previo a la posibilidad funcional del poder judicial. El poder judicial no puede crear derecho, allá donde falten o no existan leyes. La función creativa de la antigua "interpretatio" nos ilustra en otro sentido, sea que los tribunales, en general los "intérpretes", compartían en alguna manera la función legislativa. En fin, que es competencia absoluta en la interpretación y regulación de los hechos sociales solo el poder legislativo. Previo este paso la función judicial es "nula" como decía Montesquieu; luego que fueron emitidas las leyes ahora sí que los tribunales podían "interpretar la ley" no los hechos sociales, los conflictos sociales. En la concepción iluminista interpretar con referencia a los tribunales quiere decir únicamente aplicación mecánica de la ley.[80] Cualquier otro tipo de interpretación es competencia del órgano que ha hecho las leyes (interpretación auténtica).

Es necesario ahora analizar la suerte de tales concepciones y a este punto la prueba de fuego serán las experiencias surgidas con motivo de la emisión de los códigos de la época de Napoleón, experiencia en la cual las concepciones iluministas sufrirán el efecto de sectores más pragmáticos y el efecto surgido de las experiencias prácticas que tales concepciones habían promovido. En particular me refiero a la emisión del Código Civil de 1804, padre del Código Civil italiano de 1865, padre del Código Civil costarricense de 1888.

---

79. Las consideraciones del Rousseau las obtengo del CORRADINI, Domenico, *"Garantismo e Statualismo"*, op. cit., págs. 29 y ss.

80. ". . .Anche in Montesquieu ricorre il concetto di texto précis de la loi, vincolante, alla cui azzilicazione devono limitarsi i guidici; e al di lá del quale incominciava la interprétation, che anche. . . vuole loro vietare. Anzi, egli vorrebbe che il giudice fosse lo stesso texto précis de la loi. . .". GORLA, Gino, *"I precedenti. . ."*, op. cit., núm. 20 a la página 124.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Con la emisión del "code civil" se asiste a un evento de particular importancia a la cultura jurídica moderna.

En el mismo debemos encontrar la novedad que supone la reorganización "ab imis" de la materia del derecho privado.[81] Por una parte aquel proceso de centralización del poder; que era presente en el Estado absolutista, es presente de nuevo en la formación del nuevo Estado liberal y democrático, y se realiza con satisfacción en la nueva idea del Estado de Derecho, única fuente de derecho. Con esto se eliminan en la Francia del ochocientos los citados particularismos jurídicos (sistema jurídico descentralizado),[82] con la consecuencia que los nuevos códigos, el civil a nuestra atención, regulará la materia correspondiente al derecho privado en todo el territorio francés sin excepción. Por otra parte el "code" presenta una característica de gran importancia que supone el abandono del sistema tradicional usado por el antiguo legislador en el método de elaboración de las leyes; se pasa de un sistema fundamentalmente casuístico, a un sistema de elaboración de leyes en sentido general y abstracto.

Esto significa fundamentalmente que se adoptarán criterios que permitan la regulación social con base en la emisión, proposiciones o principios generales, lo más simples, claros y poco posibles. Se pasa de un sistema de coexistencia de una pluralidad de fuentes del derecho a una sola fuente del derecho; pero este proceso significa también la simplificación del nuevo derecho que adoptará a fin de obtener tal efecto, mediante el uso de nuevos instrumentos técnicos, pero también más profundamente de un momento político que permitiera tal cambio radical.[83] Estos principios generales, serán la guía fundamental y total en la solución de todos aquellos problemas, casos, que serán sometidos al intérprete por excelencia del derecho, el juez.

La operación se plantea al juez de la siguiente manera; su posición y actividad viene ahora a encuadrarse, gracias a un préstamo que nos viene de la lógica, a la solución de un silogismo; premisa mayor es la ley entendida como un principio o proposición general y abstracta; premisa menor es el caso concreto y la conclusión será la sentencia. El juez lo que debe hacer es simplemente encua-

---

81. CORRADINI, Domenico, *"Le codificazioni civilistiche dello ottocento"*, op. cit., pág. 56.

82. Ver págs. 37 y ss. de este ensayo.

83. En lo que se refiere a este problema de la codificación una síntesis interesante se puede leer en la siguiente cita: "...La semplificazione dei sistemi giuridici richiedeva che si verificassero tre condizioni, e precisamente: a) che si introducessero criteri economici nella formulazione delle regole di diritto; b) che il diritto riformulato con criterio economico (sotto il profilo formale) non fosse assolutamente un 'aggiunta, al diritto precedentemente vigente, ma fosse abrogativo di quest 'ultimo, ed escludesse etero-integrazioni atte a riprodurre conflitti tra sistemi di norme; c) che il contenuto del diritto riformulato e non etero-integrabile consentisse il massimo di semplificazione... Per quanto concerne l'adozione di criteri economici di formulazione delle norme, la codificazione poté avvalersi dell'apporto dei tre filoni piú importanti della cultura giuridica settecentesca. Il primo filone é quello del giusnaturalismo derivato dal Puffendorf, che aveva trovato interpreti allo inizio del secolo XVIII nel Thomasius e in Samuel Cocceij, e si era diffuso per tutta Europa penetrando anche la cultura illuministica francese attraverso divulgatori Barbeyrac, Heinecke, Burlamaqui; esso esercitó notevole influenza sul primo tentativo (poi fallito) di codificazione prussiana (il progetto Cocceius), sulla codificazione austriaca (attraverso il progetto Martini) e su alcune carte costituzionali francesi; prescindendo dai contenuti e limitando l'attenzione al profilo formale, questa tendenza culturale favoriva l'enunciazione di norme in forma di divieti, permettendo di costruire come diritti le attività non colpite da divieto; forma di legislazione economica, in quanto consentiva di eliminare le norma sulla libertá e facoltà. Il secondo filone, essenzialmente germanico, puó farsi risalire alle opere giuridiche del Leibniz, ma circoló nella cultura giuridica attraverso le opere del Wolff e del Nettelbladt; la sua influenza formale fu duplice esercitandosi in via specifica e in modo pregnante sulla codificazione prussiana del 1794, e in via generale le codificazioni civile ottocentesche attraverso la sua teoria piú caratteristica, quella secondo cui il dirittoé costituito da un sistema di proposizioni non incompatibili reciprocamente; proposizioni che connettono soggetti (giuridici) a predicati (giuridici), proposizioni che sono vere, e dalle quali pertanto, con le regole di trasformazioni delle proposizioni che sono offerte dalla logica, possiamo perció pervenire ad ulteriori proposizioni (giuridiche) vere (vere in quanto incluse nel sistema giuridico); dottrina che suggerisce l'espressione di norma in forma di attribuzioni, al livello piú generale, di predicati giuridici a soggetti; espressione economica in quanto suggerisce di legiferare solo sui principi generali e le (eventuali) eccezioni, evitando dettagliate casistiche.
Il terzo filone propio della cultura francese, espresso essenzialmente da Domat e Pothier, forniva un economico sistema di concetti, di derivazione romanistica, atto a suggerire una semplice cartografia delle discipline giuridiche, in particolare per quanto si riferisce al diritto privato delle obbligazioni e dei contratti. Per quanto concerne l'abrogazione del diritto precedente e il divieto di etero-integrazione, la codificazione poté svilupparsi su queste linee nella misura in cui i legislatori erano disposti ad accogliere talune idee dello illuminismo, quali quella secondo cui la legge deve essere espresione di una rogione che i diritti storici non esprimevano, e quella della subordinazione del giudice alla legge e della separazione del legislativo dal giudiziario. Ma per quanto concerne la terza condizione, e cioé che i contenuti fossero in sé semplici, si trattava di una condizione solo apparentemente tecnica ma inrealtà politica; e poteva realizzarsi soltanto in un quadro politico sostanzialmente rivoluzionario. Infatti una codificazione, per essere

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

drar, clasificar, la premisa menor en alguna premisa mayor y entonces llegará el resultado o conclusión, solución del problema jurídico.

El Código se nos presenta como un conjunto de normas, en el sentido antes descrito, que tienden a regular de la manera más completa, exhaustiva posible los comportamientos de los individuos; necesariamente modelando las instituciones más importantes de la estructura social-económica. Es en esta prospectiva general que debemos entender el artículo 4 del Código Civil de 1804 de la Francia —postrevolucionaria; código que lleva la marca e influencia de diferentes juristas famosos, pero que a nuestro efecto debemos destacar la figura del Portalis.[84] Del mismo nos interesa su concepción e influencia en el citado artículo 4, en el cual se toca nuevamente la figura del intérprete por excelencia del Derecho; el juez. El artículo dice aproximativamente en nuestro idioma: "El juez que se rehúse a juzgar, bajo pretexto de silencio, de oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia", en francés "le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi come coupable du deni de justice".[85]

Lo anterior significa un primer golpe a las concepciones iluminísticas plasmadas en las leyes anteriores al código; o sean la del 16-24 agosto 1790 y la de 27 nov. 1 dic. 1790, porque supone la desaparición del sistema del "référé" legislativo, que pretendía sustancialmente en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes un reenvío al poder legislativo, al efecto de realizar la "interpretación auténtica" prevista. Por otro lado supone un cambio en la función que fin a este momento tenía el Tribunal de Casación; que pretendía sustancialmente garantizar la aplicación (en su sentido literal) de las leyes mediante la Casación o la anulación de sentencias que contengan una contravención expresa al texto de ley. Este cambio consiste en la paulatina motivación de las sentencias, significando en alguna medida la interpretación de la ley.[86]

A este punto nos podemos interrogar; ¿significa lo anterior el reconocer nuevamente ciertas facultades legislativas al intérprete-juez, en qué medida, en qué casos, y si esta posibilidad se limita

---

semplice nei contenuti, doveva passare per due strade tra loro solidali sotto il profilo ideologico; l'unificazione del sogetto di diritto e la esclusione del corpo di diritto semplificato di quante piú materie possibili. Nel quadro di una concezione della regola giuridica come proposicione che congiunge a un soggetto giuridico un predicato giuridico, é chiaro che il sistema di regole giuridiche complessivamente piú semplice é quello in cui il soggetto é unico (e i predicati sono pochi), in modo che il sistema sia costituito esclusivamente: dalla definizione dei predicati dalle regole che ascrivono (o revocano la precedente ascrizione di) ciascun predicato al soggetto unico, e dalla posizione di principi generali relativi alla compatibilità dei vari predicati. Laddove invece, se i soggetti sono di diverso tipo, il sistema diviene complicato perché deve comprendere: a) la definizione dei diversi tipi di soggetto; b) la definizione dei diversi predicati; c) le regole relative alla convenienza di ciascun tipo di predicato a ciascun tipo di soggetto (cioé un numero di rigole pari al numero di regole del sistema piú semplice, moltiplicato per il numero dei tipi di soggetto); d) le regole relative alla compatibilitá dei predicati, ma non in generale, bensí rispetto al ciascun tipo di soggetto. E'chiaro che un sistema giuridico non puó avere struttura semplice (nel senso sopra chiarito) se configura differenze soggettive a causa della classe sociale, del mestiere della religione, della razza, del sesso, dello stato familiare, e cosí via; é perció chiaro che un sistema giuridico settencentesco non poteva andare molto avanti sulla strada di questo tipo di semplicazione (e, del resto anche i sistemi contemporanei non sono sotto questo rispetto molto semplici).

E'chiaro, tuttavia, che... nella disciplina politico-costituzionale la codificazione, per essere semplice... avrebbe infatti dovuto ignorare quanti piú possibili-status soggettivi, cioé ridurre il soggetto all'uomo (anche la distinzione tra uomo e cittadino é foriera di complicazioni), eliminando ogni rilevanza di dorpi sociali-diversi dall'uomo che, appunto, costituisce una rivoluzione politica, e non tecnica. Nella disciplina civilistica la codificazione, per essere semplice in questo senso, avrebbe dovuto da una parte configurare il soggetto unico, trasportando eventualmente le distinzioni dal soggetto al predicato delle preposizioni giuridiche (soggetto di diritto unico, diversi tipi o gradi di capacità-predicato), e dall'altra parte avrebbe dovuto limitare il numero di predicati (pochi tipi di capacità; possibilmente un solo diritto soggettivo realecome la proprietá, e in ogni caso piccolo numero, e chiuso, dei diritti reali —minori—; piccolo numero di cause dell'obbligazione, possibilmente clausola generale per l'illecito ed esclusione di liste di illeciti nominativi, e riduzione ad unità, sotto forma di contratto, dell'assunzione volontariadi obblighi; riduzione della disciplina della famiglia ai soli profili - patrimoniali, ecc.): ció costituisce, appunto una codificazione, civile addatta ad un'organizzazione socio-economica liberale...". TARELLO, Giovanni, "Le idee della codificazione" ensayo que se puede localizar en el libro *"Il Diritto Privato nella Società Moderna"*, op. cit., págs. 49 y ss.

84. CORRADINI, Domenico, *"Le Codificazioni Civilistiche dell'ottocento"*, op. cit., págs. 58 y ss. y CATTANEO, Mario, *"Illuminismo e...*, op. cit., págs. 121 y ss.

85. Ver, Code Civil Français. Editorial Dalloz, París. También ver el "Codice di Napoleone. Il Grande pel Principato Lucchese", artículo 4, edición oficial 1806.

86. "...Il sistema del référé e della limitazione della Cassation alla contravention expresse, sistema che doveva chiamare spesso all'opera il corpo legislativo, si riveló tosto impraticabile, sicché se ne propose l'abolizione, che avvenne con l'emanazione del code civil (28). D'altro lato, il Tribunal de Cassation cominció ben presto a motivare (talvolta, non sempre) i suoi arréts, facendo l'interprétation della legge...". GORLA, Gino, *"I precedenti...*", op. cit., pág. 125.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a la solución solo del caso concreto a efecto entre las partes o bien, podría el precedente adquirir fuerza de ley? La solución a la última parte de esta interrogante nos viene propio del código en su artículo 5,[87] que prohíbe a los tribunales la posibilidad de disponer en vía general y reglamentaria en la solución de las causas, se repite el artículo 10 de la ley 16-24 agosto 1790, limitando el efecto de la sentencia solo a las partes del proceso. Es el primer problema a presentar una cierta dificultad porque al desaparecer el "référé"; que deben hacer los jueces que se encuentran en una nueva circunstancia que sería la emisión de esta obra monumental de su época, el código. Por una parte tenemos la idea iluminista que tal cuerpo de leyes debía regular a satisfacción las relaciones interprivadas, ya que expresaba los derechos naturales del hombre racionalizados, por el legislador, recibiendo por tal proceso la positivación de los mismos.

Por otra parte, tenemos voces más pragmáticas que llaman la atención y se manifiestan en el mismo momento de la emisión de los códigos, sobre la imposibilidad de prever de una vez por siempre todas las hipótesis imaginables necesarias a la regulación social, para el presente como para el futuro.[88] Lo cierto a resaltar es que la codificación es un intento exitoso a fin de regular con aquel especial instrumento (códigos) las más importantes instituciones sociales (aquellas nuevas instituciones que se imponían en el mañana de la revolución, como conquista de la misma). En el código civil se regularán las relaciones de los privados con gran precisión y conforme a las nuevas exigencias (recordemos la propiedad privada en sentido liberal, etc.). Ahora creo, podemos entender el sentido de aquel artículo 4 que se preocupaba del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, como el esfuerzo a completar una posible y real materia residual de menor importancia, ya que el legislador había ya dibujado en los códigos los principios más importantes de la nueva sociedad francesa. El Portalis los llama "cas rares et extraordinaires"[89] que se deben dejar a los tribunales, quienes en su opinión se convierten en jueces de equidad que juzgarán con base en el derecho natural (razón natural).

Digo "intención" porque esta tesis la apoyaba el Portalis a la sucesiva aprobación de dos artículos de las disposiciones preliminares del código, que jamás fueron aprobadas.[90]

Lo único que podemos afirmar con cierta certeza es que por una parte tenemos un código civil, que, regula de manera general y amplia las relaciones de la esfera privada del individuo y un particular artículo que prohíbe al juez de denegar justicia en las hipótesis señaladas.

Debo argumentar la nueva relación que se establece entre juez y el código (entendido como conjunto de leyes; ley como proposición o principio general y abstracto). Bien el intérprete-juez se encuentra de frente a un poder-deber, que le permitirá resolver todos aquellos casos que encontrarán una solución en las leyes (material jurídico preconstituido hecho por el detentor del Poder Legislativo); realizando a tal efecto una operación lógica-gramatical. Lógica, en cuanto sigue el esquema antes visto del silogismo.

Convirtiéndose así la ley en el objeto fijo y principal de la atención del intérprete-juez. Se trata de reprimir al máximo la posibilidad de una autonomía normativa, ya que no es pensable permitir al intérprete crear nuevo derecho pasando del análisis del caso concreto a la solución jurídica (sentencia), sin que exista la mediación de una ley. Lo anterior es consecuencia de la teoría de la división de poderes y de la idea según la cual sólo es fuente del derecho la ley del Estado (en este momento significa fundamentalmente "código").

---

87. El Juez, ". . .Il est défendu aux juges de prononcer par voie générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumisses. . ." la cita la obtengo del CATTENAO, Mario, *op. cit.*, pág. 125. Ver: Code Civil Français.

88. ". . .Cambacéres. . . reconoció la imposibilidad para el legislador de 'decirlo todo', por lo que debía limitar su tarea de 'establecer fecundos principios que puedan previamente servir para resolver muchas dudas y que contengan desarrollos posibles que sirvan para dejar subsistir pocas cuestiones' 10. Portalis '. . .jamás las leyes podrán reemplazar al uso de la razón natural de los negocios de la vida. . . Por completo que pueda parecer un Código, no está concluso todavía, como se ve cuando se le presentan al juez mil cuestiones inesperadas' 11. . ." la cita la obtengo de: GUTIÉRREZ, Carlos José, "*Lecciones de Filosofía del Derecho*", 3a. edición, Editorial Universitaria Centroamericana (EDUCA), 1976, Costa Rica, págs. 335 y 344.

89. Portalis decía ". . .c'est á la jurisprudence que le Code Civil abandonne les cas rares et extraordinaires qui ne sauroient entre dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables at trop contentientiex qui ne doivent point occuper la législation, et tous les objects que l'on s'efforceroit inutilment de prevoir, ou qu'une prévoyance précipité e ne pourroit définir sans danger. C'est á l'experience á combler successivement les vides que le Code Civil laisse. . .". La cita la obtengo del CATTANEO, Mario, *op. cit.*, págs. 126 y 127.

90. *Idem*, págs. 124, 125 y 126.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Gramatical: pero no entendida ya como la obligación del juez a convertirse exclusivamente en un instrumento de carácter mecánico, automático, que aplicará la letra de la ley, palabra por palabra (como era la vía dibujada de los iluministas y plasmada en las leyes anteriores a la codificación), porque tal hipótesis era pensable allá donde existiera una legislación a tipo "casuístico".

Sino que dentro del nuevo contexto en el cual se usaba una nueva técnica en la elaboración de las leyes (como generales y abstractas), el sentido de gramatical tenía que significar al menos aquella operación del intérprete-juez a precisar el uso lingüístico de las palabras de la ley; el localizar el fundamento real de los términos usados por la voluntad que ha impuesto la ley, establecer, el punto de contacto entre el comportamiento o relación concreta y el comportamiento o relación que tutela la ley.[91]

Será en todo caso, la interpretación de la ley en su forma lógica gramatical una reformulación en clave moderna (proveniente de la experiencia de la codificación) de la teoría mecanicista de la función judicial, sobre la cual la escuela de la exégesis se ocupará en un futuro próximo en el inmediato mañana de la codificación.

La interpretación lógica-gramatical es aquella operación mediante la cual el intérprete-juez, partiendo de la deducción lógica de un principio general (ley) se liga a la experiencia (caso concreto), a la búsqueda de la solución del problema (sentencia) necesitando a lograr tal efecto dar un sentido, una significación real a los términos usados en la ley, ley que reflejará la voluntad de quien la ha impuesto.[92]

Que esta voluntad sea respetada a fin de evitar posibles "malas", "incorrectas", "diferentes" interpretaciones, a este efecto existirá un filtro que responde a la especial jerarquía en que se encuadran los distintos tribunales dentro del órgano judicial (control de segunda instancia, apelación, control de Casación, etc.). Para no hablar de la hipótesis tremenda que significa la "interpretación auténtica".

Esta es la interpretación de la ley al mañana de las codificaciones civiles, esta es la interpretación de la ley que deberá realizar el intérprete-juez, interpretación de la ley es interpretación lógica-gramatical.

Y, para aquellos casos raros y extraordinarios (para decirlo con Portalis), sean las posibles lagunas, o bien donde exista oscuridad o insuficiencia de la ley ¿qué cosa debe hacer el Juez? en este punto se debe argumentar que el código abandona a los jueces la decisión; o sea debemos localizar una autonomía normativa que permite al intérprete de crear derecho con efecto solo entre las partes. Pero el problema no es solo este, sino ¿en qué forma, bajo qué dirección deben los jueces ejercitar estas facultades legislativas? Recordemos que el Portalis quería dirigir los jueces por el sendero de la razón natural (derecho natural), pero que tal hipótesis se elimina dada la suerte negativa que tuvieron los citados artículos por él promovidos en el proceso de codificación. Y es a descartar con mayor razón, debido a la aparición de un movimiento que daría una dirección precisa a este problema; me refiero a la escuela de la exégesis "école eségése". Con la escuela de la exégesis asistimos en el desarrollo de la cultura jurídica, al paso del iusnaturalismo (que se esprimió hasta donde las circunstancias concomitantes a la elaboración de los códigos lo permitieron, pero que en la doctrina de los derechos naturales del hombre, queda su gran contribución), al moderno iuspositivismo, que encuentra expresión en la doctrina de esta escuela.[93]

---

91. ". . .il problema del passaggio dall'ambito grammaticale e logico al piano della concreta esperienza giuridica, si impone immancabilmente, perché solo dalla sua soluzione emerge il senso dei termini e delle loro connessioni. Enche la prima é piú semplice forma di interpretazione, che é quella grammaticale, volta a precisare l'uso linguistico delle parole, per evitare fraintendimenti ed equivoci, comporta la necessità di riferirse al fondamento reale dei termini, alle cose significate. Interpretare i termini di proprietà, pegno, omicidio, ecc. vuol dire, sí, intenderne l'uso grammaticale; ma, a tal fine, é indispensabile ricercarne il significato reale e il fondamento esistenziale, stabilendo a quali contenuti, e, in definitiva, a quali contegni e rapporti tra contegni essi si riferiscono, e adoperarse perché tale riferimento sia, quanto piú possibile, certo ed univoco. . .". PALAZZOLO, Vincenzo, "*Scienza e Epistemologia Giuridica*", op. cit., págs. 99 y 100.

92. ". . .dietro la formula grammatical e logica, mediante, cui si esprime la norma giuridica, vi é la volontà, che vuole la norma e l'impone come precetto di condotta a suoi destinari. . . Voluntad entendida como . . .la risultante e l'espressione delle strutture e delle condizioni sociali, e quindi degli interesi, delle tendenze, dei fini, che stanno a fondamento della società e ne promuovono lo svolgimento; . . .". *Idem*, págs. 101, 102 y 103.

93. ". . .il passaggio dal giusnaturalismo al giuspositivismo, che si realizza nella dottrina esegetica, se é condotto in nome della scienza contro le incertezze e gli arbitri favoriti dai sistemi giuridici precedenti con plurálità di fonti, sotto il profilo politico rispecchia l'emergere dello stato assoluto e accentratore, consolidandone i programmi e gli scopi. . ." CORRADINI, Domenico, "*Il criterio della buona fede. . .*", op. cit., nota 113, pág. 60.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Si la raíz histórica del nacimiento de esta escuela tiene razón de ser por el hecho mismo de ser emanado el código;[94] esta se destaca por el método que usará a fin de conocer el objeto que les preocupa, el código, fundamentalmente dedicándose al comentario o exégesis del mismo, comentario que tiende al examen de las normas con fines expositivos, y a clarificar las normas en su aspecto literal y sintáctico.[95]

Evitando entrar en consideraciones axiológicas,[96] las características sobresalientes de esta escuela que nos interesan serán; el culto a la ley[97] fidelidad absoluta al texto de la ley. Su carácter estatal, o sea es solo ley aquella hecha por el Estado.[98]

El haber introducido el argumento del Dogma de la Plenitud hermética del orden jurídico (dogma della completezza), según el cual el orden, el sistema jurídico es completo y capaz de solucionar cualquier caso con base en una norma del sistema mismo (autointegración).[99]

Así esta corriente reduce el papel del intérprete al de un técnico.[100] Es en esta prospectiva general que debemos ver como la escuela de la exégesis replantea el problema del artículo 4 del Código de Napoleón.

O sea, qué dirección se proponen dar los exégetas al intérprete-juez al efecto de que aquella autonomía normativa que se les autoriza desplegar en aquellos casos raros y extraordinarios (laguna, oscuridad o insuficiencia de ley), sean de acuerdo con las líneas del nuevo positivismo francés. Como primera cuestión; el juez no puede jamás llamar en su apoyo el derecho natural a fin de resolver un caso de su conocimiento. Él debe resolverlo con base en el derecho positivo. El sistema jurídico es completo y el mismo dará respuesta a toda cuestión. En caso de laguna (silencio de ley) el intérprete deberá usar los procedimientos normales de hermenéutica, sea la analogía legis (semejanza por la materia similis), o bien con base en los principios generales del derecho positivo (analogía juris). En todo caso el intérprete-juez encontrará por la vía de la analogía (sea legis o iuris) una norma o principio dentro del sistema jurídico positivo que le permitirá resolver el caso en cuestión.[101] Los exégetas llamaban este procedimiento la búsqueda de la "voluntad presunta del legislador".[102] En caso de oscuridad o insuficiencia de la ley, el intérprete-juez deberá buscar lo que los exégetas llaman la "voluntad real del legislador", obteniendo claridad de los trabajos preparatorios a la emisión del código o ley.[103] Esta es la dirección que la escuela de la exégesis da a los jueces a fin de evitar la denegación de justicia. Pero es evidente que el esfuerzo de los exégetas es tratar de mantener la coherencia del sistema jurídico, su plenitud hermética, el querer un juez entendido como operador técnico y negar artificialmente el hecho real de que el juez puede jugar un papel activo en la creación de nuevo derecho, los lleva a llamar "voluntad presunta del legislador" la analogía (legis e iuris) y "voluntad real del legislador" la búsqueda de la misma en los trabajos preparatorios. Digo procedi-

---

94. CATTANEO, Mario, *op. cit.*, pág. 143.

95. CORRADINI, Domenico, *op. cit.*, *supra*, pág. 55.

96. Punto cardinal de la escuela era "innanzitutto il bisogno di porre fine all'incertezza e d'impedire alle corti di giustizia qualsiasi analisi teleologica, pur benigna o in melius, capace d'incidere sul senso della norma e d'alterare il contenuto. . .". *Ídem*, pág. 56.

97. El exégeta Demolombe: ". . .Je publie un Cours de Code Napoleón; j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer le Code Napoleón lui-méme, consideré comme loi vivante, comme loi applicable et obligatoire. . .". La cita la obtengo del CATTANEO, Mario, *op. cit.*, pág. 146.

98. El exégeta Bonnecase: ". . .la Doctrine de l'Ecole de l'Exégése se raméne, en effet, á proclamar l'omnipotence juridique du législateur, c'est-á-dire de l'État,. . .", otro exégeta el Mourlon ". . .pour le jurisconsulte, pour l'avocat, pour le juge, un seul droit existe, le droit positif. . .". *Ídem*, pág. 148.

99. ". . .il dogma delle competezza é estraneo alla concezione illuministica e nasce soltanto, nella scienza giuridica moderna, con l'art. 4 del Codice Napoleone, e con l'interpretazione data di questo dalla scuolla dell'asegesi. . .". *Ídem*, pág. 151.

100. CORRADINI, Domenico, *op. cit.*, *supra*, pág. 56.

101. Me permito recordar que el recurso de parte del juez al argumento analógico no proviene de la experiencia de la codificación, menos de la escuela de la exégesis, sino que debe ser estudiado como parte y continuidad que nos viene de la experiencia y desarrollo del Derecho Común. Recordemos como en la "interpretatio" los antiguos jueces usaban ya el argumento analógico. En todo caso debo remitir para los orígenes de la analogía el estudio de BOBBIO, Norberto, "*L'Analogia nella Logica del Diritto*", publicado por el Istituto Giuridico della Regia Universitá di Torino, 1938.

102. CATTANEO, Mario, *op. cit.*, pág. 147.

103. *Ídem*.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento artificial, ya que en este campo no se puede evitar la necesidad de emitir juicios de valor, dada la naturaleza argumentativa de la problemática, y la necesidad a fin de utilizar tales argumentos impulsa a abandonar el terreno del Código.[104] En cuanto se refiere a la relación intérprete-juez y código, la escuela de la exégesis ve en el juez un operador técnico, cuyo objeto de atención serán siempre las leyes, o sea promoviendo la idea que la única función del juez será interpretar la ley (ya que es solo la ley la única fuente del Derecho, la ley del Estado que proviene de las asambleas parlamentarias), pero también promoviendo la interpretación de la ley en su forma lógica gramatical (a fin de lograr crear aquel funcionario técnico y no político).[105] Pero a este punto, es necesario decir que si bien es notable el esfuerzo del nuevo positivismo francés en el encuadrar el intérprete-juez en el *rol* de un técnico, al cual no le es permitido coparticipar en alguna medida a la gestión del poder político; tal método lleva en sus raíces defectos que impedirán su total aplicación. Por una parte en la relación intérprete-código, el paso de la experiencia (caso concreto) a la solución del silogismo deductivo mediante la búsqueda de un principio general (ley), con el sucesivo paso que supone aquel "comentario" gramatical, dando un sentido real, claro a la norma, es una operación intelectual que supone si se quiere en grado mínimo, una valoración, una motivación axiológica. Esto para no hablar de la relación intérprete-laguna, oscuridad o insuficiencia de la ley; en la cual me parece haber mostrado lo superficial de la posición exegética, y en la cual se nota como con mayor razón el intérprete debe abarcar el campo axiológico, a la búsqueda de respuestas que no existen en el "Code".

Estamos en el inicio del ochocientos, período en el cual Napoleón iniciará la política imperial de la Francia de este siglo, pero a su vez es el tiempo en el cual se exportará por todo el mundo el "Code", y la doctrina de la exégesis. En la Italia de la preunidad, al inicio del siglo, penetra Napoleón así como penetra el "Code", Napoleón se pierde en la historia pero el Código Civil se impondrá en el año 1865, con la unificación de lo que hasta ese momento eran los "Estados italianos".[106] En Costa Rica, el "Code" se consolidará también en la segunda mitad del ochocientos, en el año 1886.[107] A la parte de recibir el "Code" hemos recibido en amplia forma la doctrina de la escuela de la exégesis.

El primer dato que llama la atención en nuestro código es la ausencia del tan discutido artículo 4 del "Code". Esto quizás se pueda explicar por la enorme influencia del positivismo francés en nuestro país; que convenció a nuestros legisladores que en cuanto a las relaciones interprivadas, bastaba aquel Código a fin de regular la conducta social, sea para el presente como para el futuro. Con la idea del código, penetra también el dogma de la Plenitud Hermética del Derecho, se consolida la idea del "Estado de Derecho" en sentido liberal, centralizador, en efecto, la única fuente del derecho será la "ley". Nos encontramos en la segunda mitad del ochocientos, en una sociedad que basa su economía en la agricultura de pocos productos, mejor, en el monocultivo del café, se consolida una oligarquía rica y un gran sector pobre que no presenta al menos en este siglo mayores problemas sociales a la clase dirigente. Se deberá esperar al nuevo siglo, para ver como comienzan a explotar nuestros problemas sociales. Pero en esta época del ochocientos, el Código parece bastar en la mente de los liberales a fin de regular la problemática privada de los ciudadanos ya libres del imperio colonial español. La doctrina exegética es enseñada en nuestras escuelas de derecho e impondrá su autoridad por décadas, al punto que aún hoy en día sentimos su efecto. Llegan las traducciones de las obras de los clásicos franceses de la escuela de la exégesis; y con ellas se afirma el mayor exponente en versión "made in Costa Rica" de tal escuela; don Alberto Brenes Córdoba, quien publicará diferentes libros en el campo del derecho privado, y

---

104. ". . .Anzi, l'école de l'exégéne, pur proclamandosi contraria a ogni forma di valutazione, non si mantiene fedele alle premesse del suo programma, poiché, riferendosi alla "volontà del legislatore" per chiarire la norma e applicarla, abaandona il solido terreno del Code e si inoltre in un campo in cui non é facile eludere i motivi assiologici e le scelte personali 114. . .". CORRADINI, Domenico, *op. cit., supra*, pág. 60.

105. Es interesante ver el papel que toca jugar el intérprete-doctrinal (en práctica profesores, o bien autores de doctrina), quienes con su "autoridad persuasiva" la deberán limitar solamente al examen de las leyes y a un comentario de las mismas.

106. Noticias sobre la suerte del "Code" en Italia se pueden ver en: CORRADINI, Domenico, "*Garantismo e. . .*", op. cit., págs. 48 y ss.

107. Artículo final, Código Civil.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que aún hoy en día son considerados por algunos "verdad absoluta" en el derecho civil.[108]

La falta de aquel "artículo cuarto", me hace pensar a la presunción de parte de nuestros legisladores y juristas de la época,[109] repito, de que los códigos bastaban de por sí a obtener un sistema jurídico completo; y no es sino después de 72 años de vigencia del Código Civil, que el tantas veces citado artículo 4, aparece en la legislación de Costa Rica, en la llamada "Ley Orgánica del Poder Judicial" que entró en vigor el primer día del mes de enero de mil novecientos treinta y ocho, en las vísperas de la Segunda Guerra Mundial.[110] El texto dice: "Artículo 5. Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión. No habiendo ley aplicable al caso, fallarán con arreglo a los principios del derecho". Ha tenido que pasar más de medio siglo a fin de reconocer a nivel legislativo que el "Código" y el positivismo presentaban serios límites.

En la Costa Rica del ochocientos penetraron las ideas según las cuales era necesario organizar la sociedad como un "Estado de Derecho" en sentido liberal, la nueva república centroamericana, organiza los poderes del Estado siguiendo el esquema de Montesquieu; el poder político corresponde ser gestionado a la Asamblea Legislativa, la voluntad política ejecutada del poder ejecutivo y por último el poder (nulo) judicial, velará porque las leyes sean aplicadas correctamente.

De este modo, la idea según la cual el intérprete-juez es un operador técnico, entonces apolítico, penetra sin mayores resistencias, el objeto de atención de nuestros jueces será la "ley". Deberá "interpretar la Ley" no el dato social (valoración que compete al poder político, sea la asamblea legislativa), y a su vez se privilegia la forma interpretativa lógica-gramatical, que parece garantizar el efectivo funcionamiento del "Estado de Derecho". Toca ahora ilustrar cómo estas ideas han tenido un sentido dominante en nuestra jurisprudencia, y no es sino, que en las últimas décadas que tal equilibrio comienza a moverse por otros senderos.

Así tenemos:

> ". . .No hay que buscarle a las leyes un sentido que difiera de su texto manifiesto. . .".[111]
>
> ". . .Cuando el concepto de la ley es claro no debe desatenderse su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. . .".[112] ". . .Los jueces de derecho no pueden aplicar los principios de justicia y equidad, o de razón natural, en abstracto y a su leal saber y entender, sino cuando medie la necesidad de interpretar los preceptos legales aplicables, y esto con sujeción a las reglas de la hermenéutica legal. . .".[113]

En el último extracto es notable cómo aquella "necesidad", en mi opinión significa "en la eventualidad que la norma no sea clara", o bien "en aquellos casos extraños en los cuales su majestad la ley no da una indicación precisa". Es el sentido de resto, residuo, contrapuesto a lo armonioso y completo de la legislación.

Otras:

> ". . .La interpretación errónea sólo se opera cuando los jueces interpretan una norma con un sentido diferente al que realmente tiene. . .".[114] ". . .Una ley se interpreta con error cuando se le asigna un sentido inadecua-

---

108. ". . .El predominio del criterio exegético lo encontramos bien claro en las obras de D. Alberto Brenes Córdoba, que, en los capítulos introductivos de su "Tratado de las personas", nos dice cuando la ley adolece de oscuridad, "el procedimiento que conviene seguir es interpretarla, esto es, establecer o descubrir su verdadero sentido, cual es la idea que tuvo en mira el legislador al redactar la disposición, porque siempre que tal cosa fuere posible, hay que atenerse estrictamente lo que en ella se pretendió decir. . .". GUTIÉRREZ, Carlos José, *"Lecciones de Filosofía. . .*", op. cit., pág. 338.

109. La historia de nuestro parlamento (Asamblea Legislativa), está llena desde los tiempos del inicio de la República, de juristas que han pasado por sus aulas.

110. La fecha de entrada en vigor de la citada ley la debo a mi hermano, el Dr. Francisco Vargas Soto, quien me la comunicó por teléfono desde Costa Rica a mi residencia provisional en Pisa, Italia. Lo anterior porque de tal ley, en su publicación más difundida *"Ley Orgánica del Poder Judicial"*, Editorial Lehmann, S.A. dirigida por el Lic. Atilio Vincenzi, 1974, Costa Rica, no resulta la fecha de entrada en vigor.

111. Casación de 4 de setiembre de 1940, vs. Municipalidad de San José y otro. II sem., I Tomo, pág. 912.

112. Casación del 19 de junio de 1940. Sarmiento Fonseca vs. Gamboa Bonilla, I sem., tomo único, pág. 485.

113. Casación del 27 de junio de 1940. Charpentier Mora vs. Acuña Murillo y otro I sem., tomo único, pág. 525.

114. Casación de 1965. Sociedad Murciélago Ltda. vs. Sociedad "Sun Coast Sociedad de Responsabilidad Limitada". I sem., tomo I, pág. 104.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> do. . .".[115] ". . .Una ley se viola cuando el fallo realiza lo que prohíbe o dejándola de aplicar, no cumple con lo que dispone. . .".[116] ". . .Los tribunales de justicia no pueden desnaturalizar la ley por vía de interpretación, porque no es lícito distinguir donde la ley no distingue, aforismo éste que tiende a evitar que los jueces penetren en los dominios del legislador modificando sus disposiciones por medio de desautorizados distingos ya que cuando la ley no es dudosa sino comprendible sin mayor esfuerzo, no es lícito variarla a título de interpretación porque los jueces carecen de esa facultad, así se trate de una disposición inconveniente".[117]
>
> ". . .el órgano jurisdiccional, en la etapa inicial del juicio no les debe exigir, como se pretende, mayor amplitud en los hechos, fechas y otros detalles, cuando los suministrados por el actor, junto con los otros elementos, constituyen las tres posiciones indispensables de todo silogismo. . .".[118]

La interpretación en sentido o forma lógica-gramatical ocupa principalmente en la primera mitad de este siglo en Costa Rica, una posición dominante y de gran importancia. Es claro, es necesario saber ahora, que se nos dice en aquellos casos "rares et extraordinaires" en los cuales no se puede denegar justicia, pero se presentan lagunas (silencio de ley), oscuridad e insuficiencia. La respuesta que me parece ver es aquella según la cual el ordenamiento jurídico es autointegrable; y los métodos para hacerlo son aquellos de la sana hermenéutica legal, de nuevo la enseñanza primaria de la escuela de la exégesis.

> ". . .Del silencio de las normas legales deriva la posibilidad de interpretaciones. . .".[119]
>
> ". . .La aplicación analógica solo puede darse a falta absoluta de ley, siendo improcedente si ésta existe expresamente. . .".[120] ". . .La restitución de un enriquecimiento sin causa es una regla estimada tan general como la represión del dolo y ha sido calificada como una de esas raras reglas de derecho natural que dominan todas las leyes, aunque el legislador no haya tenido el cuidado de formularlas. . .".[121]

En caso de laguna nuestro Tribunal de Casación privilegia el uso de la analogía legis (semejanza por la materia similis) y si no es posible este método se recurre a los principios generales del derecho positivo (analogía iuris), en el primer caso es claro el sentido de la sentencia citada en la número uno, en el segundo es ejemplo claro la cita número dos.[122] Si el uso de parte del juez costarricense del argumento analógico, como medio interpretativo, me refiero a la analogía legis, como posibilidad de autointegración del sistema jurídico, no presenta mayor problema su aceptación al estudioso del derecho, me parece importante ver cómo justifica nuestra Casación el uso del argumento analogía "iuris", o la solución con base en los principios del derecho positivo (porque si usa principios del derecho natural rompería el dogma de la plenitud hermética del derecho, negando que el sistema jurídico sea completo). Nótese cómo en la sentencia citada al número dos, el argumento es el siguiente: ". . .La restitución de un enriquecimiento sin causa. . . es. . .una de esas *raras* reglas del derecho natural que dominan todas las leyes, aunque el legislador no haya tenido el cuidado de formularlas. . .". La Casación califica la restitución del enriquecimiento sin causa, un principio o regla del derecho natural, pero esta no basta para justificar su uso allá donde se privilegia el uso solo

---

115. Casación de 1953, Acosta Cubero vs. Cordero Loaiza, Cas. 96, II sem., tomo I, pág. 357.

116. *Ídem.*

117. Casación, Oreamuno G. vs. Marino, Cas. 3, I sem., tomo I, pág. 23, 1964.

118. Es el auto dictado por la Sala Primera Civil en ordinario de Enrique Barboza vs. Suc. de D. Tomás Fernández, a las 10,15 hrs. del 23 de junio de 1959. La cita la obtengo de: GUTIÉRREZ, Carlos José, "*Lecciones. . .*", op. cit., pág. 338.

119. Casación de las 10,30 hrs. de 10 de diciembre 1948, II sem., tomo único, pág. 863.

120. Casación de las 16:25 hrs. 25 noviembre 1948, II sem., tomo único, pág. 807, Morales vs. Loría.

121. Casación de las 15:55 hrs. del 28 de noviembre 1940, II sem., tomo único, pág. 1309, The Costa Rica Electric Light and Traction Company Limited vs. Municipalidad de San José.

122. Nótese que de la lectura de los extractos de sentencia antes citados, se desprende que el nuestro Tribunal de Casación no se muestra unitario, en el uso de los vocablos "interpretación" y "aplicación". En algunos momentos parece que son dos conceptos diferentes; "aplicación", usado para definir la operación del juez en sus relaciones con la ley escrita, en la cual encuentra una solución inmediata al caso que lo ocupa (interpretación de la ley en el sentido lógico-gramatical), "interpretación" para definir la actividad del juez a partir del momento que no encuentra una solución inmediata en una ley (interpretación con uso de argumento analógico, sea legis que Iuris), dando a entender que se trata de una actividad creativa del juez. O bien llama "aplicación" en las dos hipótesis anteriores, según se desprende de la citación número uno. O bien finalmente llama "interpretación" a toda la actividad o función que realiza el juez. Una "precisación" en este sentido se hace necesaria, pero a tal efecto es necesario abrir una polémica doctrinal que ayude al menos a clarificar tan delicada cuestión.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del derecho positivo, en específico de la ley escrita, y se piensa que la única fuente del derecho es el legislador.

Así que para saltar este obstáculo, la Casación argumenta que es una regla del derecho natural pero, positivada, porque es una rara regla del derecho natural que domina las leyes, aunque si el legislador no haya tenido el cuidado de formularlas, así de principio de derecho natural pasa a ser un principio general de derecho positivo no escrito, cerrándose en armonía y coherencia el sistema jurídico positivo, respetando el dogma de la plenitud hermética (porque el sistema jurídico se integra con reglas que se encuentran dentro del mismo) y no tocando las funciones del órgano legislativo.

La idea del código, las ideas de la escuela de la exégesis, la idea del intérprete-juez considerado como un técnico (entonces apolítico), privilegiándose la forma interpretativa lógica-gramatical, penetra en la cultura jurídica costarricense en el siglo pasado y tiende a dominar con gran fuerza durante toda la primera mitad del siglo XX.[123] En el esfuerzo de desligarnos de la cultura positivista, es necesario reconocer, como se ve del caso clamoroso de las "lagunas", que no son principios generales no escritos del derecho a colmar una laguna, sino, el ejercicio de parte del intérprete-juez de facultades legislativas que le competen dado un determinado equilibrio en la distribución del poder político, porque en esta materia no es posible evitar juicios de valor, y que ante una laguna intérprete-juez se encuentra de frente a un poder-deber que le permite crear nuevo derecho. En tal sentido ya vimos aun en aquella forma interpretativa llamada lógica-gramatical (a pesar de la traducción antigua que parece ligarla al concepto de "lex" que nos viene del derecho común), resulta imposible presentarla como una actividad puramente aplicativa, técnica, ausente de juicios de valor, debemos concluir que a la función del intérprete-juez corresponde la cogestión del poder político en la sociedad.

Y reivindicar el papel creativo del intérprete:

La medida en la cual compartirá tal poder con los restantes poderes del Estado y las fuerzas sociales, dependerá y se comprenderá cuando nos decidamos a analizar empíricamente y no dogmáticamente la distribución real del poder en nuestro país, con la conciencia clara que estos equilibrios están en constante variación allá donde la dialéctica democrática se encuentra en evolución.

BIBLIOGRAFÍA

BETTI, Emilio, *Interpretazione della Legge e Degli Atti Giuridici,* Editorial Giuffrè Milano, 1971, segunda edición.

BOBBIO, Borberto, *L'Analogia nella Logica del Diritto,* publicado por el Istituto Giuridico della Regia Università di Torino, 1938.

CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione Civile,* Editorial Fratelli Bocca, 1920.

CALASSO, Francesco, *Medio Evo del Diritto,* Editorial Giuffrè, Milano, 1954.

CATTANEO, Mario, *Illuminismo e Legislazione,* Editorial Comunità, Milano, 1966.

CORRADINI, Domenico, *Garantismo e Statualismo,* Editorial Giuffrè, 1971.

Il Criterio della Buona Fede e la Scienza del Diritto Privato, Editorial Giuffrè, 1970.

ENSAYO, *Le Codificazioni civilistiche dell'Ottocento,* en **Il Diritto Privato nella Società Moderna,** bajo la dirección de RODOTA, Stefano, Editorial Il Mulino, Bologna, 1971.

GALGANO, Francesco, *Storia del Diritto Commerciale,* Editorial Il Mulino, Bologna, 1976.

GORLA, Gino, *I precedenti storici dell'art. 12, disposizioni preliminari del Codice Civile del 1942,* en la revista **Il Foro Italico,** XCII, 1969, voz "Giurisprudenza" Enciclopedia del Diritto, Editorial Giuffrè, tomo XIX, Milano, 1970.

123. Este no significa no reconocer que existen muestras de comportamientos de nuestros tribunales, a fin de utilizar otras formas interpretativas más modernas, tímidamente desligándose poco a poco de la influencia exegética, entendida como el planteamiento general hasta aquí desarrollado. Esta realidad si bien reconocida merece la continuación futura ideal de este ensayo, por ahora mi limito a los marcos fijados de esta investigación.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA MUERTE DE MARGIE VELMA BARFIELD Y LA PENA CAPITAL

(Un caso de violación de derechos humanos)

LIC. WILBERT ARROYO ÁLVAREZ

ÍNDICE

Pág.

Introducción 60

Capítulo I. De la pena de muerte y su abolición. 60
Sección I. Tendencia abolicionista 61
Sección II. Tendencia no abolicionista. 63
Sección III. La discusión. 64

Capítulo II. Tendencia abolicionista de la pena de muerte en el Derecho Internacional 66
Sección I. Normativa jurídica internacional sobre la pena de muerte 66
Sección II. La pena de muerte en la investigación social y la política en los organismos internacionales 70

Capítulo III. La pena de muerte y su abolición en Costa Rica. 73
Sección I. La pena de muerte y su evolución en el orden constitucional 74
Sección II. La pena de muerte y su evolución en el orden legal 76
A. Los códigos penales 76
B. Ley de 29 de agosto de 1833 77

Sección III. Tres causas penales con la ejecución de la pena capital 77
A. Pena de muerte contra Petronila Alvarado 78
B. Muerte a Antonio de la Trinidad Chavarría 78
C. Muerte a José Zamora 78

Conclusión. 79

Bibliografía 80

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

El hecho que me indujo a realizar esta pequeña monografía ha sido la muerte de la anciana Margie Velma Barfield, condenada a la pena capital por los Tribunales de Carolina del Norte, Estados Unidos, en 1978 y ejecutada la pena el 2 de noviembre de 1984. Este caso, como muchos otros que se han dado en la historia de la humanidad, lleva a meditar profundamente sobre el delicado problema de la pena de muerte y su razón de ser.

Cuando se vive en un país en que se ha abolido la pena de muerte hace más de un siglo, se hace casi imposible concebir que ella sea aplicada en otros puntos del planeta por mandato de ley, sin vacilación alguna, como algo que debe ser. ¿Cómo es posible que se mate, en nombre de la sociedad, a un miembro de ella? ¿Cómo es posible que se crea que la ejecución de esta pena da ejemplo e intimida a los otros individuos del gremio social a que no cometan iguales infracciones a sus reglas? ¿Cómo es posible que se dé muerte al hombre por el hombre mismo? ¿Cómo es posible tanta barbarie en una sociedad que se dice civilizada? Resulta tan difícil encontrar respuestas positivas a estas interrogantes. Mucho se ha dicho sobre el problema de la "pena de la vida" encontrando posiciones casi todas extremas entre abolicionistas y en favor de ella. En cada una de ellas se han revisado minuciosamente sus fundamentos y ello ha sido para bien pues la tendencia abolicionista es la que se afianza cada día más en el pensamiento del hombre contemporáneo.

Desde el siglo XVIII, con Beccaria, hasta el presente siglo la tendencia a abolir la pena de muerte ha tomado auge y ello hace llenar de gozo el espíritu del hombre que ahora, imbuido de optimismo en su futuro y seguro de que sus derechos (entre ellos el sagrado derecho a la vida) se le han de respetar y proteger efectivamente.

CAPÍTULO I
DE LA PENA DE MUERTE Y SU ABOLICIÓN

"Margie Velma Barfield, mayor de 51 años, será ejecutada el 2 de noviembre de 1984. Fue sentenciada a muerte el 2 de diciembre de 1978, tras ser hallada culpable de la muerte por envenenamiento de su antiguo prometido Stewart Taylor, en febrero de 1978.[1] Margie Barfield, quien —según se informó— dependía de tranquilizantes antidepresivos y otras drogas en la época en que ocurrió el crimen, ha rehusado la acusación alegando locura".[2]

Margie Velma Barfield ha sido muerta por inyección letal, mientras sus dos hijos le vieron morir poco a poco, en casi diez minutos de apacible agonía. Y así como ella, muchos han muerto en la horca, el paredón, la silla eléctrica, la cámara de gas, etc., desde inmemorables épocas de la humanidad. Se les ha dado muerte como lo haría el peor de los asesinos; sin perdón y consideración alguna. ¿Cuál ha sido la razón para que el hombre aplique a sus semejantes esta pena?; ¿por qué se aplica a ciertos hechos, considerados delictuosos y a otros no?; ¿por qué es abolida en algunos Estados y por qué se mantiene en otros?; si con pena de muerte se castiga al que ha cometido un asesinato ¿con qué pena más fuerte se castigará al que ha cometido diez? Si con la pena de muerte se castiga el robo ¿con qué pena se castigará el robo y homicidio? Si el salteador de caminos ve que la misma pena le amenaza por el robo solo que por el robo y el asesinato, comenzará sin duda asesinando para tener menos denunciadores y testigos de su crimen; ¿cuándo es absolutamente necesaria?

---

1. La prensa nacional dio noticia de su muerte. La Nación describió cómo una "Inyección letal puso fin a vida de abuela en Estados Unidos". La prensa dice que Velma había dado muerte, en el mismo acto, a su novio, su madre y dos amigos de la casa, al hacerles ingerir Pentatol de Sodio. La anciana murió rodeada de personas que exigían su muerte y de otros que suplicaban se le perdonara. Entre estos estaban sus dos hijos, que le vieron morir a las 12:15 hrs. am.m. *La Nación*, 3 de noviembre de 1984, pág. 33 A.

2. AMNESTY INTERNATIONAL. *Acción urgente*, U.A. 228/84. Pena de muerte. 6 de setiembre de 1984. USA (Carolina del Norte): Margie Velma Barfield.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

¿La pena de muerte se aplica para evitar que un delincuente reitere sus delitos? Pero por esa misma razón se debía aplicar al frenético y rabioso, de quien la comunidad teme todo. Si hay confianza en estos ¿por qué no la tenemos de los otros?; ¿disminuye la delincuencia con la aplicación de la pena capital? ¿Aumenta la criminalidad si tal pena es abolida en el sistema? Estas y otras interrogantes resultan ante esta realidad. Contestar en humilde medida, unas y otras, es el propósito del presente.

La pena de muerte, conocida también con los nombres de pena capital, pena de la vida o pena ordinaria, es privar de la existencia, por un delito cometido, al condenarlo a ella por sentencia firme de juzgador competente.

La pena capital se ha aplicado desde todos los tiempos, pertenece a las instituciones que se han aplicado en todos los estadios de la humanidad, en todo grupo humano. Se ha aplicado pese a la tendencia abolicionista que gana terreno, sin constituir la situación legislativa predominante en los diversos países. "En la historia de los pueblos de la antigüedad la pena de muerte es uno de los hechos más antiguos; sus impulsos originarios se engendran en el instinto de venganza. Al delincuente enemigo del grupo se le elimina por igual motivo que a los animales dañinos".[3] De la licitud del Estado y autoridades judiciales para imponer esta pena, y de la ejemplaridad de la misma, se ha discutido a lo largo de muchos años. Se invocan preceptos de todo tipo: desde el bíblico de "no matarás" (a pesar de que la realidad fue que en la ley mosaica se condenaba a muerte en gran cantidad de delitos) hasta los argumentos pietistas, como el de que existe posibilidad de error en la decisión judicial y cometerse un crimen irreparable. Los defensores de dicha institución alegan, por su parte, que los que incurren en los delitos más perversos, por seguridad de la comunidad y para evitar gastos innecesarios (como los que implica la prisión: alimentación, abrigo, techo, etc.), deben eliminarse de la faz de la tierra, por medio de su muerte. También que la pena intimida y da ejemplos a los otros individuos de la comunidad para que se abstengan de realizar estos hechos delictuosos.

Una y otra posición serán tratadas a continuación.

SECCIÓN I. TENDENCIA ABOLICIONISTA.

La legitimidad de la pena de muerte no había sido realmente discutida hasta que César Bonesana, marqués de Beccaria, publica "Dei delitti e delle pene" ("De los delitos y de las penas") en 1763. Sin embargo no faltan precursores como San Agustín y el Padre Sarmiento. Incluso, diez años antes de aquella obra de Beccaria, el abolicionista triunfa en los ukases de la Emperatriz de Rusia, Isabel, en 1754, quien ha de abolir la pena de muerte para los delitos comunes, conservándola para los políticos. Con todo ello, sin embargo, no había discusión pública sobre el punto y es Beccaria quien examinará "si la pena de muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado".[4] La conclusión a la que llega es "NO". Beccaria se resiste a admitir que en el Pacto Social los hombres hayan hecho renuncia de su derecho a la vida. "¿Quién sería jamás el que hubiese querido dejar a los demás hombres la libertad de matarle? ¿Cómo puede nunca estar contenido en el sacrificio mínimo de libertad de cada uno, el del mayor de todos los bienes, cual es la vida? Y si así se ha hecho ¿cómo concertar este principio con el otro de que el hombre no es dueño de matarse él? ¿Debería, sin duda, serlo para que pudiera conceder ese derecho a otro o la sociedad entera?".[5] Luego, ya superada la teoría del Pacto Social, Beccaria, conduce la discusión a motivos psicológicos más perennes: "Cuando la experiencia de todos los siglos, en los que la última pena no ha logrado impedir jamás que los hombres atrevidos ofendiesen a la sociedad; cuando el ejemplo de los ciudadanos romanos y veinte años de reinado de la Emperatriz Isabel de Rusia, en los cuales dio a los soberanos este ejemplo ilustre que por lo menos, equivale a muchas conquistas compradas con la sangre de los hijos de la patria; cuando todo esto

3. MAYORGA RAMÍREZ, Francisco, *La Pena*, Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 1963, pág. 52.

4. BECCARIA, Cesare, *"De los delitos y de las penas"*, Madrid, Biblioteca Aguilar de iniciación jurídica, 1976, pág. 114.

5. *Idem*, pág. 114. "Beccaria, invero, avera negato alla società il diritto di uccidare una dei suoi menbri, partendo dalla premessa che lo Stato trova la sua origine nel contratto sociale, per cui non ritineva 'possibile che i consociati le avessero ceduto il dirit o di togliere loro la vita' ". PISAPIA (Gian Domenico) Il problema della pena di morte e la sua attualitá, en *Comunicações*, Faculdade da dereito da Universidade da Coimbra, Coimbra, Gráfica da Coimbra, 1967, pág. 10.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no persuadiese a los hombres que juzgan siempre sospechoso el lenguaje de la razón y eficaz sólo el de la autoridad, bastaría consultar la naturaleza del hombre para conocer la exactitud de mi afirmación".[6] Concluye Beccaria diciendo que "para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menor de todas las posibles en aquellas circunstancias, proporcionada al delito y dictada por la ley".[7] Para Beccaria las penas de libertad son más útiles a la sociedad y por ello sostiene que: "La pena de muerte se convierte en un espectáculo para la mayor parte; en un objeto de compasión mezclada de desdén para algunos y sentimientos que ocupan el ánimo de los espectadores más que el saludable terror que la ley quiso inspirarles. La muerte impuesta a título de castigo contribuye a mantener en los hombres sentimientos de ferocidad que las leyes, deberían cuidar de extinguir".[8] Dice el autor que "Los sacrificios humanos fueron comunes a casi todas las naciones; ¿y quién osaría, por eso, defenderlos?. . . la historia de la humanidad nos da la idea de un piélago inmenso de errores entre los que flotan pocas y confusas verdades muy distintas entre sí".[9]

Así, como Beccaria, los abolicionistas, sostienen como puntos esenciales, los siguientes:

1) La pena de muerte es irrevocable.
2) No existe prueba verdadera del poder disuasorio de la pena de muerte.
3) Ejecutar a una persona, sea cual fuere el método empleado y el tipo de delito, es una pena cruel, inhumana y degradante.

Sobre el punto 1) es bien sabido que la justicia está en manos de hombres y por lo tanto sujeta a errores de todo tipo,[10] situación ella a la que pueden contribuir una serie de factores, como: a) representación legal inadecuada incompetente, b) papel del juez o el jurado, c) el papel de la policía y de servicios psiquiátricos y libertad condicionada, d) cuestiones de procedimiento. El juez y el jurado, aun cuando la ley les impone deber de fallar sin prejuicios personales, muchas veces se ven influidos por ellos al considerar una situación y la pena de muerte, sumidos a aquel subjetivismo. En cuanto al punto que nos refiere a la policía, es bien sabido que ella cuenta sólo con recursos limitados por lo que sus investigaciones no resultan ser precisas e imparciales. Los procedimientos resultan ser en la mayor parte de las veces arbitrarios. En muchos sistemas se ha invertido el peso de la prueba por delitos capitales, imponiendo una presunción de culpabilidad más que el de inocencia.

Con relación al punto 2) el argumento que basa la legitimidad de la pena capital es el carácter disuasorio de la misma: un individuo que se verá disuadido a cometer ciertos hechos delictuosos si sabe que el mismo se castiga de esa manera. Hay creencia generalizada de quienes están a favor de la pena de muerte de que el carácter disuasivo es de sentido común, sea cual sea el sentido del término. No toman en cuenta que la mayoría de las víctimas de homicidio son muertas por alguien que las conoce o cuya mente es confusa. Es tan difícil pensar que el que comete un delito (premeditado o no) considere la pena para disuadirse o para ejecutar aquél.[11] Se ha probado que la existencia de la pena de muerte para ciertos delitos no hace que sean más. La mayor parte de los Estados del planeta han reducido la lista de delitos a los que se les aplicaba la pena. Sin embargo, por otro lado, hay países que están aplicándola a ciertos hechos, hoy considerados delictuosos, como los delitos de dro-

---

6. BECCARIA, *op. cit.*, pág. 116.
7. *Ídem*, pág. 118.
8. *Ídem*, pág. 117.
9. *Ídem*, pág. 123.
10. "Cualquier otra pena impuesta, al comprobarse el error puede ser suprimida y reparada en la medida en que aún no se cumplió. Pero, en cambio, la pena de muerte, una vez ejecutada, es irreparable, aunque se descubra que hubo un error judicial". RECASENS-SICHES, Luis, *La pena de muerte, grave problema con múltiples facetas*, en, Comunicações, Faculdade da dereito da Universidade da Coimbra, Coimbra, Gráfica da Coimbra, 1967, pág. 20. Mancini dice que "La irreparabilidad de la pena de muerte. . . no puede constituir argumento decisivo contra ella, por la posibilidad de error (excepcionalísima) es propia de todas las penas, porque se toman las más escrupulosas precauciones para prevenir los errores, porque el indulto puede intervenir cuando surja el más leve indicio de error, y, en fin, porque si es un hecho, es necesario el riesgo de error, no puede convertirlo en innecesario como sucede en las operaciones quirúrgicas". MAYORGA RAMÍREZ, Francisco, *op. cit.*, pág. 55.
11. "En cierta ocasión, el Capellán de la prisión inglesa de Bristol informó, que de 167 individuos que estaban en capilla, 164 habían presenciado la ejecución de otros, lo que no impidió que poco después ellos mismos cometieran crímenes capitales. Gabriel Tarde, dice: "que las ejecuciones públicas excitan el espíritu de imitación de los candidatos al crimen". *Ídem*, pág. 55.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gas, crímenes de carácter económico y ciertos crímenes violentos.

El punto 3), la crueldad del castigo. La pena de muerte es cruel pues se impone y la persona condenada, sabedora de aquella, sufre la angustia de su espera. Es tan grande el temor del condenado que la espera misma se constituye en una pena de tortura, angustiosa, que es antesala de la pena de muerte.[12] Por otra parte, la tortura física del método empleado es inhumano. Condenada una persona a la silla eléctrica está expuesta a que su muerte no sea instantánea sino que es posible que sufra quemaduras severas antes de la descarga fatal.[13]

Se han declarado en contra de esta pena, entre muchos otros, Carrara, Carmignani, Persina, Crinellati, Mancini, Cuello Fragoso, Gueiro, Barnardo de Quidos, Boaventura de Sousa Santos, José Rafael Mendoza Trogonés, Pisapia. En Costa Rica, José Astúa Aguilar, Anastasio Alfaro.[14]

SECCIÓN II. **TENDENCIA NO ABOLICIONISTA.**

Algunas de las razones que se invocan para mantener la pena de muerte son:

1) Para delitos censurables por toda la comunidad, el único castigo o pena que le cabe es la capital.
2) La pena de muerte es de carácter disuasivo.
3) A la sociedad sólo se le protege si se mata al infractor de sus leyes.

Muyart de Vouglans, replicando a Beccaria, dijo "¿Qué pensar de un autor que pretende levantar su sistema sobre las ruinas de todas las nociones aceptadas hasta ahora; que, para acreditarlo, abre proceso a los países civilizados; que no perdona legislaciones, magistrados ni jurisconsultos?".[15] Es bien sabida la definición que de la pena de muerte da Muyart de Vouglans: "Venganza de satisfacción que la ley ejerce en el autor del crimen por medio de sus ministros".[16] Y cuando la pena se convierte en venganza puede tomar las formas más atroces de muerte.

Hubo reacción a la postura de Beccaria en un corto tiempo posterior a sus escritos. Luego ya no se vuelve a hablar del asunto, hasta que Mably y Filangieri, replican a Beccaria, con sus teorías pactistas. Asimismo Javier De Maitre, en un tono poco usado, declara que la pena de muerte más que de Derecho Natural es de Derecho Divino, sagrada e inviolable. Va a concebir al mundo como un gran altar en el cual todo debe inmolarse como perpetua expiación del mal causado por el hombre, libre en su tierra. Famosas son las palabras de De Maitre, quien al hablar del verdugo dice que es "la piedra angular" de la sociedad, cuya implacable reprobación suele verse una de las condenaciones íntimas más convincentes de la pena de muerte. "Del derecho de penar resulta la existencia necesaria de un hombre destinado a imponer a los crímenes los castigos decretados por la justicia humana; y, en efecto, encuéntrase ese hombre en todas partes, sin que haya medio de explicar su aparición, porque no acierta la razón a descubrir en la naturaleza del hombre motivo alguno capaz de determinar la elección de semejante empleo. ¿Qué ser inexplicable es ese que ha preferido a otros muchos oficios agradables, lucrativos y honrosos, . . .el de martirizar y dar muerte a sus semejantes? ¿Están formados esa cabeza y ese cuerpo como los nuestros? ¿No contienen algo particular y extraño a nuestra naturaleza?" ". . .a una lúgubre señal, acude a llamar a su puerta un ministro abyecto de la justicia y le advierte que son necesarios sus servicios. Parte y llega a una plaza pública, llena de una multitud ansiosa y palpitante. Entréganle un envenenador, un parri-

---

12. Por ejemplo, a Velma Barfield se le sentenció a muerte desde el 2 de diciembre de 1978 y no es sino hasta siete años después que es ejecutada la pena (2 de noviembre de 1984).

13. Así como, v. gr. sufrían aquellos que se les daba muerte con el hacha por un torpe verdugo. "Tal fue, por ejemplo, el famoso y espeluznante caso del duque de Monmouth, en Inglaterra, que habiendo entregado seis guineas al verdugo Juan Ketch para que le matase bien y no le diera tres o cuatro hachazos como hizo con lord Russel, luego recibe una serie de ellos en la cabeza y mientras se agita sin morir ve que el verdugo arroja el instrumento al suelo, gritando: 'No puedo, me falta valor', y que por fin coge de nuevo el hacha, le da dos golpes más y todavía hubo de acabar de amputarle la cabeza a tajos de cuchillo. . .". SUEIRO, Daniel, *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*, Madrid Ed. Alfaguara, 1974.

14. CARRARA, CARMIGNANI, PESSINA, CRIVELLATI, MANCINI e tanti altri puntualizzaranono gli argomenti che Beccaria aveva solo intravisto; precisando che la pena di morte non e necessaria, e inutile e, soprattutto, e irreparable" PISAPIA, *op. cit.*, pág. 101.

15. SUEIRO, Daniel, *La pena de muerte: Ceremonial, historia, procedimientos*, Madrid, Ediciones Alfaguara, 1974, pág. 37.

16. *Ídem*, pág. 37.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cida o un sacrílego. Apodérase de él, le tiende en el suelo, le ata en el poste y alza el brazo, reina un horrible silencio, interrumpido por el crujido de los huesos de la víctima. . . Concluye, por fin, y le late el corazón de gozo. Se aplaude a sí propio y se dice interiormente: 'nadie sabe ejecutar como yo'. Baja del tablado, tiende la mano manchada de sangre y la justicia le arroja desde lejos unas monedas que se lleva por entre dos hileras de hombres que se apartan horrorizados. . . ¿Es un hombre? Sí; Dios le recibe en sus templos y le permite orar. Ningún elogio moral puede convenirle, porque todos suponen relación con los hombres y él no las tiene".[17]

Para Garófalo, la pena capital es el único medio para que se dé lo que él llama selección artificial que la sociedad debe realizar para subsistir, eliminando aquellos individuos "antisociales e inadaptables a la vida social".[18] Otro medio no puede ser realmente efectivo por las posibilidades de fuga, resoluciones o indultos "que abran las puertas de la cárcel a esos temibles criminales".[19] Sin embargo sería necesario para realizar una selección artificial, aplicando pena capital, verdaderas hecatombes de criminales, que repugnaría a todo pueblo civilizado.

Se ha invocado, en favor de la pena capital que, aun cuando parezca atroz, son más crueles los medios propuestos para reemplazarla, que, como la prisión perpetua, es más intolerable que la misma muerte, y si se atenúan las modalidades de su ejecución, constituiría una pena inadecuada, por su suavidad, para los grandes criminales.

Kahl la considera "como la única garantía para el futuro ante el espantoso aumento de la criminalidad".[20]

Mancini dice que la pena de muerte intimida, pues si bien se conoce el número de los que han cometido delitos capitales (a pesar de esa pena) no se conoce el número de los que se han abstenido de esos delitos por temor a la misma. Dice que la eficacia intimidatoria de la pena capital "la prueban las estadísticas criminales que muestran un aumento de los asesinatos y homicidios en aquellos que han abolido la pena capital o que aún conservándola no la aplican".[21]

Santo Tomás, uno de los más ardientes defensores de la pena de muerte, sostuvo que ella es la única que hace conservar el cuerpo social. El príncipe, encargado de ello, debe, como el médico, "amputar el miembro infecto para conservar el resto del organismo".[22] Y ha dicho que "La vida de ciertos individuos perniciosos estorban al bien común que es la armonía de la sociedad humana. Semejantes hombres han de ser quitados por medio de la muerte, de la sociedad de los hombres".[23]

SECCIÓN III. LA DISCUSIÓN.

Como quiera que sea, de Derecho Natural o de Derecho Divino, son hombres, de juicios falibles, los que administran justicia e imponen una pena de muerte que es irreparable en el error judicial. Desde Voltaire a Guiriati, es reiterada la literatura sobre los errores judiciales. Todos han debido coincidir en que es preferible la impunidad de todo malhechor al castigo de un solo inocente. Otro defecto que se le atribuye a esta pena es su pretendido carácter ejemplarizante.[24] Jeremías Bentham, en su "Tratado de las penas y las recompensas" de 1811, sostuvo que mientras los legisladores pertenecen a una casta psicológica de hombres que temen la muerte y que, por consiguiente, se la imaginan como el mayor de los castigos, los malhechores suelen salir de otra que no concede a aquella valor tan alto; de suerte que impuesta como pena suele ser para ellos ineficaz, tanto más que las probabilidades de impunidad son muchas.

---

17. *Ídem*, pág. 39.
18. MAYORGA RAMÍREZ, *op. cit.*, pág. 56.
19. *Ídem*, pág. 57.
20. *Ídem.*
21. *Ídem*, pág. 58.
22. *Ídem.*
23. DOBLES MONTERO, Rolando, *La pena de muerte*, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1961, pág. 67.
24. "Las comparaciones de índices de criminalidad en los diversos países que han mantenido o abolido la pena de muerte no indican que la amenaza de ejecución haya sido eficaz en la prevención de delitos merecederos de la pena capital". AMNESTY INTERNATIONAL. *Amnistía Internacional y la Pena de Muerte*, 1979, pág. 4.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Es inútil para los malos como para los buenos, deficiente como pena y enormemente peligrosa.

Las ideas sobre el tema de la pena de muerte van cambiando lentamente, orientándose por su abolición. El correccionalismo se difunde en el mundo, dentro de un nuevo ambiente ideológico y la pena de muerte en lo legislativo, resulta caduca como institución penal.

El punto de vista de la justicia absoluta, del retribucionismo o merecimiento, era totalmente anacrónico. El problema, más que cuestión de principios, era una cuestión de hecho, de necesidad, de utilidad práctica, sometido a los estados de conciencia ante el movimiento local de la criminalidad. Veinte años después de la aparición del libro de Beccaria, La Toscana, en la famosa Ordenanza de Pedro Leopoldo, de 1786, es el primero de los Estados que, definitivamente, vino a abolir la pena de muerte. En 1791, un proyecto de abolición, fue presentado a la Cámara en Francia. Robespierre le combate: víctima futura de la guillotina. La Ley de 4 de Brumario del año IV va a abolir la pena de muerte. Pero por azar del destino vuelve a establecerse por Ley de 8 de Nivoso del año X, hasta el presente. Hacia la mitad del siglo XIX y el presente, las legislaciones europeas toman impulsos abolicionistas: Gran Bretaña (1835); Grecia (1862); Portugal (1867); Suiza que en 1879 da a los Cantones la facultad de restaurarla; Holanda (1881); Italia (1889); Suecia (parcialmente, 1921); Islandia (1928); Dinamarca (abolida parcialmente, 1930); Alemania (1949); Austria (1968); Finlandia (1972). Hacia el siglo pasado y la mitad del presente siglo en África solo Mozambique, ha abolido esta pena. En Asia y Australia no aparece ningún Estado que hasta la fecha la haya abolido. En América: Estados Unidos (los estados abolicionistas son la minoría. Los estados que no tienen leyes sobre pena de muerte son: Alaska, Hawai, Iowa, Kansas, Massachusetts, Maine, Michigan, Minnesota, Dakota del Norte, Oregón, Dakota del Sur, Virginia del Oeste y Wisconsin. Estados con pena de muerte declaradas inconstitucionales: Nueva Jersey, Nuevo México, Nueva York, Pennsylvania y Vermont. Jurisdicciones no estatales: Guam, Puerto Rico, Islas Vírgenes, Distrito de Columbia); Canadá (1976, fue abolida para delitos de asesinato, traición y piratería); Brasil (1882, en 1969 se implanta a delitos políticos); Costa Rica (1882), Ecuador (1897); Honduras (1906); Panamá (1903); República Dominicana (1966); Uruguay (1907); Venezuela (1863).[25] Es una verdad que el número de Estados que conservan la pena de muerte excede al número de los que la abandonaron.

La pena de muerte y su doctrina invocada para mantener la ley de la selección, está desapareciendo lentamente. En vano se buscaría fundamento a la pena en la obra de Darwin, como "selectiva". Häckel ha afirmado que la pena de muerte obra de una manera inmediatamente bienhechora, por ser un procedimiento artificial de selección. Ya Enrique Ferri hizo notar que el punto de vista seleccionista debe ser completo en la vida natural y en la vida social con el punto de vista de la adaptación al medio; de suerte que la influencia del medio social en la patología del delito debe tener tanto valor cuando se trata de la sanción contra el delito como cuando se busca la readaptabilidad del condenado, a la vida social. Si se busca en la justicia penal una función de selección artificial, habría que tener valor lógico-práctico de aplicarla en gran escala, verdaderas hecatombes que superarían a las proporciones en que la pena capital se aplica en tiempos pasados. Ya De Fleury y Garófalo estaban por la "Suavización de los medios y la multiplicación en el número de ejecuciones".

La criminalidad actual, aun cuando no es menor sí es menos brutal que en los tiempos bárbaros. Sin embargo, a pesar de que toda la criminalidad sigue mostrando el tipo de hombre que, en lucha con la vida, desenvuelve métodos y medios de agresividad adquisitiva y destructiva que crean peligros sociales de poca defensa una parte pequeña de la sociedad —clases cultas directoras— estiman que sin otro sentido que el de eliminación y selección consiguiente, la pena de muerte puede ser de utilidad aplicada ampliamente, como en Derecho antiguo, pero en condiciones que harían entrar esta aparente regresión en la ley de la espiral ascendente que para muchos simboliza y expresa la curva de trayectoria de la humanidad en el tiempo. Condiciones como la reducción de la pena a la rá-

25. AMNESTY INTERNATIONAL. *La pena de muerte*. Informe de Amnistía Internacional, International Publications, 10 Southampton Street, Londres, 1979, págs. 37-197.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pida extinción de la vida por métodos seguros (como el cambio de la tortura seguida de muerte y el método (v.gr.) de aplicación de la inyección letal). Otra condición sería la no publicidad de la ejecución —para evitar el contagio del delito entre los predispuestos que concurran al espectáculo—. Sin embargo, con todo y todo, no se le puede aceptar de ninguna forma, sin ningún juicio. Por el contrario, se sostiene, con Fragoso, que:

> "A pena de morte deve ser abolida porque a abolição, constitui exigencia irresistivel da cultura de nossa época. Sao irrelevantes os argumentos a favor de sua 'legitimidade'. Sao irrelevantes a discutíveis o de sua exemplaridade e o de seu efeito intimidativo".[26]

CAPÍTULO II
TENDENCIA ABOLICIONISTA DE LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

> "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. . . Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (Declaración Universal de Derechos Humanos proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948).

En el año de 1971, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2857, de 20 de diciembre, sostuvo "la conveniencia de abolir esa pena en todos los países".

En el ámbito del *Derecho Internacional* el tratamiento que se le ha dado a la pena de muerte se ha caracterizado por su marcada tendencia abolicionista. La anterior hipótesis se ha de probar sobre el análisis de los principales cuerpos de normas jurídicas internacionales. Entre ellos están: a) *La Declaración Universal de Derechos Humanos* (Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 217 Q (III), de 10 de diciembre de 1948), b) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966; entra en vigencia 23 de marzo de 1976), c) *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) (aún no vigente pues de los 11 países que se necesitan para ello sólo seis (Colombia, Costa Rica, Haití, Honduras y Venezuela) lo han hecho, d) *Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,* e) *Convención de Ginebra* (de 12 de agosto de 1949).[27] Asimismo se considerará las funciones realizadas por distintos organismos internacionales, en especial la ONU, que ha tratado el problema de la pena de muerte, tanto desde el punto de vista de la investigación social como desde el ángulo de la decisión política.

SECCIÓN I. NORMATIVA JURÍDICA INTERNACIONAL SOBRE LA PENA DE MUERTE.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, fundamental cuerpo de normas jurídicas en el nuevo orden internacional, de diciembre 11 de 1948, prescribe, claramente, que "Todo individuo tiene derecho a la vida. . ." (art. 3), disponiendo de seguido en su artículo 5, que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Esas normas universales encuentran eco en la normativa jurídica internacional americana que en el artículo 1º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dice: "Todo ser humano tiene derecho a la vida. . .". De ellos, sin embargo, no se extrae sino disposiciones generalísimas sobre el derecho a la vida y adquie-

---

26. FRAGOSO (Heleno Claudio), *Pena di morte,* en Comunicações II, Faculdade da dereito da Universidade da Coimbra, Coimbra, Gráfica da Coimbra, 1967, pág. 76.

27. AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, pág. 20.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ren implícita importancia cuando se refieren a la problemática de la pena de muerte, por ser contraria a aquel derecho.

De toda la normativa internacional resulta imprescindible el análisis del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en vigencia desde el 23 de marzo de 1976, quien, a la letra, en su artículo 6, dispone:

> "1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
>
> 2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
>
> 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio, se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.
>
> 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena capital y podrán ser concedidos en todos los casos.
>
> 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
>
> 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital".[28]

Resulta de interés fundamental la referencia correcta que hace el Pacto, en este artículo, al derecho a la vida. Según estudio realizado por "Amnesty International",[29] son cuatro las conclusiones que se derivan de esta norma: a) La pena de muerte como excepción al principio que protege el derecho a la vida que tiene todo ser humano; b) La pena capital como algo transitorio y pendiente de abolición; c) Los únicos países que se benefician de la excepción son aquellos en donde no se ha abolido la pena capital; d) Se hacen necesarios criterios específicos y garantías de procedimiento para justificar el recurso a la pena capital. Sólo se podrá imponer por "los más graves delitos". Las garantías de procedimiento que se deben respetar antes de ampliarse la pena de muerte son: 1. el veredicto final debe emanar de un tribunal competente; 2. el acusado debe tener derecho de apelar por indulto o conmutación de la sentencia; 3. debe el condenado contar con 18 o más años de edad al momento de la comisión del delito, sin que pueda incluirse a una mujer en estado de gravidez. Cabe anotar aquí que el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala también límite máximo de edad del condenado a muerte, para aplicarle dicha pena, disponiendo que aquél no puede tener "más de setenta años". En el artículo 4 del Pacto, en su cláusula 1, dice que "En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna. . .". Inmediatamente, en su cláusula 2, señala que "La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6. . .".[30] Con esto sólo se pretende, como bien sostiene Amnesty International, que "no haya excusa alguna para reintroducir la pena de muerte, cualesquiera sean las dificultades internas o externas que pueda estar enfrentando un gobierno".[31]

El artículo 6 del Pacto viene a ser el "modelo", base de la normativa que, sobre el derecho a la vida, prescribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en su artículo 4, que, a la letra, dice:

> "Artículo 4. Derecho a la Vida
>
> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la

28. MORA (Fernando), *Derechos humanos. Aspectos prácticos de su defensa internacional*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1982, pág. 131.

29. AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, pág. 21.

30. MORA (Fernando), *op. cit.*, pág. 131.

31. AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, pág. 21.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delito político ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente".[32]

De las comparaciones principales que se pueden apuntar, respecto al artículo 6 del Pacto, se tienen las siguientes: En la cláusula 1 se establece, de modo explícito, que el derecho a la vida será protegido por la ley, "a partir del momento de la concepción" (ver cláusula 1, Pacto). En la cláusula 2, es explícito al decir "Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente" (ver cláusula 2, Pacto). En la cláusula 3 dispone que no podrá reintroducirse la pena de muerte, Estados que la hayan abolido; en el Pacto (cláusula 6) ella está implícita. En su cláusula 4, la Convención va más allá que el Pacto, pues dispone que la pena capital no se puede aplicar a delitos políticos ni conexos al político. La cláusula 5, dispone igual que el Pacto (cláusula 5) que no se aplicará la pena capital a personas menores de dieciocho años de edad ni a las mujeres en estado de gravidez. Sin embargo, la Convención fija un máximo de edad, que es a los setenta años. La cláusula 6 de la Convención dispone que puede solicitarse, por el condenado, el indulto o la conmutación de la pena y la amnistía, en todos los casos. Sin embargo, agrega que "No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente". La convención no establece nada al caso en que la privación de la vida constituye delito de genocidio.

Al igual que el artículo 4 del Pacto, el artículo 27 de la Convención permite suspender algunas de las garantías, "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención. . .". De seguido en la cláusula 2 de este mismo artículo, dispone, sin embargo, que lo prescrito anteriormente "no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: . . . (Derecho a la vida)".[33]

La Convención Europea sobre Derechos Humanos, en su artículo 2 dice, a la letra:

"1. El derecho de la persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;

b) para detener a una persona conforme al derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;

c) para reprimir de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección".

En opinión de "Amnesty International" este artículo "resulta desconcertantemente escueto", pues "exceptúa específicamente la protección del derecho a la vida, la 'ejecución de una sentencia del Tribunal después. . . del fallo de culpabilidad de un delito para el que la ley prescribe esta pena'."[34] Según lo señala "Amnesty", "el Consejo decidió estudiar la posibilidad de enmendar el texto de la Convención para que corresponda al espíritu del Pacto, medida que debe recibirse con beneplácito". Ello, pues la dicha Convención entra en vigencia con anterioridad al Pacto (3 de setiembre de 1953) y es en mucho discorde con él.

---

32. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 1983, págs. 32-33.

33. *Ídem*, pág. 42.

34. AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, pág. 22.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Respecto de la segunda cláusula, sus contenidos "son motivo de preocupación", pues se estaría dando justificantes para las "prácticas" desagradables e inhumanas de los asesinatos cometidos y tolerados por algunos gobiernos.[35]

La "defensa de una persona contra la agresión ilegítima" es razonable en la medida en que las autoridades deben proteger a toda persona contra la violencia. Sin embargo, "es fácil imaginar situaciones en las cuales dicha violencia podría ser menor que la que se emplee para suprimirla".[36] El "detener a una persona conforme al derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente". Es tan amplia esta disposición que parece "legitimar el empleo de la fuerza para detener o arrestar" a cualquier persona, aun por sospecha de haber cometido algún delito o contravención (cualesquiera que sean).[37]

Para "reprimir, de acuerdo a la ley, una revuelta o insurrección", tiene iguales criterios que para el aparte a).

Según Amnesty International, existe un proyecto de "Código de Conducta para los Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley", de junio del año 1976, preparado por el Comité de las Naciones Unidas para la Prevención y Control del Delito, que puede servir para reformar la Convención Europea en aquel punto. Ese Código establece en su numeral 3 que "los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley nunca deberán usar más fuerza que la necesaria para el desempeño de sus tareas".[38] Comentando la norma transcrita se dice que "en ningún caso. . . debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionada al objetivo legítimo que se ha de lograr".[39]

El último cuerpo de normas jurídicas internacional que se analiza, en su relación con la problemática de la pena de muerte, es la ley relativa a conflicto armado, Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que en el Tercer Convenio ("Trato a los Prisioneros de Guerra") en su sección VI, Capítulo III, referido a las sanciones penales y disciplinarias que son aplicables a prisioneros de guerra, establece sanciones para delitos "disciplinarios", entre los que no contempla la pena capital. El artículo 83 obliga a las autoridades de la Potencia en cuyo poder se encuentra el prisionero, usar "la máxima indulgencia en la apreciación del asunto", recurriendo "a medidas disciplinarias más bien que a medidas judiciales". La sanción que puede aplicarse a un prisionero de guerra (que no sea disciplinaria) procede si se le impone (en iguales condiciones) a un miembro de la Potencia Armada en cuyo poder se encuentre el prisionero. En la Parte III, Capítulo III, se regulan los procedimientos judiciales desde la audiencia en juicio hasta los recursos de apelación y petición de indulto. Se apuntan, así, las siguientes garantías:

> "Artículo 100. Se informará a los prisioneros de guerra y a las Potencias protectoras, tan pronto como sea posible, de las infracciones punibles con la pena de muerte en virtud de la legislación de la Potencia en cuyo poder estén.
>
> Después, ninguna infracción podrá acarrear la pena de muerte, sin el consentimiento de la Potencia de quien dependan los prisioneros.
>
> La pena de muerte no podrá ser dictada contra un prisionero más que si se ha llamado la atención del tribunal, a tenor del artículo 87, segundo párrafo, especialmente sobre el hecho de que el reo, por no ser ciudadano de la Potencia en cuyo poder estén los prisioneros, no tiene respecto a ella ningún deber de fidelidad, y de que se encuentra en su poder a consecuencia de circunstancias ajenas a su voluntad".
>
> "Artículo 101. Si se dictase la pena de muerte contra un prisionero de guerra, la sentencia no será ejecutada antes de la expiración de un plazo de por lo menos seis meses a partir del momento en que la notificación detallada prevista en el artículo 107 haya llegado a la Potencia protectora en la dirección indicada".

El Convenio de Ginebra, Cuarto Convenio, sobre la "Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra", en su artículo 68, restringe la libertad de una potencia ocupante de imponer la pena capital:

> "Las disposiciones de carácter penal promulgadas por la Potencia ocupante de acuerdo con los artículos 64 y 65 no pueden imponer la pena de muerte a las personas protegidas, salvo en los casos en que éstas sean culpables de espionaje, actos graves de sabotaje contra las instalaciones militares de la Potencia ocupante, o infracciones dolosas que causen la muerte de

35. *Ídem.*
36. *Ídem.*
37. *Ídem*, pág. 11.
38. *Ídem*, pág. 33.
39. *Ídem*, págs. 33-34.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una o varias personas, y a condición de que la legislación del territorio ocupado, vigente antes de la ocupación, aplique la pena capital en casos tales.

No podrá dictarse la pena de muerte contra una persona protegida, más que después de haber llamado la atención del tribunal, en particular, acerca del hecho de que el reo, por no ser súbdito de la Potencia ocupante, no se haya obligado respecto a ella por deber alguno de fidelidad.

En ningún caso podrá dictarse la pena de muerte contra una persona protegida cuya edad fuere de menos de dieciocho años en el momento de la infracción".

Existe en el artículo transcrito (párrafos 2, 3 y 4) términos imprecisos (conceptos indeterminados) tales como "espionaje" y "sabotaje". Tal y como dice Amnesty International: ". . .existe motivo de preocupación en lo que respecta al espíritu de la interpretación hecha por algunas jurisdicciones a los términos 'espionaje' y 'sabotaje'. Se sabe de casos en que se ha ampliado el concepto del primer término hasta incluir cualquier apropiación no autorizada de información perteneciente al Estado; lo mismo puede decirse del segundo término, hasta incluir la divulgación no autorizada de la susodicha información".[40]

En el artículo 75 de la Cuarta Convención de Ginebra prescribe:

"En ningún caso podrá negarse a los sentenciados a muerte el derecho de pedir gracia.

No se ejecutará ninguna sentencia de muerte antes de la expiración de un plazo de por lo menos seis meses desde que la Potencia protectora haya recibido la comunicación de la sentencia definitiva, en donde se confirme la condena a muerte o la negativa del indulto.

Este plazo de seis meses podrá ser reducido en ciertos casos concretos, cuando en circunstancias graves y críticas la seguridad de la Potencia ocupante esté expuesta a una amenaza organizada; la Potencia protectora recibirá siempre notificación de la reducción del plazo, y tendrá siempre la posibilidad de dirigir a tiempo protestas a las autoridades ocupantes competentes, a propósito de tales condenas a muerte".

Esta norma complementa la número 74 que establece:

"Dicho artículo complementa el artículo 74, cual establece que 'cuantas sentencias se dicten, implicando pena de muerte o prisión por dos o más años, habrán de ser comunicadas con explicación de motivos y lo más rápidamente posible, a la Potencia protectora'. Se especifica también que 'los plazos de apelación no comenzarán a correr más que a partir del momento en que la Potencia protectora haya recibido comunicación de la sentencia' ".

El Protocolo Adicional I, a la Convención de Ginebra, relativo a "Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales", prescribe en sus artículos 76-77 (paralelos al artículo 6, cláusula 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 4, cláusula 5, de la Convención Americana) que no se ha de imponer la pena capital a mujeres en estado de gravidez o si es menor de dieciocho años.

En el artículo 3, común a las cuatro Convenciones de Ginebra, se dispone sobre el uso de esta pena en conflictos armados, sin carácter internacional, lo siguiente:

". . .están y quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar. . . las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos".

SECCIÓN II. LA PENA DE MUERTE EN LA INVESTIGACIÓN SOCIAL Y LA POLÍTICA EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES.

Según el estudio de Amnesty International[41] hace aproximadamente 23 años, "la Asamblea General planteó por vez primera el tema de la pena de muerte". En su resolución 1396 (XIV) de noviembre 20 de 1969, solicita al Consejo Económico y Social (ECOSOC) a iniciar "un estudio sobre la cuestión de la pena capital, sobre sus leyes y usos. . . y sobre los efectos de la pena capital y su abolición en la fase de criminalidad".[42] Es a raíz de ello que el Consejo le encomienda la tarea de preparar un informe, sobre el punto, al gran jurista francés Marc Ancel, quien, en su investigación "Capital Punishment", examina tres áreas, según Amnesty International: a) los problemas legales, b) los problemas prácticos, c) los problemas de orden socio-

40. *Idem*, pág. 24.
41. *Idem*, pág. 26.
42. *Idem*, pág. 27.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

criminológico. Todos estos aspectos estaban referidos a los efectos disuasorios de la pena capital.

Es así como, con base en este informe que el ECOSOC, recomienda las siguientes medidas a los gobiernos:

> "a) Que continúen estudiando y, si fuere necesario, realizando investigaciones con ayuda de las Naciones Unidas, acerca de la eficacia de la pena capital como medio de prevención de la delincuencia en sus respectivos países, sobre todo en el caso de los gobiernos, que prevén una reforma en su legislación o en su práctica;
>
> b) Que examinen los tipos de delitos a los que efectivamente se aplica la pena de muerte y eliminen este castigo de la ley penal para todo delito al que en realidad no se aplique ni haya intención de aplicar;
>
> c) Que se amplíen los estudios realizados con el fin de que se incluya en ellos la consideración de las diferencias que existan entre los tribunales civiles y los militares y de la actitud de estos últimos en cuanto a la normativa en materia de pena de muerte;
>
> d) Que hagan una revisión de los servicios que dispongan para la investigación médica y social del caso de todo delincuente que pueda ser castigado con la pena de muerte;
>
> e) Que, en los países donde esté establecida la pena capital, se ofrezcan al acusado los procedimientos legales más cuidadosos y las mayores garantías posibles cuando se trate de delitos castigados con la pena de muerte;
>
> f) Que estudien el informe sobre la pena capital, así como los comentarios del Comité asesor especial de expertos en prevención del delito y tratamiento del delincuente, e informen al Secretario General, después de un intervalo adecuado, de todo nuevo acontecimiento que se produzca respecto de la ley y la práctica de sus países en cuanto se refiere a la pena capital;
>
> g) Que proporcionen información sobre su legislación y jurisdicción penal militar, especialmente en lo relativo a las diferencias que puedan existir con su legislación penal ordinaria en lo que atañe a la aplicación de la pena capital".

El ECOSOC sugirió, dada la falta de pruebas corroborativas de los efectos disuasorios de la pena, "la necesidad de una mayor investigación sobre el tema".[43] En resolución 1918 (año de 1963) la Asamblea General, aprueba la medida tomada por el ECOSOC y le solicita que invite a la Comisión de Derechos Humanos "a estudiar el Informe Anual y sobre los comentarios hechos por el Comité asesor ad hoc de expertos".[44]

En su cuadragésima tercera sesión el ECOSOC, y la Comisión (en su vigésima cuarta sesión de 1968) consideran el asunto. Esta última tendrá a su vista, además del informe anual un informe complementario preparado por Norval Morris, intitulado "Capital Punishment: Developments 1961-1965", en el que se consideró que:

> "a) Existe una tendencia general en el mundo a reducir el número de las ejecuciones Esto es el resultado de un uso menos frecuente de la pena de muerte en aquellos países cuyas leyes establecen dicha pena, y de una decidida movilización que lucha por crear una legislación abolicionista de la pena capital.
>
> b) En el mundo existe una tendencia opuesta —leve pero perceptible— que está orientada a crear disposiciones legales y aplicar efectivamente la pena capital como castigo a determinados delitos políticos y económicos.
>
> c) En aquellos lugares donde se aplica la pena capital, ésta obedece cada vez más a un carácter discrecional que al de una sanción obligatoria.
>
> d) Casi todos los países tienen disposiciones según las cuales se excluye de la pena capital a ciertos infractores, debido a su estado mental o físico, circunstancias atenuantes, edad y sexo; en consecuencia se está ampliando el ámbito de las categorías de infractores excluidos de la pena capital.
>
> e) Hay un número creciente de infractores condenados a muerte que salvan su vida mediante procesos jurídicos o por clemencia del poder ejecutivo.
>
> f) Existe una gran disparidad entre las disposiciones legales relativas a la pena capital y el actual cumplimiento de tales disposiciones.
>
> g) Con creciente frecuencia, al infractor condenado a muerte se le confina en condiciones similares a las de otros presos, mientras aquél aguarda el momento de la ejecución. De llevarse a cabo, la ejecución se cumple probablemente en la horca o ante un pelotón de fusilamiento, rodeada de una publicidad mínima.
>
> h) La tendencia respecto de los infractores sujetos a la pena capital pero a quienes se ha acordado otro castigo, es la de confinarles en condiciones similares a las de otros reclusos y suministrar mecanismos para quedar oportunamente en libertad.
>
> i) Toda la información disponible en cuanto a la influencia de la pena capital sobre la tasa de criminalidad, sugiere que en aquellos lugares donde la tasa está aumentando, la abolición no parece acelerar el incremento. En aquellos lugares donde la tasa está aumentando, la abolición no parece interrumpir esa tendencia. Y en aquellos lugares donde la tasa presenta características estacionarias, la existencia o inexistencia de la pena capital no parece afectarla".

El 8 de mayo de 1968 la Comisión, en su resolución 16 (XXIV) adopta un proyecto de resolu-

43. *Idem*, pág. 27.
44. *Idem*.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción de la Asamblea General para que el ECOSOC lo elevara a dicha Asamblea. Por su parte el grupo consultivo sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, formula igual recomendación, entre la que indica importante la adopción de garantías para proteger el derecho del acusado a apelar, a tratar de obtener indulto o conmutación de la pena; además de que el reo contará con asesoría legal. En esta resolución (2393 de 26 de noviembre de 1968) se solicita a los Estados miembros para que:

> "a) Aseguren los procedimientos legales más estrictos y las mayores garantías posibles a los acusados en caso de pena capital en los países donde existe la pena de muerte, procurando, entre otras cosas:
>
> i) Que no se prive al condenado a muerte del derecho de apelar a un tribunal superior ni, llegado el caso, de presentar una petición de indulto o de conmutación de la pena;
>
> ii) Que no se ejecute ninguna sentencia de muerte hasta que hayan acabado los procedimientos de apelación y, según los casos, de petición de indulto.
>
> iii) Que se preste especial atención a las personas indigentes, proporcionándoles asistencia judicial adecuada en todas las fases del procedimiento;
>
> b) Estudien si pueden reforzarse aún más los estrictos procedimientos legales y garantías que se mencionan en el inciso a) supra, fijándose un plazo o plazos, dentro de los cuales no podrá ejecutarse ninguna pena de muerte, como ya se ha reconocido en algunas convenciones internacionales relativas a situaciones concretas;
>
> c) Informen al Secretario General, a más tardar el 10 de diciembre de 1970, sobre las medidas que hubieren adoptado de conformidad con el inciso a) supra y sobre los resultados a que se haya llegado en los estudios por ellos realizados con arreglo al inciso b) supra".

El 20 de mayo de 1971, se adopta la resolución 1574 (L) del ECOSOC (ratificada por la Asamblea General en resolución 2857 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971) en que la Asamblea:

> "Afirma que, para garantizar plenamente el derecho a la vida consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el objetivo principal que debe buscarse es reducir progresivamente el número de delitos a los que se pueda imponer la pena capital, habida cuenta de la conveniencia de abolir esa pena en todos los países."

Posterior a esta resolución se han dado una serie de nuevas resoluciones de la Asamblea y del ECOSOC en que se solicita la continuación de los estudios hechos por el secretariado de la ONU.[45]

En la resolución 32/61 de diciembre de 1977 la Asamblea General reafirmó "la conveniencia de abolir esta pena" y solicita que debata "los diversos aspectos del uso de la pena capital y de su posible restricción".[46]

Respecto a las organizaciones regionales intergubernamentales, Amnesty Internacional, opina que "...ninguna organización regional intergubernamental ha actuado en lo concerniente a la pena de muerte, aunque se han registrado algunas gestiones en el Consejo de Europa".

También han tenido destacada participación, en esta progresiva tendencia abolicionista de la pena capital, organizaciones internacionales no gubernamentales, entre las que citan como principales: Amnesty International, Asamblea Mundial de la Juventud, Asociación Internacional de Juristas Democráticos, Comité Consultivo Mundial de la Sociedad de los Amigos (cuáqueros), Comisión de las Iglesias para Asuntos Internacionales, Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, Confederación Mundial del Trabajo, Congreso Judío Mundial, Federation Internationale des Droits de l'Homme, Federación Internacional de Abogados, International Place Bureau, Liga Internacional de los Derechos del Hombre, Union des Avocats Arabes, World Muslim Congress.

Todas estas organizaciones internacionales no gubernamentales, firmaron una Declaración conjunta, como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social. Todas estas organizaciones son miembros del Comité Especial de Organizaciones no Gubernamentales sobre Derechos Humanos. Se sugiere al V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, "Si así lo desea, trate el tema" de la pena capital. Por el interés se transcribe la resolución:

> "Las abajo firmantes organizaciones internacionales no gubernamentales que trabajan por los derechos humanos.
>
> Afirmando su compromiso insoslayable con la protección del derecho a la vida de todos los seres humanos.

45. *Ídem*, pág. 31.

46. *Ídem*.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Reiterando su oposición total a toda forma de trato o pena cruel, inhumano o degradante.

Considerando que la pena de muerte es una violación de los dos principios que anteceden,

1) Piden a todos los gobiernos que conservan la pena capital que cesen su uso;

2) Piden a la Asamblea General de las Naciones Unidas que promulgue una declaración que recomiende su total abolición en todo el mundo;

3) Piden a todas las organizaciones internacionales no-gubernamentales que trabajan por los derechos humanos que realicen todo esfuerzo posible a nivel nacional e internacional para lograr la abolición de la pena capital".[47]

En particular, Amnesty International emite una Declaración, llamada "Declaración de Estocolmo" (11 de diciembre de 1977) en la "Conferencia sobre la Abolición de la Pena de Muerte", en aquel país; en que recuerda que "La pena de muerte es el castigo extremo, el más cruel, inhumano y degradante y viola el derecho a la vida". Las consideraciones a las que llega son:

"Considerando que:

- La pena de muerte es usada frecuentemente como instrumento de represión contra la oposición, contra grupos raciales, étnicos, religiosos y sectores marginados de la sociedad.
- La ejecución de un condenado constituye un acto de violencia, y la violencia tiende a provocar violencia.
- El imponer e infligir la pena de muerte embrutece a todos los involucrados en el proceso.
- La pena de muerte no ha demostrado jamás un efecto disuasorio.
- La pena de muerte está progresivamente adquiriendo la forma de desapariciones inexplicadas, ejecuciones extrajudiciales y asesinatos políticos.
- La ejecución es irrevocable y puede ser infligida a inocentes".[48]

Ante todo ello exhorta:

"- A las organizaciones no-gubernamentales, nacionales e internacionales a trabajar colectiva e individualmente para proporcionar material informativo para uso público a favor de la abolición de la pena de muerte.
- A todos los gobiernos a tomar medidas para la total e inmediata abolición de la pena de muerte.
- A las Naciones Unidas a declarar sin ambigüedades que la pena de muerte es contraria al derecho internacional".[49]

La Declaración de Estocolmo es "adoptada por Amnistía Internacional en marzo de 1978 como afirmación de principios a la abolición de la pena de muerte".[50] La importancia de la anterior está en que esta organización internacional no-gubernamental "tiene categoría consultiva con las Naciones Unidas (ECOSOC), UNESCO y el Consejo de Europa mantiene relaciones de trabajo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y es miembro del Comité Coordinador de la Oficina para Ubicación y Educación de Refugiados Africanos de la Organización de Unidad Africana".[51]

CAPÍTULO III
LA PENA DE MUERTE Y SU ABOLICIÓN EN COSTA RICA

En este último capítulo se hará una somera descripción de la evolución histórico-jurídica del uso de la pena de muerte en Costa Rica. Se verá cómo esta pena ha estado presente en el ordenamiento jurídico costarricense en algunas épocas de su historia y en otras no, estando actualmente abolida, desde finales del siglo pasado, en 1892. Se estudiará primero cuál ha sido su evolución en orden constitucional y, en segundo lugar, en el orden legal.

47. *Ídem*, pág. 231.
48. *Ídem*, pág. 231.
49. *Ídem*.
50. AMNESTY INTERNATIONAL, *Amnistía internacional y la pena de muerte*, 1979, pág. 7.
51. *Ídem*.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN I. LA PENA DE MUERTE Y SU EVOLUCIÓN EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL.

En los años posteriores a su independencia Costa Rica continuó rigiéndose por el ordenamiento jurídico que le daba las llamadas Leyes de Indias. En esta legislación existió la pena de muerte, dentro de las penas aplicables a la comisión de un delito, por lo que Costa Rica la tuvo a esta época y así era aplicada. Sin embargo, el 1 de diciembre de 1821, en que se emite la primera Constitución, esta pena desaparece del elenco de las penas del Derecho Penal costarricense. Lo mismo sucede con las Cartas Fundamentales del 17 de marzo de 1823 y 16 de mayo del mismo año, en que aquella no aparece. El 22 de noviembre de 1824 se emite la Constitución de la República Federal de Centroamérica, que implanta la pena capital, prescribiendo, en su artículo 152:

> "No podrá imponerse pena de muerte sino en los delitos que atenten directamente contra el orden público y en el de asesinato, homicidio premeditado o seguro".

Las reformas a esta Constitución en 1835 no varió en nada lo que se refiere a la pena capital.

El 25 de enero de 1825 se decreta la llamada "Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica" y aquí, de nuevo, no se dice nada acerca de la pena de muerte, desapareciendo como sanción al delito. Esta Constitución está vigente 13 años, hasta que, el 27 de mayo de 1838, Braulio Carrillo da un golpe de estado a Manuel Aguilar. El 8 de marzo de 1841 Carrillo emite su famoso decreto número 2 que lleva por nombre "Ley de Bases y Garantías" donde se implanta la pena de muerte. En abril de 1842 Francisco Morazán invade el país y derroca a Carrillo, asumiendo el mando del gobierno. Por decreto de 6 de junio de 1842 se declara nulo el decreto 2 de Carrillo y restablece la Constitución que hace 17 años había estado vigente: la Constitución de 1825 llamada "Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica", en que no se encuentra la pena. Ello, sin embargo es casi por tres meses, pues por decreto 86 del 24 de agosto de 1842 implantó, otra vez, la Constitución Federal de 1824, en que sí se contempla la pena de muerte, en su artículo 152. Morazán es derrocado y fusilado en setiembre de 1842. Se convoca a Asamblea Constituyente que el 9 de abril de 1844 decreta nueva Constitución que en su artículo 29 dice:

> "No se impondrá pena de muerte sino en los casos para que la ley lo establezca y no podrá establecerse sino para el asesinato u homicidio premeditado o seguro y para los delitos que atenten directamente contra el orden público del Estado".

Dos años y dos meses estuvo en vigencia esta Carta, hasta que en junio de 1848 los militares de San José, Alajuela, Heredia y Cartago, derrocan a José Rafael de Gallegos. Convocada la Constituyente, entra en vigencia la Constitución Política de 10 de febrero de 1847, que en su artículo 15 dice:

> "Queda reducida la pena de muerte a los casos siguientes: 1) El de homicidio premeditado y seguro, 2) El de atentado contra el orden público, de cuya ejecución resulte la muerte de algún o algunos individuos en cuyo único caso solamente los promotores principales podrán ser condenados a esta pena".

El 14 de agosto de 1859 los militares Blanco y Salazar derrocan a Juan Rafael Mora, y rompen el orden constitucional. Montealegre, quien sucede a Mora, convoca a una Constituyente para que establezca nueva Constitución. En esta oportunidad se debate sobre la abolición de la pena de muerte, por parte del diputado Castro, lo que resultó infructuoso. La nueva Carta de 27 de diciembre de 1859, en su artículo 41, dice:

> "La pena de muerte solamente se impondrá en la República en los casos siguientes: 1) En los delitos de homicidio premeditado y seguro o premeditado y alevoso. 2) En los de delito de alta traición. 3) En los de piratería".

Finalizando la segunda administración del Dr. Castro se le da un golpe de estado, tomando el poder el licenciado Jesús Jiménez. Este convoca a una Constituyente y el 15 de abril de 1869 se decreta la nueva Constitución, que en su artículo 39 dice:

> "La pena de muerte sólo se impondrá en la República en los casos siguientes: 1) En el delito de homicidio premeditado y seguro o premeditado y alevoso. 2) En los delitos de alta traición 3) en los de piratería".

Esta Constitución sólo estuvo vigente casi un año pues el 27 de abril de 1870 el general don Tomás Guardia depone a Jesús Jiménez quedando como presidente provisorio don Bruno Carranza. Éste renuncia poco después y don Tomás Guardia

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

toma el mando. Convoca por segunda vez a Asamblea Constituyente, que emite el 7 de diciembre de 1871 la nueva Constitución. En su artículo 45 dice:

> "La pena de muerte sólo se aplicará en la República en los casos siguientes: 1) En el delito de homicidio premeditado y seguro o premeditado y doloso 2) En los delitos de alta traición 3) en los de piratería".

En 1877, estando en la presidencia Vicente Herrera, le entrega el poder al general Guardia quien emite el decreto llamado Ley de Garantías, que en su primer artículo establece:

> *"La vida de los habitantes de Costa Rica es inviolable".*

Es aquí, en este momento, en que se va a abolir expresamente la pena de muerte, como castigo al delito cometido. Se marca así el período que corre desde 1882 en que en Costa Rica no cuenta, entre las penas que castigan los delitos, el de la pena capital.[52]

El 26 de abril de 1882 don Tomás Guardia pone en vigencia la Constitución de 1871, la que prescribe solemnemente "La vida humana es inviolable en Costa Rica".

Cabe destacar en esta descripción de la evolución histórico-jurídica de la pena de muerte, lo sucedido en 1895 en que hubo una proposición (acogida por el Colegio de Abogados de Costa Rica) para reformar el artículo 45 de la Constitución instituyendo la pena de muerte. La misma no prospera, siendo rechazada por gran mayoría de los parlamentarios.

Por 46 años estuvo vigente esta Constitución hasta que en el año de 1917, Federico Tinoco dio un golpe de estado al presidente don Alfredo González Flores. Se convoca a una Asamblea Constituyente que tendrá en estudio un proyecto de Constitución que en su artículo 28 decía:

> "La Pena de Muerte sólo se impondrá a los reos de homicidio premeditado y seguro o premeditado o alevoso. Nunca podrá imponerse por delitos políticos o conexos. No se ejecutará sino en el caso de que la Sala de Casación la aplique por unanimidad de votos. Si se impusiere por sólo mayoría, el Tribunal aplicará desde luego la inmediata. Aún aplicada por unanimidad el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá suspender la ejecución y conmutarla por la inmediata, sin necesidad de consulta a la Corte ni de otro trámite. Todos los procesos por asesinato irán en consulta o en última instancia a la Sala de Casación, la cual entrará a conocer de los hechos en toda su plenitud y a juzgar de la prueba del delito y de la culpabilidad del proceso" (sic).

Ese artículo traerá candentes discusiones en dicha Asamblea y en donde se encontrarán los criterios de dos grandes diputados costarricenses, el licenciado Leonidas Pacheco Cabezas y el doctor José Astúa Aguilar, en favor y en contra de la pena de muerte.[53] "Después de las anteriores y muchas otras discusiones, se votó en sesión número 12 celebrada a las dos y media de la tarde del día dos de mayo de 1917, en la siguiente forma: Dijeron no a la pena de muerte 36 diputados y dijeron sí 7 diputados, quedando el artículo en discusión que pasó a ser el número 29 de la Constitución aprobada, en la siguiente forma: "La vida humana es inviolable".[54]

---

52. *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 4, cláusula 3; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 6, cláusula 6: prohíben a un Estado que haya abolido la pena capital, implantarla de nuevo.

53. Pacheco dijo: ". . .Y ved! yo defiendo la Pena de muerte, yo que salgo corriendo cuando en mi casa se mata una gallina. Quiero evocar ahora, permitidme, la memoria dulce y honda de un viejo venerable, de ese ciudadano que se llamó Federico Tinoco. Quiero también acogerme a un leal amigo de mi mocedad, hombre de gran talento, militar, todo corazón. Ellos me decían hablando de esta pena: 'Es un mal duro, pero es un mal indispensable'. Era don Federico Fernández, para ponérselo en frente a don Rogelio. Yo podría citar, es decir, citar no, porque tal vez fuera más fácil traer un diccionario, para decirlo al señor Astúa que es triunfante el campo que sostiene la pena capital. Que en todos los países de América, excepto en Venezuela, Uruguay y Costa Rica —que la tiene abolida— existe la pena de muerte, y en el mundo entero solamente Rumanía, Suiza y Noruega, no la tienen" DOBLES MONTERO, *op. cit.*, págs. 36-37. José Astúa dijo: El Lic. don José Astúa Aguilar, dijo en la misma sesión citada, y a continuación del señor Pacheco: "Es este un momento de solemne liquidación para el país. Como un fatigado caminante que llevara al hombro una preciosa carga. Se quiere ahora botar esta hermosa tradición de inviolabilidad de la vida humana. Fijémosnos un instante en la enseñanza que nos da el tiempo: allí en el viejo muro del panteón están gravadas con sangre las vidas de tantos que fueron ajusticiados y llenaron de pavor y luto a los hogares! Mas no se diga que hago sentimentalismo, que si el señor Pacheco lo ha hecho, yo en cambio, daré ciencia. Hay que comenzar por la estructura misma del poder penal, porque es un error suponer en el Estado una suprema atribución punitiva. No se repara el mal de que habla don Leonidas emporcando el suelo con sangre".
"Qué horror, señores diputados! allá llora una familia porque lo ha matado el Estado. Ah, señores, uno fue matado por un asesino, el otro por un Estado asesino! Qué medio correctivo es este?". *Idem*, págs. 38-40.

54. *Idem*, pág. 41.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La Constitución de 1917 duró sólo 2 años, pues en 1919 (3 de setiembre) se deroga la misma por la famosa "Ley de nulidades", poniéndose en vigencia, otra vez, la Constitución de 1871. Esta estará vigente setenta y siete años más hasta que en 1948 triunfa la "revolución" que encabezó don José Figueres Ferrer. La Constitución del 71 quedó derogada por decreto de la Junta de Gobierno, que convoca a una Asamblea Nacional Constituyente, que aprueba la nueva Constitución el 7 de noviembre de 1949, que prescribió, sin discusión alguna, el artículo 21, el cual dice a la letra:

"La Vida Humana es Inviolable".[55]

SECCIÓN II. LA PENA DE MUERTE Y SU EVOLUCIÓN EN EL ORDEN LEGAL.

A. Los códigos penales.

Han sido cinco los códigos penales que ha tenido Costa Rica: la primera legislación nacional que sanciona con la pena capital es la de 29 de agosto de 1833 que se analizará de último, posterior a haber estudiado los códigos.

Hasta el año de 1841 rige la legislación penal española. El 30 de enero de ese año se decreta el llamado Código General de Carrillo. El mismo se deroga el 27 de abril de 1880 en que entra en vigencia uno nuevo. En 1918 se emite otro que queda derogado pronto por la llamada Ley de Nulidades. Sin embargo de nuevo se establece el de 22 de abril de 1924 que está vigente hasta que entra el Código Penal de 21 de agosto de 1941. Veintinueve años de vida tuvo este Código hasta que el 16 de diciembre de 1970 se publicó el Código Penal que nos rige hoy día.

El Código de Carrillo dispone "una serie de medidas drásticas que castigan, por ejemplo, con la pena de muerte, todos aquellos delitos que tienen como propósito socavar la seguridad de la Nación y, dentro de un criterio conservador, el estatuto del país. El más típico es el artículo 138 que dice: 'todo el que conspire directamente y de hecho a que el Estado deje de profesar la religión católica, apostólica y romana, es traidor y sufrirá la pena de muerte'. Las medidas más trascendentes de la legislación de Carrillo se dirigen, pues, a defender los fundamentos políticos y religiosos del Estado y a sancionar los crímenes atroces. Para esa clase de delitos aplica la pena de muerte".[56]

En los artículos 50 y siguientes el Código regula el procedimiento de ejecución de la pena. Dice que la pena se ejecutará en la ciudad, villa o pueblo en cuyo distrito se cometió el delito. Los métodos empleados eran el fusilamiento y el garrote. La ejecución se hará entre las 11 y 12 de la mañana, fuera de la población y en sitio inmediato a ella proporcionado para muchos espectadores y nunca en día feriado o de regocijo. Veinticuatro horas después de notificársele la sentencia el condenado será ejecutado. Se llevará escoltado al reo hasta el lugar de "suplicio", "atadas las manos, vestido de túnica blanca y una soga al cuello". El asesino, traidor y el parricida debían ir descalzos, con la cabeza "descubierta y sin pelos". Para el parricida la túnica será blanca con mangas encarnadas. El traidor llevará un cartel en la espalda con la palabra "TRAIDOR". Estos delincuentes deberán de llevar, en vez de la soga una cadena al cuello, de cuyo extremo halará el verdugo o encargado de ejecutar. Si el reo fuere sacerdote no degradado usará en su cabeza un gorro negro. Al inculpado lo acompañará 1 ó 2 sacerdotes, el escribano y alguaciles, vestidos de negro y la escolta correspondiente. Ni en el camino ni en el lugar de la ejecución puede interrumpirse el acto, sino sólo por "oraciones" del reo y de sacerdotes. Una vez ejecutada la pena el cadáver quedará en el lugar de la ejecución, "expuesto al público hasta la puesta del sol". Luego se entregará a sus familiares si lo pidieran, si no será enterrado por disposición de la autoridad. En cuanto a los traidores y parricidas serán enterrados en el campo, en sitio retirado, "fuera del cementerio y sin ponerle señal alguna sobre el sepulcro". En caso de que por un mismo delito incurren en pena de muerte 3 o más reos no todos la sufrían, sino que se echaba "a la suerte". Los que tuvieren tal suerte tendrán que ver morir al condenado. Si se resistiere, y comete irreverencia o desacato, "será puesto en un cadalzo con grillos cuando regrese a la cárcel y permanecerá en él de 8 días a 1 año".

En el año de 1848 "la parte general del Código fue modificada a fin de armonizarla con la

55. *Constitución Política de la República de Costa Rica.* 7 de noviembre de 1949.

56. PADILLA CASTRO (Guillermo), *Derecho Penal costarricense*, San José, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, serie Ciencias Jurídicas y Sociales, núm. 10, 1966, pág. 25.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Constitución Política de ese año que mantiene la pena de muerte únicamente en dos casos: en el de homicidio premeditado o seguro y en el de atentado contra el orden público, de cuya ejecución resulta la muerte de alguno o algunos individuos y únicamente para los principales promotores del delito".[57]

Debe anotarse que en 1842 en que el general Morazán da el golpe de estado a Carrillo restableció la Constitución de 1825, que, como se vio, no contempla la pena de muerte. Ya en 1844 se decreta nueva Constitución y en su artículo 29 prescribe la pena de muerte, que no es del todo acorde con el Código de Carrillo, aún vigente. En el año de 1847 se da la Constitución de 10 de febrero de ese año que establece la pena de muerte. Como se indica en el párrafo anterior, en el año siguiente se hace ajustar el Código General a lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, respecto a la pena de muerte. En las posteriores constituciones; las de 1859 (art. 41), 1869 (art. 39) y 1871 (art. 45) se regula la pena de muerte, pero en ningún caso armonizan con la última reforma al Código General de 1848. Vigente la Constitución de 1871, se deroga el Código General de Carrillo en la materia penal, manteniéndose la pena de muerte, armonizada con la norma constitucional sobre la pena de muerte. Dos años habían pasado de la existencia de este Código cuando el general Guardia, con su decreto de Ley de Garantías, ha de abolir la pena de muerte, y por decreto número 7 de 26 de abril de 1882 modifica el artículo 45 diciendo que "La vida humana es inviolable en Costa Rica", sufriendo la modificación el mismo Código Penal vigente de 1880. El Código de 1880 estuvo vigente hasta 1918 en que es derogado.

De los Códigos Penales 1918 y 1924 es importante anotar que dentro del elenco de penas establecidas para los delitos no aparece la pena capital, armonizando con lo vigente la Constitución de 1871.

El Código Penal de 1941 reduce el número de las penas que establecían los códigos anteriores sin que en ningún caso apareciese la pena de muerte, estando acorde a la Constitución vigente.

El Código Penal de 1970 que es el vigente no prescribe, tampoco, la pena de muerte. Con ello es acorde al artículo 21 de la Constitución Política vigente de 7 de noviembre de 1949.

B. Ley de 29 de agosto de 1833.

A la fecha de 29 de agosto de 1833 se decreta una ley especial en que se prohíbe a los leprosos salir de su lugar de reclusión, llamado El Leprosario, bajo pena de muerte en su contravención. Hay que recordar que para esta fecha estaba vigente la Constitución de 1825 que nada disponía sobre tal pena y por lo tanto, ésta no existía en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que esta ley era evidentemente inconstitucional. Sin embargo fue aplicada tal como será visto en la sección II de este capítulo.

Esta ley impone pena de muerte a los lazarinos que recluidos en el lazareto se fuguen (art. 1). La pena sería ejecutada en el mismo lazareto a la vista de los otros enfermos, previo haberles administrado los sacramentos (art. 2).

El Jefe de Estado de entonces, José Rafael de Gallegos, expuso a la Asamblea de Diputados que "no obstante los ríos y rocas, difíciles de escalar que rodean el lazareto... es constante el número de evadidos que se presenta, con el gran peligro de contagio para las personas con que se van a relacionar. Que el Estado está en incapacidad económica para construir un muro alrededor de todo el lazareto y además de aumentar la guarnición para su cuidado. Que los enfermos que se evaden deben ser considerados como verdaderos asesinos, ya que podían contagiar fácilmente a las gentes sanas del país. Por esos motivos recomendaba y pedía a los señores diputados la aprobación de ese proyecto...".[58] La ley se aprueba y fue aplicada con severidad, en el único caso que se conoce en la historia nacional que fue el de la leprosa María Petronila Alvarado, en 1835.

SECCIÓN III. TRES CAUSAS PENALES CON LA EJECUCIÓN DE LA PENA CAPITAL.

Esta sección tratará de tres casos penales en que se ejecutó la pena de muerte, aplicada a una leprosa en el año de 1835, a un homicida en 1802 y a un guerrillero español en 1826, sin que estas

57. *Idem*, pág. 25.

58. MUÑOZ SÁNCHEZ (Stanley), *op. cit.*, págs. 56-57.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sean sino poquísimos ejemplos de ejecución de la pena.

A. Pena de muerte contra Petronila Alvarado.

En 1835 se condena con la pena capital a María Petronila Alvarado por haberse fugado del lazareto. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Alajuela, dice:

> "Corte Suprema de Justicia, Alajuela, agosto 6 de 1835. En la causa instruida contra PETRONILA ALVARADO, por fuga del Lazareto, recluida por estar contagiada de lepra, y considerando:
>
> 1) Que el proceso está instruido con todos los trámites que exige la ley de 29 de agosto de 1833.
>
> 2) Que de la causa resulta plenamente probado el delito por las declaraciones de testigos y demás diligencias practicadas.
>
> 3) Que la reo está confesa en el hecho.
>
> 4) Que las razones estampadas en la defensa el Procurador, sentencia del Juez de Primera instancia, en que la absuelve de toda pena, y el pedimento fiscal no parecen bastante para moderar o dejar de imponer la pena que señala la citada Ley, principalmente si se tiene presente el quinto considerando en ella.
>
> 5) Que el artículo Primero impone la pena capital a los lazarinos que se salieren del edificio, de cualquier manera sin orden de la autoridad y sin haber conseguido su curación, dijeron:
>
> Se condena a la de último suplicio a la citada reo, quedándole el recurso de súplica a la Tercera Sala, en consecuencia de no ser este fallo conforme al de primera instancia, y según lo dispone el artículo 4 de la ley citada. Guerrero. Gutiérrez. Castro, rubricadas".[59]

B. Muerte a Antonio de la Trinidad Chavarría.

El segundo caso que se narra, trata de condena a muerte a un homicida, de nombre Antonio de la Trinidad Chavarría quien da muerte a Ramón Mora, hiriéndolo bajo el brazo izquierdo, muriendo en forma inmediata. Chavarría se lo llevó a la casa del muerto, lo puso en la cama, lo tapó, recogió lo que había, como el caballo, y le prendió fuego a la casa de Mora. A pesar de que Chavarría se esconde en otro lugar se le encuentra y se le sigue causa por homicidio, latrocinio e incendio. El gobernador Acosta falla imponiéndole la pena capital, "Pena ordinaria de la vida" que le sería quitada en la horca pública. Antes de su ejecución se consulta al Tribunal de la Real Sala de Justicia del Reino. El 9 de febrero de 1802 la Real Audiencia se pronuncia:

> "Confirmamos y mandamos que este reo, Antonio de la Trinidad Chavarría sea sacado de la cárcel y prisión en que se encuentra en una bestia de enjalma, con soga de esparto al cuello y voz de pregonero y publique su delito; en esta conformidad será conducido hasta que naturalmente muera, sin que persona alguna osare a quitarlo de ella sin mandato del Juez, pena de la vida, y para público escarmiento después de muerto le será quitada la cabeza y brazo derecho, poniendo la cabeza en el lugar del incendio y el brazo media legua distante de la ciudad de Cartago, a la salida para aquel paraje, poniendo ambas piernas en escarpias y elevadas en donde permanecerán hasta que el tiempo las consuma o las aves las devoren bajo la misma pena de la vida al que las quitare. Devuélvase el proceso en certificación de esta sentencia para su ejecución y por esta sí nos pronunciamos y mandamos y firmamos. Ambrosio Cerdán, Francisco Robledo, Juan Collado". Esta sentencia fue dada en Nueva Guatemala.[60]

C. Muerte a José Zamora.

El 6 de julio de 1826 fue fusilado José Zamora por levantarse en armas contra la jefatura de Costa Rica, el 29 de enero de 1826; Zamora es capturado, llevado ante el gobierno, delante del que confiesa ser el autor del levantamiento. El mismo día de su captura, a las diecisiete y treinta horas, es ejecutada la pena.

El decreto que mandó ejecutar la dicha pena dice:

> "El Gefe (sic) Supremo del Estado, con presencia de que el Español José Zamora ha sido el principal cabecilla de la revolución experimentada en estos días en que se intentaba subyugarnos al Gobierno Español y considerando el peligroso estado en que se ha hallado la tranquilidad pública, y el en que se halla con la existencia del mismo Zamora, que reclama imperiosamente medidas prontas como enérgicas para salvar a la patria de los riesgos que la amenazan, en uso de las facultades que le concede el artículo 82, párrafo 13 de la Ley Fundamental del Estado, ha venido a decretar: Que a las 5:30 de la tarde de este día sea pasado por las armas el enunciado Zamora, franqueándole en el entre tanto los auxilios religiosos que pidiere. Y de orden del mismo Gefe (sic) lo comunicó para su conocimiento y efectos consiguientes. Dios, Unión. Libertad. San José, Febrero 6 de 1826. Manuel Aguilar".[61]

---

59. *Ídem*, págs. 58-59.
60. *Ídem*, págs. 62-63.
61. *Ídem*, págs. 64-65.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONCLUSIÓN

"Il convient dès lors de proclamer que l'État ne saurait avoir droit de vie et de mort sur les citoyens, et que la société ne peut disposer de la vie de ses membres".

Marc Ancel

Fue "legítima" y consentida la muerte como pena por la casi totalidad de los pueblos antes del siglo XVIII y principios del XIX hasta que Beccaria interpusiera su voz autorizada. Ya Voltaire dijo que "un pendu n'est bon à rien" y que ella sólo beneficiaba a los verdugos. Después de la Segunda Guerra Mundial el problema de mantener o abolir la pena capital despierta interés interdisciplinario, en coloquios y seminarios sobre la misma[62] siendo punto de discusión central hasta en los organismos mundiales, como se pudo ver. El resultado de ellos ha sido mayoría hacia la total abolición de esta pena. Sin embargo el parlamento continúa y hay quienes no consideran la discusión enterrada, como sí lo consideró Ferri hace un siglo.

Los argumentos que han servido de apoyo a esta tendencia abolicionista son, agrupándose en dos: a. negación absoluta al derecho de imponerla, negándose legitimidad; b. sin negar legitimidad, se discute la conveniencia, oportunidad o utilidad de la pena.[63]

El primer argumento se basa sobre el principio de la inviolabilidad de la vida reconocida en la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y demás tratados y convenios internacionales que son base para las constituciones de los Estados que prescriben en su letra aquel principio, y lo hacen real en su ley penal. Ya decía un autor[64] que "si el legislador prohíbe matar y luego establece como sanción del homicidio o de otros delitos, la muerte del homicida o del sujeto activo de los otros hechos punibles, esa contradicción con el principio contiene un vicio de inmoralidad" o lo que el mismo llama "abuso legislativo".

La pena de muerte es "ilícita e injusta, porque el hombre no tiene el poder para quitar la vida a sus semejantes, es un acto de rebeldía de la justicia humana, porque trunca una vida y anticipa el término fijado por Dios para el desarrollo de un espíritu, según Carnelutti; es irreconciliable con la religión y la moral, como opina Levis Locuuwes; conculca un derecho garantizado por el Estado, como explica Carlos Lucas; e ilegítima asimismo, porque la sociedad no puede absorber la personalidad individual, según así opina Nietro Ellero, quien exclama: "perezca la sociedad, pero quede a salvo el hombre".[65]

En el siglo XIX el triunfo del principio de la inviolabilidad de la vida humana ha hecho que esta pena sea abolida de las constituciones y códigos penales de muchos Estados o se ha reducido el número de delitos a que se aplicaba. Sin embargo no se es cierto que en algunos Estados se ha ampliado su aplicación a delitos económicos y políticos.[66] Los países que la mantienen reducen su aplicación a delitos contra la seguridad exterior, traición, crímenes de guerra, colaboración con el enemigo; delitos contra la seguridad interior, rebelión, revolución, subversión, homicidio, genocidio, latrocinio, todos delitos extremadamente graves.

El segundo argumento es de los autores que no niegan legitimidad a la pena pero sí su utilidad, conveniencia y oportunidad de aplicación. La pena de muerte es irreparable una vez ejecutada por orden del juez, hombre falible, no inmune al error

---

62. Ejemplos hay muchos, entre los que se cita: Coloquio internacional sobre la abolición de la pena de muerte en Atenas en 1960; otro Coloquio de 1961 en Royaremmont organizado por la Asociación Francesa contra la Pena de Muerte; "Coloquio Internacional comemorativo do centenário da abolição da tena de morte em Portugal", 11-16 de setembro de 1967, realizado en Portugal.

63. MENDOZA TROCONIS (José), La denominada pena de muerte, en *Comunicações II*, Faculdade da dereito da Universidade da Coimbra, Coimbra, Gráfica da Coimbra, 1967, pág. 390.

64. *Ídem*.

65. MENDOZA TROCONIS, *op. cit.*, pág. 392.

66. Ver capítulo II, de esta investigación.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

humano. La pena capital ni es ejemplar, ni intimida ni previene; por el contrario, se ha sostenido que es "perjudicial a la moral del pueblo". Los hombres más "temibles" no sienten el menor reflejo ante la posibilidad de que se le aplique la pena (de ahí que hoy día se prefiere no darle publicidad a las ejecuciones). Las estadísticas demuestran que donde se ha suprimido esta pena no ha aumentado el índice de delincuencia.

El adelanto de la Criminología y las ciencias que la integran (biología criminal, sociología criminal, psicología criminal) ha hecho desaparecer la incorrecta concepción de que la sociedad se protege contra el individuo y no contra el delito. Hoy, al autor del delito no se le abandona en el calabozo, en espera de la pena que se le ha de imponer, sino que se le individualiza en la ley para tratar de corregir su conducta pero no para eliminarlo. "La investigación de las causas del delito, el estudio de la personalidad del autor del hecho, la transformación finalista de las sanciones, decide la suerte de la pena de muerte, que cede en su imposibilidad de reformar al delincuente ante el tratamiento resocializador del condenado".[67]

La pena de muerte debe desaparecer de la faz de la tierra; debe sustituírsele por la "resocialización de los sujetos antisociales, para los que proclama un verdadero derecho a ser socializados".[68]

La pena de muerte debe ser abolida pues ella no es más que un resabio de un estadio de la humanidad ya superado. Que como Margie Velma y otros miles de seres humanos ningún otro hombre vuelva a sufrir de esta pena cruel y arbitraria. "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida".[69]

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR BULGARELLI (Oscar), *La Constitución de 1949, antecedentes y proyecciones,* San José, Editorial Costa Rica, 1974.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Amnistía internacional y la pena de muerte,* Amnesty International Publications, 1979.

AMNESTY INTERNATIONAL, *La pena de muerte,* Barcelona, Informe de Amnistía Internacional, Producciones Editoriales, Av. José Antonio, 800, Barcelona.

ANCEL (Marc), La abolition de la peine de mort devan la loi et la doctrine pénade d'aujorud lui, en *Comunicações II,* Faculdade da dereito da Universidade da Coimbra, Coimbra, Gráfica da Coimbra, 1967.

BECCARIA (Cesare), *De los delitos y de las penas,* Biblioteca Aguilar de iniciación jurídica, 1976.

BUERGENTHAL (Thomas) y otros, *La protección de los derechos humanos en las américas,* San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1983.

DE QUIRÓS, (C. Bernaldo), *La picota,* Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1907.

DE SOUSA SANTOS (Boaventura), Os crimes políticos e a pena de morte, en *Comunicações II,* Faculdade da dereito da Universidade da Coimbra, Gráfica da Coimbra, 1967.

DOBLES MONTERO (Rolando), *La pena de muerte,* Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 1961.

FRAGOSO (Heleno Claudio), Pena de morte, en *Comunicações II,* Faculdade da dereito da Universidade da Coimbra, Coimbra, Gráfica da Coimbra, 1967.

J. LASKI (Harold), *Los derechos humanos,* San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1978.

JARA ESQUIVEL (Miguel Ángel), *La pena de muerte,* Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1967.

MAYORGA RAMÍREZ (Francisco), *La pena,* Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, 1963.

MENDOZA TROGONIS (José Rafael), La denominada pena de muerte, en *Comunicações II,* Faculdade da dereito da Universidade da Coimbra, Coimbra, Gráfica da Coimbra, 1967.

67. MENDOZA, *op. cit.*, pág. 395.

68. *Ídem*, pág. 398.

69. *Convención Americana de Derechos Humanos*, artículo 4.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

MORA (Fernando), *Derechos humanos, aspectos prácticos de su defensa internacional*, San José, Editorial Universitaria, 1982.

MUÑOZ SÁNCHEZ (Stanley A.), *La pena de muerte*, Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, s.f.e.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Washington, D.C. 2006, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 1983.

PADILLA CASTRO (Guillermo), *Derecho Penal costarricense*, San José, en mimeógrafo, Universidad de Costa Rica, 1966.

PISAPIA (Gian Domenico), Il problema della pena di morte e la sua attualitá, en *Comunicações II*, Faculdade da dereito da Universidade da Coimbra, Coimbra, Gráfica da Coimbra, 1967.

SUEIRO (Daniel), *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*, Madrid, Ediciones Alfaguara, 1974.

VOLIO (Marina), *Costa Rica en las Cortes de Cádiz*, San José, Editorial Juricentro, 1980.

NORMATIVA JURÍDICA

Código General de Costa Rica, 30 de julio de 1841.

Código Penal, 27 de abril 1880, San José, edición dirigida por el Lic. Luis Castro Saborío, Tipografía Lehmann, 1914.

Código Penal de 1910, San José, edición dirigida por el Lic. José Astúa Aguilar, Tipografía Nacional, 1910.

Código Penal de 1924, San José, edición dirigida por el Lic. José Astúa Aguilar, Imprenta Nacional, 1924.

Código Penal y Código de Policía de 1941, San José, Secretaría de Justicia, Imprenta Nacional, 1941.

Código Penal de Costa Rica, 4 de mayo de 1970, edición dirigida por el Lic. Atilio Vincenzi, Librería Lehmann, 1975.

Constitución Política de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949, edición preparada por Carlos Manuel Arguedas, Imprenta Editorial Costa Rica.

Digesto Constitucional de Costa Rica, San José, edición dirigida por Marco Tulio Zeledón, edición del Colegio de Abogados, 1946.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL Y ECLESIÁSTICO*

JOSÉ MARÍA PEREIRA PÉREZ

Básicamente, la presente monografía va enfocada a tratar la diferencia y algunas similitudes que existen entre la nulidad de matrimonio civil ejercida ante los tribunales civiles (entiéndase por los que conocen de materia de familia) y la nulidad del matrimonio ante el Tribunal Eclesiástico. La disertación comprenderá los impedimentos impedientes o prohibitivos que están ubicados en el Código de Familia en los artículos 16, 17 y los cánones 1073 a 1094 del Código de Derecho Canónico.

Asimismo los impedimentos dirimentes o anulatorios (14, 15, 18 en relación con los arts. 64 a 68 del Código de Familia) y los cánones 1073 a 1082 y de 1083 a 1094 sobre los impedimentos dirimentes en general y de los impedimentos dirimentes en particular, respectivamente.

Ubicados en este esquema, nos introducimos a analizar los conceptos dados en cuanto a los supuestos de hecho que causan la nulidad que contienen las respectivas normas, tanto en jurisprudencia como en doctrina en sus dos ámbitos (civil y religioso).

Para finalizar, nos encontramos con los efectos civiles producidos por la nulidad de matrimonio, tanto en vía civil como en vía jurídico-pastoral. Antes de entrar a estudiar los puntos expuestos en que se desarrolla el tema, es necesario hacer un pequeño esbozo sobre los orígenes de la relación Estado-Santa Sede, más propiamente en cuanto a su competencia y organización.

Para empezar la exposición, partimos de que por principio constitucional "Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario." (art. 153 Const. Pol.). En el caso que nos ocupa, estamos ante dos jurisdicciones totalmente diferentes: una civil (que emana de la potestad de imperio) y la otra eclesiástica o jurídico-pastoral (como emanación de la conducta interna y basada en principios divinos).[1]

Podemos apuntar que las normas emanadas del Estado, obligan a las autoridades de ese fuero, en cuanto a la materia que nos ocupa, pues no existe un ligamen jurídico entre una acción judicial de nulidad ante el Tribunal Eclesiástico, ya que la Iglesia en cuanto a su ordenamiento, tiene una connotación totalmente distinta a la del Estado, es decir, la jurisdicción de la Iglesia es una jurisdicción especial que no produce ningún efecto en cuanto a los particulares o grupo social, como sí lo produce el poder de imperio de que goza el Estado. Escuetamente, nadie puede alegar cosa juzgada[2] ante un eventual conflicto de nulidad matrimonial ante la vía pastoral, pues en lo único que llegaría a surtir efecto esa nulidad, sería dentro de

* A la Licda. Roxana Pujol, Juez Tutelar de Menores de San José, mi agradecimiento y reconocimiento por la revisión de este trabajo.

1. Entiéndase "jurisdicción" como la potestad de administrar justicia. Ver casación núm. 36, I sem., I tomo, pág. 618 de 1968. Como puede verse, con base en esta definición, ambas administran justicia, cada una de acuerdo con su ordenamiento jurídico, claro está, que esto no quiere decir que el Estado esté sometido a las normas que regulan el Derecho Canónico.

2. Ver res. núm. 87 de las 15.20 hrs. del 28 de marzo de 1980 sobre concepto de cosa juzgada.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esa sede, porque ya hubo una situación jurídica consolidada, garantizada por el artículo 42 de nuestra Carta Magna.

Para reforzar esta idea, se afirma que "el poder estatal que organiza y pone en ejecución las actividades sociales de los hombres que viven en un determinado territorio, es, por su función, un poder secular. En cambio, —sigue comentando HELLER— la Iglesia ordena la conducta del hombre respecto a potencias supraterrenas".[3]

Se deduce incluso que el "derecho canónico es el conjunto de disposiciones y principios jurídicos que se refieren a la organización de la Iglesia, al cumplimiento de los fines de la misma y a sus relaciones con los fieles".[4]

Al remontarnos a los orígenes de la Iglesia, podemos decir que la misma se dedicaba fundamentalmente a su expansión y poco a poco a su estructuración interna (como sociedad jurídica). Sus integrantes, se preocuparon por fundar una estructura jurídica con contenido religioso. En la Edad Media se conforma y preocupa más por legislar e incluso juzgar, que enseñar la doctrina de la salvación del hombre. A esta época se le denominó Época de la Inquisición. Conforme avanzan los tiempos, se agrupan con sentido legislativo con el fin de no desviar los objetivos principales dados por la ley de Dios; en ese sentido, se llevan a cabo los concilios donde emanan los cuerpos legales de la Iglesia, hasta llegar a nuestros días tal y como la conocemos, como una sociedad-Estado de connotación jurídico-pastoral.

En el Concordato que celebró la República de Costa Rica con la Santa Sede (Ley núm. 24 de 2 de noviembre de 1852 derogada por Ley núm. 28 de julio de 1884), como se ve, quedaron derogadas todas sus disposiciones aunque no se comunicó oficialmente a la Santa Sede.[5]

En el mismo se atribuyó a grandes rasgos, que el Estado conocerá los casos de separación judicial o divorcio, —lo que no mencionaba eran los casos de nulidad matrimonial— cosa que no ocurre en sede eclesiástica, toda vez que uno de los fines de la Iglesia, por principio, es que lo que Dios ha unido, el hombre no podrá jamás separarlo. (Canon 1141).

Si bien el Estado como la Iglesia se ocupan de declarar la nulidad de matrimonio dentro de su competencia, también es cierto que en nuestro país no ocurre como sucede en otros: España, por ejemplo, donde primero se dilucida la nulidad del matrimonio ante las leyes pastorales y luego se acude a la vía civil en proceso ejecutorio para pedir los efectos civiles, tratándose de un fuero especial; "en la práctica, los tribunales eclesiásticos dictan sentencias que producen efectos civiles, que son después reconocidos y como tales declarados, mediante el procedimiento civil establecido".[6]

Doctrinariamente, los impedimentos se definen como "causas que conforme a la ley estorban el matrimonio u ocasionan su anulación".[7] El Diccionario de la Real Academia Española dice:

> *Impedimento:* Cualquiera de las circunstancias que hacen ilícito o nulo el matrimonio.
> *Dirimente:* El que estorba que se contraiga matrimonio entre ciertas personas.
> *Impediente:* El que estorba que se contraiga matrimonio entre ciertas personas, haciéndolo ilícito si se contrae, pero no nulo.

Acerca de los impedimentos que contiene nuestro Código de Familia y que implican nulidad absoluta y los impedimentos que establece el Código de Derecho Canónico:

---

3. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977, pág. 227.

4. FOURNIER ACUÑA, Fernando, *Historia del Derecho*, Editorial Juricentro S.A., San José, 1978, pág. 119. Latorre dice que "el Derecho Canónico se apoya en el conjunto de reglas que se consideran establecidas por Dios mismo, y por esto son inmutables, lo mismo hayan sido reveladas a través de las Sagradas Escrituras y de la tradición, que sean descubiertas por la razón por ser de Derecho Natural", LATORRE SEGURA, Ángel, *Introducción al Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1976, pág. 221.

5. BRENES ÁLVAREZ, Pedro, *La condición jurídica de la Iglesia Católica en Costa Rica*, Tesis, Fac. de Derecho, San José, 1976, pág. 113, citado por BARUCH, Bernardo, *La libertad religiosa en Costa Rica*, en Revista Judicial, año IX, núm. 30, set. 1984, pág. 67.

6. GARCÍA BARRIUSO, Patrocinio, *Matrimonio y divorcio hoy en España*, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica, S.A., Madrid, 1984, pág. 264.

7. BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de las personas*, vol. II, Derecho de Familia, 4a. edición, Editorial Juricentro, San José, 1984, pág. 38. Ver CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, tomo II, 8a. edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, págs. 339-340.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Art. 14.1 CF: Habla de las personas que estén ligadas por un matrimonio anterior. Nuestros tribunales se pronunciaron al respecto.[8]

Canon 1085.1: "Atenta inválidamente el matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado".

Art. 14.2 CF: Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad. El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad.

Canon 1091.1: "En línea de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales".

Nótese que este habla de legítimos como de naturales y en nuestro ordenamiento fueron suprimidos tales calificativos.

Art. 14.3 CF: "Entre hermanos consanguíneos".

"Razones de alto interés moral y de conveniencia social fundamentan la prohibición entre próximos parientes".[9]

Canon 1091.1 y 2 en relación con el 1092: "En línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales. En línea colateral, es nulo hasta cuarto grado inclusive".

Art. 14.4 CF: "Relación entre adoptado y adoptantes".

Canon 1094: "No pueden contraer válidamente matrimonio entre sí quienes estár unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral."[10]

Art. 14.5 CF: Entre autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.

Canon 1090.1: Dispensa reservada a la Sede Apostólica. Canon 1078.2.[11]

Art. 14.6: Entre personas de un mismo sexo.

El Código Canónico nada establece al respecto. Sin embargo, hay que acotar que dados los principios que rigen la ley de familia y la canónica, podemos decir que no hay matrimonio, ya que no existe uno de sus fines, o sea, la procreación.

Sobre la anulabilidad o nulidad relativa del matrimonio, encontramos la siguiente normativa:

Art. 15.1 CF: Sobre esta regla.[12]

Canon 1097: Los vicios que se establecen en este supuesto, están regulados en el Capítulo IV, Título VII del Código Canónico bajo el nombre "Del consentimiento matrimonial" y no bajo los impedimentos que estatuye nuestro Código de Familia.

Art. 15.2 CF: En el caso que nos interesa, hay que remitirnos al Código Civil en su artículo 41.

Nuestra jurisprudencia ha manifestado: "Si bien es cierto, el accionado ponía de manifiesto

---

8. "Habiéndose efectuado un matrimonio legalmente imposible, por estar el cónyuge unido en matrimonio y siendo la accionante desconocedora de tal circunstancia, ya que el accionado tomó otra identidad, ella consintió, por evidente error en cuanto a la identidad en referencia al sujeto con quien contrajo nupcias". Res. núm. 411 de las 13,00 hrs. del 1 de abril de 1985 del Juzgado Segundo de Familia. En otro sentido la Sala Primera Civil expresó: "III.—Verificada la celebración de un matrimonio legalmente imposible, por estar uno de los cónyuges ligado a otro anterior, inciso 1 del artículo 55 del Código Civil, la nulidad correspondiente a que se refiere el artículo 96 ibídem, en cuanto puede declararse aun de oficio, la Sala interpreta que la indicada oficiosidad está referida como facultad reservada al órgano judicial, pero no como atribución reclamable ad-líbitum e indiscriminadamente por cualquier persona o entidad sin interés alguno en las condiciones como se formalizó el vínculo que se tilda de viciado. Pero además, existe en autos otra circunstancia que también impide acoger la demanda anulatoria de mérito. La entidad actora, extraña al nacimiento y a las derivaciones jurídicas de los correspondientes actos matrimoniales, sólo viene accionando contra la señora. . . sin traer a juicio simultáneamente a las otras partes, ni menos al posterior marido; ellos evidentemente, desde luego constituyen parte obligada en la relación jurídica que se trata de romper. Por muy absoluta que sea una nulidad, para acogerla se requiere demandar, oyendo de previo a todas las partes que concurrieron y generaron el respectivo acto o contrato que posteriormente se califica de nulo". Sentencias de las 10,00 hrs. del 25 de octubre de 1933; de las 3,40 hrs. del 12 de setiembre de 1935; de las 14,40 hrs. del 21 de noviembre de 1941; núms. 745 de las 8,50 hrs. del 22 de julio de 1960 y 306 de las 10,10 hrs. del 2 de julio de 1971.

9. BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de las personas*, *op. cit.*, pág. 122.

10. ANOTACIÓN: El Código Canónico de 1917 se remitía en este punto a las correspondientes normas del ordenamiento jurídico estatal; o, desde otro punto de vista, canonizaba la ley civil reguladora del impedimento surgido de la adopción (1059 y 1080).

11. ANOTACIÓN: En la actualidad, el impedimento de crimen ha quedado reducido a aquellos supuestos en los que media la efectiva muerte del cónyuge. En concreto, ahora las figuras son tres: a) conyugicidio propiamente dicho, es decir, dar muerte al propio cónyuge; b) conyugicidio impropio, es decir, dar muerte al cónyuge de aquél con quien se pretende contraer matrimonio; c) conyugicidio con cooperación mutua.

12. Ver nota 8. ANOTACIÓN: Consiste el error en un defecto del acto del entendimiento por el que se tiene un juicio falso o estimación equivocada de un objeto. Trata este canon del *error de hecho*, llamado así porque es la *persona misma* del otro contrayente o bien sus *cualidades*. Sienta éste, el principio de que si el objeto del error padecido por un contrayente son *cualidades* que estima que adornan a otro; aunque la falsa apreciación de las mismas hubiera sido la razón que motivó su propósito de contraer el matrimonio es *válido*.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una línea de conducta alterada de acuerdo con los patrones básicos vigentes, sobre todo en condiciones de ebriedad, ello en modo alguno significa que haya existido enajenación mental al momento de contraer matrimonio, de manera tal que el demandado no tuviese conocimiento y consciencia de la trascendencia del acto que en forma espontánea y voluntaria efectuaba, por lo que no se dio incapacidad mental y consecuentemente se impone rechazando la presente demanda".[13]

Canon 1095: Este canon no contempla las enfermedades mentales y los trastornos psíquicos, regula los casos en los que esos supuestos de hecho, tan variados, constituyen una *incapacidad para el consentimiento,* que es la causa, en Derecho, de la nulidad de matrimonio.

Art. 15.3 CF: "De la persona menor de quince años".

Canon 1083.1: "No pueden contraer matrimonio válido el varón antes de los 16 años cumplidos, ni la mujer antes de los 14, también cumplidos".

Se desprende que en una y otra vía, el requisito sobre la edad es diferente. Ambos ordenamientos fijan una edad determinada, a partir de la cual existe la presunción de que el sujeto adquiere esa capacidad de conocimiento y voluntad. En nuestro Derecho Civil, son mayores las personas que han cumplido 18 años y menores las que no han llegado a esa edad (art. 37 del Código Civil), pero hace la salvedad en cuanto a matrimonio.

Art. 15.4: Sobre este, ver lo que se dirá adelante.

Art. 15.5 CF: Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente. En este sentido, "la nulidad que contempla el artículo 15 del Código de Familia se refiere a la incompetencia del funcionario, pero del funcionario autorizado y lógicamente no se refiere a cualquier funcionario público".[14]

Esto a su vez significa que no está revestido con carácter de público y por ende no autorizado por ley para realizar el acto (art. 24 del Código de Familia); si realiza el acto a pesar de la prohibición su conducta puede encasillarse en una norma penal. Debemos entender aquí, por funcionario competente, aquel que enumera la Ley General de la Administración Pública en su artículo 111, el cual reza: "Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva". En este aspecto, podría decirse que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad; esa autoridad no la tienen por derecho propio sino por delegación de parte del Estado, esto es, para evitar abusos o arbitrariedades. En términos penales se ha definido funcionario público "no sólo el que reúne las condiciones señaladas en la Ley General de la Administración Pública, sino aquel que con su actividad representa actividad del Estado, de esa forma, el concepto de funcionario público resulta en materia penal, ampliado en relación con el que resulta válido en otro orden jurídico".[15]

Incluso, han llegado a tomar como nulidad de matrimonio la incapacidad para asumir obligaciones inherentes a dicha institución.[16]

Nuestro Código habla de deberes (art. 34), sin embargo, ese deber está descrito someramente en otra norma, que es causal de separación judicial (art. 58 inc. 3).

El Capítulo IX del Título I del Código de Familia, se ocupa en su artículo 64 y siguientes de las nulidades.

El artículo 64 habla de que "la nulidad del matrimonio prevista en el artículo 14 puede declararse de oficio".

La nulidad prevista en el artículo 14 nunca puede operar de oficio, porque para que opere es requisito sine qua non, demandar esa nulidad ante el órgano jurisdiccional para que se pronuncie al respecto sobre la nulidad del acto.

Canon 1074: "Se considera público el impedimento que puede probarse en el fuero externo, en caso contrario es nulo".

Art. 65 CF: Se refiere a la legitimación para demandar la nulidad y se dan los supuestos.

---

13. Juzgado Segundo de Familia, núm. 239 de las 13,00 hrs. del 3 de marzo de 1986. Ver PEREIRA PÉREZ, José María, *Las bebidas alcohólicas y sus efectos jurídicos*, Revista Judicial, año VIII, núm. 29, junio 1984, pág. 137.

14. SOLANO CHACÓN, Jorge, *El matrimonio celebrado ante funcionario incompetente*, Revista Judicial, año VIII, núm. 26, setiembre 1983, pág. 17.

15. 1983. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Segunda, núm. 131 de las 16,30 hrs. del 30 de mayo.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El inciso a) habla de "error". Este es conceptuado en doctrina en forma uniforme, como "el hecho de creer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero. El error es un vicio del consentimiento, que permite a quien lo ha cometido, hacer anular el acto jurídico cuando la ley le reconoce gravedad suficiente respecto de los contratos y respecto del matrimonio".[16]

La doctrina eclesiástica ha dicho que "los tribunales eclesiásticos declaran nulos por error de cualidad *redundans in personam* cuando estiman que ha versado sobre una cualidad moral, jurídica, social tan íntimamente enlazada con la persona física, que, por faltar esa cualidad, resulta ser totalmente diversa la persona física".[17]

Otro de los elementos productores de nulidad es la violencia, la cual es "el acto torpe ejecutado contra la voluntad de alguna mujer".[18]

La violencia de que habla, no sólo se refiere a la física, ya que puede ser violencia moral o intimidación, es decir, una coacción que sea capaz de obligar al sujeto coaccionado a adecuarse a la conducta ejercida por el sujeto coaccionador. La coacción habrá de ser analizada en cada caso concreto. Dependerá de la crítica sana del juzgador, si la coacción ejercitada sobre el sujeto pasivo es tan grave, como para dejar sin efecto el matrimonio, basándose en los principios constitucionales que inspiran nuestro Derecho de Familia.

El Código Canónico[19] en sus anotaciones, dice que "es una coacción realmente material sobre los órganos de expresión externa del sujeto para obtener así el signo exterior afirmativo".

Asimismo, el "miedo grave" es concebido como "la turbación del ánimo causada por la proximidad de un peligro que nos amenaza. Puede ser grave o leve. Es grave, cuando puede atemorizar a un hombre intrépido y valiente, como es el que se tiene a la muerte, a la pérdida de la honra, la libertad o bienes y leve, el que padece el hombre tímido o pusilánime".[20]

Nuestros tribunales aplicando el Código Civil que regía en la materia, se pronunció en los siguientes términos:

> "El extremo petitorio marcado con la letra a) tiende a que se declare 'que el matrimonio celebrado con ella. . . ante el Gobernador de esta provincia, es nulo, por cuanto yo consentí en él debido a temor grave que su hermano. . . infundiera sobre mí mediante reiteradas amenazas de muerte'. El texto del art. 70 del Código Civil consigna las palabras 'fuerza o miedo grave'. El temor es un estado de ánimo diferente del miedo. Cuando la amenaza llega a hacerse patente en actos que ponen en evidencia el peligro, el sujeto que la recibe experimenta el miedo. Se objetaría que es un estado de ánimo de carácter subjetivo, que no sería susceptible de comprobación. Mas cabe argüir que se ha de hacer patente por actos que pongan en evidencia el propósito de llevar a cabo la amenaza. . . Habría contribuido a la convicción que se ha de llevar al ánimo del juzgador que conoce del negocio, la prueba de que por sus antecedentes o por su natural temperamento la persona que amenaza es capaz de realizar el acto, o circunstancias que de igual manera produzcan en el ánimo del Juez el convencimiento de que razonablemente se ha podido producir 'el miedo grave' que indujera al acto del matrimonio que se combate mediante el establecimiento de la acción de nulidad. Si sólo se ha probado las simples amenazas, la consecuencia fue simplemente 'el temor' que se invoca por el demandante en el propio extremo petitorio de su acción que ha sido trascrito. No es el temor causa bastante para declarar la nulidad de un matrimonio. Es el 'miedo grave' lo que puede dar sustento o fundamento legal al pronunciamiento judicial por el cual se anule un matrimonio".[21]

El canon 1103 en su anotación: "Es aquella consternación del ánimo del sujeto causada por la presión psicológica o coacción moral para librarse de las cuales el sujeto se ve obligado a elegir matrimonio".

El inciso b) del artículo 65 nos habla de la capacidad mental y hay que verlo en relación con el artículo 36 del Código Civil. La jurisprudencia habla de la incapacidad natural, o sea, "aquel estado en que el individuo padece una enfermedad mental originada en cualquier causa como la em-

---

16. CAPITANT, Henri, *Vocabulario Jurídico*, Editorial Depalma, Buenos Aries, 1972, pág. 255. El Dr. Víctor Pérez habla sobre ese aspecto en los siguientes términos: "entendiendo por error la falsa representación de la realidad nuestro Código establece la anulabilidad de los contratos en los que el error recaiga sobre la especie de acto o contrato o sobre la identidad de la cosa, su sustancia o cualidad esencial", *Estudios sobre el negocio jurídico*, San José, 1a. edición, pág. 24.

17. GARCÍA BARRIUSO, Patrocinio, *op. cit.*, pág. 147.

18. ACOSTA, José María, *Vocabulario del Derecho Patrio*, Tipográfica Nacional, 1902, pág. 129.

19. Código de Derecho Canónico, edición anotada, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1983, págs. 667-668.

20. ACOSTA, José María, *op. cit.*, pág. 183.

21. Sala Primera Civil, res. de las 10,15 hrs. del 16 de octubre de 1934 y núm. 112 de las 16,10 hrs. del 25 de marzo de 1955.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

briaguez, la demencia, la sobreexcitación, la angustia, ciertas enfermedades físicas que afectan la armonía mental y otras similares, es causa suficiente de nulidad de los actos o contratos que realice la persona en ese estado, porque de ese modo resulta imperfecta o irregular una de las condiciones esenciales para la validez de la obligación, cual es la capacidad de quien se obliga".[22] En este sentido cánones 1058 y 1095.

Sobre el inciso c), ver lo que se dijo supra.

El inciso d) nos relata sobre la impotencia, esta como "incapacidad perpetua o temporal de alguno para llevar los fines del matrimonio"[23] (arts. 15 inc. 4 y 20 del Código de Familia).

Por su parte en la anotación del canon 1084 dice que: "es la incapacidad para realizar el acto conyugal; es decir, la incapacidad de realizar la cópula con todos sus elementos esenciales, tal y como están configurados por la naturaleza".

Sobre la nulidad de matrimonio celebrado ante funcionario incompetente, véase lo que se dijo líneas atrás.

La jurisprudencia ha conceptuado la impotencia en los siguientes términos:

> ". . .no es correcto, como parece haberlo entendido el señor Juez que la impotencia prevista en nuestra ley como motivo de invalidez del matrimonio, tenga que tener un origen fisiológico o físico-patológico, exclusivamente. También las enfermedades de carácter psíquico son capaces de generar impotencia y, siendo así, no hay razón para excluirlas del supuesto de hecho de la causal tipificada por el inc. 4 del art. 15 del Código de Familia. Y esta posición del Tribunal se reafirma, si se toma en cuenta que legislaciones como la alemana y la francesa, y más recientemente la italiana, han eliminado la impotencia como motivo de nulidad y la han sustituido por otra que se denomina doctrinariamente, 'error en las cualidades personales del contrayente' —aunque ya en los albores de la ciencia y el derecho canónico, hubo quienes propugnaron la irrelevancia de la impotencia fuera de los límites del error— (sobre estos aspectos mencionados, véase la obra 'Lineamientos del Nuevo Derecho de Familia Italiano', de Giuseppe Tamburino, UTET, 1978, págs. 138 y ss.). Esta clase de error en las cualidades personales del contrayente, se tipifica legislativamente con varios supuestos, entre los cuales se incluye el que se llama: 'Existencia de enfermedades físicas o psíquicas o de anomalías o desviaciones sexuales, tales que impiden el desarrollo de la vida conyugal' (así lo dispone el art. 122 del Código Civil italiano). Pues bien, el matrimonio es, como se ha dicho, un 'consortium omnis vitae' afectivo, material y sexual, y, por consiguiente, cualquier enfermedad física o psíquica, preexistente, que haga imposible el pleno 'consortium', desde el punto de vista sexual, no puede ser excluida válidamente del supuesto de hecho de la causal prevista en la norma legal referida, por lo que debe declararse la nulidad del matrimonio celebrado entre las partes".[24]

En otro sentido señaló la Sala:

> ". . .con la demanda principal persigue el actor pronunciamiento de nulidad de su matrimonio con la demandada por cuanto ésta, —según afirma el actor—, tiene un defecto orgánico que le impide concebir. Ese extremo no sólo no lo ha comprobado el actor, sino que más bien aparece en autos la opinión de los médicos profesionales que con vista del examen que han hecho a la interesada, consideran que no existe tal defecto o incapacidad. En este caso, por tratarse de algo que está fuera del alcance técnico de los Tribunales, deben éstos atenerse a la opinión de los profesionales en la materia, razón por la que ha de rechazarse la demanda principal, conforme lo ha hecho el señor juez".[25]

Siguiendo las reglas de las nulidades, el artículo 66 establece los efectos civiles del matrimonio declarado nulo o anulado, de haber obrado con buena fe uno de los cónyuges. (Obviamente nos encontramos ante una presunción iuris tantum).

Al infringirse la norma jurídica, tal hecho acarrea una relación de correspondencia entre causa y efecto, relevante para el sistema, conocida en doctrina como "el principio de conveniencia del efecto al hecho".[26] En este sentido y siguiendo las reglas de las nulidades, el artículo 66 establece los

---

22. 1984. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, núm. 400 de las 9,30 hrs. del 12 de junio. Ver entre otras: Sala Primera de la Corte, núm. 50 de las 9,30 hrs. del 31 de mayo de 1982 y del citado Tribunal Civil, núm. 252 de las 14,10 hrs. del 11 de mayo.

23. ACOSTA, José María, *op. cit.*, pág. 105. Don Alberto Brenes dice que lo "tocante al impedimento ocasionado por la impotencia la regla es, que respecto a la nulidad que tiene el carácter de relativa, está facultado para reclamarla cualquiera de los cónyuges, como no puede menos de ser atendiendo a que no es sino una vez celebrado el matrimonio cuando descubren el impedimento, de suerte que ambos han obrado de buena fe al verificar el enlace; y en cuanto a la impotencia absoluta, sólo el contrayente hábil corresponde esa atribución, pues en cuanto al otro, el conocimiento que de su defecto no ha podido menos de tener con anterioridad al matrimonio, lo descalifica para el reclamo, por la malicia que su proceder revela". *Tratado de las personas*, mil copias, Ed. 1974, pág. 135.

24. 1984. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, núm. 383 de las 14,45 hrs. del 6 de junio.

25. Sentencias de las 10,10 hrs. del 4 de enero de 1935 y núm. 617 de las 16,40 hrs. del 7 de diciembre de 1954 de la Sala Primera Civil.

26. PÉREZ VARGAS, Víctor, *Los hechos jurídicos*, Editorial Juricentro, 1979, pág. 11.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

efectos civiles y consecuencias del matrimonio nulo o anulado de haber obrado con buena fe uno de los cónyuges. La buena fe debe ser entendida en sentido lato y en sentido forense.[27]

Al encontrarnos ante una duda, de que si hubo buena o mala fe, debemos inclinarlos por la conservación del matrimonio, de acuerdo con las normas constitucionales que nutren nuestro Derecho de Familia (arts. 51y 52 de la Constitución Política y 1 y 2 del Código de Familia).

Vemos que, al declararse nulo el matrimonio, quedan las cosas tal y como comenzaron, no así los resultados patrimoniales y filiales. En cuanto a bienes, tenemos la materia de gananciales (art. 41) y en cuanto a hijos (69, 127 y sigs. 138, 145 y sigs. 151 y sigs.). En una situación de discordia, podrá el Tribunal otorgar la guarda, crianza y educación a uno de ellos y la patria potestad en forma compartida, salvo lo que se refiere a la suspensión.

No puede concebirse que una sentencia eclesiástica que tuvo como causal una nulidad de matrimonio, se ejecute posteriormente en vía civil, ya que a las autoridades religiosas sólo les está vedado por disposición de ley, celebrar el matrimonio (arts. 23 y 24 del Código de Familia).

Por otro lado, la Iglesia puede declarar nulo un matrimonio —de acuerdo con su ordenamiento—, pero su ejecución en cuanto a los demás aspectos que acarrea la nulidad, no podrán ejecutarse en vía civil. Podría sostenerse que los efectos, no están subordinados a otros criterios que puedan emanar de otras entidades con potestades "jurisdiccionales" diferentes a la del Estado. Siguiendo estas directrices "la ejecutoria que declare la separación judicial, el divorcio o la nulidad de un matrimonio, a más de inscribirse en el libro destinado a matrimonios en general que se lleva en el Registro Civil, se anota al margen del asiento del respectivo matrimonio".[28]

Por consiguiente, la sentencia eclesiástica no tiene ese procedimiento, toda vez que para sus efectos, la misma se inscribe en el Registro que lleva la Iglesia, no así en el Registro Civil (art. 67 del Código de Familia).

Caducidad de la acción:

No podemos hablar de caducidad, ya que el Código no contiene en este capítulo (nulidad de matrimonio), normas relativas a esa institución; sin embargo, hay reglas que confirman el acto (arts. 18, 19 y 20 del Código de Familia).

En cuanto a la acción de nulidad relativa, que comprende el acto celebrado ante funcionario incompetente, no establece el Código un artículo específico y tenemos que remitirnos a la ley común (art. 838 del Código Civil), sea esto, como la ratificación del acto ante funcionario competente.

El Código de Derecho Canónico, en sus cánones 1156 y siguientes, expresa sobre la convalidación simple y 1161 y siguientes de la sanación en la raíz.

Sobre este aspecto la jurisprudencia ha expresado:

> "Lo relativo al plazo de caducidad para reclamar la invalidez del matrimonio no está claro en la ley costarricense, pero ya sea que se considere que la caducidad se opere en un año, en dos o en cuatro, aplicando en cada caso por su orden, los arts. 59 ó 49 del Código de Familia, corno también el art. 841 párrafos penúltimo y último del Código Civil, no hay duda que la acción de nulidad caducó; en virtud de que el matrimonio fue realizado solo tres días después de que entró en vigencia el Código de Familia y que por consiguiente, todos los trámites previos tuvieron que ser efectuados antes de esa vigencia y con aplicación del Código Civil y lo dispuesto por el derogado art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil".[29]

***

27. 1983. Sala Primera de la Corte, núms. 21 de las 15,30 hrs. del 22 de abril; 20 de 1983; 17 de las 14,30 hrs. del 30 de marzo de 1982, entre otras. El Tribunal Constitucional español, le ha dado una connotación constitucional al principio de la buena fe. Ver Boletín de Jurisprudencia Constitucional núm. 7, sentencia del 10 de noviembre de 1981.

28. BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de las personas*, vol. I, Editorial Juricentro, 1986, pág. 227.

29. 1984. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, núm. 779 de las 8,15 hrs. del 5 de octubre.

91

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA: (V) INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO

DR. ENRIQUE P. HABA
Catedrático de la Facultad de Derecho (U.C.R.)

Investigador honorario de la Alexander von Humboldt-Stiftung

SUMARIO

	Pág.
(i) Brasil	92
(ii) Colombia.	93
(iii) Costa Rica	93
(iv) Cuba	94
(v) Chile	95
(vi) Honduras.	95
(vii) México	96
(viii) Perú	96
(ix) Uruguay	97
(x) Venezuela	99
Anexo: Índice analítico del capítulo IV	101

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Nota. Los artículos anteriores de esta serie aparecieron en los cuatro números anteriores de la *Revista Judicial;* respectivamente en los núms. 35 (diciembre 1985, págs. 53-71), 36 (marzo 1986, págs. 81-100), 37 (junio 1986, págs. 65-89) y 38 (setiembre 1986, págs. 79-92). Reiteramos que debe tenerse en cuenta: a) que este apartado fue escrito, en lo fundamental, durante el segundo semestre de 1983; b) que sus bases teóricas no están aquí, sino desarrolladas a lo largo del capítulo respectivo (cf. acá el Anexo) y en otros lugares de la obra completa; c) que, por tratarse de una transcripción literal, hay también remisiones a sitios de aquella que no se encuentran en el artículo; d) y que, por el mismo motivo, las notas comienzan con la número 31. Mas ninguna de estas reservas afecta de manera sustancial la inteligibilidad de lo que ahora presentamos. Los comentarios de Wálter ANTILLÓN MONTEALEGRE (ex Catedrático de la Universidad de Costa Rica) y Daniel O'DONNELL (Comisión Internacional de Juristas) presentados en la sección (iv) fueron efectuados por ellos oralmente en la Segunda Reunión Regional de Expertos (San José de Costa Rica, 22-26 de agosto de 1983) del Proyecto de Investigación en cuyo marco se realizó este trabajo.

Aparecieron hace poco los dos primeros tomos de la obra de la cual extrajimos lo que en forma de artículos integra la presente serie: Enrique P. HABA, *Tratado básico de derechos humanos,* vols. I (Conceptos fundamentales) y II (Indicadores constitucionales), Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986. Dicha edición no incluye lo que se publica en la *Revista Judicial.*

Advertencias complementarias

- *Instrumentos* (esta expresión designa, en el texto, el conjunto formado por cinco documentos internacionales básicos): Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con su Protocolo Facultativo, 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

- *Cursivas:* se usan al transcribir disposiciones constitucionales, en el texto, para subrayar algunas expresiones especialmente sintomáticas; pero esas cursivas no se hallan en las propias disposiciones así recogidas.

* * *

Estudiamos aquí la medida en que la recepción del Derecho Internacional sobre derechos humanos es o no es promovida por parte de cada una de las Constituciones en examen. No se trata, pues, de saber si desde el punto de vista del *propio* Derecho Internacional podrían acaso ser consideradas como jurídicamente obligatorias, en algún sentido, ciertas formas de tratamiento para derechos humanos en la esfera interna de los Estados (por ejemplo, según unos principios de *jus cogens*). Lo que nosotros indagamos, en cambio, es si tal obligatoriedad se encuentra reconocida por el Derecho interno *mismo* en América Latina; más específicamente, si ello tiene base en mandamientos de las Constituciones de los respectivos países. La respuesta que surge del texto de estas es que, como veremos, la relevancia de los instrumentos internacionales de derechos humanos *no* aparece, en general, impuesta constitucionalmente. La posibilidad de que esos instrumentos sean allí aplicados en el discurso jurídico positivo depende de la circunstancia, contingente para el orden constitucional, de que los órganos nacionales —por lo común son el Poder Ejecutivo y el Legislativo— que tengan la competencia constitucional para aceptar (o no) los pactos internacionales de derechos humanos, los aprueben en efecto. En conclusión, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos suele desempeñar un papel de simple carácter *exhortativo* ante los Estados (cf. el *Tratado,* § 28, sobre todo los apartados VI y VII de dicho parágrafo).

(i) BRASIL

La Constitución de este país contiene una referencia a los organismos internacionales: acerca de los conflictos internacionales indica que, para resolverlos, el Brasil deberá recurrir a la cooperación de aquellos organismos internacionales en que él participe (art. 7); señala también, entre las competencias de la Unión (Federación), la de participar en las organizaciones internacionales (art. 8.1). Sin embargo, de ninguno de estos textos se sigue que dicha participación obligue de por sí, en el foro interno, a someterse directamente a lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos; es la Unión quien decide en qué organismo participa y hasta qué punto. Por lo demás, se da competencia al Supremo Tribunal Federal para juzgar en los litigios entre "organismos internacionales e a União, os Estados, o Distri-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

to Federal ou os Territórios (art. 119.I.c), como así también en las causas donde sea parte un organismo internacional frente a un Municipio o una persona residente o domiciliada en el país (art. 119.II.a); cf. también el art. 125, incs. II, III y V.

Es atribución del Presidente con el Congreso (arts. 44.I y 81.X), en nombre de la Unión (art. 8.I), decidir sobre la celebración de tratados; en consecuencia, de esas autoridades depende asimismo la vigencia de los instrumentos de derechos humanos en el foro interno. La Constitución no aclara qué rango tendrían internamente las disposiciones de estos Pactos, como las de los demás tratados, pero nunca estarían por encima de los preceptos de aquella: los tribunales pueden "negar vigencia de tratado" y hasta cabe declarar su inconstitucionalidad (art. 119.III.a-b); incluso resulta dudoso si prevalecen sobre las leyes ordinarias. De todos modos, hasta ahora no ha sido ratificado ninguno de los Instrumentos por parte del Brasil.

Sin embargo, desde el punto de vista semántico se podría traer a colación, en una interpretación sistemática, lo que la Constitución dispone genéricamente sobre los derechos y garantías que ella consigna en forma expresa, por cuanto entiende que esto "não exclui outros direitos e garantias docorrentes do regime e dos princípios que ela adota" (art. 153.36). En función de esa cláusula expansiva, los intérpretes podrían, si el trasfondo político-social no lo hace imposible, utilizar como criterio de *integración* de la normativa constitucional, llegado el caso, tales o cuales disposiciones de los instrumentos internacionales. No obstante, parece que, por ahora al menos, dicha posibilidad no entra dentro del "horizonte" de lo viable en el aparato judicial brasileño. [Nota: recuérdese que el "ahora" se refiere a 1983.]

(ii) COLOMBIA

Hay una mención constitucional de que el Gobierno se ajustará al Derecho Internacional; pero solo se refiere al "caso de guerra exterior", para el cual tendrá aquel las facultades "que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones" (art. 121.1 *in fine*). Fuera de ello, todo dependerá, en cuanto a la aplicación de aquel Derecho, de los tratados que celebre el Presidente con aprobación del Congreso (arts. 76.18 y 120.20), incluso en lo relativo a los límites del país (art. 3 *in fine*).

Atento a estas disposiciones, no se puede decir que la Constitución le otorgue rango constitucional a las disposiciones internacionales. Mas Colombia ha ratificado los Instrumentos, aunque sin reconocer la competencia de la Comisión y la Corte Interamericanas. Por otra parte, aunque en el medio interno no es muy amplio el conocimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos, encuentra aceptación cierto criterio en cuanto a que los pactos internacionales aprobados por medio de ley constituyen unas normas que tienen fuerza superior a las leyes en general; claro que esto no surge como consecuencia semántica de la letra misma de la Constitución, pero tiene una cierta autoridad doctrinaria y jurisprudencial.

(iii) COSTA RICA

Fuera de una referencia a "los principios del Derecho Internacional" en relación con la soberanía del Estado sobre espacio aéreo, aguas territoriales, etc. (art. 6.1), la Constitución costarricense no vuelve a mencionar en forma expresa dicho Derecho. Pero ella contiene una disposición de singular importancia en la materia, pues en forma expresa coloca a los tratados por encima de la ley común: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes" (art. 7.1). Estos instrumentos son convenidos por el Poder Ejecutivo y aprobados por el Legislativo (arts. 7.2, 121.4 y 140.10). En consecuencia, las disposiciones de aquellos Pactos de derechos humanos que hayan seguido ese trámite, en el Derecho costarricense tienen prevalencia sobre cualesquiera otras normas jurídicas internas (leyes, decretos, etc.), excepto las establecidas en la Constitución misma.

Costa Rica ha ratificado los Instrumentos, inclusive con reconocimiento de la Comisión y la Corte Interamericanas. Por ende, en cuanto a esos Pactos, cabría concluir (al menos desde el punto de vista semántico) que los costarricenses están jurídicamente legitimados para invocar ante las autoridades de dicho país —en particular ante el Poder Judicial— los derechos humanos internacionales consagrados en aquellos; con la excepción, eso sí, del caso en que alguna de esas normas internacionales fuera contraria a un precepto de su Constitución.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(iv) CUBA

La Constitución afirma en forma muy enfática la soberanía del Estado sobre todo su territorio y aguas jurisdiccionales, subrayando además que "repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía sobre cualquier porción del territorio nacional" (art. 10). Ahora bien, dicha Constitución no dice que Cuba se considera parte de una comunidad universal, sino que "forma parte de la comunidad *socialista* mundial" (art. 11). En cuanto a los organismos internacionales, admite su afiliación a ellos "y su participación en conferencias y reuniones de ese carácter [Internacional]", pero ello "teniendo en cuenta los intereses de la paz y el socialismo, de la liberación de los pueblos, del avance de la ciencia, la técnica y la cultura, del intercambio internacional y el respeto que se observe a sus propios derechos nacionales" (art. 12.j). Para sus relaciones internacionales en general, "Cuba hace suyos los principios del internacionalismo proletario y de la solidaridad combativa de los pueblos, y condena al imperialismo", etc. (art. 12 *in limine*, e *in toto*).

Como se ve, ninguna de las determinaciones señaladas, que son las más directamente relacionadas con el Derecho Internacional, hace referencia a derechos humanos individuales universales, consagrados internacionalmente; lo que se reconoce es "el derecho de los *pueblos* a repeler la violencia imperialista y reaccionaria con la violencia revolucionaria y a luchar con todos los medios a su alcance por el derecho a determinar libremente su propio destino y el régimen económico y social en que prefieren vivir" (art. 12.ch). En cuanto a los tratados, estos son aprobados por el Consejo de Ministros y sometidos a la ratificación del Consejo de Estado, quien también tiene la facultad de denunciarlos (arts. 88.m y 96.ch); obviamente, esos tratados no estarán por encima de las leyes internas, aunque la Constitución no dice esto en forma expresa. Por lo demás, Cuba no ha ratificado, y ni siquiera suscribió, los Instrumentos.

En síntesis, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no tienen lugar alguno en la economía general de la Constitución cubana. Aunque no los rechaza *expressis verbis*, no se ve de qué manera podrían ser invocados dentro del marco jurídico que ella traza, salvo que las autoridades lo establecieran expresamente (lo que, al menos para los derechos civiles y políticos, es inimaginable).

Comentarios.

"Si no me equivoco, Cuba suscribió en su momento los instrumentos de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, y nunca ha retirado su adhesión a esos instrumentos. En relación con los de la OEA, sí, tendría yo alguna duda, en vista de que la OEA ha expulsado a Cuba de su seno, en un proceso que todos recordamos; y entiendo que al Pacto de San José no fue invitada como para que viniera a suscribirlo en aquella oportunidad. De todos modos, el hecho de que no haga una mención expresa en la Constitución no puede negar su pertenencia a las Naciones Unidas, el organismo máximo de la comunidad internacional. Ni tampoco se puede negar la existencia, en el texto constitucional, de un elenco bastante rico de derechos humanos. Pero el Redactor parece sacar de todo esto consecuencias más bien negativas. Creo que, también en ese caso, influye mucho el hecho de que él no plantea el problema dentro del contexto histórico. Más bien, al final, nos revela una posición que yo considero prejuiciada, pasando del enfoque semántico, abstracto, a un juicio que, para mí, es ya un enjuiciamiento político, cuando dice: '. . .lo que, al menos para los derechos civiles y políticos, es *inimaginable*'" (ANTILLÓN). [Con respecto a esta última acotación, la relativa al abandono del "enfoque semántico", véase la discusión *supra*, § 16.IV; cf. también *infra*, cap. VII, Ap., iv (Discusión).]

"Tengo que confesar que Cuba ha ratificado más documentos sobre derechos humanos que mi propio país, los Estados Unidos, que tiene ciertamente la situación peor de todos los Estados americanos en cuanto a la ratificación de estos instrumentos (. . .pero es posible que Cuba esté en segundo lugar). Ella ha ratificado convenios sobre los derechos de la mujer, la prohibición de esclavitud, el *apartheid*, etc. Pero no ha ratificado ninguno de los instrumentos básicos de derechos humanos. Pueden entenderse las razones respecto al Pacto de San José, por cuanto no tuvo oportunidad de participar en la preparación de ese documento; pero no es el caso en cuanto al Pacto Internacional. Hecho curioso, en realidad, porque Cuba es el único país de los que pertenecen al grupo de los llamados socialistas, los países del COMECON, que no ha ratificado el Pacto Internacional: ni el de los Derechos Civiles y Políticos, ni el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ello a diferencia, digamos, de Nicaragua" (O'DONNELL).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(v) CHILE

Entre las "atribuciones especiales" confiadas al Presidente de la República está la de "Conducir las relaciones políticas con. . . organismos internacionales"; además le compete, pero esto con aprobación del Congreso (siguiéndose los mismos trámites de una ley común), "concluir, firmar y ratificar los tratados que estime *convenientes* para los *intereses* del país" (arts. 32.17 y 50.1).

Parecería que los tratados tienen la misma jerarquía que las leyes, ya que el texto constitucional señala que el Presidente podrá (eventualmente) adoptar ciertas disposiciones para el cumplimiento de aquellos, ya sea si ellas no son "materias propias de Ley" o si él obtiene autorización del Congreso para dictar las que sí tengan "fuerza de ley" (art. 50.1, incs. 2 y 3). De todos modos, los tratados quedarían por debajo de la Constitución, sobre todo teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 61 (en combinación con el art. 50.1 *in fine*).

En cuanto a los Instrumentos, ellos quedarían sometidos a ese régimen de los tratados: si no se ratifican, no tienen aplicación interna. Ahora bien, Chile ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (sin el Protocolo Facultativo) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; no así la Convención Americana. Sin embargo, teniendo en cuenta el sentido general de la Constitución chilena, con respecto a ella habría que decir, *mutatis mutandis,* algo análogo a lo señalado respecto a la cubana: no hay ninguna razón para pensar que sus intérpretes autorizados entiendan someter sus disposiciones, sea en vía interpretativa o integrativa, a lo que aquellos Instrumentos disponen en favor de los derechos humanos básicos; el Estado chileno se basa de una manera *general y permanente* en restricciones para "estados de excepción", en cuyo apoyo invoca lo dispuesto en el art. 4.1 del primero de los Pactos mencionados e interpretando con la máxima laxitud los conceptos indeterminados que esa disposición permite manipular a las autoridades (*infra,* cap. VII, Ap.:v, esp. a).

(vi) HONDURAS

La Constitución de este país contiene unas disposiciones que, en líneas generales, puede estimarse que son favorables a la entrada en juego de disposiciones internacionales de la materia. Señala que los tratados que Honduras celebra "forman parte del derecho interno" (art. 16.2), y que en caso de conflictos con la ley "prevalecen" aquellos (art. 18). Hasta se contempla la posibilidad de que "un tratado afecte una disposición constitucional", pero en tal caso "debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución" (art. 17). La aprobación de los tratados corre a cargo del Congreso Nacional y luego son ratificados por el Poder Ejecutivo (art. 16.1).

La Constitución hondureña tiene la particularidad de que se remite al Derecho Internacional aun más allá de lo relativo a la esfera de los tratados que el país celebre. En efecto, establece que este "hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales" (art. 15.1). Es notorio que muchos de esos "principios" conciernen justamente a la vigencia de los derechos humanos, incluso en la esfera interna: por ejemplo, "la solidaridad humana" y "la democracia". Lo que es más excepcional todavía, se "proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional" (art. 15.2).

Todo ello podría tener singular relieve en materia de derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales, ratificados o no por las autoridades de dicho país, máxime si se tiene en cuenta también la amplia cláusula expansiva general que establece: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de *otras* declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre" (art. 63). Y todavía, el texto constitucional subraya que ninguna norma jurídica emanada de los órganos estatales será aplicada si atenta contra principios de ese carácter: "No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan" (art. 64).

Honduras ha ratificado la Convención Americana —con el reconocimiento de la competencia de la Corte— y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; pero no ha hecho lo propio con el Pacto Internacional de Dere-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

chos Civiles y Políticos. Sin embargo, por todo lo antes señalado, desde el punto de vista *semántico* la Constitución hondureña deja ciertamente las puertas abiertas para que el intérprete acuda, en su caso, a lo que disponen los Instrumentos en general, sin excluir el Pacto mencionado en último término. Que los juristas (sobre todo los jueces), y en general las autoridades, lo hagan o no así, dependerá ya de factores externos al texto constitucional mismo, tanto jurídicos como extrajurídicos.

(vii) MÉXICO

No es de extrañar que, por la antigüedad que ella tiene, la Constitución mexicana no contenga mención alguna sobre los Instrumentos ni en general acerca del Derecho Internacional. Sin embargo, no deja de regular lo relativo a la aprobación de tratados e incluso hace referencia al rango jurídico de estos en el Derecho interno. Señala que serán celebrados por el Presidente y aprobados por el Senado (arts. 76.I y 89.X). Agrega que esos tratados, siempre que estén de acuerdo con la Constitución, como así también esta misma y las leyes establecidas por el Congreso de la Unión, "serán la Ley Suprema de toda la Unión", hasta "a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados" (art. 133).

Queda claro, pues, que solo las disposiciones de la Constitución nacional están indudablemente por encima de lo que pueda acordarse en cualquier tratado. En cuanto a un eventual conflicto entre un tratado y lo dispuesto en leyes nacionales, parece que en principio ambas fuentes estarían en el mismo escalón jerárquico, o sea, que el punto se resolvería según los criterios admitidos para solucionar los conflictos de leyes (cf. art. 104.I). En función de lo señalado, y máxime teniendo en cuenta que esta Constitución no contiene una cláusula expansiva sobre derechos individuales (aunque sí una remisión a "Los principios generales del derecho", cuando "falta" ley —art. 14 *in fine*—), cabe entender que, para el Derecho mexicano, los Instrumentos no serían aplicables sino mediante aprobación de los Pactos respectivos por parte de las instancias estatales indicadas.

Ahora bien, México ha ratificado los dos Pactos (sin el Protocolo Facultativo) y la Convención Americana (pero no la competencia de la Corte y de la Comisión); aquellas ratificaciones son sin perjuicio de algunas cláusulas interpretativas y ciertas reservas. En conclusión, pues, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no encuentran en la Constitución mexicana un punto de apoyo para ser obligantes en la esfera de su Derecho interno; pero en cierta medida lo son vía tratados, en cuyo caso tienen el nivel de las leyes.

(viii) PERÚ

La Constitución reconoce *expressis verbis* que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen una vigencia en el ámbito interno. Por lo pronto, en forma general le otorga nivel constitucional a los tratados de esa materia: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución" (art. 105). Sin embargo, cabe entender que esta disposición no se refiere a *todos* los tratados sobre derechos humanos, sino únicamente a los aceptados por el Perú; esto es, aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente (art. 102), y solo mientras no sean denunciados por resolución de esos mismos órganos (art. 107).

Ahora bien, el propio texto constitucional (Título VIII, Disposición Decimosexta) ratifica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con su Protocolo Facultativo, y también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluso sus arts. 45 (competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y 62 (competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Por otro lado, se dispone que los tratados "forman parte del derecho nacional" y que, si hay conflicto entre alguno de aquellos y lo establecido por una ley, "prevalece el primero" (art. 101). Además, Perú ha ratificado también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En función de todas esas disposiciones constitucionales, cabe entender que el Pacto y la Convención no podrían ser denunciados sino por medio de una reforma constitucional; y en cuanto a otros instrumentos de la materia, su vigencia en el Derecho interno peruano dependerá de que se aprueben mediante los trámites indicados. No obstante, se podría entender que desde ya, aun sin necesidad de una tal aprobación, el texto constitu-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cional debería ser integrado acudiendo a aquellas disposiciones de esos instrumentos que constituyen un *jus cogens* en materia de derechos humanos. Esto porque la propia Constitución contiene una cláusula expansiva en donde señala la no taxatividad de los derechos que ella indica en forma expresa: "La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, *ni otros* de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" (art. 4; cf. también la mención de los "principios generales del derecho" efectuada en el art. 233.6). Tal remisión hace semánticamente viable, como para el art. 63 de la Constitución hondureña (*supra,* vi), la integración de dicho *jus cogens* al Derecho interno.

La Constitución subraya, asimismo, que deja abierto el camino de las instancias internacionales a quien se considere "lesionado" en sus derechos. Pero ello queda sometido a tres condiciones: i. que se trate de derechos reconocidos en ese texto constitucional; ii. que en forma previa sea "agotada" la vía de la jurisdicción interna; iii. que aquellas instancias ("los tribunales u organismos internacionales") correspondan a tratados de los cuales el Perú sea parte (art. 305). De estos tres requisitos, el más engorroso es el segundo, pues podría llevar a que la presentación ante la instancia internacional tenga que ser pospuesta por mucho tiempo, todo el que requieran los trámites (a menudo interminables) a través del moroso aparato judicial interno;[31] en esas condiciones, el recurso internacional resulta prácticamente imposible, o tan tardío que ya no vale la pena.

De cualquier manera, lo importante es que la obligatoriedad interna de los preceptos contenidos en los Instrumentos, y eventualmente la del *jus cogens* de los derechos humanos, en el marco del Derecho peruano está jurídicamente fuera de discusión, por mandato constitucional. Esa obligatoriedad no puede ser impugnada, desde el punto de vista jurídico, sino con base en alguna disposición de sentido opuesto establecida en la Carta constitucional misma.

(ix) URUGUAY

I

La Constitución no hace referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos. En cuanto a los tratados en general, los concluye el Presidente y son aprobados o reprobados por el Poder Legislativo (arts. 85.7 y 168.20). Entre las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, tal cual ahora las establece el Acto Institucional núm. 12 (del 10.11.81), se menciona que le corresponde "1º Ejercer su jurisdicción en caso de infracciones a. . . normas de Derecho Internacional Público, cuando así lo establezcan la propia Constitución o las leyes; 2º Entender en las contiendas relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados" (art. 7).

Teniendo en cuenta que el trámite de aprobación de los tratados es similar al de las leyes, parecería que unas y otras tienen igual jerarquía. Deja alguna duda, sin embargo, la circunstancia de que el texto constitucional diga que los tratados se han de "aprobar o reprobar por *mayoría absoluta* de votos del total de componentes de cada Cámara" (art. 85.7),[32] pues las leyes ordinarias no exigen tal mayoría absoluta. Se podría entender, como consecuencia, que aquellos están por encima de estas, ya que: a) si el tratado es posterior a la ley contraria, el primero derogaría (al menos tácitamente) a la segunda; b) si es posterior la ley, en cambio, ella no podría derogar el tratado, pues para eso se exigiría (según cabe suponer) mayoría absoluta.

De todas maneras, esas "cuestiones" tendría que decidirlas la Suprema Corte (*supra,* aquí), pero parece que debe guiarse, en virtud de las razones que hemos expuesto, por el principio de que los tratados prevalecen sobre la ley ordinaria. No cabrían dudas, en cambio, acerca de que las disposiciones de ellos ceden, en el foro interno, ante preceptos constitucionales con los que no sean compatibles, en cuyo caso podría tal vez caber hasta el recurso común de inconstitucionalidad previsto para las leyes en general (Acto núm. 12, cap. VII).

En función de todo lo señalado, en el marco de la Constitución uruguaya tendrían aplicación

(31) Cf., sin embargo, el comentario de GARCÍA B. transcrito *supra*, n. 30. [Referencia a Domingo GARCÍA BELAÚNDE, Universidad Católica de Lima.]

(32) Ese texto tiene una ambigüedad sintáctica: en la forma en que está redactado, el requisito de "mayoría absoluta" podría referirse tanto a "aprobar" como a "reprobar", o hacerlo *únicamente* a "reprobar"; acogemos la primera de estas dos interpretaciones posibles.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

solo aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos que hayan sido ratificados por ese Estado. Por tanto, dado que no ha ratificado la Convención Americana, pero sí ambos Pactos y el Protocolo Facultativo, en el foro interno tendrían vigencia estos y no aquella.

De cualquier manera, la Constitución contiene una cláusula expansiva que permite integrar en el Derecho interno uruguayo, y esto con rango constitucional, por lo menos el *jus cogens* contenido en los Instrumentos: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son *inherentes* a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno" (art. 72). Pero hay más, esta disposición se encuentra complementada por otra que ordena hacer efectivos los derechos aunque no se hallen reglamentados por preceptos jurídicos que digan la manera de aplicarlos: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, *no dejarán de aplicarse* por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas" (art. 332). Es claro que los criterios básicos en materia de derechos humanos caben sin dificultad en el marco del concepto indeterminado "principios generales de derecho".

Por la vía de esos dos artículos, pues, desde el punto de vista semántico no existen obstáculos para considerar que los principios fundamentales que el Derecho Internacional consagra en materia de derechos humanos podrían ser de aplicación *directa,* por mandato constitucional, en el ordenamiento jurídico uruguayo. Mas en función del golpe de Estado de 1973 y de los Actos Institucionales que luego fueron introduciéndole modificaciones a la Constitución, la situación jurídica global cambia sustancialmente.

II

En el Acto Institucional núm. 5 (del 20.10.76) se señalan unos criterios de orden general respecto a la manera de "proteger" los derechos humanos y, en particular, sobre las relaciones que en esa materia ha de guardar el Estado uruguayo con los organismos internacionales. Es cierto que dicho Acto afirma que no viene a derogar la parte correspondiente de la Constitución (su Sección II: *Derechos, deberes y garantías* —donde se encuentra el art. 72, transcrito más arriba—), sino a proporcionarle "una formulación de principios complementaria", con el objeto de "ponernos al nivel del derecho comparado y dotar al país de medios eficientes de defensa frente a nuevos hechos perturbadores de la seguridad pública" (Considerando II y art. 1); lo que en este Acto se decreta, para esos efectos, regirá "mientras no se formulen las normas constitucionales definitivas pertinentes" (Considerandos, *in fine*). Se subraya asimismo que "el Estado reconoce los Derechos Humanos como expresión natural del hombre. . . por encima de cualquier previsión de la norma escrita" (art. 1.1), y que los Derechos Individuales "están igualmente protegidos" (art. 2). Pero todo esto se entenderá de acuerdo con el siguiente principio funcional básico: "La defensa de los Derechos Humanos e Individuales, que encaran al hombre como unidad, debe regularse en función de la *seguridad interna,* que lo encaran *colectivamente* dentro de una organización política y un orden social" (art. 3.2).

Significa que, en definitiva, el criterio de última instancia al cual queda ahora subordinada la vigencia de cualquier derecho humano, es el de la "seguridad interna" del Estado. Todo dependerá, por tanto, del contenido que se dé a este concepto indeterminado, mejor dicho, de *quiénes* sean sus intérpretes autorizados. Serán ellos quienes determinen qué derechos humanos, en qué medida y por parte de quiénes, pueden ser ejercidos sin afectar lo que dichos intérpretes consideren necesario para garantizar la "seguridad interna".

En una palabra: el contenido y la vigencia de los derechos humanos, dentro del marco del ordenamiento jurídico uruguayo, no dependerá de lo que digan los Instrumentos (entendidos a la luz de la dogmática jushumanista), ni en general del *jus cogens* en la materia, sino de aquello que las autoridades estimen suficientemente inofensivo como para no afectar lo que ellas consideren cuestiones de "seguridad interna". En cambio, para la defensa de esa "seguridad", no se señala tipo alguno de límites a la intervención estatal, no hay derechos de ninguna naturaleza que puedan oponérsele. Por ende, si bien la Sección II de la Constitución sigue vigente en principio, y lo mismo cabe entender respecto al art. 332, ello no es sino en la medida en que tales disposiciones no puedan dar lugar a nada que afecte la "seguridad interna", pues se entiende que esta constituye tanto la base como el infran-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

queable límite para el reclamo del respeto a *cualquier* derecho humano.

En cuanto a la tutela internacional de los derechos humanos, el Acto Institucional núm. 5 dispone, en su art. 4, una serie de condiciones para que pueda ser aceptada por parte del Estado uruguayo. Se parte de la base de que ello tendrá lugar sólo si se consigue que antes los organismos internacionales sean "moralizados" y "despolitizados" (Considerandos VIII y IX). Para eso sería necesario que haya unos "tribunales internacionales profesionales permanentes" (art. 4, inc. a), pero a los cuales no tendrán acceso sino los Estados mismos que son parte de los tratados respectivos (inc. b), jamás los individuos particulares —es decir, nunca los propios lesionados u otras personas que quieran intervenir en defensa de estos— ni tampoco los "organismos privados nacionales o internacionales, cualquiera sea su categoría" (art. cit. *in fine*). Se agrega, además, que si un Estado llegara a efectuar una denuncia de esa índole, sólo podrá hacerlo en tanto en cuanto también él "admita el diligenciamiento simultáneo de denuncias de igual índole hechas por el [Estado] denunciado" (inc. c).

Es obvio que, en tales condiciones, es bastante remota la posibilidad de que ante esos tribunales llegaran a tener cabida denuncias importantes. Por motivos de esa índole, ningún Estado compromete sus relaciones con otro, o sea, solo para salir en defensa de nacionales de este; excepto que esas relaciones estén ya muy deterioradas, por problemas internacionales entre esos Estados. Los recursos internacionales en materia de derechos humanos llegarán a ser eficaces, por el contrario, en la medida en que *no* dependa de la voluntad de los Estados, esto es, ni del Estado denunciado ni tampoco de ningún otro, que la denuncia sea acogida por el organismo internacional correspondiente (Comisión o Tribunal) y resuelta en el seno de este, con las consecuencias jurídicas a que haya lugar. Justamente es el hecho de *no* haber adoptado un sistema que permita la presentación directa de denuncias por particulares y organismos privados, lo que explica la escasa actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 61 de la Convención).[33]

En síntesis. El marco constitucional del ordenamiento jurídico uruguayo abre dos puertas, de naturaleza distinta, en cuanto a la posibilidad de tener en cuenta los Instrumentos. La Constitución de 1967, aunque no se pronuncia de una manera expresa al respecto, contiene disposiciones que hacen semánticamente muy viable el acudir a principios consignados en dichos instrumentos. En cambio, el Acto Institucional núm. 5, aunque no deroga formalmente aquellas disposiciones ni tampoco dice expresamente que rechaza aquellos principios, los subordina de una manera tal a la idea de "seguridad" que, en definitiva, quedan a merced de lo que disponga el Poder Ejecutivo. [Pero téngase en cuenta que este comentario fue escrito *antes* de que, en 1985, en el Uruguay retomara plena vigencia su Constitución de 1967.]

(x) VENEZUELA

El problema de la jerarquía de los instrumentos internacionales frente al Derecho interno venezolano no está dilucidado en forma expresa en el texto constitucional. Respecto a los tratados en general, se establece que los celebra el Poder Ejecutivo y han de "ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez" (art. 128 *in limine*; cf. también el art. 190.5). Como para tal ley, aunque es "especial", vale decir, referida de modo específico al tratado en cuestión, no se prevén trámites ni mayorías distintos de los exigidos para las demás leyes, cabe pensar que los convenios internacionales ratificados por Venezuela tienen, en el foro interno, la jerarquía de aquellas en general.

Ahora bien, como Venezuela ha ratificado todos los Instrumentos, inclusive reconociendo la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas, cabe entender que, en función de lo que su Constitución establece sobre los tratados, las disposiciones de aquellos tendrán, en su foro interno, el rango de las leyes. Estarían, pues, por debajo del nivel de los mandatos constitucionales mismos; y si hay conflicto entre disposiciones de alguno de los Instrumentos y lo que establecen leyes comunes, el punto tendría que ser solucionado de acuerdo con los criterios generales que se aplican para los casos de antinomias entre preceptos legales.

Sin embargo, también podría entenderse que lo establecido en los Instrumentos, o al menos

(33) Cf. *supra*, § 28. VI.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

parte de ello, llega a tener rango constitucional, ya que la Carta venezolana contiene una cláusula expansiva de alcance análogo a las de la Constitución uruguaya: "La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo *inherentes* a la persona humana, no figuran expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos *no menoscaba* el ejercicio de los mismos" (art. 50).

Los derechos humanos que "no figuran expresamente" en el texto constitucional, pero sí en los Instrumentos, ostentarían nivel constitucional, pues; no en virtud de su ratificación por "ley especial", sino por ser "inherentes a la persona humana". Como tales, en consecuencia, su obligatoriedad jurídica estaría por encima de cualquier disposición en contrario que pudieran contener las normas simplemente legales. No obstante, se ha hecho notar que el clima jurídico en Venezuela, de hecho, no es receptivo para la posibilidad de invocar instrumentos internacionales; en general, estos son muy poco conocidos por parte de los juristas, sin excluir a los jueces.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ANEXO

Índice analítico del capítulo IV

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

Nota: este capítulo se encuentra en el vol. I del *Tratado* (cf. *supra*, p. 92, la Nota *in fine*), ps. 369-470.

Sección A): EL DISCURSO DEL DERECHO INTERNACIONAL

§ 27. Naturaleza de las obligaciones internacionales respecto a derechos humanos
- el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; generalidades [I]
- concepto de "obligación" internacional de derechos humanos [II]
- indeterminaciones en el plano intensional [III]

§ 28. El nivel de eficacia de los Instrumentos
- introducción: semántica y pragmática, en el discurso jurídico internacional; el carácter de "sistema tribal" del ordenamiento internacional [I]
- los "controles" en el Derecho Internacional [II]
- alcance de las obligaciones internacionales [III]
- efectos heurísticos [IV]
- observaciones complementarias sobre la escasez de las garantías internacionales [V]
- el sistema interamericano [VI]
- addenda: a propósito de un dictamen de la Corte Interamericana (cinco tesis que él permite confirmar) [VII]

§ 29. Relaciones dogmáticas entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Derechos internos
- dos postulados semánticos para el discurso de la dogmática jushumanista [I]
- la dimensión jurídica internacional de los derechos humanos, como parte del Derecho interno [II]
- la dimensión jurídica internacional de los derechos humanos, frente al Derecho Constitucional [III]

§ 30. Excurso: Análisis de dos cuestiones (monismo/dualismo, voluntarismo/no-voluntarismo) transportándolas al nivel metadogmático
- tesis: monismo con superioridad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; plano de esta tesis (análisis sumario) [I]
- tesis: carácter no voluntarista del Derecho Internacional; plano de esta tesis (análisis sumario) [II]
- conclusión [III]

Sección B): NORMATIVA CONSTITUCIONAL

§ 31. Posición general de las Constituciones latinoamericanas
- hipótesis de trabajo; discusión de esta hipótesis [I]
- contingente relevancia constitucional de los Instrumentos [II]

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

§ 32. **Discusión: normativa internacional y realidad constitucional**
- carácter falsable de la hipótesis adelantada; limitaciones estructurales de las instancias internacionales [I]
- limitaciones pragmáticas del discurso de los Instrumentos, pero eventual fertilidad heurística de esos modelos en el Derecho interno [II]
- la "voluntad" política como factor decisivo [III]

§ 33. **Sugerencias para la normativa**

§ 34. **Heurística**

§ 35. **Disposiciones constitucionales**
- líneas básicas de la normativa vigente [I]
- algunos ejemplos aprovechables [II]

§ 36. **Conclusiones generales**

Apéndice: Semántica constitucional [es el contenido del presente artículo]

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA PSICOLOGÍA FORENSE (JUDICIAL-LEGAL): SUS ORÍGENES, CONFIGURACIÓN, FUNCIONES, MÉTODOS Y FINALIDAD

LIC. JORGE ALBERTO GONZÁLEZ PINTO
Psicólogo Clínico Forense

CAPÍTULO II

FUNCIONES Y METODOLOGÍA DE LA PSICOLOGÍA FORENSE (PARTE II)

SUMARIO

Pág.

B. Peritajes psicológico-forenses 106
a) Peritaje sobre responsabilidad penal 106
1) Generalidades 106
2) Artículos de los códigos Penal y de Procedimientos relacionados con la responsabilidad penal 108
3) Motivación psicológica del delito 109
4) Simulación 110
5) Metodología 110
a) Revisión de otros informes o dictámenes. 110
b) Observación de las manifestaciones conductuales 110
c) Entrevista psicológica. 110
d) *Tests* psicológicos 110
i. *Tests* a emplear en la medición de funciones intelectuales. ii. *Tests* a emplear en la medición de funciones perceptivas, motoras y maduracionales. iii. *Tests* a emplear en la medición de la personalidad. iv. *Tests* a emplear en la medición de aptitudes. 118
b) Peritaje sobre responsabilidad civil (concepto de responsabilidad civil-metodología) 119
c) Otros peritajes en el campo del Derecho Civil 119
1) Anulación del matrimonio 119
2) Divorcio 119
3) Separación judicial 120
4) Cuidado provisional de los hijos. 120
5) Suerte de los hijos en caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial de los padres; relaciones personales de los hijos 120
6) Suspensión y modificación de la patria potestad 120
7) Personas sujetas a curatela 122
d) Peritaje en el campo del Derecho del Trabajo 125
e) Peritaje sobre capacidad de declarar-valor del testimonio 125
f) Peritaje para la obtención de la evidencia delictiva 125

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

B. PERITAJES PSICOLÓGICO-FORENSES

a) Peritaje sobre responsabilidad penal.

1. GENERALIDADES.

Retrocediendo en la historia, observamos que en la antigüedad un *"enfermo mental"* no era considerado como tal, sino que se creía que estaba poseído por el demonio, golpeándosele, encadenándosele e inclusive condenándosele a morir quemado o ahorcado. Si éste había cometido un crimen, no se daba importancia a la responsabilidad del delincuente.

Posteriormente se empezó a tomar en cuenta en forma muy simple lo relacionado con la responsabilidad criminal y se comenzaron a aplicar pruebas de responsabilidad en las leyes de diversos estados. Así pues, en Inglaterra, en 1723, un tribunal declaró que, para que un acusado escapara del castigo, *"no debe saber lo que está haciendo, como si se tratara de. . . una bestia salvaje".*[42]

Ulteriormente se evolucionó en este campo y se elaboraron nuevas concepciones en el área de la responsabilidad criminal. Ejemplo de éstas tenemos la siguiente prueba de demencia, adoptada en 1957 por la legislatura de Vermont, para aplicarla cuando ésta se utiliza como defensa en los casos criminales:

> *"1) Una persona no es responsable de conducta criminal si en el momento de llevar a cabo tales actos carece de capacidad adecuada para apreciar la criminalidad de su comportamiento o no puede someter sus actos a los requerimientos de la ley, debido a una enfermedad o un defecto mentales.*
> *2) Los términos 'enfermedad o defecto mentales' no incluyen una anormalidad que sólo se manifieste en forma de conducta criminal o de otro tipo antisocial, repetida, pero sí incluyen las afecciones mentales congénitas y traumáticas, así como las enfermedades".*[43]

Actualmente, del campo de la responsabilidad penal se excluyen dos grupos de procesos que involucran la ciencia psicológica: los llamados movimientos reflejos y los actos impulsivos, en los que la conciencia, el *"querer"* como acto concreto de la voluntad, no interviene. Así pues, la posibilidad de culpa se puede analizar en términos de:

a) Capacidad de entender, y
b) Capacidad inhibidora y volitiva.

En el presente, todos los sistemas legales tienen en cuenta limitaciones de la responsabilidad, a los fines de la imputabilidad penal, aunque es difícil encontrar una unificación de criterios entre, por un lado el pensamiento psicológico y psiquiátrico, y por otro, el pensamiento legal, en lo concerniente a los trastornos mentales y conductuales que pueden implicar la ausencia o presencia de responsabilidad y sus diversos grados. Es por esto importante que se dé la participación conjunta de especialistas en Derecho, Psiquiatría y Psicología, en la redacción y enfoque de aquellos artículos (principalmente de los códigos Penal y Civil) relacionados con *"la enfermedad mental"* y la responsabilidad criminal.

Al estudiar los problemas de la responsabilidad, de acuerdo con H. THOMAE y a otros científicos que se ocupan de este campo, lo fundamental es aclarar lo que hay en la mente del sujeto cuando actúa, y comparar su comportamiento y experiencia en dicho momento con el modelo de comportamiento normal, como se describe de diversos modos en Psicología. A este respecto, ocupan un lugar relevante, en los juicios psicológicos, los desórdenes psicogénicos afectivos de la conciencia. Así mismo, juega un papel importante el análisis del testimonio (que analizaremos luego), ya que a menudo hay que basarse en los datos subjetivos proporcionados exclusivamente por el acusado.

2. Artículos de los Códigos Penal y de Procedimientos relacionados con la responsabilidad penal.

A continuación citaremos algunos artículos del Código Penal y del de Procedimientos Penales costarricenses, que se refieren directa o indirectamente a la Responsabilidad Penal, tema que constituye un importante campo de acción para la Psicología Forense en sus funciones periciales.

Artículos del Código Penal
Inimputabilidad.

Artículo 42: *"Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión no posea la*

---

42. Véase KOLB, L. *Psiquiatría clínica moderna.* Editorial Fournier, México, 4a. ed., 1971, pág. 718.
43. Cfr., *ibídem*, pág. 721.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes".

Imputabilidad disminuida.

Artículo 43: *"Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente, en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión".*

Perturbación provocada.

Artículo 44: *"Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiere sido facilitar su realización o procurarse una excusa".*

Comentario: Se produce la perturbación provocada cuando el agente ingiere bebidas alcohólicas o estupefacientes y comete un hecho punible por dolo o por culpa.

Artículo 30: *"Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención"*

Comentario: Aquí se refiere a que en los casos de inculpabilidad no hay delito, ya que quien actúa no tiene voluntad de cometer el hecho, porque psicológicamente actúa sin dolo y sin culpa.

Fijación de las Penas.

Artículo 71: *"El juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.*

Para apreciarlo se tomará en cuenta: a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible; b) la importancia de la lesión o del peligro; c) las circunstancias de modo, tiempo y lugar; d) la calidad de los motivos determinantes; e) las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y f) la conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del juez".

Artículo 19: *"El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro el momento del resultado".*

Comentario: Aquí es necesario señalar que si un sujeto cometió el hecho en estado de inimputabilidad y posteriormente ha recobrado la razón, no se le debe sancionar con una pena, sino con la medida de seguridad respectiva.

Medidas de seguridad.

Artículo 97: *"Las medidas de seguridad se aplicarán solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando del informe que vierta el Instituto de Criminología se deduzca la posibilidad de que vuelvan a delinquir".*

Artículo 98: *"Obligatoriamente el juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:*

1. *Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;*
2. *Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpe la ejecución de la pena que le fue impuesta;*
3. *Cuando se trate de un delincuente habitual o profesional;*
4. *Cuando cumplida la pena, el juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo;*
5. *Cuando quien cometa un delito imposible fuere declarado autor del hecho;*
6. *Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo; y*
7. *En los demás casos expresamente señalados en este código".*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Artículo 101: *"Las medidas de seguridad son curativas, de internación y de vigilancia. Son medidas curativas: 1. El ingreso en un hospital psiquiátrico; y 2. El ingreso en establecimiento de tratamiento especial y educativo. Son medidas de internación: el ingreso en una colonia agrícola y el ingreso en establecimientos de trabajo.*
Son medidas de vigilancia: 1. la libertad vigilada; 2. la prohibición de residir en determinado lugar; y 3. la prohibición de frecuentar determinado lugar".

Artículo 102: *"Las medidas de seguridad se aplicarán así:*

a) Al hospital psiquiátrico o a los establecimientos de tratamiento especial y educativo, se destinarán los enfermos mentales; toxicómanos habituales, bebedores consuetudinarios y los sujetos de imputabilidad disminuida o que hayan intentado suicidarse. Estos últimos podrán recibir el tratamiento en su domicilio;

b) A las colonias agrícolas, o establecimientos de trabajo en donde estarán sometidos a un régimen especial, se destinarán los delincuentes habituales o profesionales; los autores de delito imposible y los que, cumplan la pena, cuando el juez estime que su eficacia readaptadora ha sido nula;

c) La libertad vigilada se ordenará en los casos de condena de ejecución condicional, así como en los casos en que se suspende o termine otra medida de seguridad o una pena y el juez ordene aplicarla por un tiempo prudencial.
El Instituto de Criminología informará periódicamente al juez sobre la conducta de las personas sometidas a libertad vigilada;

d) Cuando el juez lo considere oportuno, podrá imponer al sujeto que cumplió una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinado lugar, por todo el tiempo que estime conveniente; y

e) La prohibición de frecuentar determinados lugares es medida de prevención especial y se impondrá al condenado por delito cometido bajo la influencia del alcohol o de drogras enervantes, del homosexualismo o la prostitución".

Artículo del Código de Procedimientos Penales. De la Instrucción Judicial.
Finalidad.

Artículo 185: *"La instrucción tendrá por objeto:*

1. *Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad;*
2. *Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad;*
3. *Determinar a sus autores, cómplices o instigadores;*
4. *Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado de desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad, todo de acuerdo con el artículo 71 del Código Penal; y*
5. *Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción resarcitoria".*

De acuerdo con los artículos anteriormente citados, podemos observar que para que se dé la inimputabilidad debe existir una falta de capacidad en el actor para comprender lo ilícito, a causa de enfermedad mental, que incluye no sólo al *"enajenado"*, sino también al retardado mental moderado o severo, al sordomudo no educado, a quien presente desarrollo psíquico incompleto y a quien presentase, por factores externos, una grave perturbación de la conciencia.

Por su parte, la imputabilidad disminuida se da en aquellos casos en que el actor posea incompletamente su capacidad para comprender el carácter ilícito de sus actos.

3. Motivación psicológica del delito.

Para comprender lo relacionado a la inimputabilidad y a la imputabilidad disminuida por factores psicológicos, es necesario considerar la comprensión del delito, o sea, la motivación psicológica del mismo, que nos guiará a la determinación de la capacidad, en el sujeto que delinque, para comprender o no el carácter ilícito de sus actos.

El acto delictivo, desde el punto de vista psicológico, está integrado en el conjunto o cadena de las acciones personales y únicamente representa su aspecto jurídico un episodio en la vida psíquica

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del sujeto. Para juzgar un delito es necesario comprenderlo, siendo indispensables, además de conocer los antecedentes de la situación, todos los factores determinantes de la reacción personal.

Para MIRA y LÓPEZ, desde el punto de vista psicológico, la ejecución del delito representa una consecuencia totalmente lógica y fatal del conflicto de las fuerzas y factores que lo determinaron.[44]

Para comprender este carácter predeterminado de las acciones humanas es necesario el estudio de cualquiera de los siguientes nueve factores o variables que las determinan: a) la constitución corporal; b) el temperamento; c) la inteligencia; d) el carácter; e) la experiencia previa; f) la constelación; g) la situación externa desencadenante; h) el tipo medio de la reacción colectiva aplicable a la situación; i) el modo de percibir la situación por parte del delincuente. Estos nueve factores pueden comportarse de un modo distinto en cada caso y sumarse o contrarrestarse, formando lo que denomina MIRA y LÓPEZ *"complejos determinantes"* de la acción o acciones delictivas.[45]

Todo delito pasa por diversos estadios intrapsíquicos que pueden ser conscientes o inconscientes. La transgresión legal común nunca es totalmente impulsiva ni totalmente premeditada, sino que pasa por las siguientes fases en su orden: intelección, deseo o tendencia, deliberación o duda, intención, propósito, decisión y, finalmente, ejecución.

La Psicología del delito es primordialmente una psicología de la afectividad y de la conación, designando esta última el aspecto impulsor del ciclo psíquico, o sea el conjunto de actividades referentes que se inician en la intención y terminan en la acción.

El motivo primario de los delitos (a excepción en los enfermos mentales) se puede considerar en función de la tendencia de llenar o satisfacer una necesidad biológica.

Existen otras motivaciones de carácter secundario que pueden ser exógenas (ajenas al ser individual y que actúan sobre él) tales como factores familiares, sociológicos, económicos, etc. . .; o bien endógenas (factores congénitos) tales como la herencia, las enfermedades, etc. Así mismo los delitos pueden imbricar las motivaciones exógenas y endógenas.

Por lo anterior se puede deducir la importancia que para la comprensión del delito tiene, el conocer el medio ambiente en que se desenvuelve el individuo que delinque y el estudiar y comprender su estructura y ajustes de personalidad.

Por tanto, el papel de la Psicología Forense en el campo de la responsabilidad penal, es el de ayudar a través de la pericia psicológica, a la comprensión del acto delictivo (motivación psicológica del mismo) y al consecuente establecimiento de la presencia de condiciones psicológicas que inhiban, limiten o no, en el sujeto que delinque, su capacidad para comprender el carácter ilícito de sus actos. Expresado simplemente, la capacidad de éste para *"querer"* y *"entender"*.

4. Simulación.

Antes de abordar lo relativo a la metodología empleada por el psicólogo forense en su función pericial en el campo de la responsabilidad penal, es necesario hacer algunas consideraciones sobre un recurso usado a menudo por el delincuente, el cual debe ser detectado y analizado a fondo, ya que es de primordial importancia y puede tener graves consecuencias y repercusiones en el estudio pericial el no percibir su presencia. Nos referimos al fenómeno de la simulación.

La etimología de la palabra *"simulación"* deriva del latín *"simulatio"*, cuyo significado es la acción de simular o imitar lo que no se es. Desde el punto de vista psicológico es una manifestación conscientemente falsa, con un determinado fin, mediante el engaño de otros. Por lo tanto, es una mentira que pudiéramos decir plástica, en la cual, el sujeto puede fingir, imitar, provocar, alegar, exagerar, falsear el origen y disimular una enfermedad, con el objeto de engañar a otros con una finalidad determinada, y que con un esfuerzo mantenido durante un tiempo determinado busca el conseguir un beneficio o provecho inmediato.

Los delincuentes recurren con mucha frecuencia a la simulación, pudiendo originarse ésta por parte del propio sujeto o por sugerencias de otras personas, y cuyo fin puede ser, entre otros, el de eludir declaraciones que les perjudican, el de evitar la prisión o retardarla y el de ser internado en un centro psiquiátrico que facilite las posibilidades de fuga.

---

44. Véase MIRA Y LÓPEZ, E. *Manual de Psicología Jurídica*. Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1932, pág. 142.

45. *Ibídem*.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La simulación se puede dar: a) en sujetos que nunca han padecido enfermedad mental o que la han padecido y se han curado y, b) en sujetos que han tenido enfermedad mental e intentan ocultarla o aparentar otra forma clínica.

Las formas clínicas que con más frecuencia suelen simularse, se han clasificado de distinta forma. Así pues, BISWANGER dividió a los simuladores de la siguiente manera, de acuerdo a la forma de su trastorno adoptado: *"1. Los que simulan confusiones estuporosas; 2. Los que pretenden sufrir alucinaciones o ansiedad; 3. Los que simulan manías furiosas".*[46]

Por otra parte, FURSTNER los agrupa así: *"1. Simuladores de formas depresivas, a veces con estupidez, apatía, mutismo, o bien con lenguaje y conducta estúpida o incoherente; 2. Simuladores que presentan confusión o pérdida de la conciencia, anterior al momento de delinquir, acompañada o no de ilusiones sensoriales; 3. Simuladores de tipo poliformo, con fenómenos psicopáticos irregulares, cuyos síntomas carecen de unidad gnosológica y se alternan entre sí; 4. Simuladores de formas exitadas, presentando confusión, conducta maniaca, tendencias a ejecutar actos violentos, etc.".*[47]

Finalmente, INGENIEROS los ha clasificado de la siguiente manera: *"1. Estados maniacos generales; 2. Estados depresivos generales; 3. Estados delirantes o paranoicos; 4. Episodios psicopáticos, sobre un fondo neuropático; 5. Estados confusodementiales".*[48]

De todo lo anterior se puede deducir el considerable valor que tiene para la pericia psicológica (no sólo en el campo de la responsabilidad penal, sino también en el terreno del Derecho Civil y Laboral que analizaremos más adelante) el poder detectar el *"cuándo"*, *"cómo"* y *"porqué"* del fenómeno de la simulación de enfermedad.

Para su detección, además de la metodología normalmente empleada por el psicólogo en la pericia, se puede hacer uso de otros recursos tales como los basados en la astucia que no pueden ser sistematizados, debiendo adaptarse en cada caso a la personalidad del simulador.

Uno de estos recursos consiste en que el observador hable con una tercera persona en presencia del simulador y admita su locura como verdadera, pero resaltando en su conversación la ausencia de un síntoma totalmente absurdo. De esta manera, el simulador puede comenzar a *"presentar"* esa sintomatología absurda, con lo que se detecta su simulación.

5. Metodología.

Para finalizar, diremos que en lo relativo a la metodología a emplear en la pericia por el Psicólogo Forense en el campo de la responsabilidad penal, éste tiene como recursos:

a) *La revisión de otros informes o dictámenes* existentes y de cualquier otra fuente que pueda aportar datos al respecto.
b) *La observación de las manifestaciones conductuales* del sujeto sometido a estudio.
c) El uso de la *entrevista psicológica* contemplando todos los apartados que la comprenden (ya anteriormente descritos), y
d) La aplicación e interpretación de *"tests" psicológicos* en las áreas intelectual, perceptivo-motora y maduracional, de personalidad y de aptitudes específicas en aquellos casos o situaciones que así se requiera.

i. "Tests" a emplear en la medición de funciones intelectuales. Entre los principales *tests* a utilizar para el área de funciones intelectuales citaremos:

1. Escala de Inteligencia de WECHSLER:

Esta escala fue ideada en 1939 por DAVID WECHSLER, psicólogo del Hospital BELLEVUE de Nueva York, e inicialmente fue conocida como la escala de inteligencia de WECHSLER-BELLEVUE

La motivación de WECHSLER al presentar esta escala fue la de que los *tests* de inteligencia de que se disponía hasta entonces, se habían destinado principalmente a los escolares, y más tarde se adaptaron a los adultos, siendo el contenido de aquellos *tests* de poco interés para los mismos, por lo que WECHSLER argumentaba que a menos que los elementos del *test* tengan un mínimo de validez aparente, no se puede establecer con los adultos un *"rapport"* adecuado.

La más reciente revisión de esta prueba, publicada en 1955 es denominada *"Escala de Inteligencia WECHSLER para adultos"* (WAIS) y compren-

---

46. BISWANGER, cit., por PIGA SÁNCHEZ-MORATE, *supra*, nota 2 del cap. I, pág. 204.
47. FURSTNER, cit., por PIGA SÁNCHEZ-MORATE, *supra*, nota 2 del cap. I pág. 204.
48. INGENIEROS, cit., por PIGA SÁNCHEZ-MORATE, *supra*, nota 2 del cap. I, pág. 204.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de 11 *subtests;* seis de ellos se agrupan en una escala verbal y cinco en una escala de ejecución.

Escala verbal:

1. Información: Son 29 preguntas que abarcan gran cantidad de información que los adultos han tenido probablemente ocasión de adquirir en nuestra cultura. Se hizo un esfuerzo para evitar el conocimiento especializado o académico.

2. Comprensión: 14 elementos en cada uno de los cuales el sujeto explica lo que debería hacerse en determinadas circunstancias, por qué se siguen ciertas prácticas, el significado de proverbios, etc. Está destinado a medir el juicio práctico y el sentido común y su contenido específico se eligió de forma que estuviera en consonancia con los intereses y actividades de los adultos.

3. Aritmética: 14 problemas aritméticos, que se presentan oralmente y que deben ser resueltos sin usar papel y lápiz.

4. Semejanzas: 13 elementos que requieren que el sujeto diga de qué modo dos cosas son semejantes.

5. Memoria inmediata de dígitos: Listas de 3 a 9 dígitos, que se presentan verbalmente y han de reproducirse de la misma manera. En la segunda parte, el sujeto debe reproducir listas de 2 a 8 dígitos en sentido inverso.

6. Vocabulario: Se pregunta por el significado de 40 palabras de dificultad creciente, que son presentadas verbal y visualmente.

Escala de ejecución:

7. Símbolos y dígitos: Clave de 9 símbolos emparejados con los 9 dígitos. *Subtest* de asociación.

8. Completación de figuras: 21 tarjetas con pinturas, a cada una de las cuales les falta una parte, que es lo que hay que descubrir.

9. Dibujos con cubos: Reproducción de dibujos de complejidad creciente que requieren desde 4 a 9 cubos.

10. Ordenación de imágenes: cada elemento consta de un conjunto de tarjetas que contienen imágenes que hay que disponer en la secuencia adecuada para el relato de una historia.

11. Ensamblaje de objetos: Objetos que hay que ensamblar o que reconstruir. Para los *subtests* de aritmética, clave, dibujo de cubos, disposición de imágenes y ensamblaje de objetos se tiene en cuenta la velocidad y precisión de la ejecución.

Esta prueba está considerada como una de las más completas para la medición de funciones intelectuales y además es capaz de proporcionar datos muy valiosos sobre distintos aspectos psicopatológicos de la personalidad.

Existe asimismo, de similar construcción, una escala de inteligencia destinada a niños.

2. *Test* de Matrices Progresivas de RAVEN.

Esta prueba fue desarrollada en Gran Bretaña por PENROSE y RAVEN y estaba destinada a medir el factor *"g"* de SPEARMAN. El *test* se aplica individual y colectivamente y tiene la ventaja de usar consignas muy sencillas, siendo muy fáciles los primeros problemas y prácticamente inteligibles aun por sujetos de nivel intelectual muy bajo. Puede aplicarse a sujetos de 6 a 65 años ya que existe una escala especial para niños.

Los elementos se agrupan en cinco series, cada una de las cuales contiene doce matrices de dificultad creciente, pero similares en principio.

Las primeras series requieren precisión en la discriminación; las segundas, más difíciles, comprenden analogías, permutación y alteración del modelo y otras relaciones lógicas.

"Su composición factorial, según VERNON *(Método bifactorial), es de .79 de factor 'g' y .15 de factor espacial (el análisis del 'test' por el método centroide de* THURSTONE *demuestra que el factor espacial está presente sobre todo en los primeros problemas, y los cultores de la escuela multifactorial lo consideran como un 'test' de razonamiento".*[49]

Este *test,* que requiere principalmente la deducción de relaciones entre elementos abstractos, es considerado por muchos psicólogos como la mejor medida del factor *"g".*

3. *Test* de Dominós:

Al igual que las Matrices Progresivas de Raven, tiende a la medición del factor *"g".* Su autor es ANSTEY. El *test* comprende una serie de problemas, cada uno de ellos formado por un grupo de dominós dispuestos según cierta ley. El problema consiste en descubrir la ley y completar la serie.

49. VERNON, cit. por PICHOT, *supra,* nota 17, pág. 54.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Según VERNON, *su saturación en factor 'g' es de .90 y la saturación en factor numérico es de .05"*[50]

4. *Test* "Army Beta":

Fue el primer *test* colectivo sin lenguaje y fue creado para probar a los soldados de habla extranjera o a los analfabetos que había en el ejército de los Estados Unidos durante la Primera Guerra mundial. No es necesario que el sujeto sepa leer o escribir. Posteriormente, sufrió simplificaciones en cuanto al procedimiento para la aplicación y la puntuación.

Actualmente la forma más recomendable es la tipificación conocida con el nombre de *"Revised Beta Examination"*, revisado por C. E. KELLOGG y N. W. MORTON y reestandarizado en 1946 por ROBERT LINDER y MILTON GURVITZ. Esta forma consta de 6 *subtests,* que incluyen: a) Laberintos; b) Sustitución de símbolos-dígitos; c) absurdos gráficos; d) Ajuste de formas de papel; e) Completación de dibujos; y f) Velocidad perceptiva.

Dicha prueba puede medir discriminación y memoria de detalles, coordinación psicomotriz, memoria de reconocimiento y visual, relaciones espaciales, lógica, deducción y razonamiento.

5. *Quick Word Test:*

Es un *test* breve de selección del nivel intelectual general. Está basado en la conclusión general de que los *tests* de inteligencia presentan una correlación muy elevada con los de vocabulario y consta de 100 elementos de vocabulario de elección múltiple en cada una de sus cuatro formas equivalentes. Los elementos fueron seleccionados basándose en el nivel de dificultad y en el valor discriminativo por comparación tanto con la puntuación total como con un criterio externo del nivel de grado. En las formas finales, los elementos están dispuestos de modo que la dificultad va aumentando dentro de cada bloque de cinco elementos. De esta forma, se encuentra aproximadamente el mismo intervalo de dificultad en el último bloque que en el primero. Se estableció esta distribución en un esfuerzo para mantener el interés del sujeto y reducir el descorazonamiento progresivo.

En conjunto el *"Quick Word Test"* presenta importantes posibilidades con respecto a los objetivos para los que fue designado; existiendo además una forma de nivel más elevado, adecuada para grupos universitarios y profesionales y otra para el nivel escolar elemental desarrollada más recientemente.

6. *Test* rápido Barranquilla:

Este *test,* cuyo autor es FRANCISCO DEL OLMO, conocido por el nombre de *"Barsit",* es una prueba rápida verbal de inteligencia, que consta de 60 preguntas, siendo de gran utilidad por sí sola o en combinación con algún *test* de ejecución.

Está destinada a medir principalmente información o conocimientos generales, comprensión verbal y razonamiento lógico, verbal y numérico.

ii. "Tests" a emplear en la medición de funciones perceptivas, motoras y maduracionales. Entre los *tests* más notables para el área de funciones perceptivas, motoras y maduracionales (diagnóstico de deterioro intelectual y lesión cerebral orgánica) mencionaremos:

1. *Test* Gestáltico Viso-Motor de BENDER:

El *test* Gestalt motor-visual de BENDER es primariamente un *test* de copia, aunque una de las variaciones de procedimiento utilizada por algunos investigadores comprende la reproducción de memoria.

En este *test* se presentan uno a uno, en tarjetas, nueve dibujos y se solicita del sujeto que copie cada dibujo teniendo la muestra delante.

L. BENDER eligió los dibujos de una serie más larga, empleada originalmente por WERTHEIMER, uno de los fundadores de la escuela de la Gestalt, en sus estudios sobre la percepción visual. Los dibujos particulares se elaboraron en forma que ilustran algunos principios de la Psicología de la Gestalt, y los análisis que BENDER hace de los resultados se formulan de acuerdo con los conceptos de la Gestalt.

El BENDER Gestalt es un *test* viso-motor en sentido estricto y se han desarrollado diversos sistemas objetivos de puntuación para su uso con adultos o con niños. Pese a su neta definición de Gestalt-test, suele utilizarse también como *test* proyectivo de la personalidad, siendo clasificado así tanto por J. BELL como por M. HUTT, de la Universidad de Michigan.

---

50. *Ibídem.*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Es un *test* clínico de numerosas aplicaciones psicológicas, que ha demostrado poseer un considerable valor en la exploración del desarrollo de la inteligencia infantil y en el diagnóstico de los diversos síndromes clínicos de deficiencia mental, afasia, desórdenes cerebrales orgánicos, psicosis mayores, simulación de enfermedades y psiconeurosis, tanto en niños como en adultos. Es capaz de determinar el nivel de maduración de los niños y de examinar la patología mental infantil y de los adultos, siendo susceptible de diferenciar los retrasos globales de maduración; las incapacidades verbales específicas; los fenómenos de disociación que perturban el conjunto de la personalidad y los desórdenes de la impulsión, perceptuales y confusionales. También se aplica para el estudio de las demencias paralíticas, el alcoholismo, los síndromes postraumáticos, las psicosis maniaco-depresivas y la esquizofrenia.

2. *Test* de BENTON de retención visual:

Este *test* utiliza diez tarjetas, cada una de ellas con una o varias sencillas figuras geométricas. En la aplicación tipificada se presenta cada tarjeta durante diez segundos y se le dice al sujeto, inmediatamente después de retirarla, que dibuje lo que había en la tarjeta. También puede aplicarse bajo condiciones distintas: 1. Con presentación más corta (cinco segundos). 2. Con una dilación de quince segundos. 3. Como un *test* de copia.

Este *test* requiere percepción espacial, memoria inmediata y reproducción visomotora de las figuras.

Las puntuaciones BENTON que figuran por debajo del nivel esperado para un individuo en más de un número establecido de puntos, se consideran significativas en el sentido clínico.

Este *test* resulta útil para descubrir lesiones cerebrales tanto en niños como en adultos. Asimismo se han recogido datos interesantes sobre la ejecución de otros grupos, tales como esquizofrénicos, niños con trastornos emocionales, retardados mentales, y personas de más de 65 años.

3. *Test* de formación de conceptos de GOLDSTEIN-SCHEERER de pensamiento abstracto y concreto:

Esta serie de *tests* elaborada por GOLDSTEIN y sus asociados como resultado de su experiencia con los pacientes con lesiones cerebrales durante la Primera Guerra mundial y después de ella, todavía goza de amplia popularidad en la práctica clínica. GOLDSTEIN y sus colaboradores concluyeron que el efecto principal de la lesión cerebral es el deterioro de la actitud abstracta. Afirmaron que ese deterioro se podría manifestar de diversos modos, tales como la incapacidad para abstraer propiedades comunes de los objetos, comprender la cualidad esencial de una totalidad dada, dividir un todo dado en sus partes o moverse de un aspecto de la situación a otro.

La serie consta de cinco *tests:* 1. *Tests* de los cubos de GOLDSTEIN-SCHEERER; 2. *Tests* de distribución de color-forma de WEIGL-GOLDSTEIN-SCHEERER; 3. *Test* de bastones de GOLDSTEIN-SCHEERER; 4. *Test* GELB-GOLDSTEIN de clasificación de color; y 5. *Test* de clasificación de objetos de GOLDSTEIN-SCHEERER.

Aunque los autores describen procedimientos bastante tipificados para la aplicación de estos *tests,* no han elaborado un sistema tipificado de puntuación. Ofrecen criterios generales para estimar los diversos niveles de abstracción en las respuestas del sujeto a cada *test.* Otros investigadores han ideado sistemas objetivos de puntuación para algunos de los *tests* de la serie basándose principalmente en las investigaciones con esquizofrénicos y se ha observado que los *tests* de GOLDSTEIN-SCHEERER tienen una correlación elevada con las puntuaciones de los *tests* verbales de inteligencia tipificados.

4. *Test* de Wisconsin de clasificación de tarjetas:

Es un *test* de formación de conceptos que se ha empleado ampliamente en la investigación. Utiliza 64 tarjetas de respuesta, cada una de las cuales contiene de una a cuatro figuras. Se emplean cuatro formas (estrellas, cruces, triángulos, y círculos) en cualquiera de los cuatro colores (rojo, verde, amarillo y azul). Las figuras de cada tarjeta de respuesta son siempre de la misma forma y color.

El *test* de Wisconsin ha presentado posibilidades como instrumento de diagnóstico en las investigaciones con esquizofrénicos, personas con lesiones cerebrales y retrasados mentales. Diversos experimentos con personas normales contribuyeron también a la comprensión de los factores comprendidos en este acto de establecer categorías. Este *test* presenta objetividad en la aplicación y en la puntuación, así como un buen número de experimentos bien controlados realizados con él.

iii. "Tests" a emplear en la medición de la personalidad. Para el área de la personalidad y de sus

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

diversos aspectos existe una gran producción de *tests*, por lo que mencionaremos aquellos que consideramos más útiles para esta labor.

1. *Test* de RORSCHACH:

Es la técnica proyectiva de psicodiagnóstico más popular y fue presentada formalmente al mundo en 1921 con la publicación de la monografía *"Psicodiagnóstico"*, de su creador, el psiquiatra suizo HERMANN RORSCHACH. Aunque previamente los psicólogos habían utilizado series tipificadas de manchas de tinta en algunos estudios sobre la imaginación en otras funciones, fue RORSCHACH el primero en aplicar las manchas de tinta a la investigación del diagnóstico de la personalidad global.

El *test* de RORSCHACH consiste en diez láminas, en cada una de las cuales hay impresa una mancha de tinta simétrica. Cinco de estas manchas están impresas en diversos matices de gris o de negro; dos contienen toques adicionales de rojo brillante, y las tres restantes combinan varias tonalidades.

La aplicación de esta técnica requiere amplia experiencia y sumo cuidado por parte del psicólogo, ya que se deben seguir una serie de indicaciones y es necesario durante esta fase la contemplación y análisis de diversos factores y manifestaciones conductuales del sujeto sometido a estudio. Por otra parte, su calificación, análisis e interpretación requiere un profundo conocimiento de la técnica sobre la cual existe una gran producción literaria ya que constantemente aparecen nuevas investigaciones con el consecuente aporte para su utilización.

Los distintos aspectos de la personalidad que pueden ser medidos a través del RORSCHACH se pueden considerar bajo tres títulos principales con sus correspondientes categorías: 1. Aspectos cognoscitivos o intelectuales que incluyen el *status* y funcionamiento intelectual; el tipo de enfoque en cuanto a lógica, orden, precisión, organización, pensamiento, etc.; el poder de observación; la originalidad del pensamiento; la productividad; y la amplitud de intereses. 2. Aspectos afectivos o emocionales que incluyen el tono afectivo general; los sentimientos respecto de sí mismo; la capacidad de responder a otros; la reacción de *stress* emocional; y el control de impulsos afectivos. 3. Aspectos del funcionamiento del yo, que incluye la fuerza del yo; las áreas de conflicto; y las defensas.

Su aplicación más amplia se realiza en el campo de la salud mental, en instituciones públicas, privadas, y en la práctica clínica y ha contribuido a la comprensión de desviaciones de la personalidad tan variadas como la delincuencia, el alcoholismo, la tartamudez y la esquizofrenia. Asimismo ha logrado un lugar significativo dentro del trabajo de la clínica infantil y ha iluminado aspectos relativos a la efectividad de la psicoterapia. Por último, ha estimulado un nuevo enfoque en el estudio de las interrelaciones entre la cultura y la personalidad y constantemente está brindando nuevos aportes.

2. *Test* de Apercepción Temática (TAT):

El desarrollo de esta técnica proyectiva se debe a los psicólogos americanos MORGAN y MURRAY y a su personal de la Clínica Psicológica de Harvard. El *test* consta de 19 láminas que contienen dibujos de carácter indefinido o ambiguo, impresas en negro y blanco y una lámina en blanco. Se dispone de 4 conjuntos de 20 láminas: para niños, para niñas y para hombres y mujeres mayores de 14 años. El procedimiento original de MURRAY, requiere dos sesiones de una hora, empleándose 10 láminas en cada sesión. Sin embargo, muchos psicólogos no se adhieren a este método y simplemente seleccionan aquellos cuadros que creen despiertan los informes más valiosos con respecto a la personalidad del sujeto.

Esta técnica en contraste con las técnicas de manchas de tinta, presenta estímulos más estructurados y requiere respuestas verbales más complejas y organizadas más significativamente. El TAT se ha empleado ampliamente en la investigación y en la práctica clínica, obteniéndose mediante su uso valiosos resultados en el estudio de diversos aspectos de la personalidad, contribuyendo además como modelo para el desarrollo de muchos otros instrumentos de medición.

Existe asimismo un *test* para niños y otro para ancianos.

3. *Test* de Frustración de ROSENZWEIG:

Es una técnica proyectiva, la cual en el plano teórico se apoya en una teoría psicológica muy elaborada, la teoría de la frustración, que estudia el comportamiento del organismo cada vez que éste se ve ante un obstáculo o una obstrucción más o menos insalvable en el camino que lo conduce a la satisfacción de alguna necesidad vital. En el plano práctico el *test* se presenta como una serie de 24 dibujos, representando cada uno de ellos a dos

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

personajes en una situación de frustración de tipo corriente. En cada dibujo se representa al personaje de la izquierda pronunciando algunas palabras que describen, sea la frustración del otro individuo o bien su propia frustración.

Las situaciones frustrantes son de dos tipos: a) Bloqueo del yo, en las que alguna obstrucción personal o impersonal, impide, defrauda, priva, etc., al individuo directamente; b) Bloqueo del superyó, en el que el individuo es insultado, acusado o incriminado de otra forma por otra persona.

Está presentado en dos formas: una para niños y otra para adultos. Su método ha sido utilizado en *tests* especialmente ideados para estudiar las actitudes hacia grupos minoritarios, las respuestas de los clientes a los productos, las opiniones sobre la prevención de la guerra y las reacciones de los amputados respecto a su incapacidad.

La prueba tiene como ventaja su objetividad y su posibilidad de cuantificación, siendo su inconveniente su extensión limitada a un campo de la personalidad bastante estrecho.

4. *Test* de Asociación de Palabras:

Esta técnica fue descrita sistemáticamente por vez primera por GALTON, siendo conocida originalmente como el *test* de asociación libre. WUNDT y CATTELL la introdujeron luego en el laboratorio psicológico, donde se adaptó a numerosos usos, siendo posteriormente estimulada por el movimiento psicoanalítico, tomando importancia pues, la aplicación clínica de los métodos de asociación de palabras.

El procedimiento consiste simplemente en la presentación de una serie de palabras inconexas, solicitándose del sujeto que responda a cada una de ellas con la primera palabra que le venga a la mente.

Existen diversas versiones de este tipo de técnica, que son de gran utilidad para el estudio de la personalidad, usándose también en la estimación de intereses y actitudes y como detector de mentiras.

5. *Test* de Frases Incompletas:

Son *tests* proyectivos en los que se dan las palabras iniciales o comienzos de frases, pidiéndose al sujeto que termine la frase. Los comienzos de frases frecuentemente se formulan de modo que susciten respuestas pertinentes al aspecto de la personalidad que se investiga.

Existen numerosas versiones de la prueba, siendo su aplicación sencilla y sus resultados muy útiles en la exploración de una amplia gama de aspectos de la personalidad.

6. *Test* de la figura humana de MACHOVER y otras técnicas similares de dibujo:

En el *test* de la figura humana se le da al sujeto lápiz y papel y se le dice simplemente que dibuje una persona. Al terminar el primer dibujo, se le pide al sujeto que dibuje una persona del sexo opuesto al que dibujó inicialmente. Se pueden emplear una serie de preguntas durante el examen para obtener información específica acerca de una serie de factores asociados con los personajes dibujados, y en su aplicación el psicólogo debe observar las manifestaciones conductuales emitidas por el sujeto.

Existen otras técnicas similares de dibujo, tales como el de la pareja y familia, el de casa-árbol-persona, el dibujo del árbol, el *test* de la casa, etc., que conjuntamente con la ya descrita son de gran utilidad en la práctica clínica, siendo su interpretación esencialmente cualitativa, comprendiendo la preparación de una descripción compuesta de la personalidad, partiendo del análisis de numerosas características de los dibujos.

Es necesario hacer mención de las recientes e interesantes investigaciones en el campo de la grafología, de cuyos resultados se ha podido observar su valor como técnica proyectiva de la personalidad y de otras áreas relacionadas con el funcionamiento general del individuo.

7. El Psicodiagnóstico Miokinético:

Este *test*, elaborado por el psicólogo español MIRA Y LÓPEZ, consiste en hacer trazar rayas al sujeto en los tres planos del espacio, primero bajo el control de la vista, y luego sin ese control. Privado del control de la vista, el sujeto se desviará con frecuencia de la dirección inicial. La experiencia se ejecuta sucesiva o simultáneamente con ambas manos.

Este *test* permite una evaluación objetiva de diversos planos de la personalidad.

8. Inventario Multifásico de la Personalidad (M.M.P.I.):

El inventario multifásico de la personalidad de Minnesota es el inventario de personalidad más empleado en la actualidad y ha estimulado una considerable cantidad de investigaciones, principalmente en lo que se refiere a los análisis factoriales de sus escalas.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

De acuerdo con sus autores, HATHAWAY y Mc. KINLEY, (1951) el M.M.P.I. se creó originalmente para valorar aquellos rasgos que son comúnmente característicos de la anormalidad psicológica inutilizadora.

El M.M.P.I. consiste en 550 aseveraciones que al sujeto se le pide clasificar en tres categorías: verdaderas, falsas, o puntos sobre los que no puede definirse.

Dicho *test* se encuentra en forma individual y en forma colectiva, existiendo, además de la forma original, otras dos más reducidas que facilitan la aplicación.

Los elementos del M.M.P.I. son de amplio contenido y comprenden diversas áreas, tales como: preguntas sobre educación, ocupación, familia y matrimonio; actitudes religiosas, sexuales, políticas y sociales; salud, síntomas psicosomáticos, desórdenes neurológicos y trastornos motores; y una serie de manifestaciones neuróticas y psicóticas de la conducta, tales como estados obsesivo-compulsivos, ilusiones, alucinaciones, tendencias sádicas y masoquistas, fobias, etc.

El M.M.P.I. consta de 10 escalas clínicas, a saber: 1. Hipocondría. 2. Depresión. 3. Histeria. 4. Desviación psicopática. 5. Masculinidad-feminidad. 6. Paranoia. 7. Psicastenia. 8. Esquizofrenia. 9. Hipomanía, y 10. Introversión social. Además emplea cuatro escalas de validez que representan comprobaciones sobre el descuido, la incomprención, el fingimiento y el efecto de la tendencia a dar ciertas respuestas y a tomar determinadas actitudes al efectuar los *tests.* Estas escalas son: 1. Puntuación de duda. 2. Escala de mentiras. 3. Puntuación de validez, y 4. Puntuación de corrección.

El M.M.P.I. es un instrumento clínico de gran utilidad al estudiar la personalidad, que requiere para su adecuada interpretación una agudeza psicológica considerable, así como intensa formación y experiencia en el campo de la Psicología y del Psicodiagnóstico clínico.

9. Inventario Psicológico de California:

De acuerdo con su autor, GOUGH, (1957) el Inventario Psicológico de California (C.P.I.) *"se interesa en las características de la personalidad que tienen posibilidades de aplicación amplia y múltiple a la conducta humana y que, además, están relacionadas con los aspectos favorables y positivos de la personalidad y no con los aspectos morbosos* o patológicos".[51]

El C.P.I. se elaboró específicamente para su uso en poblaciones normales de 13 años en adelante y consta de 480 elementos a los que hay que contestar *"verdadero"* o *"falso".* Proporciona puntuaciones en 18 escalas, tres de las cuales son de validez, destinadas a estimar las actitudes al realizar los *tests,* y las otras quince proporcionan puntuaciones en dimensiones de la personalidad. Dichas escalas son: actitud dominante, sociabilidad, capacidad para determinada situación, presencia social, aceptación propia, sentido de bienestar, responsabilidad, socialización, autocontrol, tolerancia, buena impresión, actitud con respecto a la comunidad, éxito por la vía de la obediencia, éxito por la vía de la independencia, eficacia intelectual, mentalidad que toma en cuenta los factores psicológicos, flexibilidad y feminidad.

En su conjunto el C.P.I. es uno de los mejores inventarios de la personalidad, siendo muy buena su elaboración técnica y estando sometido constantemente a una amplia investigación y a una mejora continua.

La investigación con este *test* ha proporcionado algunas ecuaciones de regresión para la consideración óptima de escalas destinadas a predecir criterios, tales como la de delincuencia, resultados de la libertad vigilada, notas en la enseñanza media y en la universidad y probabilidad de abandonar la enseñanza media.

Su contribución al psicodiagnóstico de la personalidad es muy importante.

10. Cuestionario de la Personalidad de BERNREUTER:

Es un cuestionario multifásico clásico que mide simultáneamente las dimensiones siguientes: tendencia neurótica, autosuficiencia o tendencia a bastarse a sí mismo, introversión-extraversión, dominio-sumisión y sociabilidad.

Las escalas de este cuestionario no son independientes y están bastante intercorrelacionadas. Es un cuestionario creado hace mucho tiempo, pero recientemente ha sido revisado su sistema de puntuación y de interpretación, siendo de gran utilidad al combinarse con otros *tests* y acompañado de una adecuada entrevista.

---

51. GOUGH, cit. por WHITTAKER, *supra*, nota 1 del cap. I, pág. 473.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

11. Cuestionarios de Adaptación:

Estos cuestionarios miden el grado de adaptación del sujeto al medio.

Pueden ser de dos tipos: cuestionarios unifásicos, que miden sencillamente el grado general de adaptación y cuestionarios multifásicos, que precisan el grado de adaptación por sector (profesional, social, familiar, etc.).

Los cuestionarios unifásicos comprenden preguntas que presentan valor discriminativo entre sujetos normales (bien adaptados) y neuróticos (mal adaptados).

Entre los cuestionarios unifásicos tenemos el:

Cuestionario de CORNELL (CORNELL Index):

Este cuestionario fue estudiado para el ejército americano durante la Segunda Guerra mundial por un equipo de siquiatras y de psicólogos de la Universidad de Cornell en New York y desde entonces ha sido utilizado ampliamente en la práctica civil.

Consta de 194 reactivos que exploran los campos sensoriales, neurológicos, psicopatológicos y neuropsiquiátricos y se compone de 17 apartados: 1. sensorial; 2. respiratorio; 3. circulatorio; 4. digestivo; 5. articulaciones; 6. piel; 7. nervioso; 8. urogenital; 9. cansancio mental; 10. tendencia enfermiza; 11. enfermedades crónicas; 12. hábitos y sueño; 13. emocional; 14. depresión y melancolía; 15. síntomas psiquiátricos; 16. explosividad; 17. irritabilidad.

Ofrece un índice de salud psíquica y un índice de salud general.

Por otra parte, entre los cuestionarios multifásicos de adaptación, que se destinan sobre todo al *"consejo psicológico"* tenemos el:

Cuestionario de Ajustes de BELL:

Este cuestionario, creado por HUGH M. BELL, consta de 140 preguntas que deben ser contestadas con un *"sí"* o un *"no"* o con un signo de interrogación (?) cuando el sujeto no puede decidirse entre las dos primeras alternativas.

Existen dos formas: una para estudiantes y otra para adultos. Está destinado a explorar los ajustes al hogar, a la salud física, los sociales y los emocionales; además ofrece un índice de adaptación social e individual.

12. Cuestionario de GUILFORD-ZIMMERMAN:

Es un *test* multifásico basado en el análisis factorial. Sus elementos del examen de temperamentos se expresan en la forma de enunciados afirmativos en lugar de preguntas y la mayoría se refiere al examinado directamente, siendo unos pocos los que representan generalizaciones sobre otras personas.

Este inventario da puntuaciones separadas para los rasgos siguientes, basándose cada puntuación en 30 elementos distintos:

"— Actividad general: apresuramiento, gusto por la velocidad, animación, vitalidad, producción, eficiencia, en oposición a lento y deliberado, fácilmente cansado, ineficiente.

— *Refrenamiento: De propensión seria, deliberado, persistente; en oposición a descuidado, impulsivo, amante de la excitación.*

— *Ascendencia: Autodefensa, actitud de mando, facilidad para hablar en público, fanfarronería; en oposición a actitud sumisa, duda, cuidado para evitar lo llamativo.*

— *Sociabilidad: con muchos amigos, buscando los contactos sociales y la publicidad; en oposición a pocos amigos y timidez.*

— *Estabilidad emocional: igualdad de talante, optimismo, compostura; en oposición a fluctuación en el talante, pesimismo, ensoñación, excitabilidad, sentimiento de culpabilidad, angustia, soledad y mala salud.*

— *Objetividad: poco sensible; en oposición a hipersensible, centrado en sí mismo, suspicaz, con ideas alusivas, inclinación al conflicto.*

— *Amabilidad: tolerancia hacia las acciones hostiles, aceptación del dominio, respeto por los demás; en oposición a beligerancia, hostilidad, resentimiento, deseo de dominio y desprecio por los demás.*

— *Actitud pensativa: reflexivo, observador de sí mismo y de los otros, equilibrio mental; en oposición a interés por la actividad externa y confusión mental.*

— *Relaciones personales: tolerancia hacia los demás, fe en las instituciones sociales; en oposición a inclinación a encontrar defectos y a criticar a las instituciones, a ser suspicaz y a compadecerse de sí mismo.*

— *Masculinidad: interés por las actividades masculinas, no se disgusta fácilmente, inhibición de la expresión emocional, poco interés por ropas y estilos; en oposición a interés por las actividades y vocaciones femeninas, fácil de*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

disgustar, temeroso, romántico, emocionalmente expresivo".[52]

13. Cuestionario 16 P.F. de CATTELL:

Es un inventario elaborado por CATTELL y sus colaboradores, basado en el análisis factorial y dirigido a individuos de 16 años en adelante. Está destinado a medir 16 factores de personalidad y proporciona puntuaciones en rasgos tales como: reservado, en oposición a expresivo; humilde y dominante; tímido y aventurero; confiado y suspicaz. Es muy útil en combinación con la entrevista psicológica y con otras pruebas de personalidad.

14. Laberintos de PORTEUS:

Es una prueba ideada por PORTEUS, cuyo material consta de 12 laberintos en los que el sujeto debe marcar con un lápiz el camino más directo en el dibujo, desde el punto de partida.

La interpretación de esta prueba puede ser objetiva y subjetiva; y su autor la considera como adecuada para complementar los *tests* de inteligencia, los cuales no miden la capacidad de adaptación social de los individuos. Se incluye dentro de los *tests* de personalidad útiles en la labor psicológica-forense, ya que se han encontrado ciertos patrones típicos de respuesta en su aplicación a sujetos inadaptados, delincuentes, neuróticos, etc. Por esta razón, su autor dedujo la posibilidad de determinar la estabilidad emocional y la adaptación social por los resultados del *test.*

15. Cuestionarios de personalidad de EYSENCK:

Estos cuestionarios ideados por H. J. EYSENCK eminente psicólogo inglés, Catedrático de Psicología de la Universidad de Londres, Director de los laboratorios psicológicos y psicólogo del Instituto de Psiquiatría Mandsley and Bethlem Royal Hospitals, están basados en su teoría Dimensional de la personalidad, e incluyen, entre otros, cuestionarios de neuroticismo, de equilibrio emocional y de dominio de sí mismo. A través de sus cuestionarios es posible la exploración de gran cantidad de rasgos de personalidad, siendo pues su uso, de valor inestimable en el campo del Psicodiagnóstico Clínico.

iv. "Tests" a emplear en la medición de aptitudes.

Algunos de los *tests* de aptitudes que podrían ser de utilidad en la función que aquí nos ocupa son:

1. *Tests* de Aptitudes Mentales Primarias:

Es una batería factorial que se debe a L. THURSTONE y a TH. THURSTONE y que incluye uno o dos *tests* para cada uno de los factores siguientes: comprensión verbal, fluidez verbal, factor numérico, factor espacial, memoria asociativa, rapidez perceptiva e inducción o razonamiento general.

2. Caja de Órdenes de MOEDE:

Consiste en una caja que se coloca sobre la pared y que el sujeto debe accionar de acuerdo con unas instrucciones que se le han dado. Al ir abriendo cada nueva casilla el sujeto encuentra nuevas tareas a realizar. Sirve para explorar la capacidad de comprensión, de instrucciones dadas y su capacidad para ejecutarlas.

3. Metodología de EBBINGHAUS:

Consiste en series numéricas y de palabras para explorar funciones de memoria que han llegado a ser clásicas.

Todos los recursos mencionados deben ser valorados e integrados en forma dinámica por el psicólogo forense, para la emisión de su dictamen pericial en el campo de la responsabilidad penal.

b) Peritaje sobre Responsabilidad Civil.

El concepto de responsabilidad civil se puede alcanzar a través de sucesivos deslindes. Uno de ellos es el de distinguir entre responsabilidad civil contractual y extracontractual.

En la primera el deber de indemnizar, deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido. Un contrato, por ejemplo, engendra obligaciones para todos o alguno de los contratantes. Si alguno de ellos incumple las que le incumbe, o lo hace de forma defectuosa o tardíamente, queda obligado a indemnizar a los demás los daños y perjuicios que eventualmente les hubiera ocasionado.

En la segunda, la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia.

Otro deslinde consiste en distinguir el ilícito penal del ilícito civil.

---

52. GUILFORD-ZIMMERMAN, cit. por ANASTASI, *supra*, nota 12, pág. 464.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El ilícito penal debe estar previamente tipificado por la ley; tiende a sancionar una conducta y sus comportamientos constitutivos son merecedores de la aplicación de una pena. Por otra parte, el ilícito civil no responde a una norma previamente establecida; busca el reparar el daño ocasionado y sus conductas constitutivas dan lugar a la obligación de indemnizar a la víctima por el daño que se le ha causado.

Se presenta un caso típico de ilicitud civil y penal cuando una conducta produce simultáneamente una infracción al Derecho Civil y al Penal.

En suma, se puede decir que la responsabilidad civil es aquella obligación de indemnizar (reparar), que surge cuando la conducta de un individuo causa un daño a otro, sin que dicha conducta se encuentre previamente tipificada por ley.

El principio general *"no causar daño a otro"* tiene origen en la fórmula consagrada en el Código Napoleónico (artículo 1382), de donde se traslada posteriormente a la mayoría de las legislaciones americanas y europeas. El Código Civil costarricense lo establece en el artículo 1045 al disponer: *"Todo aquél que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".*

Lo anterior indica que para que exista responsabilidad civil (subjetiva), debe existir una conducta culposa, lo cual implica que existen casos de personas que quedan al margen de esta responsabilidad, por ser incapaces de actuar culposamente al no tener *"la capacidad natural de 'entender' y 'querer'".*[53] Ejemplos son la enajenación, el retardo mental y la sordomudez iletrada.

Por lo tanto, en el campo civil, al igual que en el penal, puede existir la imputabilidad, la imputabilidad disminuída y la inimputabilidad.

La función pericial psicológica en el campo de la Responsabilidad Civil, es pues, la de ayudar a determinar la capacidad en el autor de un hecho, para comprender o no el carácter ilícito de sus actos.

La metodología a emplear para el logro de esta función es similar a la utilizada en el área de la Responsabilidad Penal, pues en ambas lo que se trata de determinar es básicamente lo mismo.

c) Otros peritajes en el campo del Derecho Civil.

Dentro del terreno Civil se encuentra el Derecho de Familia, ámbito en el que el psicólogo forense puede peritar en diversos campos.

1. Anulación del matrimonio.

En el Código de Familia costarricense, actualmente se establece que es anulable el matrimonio *"en el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro".* (Art. 5, inciso 1). *"Del que padezca incapacidad mental al celebrarlo".* (Art. 5, inciso 2).

En esta área el psicólogo forense, mediante la exploración del área intelectual, de la personalidad y de diversos aspectos psicosociales, situacionales o no, presentes o ausentes en el sujeto, puede aportar datos de sumo interés.

2. Divorcio.

En el Código de Familia costarricense se establece que será motivo para decretar el divorcio: *"la sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos".* (Art. 48, inciso 4).

"Sevicia es un término que significa crueldad o malos tratos repetidos que vienen a expresar el mismo significado de crueldad". (Cas. núm. 124, II semestre, II tomo, pág. 1068). Este concepto se amplía también a la esfera moral del sujeto ofendido.

Aquí el psicólogo forense puede aportar datos sobre las características psicológicas de los implicados, principalmente en lo que se refiere a rasgos de agresividad, sadismo, masoquismo, autodominio, irritabilidad, control de impulsos, explosividad, etc. . ., que pueden ayudar al juez en la configuración de sus análisis.

3. Separación judicial.

Es causal para decretar la separación judicial entre los cónyuges de acuerdo con el Código de Familia costarricense: *"la enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año u otra enfermedad o los trastornos graves*

---

53. **"La capacidad de *entender* hace referencia a las facultades intelectivas y cognoscitivas y consiste en la aptitud del sujeto para comprender el significado de sus actos y valorar sus consecuencias en el ámbito social".**
"La capacidad de *querer*, se refiere, por su parte, a la idoneidad psíquica para determinar libremente, según el recto discernimiento, entre el bien y el mal, resistiendo los impulsos".
Véase ROVELLI, cit., por LEÓN GONZÁLEZ, J. *La Responsabilidad Civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad.* En Estudios de Derecho Civil en honor al profesor CASTÁN TOBEÑAS, Edición Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, T. IV, pág. 302, nt. 94.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común". (Art. 58, inciso 5).

Una exploración psicológica adecuada es fundamental para establecer la presencia o no de serios trastornos mentales y conductuales que hagan imposible o peligrosa la vida en común.

4. Cuidado provisional de los hijos.

De acuerdo con el Código de Familia costarricense (art. 54), se establece que: *"A solicitud del padre o madre, del Ministerio Público, o del Patronato Nacional de la Infancia, el tribunal resolverá a cual de los cónyuges, persona, pariente, o institución adecuada debe dejarse el cuidado provisional de los hijos".*

Un estudio psicológico que contemple los aspectos intelectuales y de personalidad (rasgos, ajustes, hábitos, carácter, temperamento, etc. . .) de los implicados, es de gran ayuda para el tribunal encargado de resolver, ya que el ambiente psicosocial donde se desenvuelve el individuo ejerce una extraordinaria influencia en su desarrollo psíquico.

5. Suerte de los hijos en caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial de los padres; relaciones personales de los hijos.

El Código de Familia costarricense en el artículo 139 dispone que: *"en caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial el tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos".*

Con mucho más razón que en el caso anterior, es de innegable ayuda un completo análisis psicológico de los implicados, como aportación de una base más para la resolución en tan delicado asunto que comprende implícitamente la salud mental de los hijos menores.

6. Suspensión y modificación de la patria potestad

El artículo 146 del Código de Familia costarricense dispone: *"la patria potestad puede suspenderse o modificarse a juicio del tribunal y atendiendo al interés de los menores,. . . ,por 2) la dureza excesiva en el trato o las órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores que los padres dieren a sus hijos. . .".*

En este caso el examen psicológico cumple las mismas funciones que en los dos anteriores, ya que se trata de establecer la capacidad para ofrecer a los menores la posibilidad de un adecuado desarrollo psíquico, fundamental para la adaptación al medio y para una sana convivencia con sus semejantes.

7. Personas sujetas a curatela.

El artículo 217 del Código de Familia costarricense dispone: *"están sujetos a curatela los mayores de edad que padezcan una incapacidad mental o física, que le impida atender sus propios intereses, aunque en el primer caso tuvieren intervalos de lucidez".*

El estudio psicológico juega un importante papel en la determinación de la incapacidad mental de una persona.

d) Peritaje en el campo del Derecho del Trabajo.

En este terreno, el psicólogo forense mediante la pericia, puede aportar datos de sumo interés, principalmente en aspectos relacionados con los artículos 203 y 204 del Código de Trabajo de Costa Rica que disponen: *"Riesgos profesionales son los accidentes o enfermedades profesionales a que están expuestos los trabajadores a causa de las labores que ejecutan por cuenta ajena".*

Accidente de trabajo es toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo y durante el tiempo que lo realice o debiera realizarlo. Dicha lesión ha de ser producida por la acción repentina y violenta de una causa exterior.

La enfermedad profesional debe ser contraída como resultado inmediato directo e indudable de la clase de labores que ejecuta el trabajador y por una causa que haya actuado en una forma lenta y continua en el organismo de éste".

"También se entenderá por riesgo profesional toda lesión, enfermedad o agravación que sufra posteriormente el trabajador como consecuencia directa, inmediata e indudable de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, de que haya sido víctima, de acuerdo con lo dicho en el artículo anterior.

Cuando las consecuencias de un riesgo profesional realizado se agravaren por una enfermedad o lesión que haya tenido la víctima con anterioridad al hecho o hechos causantes del mismo, se considerará dicha reagravación, para los efectos de

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

su indemnización como resultado directo del riesgo profesional ocurrido e indirecto de la enfermedad o lesión".

De acuerdo con lo anterior, el psicólogo forense puede contribuir, mediante la pericia, a la determinación de los siguientes aspectos:

1) Presencia o no de secuelas o manifestaciones psíquicas que impidan al sujeto el realizar en forma competente sus labores habituales, a causa de un accidente o enfermedad profesional.

Esto se puede lograr a través de la entrevista psicológica y mediante la aplicación e interpretación de *tests* no sólo de inteligencia, viso-motores y de personalidad, sino también de aptitudes específicas para cada caso en particular (los cuales señalaremos más adelante al referirnos a las funciones de rehabilitación social), que contribuyen a la comprensión del efecto que puede ejercer el factor psicológico en las habilidades del sujeto.

2) Presencia de una neurosis de los accidentes o de compensación.

Frecuentemente, cuando a causa de un accidente laboral existe la posibilidad de indemnización por una invalidez real o supuesta, éste va seguido de una reacción psiconeurótica definida. La probabilidad de que se desarrolle una neurosis de compensación, es mayor después de una lesión relativamente leve, que en los casos en que la lesión es invalidante en un grado tal que sin lugar a dudas recibirá compensación.

En cuanto a factores motivadores o contribuyentes de este tipo de neurosis, está no sólo el deseo de obtener ventajas económicas y la convicción del enfermo de que tiene derecho a esperar una indemnización, sino también, cualquier ventaja incidental que resulte de una lesión, como el hecho de escaparse o evadirse a condiciones monótonas o tediosas de trabajo.

La sintomatología de este tipo de neurosis, no difiere esencialmente de las otras, excepto en lo que se refiere a la compensación. Frecuentemente, los síntomas incluyen angustia, depresión, irritabilidad, terquedad, crisis de gritos, insomnio, cefalalgia y mareo, siendo el enfermo prolijo al describirlos, pudiéndose quejar también de mala memoria e incapacidad para concentrarse.

El hecho de que finalice el proceso legal ejerce un efecto saludable sobre los síntomas, pues se elimina un factor que ha tendido a mantener la atención del enfermo enfocada en sí mismo.

La detección de una neurosis de compensación se puede lograr a traveś de un estudio psicológico que comprenda la entrevista y la aplicación de *tests* psicológicos, que integrados dinámicamente configuran el psicodiagnóstico.

3) Detectar la simulación (ya descrita con anterioridad) que puede presentarse con el propósito de buscar compensaciones e indemnizaciones, o con el objetivo de evadir una citación o cumplimiento de sentencia.

Un examen psicológico que además de otras incluya el uso de pruebas de aptitudes específicas, puede constituir una valiosa ayuda al médico legal laboral, no sólo en la detección de simulación de enfermedad, sino que también, y a través de estas pruebas de aptitudes, puede aportar a éste una serie de datos psicofisiológicos del sujeto en estudio.

Entre las pruebas de aptitudes específicas podemos nombrar:

- El dinamómetro de COLLIN: consiste en un aparato integrado por un muelle y un mecanismo de engranaje, que se desplaza con la presión ejercida ya sea por la mano derecha o por la izquierda. Es una prueba psicofisiológica y mide la fuerza muscular y la tendencia a la fatiga.
- Prueba Minnesota de evaluación de la manipulación: esta prueba consiste en un tablero con 60 agujeros redondos, en el cual se colocan 60 fichas que tienen la particularidad de tener por ambas caras colores brillantes, siendo una de las caras rugosa, con el fin de que los sujetos privados de la vista puedan ejecutar la tarea de manipulación. En esta prueba la tarea consiste en colocar las fichas sobre los agujeros, respondiendo a ciertas consignas de orden y rapidez, ejecutándose algunas series con una de las dos manos. Hay una última serie que se realiza con ambas manos trabajando sincronizadamente. Esta prueba mide: movimientos de los dedos, capacidad de colocación y de volteo, coordinación motriz manual y fuerza de la mano y del antebrazo. Puede dar datos sobre la fatigabilidad y habilidad manual, detectando los sujetos rápidos y precisos.
- Ergógrafo de MOSSO: consiste en un aparato fijado a una mesa y que se acciona jalándolo por el sujeto, ya que tiene un mecanismo de resortes que se oponen a la presión del mismo.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sirve para determinar la fuerza muscular de la mano y del antebrazo y su fatigabilidad.

— Desterímetro de O'CONNOR: consiste en un aparato constituido por una plataforma de madera o metálica, que lleva varios agujeros en los cuales se introducen alfileres, clavos o tornillos, siguiendo determinadas instrucciones de precisión y rapidez de movimientos. Después se agregan arandelas y tuercas, trabajándose ya sea únicamente con la mano o auxiliándose de pinzas o destornilladores. Esta prueba explora los movimientos discriminados de los dedos, su destreza, su rapidez de ejecución, su fuerza y su tendencia a la fatigabilidad.

— Persecuómetro: consiste en un disco giratorio generalmente de plástico que lleva empotrado un disco metálico muy pequeño y que se debe tocar con un estilete electrónico. Sirve para medir la coordinación ojo-mano.

— *Tests* de capacidades sensoriales: a) Para la visión: *Tests-Ortho-rater; test A O Sight-Screener* y el telebinocular de KEYSTONE. Estos instrumentos son esencialmente similares en principio, y cada uno proporciona medidas de la agudeza cercana y lejana, percepción de la profundidad, forias laterales y verticales y discriminación del color. b) Para la audición: las técnicas más seguras para la medida de la agudeza auditiva comprenden el uso de audiómetros electrónicos. Como una de las funciones más importantes de la audición es la comprensión del lenguaje hablado, es necesario una medida más directa de esta capacidad, por lo que se emplean con este fin los audiómetros de voz.

e) Peritaje sobre Capacidad de declarar - valor del testimonio.

"El testimonio de una persona acerca de un acontecimiento cualquiera depende esencialmente de cinco factores:

1. *Del modo como ha percibido dicho acontecimiento;*
2. *Del modo como lo ha conservado su memoria;*
3. *Del modo como es capaz de evocarlo;*
4. *Del modo como quiere expresarlo;*
5. *Del modo como puede expresarlo".*[54]

El primero depende a su vez de condiciones externas (medios) e internas (aptitudes) de observación. El segundo es puramente neurofisiológico, se encuentra condicionado por el funcionalismo mnémico. El tercero, mixto psicoorgánico; intervienen mecanismos psíquicos de represión o censura. El cuarto, grado de sinceridad es meramente psíquico; y el quinto, *"grado de precisión expresiva"* depende del grado de fidelidad y claridad con que el sujeto es capaz de describir sus impresiones y representaciones hasta hacer que las demás personas las sientan o comprendan como él.

Debido a la importancia de esos cinco factores haremos una serie de consideraciones acerca de los mismos.

Actualmente es sabido que toda percepción, por simple que sea, es algo más que la suma de un conjunto de sensaciones elementales y supone una experiencia psíquica compleja en la que se *"funden"* elementos intelectuales, afectivos y conativos, para constituir un *"acto psíquico"*, dinámico, global, y como tal irreductible. Así mismo, los *"esquemas perceptivos"* (las figuras o formas constituidas por la especial agrupación de los elementos percibidos) son esencialmente subjetivos, y como tales *"personales"*. Al ser tan grande el valor del mecanismo catatímico, prácticamente no puede hablarse de percepciones neutras, por lo que para llegar a conocer la realidad exterior, tiene que ser sobre la base de multiplicar hasta el infinito el número de las personas que la perciban simultáneamente, lo que resulta imposible en la práctica jurídica, ya que la mayoría de los delitos se cometen ante un número muy limitado de testigos.

Un factor importante que condiciona la precisión y la extensión de la percepción es el *"grado de fatiga psíquica"* en que se encuentra el sujeto perceptor, habiéndose demostrado también que una misma persona tiene variaciones horarias de su capacidad de aprehensión de estímulos. Por lo general ésta es mayor por la mañana que por la noche y además disminuye bajo la influencia de la digestión.

Experimentos realizados acerca de la fidelidad de las percepciones han dado algunos resultados concretos tales como:

1) que para la percepción general de una situación, comúnmente los hombres están más capacita-

54. Cfr. MIRA Y LÓPEZ, *supra*, nota 20, pág. 176.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dos que las mujeres, pero que éstas perciben con más exactitud los detalles;

2) los términos inicial y final de una serie de acontecimientos acostumbran a ser percibidos mejor que los intermedios;

3) las impresiones ópticas pueden ser testimoniadas, en igualdad de condiciones, con mayor facilidad que las acústicas; y

4) los testimonios referentes a datos cuantitativos son en general más imprecisos que los cualitativos.[55]

Por otra parte, es necesario mencionar la influencia de la tendencia afectiva presente en el proceso de la percepción externa, ya que la relación entre ambas puede ser directa o inversa, es decir, *"podemos ver las cosas como quisiéramos que fuesen" o "podemos verlas como quisiéramos que no fuesen".* Así mismo *"tanto el deseo positivo como el deseo negativo (miedo) de que algo ocurra, puede dar lugar a hacer creer al sujeto que ese algo ha ocurrido ya",* creándose lo que se ha denominado *"la sugestión de la espera",* en virtud de lo cual la conciencia anticipa el tiempo y da por realizado lo que aún no lo ha sido o sólo lo ha sido en parte.

También es importante considerar la influencia del hábito en la percepción, ya que en virtud de éste completamos de tal modo las percepciones de la realidad exterior, que basta que se hallen presentes algunos de sus elementos para que nuestro juicio de realidad se dé por satisfecho y acepte la presencia del todo.

Se ha dicho que en rigor no percibimos la realidad, sino su *"caricatura subjetiva",* sobre todo tratándose de estímulos un poco complejos y muy dinámicos, como son las personas. Es de manera fragmentaria como nos damos cuenta de los detalles en nuestras percepciones de personas.

Analizando el proceso evocador de las percepciones observamos la influencia de las tendencias afectivas como el más efectivo instrumento capaz de perturbar la marcha y determinar un cambio en ese proceso. Es algo conocido lo que se denomina *"amnesia emocional"* observada muchas veces como consecuencia de una brusca sacudida moral y que hace que las personas que la sufran sean incapaces de recordar lo referente a la situación desencadenante del *"choque"* psíquico. Es un hecho constante la relación que tales percepciones olvidadas guardan con tendencias afectivas desagradables para el sujeto. El olvidar una situación (que puede haber creado repugnancia, terror, pánico, etc. . .) tiene el fin de defensa psíquica, ya que presupone el olvido del sentimiento doloroso anexo a ésta. En el caso en que el olvido responda a un trauma psíquico (sin que obedezca también a un trauma físico que implicaría una situación *"conmocional"* y que iría acompañada de otros síntomas cerebrales orgánicos) su explicación puede encontrarse en la acción de un proceso que FREUD denomina *"represión"* (sinónimo desde el punto de vista fisiológico de una *"inhibición"*), el cual puede producir el olvido *"forzado".*

La importancia de la represión en la evocación de algún recuerdo unido a una tendencia afectiva desagradable, es aún mayor si tomamos en cuenta que en una situación judicial los interrogatorios versan generalmente sobre asuntos delictivos o sobre hechos que giran alrededor de un núcleo emocional intenso, por lo que puede afectar tanto a los actores como a los testigos. Es importante mencionar que generalmente la represión actúa de un modo fragmentario dificultando (no suprimiendo) la evocación de los recuerdos, surgiendo éstos incompletos o bien deformados y mezclados con falsos recuerdos (seudomemorias).

En el caso de que nada de lo anterior afectara la percepción, conservación y evocación de un determinado hecho, queda aún un factor muy importante capaz de deformar el mismo, que es el acto de la expresión del testimonio, ya que la variabilidad que existe en las personas en cuanto a aspectos culturales, de vocabulario y de comprensión y expresión verbal, hace muy difícil el expresar en forma exacta sus vivencias o impresiones experienciales.

Debido a lo anterior podría decirse que el relato espontáneo (partiendo de la existencia de un propósito de sinceridad) resulta más vivo e incluso más puro (menos deformado) que el obtenido por interrogatorio, pero tiene el defecto de ser, de una parte, incompleto y de otra, irregular; el sujeto no se extiende uniformemente en su explicación y, además, ofrece en múltiples ocasiones elementos interpolados que en nada son útiles, sino que sólo sirven para aumentar el tamaño de los folios y hacer perderse a quien lo consulte en detalles sin importancia.

55. *Ibídem,* pág. 179.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Por su parte, el testimonio obtenido por interrogatorio representa el resultado del conflicto entre lo que el sujeto sabe, de una parte, y lo que las preguntas que se le dirigen tiende a hacerle saber. Toda respuesta es una reacción mixta, en la que entran no sólo las vivencias espontáneas del interrogado, sino también las representaciones y tendencias afectivas evocadas por la pregunta a que corresponde. Es entonces muy fácil que se origine una contestación falsa por uno de estos tres motivos:

1) Porque la idea implícitamente contenida en la pregunta evoque por asociación otra no concordante con la realidad a testimoniar;

2) porque la pregunta haga sentir al sujeto la existencia de una laguna en su memoria, que tratará de llenar aventurando una respuesta al azar o basada en una deducción lógica, que puede ser inexacta y;

3) porque la pregunta determine una sugestión directa o coloque al sujeto en condiciones de inferioridad (miedo) que le impidan dar la contestación debida.[56]

En resumen se puede decir que el testimonio obtenido por interrogación acostumbra dar datos más concretos, pero también, por regla general, menos exactos que los del relato espontáneo.

Entre las causas más comunes que pueden provocar la inexactitud del testimonio se encuentran el hábito, en virtud del cual se describen los sucesos más como acostumbran a ocurrir que como han pasado en realidad; la sugestión, es decir, el automatismo engendrado a causa de la presencia en las preguntas de elementos que condicionan la contestación en un determinado sentido; la transposición cronológica que se produce muy a menudo y por la cual el sujeto cree sucedidos antes hechos acaecidos después (y viceversa) de la situación a testimoniar; y la tendencia afectiva que se origina en el sujeto frente a toda situación, haciéndole sentir simpatía o antipatía hacia las personas y hacia todo lo existente.

Para llevar a cabo una pericia psicológica que aporte datos acerca de la capacidad y validez del testimonio, es necesario valorar en forma detallada una serie de aspectos tales como:

a) las funciones intelectuales, principalmente las atinentes al campo de la comprensión, expresión y razonamiento verbales; de los conocimientos generales (cultura general); del vocabulario; de la atención; de la discriminación y memoria de detalles, de reconocimiento y visual; y de razonamiento lógico.

Estas funciones se pueden medir por medio de *tests* psicológicos, entre otros:

- La escala de Inteligencia de WECHSLER (WAIS) (véase pág. 110).
- Army Beta Test (Test Beta) (véase pág. 112).
- Quick Word Test (véase pág. 112).
- Test rápido de BARRANQUILLA (véase pág. 112).
- Caja de órdenes de MOEDE (véase pág. 118).
- Metodogía de EBBINGHAUS (véase pág. 118).
- Prueba de atención-distracción de GÓMEZ ROBLEDA: Consiste en una hoja con varias figuras de objetos y animales que deben ser tachadas por el sujeto. Se obtienen datos como omisiones y errores, además de los aciertos que son tratados estadísticamente. Se obtienen índices que determinan la capacidad de atención a varias situaciones por parte del sujeto.
- Tests de Capacidades Sensoriales (véase pág. 122).

b) Las funciones perceptivas y sensoriales, primordialmente lo que se refiere a la capacidad perceptiva, visual y auditiva.

Pueden resultar de gran ayuda las siguientes pruebas psicológicas:

- Test Gestáltico Viso-motor de BENDER (véase pág. 112).
- Test de BENTON de retención visual (véase pág. 113).
- Test de Formación de Conceptos de GOLDSTEIN-SHEERER (pág. 113).
- Cartas Optométricas del Dr. MÁRQUEZ: consisten en una serie de láminas que se utilizan en la exploración de las funciones de los ojos. Hay láminas con números y otras con figuras geométricas. Sirven para explorar la acuidad visual, preferentemente en funciones de miopía, presbicia y astigmatismo, habiendo algunas figuras y números coloreados para determinar daltonismo y demás discromatopsias.

c) La personalidad del sujeto, para lo cual se puede hacer uso de una serie de *tests* en esta área tales como:

- Test de RORSCHACH (véase pág. 114).

56. *Ibídem*, pág. 187.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

- Test de asociación de palabras (véase pág. 115).
- Test de frases incompletas (véase pág. 115).
- Inventario Multifásico de la Personalidad (MMPI) (véase pág. 115).
- Test de Apercepción Temática (TAT), etc. . . (véase pág. 114).

Finalmente se puede contar con reactivos especiales o material específico, como por ejemplo el utilizado por WHIPPLE, que consta de cuatro cartulinas con sendas tricomías que llevan por títulos: *"australianos"*, *"un caso disputado"*, *"Washington y Sally"* y *"la oración del huérfano"*. Se conceden veinte segundos para examinar cada una de ellas y a continuación se toma exactamente la descripción que el sujeto hace de las mismas. Luego se somete a éste a un interrogatorio previamente formulado para cada una.

Todos los instrumentos anteriormente citados se complementan con la observación y la entrevista psicológica, que deberá hacer énfasis en aquellos apartados o aspectos que cada situación o caso en particular requiera, configurando así el correspondiente dictamen pericial.

f) Peritaje para la obtención de la evidencia delictiva.

El preparar el juicio congregando la naturaleza jurídica de los hechos criminales realizados y la culpabilidad de los autores o causantes de los mismos, son los fines propios del sumario. Para este fin el procedimiento ha establecido diferentes medios de comprobación en relación con las circunstancias de cada caso para la debida fidelidad de los hechos.

El problema central que se suscita en las actuaciones judiciales, es no sólo el de conseguir fijar la naturaleza del delito cometido, sino determinar la intervención del acusado en el mismo, obteniendo su convicción y confesión con pruebas objetivas que logren el no dejar lugar a dudas respecto de la misma. Es importante pues, la obtención de la verdad, por lo que es necesaria cualquier colaboración tendiente a aumentar el grado de certidumbre de las declaraciones judiciales.

De acuerdo con MIRA Y LÓPEZ, para alcanzar la máxima eficacia en los interrogatorios judiciales con el fin de la obtención de la evidencia delictiva, son necesarias tres condiciones:

1) Que las preguntas se formulen de manera congruente, precisa y clara y que sean premeditadas;

2) que se obtenga un registro exacto de las contestaciones por medio de la copia taquigráfica, o mejor aún, de la impresión parlográfica que va a permitir reconstruir las pausas, vacilaciones, modulación de la voz, etc. . . del declarante;

3) que a través de ciertos procedimientos se logre hasta donde sea posible el comprobar la sinceridad o falsedad del individuo al declarar.[57]

Es en esta tercera condición donde el psicólogo forense puede brindar mayor aporte.

El uso de la entrevista psicológica y de diversas pruebas que a continuación mencionaremos, pueden ser de gran utilidad para el control de la sinceridad de los declarantes, lo que nos puede llevar a la obtención de la verdad.

En primer término, tenemos la *"prueba de asociaciones"* determinadas propuesta por JUNG, cuyo fundamento es el siguiente: si se intercalan en una lista de palabras algunas directa o indirectamente relacionadas con lo que trata de ocultar el sujeto, se observará vacilación en éste antes de contestar, o su contestación mostrará alguna anormalidad. La comparación entre las reacciones a las palabras estímulos *"específicas"* y las neutras darán una base para diferenciar la influencia de la emotividad general (factor constante que interviene en todas las respuestas) y la de la emoción incitada por el temor a ser descubierto (que se reactiva únicamente en un determinado número de contestaciones que no se conocen de antemano). Esta prueba pues, sirve para poner en evidencia el conjunto de experiencias o vivencias que el sujeto trata de ocultar, ofreciendo, además, información acerca de diversos aspectos de su personalidad.

Otra prueba similar que hace uso de una lista de palabras estímulos cuidadosamente elaborada previamente, es la *"prueba psicoanalítica de ABRAHAMSEN-ROSANOFF-JUNG"*. En dicha prueba se le dice una serie de palabras al sujeto ante las cuales, debe comunicar éste lo primero que se le ocurra. Se debe registrar durante la prueba, las décimas o quintos de segundos transcurridos entre la mención de la palabra-estímulo y la obtención de la respuesta; y la respuesta copiada literalmente y todas la manifestaciones conductuales que la han acompañado. Este último punto se

57. *Ibídem*, pág. 211.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ha ampliado y se ha tomado en cuenta el registro de alguno de los fenómenos somáticos concurrentes del *shock* emocional despertado por las palabras-estímulos específicas. Así pues, investigadores como BLEULER Y ROSENTHAL han propuesto asociar a dicha prueba la inscripción de las alteraciones circulatorias (por medio de pletismógrafos, esfigmógrafos u oscilógrafos), respiratorias (utilizando el neumógrafo) o eléctricas.

Por otra parte, se encuentra el método de la *"expresión motriz"* del psicólogo ruso A. R. LURIA para comprobar el grado de sinceridad de los declarantes en función de las alternativas que una serie de movimientos musculares ordenados experimentan en el curso de su declaración. Dicha prueba ha sufrido modificaciones que la han ido perfeccionando.

Así mismo el control de la sinceridad podría lograrse por medio del denominado *"Detector de Mentiras"* inspirado por el psicólogo norteamericano J.A. LARSON, quien en 1923 publicó un trabajo en el cual sugería utilizar el registro gráfico de la presión arterial y de la respiración, asociado al interrogatorio judicial corriente para tal fin.

Por último puede ser útil, para comprobar el grado de sinceridad del declarante, la utilización del denominado *"reflejo psicogalvánico"*. Este método presupone que toda declaración falsa implica un aumento de la resistencia eléctrica de la piel al paso de una corriente galvánica de intensidad conocida, o bien a la producción de una fuerza electromotriz cuando no se usa ninguna corriente externa. Esta técnica ha sido simplificada por WECHSLER, que a su vez ha sido modificada por HATHAWAY quien propuso un nuevo dispositivo psicogalvánico.

***