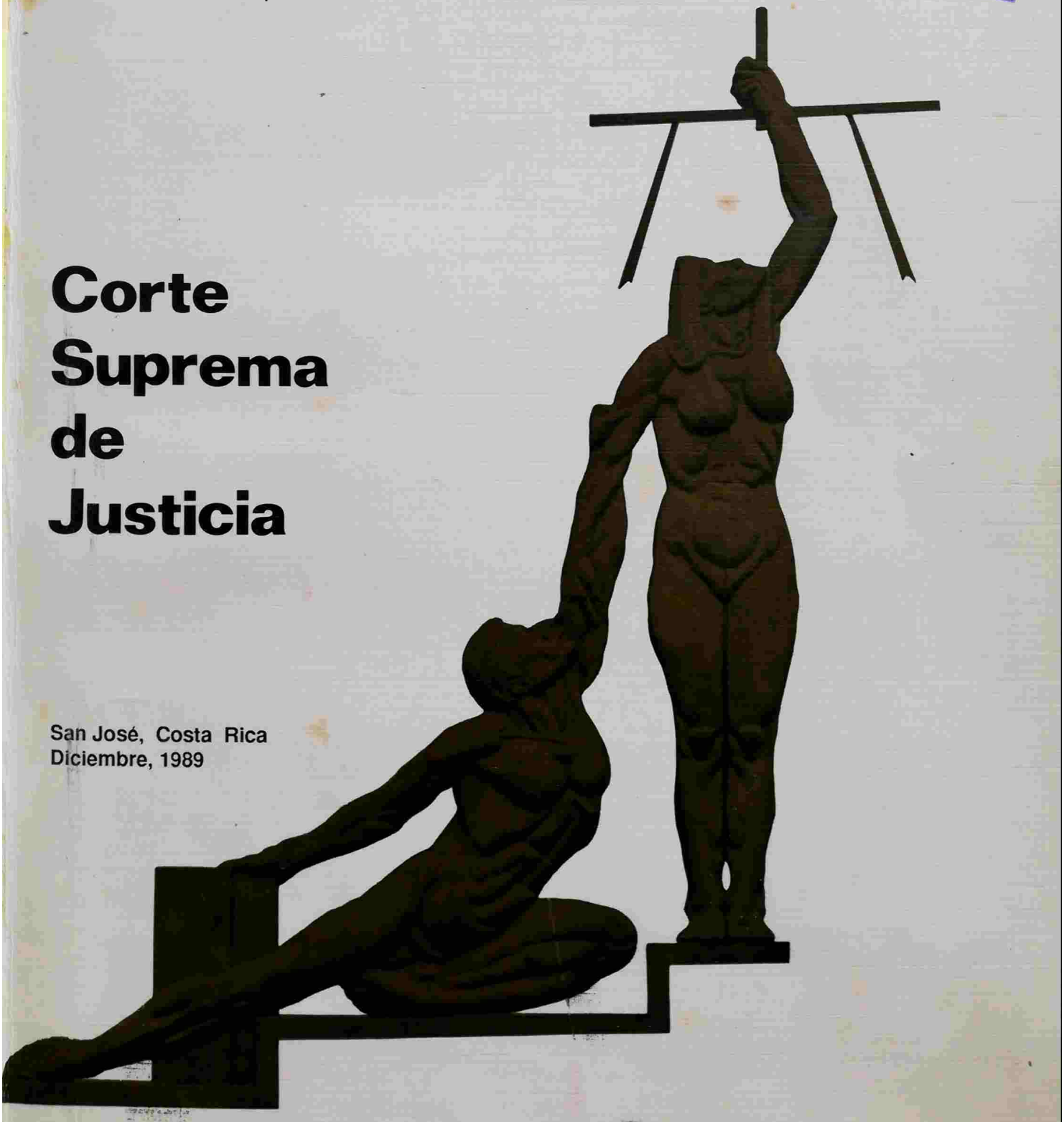
AÑO XIV

Nº 48

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA
ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
DEL
PODER JUDICIAL
Biblioteca

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

REVISTA JUDICIAL



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Diciembre, 1989

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XIV — Núm. 48 — Diciembre, 1989

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

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN 5

SECCIÓN I: ESTUDIOS

El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios 11
Prof. Dr. Fernando Cruz Castro

Principios jurídico-internacionales sobre la televisión directa de satélite 45
Dr. Jorge Rojas Solórzano

Breve exegesis sobre normas constitucionales y reglamentarias. Su reforma 57
Lic. Édgar Hernández Valle

Arbitraje comercial en Costa Rica 71
Lic. Fernando Bolaños Céspedes

El impacto de las empresas multinacionales 113
Lic. Yanni Sterloff Charalampidu

El contrato de inquilinato 137
Dr. Mario Alberto Muñoz Quesada

La doctrina del efecto saneante 141
Lic. Juan Marcos Rivero Sánchez

Registro, requisa y secuestro 171
Licda. Katia Fernández Aguilar

Intervención del Patronato en los conflictos de patria potestad 185
Lic. Esteban Soler Aira

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN II: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 191
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN III: JURISPRUDENCIA 195
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

En esta ocasión, la Revista Judicial brinda, junto a sus secciones usuales, colaboraciones sobre Criminología, Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho Constitucional, Derecho Comercial, Derecho de Contratos, Teoría General del Derecho, Procedimientos Penales y Derecho Procesal de Familia.

Aparece, en primer lugar, del **Dr. Fernando Cruz Castro,** el importante estudio titulado **"El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primeros sistemas penitenciarios".** El autor analiza aquí el proceso evolutivo y la variación de contenido del objetivo reformista en cada época, explica las razones por las que surge la pena privativa de libertad y se da el paso de la "custodia" a la pena propiamente dicha, mostrando, dentro del capitalismo, su relación con el trabajo. El distinguido autor da cuenta de las primeras ideas sobre la reforma y enmienda del delincuente y la vinculación con las ideas religiosas y eclesiásticas, inclusive en la arquitectura misma de las prisiones. Recalca, al respecto, la importancia del Derecho Canónico, especialmente en cuanto a las ideas tradicionales sobre la reforma del delincuente (con los conceptos de "pena medicinal" y de pena vindicativa). Nos habla también de la experiencia en Florencia, en el siglo XVII, en el Hospital San Felipe Neri (régimen celular) y se refiere, seguidamente, a la obra de *Jean Mabillon (Reflexiones sobre las prisiones monásticas)* que anticipa algunas tesis iluministas (y defiende la reintegración del penado a la comunidad). Nos informa de las ideas de Clemente XI, con finalidades correctoras, puestas en práctica en la Casa de Corrección de San Miguel, en Roma. Examina luego los principales sistemas penitenciarios que se desarrollaron en EE.UU. sobre los antecedentes mencionados y los de Bridwells (en Inglaterra) y Rasphaus y Spinhaus (en Holanda), así como otros, donde está presente el sentido educativo. Pasa así al régimen celular pensilvánico, del que nos enuncia sus orígenes, sus características y objetivos, su difusión, el papel del trabajo y los resultados desastrosos del aislamiento (que hizo ya notar Enrico Ferri). Trata el tema del surgimiento del sistema progresivo y las razones de la persistencia del régimen celular; plantea sobre éste la posición de Amnistía Internacional, sobre la base de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Ginebra). Del sistema de Auburn también hace ver sus orígenes, caracteres (su mayor preocupación por la obediencia, disciplina y trabajo del recluso, que por su reforma) y objetivos, así como sus deficiencias.

El **Dr. Jorge Rojas Solórzano,** en su ameno trabajo **"Principios jurídicos internacionales de la televisión directa de satélite",** enfoca los problemas de regulación que presenta el uso de satélites

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y la televisión directa, lo mismo que las dificultades de tal regulación sin una previa revisión de las concepciones políticas y jurídicas establecidas a nivel internacional. Se ocupa, en primer lugar, de los principios generales de las comunicaciones espaciales y, en segundo término, de los específicos, propios de la televisión directa de satélite. Afirma que los principios del Tratado del Espacio son solo tangencialmente aplicables a los satélites de telecomunicaciones y lo mismo sostiene del principio de responsabilidad internacional por actividades espaciales. Con referencia a los principios de las telecomunicaciones —asegura— la situación es diferente. Comenta aquí el principio de la asignación a priori de la órbita espectro y el principio de la cobertura nacional. Desarrolla, seguidamente, los principios particulares sobre la televisión directa de satélite y formula el proceso hacia una convención internacional (especialmente el proyecto soviético, la crítica americana y la declaración de principios de UNESCO). Finalmente, expone los principios controversiales y las tentativas de solución en la Asamblea General de Naciones Unidas. Concluye recomendando una mayor cooperación internacional.

"Breve exposición sobre normas constitucionales y reglamentarias" es el título de la importante participación del **Lic. Édgar Hernández Valle.** En la primera parte, el autor formula diversos interrogantes: sobre las consultas obligadas que debe hacer la Asamblea Legislativa, distingue aquellos donde se impone a la Asamblea oír previamente, solamente y aquellas otras donde debe consultar igualmente, pero para apartarse del criterio (del consultado) la Asamblea necesita el voto de las dos terceras partes. Critica el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea, dado que parece dejar a criterio de ésta la determinación de si procede o no la consulta; cuestiona también la posibilidad de veto del presupuesto extraordinario y estima que tampoco hay autorización constitucional para ejecutar la parte no vetada de un proyecto; además, pone en duda el fundamento constitucional para el resello en una sola sesión. En la segunda parte, el licenciado Hernández Valle aporta valiosas sugerencias para la reforma constitucional del procedimiento de formación de la ley, inclusive la aprobación en comisiones. Igualmente, propone interesantes reformas complementarias al citado reglamento, para evitar el entrabamiento legislativo.

El **Lic. Fernando Bolaños Céspedes** colabora con **"Arbitraje comercial en Costa Rica",** estudio de especial relevancia donde se observa el resurgimiento de la *Lex Mercatoria* (en fondo y forma) y el creciente interés por el arbitraje en América Latina (en particular con las Convenciones de Nueva York y Panamá, ambas ratificadas por nuestro país). Distingue primero el arbitraje interno, aclarando algunas distinciones como la que hay entre el "arbitraje" y el "arbitrio de un tercero", informándonos sobre las tesis existentes en la materia (jurisdiccional y contractual), sobre el sistema de nombramiento, sobre la demarcación entre el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional o administrado, sobre el objeto del arbitraje, sobre las partes y sobre su base legal en Costa Rica. Posteriormente, dedica sus esfuerzos al examen de las convenciones antes citadas en temas como la competencia, la forma, los límites *(ratione personae* y *ratione materiae),* los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

efectos de la cláusula compromisoria y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

El **Lic. Yanni Sterloff Charalampidu** aporta su artículo, de gran actualidad, **"El impacto de las empresas multinacionales"**, en el que lanza inquietantes interrogantes sobre las políticas económicas relacionadas con la inversión extranjera y las políticas seguidas en Costa Rica. Comienza dibujando algunas críticas al modelo de "sustitución de importaciones" y sugiriendo la consideración de los costos de oportunidad en las políticas de promoción de exportaciones para lo cual recopila los principales problemas. Comenta particularmente el caso de las zonas francas de exportación y el fenómeno de su propagación, en especial en los países en desarrollo. Destaca las constantes que muestran las empresas transnacionales (escala, extranjería, carácter transnacional) y releva las razones por las cuales —en su criterio— ha sido mal enfocado el tema. El trabajo ofrece información amplia sobre la experiencia asiática e intenta una explicación geopolítica; trata también el caso mexicano y la iniciativa para la Cuenca del Caribe. Especifica cuál ha sido el impacto de las zonas francas sobre el empleo y lo relaciona con la extrema movilidad de muchas empresas con bajo capital fijo, los efectos limitados sobre el ingreso y la balanza de pagos y revela que, en materia de transferencia de tecnología las investigaciones han mostrado que lo que se traslada es el montaje más que la tecnología (cuya transferencia, en realidad, es limitada).

"El contrato de inquilinato" se denomina la novedosa contribución del **Dr. Mario Alberto Muñoz Quesada,** escrita cuando la actual Ley de Inquilinato era apenas un proyecto. El autor anticipa las posibles dudas, dificultades e interpretaciones que pueden surgir de ella. Parte de la delimitación de las notas del contrato, para apuntar los que, a su juicio, son algunos de los defectos de la nueva ley, en relación con temas como la prohibición de subarrendar, el precio, el alza de alquileres, el derecho de prioridad y las reparaciones que autorizan a suspender el pago.

En su trabajo **"La doctrina del efecto saneante"**, el **Lic. Juan Marcos Rivero Sánchez** afronta con acertada metodología integral (pues acepta los retos de las exigencias analítica y sistemática) la tarea de establecer el efecto jurídico que surge en los casos de apariencia de las situaciones jurídicas. Al dilucidar el tema desde el punto de vista de las normas específicas, enfoca con particular atención la titularidad aparente. En primer lugar, la de los derechos reales y, en especial, la situación del heredero aparente (en el Derecho español, italiano, alemán, argentino y uruguayo) y los efectos tanto en relación con los terceros acreedores y terceros-extraños como en relación con el propio titular aparente. Posteriormente deslinda los contenidos relacionados con los derechos personales, en especial el caso del acreedor aparente, para identificar luego la titularidad aparente de las obligaciones. En la segunda parte el Lic. Rivero Sánchez dedica sus esfuerzos a la determinación de las particularidades de la legitimación aparente, para lo cual observa algunas hipótesis (como la del mandatario aparente y la del matrimonio putativo). Nos conduce, entonces, a los temas de la ca-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pacidad jurídica aparente (en las sociedades de hecho) y de la compatibilidad aparente. Introduce posteriormente el tema desde el punto de vista sistemático, partiendo del principio de conservación de la eficacia, de las reglas de la convalidación, de la rectificación y de la sustitución de cláusulas, para llegar a proponer la eficacia saneante, como un medio de eliminar, en parte, la patología del negocio jurídico concluido en ausencia de sus presupuestos subjetivos, aclarando sus fundamentos y su relevancia para el Derecho.

En el campo de las medidas de coerción y, en particular, de las medidas cautelares, aparece el artículo de la **Licda. Katia Fernández Aguilar, "Registro, requisa y secuestro";** la autora distingue las personales y las reales (registro, requisa y secuestro). De estas últimas nos presenta su finalidad, su sentido probatorio, los diversos propósitos específicos que permiten subdividirlas en las que se refieren a la búsqueda y las que se refieren a la aprehensión de objetos. Menciona separadamente cada una de estas formas, indicando concepto, estructura, procedencia, finalidades y objeto. Plantea algunas críticas referidas a la confiscación, a la interceptación de correspondencia y a la intervención de comunicaciones telefónicas, discutiendo aspectos de constitucionalidad de las disposiciones vigentes.

En su trabajo **"Intervención del Patronato en los conflictos de patria potestad",** el **Lic. Esteban Soler Aira** nos da cuenta de los problemas que surgen cuando hay contradicciones legislativas y de los criterios para resolverlas (jerárquico, temporal y de especialidad). Analiza los antecedentes del Código de Familia y encuentra que la intención que lo animó en parte fue la de excluir la intervención del Patronato Nacional de la Infancia en las decisiones para que estas fueran de conocimiento de los tribunales. Es su criterio que el Patronato no tiene ya el poder de resolver de manera provisional sobre los conflictos de patria potestad entre padre y madre.

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL OBJETIVO RESOCIALIZADOR EN LOS ORÍGENES DE LA PRISIÓN. PRIMEROS SISTEMAS PENITENCIARIOS

PROF. FERNANDO CRUZ CASTRO

SUMARIO

Pág.

I. Objetivo resocializador y evolución histórica 12

II. Razones por las que surge la pena privativa de libertad. Se supera la simple pena custodia. No surge solo por razones humanitarias o por un afán de reforma 13

III. Primeras ideas sobre la reforma y enmienda del delincuente. Estrecha vinculación con las ideas religiosas y eclesiásticas 15

a) Influencia de la prisión eclesiástica. Ideas y diseño arquitectónico 16

b) Importancia del Derecho Canónico. Especialmente en las ideas tradicionales sobre la reforma del delincuente 16

c) Filippo Franci. Hospicio de San Felipe Neri 17

ch) Jean Mabillon 18

d) Clemente XI 18

IV. Primeros sistemas penitenciarios. Antecedentes. Desarrollo del sistema celular y el de Auburn. Sus ideas sobre la reforma del delincuente 19

a) Antecedentes. Bridwells (Inglaterra). Rasphaus y Spinhaus (Holanda) 20

b) Las casas de corrección y de trabajo inglesas y holandesas 21

c) El régimen celular pensilvánico y el auburniano 26

i) Régimen celular o pensilvánico 27

1) Orígenes históricos 27

2) Características y objetivos del sistema 28

3) Críticas al régimen de aislamiento 31

ii) Sistema de Auburn 36

1) Orígenes históricos 36

2) Características y objetivos del sistema 38

iii) Sistema pensilvánico y el de Auburn. Su vigencia en Europa y América 41

Revistas

A.I.C.P.C. *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas (Venezuela)*
R.E.E.P. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios (España)*
R.E.P. *Revista de Estudios Penitenciarios (España)*
A.D.P.C.P. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España)*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. OBJETIVO RESOCIALIZADOR Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Cuando se analiza el proceso evolutivo que ha seguido la pena privativa de libertad, especialmente si se trata de encontrar las diferentes formas en que se ha expresado el afán rehabilitador, es importante tomar en cuenta que la naturaleza de la sanción y del régimen se van transformando de acuerdo con la evolución que van experimentando los valores fundamentales de la sociedad. Lo que era un régimen carcelario normal, no lo puede ser 50 años después, ya que se producen importantes cambios sociales, económicos y políticos.[1] La prisión, desde que deja de ser "cárcel custodia", para convertirse en una sanción específica del Derecho Penal,[2] siempre ha tenido algún objetivo que apunta hacia la enmienda del delincuente. Es lógico pensar que el objetivo reformista ha ido variando en su contenido, de acuerdo con los cambios socioeconómicos y con la transformación de los valores. Lo que en el siglo XVIII se consideraba como un medio adecuado para lograr la enmienda del recluso, hoy se consideraría un procedimiento cruel e inhumano; hasta la terminología ha cambiado, ya que antes se hablaba de la enmienda o reforma del delincuente, en cambio hoy se emplean términos como rehabilitación, resocialización o reeducación. La diferencia en la terminología puede hacer pensar que se trata de conceptos que se encuentran muy alejados entre sí, pero esa distancia se hace pequeña cuando se toma en cuenta el contexto histórico-social en el que se desarrollaron. Desde que la prisión se convierte en una pena propiamente dicha, siempre ha tenido algún ideal reformista que refleja los valores y conceptos predominantes en la época. Aun los más excépticos afirmarían que la prisión siempre ha tratado de poseer un "aparato ideológico" que le permita justificar su existencia. Junto con el propósito reformista siempre ha subsistido la tendencia a considerar que la pena debe tener un efecto expiatorio, ya que la sociedad no se ha podido desembarazar del sentimiento vindicativo que produce el delito y la imposición de la pena. Este sentimiento vengativo existe desde la época más antigua y una de las razones que explican su existencia reside en la agresiva reacción del grupo social contra aquél que ha violado las normas de la convivencia. A su vez, el afán correccionalista tiene sus antecedentes en la acción de grupos minoritarios, cuya motivación obedece a sentimientos directa o indirectamente religiosos, y que buscaron mitigar las angustias que ocasiona el encierro, postulando la enmienda del delincuente.[3] Aún hoy, no puede afirmarse que se haya impuesto el objetivo correccionalista, ya que no ha desaparecido el sentimiento vindicativo y expiatorio, especialmente si se observa la actitud que adopta el ciudadano común ante el delito y su sanción.

---

1. CHAUNAU, Pierre, *El rechazo de la vida*, Ed. Espasa-Calpe, España, 1979, p. 157.

2. Hasta el siglo XVIII predomina la cárcel "custodia" (tesis). Como antítesis la prisión se convierte en una categoría propia del castigo penal. Actualmente, a modo de síntesis, se presenta una crisis del castigo penitenciario clásico, y se buscan mejores sustitutivos. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Hombres y cárceles. Historia y crisis de la privación de libertad*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, (Colección Suplementos, Nº 52), España, 1974. La historia de la prisión, tal como la entendemos actualmente, no supera los doscientos años. Durante siglos la privación de libertad sólo se aplicaba excepcionalmente a personas de alto nivel político o intelectual (prisioneros políticos, filósofos o religiosos considerados subversivos, etc.). Para el resto de los delincuentes, que eran la mayoría, sólo eran detenidos en espera del juicio y en caso de que fuesen condenados, se les aplicaba la pena de muerte, mutilación, azotes, etc. MITFORD, Jessica, *"Kind and usual punishment"*, (The Prison Business), Alfred A. Knopf, N.Y., USA, 1973, ps. 30-31.

3. NEUMAN, Elías, *El problema sexual en las cárceles*, Ed. Criminalia, Argentina, 1965, ps. 19 y 20. Del mismo autor, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Ed. Pannedille, Argentina, 1971, p. 15.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. RAZONES POR LAS QUE SURGE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. SE SUPERA LA SIMPLE PENA CUSTODIA. NO SURGE SOLO POR RAZONES HUMANITARIAS O POR UN AFÁN DE REFORMA

Sería ingenuo pensar que la pena privativa de libertad surge solo porque se quería crear una pena que se ajustara mejor a un proceso general de humanización o que pudiera conseguir la enmienda del recluso. Este tipo de análisis incurriría en el error de ser excesivamente abstracto y partiría de una perspectiva ahistórica. Existen varias causas que explican el surgimiento de la prisión, entre las más importantes pueden citarse las siguientes:

a) Desde un punto de vista de las ideas, a partir del siglo XVI comienza a valorarse más la libertad y se va progresivamente imponiendo el racionalismo.

b) Aparece la mala conciencia que tiende a sustituir la publicidad de algunos castigos por la vergüenza y el olvido. Este sentimiento comienza a perfilarse a principios del siglo XV. No existe la menor duda de que la prisión se presta muy bien para ocultar el castigo y hasta para olvidarse de las personas a quienes se ha impuesto la sanción.[4]

c) Los trastornos y cambios socioeconómicos que se produjeron con el paso de la Edad Media a la Edad Moderna, y que tuvieron su expresión más aguda en los siglos XV, XVI y XVII, dieron como resultado la aparición de gran cantidad de personas que sufrían de una pobreza extrema y que debían dedicarse a la mendicidad o a cometer actos delictivos.[5] Todo esto luego que crecieran desmesuradamente las cifras por actos delictivos; este fenómeno se extendió a toda Europa. Por razones de política criminal era evidente que ante tanta delincuencia, la pena de muerte no brindaba una solución adecuada, ya que no podía aplicarse a tanta gente.[6] A esta situación debe agregarse el desprestigio en que había caído la pena de muerte.[7] La crisis de la pena de muerte encontró un sustitutivo: la pena privativa de libertad; un gran invento que demostraba ser un medio más eficaz de control social.

ch) La motivación económica fue un factor muy importante en la transformación de la pena privativa de libertad, especialmente cuando deja de ser un simple procedimiento de custodia para convertirse en una pena propiamente dicha. Sobre este aspecto Michel Foucault expone un agudo análisis, considerando que: ". . .El confinamiento, ese hecho masivo cuyas señales encontramos en toda la Europa del siglo XVII, es un asunto de poli-

---

4. GARCÍA VALDÉS, *supra,* nota 2, ps. 11 y 12.

5. ". . .Los disturbios religiosos, las largas guerras, las destructoras expediciones militares del siglo XVII, la devastación del país, la extensión de los núcleos urbanos y la crisis de las formas feudales de vida y de la economía agrícola habían ocasionado un enorme aumento de la criminalidad a fines del siglo XVII y principios del siglo XVIII. A ello vino a añadirse la supresión de los conventos, el desmenuzamiento de los gremios y la duda, muy extendida, sobre toda clase de autoridad. Se había perdido la seguridad; el mundo espiritualmente cerrado a los incrédulos, herejes y rebeldes, había quedado atrás. Había que vérselas con verdaderos ejércitos de vagabundos y mendigos. Puede establecerse su procedencia: nacían en las aldeas incendiadas y de las ciudades saqueadas; otros eran víctimas de sus creencias, víctimas arrojadas a los caminos de Europa. . .". VON HENTIG, Hans, *La pena. Las formas modernas de aparición,* Ed. Espasa-Calpe, España, 1968, tomo II, p. 213 (Trad. y notas de José María Rodríguez Devesa).

6. *Ibídem.*

7. ". . .La pena privativa de libertad no tiene una larga historia. Hay antecedentes mecánicos, pero el encierro descansaba entonces en otras razones. (. . .) La prisión fue siempre una situación de alto peligro, un incremento del desamparo, y con ello un estadio previo de la extinción física. Sobre esto no dejan lugar a dudas las memorias de los que estuvieron en la Bastilla (. . .). En la segunda mitad del siglo XVIII, el arco de la pena de muerte estaba excesivamente tenso. No había contenido el aumento de los delitos ni la agravación de las tensiones sociales, ni tampoco había garantizado la seguridad de las clases superiores. La picota fracasaba frecuentemente tratándose de los delitos leves o de casos dignos de gracia, porque la publicidad de la ejecución daba más lugar a la compasión y a la simpatía que al horror. El destierro de las ciudades y las penas corporales habían contribuido al desarrollo de un bandidaje sumamente peligroso, que se extendía con impetuosa rapidez cuando las guerras y las revoluciones habían desacreditado y paralizado a los viejos poderes. La pena privativa de libertad fue el nuevo gran invento social, intimidando siempre, corrigiendo a menudo, que debía hacer retroceder el delito, acaso derrotado, en todo caso encerrarlo entre muros. La crisis de la pena de muerte encontró así su fin, porque un método mejor o más eficaz, excepción hecha de pocos de los más graves casos, ocupaba su puesto. . .", *ibídem,* p. 186.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cía. Policía en el *sentido* sumamente preciso que se da al vocablo en la época clásica, es decir el conjunto de medidas que hacen del trabajo algo a la vez posible y necesario para todos aquellos que no podrían vivir sin él (. . .) antes de tener el *sentido* medicinal que le atribuimos, o que al menos queremos concederle, el confinamiento ha sido una exigencia de algo muy distinto que la preocupación de la curación. Lo que lo ha hecho necesario ha sido un imperativo de trabajo. Donde nuestra filantropía quisiera reconocer señales de benevolencia hacia la enfermedad, allí encontramos solamente la condenación a la ociosidad. . .".[8] Agrega luego que: ". . .En toda Europa la internación tiene el mismo sentido, por lo menos al principio. Es una de las respuestas dadas por el siglo XVII a una crisis económica que afecta al mundo occidental en conjunto; descenso de salarios, desempleo, escasez de la moneda; este conjunto de hechos se debe probablemente a una crisis de la economía española. La misma Inglaterra, que es el país de Europa occidental menos dependiente del sistema debe resolver los mismos problemas. . .".[9] ". . .Pero fuera de las épocas de crisis —puntualiza Foucault—, el confinamiento adquiere otro sentido. A su función de represión se agrega una nueva utilidad. Ahora ya no se trata de encerrar a los sin trabajo, sino de dar trabajo a quienes se ha encerrado y hacerlos así útiles para la prosperidad general. La alternación es clara: mano de obra barata, cuando hay trabajo y salarios altos; y, en período de desempleo, reabsorción de los ociosos y protección social contra la agitación y los motines. No olvidemos que las primeras casas de internación aparecen en Inglaterra en los puntos más industrializados del país: Worcester, Norwich, Bristol. . .".[10] Concluye el autor francés, a modo de resumen: ". . .La época clásica utiliza el confinamiento de una manera equívoca, para hacerle desempeñar un papel doble: reabsorber el desempleo, o por lo menos borrar sus efectos sociales más visibles, y controlar las tarifas cuando existe el riesgo de que se eleven demasiado. Actuar alternativamente sobre el mercado de mano de obra y los precios de la producción. En realidad, no parece que las casas de confinamiento hayan podido realizar eficazmente la obra que de ellas se esperaba. Si absorbían a los desocupados, era sobre todo para disimular la miseria y evitar los inconvenientes políticos o sociales de una posible agitación; pero en el mismo momento en que se les colocaba en talleres obligatorios, se aumentaba el desempleo en las regiones vecinas y en los sectores similares. . .".[11] En sentido muy parecido a Foucault interpretan Dario Melossi y Massimo Pavarini[12] el origen y la función de la pena privativa de libertad en el capitalismo desarrollado. El trabajo, la mayor de las veces forzado, siempre estuvo muy vinculado a la prisión, incluso se dice que se tuvo más interés que la pena consistiera en trabajo pesado que en la misma privación de la libertad.[13] En muchas ocasiones, dependiendo de la situación en que estuviera la oferta de mano de obra, siguiendo el análisis de Foucault, se empleó el trabajo con un sentido utilitario y tratando de alcanzar la mayor productividad posible, ya fuera en beneficio de particulares o del Estado. ". . .Estamos inclinados a pensar en la sustitución de las penas capitales y corporales por la prisión punitiva, (. . .), como un acto humanitario e impulsado por el anhelo de fomentar la reforma. Ciertamente, los dirigentes de la reforma hablaron en términos semejantes, pero es evidente que sus ideas fueron trasladadas imperfectamente a la práctica. . .".[14] No puede desconocerse el fuerte condicionamiento que la estructura socioeconómica impone a las ideas de reforma, y que más bien

---

8. FOUCAULT, Michel, *Historia de la locura en la época clásica,* Fondo de Cultura Económica, México, 1967, ps. 54 y 55. En el mismo sentido GARCÍA VALDÉS, Carlos, *El nacimiento de la pena privativa de libertad,* C.P.C., Nº 1, 1977, p. 39.

9. *Ibídem,* p. 58.

10. *Ibídem,* ps. 59 y 60

11. *Ibídem,* ps. 62 y 63.

12. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, siglos XVI-XIX,* Siglo XXI, México, 1980. Versión original en italiano: *Carcere e fabrica. Alle origini del sistema penitenziario.* Ed. Il Mulino, Italia, 1977. En igual sentido, RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, *"Pena y estructura social",* Ed. Temis, Colombia, 1984, ps. 25 y ss. y 46.

13. SELLIN, Thorsten, *Reflexiones sobre el trabajo forzado,* R.E.P., 1966, p. 513.

14. *Ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

son razones económicas y de necesidad de dominación, tal como lo explica Foucault, las que propiciaron el nacimiento de la pena privativa de libertad. Precisamente, los propósitos reformistas, de los que tanto se ha hablado, (desde los penitenciaristas clásicos) no se realizan por el poderoso condicionamiento y limitación que imponen las necesidades del mercado de trabajo y las variaciones en las condiciones económicas.

Es indispensable admitir, como condición decisiva, la tesis de Foucault, tal como se ha expuesto. La motivación económica que menciona el autor francés, es determinante para el salto cualitativo que da la prisión.[15] Es interesante apuntar, tal como lo analizaremos después, que la vinculación de la prisión a necesidades de orden económico, que incluyen la dominación de la burguesía sobre el proletariado, dicho en términos muy esquemáticos, hace surgir la tesis de que es un mito pretender resocializar al delincuente mediante la pena privativa de libertad. Si la prisión es un instrumento que permite mantener el orden socioeconómico vigente, fortaleciendo la dominación que ejercen los propietarios de los medios de producción (el poder dominante dentro de una sociedad capitalista o la clase burocrática que domina el aparato político económico de una "democracia popular"), será imposible admitir que dentro de este contexto se pueda el objetivo resocializador (o la enmienda del delincuente, según el penitenciarismo clásico).

De acuerdo con todas las razones que se han mencionado, no puede afirmarse, sin caer en la ingenuidad o en un análisis excesivamente simplista, que la prisión surge bajo el impulso de un acto humanitario y por el anhelo de fomentar la reforma del delincuente. Este hecho no le resta importancia a los propósitos reformistas que siempre se han atribuido a la prisión, pero indudablemente es un dato que debe tomarse en cuenta al analizar los ambiciosos propósitos que se pretenden alcanzar con la reclusión del delincuente, ya que existen muchos condicionamientos, vinculados a la estructura sociopolítica, que hacen muy difícil, por no decir imposible, la transformación del delincuente.

III. PRIMERAS IDEAS SOBRE LA REFORMA Y ENMIENDA DEL DELINCUENTE. ESTRECHA VINCULACIÓN CON LAS IDEAS RELIGIOSAS Y ECLESIÁSTICAS

Al examinar las primeras ideas que impregnaron el objetivo de reforma o enmienda, se puede encontrar que durante bastante tiempo, tal vez hasta la aparición de la escuela positiva, el penitenciarismo orientó su ideal reformista bajo el influjo de ideas religiosas y eclesiásticas. La justificación ideológica de la prisión, a través del ideal reformista, encontró suficientes argumentos en las ideas y motivaciones religiosas. Es tan fuerte esta influencia, que se ha llegado a considerar que en la prisión monástica se encuentra un antecedente inmediato de la prisión moderna.[16] Para Hilde Kaufmann la pena privativa de la libertad fue el producto del desarrollo de una sociedad orientada a la consecución de la felicidad, surgida del pensamiento calvinista cristiano.[17] El pensamiento cristiano, con algunas diferencias entre el protestantismo y el catolicismo, en especial en lo que se refiere al surgimiento del capitalismo, proporcionó tanto en el aspecto material como en el ideológico, buen fundamento a la pena privativa de libertad. Por esa razón no es casual que se considere que una de las pocas excepciones a la cárcel custodia del siglo XVI, era la prisión canónica.[18] Se trataba

15. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *supra* nota 8, p. 40. Las casas de corrección pretendían, básicamente, la explotación racional de la fuerza laboral; su objetivo esencial no era la reeducación del delincuente. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, *supra* nota 12, p. 76.

16. SELLIN, Thorsten, *supra* nota 13, ps. 506 y 507.

17. KAUFMANN, Hilde, *Principios para la reforma de la ejecución penal,* Depalma, Argentina, 1977, ps. 18 y 19.

18. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *supra* nota 2, p. 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de una reclusión que solo se aplicaba, en casos muy calificados, a algunos miembros del clero. Ya la Iglesia conocía, antes de que se aplicara en la sociedad civil, una institución que contenía ciertos puntos que servirán para justificar e inspirar la prisión moderna.

a) Influencia de la prisión eclesiástica. Ideas y diseño arquitectónico.

La prisión de los monasterios, según Von Hentig, ha irradiado influjos arquitectónicos y psicológicos que todavía perduran. La celda monacal cumplía a cabalidad el propósito que perseguía el encierro. Aunque no debe olvidarse que en la cárcel monacal se mezclan antiguos métodos mágicos con la separación en el espacio y la purificación mediante las reglas ordinarias de la detención. Entre ellas se encuentran la fustigación corporal, la oscuridad, y el ayuno, junto con el aislamiento, que protege del contagio moral.[19] ". . .El pensamiento eclesiástico de que la oración, el arrepentimiento y la contribución contribuyen más a la corrección que la mera fuerza de la coacción mecánica ha sido de una significación duradera. . .",[20] especialmente en las ideas que inspiraron a los primeros penitenciaristas y los principios que orientaron a los clásicos sistemas penitenciarios (celular y de Auburn). De toda la Edad Media, caracterizada por un sistema punitivo inhumano e ineficaz, solo podría destacarse la influencia penitencial canónica, la cual dejó como secuela positiva, el aislamiento celular, el arrepentimiento y la corrección del delincuente, así como otras ideas tendentes a buscar la rehabilitación del recluso. Aunque estas nociones no fueron incorporadas al derecho secular, constituyen un antecedente indiscutible de la prisión moderna.[21]

b) Importancia del Derecho Canónico. Especialmente en las ideas tradicionales sobre la reforma del delincuente.

El Derecho Canónico aporta varias ideas a la prisión moderna, especialmente en lo que se refiere a las primeras ideas que se tuvieron sobre la reforma del delincuente, (primeros penitenciaristas así como los grandes sistemas penitenciarios). Precisamente de la voz penitencia, de estrecha vinculación al Derecho Canónico, surgieron las palabras penitenciario y penitenciaría.[22] Esta influencia viene a complementarse con el predominio que los conceptos teológico-morales tuvieron, hasta el siglo XVIII, en el Derecho Penal, ya que se consideraba que el crimen era un pecado contra las leyes humanas y divinas.[23]

El concepto de "pena medicinal" (del alma) se encuentra en la base de las penas canónicas, en las cuales la reclusión tenía como objetivo el inducir al pecador a arrepentirse de sus faltas y a enmendarse gracias a la comprensión de la gravedad de sus culpas. San Pablo decía muy claramente lo siguiente: *"poena constituitir in emendationem hominum. . ."*, San Agustín, en su obra más importante, *La ciudad de Dios,* afirmaba que el castigo no debe orientarse a la destrucción del culpable, sino a su mejoramiento.[24] Estas nociones de arrepentimiento, enmienda, meditación, aceptación íntima de la propia culpa, son ideas que se encuentran íntimamente vinculadas al *Derecho Canónico* o a conceptos que provienen del Antiguo y Nuevo Testamentos.

Sobre la influencia del Derecho Canónico en las ideas que orientaron a la prisión moderna,[25] Elías Neuman realiza un interesante análisis que bien merece que se le brinde la debida atención, ". . .Los apologistas del Derecho Canónico expre-

---

19. VON HENTIG, Hans, *supra* nota 5, p. 200.

20. *Ibídem,* p. 201.

21. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Compendio de ciencia penitenciaria,* Universidad de Valencia, España, 1976, p. 49.

22. *Ibídem,* p. 48.

23. WEFERS, Wálter, *Educación y pena,* R.E.E.P., 1958, p. 236.

24. VELOTTI, Giseppe, *La reeducación del condenado y el Consejo de Patronato,* A.I.C.P.C., 1969, p. 555.

25. ". . .Las primeras y embrionarias formas de sanción utilizadas por la Iglesia se impusieron a los clérigos que habían delinquido de alguna forma; es muy aventurado hablar verdaderamente de delitos; más bien se trataría de infracciones religiosas que resultaban desafiantes de la autoridad eclesiástica o que despertaban una cierta alarma social en la comunidad religiosa. Esta naturaleza necesariamente híbrida —al menos en un primer momento— explica bien por qué estas acciones provocaron, por parte de la autoridad, una respuesta todavía de tipo religioso-sacramental. Se entiende también que se inspirara éste en el rito de la confesión y de la penitencia, pero acompañándola —debido a la índole específica de estas acciones— con otro elemento: la forma pública. Así nació el castigo de cumplir la penitencia en una celda, hasta que el culpable se enmendara *(usque ad correctionem)*. Esa naturaleza terapéutica de la pena

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

san que las ideas de fraternidad, redención y caridad de la Iglesia fueron trasladadas al Derecho Punitivo procurando corregir y rehabilitar al delincuente. Los más entusiastas manifiestan que en tal sentido las conquistas alcanzadas en plena Edad Media, no han logrado cuajar aún hoy en forma definitiva en el Derecho Secular. Entre ellas se menciona la individualización de la pena conforme al carácter y temperamento del reo. Hay quienes, contrariamente, pretenden quitar valor a lo que conformaría una adjudicación excesiva del derecho de la Iglesia. El profesor Schiappoli[26] acierta con la verdadera etiqueta conceptual y pone las cosas en su punto. Tras reconocer la gran influencia de la Ley Mosaica sobre la de la Iglesia, explica que la fuente principal del Derecho Penal Canónico lo constituyó el *Libri Poenitentialis,* que contiene una serie de instrucciones dadas a los confesores para la administración del sacramento de la penitencia. En él se registran, una a una, dichas penitencias respecto de todos los pecados y delitos —fuesen o no penados por la ley secular—. La influencia sobre el Derecho Común se ejerce, según Schiappoli, en dos direcciones. Por una parte, resulta incontestable que la penitencia que implica el encierro durante un tiempo a fin de compurgar la falta, pasa al Derecho Secular convertida luego en la sanción privativa de la libertad represiva de los delitos comunes. Pero, por otra parte, es igualmente exacto que la pena no pierde por ello su sentido vindicante. La pena o penitencia tiende a reconciliar al pecador con la divinidad, pretenden despertar el arrepentimiento en el ánimo del culpable, pero de ahí no se sigue que deje de ser expiación y un castigo. . .".[27] Este último concepto proporciona una idea exacta de la razón por la que los penitenciaristas clásicos, así como las ideas que inspiraron los primeros sistemas penitenciarios, nunca renunciaron al sentido expiatorio de la pena, considerando que no era incompatible con los objetivos rehabilitadores o de reforma.

La relación entre el sentido y el régimen de la prisión canónica con la prisión moderna, no debe exagerarse, ya que no son equiparables.[28] Se trata de un antecedente importante de la prisión moderna, pero no deben ignorarse diferencias importantes.

Siguiendo la tradición canónica, en la que se hacía distinción entre pena vindicativa y la pena medicinal, se pueden encontrar las iniciativas penitenciarias de Filippo Franci y las reflexiones de Mabillon durante el siglo XVII, las realizaciones de los papas Clemente XI y Clemente XII, así como la obra de Howard, gran filántropo del siglo XVIII.[29]

c) Filippo Franci. Hospicio de San Felipe Neri.

A mediados del siglo XVII surge en Europa una obra importante, desde el punto de vista penitenciario, que dejaría ideas positivas en este cam-

---

eclesiástica fue después, de hecho, englobada, y por lo tanto desnaturalizada, por el carácter vindicativo de la pena, sentido socialmente como satisfactorio; esta nueva finalidad, este tiempo coactado *usque ad satisfactionem,* acentuó necesariamente la naturaleza pública de la pena. Esta sale entonces del foro de la conciencia y se convierte en institución social, y por eso su ejecución se hace pública, se torna ejemplar, con el fin de intimidar y prevenir. **Algo de la finalidad original** —aunque no sea más que a nivel de valor— **sobrevivió. La penitencia, cuando se transformó en sanción penal propiamente dicha, mantuvo en parte su finalidad de corrección;** en efecto, ésta se transformó en reclusión en un monasterio por un tiempo determinado. La separación total del mundo, el contacto más estrecho con el culto y la vida religiosa, daban al condenado la ocasión, por medio de la meditación, de expiar la pena. (. . .) El influjo que la organización religiosa de tipo convental tuvo sobre la realidad carcelaria fue de tipo particular; la proyección sobre el ámbito público-institucional del original rito sacramental de la penitencia encontró su real inspiración en la alternativa religiosa-monacal de tipo oriental, contemplativa y ascética. Pero hay que tener presente, como un elemento necesario para el análisis, que el régimen penitenciario canónico ignoró completamente el trabajo carcelario como forma posible de ejecución de la pena. (. . .) Parece, en efecto, que la pena de cárcel —como se realizó en la experiencia canónica— atribuyó al tiempo de internamiento la función de un quántum de tiempo necesario para la purificación según los criterios del sacramento de penitencia; no era por eso tanto la privación de la libertad en sí lo que constituía la pena, sino sólo la ocasión, la oportunidad para que, en el aislamiento de la vida social, se pudiera alcanzar el objetivo fundamental de la pena: **el arrepentimiento.** Esta finalidad se debe entender como enmienda o posibilidad de enmienda delante de Dios y no como regeneración ética y social del condenado-pecador; en este sentido la pena no podía ser más que retributiva, fundada por eso en la gravedad de la culpa y no en la peligrosidad del reo. . .", MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, ps. 21 y 22.

26. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico,* en Enciclopedia Pessina, vol. I, ps. 784 y ss., citado por NEUMAN, Elías, *Evolución de la. . ., supra* nota 3, p. 27.

27. NEUMAN, *ibídem,* p. 28.

28. CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología,* Ed. Bosch, España, 1974, la nota número 2 de la página 301.

29. PINATEL, Jean, *La sociedad criminógena,* Ed. Aguilar, España, 1979, p. 144. (Trad. del Prof. Luis Rodríguez Ramos).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

po, todavía incipiente. Se trata del famoso *Hospicio de San Felipe Neri,* que se fundó en Florencia (en 1667), por obra del sacerdote Filippo Franci que llevó a la práctica una idea de Hipólito Francini. La institución se destinaba, en un principio, a la reforma de niños vagabundos, aunque más tarde se admitieron a jóvenes rebeldes y descarriados. Se aplicaba un régimen celular estricto, ya que la persona del internado era desconocida para sus compañeros de reclusión, gracias a un capuchón con el que se cubrían la cabeza en los actos colectivos. Estas ideas serían posteriormente incorporadas por el régimen celular del siglo XIX.[30] La obra de Filippo Franci es un importante antecedente del régimen celular y en ella se refleja su profundo sentido religioso.

ch) Jean Mabillon.

Jean Mabillon fue un monje benedictino francés, de la abadía de Saint Germain de París, que quedó gratamente impresionado, a su paso por Florencia, de la obra realizada por Franci. Escribió un libro titulado: *Reflexiones sobre las prisiones monásticas,* algunos autores sostienen que fue publicado en Francia en 1695,[31] mientras que Melossi y Pavarini afirman que fue publicado en forma póstuma en 1724.[32] La obra reconsidera la experiencia punitiva de tipo carcelario que se había aplicado en el Derecho Penal Canónico, y formula una serie de consideraciones que anticipan algunas de las afirmaciones típicas del Iluminismo sobre el problema penal. Defiende la proporcionalidad de la pena de acuerdo con el delito cometido y a la fuerza física y espiritual del reo; le da gran importancia al problema de la reintegración del penado a la comunidad, y puede considerarse que en este sentido es uno de los primeros defensores de esta idea.[33] Insiste en su obra en la necesidad de que los penitentes ocuparan celdas semejantes a las de los cartujos, y en las ceremonias de culto debían permanecer considerablemente separados, cada uno con su respectivo capuchón. No recibían visitas del exterior, a no ser la del superior u otras personas debidamente autorizadas. De acuerdo con el título de su obra, es posible pensar que Mabillon no tuviera la intención de influir en la justicia secular, pero de todas maneras, es imprescindible citarlo como un precursor relevante, ya que sus ideas se expresaron en una época en que no se pensaba en la enmienda moral y regeneración del delincuente.[34] Foucault considera la posibilidad de que la obra de Mabillon haya proporcionado la definición y el carácter al primer sistema penitenciario norteamericano[35] (sistema filadélfico).

d) Clemente XI.

Clemente XI (1649-1721) es uno de los preclaros iniciadores de la reforma carcelaria y del sentido rehabilitador y educativo de la pena privativa de libertad. Sus ideas se llevaron a la práctica en la *Casa de Corrección de San Miguel* (Roma), fundada por iniciativa del Pontífice el 14 de noviembre de 1703.[36] Albergaba para su corrección a jóvenes delincuentes y a su vez servía como asilo de huérfanos y ancianos. Más tarde sirvió para alojar jóvenes menores de veinte años, que se mostraran reacios a la disciplina paterna.[37] El régimen era mixto, ya que trabajaban durante el día en común y por la noche se mantenían aislados en celdas, manteniéndose todo el día la obligación de guardar absoluto silencio. La enseñanza religiosa era uno de los pilares fundamentales de la institución; el régimen disciplinario se mantenía a base de fuertes sanciones. El lema de la institución refleja su finalidad correctora: "no es bastante constreñir a los perversos por la pena, si no se les hace honrados con la disciplina". El aisla-

30. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 51.

31. NEUMAN, Elías, *Evolución de la. . ., supra* nota 3, p. 34 y GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 51.

32. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 54.

33. *Ibídem.*

34. NEUMAN, Elías, *Evolución de. . ., supra* nota 3, p. 34.

35. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar,* Ed. Siglo XXI, México, 1976, nota número 44, p. 125. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, *supra* nota 12, p. 83.

36. GARCÍA BASALO, J. Carlos, *La ejecución de la pena en Latinoamérica,* R.E.P., 1962, p. 107.

37. NEUMAN, Elías, *Evolución de. . ., supra* nota 3, p. 34.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento, el trabajo, la instrucción religiosa y una férrea disciplina, eran los medios que se utilizaban para la corrección.[38] Todos estos instrumentos reflejan el influjo de los conceptos religiosos y de las orientaciones que guiaban la ejecución de las penas que se imponían en el Derecho Canónico.

Sobre esta institución Cuello Calón, citando a Howard Wines, expresa el criterio de que ". . .es límite que divide dos civilizaciones, dos épocas históricas. Su éxito fue considerable pues sirvió de modelo a gran número de prisiones fundadas, especialmente en Italia, durante el mismo siglo. . .".[39] Thorsten Sellin sostiene un punto de vista contrario al de Wines, ya que no admite que el Hospicio de San Miguel deba ser considerado como un hecho decisivo en la historia de la penología; su relevancia se reduciría a la influencia que ejerció en la arquitectura carcelaria y a la profunda impresión que causó en Howard. Sin embargo, a pesar de esta polémica, es indudable que la institución que fundó Clemente XI debe considerarse como un importante antecedente de lo que actualmente calificamos como tratamiento institucional del delincuente.[40]

IV. PRIMEROS SISTEMAS PENITENCIARIOS. ANTECEDENTES. DESARROLLO DEL SISTEMA CELULAR Y EL DE AUBURN. SUS IDEAS SOBRE LA REFORMA DEL DELINCUENTE

Los primeros sistemas penitenciarios, en el sentido exacto de la palabra, surgen en los Estados Unidos, pero no puede afirmarse, tal como lo hace Norval Morris,[41] que la aparición del sistema celular y el de Auburn marcan el inicio de la prisión moderna, o para decirlo con sus palabras: ". . .que la prisión constituye un invento norteamericano. . .". Esos sistemas penitenciarios tuvieron, además de los antecedentes que se inspiraban en ideas más o menos religiosas, mencionados anteriormente, así como la interesante experiencia de Juan Vilain,[42] un antecedente importantísimo en los establecimientos de Amsterdam, los Bridwells ingleses, y en otras experiencias similares realizadas en Alemania y Suiza. Estos establecimientos no sólo son un antecedente importante de los primeros sistemas penitenciarios, sino que marcan el nacimiento de la pena privativa de libertad, superándose la utilización de la cárcel como simple medio de custodia. Sobre este aspecto, García Valdés expone una argumentación interesante: ". . .No importa que, como afirma la opinión domi-

---

38. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 52.

39. CUELLO CALÓN, Eugenio, *supra* nota 28, p. 306.

40. SELLIN, Thorsten, *The house of correction for boys in the hospice of Saint Michel in Rome*, Journal of Criminal Law and Criminology, 1930, p. 533, citado por CUELLO CALÓN, *supra* nota 28, p. 306.

41. MORRIS, Norval, *El futuro de las prisiones*, Siglo XXI, México, 1978, p. 20-21.

42. ". . .Como último precedente histórico es digno de destacarse, también en el siglo XVIII, la obra excepcional del burgomaestre Juan Vilain XIV que fundó en Gante (Bélgica) un establecimiento en el que se albergaban criminales, mendigos y vagabundos, con separación absoluta entre adultos, jóvenes y mujeres. El trabajo se efectuaba en común por el día y por la noche cada recluso quedaba aislado en su celda. Había talleres diversos, médico y capellán, pero tal vez el punto más interesante de toda la obra lo constituía la clasificación de los delincuentes en grupos independientes y separados entre sí. Otro logro que podemos considerar trascendente para su época son las ideas de Vilain XIV acerca de los castigos corporales a los que se mostraba contrario, manifestando en su MEMORIA, según cita RUIZ FUNES, *(La crisis de la prisión*, La Habana, 1949, p. 190), que vale más conmutar los castigos corporales por detenciones y es preferible constreñir a estos vagabundos a que vivan en la "Casa de fuerza y corrección". En suma, la institución creada por Vilain XIV con sus innovaciones en materia de régimen correccional le han hecho acreedor en opinión de BARNES y TEETERS, *(New horizons in criminology*, Prentice-Hall, Nueva York, 1959, p. 331), al título, sin duda simplificador y excesivo, de "padre de la ciencia penitenciaria. . ."; GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 53.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nante, las casas de internamiento constituyan aún un hecho excepcional, al no ser la prisión pena más que a partir del siglo XVIII en propiedad. La simiente prende, se aferra primero y se desarrolla más tarde en el naciente Derecho Penal. Después de un siglo y medio de prueba, que desemboca en un humanitarismo a ultranza como aspiración teórica, la pena carcelaria pasa a primer plano, como estrella de primera magnitud que lo alumbra, de las reacciones penales del Derecho Punitivo moderno. . .".[43] Por las razones que se han expuesto, así como por otras que se mencionarán, no creo que sea posible analizar los primeros sistemas penitenciarios norteamericanos, si no se realiza, previamente, un examen de las casas de corrección que surgieron en el siglo XVI, especialmente en Inglaterra y Holanda.

a) Antecedentes. Bridwells (Inglaterra). Rasphaus y Spinhaus (Holanda).

i) Bridwells (Inglaterra). Los azotes, el destierro y la ejecución fueron los principales instrumentos de la política social en Inglaterra hasta la mitad del siglo XVI (1552), hasta que las condiciones variaron (socioeconómicas especialmente), dando lugar a una experiencia, que desde un punto de vista penológico, se manifestó como ejemplar. A petición de algunos integrantes del clero inglés, que se encontraban muy preocupados por las proporciones que había alcanzado la mendicidad en Londres, el Rey les autorizó para que emplearan el castillo de Bridwells, el cual serviría para que allí se recogieran a los vagabundos, los ociosos, los ladrones, y los autores de delitos menores. La finalidad de la institución, dirigida con férrea mano, consistía en la reforma de los delincuentes por medio del trabajo y de la disciplina. El sistema se orienta por la convicción, al igual que todas las ideas que inspiraron al penitenciarismo clásico, de que el trabajo y la férrea disciplina son un medio indiscutible para la reforma del recluso. Además la institución tenía objetivos relacionados con la prevención general, ya que pretendía desanimar a otros del vagabundeo y la ociosidad; otra de sus finalidades era conseguir que con sus actividades se autofinanciase y además se alcanzara algún rendimiento económico. El trabajo que se desarrollaba era del ramo textil, tal como lo exigía la época. Este experimento debe haber alcanzado notable éxito ya que en poco tiempo surgieron en varios sitios de Inglaterra "houses of correction" o "bridwells" tal como se las denominaba indistintamente.[44] El auge de los bridwells fue muy considerable, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XVII.[45] El fundamento legal más antiguo de las "houses of correction" se encuentra en una ley del año 1575, en la que se define la sanción para los vagabundos y el alivio a los pobres, prescribiendo la construcción de una casa de corrección por condado por lo menos.[46] Posteriormente, una ley de 1670 definió un estatuto para los "bridwells".

Bajo similares orientaciones y siguiendo una misma línea de desarrollo, surgen en Inglaterra las llamadas "workhouse". ". . .Es en el año 1697 cuando, como consecuencia de la unión de varias parroquias de Bristol, aparece la primera workhouse de Inglaterra. Otra se establece en 1703, en Worcester, y una tercera el mismo año, en Dublín. Después se abren en Plymouth, Norwich, Hull y Exeter. A finales del siglo XVIII hay ya veintiséis, concediendo la Gilbert's Act de 1792 todo tipo de facilidades a las parroquias para crear nuevas casas de trabajo, reforzándose el control judicial y recomendándose que se excluya rigurosamente de las mismas a los enfermos contagiosos. . .".[47] El desarrollo y auge de las casas de trabajo viene a establecer una prueba evidente sobre las íntimas relaciones que existen, por lo menos en sus orígenes, entre la prisión y la utilización de la mano de obra del recluso, así como su conexión con las condiciones de la oferta y la demanda de mano de obra.

ii) Las casas de corrección en Holanda (Rasphaus, Spinhaus). Se crearon en Amsterdam casas de corrección para hombres ("Rasphaus", 1596), la hilandería para mujeres ("Spinhaus") en 1597 y una sección especial y secreta para jóve-

---

43. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *supra* nota 8, p. 47.

44. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 32. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, *supra* nota 12, ps. 46-47.

45. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *supra* nota 8, p. 43.

46. *Ibídem.*

47. *Ibídem*, ps. 43 y 44.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nes en 1600.[48] Estas instituciones, al igual que las inglesas, se crearon, generalmente, para tratar a la pequeña delincuencia. Para los que cometían delitos más graves todavía se mantenía la aplicación de otras penas, como el exilio, azotes, la picota, etc. Para el control del crimen, desde un punto de vista global, todavía los códigos penales confiaban principalmente en las penas pecuniarias y corporales o en las penas capitales.[49] Sin embargo, no puede negarse que las casas de trabajo o de corrección, aunque se destinaran para la pequeña delincuencia, ya señalan el surgimiento de la pena privativa de libertad moderna. Según comenta Sellin, los fundadores de los establecimientos ingleses y holandeses tenían la aspiración de que se pudiera reformar al delincuente.[50] Sin embargo, Radbruch plantea una de las constantes objeciones y limitaciones que tiene el objetivo rehabilitador: al ser liberados de las casas de trabajo (o de corrección), no se habían corregido, sino que más bien habían sido domados.[51] El fin educativo trataba de alcanzarse por medio del trabajo constante e ininterrumpido, el castigo corporal y la instrucción religiosa. Todos estos instrumentos son consecuentes con el concepto que en esa época se tenía sobre la reforma del delincuente y los medios para lograrla. Se tenía la convicción de que el castigo y la utilización de los conceptos religiosos, permitirían conseguir la corrección del delincuente. Por la influencia calvinista se consideraba que el trabajo no debía aspirar a obtener ganancias ni satisfacciones, solo tormento y fatiga.[52] Para Von Hentig, los establecimientos que surgieron en Holanda, marcan el inicio de los nuevos métodos de tratamiento, aunque evidentemente sólo se trataba de algo muy incipiente.[53]

Las prisiones de Amsterdam, al edificarse expresamente para tal fin, contando con un programa de reforma, alcanzaron un gran éxito, ya que fueron imitadas en muchos países europeos, aunque realmente pueden considerarse como un hecho excepcional; luego habría que esperar más de dos siglos para que se tuviera la aspiración de que las prisiones fueran un lugar de corrección y no de simple custodia de delincuentes en espera de ser juzgados.[54]

b) Las casas de corrección y de trabajo inglesas y holandesas, ¿pretendían la reforma del delincuente, o solo eran un instrumento de dominación e imposición del sistema de producción capitalista?

El análisis de Dario Melossi y Massimo Pavarini sobre las causas que explican el surgimiento de las primeras instituciones de reclusión en Inglaterra y Holanda, lo considero interesante y sugestivo, y por esa razón no quiero omitirlo. Dicen los citados autores que: ". . .Es en Holanda, en la primera mitad del siglo XVII, donde la nueva institución de la casa de trabajo, llega, en el período de los orígenes del capitalismo, a su forma más desarrollada. Y que la creación de esta nueva y original forma de segregación punitiva responde más a una exigencia relacionada al desarrollo general de la sociedad capitalista que a la genialidad individual de algún reformador —como con frecuencia trataría de convencernos una cierta historia jurídica entendida como historia de las ideas o 'historia del espíritu'— se evidencia en el hecho de que parece segura una influencia directa entre las experiencias inglesas anteriores (bridwells) y las holandesas del siglo XVII. . .".[55] Los modelos punitivos no se varían por un propósito idealista o por el afán de mejorar las condiciones de la prisión, sino que se varían con el fin de evitar que se desperdicie la mano de obra y a su vez para poder controlarla, regulando su utilización de acuerdo con las necesidades de valoración del capital. ". . .Es necesario aclarar —puntualizan Melossi y Pavarini—, naturalmente, que tal hipótesis, basada sobre todo en la relación existente entre fuerza de trabajo y trabajo forzado (entendido como tra-

48. *Ibídem.*

49. SELLIN, Thorsten, *supra* nota 13, p. 507.

50. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 51.

51. CUELLO CALÓN, Eugenio, *supra* nota 28, p. 304.

52. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 50.

53. VON HENTIG, Hans, *supra* nota 5, p. 214.

54. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 51.

55. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 35.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

bajo no libre), no agota la compleja realidad de las workhouses. De ningún modo, como ya vimos para Inglaterra, son el único instrumento con el cual se intenta bajar los salarios y controlar la fuerza de trabajo, ni tampoco las mismas casas tienen éste como único objetivo. Con respecto al primer punto, ya vimos cómo en Inglaterra —pero en este período es válido en un sentido más general— las casas de trabajo se acompañan de topes salariales establecidos por ley, de la prolongación de la jornada de trabajo, de prohibiciones para que los trabajadores se reúnan y se organicen, etc. En realidad, la relativa exigüidad cuantitativa que siempre caracterizó esta experiencia, induce a considerarla más bien como una muestra del nivel general que había alcanzado la lucha de clases que como uno de los factores que la impulsan. La función de la casa de trabajo es indudablemente más compleja que la de tasar simplemente el salario libre. O, al menos, se puede también decir que este último objetivo se debe entender en la plenitud de su significado, es decir como control de la fuerza de trabajo, de la educación y domesticación de ésta. Como afirma Marx en un texto ya citado, —el aprendizaje de la disciplina de su nuevo estado—, es decir la transformación del trabajador agrícola expulsado de su tierra en obrero, con todo lo que eso significa, es uno de los fines fundamentales que en sus principios el capital se tuvo que proponer. La organización de las casas de trabajo, y de tantas otras organizaciones parecidas, responde, antes que nada, a esta necesidad. Es evidente que este problema no está separado del que plantea el mercado de trabajo. Y esto no sólo porque a través de la institucionalización de las casas de trabajo de un sector, aunque limitado, de la fuerza de trabajo se obtiene simultáneamente un doble resultado: respecto del trabajo libre en el sentido ya enunciado, hacia el trabajo forzado, en general el más rebelde, en el sentido del aprendizaje de la disciplina, sino también porque la docilidad o la oposición de la clase obrera naciente a las condiciones de trabajo depende de la fuerza que tenga en el mercado de trabajo, pues en la medida en que la oferta de mano de obra es escasa, aumenta su capacidad de oposición y de resistencia, y su posibilidad de lucha para no doblegarse; esto, aunque no se exprese todavía en formas conscientes y organizadas, tiende, de todos modos, a poner en peligro el orden social y a transformarse objetivamente en política, expresándose espontáneamente en el delito, en una agresividad en ascenso, en la revuelta. . .".[56] Este análisis se encuentra estrechamente vinculado con el materialismo histórico, predominando la idea de que las condiciones económicas, en última instancia, condicionan la naturaleza y el carácter de la superestructura. Dentro de ésta, como parte de la superestructura jurídica (y del Estado), se encuentra la prisión. Para Melossi y Pavarini la cárcel surge cuando se establecen las casas de corrección holandesas e inglesas, cuyo origen no se explica por la existencia de un propósito más o menos humanitario e idealista, sino por la necesidad que existía de poseer un instrumento que permitiera, no tanto la reforma o rehabilitación del delincuente, sino su sometimiento al régimen dominante (capitalismo), sirviendo también como medio de control de los salarios, permitiendo, por otra parte, que mediante el efecto preventivo-general de la prisión, se logre "convencer" a quienes no han cometido ningún delito, que deben aceptar la hegemonía de la clase propietaria de los bienes de producción. Ya no se trata de que la corrección sirva para alcanzar una idea metafísica y difusa de la libertad, sino que busca disciplinar a un sector de la fuerza de trabajo ". . .para introducirlo coactivamente en el mundo de la producción manufacturera. . .",[57] tratando de que el trabajador sea más dócil y menos provisto de conocimientos, impidiendo de esta forma que éste pueda plantear alguna resistencia.[58]

El objetivo fundamental de las instituciones de trabajo holandesas e inglesas, era que el trabajador aprendiera la disciplina capitalista de producción. También la religión, especialmente en el caso de Holanda, permitía reforzar los elementos ideológicos que fortalecerían la hegemonía de la burguesía capitalista. El punto de vista religioso se fundaba en el calvinismo que predominaba en la joven república holandesa, ". . .cuya función en el

---

56. *Ibídem*, ps. 36 y 37.

57. *Ibídem*, p. 41. Las casas de corrección no surgen exclusivamente por un sentimiento público de piedad o solidaridad, sino que cumplieron una función importante en el desarrollo capitalista, ya que no solo adiestraron a los trabajadores, sino que permitieron producir mercancías a bajo costo, a causa de la mano de obra barata que empleaban. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, *supra* nota 12, p. 58.

58. *Ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

complejo de la sociedad era reforzar el dogma del trabajo, y por ende la sumisión ideológica, dentro del proceso manufacturero, pero que en la casa de corrección tenía como objetivo propio, antes que nada, la aceptación de la ideología, de la Weltanshaung burguesa-calvinista, y sólo en un segundo momento la explotación y la extracción del plusvalor. . .".[59] No sólo interesa que el recluso aprenda la disciplina de producción capitalista, que se someta al sistema, sino que se pretende que internalice la cosmovisión y la ideología de la clase dominante (bloque hegemónico). La eficacia, desde un punto de vista de la productividad económica, es un objetivo secundario, ya que las condiciones de la vida carcelaria no lo permiten; el objetivo prioritario es que el recluso aprenda la disciplina de la producción.

Ese aprendizaje se inicia desde el momento en que se pagan bajos salarios a quien presta sus servicios en la casa de trabajo, ya que si el sistema es particularmente opresivo en el método de trabajo, fácilmente se podrá preparar al recluso para que se adapte y obedezca cuando se encuentre fuera de la prisión.[60] No interesa la rehabilitación o enmienda, lo que importa es que el delincuente se someta, que sea eficaz a través de una irreflexiva obediencia. Por otra parte, la dureza particular de condiciones en el interior de la casa de corrección tiene, además, ". . .otro efecto sobre el exterior, lo que los juristas llaman de 'prevención general', o sea una función de intimidación, por el cual, el trabajador libre, antes de terminar en la casa de trabajo o en la cárcel, prefiere aceptar las condiciones impuestas al trabajo y, más en general, a la existencia. El régimen interno de la casa de corrección tiende así, más allá de la absoluta preeminencia que en ella se da al trabajo, a acentuar el papel de esa Weltanshaung burguesa que el proletariado libre no aceptará nunca completamente. La importancia que se da al orden y a la limpieza, al vestuario uniforme, a la sanidad de la comunidad y del ambiente (pero no a lo que tiene de relación con el proceso de trabajo), la prohibición de blasfemar, del uso del caló popular y del lenguaje obsceno, de leer libros y cartas, de cantar baladas fuera de las que ordenaban los directores (en un país y en un siglo en que las baladas son manifestaciones de lucha por la libertad de pensamiento), la prohibición de jugar y usar apodos fueron intentos hechos para representar concretamente en la casa de trabajo el estilo de vida recién descubierto, y para despedazar una cultura popular subterránea que se opone a lo que sucede, y que además es el enlace con las formas tradicionales de vida campesina, abandonadas hacía poco, y con formas nuevas de resistencia a los ataques incesantes que el capital hace al proletariado. . .".[61]

La cárcel no será, vista desde su origen en las casas de corrección holandesas e inglesas, más que una institución subalterna a la fábrica, al igual que la familia mononuclear, la escuela, el hospital, el cuartel y el manicomio, y que servirán para asegurar la producción, la educación y la reproducción de la fuerza de trabajo que necesite el capital,[62] ". . .el secreto de las workhouses o de las rasphuis está en la representación en términos ideales de la concepción burguesa de la vida y de la sociedad, en el preparar los hombres, principalmente a los pobres, a los proletarios, para que acepten un orden y una disciplina que los haga dóciles instrumentos de la explotación. Los pobres, los jóvenes, las prostitutas llenan en el siglo XVII las casas de corrección: son las categorías sociales que deben ser educadas o reeducadas en la vida burguesa laboriosa y de buenas costumbres. No solo deben aprender, deben convencerse; desde el principio le es indispensable al sistema capitalista la antigua ideología religiosa con nuevos valores y con nuevos instrumentos de sometimiento. . .".[63]

La tesis de Melossi y Pavarini parte de un punto de vista marxista, sobre las casas de corrección y de trabajo inglesas y holandesas, rechazan la idea de que éstas busquen la reforma o enmienda del delincuente, sino que sirven como

59. *Ibídem*, ps. 41 y 42.

60. *Ibídem*, p. 42.

61. *Ibídem*.

62. *Ibídem*, p. 43.

63. *Ibídem*, p. 50.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

instrumento de dominación, tanto en el aspecto político, como en el económico e ideológico. Sirven para imponer la hegemonía de una clase sobre otra, eliminando toda posibilidad de que pueda surgir una acción que ponga en peligro la homogeneidad del bloque de dominación socioeconómica. Este punto de vista, al que nos referiremos cuando tratemos el tema de la resocialización en el Derecho Penal moderno, es uno de los argumentos que más se utilizan cuando se rechaza la posibilidad de que la resocialización pueda lograrse a través de la pena privativa de libertad. Siempre se enfrentarán dos tesis fundamentales: los que consideran ilusorio poder hablar de resocialización, y los que, sin abandonar cierto escepticismo, admiten la posibilidad de que se pueda lograr algún resultado positivo. Sobre la relación que existe entre cárcel y mercado de trabajo, entre internación y adiestramiento para la disciplina fabril, tal como lo exponen Melossi y Pavarini, Guido Neppi Modona hace unas observaciones muy atinadas y que no creo que deban omitirse. ". . .La relación existente entre cárcel y mercado de trabajo, entre internación y adiestramiento para la disciplina fabril no se puede poner en duda después de la investigación de Melossi y Pavarini, pero al lado de esta lógica económica existen probablemente otras que no son simplemente coberturas ideológicas o justificaciones éticas. La clave para una reconstrucción de la función global de las instituciones segregatorias en el largo período de su gestación entre el siglo XVI y el siglo XVIII, probablemente está en una perspectiva que considere también otros componentes ciertamente contradictorios y menos racionales, que volvemos a encontrar en las actuales instituciones carcelarias y que abarcan un amplio abanico de motivaciones, a veces claramente mistificatorias, pero una vez que otras reales, y que van desde las exigencias de defensa social hasta el mito de la recuperación y reeducación del delincuente, desde el castigo punitivo en sí hasta los modelos utópicos de microcosmos disciplinarios perfectos. . .".[64] Esta objeción apunta hacia un aspecto importante: no debe aplicarse una perspectiva unilateral al tratar de encontrar una explicación al origen y función de la prisión; es necesario tomar en cuenta otro tipo de motivaciones, que aunque pueden ser irracionales, también contribuyen en mayor o menor medida a explicar las causas por las que surge una respuesta penológica como la prisión, que aún se mantiene vigente, a pesar de que se encuentra en crisis. Esta limitación no significa que: ". . .el análisis interpretativo que destaca las reducciones entre el origen de las instituciones carcelarias, la difusión de la pena consistente en detener al culpable y el modo de producción capitalista contribuye de manera determinante a la comprensión del fenómeno y desmantela definitivamente los mitos y los lugares comunes de la inmutabilidad de la cárcel a través de los siglos. En este sentido, es particularmente convincente la relación de interdependencia entre las cambiantes condiciones del mercado de trabajo, el brusco descenso de la curva del incremento demográfico, la introducción de las máquinas y el pasaje del sistema manufacturero al sistema de fábrica propiamente dicho, por un lado, y el súbito y sensible empeoramiento de las condiciones de vida en las cárceles, por el otro, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII en Inglaterra y en los otros países europeos que se industrializan rápidamente. En este período, en efecto, cuando en las cárceles se dejan de practicar formas de trabajo productivo y competitivo y comienza a prevalecer un sistema intimidatorio terrorista de gestión que se perpetúa durante el siglo XIX y también posteriormente. La correlación entre los sistemas de organización carcelaria y las exigencias de despegue industrial y del control terrorista del proletariado, tiene fundamentos indiscutibles y se basa en situaciones de hecho, tales como el notable desarrollo cuantitativo de las instituciones carcelarias y las terribles condiciones de vida en las prisiones, descritas por reformadores del siglo XVIII, en primer lugar por Howard. . .".[65]

El análisis marxista,[65 bis] tal como el que realizan Melossi y Pavarini y al que nos hemos referido

---

64. *Ibídem*, p. 10 (comentario hecho en la presentación de Guido Neppi Modona).

65. *Ibídem*, ps. 10 y 11.

65 bis. Al analizar el método sociológico e histórico marxista, Laski señala que la concepción materialista de la historia ofrece dificultades y no logra resolver todos los problemas que suscita la interpretación histórica, pero es indudable que en los últimos cien años es la concepción que más ha contribuido a explicar las causas del cambio social. H. Laski, *Communist manifesto: socialist landmark*, 1948, *"Introducción"*, p. 74; Cfr. MARX, K, *"Sociología y filosofía social"*, Ed. Península, España, 1968, p. 64.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

generosamente, se enfrenta a un problema teórico difícil y que no puede soslayarse: se trata de las relaciones entre la estructura y la superestructura. Este problema se agudiza cuando se aplica el análisis marxista a un problema social concreto, ya que la ". . .interacción de la Naturaleza y de la Idea, de la infraestructura (económica) y de la supraestructura (ideológica: filosofía, moral, religiones, derecho, etc.) no es en sentido único. Marx y Engels han afirmado varias veces que los 'reflejos ideológicos' (lo que nosotros llamamos lo espiritual), aunque no poseen realidad propia y no son más que un producto del proceso económico, sin embargo vuelven a actuar a su vez sobre estos procesos materiales. Han aparecido recientemente algunos textos, en los que Marx y Engels se excusan de no haber podido, por necesidades de la acción, insistir más ampliamente sobre esta acción de regreso del hombre y de sus ideas. . .". [66] Las relaciones entre la infraestructura y la supraestructura son difíciles de precisar cuando se aplica el análisis marxista a un problema social concreto, ya que no es fácil poder determinar el sentido y alcance que tiene la interacción entre la infraestructura y la supraestructura.[66 bis] Lo más fácil, tal como se hace a menudo, es convertir la infraestructura económica en el elemento dominante y explicativo de cualquier proceso o institución social. Pero este procedimiento no daría buenos resultados, no sólo porque no se ajusta a una interpretación auténticamente marxista, sino porque se convierte en un análisis simplista y mecanicista. Si se analizara desde una perspectiva dinámica (con un sentido dialéctico), en la que no cabría una visión unilateral sobre las relaciones entre infraestructura y supraestructura, no sería

---

66. MOUNIER, Emmanuel, *Manifiesto al servicio del personalismo,* Ed. Laia, España, 1974, (tomo I de las Obras Completas), ps. 587 y 588. Sobre los peligros de un razonamiento mecanicista respecto de las relaciones entre estructura y superestructura, NEIL CAMERON, Kenneth, cita un ejemplo muy interesante, relacionado con el arte: Ni Marx ni Engels hablan en ningún lugar de la democracia como parte de la "superestructura" ni dicen que ésta esté "al servicio" de la base económica. La concepción de Mao plantea evidentes problemas. Si las artes forman parte de la "superestructura", ¿dónde se sitúa entonces la consciencia? Si la consciencia forma parte de "la superestructura", entonces toda la sociedad debe formar parte de ésta, pues consciencia y sociedad se hallan indisolublemente ligadas en todos sus aspectos, incluidas las ideas de trabajo y vida cotidiana. Si el arte se sitúa en la superestructura y la consciencia no, entonces la consciencia aparece partida en dos, con una parte situada dentro de "la superestructura" y otra parte en algún ámbito o categoría no especificada. Una vez dentro de esta trampa mecanicista, los problemas son tan inagotables como irreales. . .". NEIL CAMERON, Kenneth, *La falacia de la "superestructura",* Monthly Review, julio, 1980, ps. 71 y 72. En realidad Marx nunca habló de "estructura" y "superestructura" como si fueran categorías conceptuales que abarcaran un conjunto de identidades (vistas como algo estático), sino que se refirió siempre a una interacción de fuerzas interdependientes cuyo determinante último era económico. NEIL CAMERON, Kenneth, *ibídem,* p. 76. Dentro de una concepción marxista muy extendida, equivocadamente se ha convertido a la base y a la superestructura en fuerzas sociales omniscientes y omnipotentes que han devorado a las clases y la lucha de clases, y ante cuyas depredaciones las personas, por inferencia, se hallan impotentes. NEIL CAMERON, Kenneth, *ibídem,* p. 77. La famosa carta que Engels envía a J. Bloch (21-9-1890) debe tomarse en cuenta cuando se pretende comprender las relaciones entre base económica y "superestructura"; decía Engels: ". . .La situación económica es la base, pero los diversos factores de la superestructura que sobre ella se levanta —las formas políticas de la lucha de clases y sus resultados, las Constituciones que, después de ganada una batalla, redacta la clase triunfante, etc., las formas jurídicas, e incluso los reflejos de todas estas luchas reales en el cerebro de los participantes, las teorías políticas, jurídicas, filosóficas, las ideas religiosas y el desarrollo ulterior de éstas hasta convertirlas en un sistema de dogmas— ejercen también su influencia sobre el curso de las luchas históricas y determinan, predominantemente, en muchos casos, su forma. . .". Citado por NEIL CAMERON, Kenneth, *ibídem,* p. 78. NEIL CAMERON llega a una conclusión muy interesante sobre el problema que surge con el término "superestructura": ". . .La respuesta es: volver al uso que de él hace Marx. Si se desea usar 'superestructura' en un sentido específico, éste debería quedar delimitado, tal como lo definió Marx (y también Lenin), a la designación de la estructura de dominación: 'la superestructura jurídica y política'. Así utilizado, podría incluir instituciones tales como los medios de comunicación que técnicamente no siempre forman parte del Estado. En los demás casos, debería emplearse, tal como también lo utilizó Marx, en un sentido metafórico, para indicar la dependencia general de ciertos fenómenos respecto a otros. Es cierto que a veces resulta tentador utilizar la 'superestructura' en el sentido estalinista, como una especie de designación abreviada de los determinantes económicos que aparecen en las concepciones e instituciones de la sociedad, pero al proceder así distorsionamos la realidad. Lo cierto es que no existe una unidad social —o categoría marxista— llamada 'la superestructura'", *ibídem,* p. 78.

66 bis. En carta de Engels a Starkenburg, enviada el 25 de enero de 1894, refiriéndose a la interacción entre infraestructura y superestructura, expresaba lo siguiente: ". . .No se puede decir que la situación económica sea la única causa o el único elemento activo y que el resto sea meramente pasivo. Mejor sería decir que hay una interacción sobre la base de la necesidad económica, que acaba predominando, siempre, en última instancia. MARX, K., *supra* nota 65 bis, p. 33. Sobre este aspecto SILVA Ludovico señala claramente que la realidad histórica no puede determinar causalmente las formaciones ideológicas. Existe más bien una determinación reversible y multívoca, ya que si es ". . .la realidad histórica y social, el proceso material de vida" lo que da su carácter a la ideología de una sociedad, no es menos cierto que, una vez constituido este carácter, incide sobre la realidad social, actúa sobre ella y, en suma, la determina ideológicamente. . .". SILVA, Ludovico, *"Teoría y práctica de la ideología",* Ed. Nuestro Tiempo, México, 1977, ps. 42 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

suficiente decir que la prisión y el afán de reforma que la justifica, son simple reflejo de las necesidades y de la evolución de la infraestructura económica, sino que hay que admitir que la prisión y el afán de reforma que la inspira, tienen, como parte de la supraestructura, una relativa autonomía respecto de la infraestructura económica. Por esa razón resulta insuficiente la afirmación de que la prisión y su afán de reforma son simple reflejo del modo de producción capitalista, y que su función se circunscribe a imponer la dominación económica e ideológica de la clase dominante.

c) El régimen celular pensilvánico y el auburniano.

Es en Estados Unidos donde se realizarán con mayor éxito y eficacia las ideas que se iniciaron en las casas de trabajo y corrección inglesas y holandesas. Tanto los sistemas norteamericanos como los ingleses y holandeses, tienen puntos de convergencia importantes. Estos son:

1) ". . .En primer lugar, la inversión temporal del castigo. Los 'reformatorios' se atribuyen como función, ellos también, no la de borrar el delito, sino la de evitar que se repita. Son unos dispositivos dirigidos hacia el futuro, y dispuestos para bloquear la repetición del hecho punible.

El objeto de las penas no es la expiación del delito, cuya determinación se debe abandonar al Ser Supremo; sino prevenir los delitos de la misma especie. Y en Pensilvania afirmaba Buxton que los principios de Montesquieu y de Beccaria debían tener ahora "fuerza de axiomas", "la prevención de los delitos es el único fin del castigo. No se castiga, pues, para borrar un crimen, sino para transformar a un culpable (actual o virtual); el castigo debe llevar consigo cierta técnica correctiva (. . .). En fin, los modelos anglosajones, como los proyectos de los legisladores y de los teóricos, exigen procedimientos para singularizar la pena: en su duración, su índole, su intensidad, la manera como se desarrolla, el castigo debe estar ajustado al carácter individual, y a lo que lleva en sí de peligroso para los demás. El sistema de las penas debe estar abierto a las variables individuales. En su esquema general, los modelos más o menos derivados del rasphuis de Amsterdam no se hallaban en contradicción con lo que proponían los reformadores. Se podría incluso pensar a primera vista que no eran sino su desarrollo —o su esbozo— al nivel de las instituciones concretas. . .".[67] Se sigue admitiendo la idea de castigo, pero ésta debe servir como instrumento preventivo, tanto para la prevención general como para la especial. También admiten el objetivo correccionalista o de enmienda, pero sin renunciar al castigo; más bien se consideraba que a través de éste se propiciaría la corrección.

2) En las casas de corrección holandesas e inglesas los propósitos de reforma o de enmienda se encontraban vinculados a conceptos religiosos y eclesiásticos; conceptos que tuvieron importancia; tal como la que hemos descrito en el apartado tercero de este capítulo. También en el sistema celular y el auburniano se aprecian características que reflejan la influencia de conceptos religiosos, especialmente en lo que se refiere al propósito de enmienda que se le atribuía a la ejecución de la pena. No se considera la pena como un puro sacrificio físico, sino como una redención, como una experiencia espiritual a través de la penitencia. Se considera necesario que el reo se convenza del mal que ha cometido y se arrepienta.[68] El aislamiento que practicaron ambos sistemas, aunque sólo fuera nocturno en el auburniano, perseguía un objetivo íntimamente vinculado al sentido que tenían las penitencias religiosas. Von Hentig nos describe este aspecto en forma elocuente: ". . .Con el fervor rayando en el fanatismo, se creía en la transformación mediante la concurrencia de la introspección y la penitencia. Cerrado a todos los influjos del mundo exterior, animado del deseo de convertirse en un hombre nuevo y mejor, el penado tenía que purificarse a través de la reflexión, los buenos deseos y el silencio. . .",[69]

---

67. FOUCAULT, Michel, *supra* nota 35, ps. 131 y 132.

68. GRAMATICA, Filippo, *Principios de Derecho Penal subjetivo,* Ed. Reus, España, 1941, p. 54. (Trad. del italiano de DEL ROSAL, Juan y CONDE, Víctor).

69. VON HENTIG, Hans, *supra* nota 5, p. 222. ". . .el aislamiento celular nace como un episodio aislado al aplicarlo el Derecho Canónico en una época de la historia en que pecado y delito constituyen una misma cosa. . .". ". . .El principio *ecclesia aborret a sanguine* introdujo en los procedimientos eclesiásticos la pena de reclusión, y la creencia en la virtud moralizadora de la soledad produjo la celda monástica. Fueron monjes los primeros a quienes se aplicó para cumplimiento de la pena y en la celda sufrían privaciones como la reducción de alimentos o el ayuno. Más que el carácter represivo era una forma de penitencia y un medio de lograr el arrepentimiento y la en-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

y luego agrega: ". . .Allí debía producirse (en la celda) mediante el 'recogimiento', pura y simplemente una conversión, que se consideraba ajena a la presión de cursos causales, que debían encontrar incluso en sí misma su única causa eficaz. . .".[70] El aislamiento, aunque se disminuye sustancialmente en el régimen auburniano, tenía, entre otros objetivos, una finalidad ético-religiosa, ya que pretendía la reconciliación de los penados con Dios y consigo mismos. Este era uno de los propósitos del aislamiento.[71] En ambos sistemas se considera que la soledad era un instrumento positivo de reforma. Michel Foucault al referirse a la soledad que impone el aislamiento, describe en forma exacta la finalidad de tal aislamiento: ". . .Por la reflexión que suscita, y el remordimiento que no puede dejar de sobrevenir". ". . .Sumido en la soledad, el recluso reflexiona. Sólo en presencia de su crimen, aprende a odiarlo, y si su alma no está todavía estragada por el mal, será en el aislamiento donde el remordimiento vendrá a asaltarlo (. . .) la soledad asegura una especie de autorregulación de la pena, y permite como una individualización espontánea del castigo: cuanto más capaz es el penado de reflexionar, más culpable ha sido al cometer su delito; pero más vivo también será el remordimiento y más dolorosa la soledad; en cambio, cuando se haya arrepentido profundamente, y enmendado sin el menor disimulo, la soledad ya no le pesará. . .".[72] En los dos sistemas **sólo se** admitía como libro de lectura, la Biblia. Tanto **en** el filadélfico,[73] como en el auburniano,[74] se consideraba que el estudio de la Biblia permitiría que el delincuente se enmendara a través de su reconciliación con Dios.

i) Régimen celular o pensilvánico.

1) Orígenes históricos.

Cuando se creó la colonia en Pensilvania (1681), su fundador, Guillermo Penn, debió cumplir un despacho del rey Carlos II prescribiendo el establecimiento de leyes inglesas[75] y por esa razón somete a la Asamblea Colonial de Pensilvania lo que se ha llamado la "Gran Ley". Esta ley pretendía atenuar la dureza de la legislación penal inglesa. La atenuación obedecía a dos razones: ". . .En primer lugar, para actuar conforme a los principios cuáqueros, que como sabemos, repudian todo acto violento, limitando la pena de muerte al delito de homicidio[76] y sustituyó las penas corporales y mutilantes por penas privativas de libertad y trabajos forzados. En segundo lugar, Penn tuvo la experiencia de haber sufrido prisión, a causa de sus ideas religiosas, en las cárceles inglesas donde la promiscuidad y corrupción campeaban, sintiendo la necesidad de mejorar la suerte de los que en ellas se encontraban. Imbuido de esta idea visitó los famosos establecimientos holandeses de los que quedó gratamente impre-

---

mienda del recluso. La idea nacida en los monasterios pasó a las corporaciones laicas y se aplicó en Amsterdam en 1596; las ciudades de la Liga Hanseática, más tarde construyeron establecimientos celulares. La Iglesia, por su parte, hizo extensivo el procedimiento monástico al orden civil. Clemente IX lo aplicó en Roma en 1703 al inaugurar la prisión de San Miguel. María Teresa emperatriz de Austria, edificó en 1759 una prisión celular para mujeres y menores en Milán, y Vilain XIV, burgomaestre de los Estados de Flandes, construyó la de Gante, bajo el patrocinio de la emperatriz. Pero con quien más cuerpo tomó la idea fue con Howard (. . .). De ahí que Cadalso sostiene que ". . .como Jefferson al volver a América, después de cumplida su misión diplomática en París, estableció en Virginia el sistema dominante en Francia. Franklin, al regresar a Londres, dio a conocer en Pensilvania las doctrinas en boga en Inglaterra, sometiendo a los reclusos al sistema de completo aislamiento. (FERNANDO CADALSO, *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos*, Biblioteca Hispana, Madrid, 1913, ps. 115 y ss.). . .". Cita tomada de la obra de NEUMAN, *Evolución de. . ., supra* nota 3, p. 116.

70. VON HENTIG, Hans, *supra* nota 5, p. 223.

71. NEUMAN, Elías, *Evolución de. . ., supra* nota 3, p. 120.

72. FOUCAULT, Michel, *supra* nota 35, p. 239.

73. HIBBERT, Christopher, *Las raíces del mal*, Ed. Luis de Caralt, España, 1975, p. 178; MARCÓ DEL PONT, Luis, *Penología y sistemas carcelarios*, Depalma, Argentina, 1974, tomo I, ps. 60 y 61; WEFERS, Wálter, *supra* nota 23, p. 240.

74. LEWIS GILLIN, John, *Criminology and penology*, D. Appleton Century Company, N.Y., USA, 1929, p. 281.

75. NEUMAN, Elías, *Evolución de. . ., supra* nota 3, ps. 116 y 117.

76. La llamada "Gran Ley" era ". . .casi tan teocrática como la concepción puritana de la ley inglesa del siglo XVII que convertía en delito de muerte el negar la verdad de Dios, junto con la sodomía, el vicio contra natural, el adulterio y el que los padres golpearan a los niños. Pero aunque el jurar y el emborracharse estaban considerados como delitos de categoría similar al asesinato, el castigo corporal fue reemplazado por el encarcelamiento en reformatorios que tenían que ser —libres en cuanto a retribución, comida y alojamiento—, y por medio de una enmienda aprobada en 1683 sólo el asesinato se castigaba con la pena de muerte. . .". HIBBERT, Christopher, *supra* nota 73, p. 117.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sionado. . .".[77] Sin embargo, la innovación de Penn duró poco, ya que a su muerte, la asamblea fue convencida por el Gobernador para reintroducir la Ley Criminal Inglesa.[78] Pero la obra de Penn tuvo importancia, ya que contribuyó a que se conocieran las experiencias de las casas de trabajo holandesas y sirvió de estímulo para que surgieran distintas asociaciones destinadas a suavizar la condición de los presos y reformar las prisiones.[79] Por influjo de estas asociaciones se logró en 1786 una modificación del Código Penal, aprovechando la liberación de las colonias inglesas y la formación de un Estado independiente. Se abolieron los trabajos forzados, aplicando la pena de muerte en muy pocos casos, y se generalizó la pena privativa de libertad, con la ". . .esperanza de conseguir la enmienda de los condenados. . .".[80]

La primera cárcel construida por los cuáqueros fue en Walnut (Walnut Street Jail) en 1776, y se la considera la primera prisión norteamericana.[81] Sin embargo, el inicio más definido del sistema filadélfico comienza bajo el influjo de las sociedades integradas por cuáqueros y los más respetables ciudadanos de Filadelfia, y tenían por objeto reformar las prisiones. Entre las personas que más influyeron puede citarse a Benjamín Franklin y a William Bradford.[82] También se puede mencionar la influencia de Benjamín Rush, que insistió siempre en el objetivo reformista de la pena.[83] Benjamín Franklin difundió las ideas de Howard, en especial en lo que se refiere al aislamiento del recluso, que será una de las características fundamentales del sistema celular.[84]

Una de las asociaciones que mayor influencia ejerció en las primeras experiencias que fueron definiendo el sistema celular, fue la que se fundó en 1787 bajo el nombre de: "Philadelphia Society for the Alleviating the Miseries of Public Prisions". Al referirse a ella, Melossi y Pavarini citan algunos datos que revelan sus propósitos reformistas y filantrópicos, ya que por ejemplo en el acta constitutiva de la sociedad se dice: ". . .Cuando consideramos —se afirma en el preámbulo— que los deberes de caridad que se fundan en los preceptos y los ejemplos del Fundador de la Cristiandad no se pueden cancelar por los pecados y delitos de nuestros hermanos criminales (. . .) todo esto nos lleva a extender nuestra compasión a esta parte de la humanidad que es esclava de estas miserias. Con humanidad se deben prevenir sus sufrimientos inútiles (. . .) y se deben descubrir y sugerir las formas de castigo que puedan —en vez de perpetuar el vicio— ser instrumentos para conducir a nuestros hermanos del error a la virtud y a la felicidad. . .".[85]

2) Características y objetivos del sistema.

Fue precisamente la asociación a la que nos hemos referido la que con su continua e incisiva opinión pública hizo que la autoridad iniciara en 1790 la organización de una institución en la que ". . .aislamiento en una celda, la oración y la absti-

---

77. GARRIDO GUZMÁN, *supra* nota 21, p. 81.

78. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 275; HIBBERT, Christopher, *supra* nota 73, p. 177.

79. GARRIDO GUZMÁN, *supra* nota 21, p. 81. Una de las sociedades que se creó en Filadelfia fue la que se llamó "The Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons", mantuvo con Howard una asidua y fructífera correspondencia. Su creador fue B. Franklin, admirador de las teorías del filántropo inglés, que en realidad no hizo sino reorganizar una antigua sociedad que con idéntico objeto se fundó en 1776 y que dejó de funcionar debido a la guerra de la independencia. NEUMAN, Elías, *Evolución de. . ., supra* notas 3, 128, de las páginas 117 y 118. HIBBERT menciona otra sociedad como la Sociedad Penal de Pensilvania. HIBBERT, Christopher, *supra* nota 73, p. 178.

80. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 81.

81. *Ibídem.*

82. MARCÓ DEL PONT, Luis, *supra* nota 73, p. 61.

83. En la casa de Benjamín Franklin, en el año 1787, el Dr. Benjamín Ruxh expuso un ensayo sobre administración penitenciaria. De acuerdo a su punto de vista, el castigo tenía las siguientes finalidades: a) Reformar al infractor; b) Intimidar a los demás para que se abstengan de cometer algún crimen, mediante el espectáculo del castigo público (efecto preventivo general); c) Protección de la sociedad al retirar de su seno a los que demuestran incapacidad para mantener una convivencia normal. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 302.

84. MARCÓ DEL PONT, Luis, *supra* nota 73, p. 60.

85. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 168.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nencia total de bebidas alcohólicas debían crear los medios para salvar a tantas criaturas infelices. . .".[86] Mediante una ley se ordenó la construcción de un edificio celular en el jardín de la cárcel (preventiva) de Walnut Street (construida en 1776), con el fin de aplicar el "solitary confinement" a los condenados.[87] No se aplicó todavía el sistema celular en forma total, ya que sólo impuso el aislamiento en celdas individuales a los más peligrosos, y los otros se recluían en celdas comunes, y a su vez a éstos se les permitía trabajar conjuntamente durante el día. Se aplicó la rigurosa Ley del Silencio.[88] Las ideas que los cuáqueros aplicaron al sistema filadélfico no solo se originan en sus propias convicciones teológicas y morales, sino que ejercieron influencia las ideas de Howard, tal como lo mencionamos, y las de Beccaria. Su argumentación favorable a la prisión ". . .encuentra una contracara moderna: para Beccaria, la cárcel era la alternativa necesaria de la pena capital; constituía, para decirlo en términos modernos, un apartamiento del sistema vigente de justicia criminal. Beccaria menciona raras veces la prisión, salvo como sustituto de la pena de muerte. . .".[89] Es interesante observar que el sistema filadélfico, en sus ideas fundamentales, no se encuentra desvinculado de las experiencias que se promovieron en Europa a partir del siglo XVI; sigue las líneas fundamentales que se trazaron en los establecimientos holandeses e ingleses. También recogió parte de las ideas de Howard, Beccaria y Bentham, así como los conceptos religiosos que se aplicaron en el Derecho Canónico.

La experiencia que se inició en Walnut Street y en la que ya se comenzaron a perfilar claramente las características del régimen celular, en pocos años sufrió graves deterioros y se convirtió en un fracaso colosal.[90] La causa fundamental del fracaso se debió al extraordinario crecimiento de la población penal que se encontraba recluida en la prisión de Walnut Street. Al enfrentarse con estos fracasos y retrocesos, la Sociedad de Pennsylvania y la Sociedad de Filadelfia para el alivio de las miserias de las prisiones públicas, inspiradas ambas por los cuáqueros, solicitaron que se concediera una nueva oportunidad a un sistema fundado en la separación. Las presiones y peticiones fueron aceptadas ya que se construyeron dos nuevas prisiones en las que los prisioneros se encarcelaron por separado. Se construyó la Penitenciaría Occidental (Western Penitentiary) en Pittsburgh en 1818 siguiendo el diseño panóptico de J. Bentham y luego se construyó la Penitenciaría Oriental (Eastern Penitentiary), que fue concluida en 1829, según el diseño de John Haviland. En la prisión Occidental (Western), se utilizó un régimen de aislamiento absoluto, sin que ni siquiera se les permitiese trabajar en sus celdas[91]. Pero en 1829 se llegó a considerar que este régimen era impracticable, y por esa razón al inaugurar la prisión Oriental (Eastern) en ese mismo año, deciden aliviar el principio del aislamiento individual, agregando algún trabajo en la propia celda.[92] Por eso es que Von Hentig afirma que el verdadero sistema filadélfico se inicia realmente en 1829 cuando se concluye el edificio de la Penitenciaría Oriental (Eastern Penitentiary), en el que se aplica un riguroso aislamiento.[93] El hecho de que se permitiera algún trabajo en la celda, no disminuye el problema del aislamiento, ya que se trataba de

---

86. *Ibídem.*

87. *Ibídem.*

88. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 276.

89. MORRIS, Norval, *supra* nota 41, p. 21.

90. Se perdió totalmente el régimen disciplinario, y la prisión se convirtió en un lugar en que imperaba el desorden y en una escuela del crimen. Varias de las condiciones que propiciaron el fracaso fueron las siguientes: 1ª) Crecimiento desmedido de la población penitenciaria, lo que hizo imposible el cumplimiento de las labores del personal, en especial la atención que debían a los reclusos. 2ª) El exceso de población en la prisión, rompió totalmente el régimen disciplinario. 3ª) Con tanta cantidad de reclusos era imposible que pudiera desarrollar algún tipo de trabajo. 4ª) La política (o más bien "politiquería" como sinónimo de oportunismo e improvisación) se adueñó de la administración del centro penal, perdiéndose la positiva influencia de los cuáqueros y de la asociación llamada: The Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons. En 1793 había en la prisión de "Walnut Street" unos 43 reclusos, pero en 1801 había ya 150. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 277.

91. HIBBERT, Christopher, *supra* nota 73, p. 178.

92. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 278.

93. VON HENTIG, Hans, *supra* nota 5, p. 222.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trabajos tediosos y a menudo carentes de sentido. Por otra parte, ese trabajo en la celda no siempre se pudo realizar. Von Hentig expresa una idea muy penetrante sobre este aspecto: ". . .Después de la dureza de los trabajos forzados se declaró sin horror como nuevo procedimiento coactivo la forzosa ociosidad. La tortura se refina y se sustrae a los ojos del mundo, pero sigue siendo una sevicia insoportable aunque nadie toque al penado. El reposo y el orden son los estadios iniciales de la desolación y la muerte. . .".[94]

Las características esenciales de esta forma de purgar la pena se fundamenta en el aislamiento celular de los internados, la obligación estricta del silencio, la meditación y la oración. Este sistema de vigilancia reducía drásticamente los gastos de vigilancia, y la segregación individual estricta impedía la posibilidad de introducir una organización del tipo industrial en las prisiones.[95] Melossi y Pavarini afirman que el sistema filadélfico no era completamente original, ya que: ". . .'La Maison de Force' belga y el modelo del 'panóptico' de Bentham —que se aplicó parcialmente en Inglaterra— preanunciaban claramente la introducción de la cárcel de tipo celular. . .".[96] Desde un punto de vista ideológico, los autores citados interpretan el sistema celular como una estructura edilicia que satisface las exigencias de cualquier institución en la que requiere la presencia de las personas bajo una vigilancia única, con lo que sirve no sólo a las cárceles, sino a las fábricas, hospitales, lazaretos y escuelas.[97] Ya no se trataría de un sistema penitenciario que se ha creado para mejorar las prisiones y conseguir la reforma del delincuente, sino que se convierte en un eficiente instrumento de dominación, sirviendo a su vez, como modelo para otro tipo de relaciones sociales.

Los bajos costos administrativos del sistema celular es una de las razones de su rápida difusión en los Estados Unidos. Se ha pretendido, especialmente en el penitenciarismo clásico, que la religión sirva como instrumento para lograr la reforma del recluso. Pero si se conceptúa que la religión forma parte de la ideología,[98] asumiendo un punto de vista marxista, no se podrá admitir que sea un medio adecuado para lograr la enmienda del delincuente, sino que servirá para imponer la ideología de la clase dominante. ". . .Marx nos habló abundantemente de la función social desempeñada por la religión y aplicó a ella su doctrina general sobre la función social de las ideologías. Esa función social podía ser positiva o negativa en relación con el sentido de la historia y su evolución que Marx creyó haber captado en su concepción

---

94. *Ibídem,* p. 225.

95. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 169. Se consideraba que el aislamiento permitiría "reformar" al delincuente, puesto que su comportamiento delictivo era causado por el entorno familiar y por la sociedad, de tal forma que la segregación del infractor propiciaría su arrepentimiento y rehabilitación. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *"El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva",* Gráficas Tamayo, San Sebastián, España, ps. 49-50.

96. *Ibídem.*

97. *Ibídem.*

98. ". . .Pero, ¿qué es una ideología? (. . .) por lo que se refiere a nuestro problema, admitiendo el sentido peyorativo que la palabra ideología tenía indudablemente en Marx. Por esta razón podemos abandonar la línea que, partiendo de Lenin, se prolonga hasta hoy en los marxistas y que admite también ideologías en sentido positivo. Aun dentro del sentido peyorativo, no existe unanimidad en el campo marxista en el significado de la ideología. Mientras que para la interpretación althusseriana, ideología se opone a ciencia, en otros, como A. Schaff, el conocimiento científico puede ser ideológico. Para ampliar el cuadro en que se sitúa el problema recomendamos la lectura del artículo de Miguel A. Quintanilla "Sobre el concepto marxista de ideología". (Sistema, Nº 7, octubre, 1974, ps. 29-52). Sí nos interesa, en cambio señalar las características de la ideología en sentido peyorativo, puesto que en ellas, en general, podrían coincidir muchos cristianos marxistas. Nos servimos para ello de la descripción de uno de sus principales ideólogos: GUICHARD, Jean, *(Le Marxisme: théorie et pratique de la révolution,* p. 247-250). 1º) La ideología es reflejo aparente de las cosas en los agentes de la producción, es decir, imagen invertida, falseada, de la realidad. 2º) La ideología es la elaboración doctrinal por los ideológos que una clase tiene de sí misma, destinada a representar y justificar los intereses de esta clase. 3º) La ideología se presenta como expresión de valores universales, independiente de toda base material; juega un papel activo en la vida de una clase. 4º) Resumen: Reflejo del movimiento aparente de las cosas en la conciencia de los agentes de la producción, o elaboración doctrinal de ese reflejo por los ideólogos, la ideología es, pues, una imagen invertida o falseada de la realidad; juega un papel activo de justificación y de conservación de las relaciones de producción existentes, de los intereses de la clase social dominante, de los que es expresión; ideología limitada a un campo particular (economía, derecho, etc.) o ideología general (religión, moral, filosofía, etc.), se presenta siempre como independiente de una base material, desinteresada por consiguiente, y expresión de valores universales. . .". Se puede considerar que la religión es parte integrante de esa ideología, considerando a ésta en el sentido peyorativo que se ha definido. En muchas ocasiones se ha acusado a la Iglesia de haber falseado en sentido "ideológico" el mensaje evangélico. ALBERDI, Ricardo, *Opción de clase y acceso a la verdad,* Iglesia Viva, Nº 60, 1975, ps. 540 y 541.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

materialista de la historia. A este tipo de discurso pertenece la célebre expresión: La religión es el opio del pueblo. . .".[99] Si se considera que la religión cumple una función negativa, en la que sólo sirve como opio del pueblo, se llega a las conclusiones que exponen Melossi y Pavarini, cuando afirman que la instrucción religiosa impartida en las prisiones que se regían por el modelo filadélfico, servía como instrumento privilegiado en la retórica de la sujección: la ética cristiana (en su acepción protestante) se utiliza, dentro de este modelo, como "ética para las masas". Cuando se apreciaban signos de arrepentimiento, en los que se demostraba que se había tomado el camino seguro de la "salvación espiritual", se llegaba al convencimiento de que se había producido la reforma, (o que se encontraba en una etapa avanzada del proceso "reeducativo").[100] Desde el punto de vista de los autores citados, el modelo filadélfico, a pesar de sus ambiciosos propósitos (ideológicos), que permitían sublimar los objetivos reales, sirvió de instrumento eficaz de dominación y de imposición de la ideología de la clase dominante. Es más, el modelo filadélfico, a pesar de que fue perdiendo vigencia en los Estados Unidos, representa ". . .especialmente el régimen de trabajo que puede realizarse en las cárceles donde reina el principio de 'solitary confinement', aparece como un 'proyecto organizativo' de todo el universo social subalterno, como 'idea abstracta' (y en este sentido sólo 'ideológica') de cómo deberían organizarse las relaciones de clase y de producción en el 'mercado libre'. El trabajo carcelario, en este sistema de ejecución penitenciaria, viene a ser 'el sueño del empresario' (el capital como anarquía) más que un 'proyecto racional' del sistema en su conjunto, (el capital como racionalidad). En efecto:

a) El aislamiento del encarcelado-trabajador destaca la voluntad burguesa del obrero solo, o sea no organizado.

b) El momento disciplinar unido a la falta de competencia ofrecen al empresario la más absoluta disponibilidad de la fuerza de trabajo; la fuerza de trabajo, disciplinada y violentamente 'abstraída' del juego del mercado libre, se presenta como factor 'no problemático' de la producción.

c) La 'reformation' del internado encuentra —como parámetro de valuación— además de las 'formas externas' de la sujeción a la autoridad, la producción cuantitativa de mercancías en la unidad de tiempo; emerge la idea del obrero no retribuido 'por jornada' sino a 'destajo'.

ch) La dependencia absoluta (más existencial que real) del 'no propietario' 'criminal' 'encarcelado' respecto del 'propietario' 'empresario' se hace manifiesta; aunque es sólo en el mundo de la 'producción libre' donde esta sujeción-dependencia del proletario con relación al capital se hace real; más exactamente: en el/con el trabajo asalariado. . .".[101]

3. Críticas al régimen de aislamiento.

No puede afirmarse que en todos los lugares se aplicara el régimen filadélfico, de acuerdo con su idea original, ya que pronto se observó los perjuicios que ocasionaba el aislamiento absoluto; por esa razón es que se atenuó el régimen permitiendo, aunque no siempre, algún trabajo en la celda.[102]

La crítica principal que se le hizo al régimen celular fue lo referente a la tortura refinada que significaba el aislamiento total. Sobre este aspecto Von Hentig hace un comentario muy revelador, cuando describe la visita que hizo Charles Dickens a la Eastern Penitenciary: ". . .La Eastern Peniten-

---

99. ALBERDI, Ricardo, *El socialismo actual ante el hecho religioso,* Iglesia Viva, Nº 89-90, 1980, p. 445. ". . .En las diversas etapas de su evolución Marx consideró siempre a la religión como un déficit humano, como algo cuya naturaleza era enteramente rechazable y que se encaminaba a su desaparición con la supresión de las condiciones, naturales y sociales, que le habían dado origen. La religión era alienación o ideología, o las dos cosas a un tiempo, reflejo de unas condiciones de dependencia del hombre respecto de la naturaleza y de sus relaciones sociales. . .". ALBERDI, Ricardo, *El socialismo actual. . ., ibídem.*

100. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 201.

101. *Ibídem,* ps. 203 y 204.

102. NEUMAN, Elías, *Evolución de. . ., supra* nota 3, p. 120. ". . .El régimen puro —sin la inclusión posterior del trabajo— tenía como objeto inmediato el aislamiento, la incontaminación, el ascetismo. . .". NEUMAN, Elías, *ibídem,* ". . .Los muros de la celda son instrumentos eficaces de castigo: ponen al preso delante de sí mismo; está obligado a 'entrar' en su conciencia. La antigua fórmula canónica de cárcel (ergastulum) revive, en forma por demás exasperada, en la nueva técnica carcelaria cuáquera. En esta celda aislada sepulcro provisorio, los mitos de la resurrección fácilmente toman cuerpo. . .". MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 198.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciary tuvo, en 1842, un célebre visitante. No era sólo un jurista, sino que toda su vida se había interesado por el delito y el delincuente. A diferencia de otros visitantes, fue celda por celda. Colocado en el punto de confluencia de las galerías, quedó sobrecogido ante el silencio que algunos otros habían admirado tanto. . .[103] Ruidos apagados procedentes de la celda de un zapatero o de un tejedor y que atravesaban las gruesas paredes y las puertas, hacían aún más deprimente el silencio. Ponen al preso —cuenta— una oscura caperuza cuando ingresa en la prisión. De este modo le llevan a su celda que ya no volverá a abandonar hasta que quede extinguida la pena. Jamás oye hablar de la mujer ni de los hijos, del hogar o de los amigos, de la vida o de la muerte que discurren más allá de su camino. Aparte del vigilante, no ve ningún rostro humano ni oye ninguna otra voz humana. Está enterrado en vida,[104] y sólo con el transcurso lento de los años volverá de nuevo la luz. Entretanto, las únicas cosas vivas en torno a él son un estado angustioso, torturante, y una inmensa desesperación. . .".[105]

Los resultados del aislamiento fueron desastrosos. Von Hentig, en su referencia a las observaciones de Dickens, describe casos dramáticos, en los que se demostraba el grave perjuicio que ocasionaba el aislamiento total.[106] Dickens, acertadamente, consideró que el aislamiento se convertía en la peor tortura, con efectos más dolorosos que el que podía producir el castigo físico, sin que sus daños fueran evidentes y sin que aparezcan en el cuerpo del condenado.[107] El famoso escritor llegó a afirmar que no podía vivir como un hombre feliz bajo el amplio cielo, o que no podía acostarse en su lecho durante la noche, sabiendo que cualquier criatura humana, por el tiempo que fuera, era sometido a este castigo en una silencios a celda.[108]

Enrico Ferri percibió con mucha claridad la inconveniencia e inutilidad penológica del sistema celular. Por ejemplo en una conferencia dictada en 1885 bajo el título de *Lavoro e celii dei condenati,* afirmó que el sistema celular era una de las aberraciones del siglo XIX.[109] En el mismo sentido se expresó en su obra *Sociología criminal,* considerando que es un sistema inhumano, estúpido e inútilmente dispendioso.[110] En este punto, su análisis, salvo en algunos aspectos que no son decisivos, sigue manteniendo plena actualidad, y por esa razón creo que es procedente citarlo: ". . .La prisión celular es inhumana, porque elimina o atrofia el instinto social, ya fuertemente atrofiado en los criminales, y porque hace inevitable entre los presos la locura o la consunción (por onanismo, por insúficiencia de movimiento, de aire, etc.) (. . .). La psiquiatría ha notado igualmente una forma especial de enajenación que llama "locura penitenciara", así como la clínica médica conoce la "tuberculosis de las prisiones". El sistema celu-

---

103. En el informe presentado por el "Board of Inspector" del estado de Nueva Jersey (1837), se llegó a la conclusión de que el régimen filadélfico era sin duda el más humano y civilizado de los que se conocían. Este informe fue favorable, a pesar de que era evidente que aumentaba la tasa de suicidios y de locura como consecuencia directa de este sistema de reclusión. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 170.

104. VON HENTIG, Hans, *supra* nota 5, p. 225. (Citando el libro de DICKENS, Charles, *American notes,* edición hecha en Londres en 1903).

105. *Ibídem,* p. 226.

106. ". . .Dickens afirma —contrariamente a la idea original de 1842— que no existía relación personal de ninguna clase entre el vigilante y el preso. Los funcionarios desconocían tanto el nombre como la duración de la pena, aunque diariamente tenían que llevarles la comida. (. . .) Entre los casos que describe el poeta merece mención el de un marino, pues explica por qué todo el sistema hubo de sucumbir al final. Era un marino que llevaba allí unos once años y que sería puesto en libertad a los pocos meses. ¡Once años de prisión celular! Me alegra oír que cumplirá pronto. ¿Qué dice a esto? Nada. ¿Por qué mira fijamente sus manos? ¿Por qué se estira la piel de los dedos? ¿Por qué mira de cuando en cuando un momento aquellas pesadas paredes que han visto encanecer su cabeza? Algunas veces es su manera de ser. No mira nunca a la cara de las personas y se retuerce constantemente las manos como si quisiera separar la piel de los huesos. A veces se comporta así. También es su manera sosegada de ser el decir que no se alegra de la próxima libertad. Que todo le es indiferente. Que se siente un hombre desamparado, roto e inútil. Y el cielo es testigo de que tiene buenas razones para ese estado desesperado del ánimo. . .", *ibídem.* MITFORD, Jessica, *supra* nota 2, p. 31.

107. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 285. (Citando la obra de Charles Dickens, *American notes,* edición hecha en New York, 1887, ps. 297-298).

108. *Ibídem.*

109. MARCÓ DEL PONT, Luis, *supra* nota 43, p. 65.

110. FERRI, Enrico, *Sociología criminal,* Centro Editorial de Góngora, España, tomo I, p. 291. (Trad. de Antonio Soto y Hernández).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lar no puede servir a la enmienda de los condenados corregibles (en los casos de detención temporal), precisamente porque debilita, en lugar de fortalecer, el sentido moral y social del condenado, y también, porque si no se corrige el medio social, es inútil prodigar cuidados a los presos que, apenas salidos de su prisión, deben encontrar de nuevo las mismas condiciones que determinaron su delito y que una previsión social eficaz no ha eliminado. (. . .) El sistema celular es además ineficaz, porque aquel aislamiento moral mismo, que es uno de sus fines principales, no puede ser alcanzado. Los detenidos encuentran mil medios de comunicarse entre sí, sea durante las horas de paseo, sea escribiendo sobre los libros que se les da a leer, ya sea escribiendo sobre la arena de los patios que atraviesan, ya haciendo sonidos en los muros de las celdas, golpes que corresponden a un alfabeto convencional. (. . .) Por último, el sistema celular es demasiado costoso para que pueda sostenerse. . .".[111] Todavía hoy se siguen admitiendo las críticas que expresó Ferri; sus argumentos siguen siendo el fundamento más importante para el rechazo del sistema celular.[112]

Las diferentes asociaciones que se interesaron por el problema penitenciario en Pensilvania, tenían la esperanza de conseguir el arrepentimiento de los reclusos mediante el aislamiento. Poseían un arraigado sentido místico del hombre y un excesivo optimismo sobre los resultados que se obtendrían del aislamiento absoluto; sin embargo, la experiencia más bien ocasionó graves perjuicios a los reclusos, tal como los que se han descrito, lo que viene a demostrar, una vez más, los peligros que encierra el pensamiento utópico, especialmente en el campo penitenciario.[113]

Es en el siglo XX cuando España desecha definitivamente el régimen celular, adoptando el sistema progresivo.[114] Pero de todas maneras casi no se aplicó durante el siglo XIX, salvo algún ensayo aislado en la Cárcel Modelo de Madrid.[115] Más que todo el interés por el sistema celular se concentró en discusiones de tipo teórico.[116]

No puede afirmarse que el régimen celular ha sido totalmente desechado. Es cierto que el régimen celular, como tal, ha sido descartado, pero en circunstancias especiales, se admite un régimen que resulta parecido al filadélfico. Esas circunstancias pueden ser:

a) La separación de los internos en celdas individuales durante la noche, es la mejor respuesta a los problemas que se originan al recluir un grupo de personas. En este sentido el Congreso Penitenciario de Praga, celebrado en 1930, a pesar de que combate el régimen filadélfico como régimen de ejecución común de la pena privativa de libertad, consideraba que la separación individual durante la noche es un elemento esencial de una administración moderna.[117] También las **reglas mínimas** de Ginegra (art. 9º, apartado primero) recomiendan que las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deben ser ocupadas más que por un solo recluso.

b) El aislamiento celular sirve, bajo condiciones que no lo conviertan en lesivo a la dignidad humana o en simple tortura.[118]

---

111. *Ibídem,* tomo II, ps. 317 y 318.

112. En el libro de MARCÓ DEL PONT se utilizan los mismos argumentos que expuso Ferri para rechazar el sistema celular, *supra* nota 73, p. 65.

113. ANTON ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena,* Salamanca, España, 1944, p. 45.

114. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Régimen penitenciario de España,* Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid (Complutense), España, 1975, p. 32.

115. ANTON ONECA, José, *Derecho Penal,* Madrid, España, 1949, tomo I, p. 505.

116. A favor del sistema celular se había pronunciado ROEDER, Carlos en un artículo titulado: *Necesaria reforma del sistema penal español mediante el establecimiento de un régimen celular,* publicado en el apéndice de su obra: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena de sus interiores contradicciones,* 3º ed., Madrid, 1976, en ps. 321 y ss. También existió un informe de la Comisión de la Junta Local de Prisiones de Madrid, titulado: *Influencia del régimen celular en la producción de la locura,* Madrid, 1894. En contra del régimen celular se pronunciaron: VALDÉS, *Derecho Penal,* I, 5º ed., Madrid, 1913, ps. 791, 913 y 937, y CADALSO, *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos,* Madrid, 1913, ps. 119 y ss. (Ver cita 62 en página 32 de la obra de GARCÍA VALDÉS, *supra* nota 114).

117. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 84.

118. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *supra* nota 114, ps. 168 y ss. Por ejemplo en el régimen penitenciario vigente en España en el año 1975, al P. Beristain le parecía excesivo que el recluido en celda de castigo pudiera permanecer hasta cuarenta días seguidos en ella, sin fumar, ni hablar con nadie, sin calefacción y sin una silla dónde sentarse. *Ibídem.* La imposición de este castigo suponía un abuso en la aplicación del régimen disciplinario, así como una violación a los derechos fundamentales de la persona (contrario a la dignidad humana).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

c) Dentro de ciertas condiciones de legalidad y sin partir del supuesto de la incorregibilidad, el régimen celular también se aplica a los delincuentes peligrosos, (psicópatas de peligrosidad extrema y reclusos con alto grado de nocividad).[119]

ch) Existen algunas corrientes favorables a que se aplique el aislamiento celular para el caso de las penas privativas de libertad de corta duración ya que se ". . .presume que los delincuentes primarios, sancionados con privación de libertad de hasta un año de duración y cuyo hecho frecuentemente no revista gravedad mayor, y aun aquellos reincidentes no específicos, deben ser resguardados aislándolos de los contactos con los delincuentes comunes o habituales, capaces de pervertirles. . .".[120] Aunque se trataría de la aplicación de un régimen celular muy atenuado, no creo que se justifique su aplicación a delincuentes primarios a los que se les impone una pena de corta duración. Un régimen de ejecución ordinario, en el que impere la flexibilidad y la individualización del tratamiento, e incluso la prisión abierta, pueden ser soluciones más adecuadas y humanas para el problema que suscitan los delincuentes primarios que cumplen penas de corta duración. Tampoco coincido con la idea de Karl Peters, quien considera que el régimen celular puede tener efectos positivos en las penas muy cortas, por el hecho de que constituye una llamada al orden y porque impone un período de reflexión[121] ya que esto implicaría la presunción de que el detenido posee determinados conceptos sobre el bien y el mal, lo cual no puede admitirse en una sociedad pluralista y democrática. Por otra parte, el aislamiento celular no debe considerarse, de acuerdo con una perspectiva moderna, como una técnica de tratamiento.

Los efectos del aislamiento total han sido dañinos, pero se sigue utilizando, desgraciadamente, como eficaz instrumento de control penitenciario. Sobre este aspecto, Giovanni Jervis se refiere al "tratamiento" a que son sometidos los presos políticos en Alemania occidental, quienes son encerrados en celdas privadas de estímulos y completamente aisladas del exterior. El silencio es absoluto, la ventana tapada, y la luz es fuerte y difusa durante las veinticuatro horas del día. El sistema puede alcanzar mayor perfección si se reduce el mobiliario al mínimo, se pinta todo de blanco, se detienen los relojes, haciendo irregulares horarios de comida y así sucesivamente. También aquí, al igual que en Irlanda, todo se fundamenta en las condiciones definidas por la psicología como "deprivación sensorial" que, tal como ya se había advertido en la KGB y como se ha podido comprobar en observaciones experimentales de hace bastantes años, simplemente hace enloquecer. El recluso sometido a este aislamiento no logra identificar el significado de las palabras, no puede hacer otra cosa que adivinar lo que sucede, ya que todo se presenta con tal uniformidad, que se pierde la noción del tiempo y el sentido de la ubicación. Ni siquiera las visitas dejan algo, ya que al cabo de media hora, no se puede hacer otra cosa que reconstruir maquinalmente si la visita ha tenido lugar hoy o cualquier otro día.[122] Las afirmaciones de Jervis, por lo menos en cuanto a Alemania occidental, han sido motivo de seria preocupación para Amnistía Internacional, expresándolo en su informe del año 1977: ". . .Algunos aspectos de las condiciones carcelarias de la RFA preocupan también a Amnistía Internacional, sobre todo aquellos que tienen que ver con confinamiento solitario y prácticas aislacionistas. Si bien tales prácticas han afectado a prisioneros de diversas categorías, las denuncias recibidas con mayor frecuencia son relativas a los casos de prisioneros a la Fracción del Ejército Rojo. En abril de 1977, varios de ellos —detenidos por acusaciones o condenas judiciales dada su participación en actos de terrorismo— llevaron a cabo una huelga de hambre en protesta contra los diversos grados de confinamiento solitario y ais-

---

119. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 83.

120. NEUMAN, Elías, *Evolución de. . ., supra* nota 3, p. 125.

121. PETERS, Karl, *Observations sur les peines privatives de liberté de courte durée*, p. 197. Citado por NEUMAN, *ibídem.*

122. JERVIS, Giovanni, *La tecnología de la tortura*, Anagrama, España, 1977, ps. 121 y 122. (Publicación que contiene otros artículos sobre la ideología de la droga y la cuestión de las drogas ligeras).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lamiento en que se mantenía a alguno de ellos. . .".[123] El caso de Alemania occidental, al igual que otros países que se rigen por un régimen democrático pluralista, es interesante, ya que a pesar de que existe unanimidad sobre la imposibilidad de lograr la reforma del delincuente mediante el aislamiento, tal como lo creyeron en Pennsylvania, se tiene que aplicar un régimen celular, no ya como medio para reformar, sino como instrumento eficaz de control y dominación. Los regímenes penitenciarios contienen siempre una extraña unión de funciones antitéticas: por un lado deben servir como instrumento para imponer orden y seguridad, y por el otro se trata de que propicien la rehabilitación del delincuente. Pero cuando en un régimen penitenciario moderno se utiliza un sistema celular estricto, igual o similar al pensilvánico, es evidente que ha soslayado totalmente el interés por conseguir la rehabilitación del delincuente. De las buenas intenciones que impulsaron a los hombres que idearon el sistema celular, sólo ha quedado un hecho irrebatible: el confinamiento solitario se convirtió en un excelente instrumento de dominación y control y por esa razón todavía se utiliza en las prisiones modernas. No puede pensarse que en los actuales sistemas penitenciarios sólo se busque la resocialización del delincuente, sino que se siguen desenvolviendo en medio de dos finalidades antitéticas: la necesidad de mantener la seguridad y la eficacia de la prisión como medio de control social y el anhelo por conseguir la rehabilitación del delincuente. Dentro de esa inevitable paradoja se desenvuelven muchos de los sistemas penitenciarios modernos.

El régimen cerrado que se ha aplicado en Alemania Federal a los delincuentes condenados por delitos de terrorismo, y que ha preocupado seriamente a Amnistía Internacional, podría ser catalogado como una tortura. Para establecer esta posibilidad es necesario que definamos la tortura, para lo que nos atendremos a la definición que da la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.* (Resolución de la Asamblea General de la ONU, Nº 3452 (XXX) del 9-12-1975). El artículo primero la define así: ". . .A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. . .".[124]

Es evidente que en el caso de las denuncias hechas respecto a la República Federal de Alemania, además de que se utiliza el régimen cerrado por razones de seguridad, también existe el propósito (directo o indirecto) de castigar e intimidar; por otra parte, el régimen cerrado a que son sometidos los delincuentes terroristas, ateniéndonos a las descripciones que hemos citado, no se ajusta a las **Reglas Mínimas de Ginebra,** puesto que un régimen de aislamiento estricto agrava los sufrimientos inherentes a la pena privativa de libertad (art. 57 de las Reglas Mínimas de Ginebra); tampoco se trata de un régimen que pretenda reducir las diferencias que existen entre la vida en prisión y la que existe en el exterior, más bien lo que hace es debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el sentimiento de su propia dignidad (art. 60, apartado primero de las Reglas Mínimas). En este sentido puede afirmarse que un régimen cerrado estricto, tal como el que se ha aplicado a los delincuentes terroristas en Alemania Federal, fácilmente puede convertirse en tortura.

Es paradógico que después de tantos años, en los que se llegó al convencimiento de la inutilidad de un régimen cerrado estricto (similar al que aplicaron los cuáqueros en Pennsylvania), todavía se siga aplicando en un país que está muy lejos de pertenecer al Tercer Mundo. Porque en éste hay una serie de factores que explican, aunque no justifican, la deficiencia de las prisiones, pero no sucede lo mismo con un país altamente desarrollado, como es el caso de Alemania Federal. De esta paradoja se puede deducir, entre otras, la si-

123. *Informe de Amnistía Internacional,* 1977. Publicado en Inglaterra en 1978 (original en inglés), p. 199.

124. *Ibídem,* p. 36.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

guiente conclusión: el sistema penitenciario, a pesar de todos los esfuerzos por convertirlo en un instrumento de resocialización, no puede abandonar el papel que cumple como eficaz instrumento de control y dominación.

ii) Sistema de Auburn.

El sistema filadélfico y el de Auburn tiene una estrecha vinculación, y aunque no puede afirmarse que el régimen celular haya desaparecido totalmente, es indudable que una de las razones por las que surge el régimen auburniano obedece al deseo de superar las limitaciones y defectos del régimen filadélfico.

1) Orígenes históricos.

Con el nombre de sistema auburniano se designa al régimen penitenciario que surgió en la prisión estatal de Auburn (New York).[125] Para que se desarrollara en la aludida prisión, se siguió un proceso que se inició en 1794, cuando a petición del gobernador John Jay, se envió una comisión a Pennsylvania para que estudiara el sistema celular. El informe de la comisión permitió que en 1796 se introdujesen cambios importantes en las penas, ya que se sustituyó la pena de muerte y los castigos corporales, por la pena privativa de libertad. Se construyó la prisión de Newgate, inaugurándose en 1797. Pero la institución era pequeña y no permitió desarrollar el sistema de confinamiento solitario. Como esta prisión no dio los resultados apetecidos, se propone en 1809 que se construya otra en el interior del Estado para poder tener espacio suficiente para recluir a un número creciente de delincuentes.[126] Sin embargo, la autorización definitiva para construir la prisión de Auburn no se produjo hasta 1816. Una parte del edificio se destinó para el régimen de aislamiento. De acuerdo con una orden de 1821, los prisioneros de Auburn fueron divididos en tres categorías:[127] 1ª) La primera la componían los más viejos y persistentes delincuentes, destinándoseles a un aislamiento continuo; 2ª) En la segunda se ubicaban los que fueran menos incorregibles, y sólo eran destinados a las celdas de aislamiento tres días a la semana, permitiéndoseles trabajar; 3ª) La tercera categoría estaba integrada por los que daban mayores esperanzas de ser corregidos; a éstos sólo se les imponía el aislamiento nocturno, y se les permitía trabajar juntos durante el día,[128] o se los destinaba a las celdas individuales un día a la semana.[129] Las celdas eran pequeñas y oscuras y no existía posibilidad de trabajar en ellas. Este experimento de estricto confinamiento solitario resultó ser un fracaso; de ochenta prisioneros que estuvieron en aislamiento total continuo, salvo dos excepciones, resultaron muertos, acabaron en estado de locura o alcanzaron el perdón. Una comisión legislativa investigó este problema en 1824, decidió que se abandonara el sistema de confinamiento solitario, lo cual propició que se extendiera la política de permitir el trabajo en común de los reclusos, bajo el más absoluto silencio y confinamiento solitario durante la noche.[130] Estos son los elementos fundamentales que definen el sistema auburniano, cuyas bases, según Cuello Calón, fueron establecidas en el Hospicio de San Miguel de Roma, al que nos referimos anteriormente, y en la Prisión de Gante.[131]

Una de las personas que mayor influencia ejerció en la definición del sistema auburniano, fue el capitán Elam Lynds, quien ocupó el cargo de alcalde de la prisión de Auburn a partir de 1821.[132] Era un militarista implacable, que no creía en las posibilidades de reforma del recluso y solamente le preocupaba conseguir prisioneros obedientes, tratando de mantener a los encarcelados con el

---

125. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 279.

126. *Ibídem*, p. 278.

127. *Ibídem*, p. 279.

128. *Ibídem*, p. 280.

129. SUTHERLAND, Edwin; CRESEY R., Donald, *Principles of criminology*, J.B. Lippincott Company, N.Y. (Univ. of California) EUA, sixth ed., 1960, p. 450 (publicado por primera vez en 1924 con el título de *Criminology;* en 1934 es cuando se le dio el título que mantuvo en todas las ediciones posteriores).

130. *Ibídem.*

131. CUELLO CALÓN, Eugenio, *supra* nota 28, p. 312.

132. NEUMAN, Elías, *Evolución de. . ., supra* nota 3, p. 127.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

máximo de seguridad.[133] Posteriormente fue director de la famosa prisión de Sing-Sing. Su excesivo rigor lo inclinaba a alentar al personal de la prisión a que trataran a los reclusos con menosprecio y rigor.[134] En el sistema auburniano no se aprecia el misticismo y optimismo que inspiró al filadélfico. No se puede considerar que el sistema auburniano tenga una definida orientación hacia la reforma del delincuente, sino que en él predomina la preocupación por conseguir la obediencia del recluso, el mantenimiento de la seguridad en el centro penal, y un afán utilitario en cuanto a la explotación de la mano de obra carcelaria. Por esa razón es que Von Hentig considera que la aparición del sistema auburniano no obedece a la inquietud que podría originar un profundo sentido de solidaridad humana, sino que obedece en dos causas fundamentales: a) Los resultados desastrosos que producía el sistema celular, (ocasionando la muerte o la locura de los reclusos); b) Un agudo sentido lucrativo de la economía, ya que las prisiones en donde se limitara el aislamiento total de uno a tres días y se lograra reunir a los penados en grandes talleres, eran más baratas de construir y administrar. En lugar de la separación mecánica por gruesas paredes fue sustituida por la separación bajo la vigilancia de seres humanos. Esta variación explica el énfasis que se hacía en la disciplina y el orden que debían mantener los reclusos. Por otra parte, el trabajo organizado de los penados, permitía conseguir algún beneficio económico.[135] Melossi y Pavarini, prestando especial atención a las motivaciones económicas, consideran que la crisis definitiva del sistema filadélfico no se suscitó por razones humanitarias, que quizás no faltaron, sino por un importante cambio en el mercado de trabajo. En los primeros años del siglo XIX, Norteamérica experimentó un incremento importante en la demanda de trabajo, de mayor intensidad que la que se presentó en Europa durante el mercantilismo. La importación de esclavos se restringía cada vez más a causa de la nueva legislación, mientras que la conquista de nuevos territorios y la rápida industrialización produjeron un vacío en el mercado de trabajo, que no podía suplirse con los crecientes índices de natalidad y de inmigración: el resultado inmediato fue un notable aumento del nivel de salarios, que ya desde antes había sido importante. La escasez de fuerza de trabajo llegó a determinar, entre las consecuencias más destacables socialmente, una nueva consideración política de los estratos marginales de la sociedad. Se empezó a considerar como esencialmente "distintas" las razones de fondo que caracterizaban la "cuestión criminal" en los Estados de América respecto del Viejo Continente: por ejemplo, el nivel más bajo de los índices de criminalidad. Se llegó a la conclusión de que las posibilidades de encontrar fácilmente trabajo bien retribuido reducían en los Estados Unidos las ocasiones de cometer crímenes contra la propiedad: la reincidencia misma se disminuía por la necesidad de ofrecer trabajo a los ex convictos. Por estas razones es comprensible el hecho de que las acusaciones se hicieran cada vez más insistentes, especialmente por parte de los responsables de administrar la justicia penal, en contra del sistema penitenciario vigente que mediante el "solitary confinement" no sólo privaba al mercado de la fuerza del trabajo, sino que además, al imponer un trabajo antieconómico, deformaba a los reclusos, reduciendo en ellos la capacidad laboral que ya tenían.[136] Todas estas circunstancias que analizan Melossi y Pavarini, dieron como resultado que se ". . .comenzara a introducir —mejor, a reintroducir— el trabajo productivo en las cárceles. . .",[137] aunque en los primeros ensayos se pretendió introducir el trabajo en el marco del régimen celular, ya que se permitía trabajar a cada recluso en su celda. Pero esto fue sólo el principio, ya que lo importante es que la introducción de la actividad laboral pudiese culminar con la implantación de una organización eficiente del trabajo (dejando atrás la producción meramente artesanal), puesto que la actividad laboral desarrollada en las celdas seguía siendo una inversión improductiva, incapaz de competir con la producción externa; por otra parte, tampoco lograba educar a los presos en las habilidades profesionales que requerían los obre-

133. HIBBERT, Christopher, *supra* nota 73, p. 179.

134. CUELLO CALÓN, Eugenio, *supra* nota 28, la nota tercera de la p. 312.

135. VON HENTIG, Hans, *supra* nota 5, p. 227.

136. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, ps. 170 y 171.

137. *Ibídem*, p. 171.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

consideraron que al enseñarle un oficio o técnica de trabajo a un delincuente, significaría que al incorporarse a las fábricas los presos liberados, los otros trabajadores verían ese oficio con aprehensión y menosprecio. No se sentirían a gusto si tienen a su lado gente que ha estado en la cárcel.[146] Estos argumentos que menciona Von Hentig respecto a un conflicto ocurrido en el siglo pasado, expresan los prejuicios que aún se mantienen muy arraigados y que modernamente lo designamos como el efecto estigmatizante de la experiencia carcelaria. Los prejuicios contra el delincuente común y la estigmatización a que es sometido, es uno de los impedimentos más graves para lograr la rehabilitación del delincuente (o su resocialización).

La descripción de Von Hentig aporta otros elementos valiosos, pues se refiere a algunos hechos que aún hoy se producen; por ejemplo, dice el conocido criminólogo alemán, que ante las protestas de los trabajadores, ". . .el público tomó partido por los obreros, y una petición de que se suprimiera el trabajo en las prisiones encontró 200.000 firmas. La productividad económica del establecimiento (Sing-Sing) fue su enemigo y su perdición. Depuso de pretexto que los ciudadanos decentes no querían trabajar con los penados que habían cumplido condena. El egoísmo desenfrenado, lejos de pensar en el bien común, tiró de las riendas en sentido contrario al que convendría a los fines superiores del Estado".[147] En la descripción de Von Hentig encontramos un hecho especialmente interesante, ya que las protestas tuvieron una respuesta favorable (de parte de las autoridades) por el hecho de que esos ". . .artesanos y obreros eran electores. El Parlamento representaba sus deseos, *no los de unos pocos reformistas. . .*".[148] Los afanes por humanizar la pena, así como el propósito de convertir el sistema penitenciario en un instrumento rehabilitador, siempre ha encontrado las dos dificultades que se aprecian en el hecho descrito; por un lado, el ciudadano mantiene una actitud vindicativa y punitiva respecto a la pena privativa de libertad, y por el otro, los responsables del aparato político, por pragmatismo y oportunismo (generalmente con intenciones demagógicas o "electoreras"), no se atreven a contradecir ese sentimiento vindicativo.

Otra razón por la que fracasó el propósito de industrializar completamente las prisiones, fue por las dificultades técnicas y administrativas que se presentan al pretender convertir la prisión en una eficiente unidad productiva, igual que las fábricas que se encuentran en el exterior. Sin embargo, la "ilusión productiva", como lo llaman Melossi y Pavarini, aunque solo se logró momentáneamente, fracasando finalmente, llegó a imprimir a este sistema penitenciario algunos caracteres estructurales originales, especialmente en lo que se refiere a la "dimensión del trabajo".[149]

El sistema auburniano pretendió definir el trabajo desde un punto de vista idealista, considerándolo como un agente de transformación, de reforma.[150] Este concepto aún se mantiene muy arraigado. Usualmente se ha vinculado la actividad laboral, la enseñanza de un oficio, con la reforma y rehabilitación del delincuente, es decir, se ha considerado que el trabajo es un medio de tratamiento. También se ha considerado que si el recluso desarrolla disciplinadamente una actividad laboral dentro de la prisión, esto es un síntoma inequívoco de que se encuentra en el camino de su resocialización. Esta idea se ha mantenido durante muchos años. Como ejemplo se puede citar un artículo del P. José M. Riocerezo, publicado en 1963, en el que se expresa el mismo concepto; dice el citado autor: ". . .Si el trabajo constituye en los correccionales y en las prisiones, con la educación y la instrucción, el eje sobre el cual debe girar todo el tratamiento penitenciario; esencial condición y base eficaz de disciplina; elemento moralizador el más apropiado para hacer amable el orden y la economía; forma útil de la distracción del espíritu y del empleo de la fuerza; (. . .) preservativo de la reincidencia. . .".[151] Estas ideas reflejan una actitud idealista, en la que no se cuestiona el sistema sociopolítico ni existe una visión estructural del significado que tiene el trabajo del recluso.

---

146. *Ibídem*, especialmente la nota 59 de la página 228.

147. *Ibídem.*

148. *ibídem*, p. 227.

149. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, ps. 204 y 205.

150. FOUCAULT, Michel, *supra* nota 35, p. 243.

151. LÓPEZ RIOCEREZO, P. José María, *El trabajo penal, medida de reeducación y corrección penitenciarias*, A.D.P.C.P. 1963, p. 44.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Como contraste a esa postura, se puede citar la interpretación de Melossi y Pavarini, para quienes la imposición de la actividad laboral en prisión cumple la función de formar un obrero disciplinado y subordinado de y para la fábrica.[152] El trabajo no sería un elemento moralizador o de tratamiento, sino un adecuado instrumento para que el delincuente se convierta en un elemento útil a la fábrica y al sistema capitalista. Lo que interesa es que el recluso se someta y sea útil al régimen político-económico. En este punto se vuelven a enfrentar las tesis antagónicas en relación con la rehabilitación del delincuente: de un lado la que ve en el trabajo un medio para lograr la rehabilitación, y como contrapartida la que considera que el trabajo no se utiliza para liberar a la persona, sino que sirve como instrumento para imponer el sistema de dominación que rige en la sociedad. Desde este punto de vista, no se admite que pueda lograrse la liberación del hombre delincuente, sino su alienación. Esta alienación se expresa a través de lo que Foucault llama la reconstitución de un individuo obediente, sometido a hábitos, a reglas, a órdenes, a una autoridad que se ejerce continuamente en torno suyo y sobre él, y que debe funcionar automáticamente en él.[153]

Un aspecto negativo del sistema auburniano y que era una de sus características, fue el riguroso régimen disciplinario que aplicó. La importancia que se le dio a la disciplina se debe, en parte, al hecho de que el "silent system" acoge, en sus puntos medulares, el modelo y estilo de vida militar.[154] La razón es sencilla: la nueva institución necesita organizar y gestar una vida colectiva compleja. La influencia de la disciplina y de la mentalidad militar ha sido una constante en las cárceles, desde que éstas se iniciaron. Todavía se insiste en la necesidad de que las prisiones no se orienten de acuerdo con una mentalidad castrense, ya que aún persiste esta influencia en los sistemas penitenciarios de muchos países.

La influencia del modelo de vida militar se refleja también en la rigidez con que se regulan las relaciones entre los internos y el personal de vigilancia. Por ejemplo, en el reglamento de Sing-Sing se podía leer lo siguiente: ". . .Ellos (los guardias) deben tener con los internados el más grande respeto, y de ninguna manera deben permitir que éstos se les acerquen si no es en la forma más respetuosa; no deben, tampoco, concederse la más pequeña familiaridad; deben, en fin, estar muy atentos para mandar y para obtener respeto. . .".[155] Esta disposición demuestra la rigidez e impersonalidad a la que nos referíamos.

En el régimen auburniano, por influencia del modelo de vida militar, se llegan a dictar disposiciones reglamentarias en las que se regulan hasta los aspectos más intrascendentes de la vida carcelaria; la reglamentación detallada de la vida del recluso, propicia una atmósfera monótona y rígida. Los reclusos no podían caminar, sino que debían hacerlo en orden cerrado o fila india, mirando siempre la espalda de quien va delante, con la cabeza ligeramente inclinada hacia la derecha y con los pies encadenados moviéndose al unísono.[156] En cuanto a la vida diaria, el cuadro es desalentador: al toque de campana los carceleros abrían las puertas de las celdas y los reclusos salían al corredor; una vez encadenados marchaban hacia el jardín; realizaban todas las labores de aseo personal en estricto orden y siguiendo un plan inflexible. En fila se trasladaban a los talleres; allí trabajaban, sentados en largos bancos, debiendo respetar la estricta regla de silencio. Todas las actividades de los reclusos se realizaban en una atmósfera reglamentaria agobiante y monótona.[157] Es precisamente esta vida tan rutinaria y disciplinada lo que motivará la afirmación de Foucault de que la corrección, en su esencia, busca crear un individuo obediente, sometido a los hábitos y las reglas.[158]

La disciplina es el instrumento indispensable del sistema auburniano, pues al reunir una gran cantidad de reclusos (con el propósito que se dedicaran al trabajo), su control se convierte en un objetivo prioritario. Este problema no se presen-

---

152. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 182.

153. FOUCAULT, Michel, *supra* nota 35, p. 134.

154. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 205.

155. *Ibídem*, p. 206.

156. *Ibídem.*

157. *Ibídem.*

158. FOUCAULT, Michel, *supra* nota 35, p. 134.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ros modernos.[138] Tanto Von Hentig como Melossi y Pavarini, aunque estos últimos con mayor énfasis, mantienen la tesis de que el sistema auburniano surgió por motivaciones predominantemente económicas, guardando íntima relación con el desarrollo que tuvo la oferta de mano de obra, (desarrollo de la fuerza productiva).

2) Características y objetivos del sistema.

El sistema de Auburn o también llamado sistema del silencio (silent system), adopta, además del trabajo en común, la regla del silencio absoluto, sin que pudiesen hablar los detenidos más que a los guardianes, previo permiso y en voz baja. En este silencio absoluto ve Foucault una clara referencia al modelo monástico, así como también a la disciplina de taller.[139] Ese silencio ininterrumpido, más que un medio para propiciar la meditación y la enmienda, es más bien un instrumento esencial de poder, ya que permite que unos cuantos puedan gobernar una multitud.[140] El modelo de Auburn, al igual que el filadélfico, también pretende consciente o inconscientemente servir como modelo ideal de la sociedad, un microcosmos, de una sociedad perfecta donde los individuos se encuentran aislados en su existencia moral, pero se les reúne, bajo un encuadramiento jerárquico estricto, con el fin de que resulten productivos al sistema. El encuadramiento jerárquico estricto no permite la relación lateral, sólo se puede hacer la comunicación en un sentido vertical.[141] La regla del silencio habitúa al detenido a considerar la ley como un precepto sagrado cuya violación significa la imposición de un daño justo y legítimo.[142] Foucault no cree que el modelo auburniano sea un instrumento que propicie la reforma o la enmienda del delincuente, tal como lo han considerado los más optimistas, sino que lo considera como una herramienta eficaz para la imposición y mantenimiento del poder, ya que: ". . .este juego del aislamiento, de la reunión sin comunicación y de la ley garantizada por un control ininterrumpido, debe readaptar al criminal como individuo social: lo educa para una 'actividad útil y resignada'; le restituye 'unos hábitos de sociabilidad'. . .".[143] El problema del poder y la dominación está siempre presente cuando se analiza el objetivo rehabilitador de la pena privativa de libertad, ya que si se le da prioridad al ejercicio del poder y a la imposición de una determinada ideología, no será posible aceptar que la prisión, aun en su expresión más liberal, sea un instrumento de reforma y rehabilitación.

Uno de los pilares del "silent system" es el trabajo. En este sentido se puede afirmar que el trabajo en el proyecto auburniano, escapa, aunque sea un instante, tanto a su original dimensión ideológica (el trabajo como única actividad capaz de satisfacer las necesidades del "no propietario"), como a la pedagógica (considerando al trabajo como modelo educativo que permitirá al proletario incorporarse a la fuerza de trabajo; trabajo que en un sistema de explotación será siempre alienado), para definirse en términos más económicos: el trabajo como actividad productiva digna de explotarse empresarialmente. Sin embargo, este propósito se malogró. Una de las causas de este fracaso aún sigue siendo motivo de graves dificultades para el desarrollo de la actividad laboral en la prisión: la presión de las asociaciones sindicales que se oponen al desarrollo de un trabajo penitenciario productivo.[144] La producción en las prisiones representaba menores costos o podía significar una competencia para el trabajo libre, lo que originó la oposición de los sindicatos al trabajo productivo que trataba de impulsar el "silent system". Fue en la prisión de Sing-Sing (prisión inaugurada en 1827) donde surgieron los más graves conflictos entre los sindicatos y las autoridades penitenciarias.[145] No sólo se adujeron argumentos de carácter económico para oponerse al trabajo que desarrollaban los reclusos, sino que los obreros

---

138. *Ibídem.*

139. FOUCAULT, Michel, *supra* nota 35, p. 240.

140. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 208.

141. FOUCAULT, Michel, *supra* nota 35, p. 240.

142. *Ibídem,* p. 241.

143. *Ibídem.*

144. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 204.

145. VON HENTIG, Hans, *supra* nota 5, p. 227.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

taba en el régimen celular, ya que la separación radical que se producía entre los internos, no permitía la aparición de significativos problemas de orden y control. Bastaba un buen diseño arquitectónico, puesto que prácticamente se sepultaba al recluso en su celda.

Además de que las normas disciplinarias eran rígidas, detalladas, y omnipresentes, el poder de castigar era absolutamente discrecional, ya que se ejercía sin ningún control institucional.[159]

Lo que tradicionalmente se ha criticado al sistema auburniano era que se aplicaban castigos crueles y excesivos. Estos castigos reflejan la exacerbación del afán de imponer un control estricto y una obediencia irreflexiva. Sin embargo, ese castigo cruel se consideraba justificado porque se creía que propiciaría la reforma del delincuente. Los argumentos que empleaba Elam Lynds se fundamentaban en ese concepto, puesto que consideraba que: ". . .el castigo del látigo es el más eficaz y al mismo tiempo el más humano que existe; no es perjudicial para la salud, y educa para una vida espartana. . .".[160] La tesis de Lynds parte del concepto de que el castigo tiene un decisivo efecto pedagógico, propiciándose, de esta forma, la transformación del individuo. Melossi y Pavarini interpretan la utilización del castigo corporal en el "silent system", no solo como forma de imponer orden y control o como medio para propiciar la "transformación" del recluso, sino que consideran que, a pesar de producir sufrimiento, no perjudica irremediablemente la integridad física del transgresor. De esta forma no se "destruye", tal como podía suceder con la "celda de aislamiento", la fuerza de trabajo.[161] Desde el punto de vista de los autores citados, partiendo del supuesto de que su análisis se fundamenta en conceptos marxistas, el castigo corporal permitía dominar y someter al recluso sin perjudicar la fuerza de trabajo, tanto activa como de reserva. Los azotes fueron una sanción disciplinaria común hasta mediados del siglo XIX.[162]

Von Hentig se refiere a los resultados que se obtuvieron al utilizar métodos disciplinarios estrictos y crueles y cita el caso de la prisión de San Quintín (lugar en que se desarrolló el "silent system") ". . .pese a esta disciplina draconiana, el desorden era espantoso. . .".[163] Este ejemplo demuestra que la dureza de los métodos disciplinarios no garantizan ni el orden ni la reforma del delincuente; la disciplina no puede ser considerada como un valor en sí, se trata solo de un medio para lograr realizar otros valores más importantes.

En algunas cárceles donde se introdujo este sistema, se utilizó, tal como era normal en esa época, la enseñanza religiosa; sin duda se la consideraba como un buen método para lograr la reforma del delincuente. En la prisión de Sing-Sing se le daba gran importancia al hecho de que los reclusos aprendieran de memoria gran número de versículos del Génesis y de otros libros de la Biblia; se llegó a considerar que tal aprendizaje constituía la realización de un ideal pedagógico.[164] La memorización llegó a límites insospechados: ". . .Un capellán se alabó de haber hecho recitar en dieciocho semanas a los reclusos 770 capítulos con 19.328 versículos, y de que se habían aprendido 42 libros de memoria. Uno de los hombres aprendió en diecisiete semanas cuarenta y nueve capítulos con un total de 1.605 versículos, otro 1.296 versículos. . .".[165] Esta descripción la culmina el citado autor con una acertada e irónica frase: ". . .A pesar de estos ejercicios memorísticos, la criminalidad crecía incesantemente. . .".[166]

iii) Sistema pensilvánico y el de Auburn. Su vigencia en Europa y América.

Entre el sistema de Auburn y el filadélfico no existen radicales diferencias, aunque la polémica que existió entre las bondades e inconvenientes de ambos harían pensar lo contrario. Ambos sistemas impedían que los reclusos se pudieran comunicar entre sí y separaban a los internos en celdas individuales durante toda la noche. La dife-

---

159. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 207.

160. *Ibídem.* Ver también en NEUMAN, Elías, *Evolución de. . ., supra* nota 3, la nota 147 de la página 129.

161. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 207.

162. VON HENTIG, Hans, *supra* nota 5, p. 229.

163. *Ibídem.*

164. *Ibídem,* p. 230.

165. *Ibídem.*

166. *Ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rencia principal se reduce al hecho de que en el régimen celular la separación de los reclusos se mantenía durante todo el día, y en cambio en el auburniano se los reunía durante algunas horas para que se pudieran dedicar a un trabajo productivo.[167]

En cuanto a las ideas que inspiraron a los dos sistemas, se aprecia en el sistema celular una clara inspiración mística y religiosa, en cambio el régimen auburniano refleja más una inspiración originada en motivaciones y objetivos económicos. Ambos sistemas mantienen un concepto predominantemente punitivo y retributivo de la pena, sin embargo, no creo, tal como lo expone MARCÓ DEL PONT[168] que soslayaran totalmente el objetivo de reforma o enmienda del delincuente. El afán varía en contenido y propósitos de acuerdo con el desarrollo histórico-social. Para los hombres del siglo XIX, el castigo, dentro de ciertas condiciones, era considerado como un medio apropiado para la enmienda del delincuente. No negaban la necesidad del castigo, pero consideraban que éste podía conseguir la reforma y el arrepentimiento del delincuente. Esta idea encuentra plena realización desde el momento en que la pena privativa de libertad se convierte en una sanción penal propiamente dicha.

En los dos sistemas existían ideas o tenían una ideología en la que se evidenciaba el afán por conseguir la enmienda o reforma del recluso, ya fuera mediante el aislamiento, la enseñanza de los principios cristianos, la dedicación al trabajo, la enseñanza de un oficio, o incluso por la imposición de brutales castigos corporales. Melossi y Pavarini consideran que los dos sistemas tienen una nota común que no tiene relación con el objetivo correccionalista, ya que ambos pretenden la destrucción, por medio del aislamiento, de toda relación paralela (entre los internados-obreros, entre los "iguales"), enfatizando, por otra parte, a través de la disciplina, las relaciones verticales (entre superior e inferior, entre "distintos").[169] Los autores italianos citados, siempre consideran prioritario el papel que cumple la prisión como instrumento de dominación y de control de las fuerzas productivas (la clase obrera).

A pesar de la fuerte polémica entre las bondades y defectos de los dos sistemas, Europa se inclinó por el régimen celular y los Estados Unidos por el auburniano. Existen varias explicaciones para justificar la preponderancia de alguno de los sistemas en Europa o en EE.UU., pero no puede decirse que la decisión de adoptar uno de los dos, se daba, exclusivamente, a razones humanitarias o por considerar que alguno de los dos presenta mejores condiciones para conseguir la reforma del delincuente. Las explicaciones tienen que tomar en cuenta aspectos de mayor trascendencia. Se ha dicho que el predominio en Europa del régimen cerrado se debía sólo a la mayor difusión y propaganda que se hizo en favor de este.[170] Sin embargo, este razonamiento peca de superficial, ya que hay que tomar en cuenta el contexto socioeconómico para poder penetrar en las causas fundamentales. Resulta claro que en Europa se le da mayor acogida al régimen cerrado porque se corresponde perfectamente con la exigencia de una cárcel punitiva y de terror, en la que no se necesitaba el trabajo "útil"; más bien lo que se requería, de acuerdo con el desarrollo de las fuerzas productivas, era un trabajo inútil.[171] Europa no contaba con una oferta de mano de obra insuficiente,

---

167. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 285.

168. MARCÓ DEL PONT, Luis, *supra* nota 73, p. 63. También SZABÓ, Denis comparte la misma tesis, ya que considera que el sistema pensilvánico y el sistema auburniano tenían como objetivo común el castigo como medio para prevenir mediante la intimidación de los delincuentes potenciales. Por otra parte, el sistema penitenciario nacido de las prisiones donde los detenidos purgaban una pena, no aspiraba en absoluto a reformar a los criminales. Quienes lo habían concebido y lo hacían funcionar compartían la filosofía de la época y encontraban antinómicas las nociones de "castigo" y "rehabilitación". SZABÓ, Denis, *¿Las prisiones tienen futuro?*, A.I.C.P.C., 1969, p. 539.

169. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, p. 197. Sobre la oposición entre los dos modelos, el auburniano y el filadélfico, se han ido tocando distintos aspectos, tales como: a) los religiosos (¿debe la conversión ser el elemento principal de la corrección?); b) médicos (¿vuelve loco el aislamiento total?), económicos (¿dónde está el menor costo?); c) arquitectónicos y administrativos (¿qué forma garantiza mejor la vigilancia?). Esta variedad de aspectos explica, sin duda, la magnitud y prolongación que tuvo la disputa entre los dos sistemas. Sin embargo, en el corazón de las discusiones, y haciéndolas posibles, se encuentra el primer objetivo de la acción penitenciaria: la individualización coercitiva, por la ruptura de toda relación que no estuviera controlada por el poder u ordenada según la jerarquía. FOUCAULT, Michel, *supra* nota 35, p. 242.

170. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 287.

171. MELOSSI y PAVARINI, *supra* nota 12, ps. 72 y 73. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, *supra* nota 12, ps. 152-153.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

por esa razón no era necesario que la prisión la supliese; lo que necesitaba era que ésta sirviera como instrumento para conseguir la intimidación y la supresión de los delincuentes. Estos propósitos coincidían plenamente con los resultados que se obtenían al aplicar el régimen filadélfico. Es indudable que existe una relación entre los procesos económicos que ocurren en el mercado de trabajo y la organización penitenciaria que se adopta.[172] Esta relación es la que explica, en parte, el predominio de uno u otro sistema.

El sistema de Auburn se impone en EE.UU. no sólo porque ofrecía mayores ventajas que el filadélfico, sino porque el desarrollo de las fuerzas productivas, así como las condiciones imperantes en cuanto al desarrollo económico, lo permitían. El "silent system" era económicamente más ventajoso que el celular, ya que permitía alojar mayor número de personas en una prisión, disminuyendo de esta forma los costos de construcción.[173] Por otra parte, el trabajo que se podía desarrollar en el sistema auburniano era más eficiente y productivo.[174]

El sistema de Auburn, desligado de su rigurosa disciplina, así como de la estricta regla del silencio, constituye una de las bases del sistema progresivo, todavía aplicado en muchos países como Costa Rica.[175]

* * *

172. *Ibídem*, p. 179.

173. LEWIS GILLIN, John, *supra* nota 74, p. 286.

174. SUTHERLAND y CRESSEY, *supra* nota 129, p. 451.

175. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *supra* nota 21, p. 87.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PRINCIPIOS JURÍDICO-INTERNACIONALES SOBRE LA TELEVISIÓN DIRECTA DE SATÉLITE

DR. JORGE ROJAS SOLÓRZANO
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

ÍNDICE

Pág.

Introducción 46

I. Principios generales de las telecomunicaciones espaciales 47
A. Aplicabilidad de los principios de Derecho Espacial a la televisión directa de satélite 47
B. Aplicabilidad de los principios de las telecomunicaciones a la televisión directa de satélite 48
1. Principio de la asignación a priori de la órbita/espectro 48
2. El principio de la cobertura nacional 48

II. Principios particulares sobre la televisión directa de satélite 50
A. El proceso hacia una convención internacional 50
1. El proyecto soviético y la crítica americana 50
2. La declaración de principios de la UNESCO 51
B. Principios controversiales y tentativa de solución en la Asamblea General de las Naciones Unidas 52
1. Consentimiento previo o libertad de información 52
2. La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la televisión directa de satélite 53

Conclusión 54

Bibliografía 54

SIGLAS UTILIZADAS EN LAS CITAS BIBLIOGRÁFICAS

AASL	*Annals of Air and Space Law.*
ASIL	*American Society of International Law.*
CJTL	*Columbia Journal of Transnational Law.*
CYIL	*Canadian Year Book of International Law.*
DRT	*Il Diritto delle Radiodiffusione e delle Telecomunicazione.*
HILJ	*Harvard International Law Journal.*
JT	*Journal de Télécommunications.*
NILR	*Netherland International Law Review.*
RC	*Recueil des Cours de l'Academie de Droit International (La Haya).*
REDI	*Revista Española de Derecho Internacional.*
RGAE	*Revue Général de l'Air et de l'Espace.*
RHDI	*Revue Hellénique de Droit International.*
SJIL	*Stanford Journal of International Law.*
SJIS	*Stanford Journal of International Studies.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

La utilización de los satélites se ha dirigido fundamentalmente a la comunicación telefónica internacional e intercontinental y a la transmisión de mensajes telegráficos o télex, sobre la base de una comunicación de punto a punto. Es decir, una estación envía la señal al satélite y éste la refleja o la retransmite a otra estación receptora en Tierra que se encarga de diseminar la señal a los receptores individuales.

Este sistema no provoca mayores problemas que los afrontados con las comunicaciones por medio de cable submarino o del sistema ordinario de radio. Como se sabe, también es posible transmitir programas de televisión en esa forma de un continente a otro, lo cual se hace cada vez con mayor frecuencia. Ahora bien, generalmente estas transmisiones, que normalmente vemos en la televisión difundidas por medio de satélite, son también de punto a punto. En este sistema, la estación receptora puede controlar la imagen y el contenido del mensaje cuando lo recibe del satélite, y decidir si lo retransmite o no a los receptores individuales.

La televisión directa vía satélite, como su nombre lo indica, permite evitar ese control. Por medio de este sistema la transmisión pasa de la estación terrena emitente al satélite y de éste directamente al receptor individual, siempre y cuando el mismo esté provisto de una antena y modificaciones especiales que —desde un punto de vista técnico— pronto estarán al alcance del público en general.

Debido a su potencialidad transmisiva surgen problemas internacionales para su regulación tanto en el orden técnico como jurídico y sobre todo político. Tanto en el seno de un Grupo Específico de Trabajo, creado en el ámbito del Comité del Espacio de las Naciones Unidas, como en el Subcomité Jurídico del Espacio, se han venido discutiendo las implicaciones de la utilización de la televisión directa de satélite cuya factibilidad técnica se conocía desde hace una década y media, aunque la posibilidad de utilizar esta técnica no se preveía sino para la segunda mitad de este decenio.

La simple discusión teórica ha revelado la dificultad de su regulación sin una previa "revisión" de las concepciones políticas y jurídicas establecidas a nivel internacional. La capacidad técnica de un satélite de irradiar directamente la imagen y el sonido sobre una faz que abarca la tercera parte del globo terrestre, da cuenta de su enorme potencial para permitir la comunicación entre los pueblos y facilitar el desarrollo educativo, cultural e informativo de regiones enteras, aun las más aisladas de la Tierra.

Inversamente, la posibilidad de que un programa de televisión transmitido desde un Estado pueda ser recibido directamente por los habitantes de otro Estado, sin estar sujeto a control alguno del Estado receptor, ha sembrado el temor de que por ese medio se puedan transmitir mensajes o propaganda no deseados por el Estado receptor, o programas cuyo contenido tienda a trastocar la integridad cultural y política de esa Nación.

Esta perspectiva ambivalente ha provocado una verdadera controversia que se suma a las ya existentes entre la Unión Soviética y los Estados Unidos de América, y que se ha reflejado tanto en el Subcomité Jurídico Espacial como en otros foros internacionales, especialmente la UNESCO.

A esta controversia se adiciona también el recelo de los países en desarrollo. Se teme que ese penetrante medio pueda ser instrumentalizado, obviamente por los países desarrollados que tienen la capacidad técnica para ello, para convulsionar el bagaje cultural de un pueblo o para consolidar o mantener el dominio económico, técnico, político y cultural de unos pueblos sobre otros. Para algunos, más que la Unión Soviética, son los Estados en desarrollo los más intensamente preocupados.[1]

1. CHAYES-CHAZEN, *Policy problems in direct broadcasting from satellites*, SJIS, 1970, V. v, p. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La importancia de este nuevo método de comunicación y su influencia en las relaciones internacionales justifican la tarea de encontrar los principios jurídico-internacionales que le son aplicables. Dicha búsqueda la hemos dividido en dos apartes, el primero referido a los principios generales de las telecomunicaciones espaciales aplicables a esa nueva técnica; y el segundo a los principios específicos y propios de la televisión directa de satélite.

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LAS TELECOMUNICACIONES ESPACIALES

A. Aplicabilidad de los principios de Derecho Espacial a la televisión directa de satélite.

Los principios básicos que rigen la actividad espacial se refieren a los satélites en tanto que objetos espaciales. Los principios de libertad del espacio, de su utilización pacífica y de su no apropiabilidad, entre otros, contenido en el Tratado del Espacio,[2] son sólo tangencialmente aplicables a los satélites de telecomunicaciones, pues no existe en el Derecho Espacial referencia específica a los satélites destinados a las telecomunicaciones.

Lo único que cabría mencionar se refiere no ya a los vehículos espaciales sino al contenido de las transmisiones por satélite. Al respecto hay una alusión en el preámbulo de la Declaración de Principios de 1963[3] que se refiere a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 110 de 3 de noviembre de 1947. En esta se condenaba la propaganda que pudiera provocar o promover cualquier amenaza o rompimiento de la paz o constituir un acto de agresión. Por medio de esa referencia en dicha Declaración, se puede afirmar que se amplió al espacio la aplicación de esa prohibición y, en consecuencia, también al uso de la televisión directa de satélite.

Una proposición en igual sentido, para que se incluya como norma específica en el proyecto de convenio sobre la televisión directa vía satélite que prepara el Subcomité Jurídico Espacial, ha obtenido el consenso de los Estados.

Por otra parte, es claro[4] que el principio de la responsabilidad internacional por actividades espaciales comprende sólo marginalmente los satélites de telecomunicaciones. En este aspecto además, hay que distinguir entre afirmar la responsabilidad del Estado por los eventuales daños que podría provocar un satélite suyo (ya sea por colisión o aun incluyendo la interferencia radioeléctrica), y, cosa muy distinta, sostener que el Estado responde en el mismo modo también del contenido de los mensajes difundidos por satélites.[5]

El principio espacial de la responsabilidad objetiva del Estado no es admisible en relación con las transmisiones televisivas directas de satélite. A éstas les sería aplicable la normal responsabilidad internacional, fundada en el presupuesto de un ilícito internacional;[6] lo mismo que las normas de Derecho Internacional y la Carta de las Naciones Unidas, en la misma forma en que se aplican a las actividades de utilización del espacio.

Si en síntesis, resulta difícil establecer una concreta correspondencia entre la televisión en directo vía satélite y los principios generales que

---

2. *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes,* de 27 de enero de 1967.
3. *Declaración sobre los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre,* resolución 1962 de 13 de diciembre de 1963.
4. ROJAS SOLÓRZANO, J., *La responsabilidad internacional por actividades espaciales,* Boletín Judicial, Nº 40, 1987, p. 46.
5. CONDORELLI, L., *Principi di Diritto Internazionale in tema di radiodiffusione diretta via satellite,* DRT, 1980, p. 16.
6. *Ibídem,* p. 20.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

disciplinan las actividades espaciales, una situación parcialmente distinta se presenta en relación con algunos de los principios de las telecomunicaciones propiamente tales.

B. Aplicabilidad de los principios de las telecomunicaciones a la televisión directa de satélite.

1. Principio de la asignación a priori de la órbita/espectro.

Como las otras transmisiones de telecomunicaciones por satélites, la televisión en directo requiere del uso del espectro de frecuencias de radio y de una posición orbital donde ubicar el satélite. A esto se agrega una particularidad técnica. La comunicación telefónica de mensajes o datos ocupan solo una parte pequeña del radio espectro, pero la televisión, por sus características técnicas, necesita de una porción mayor de ese recurso. De ahí que la perspectiva de funcionamiento de diversos sistemas para la transmisión de programas de televisión en directo, agudiza el problema de saber si la asignación de frecuencias existentes, y otras que pueden hacerse en convenientes porciones del espectro, será suficiente para acomodar la posible demanda.[7]

En la Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones de 1977 se aprobó, específicamente en cuanto al servicio de satélites para la televisión y en la banda de los 12 GHz, un plan de asignaciones a priori de la órbita/espectro, entre todos los miembros de la UIT.[8] De acuerdo con esto, cada país tiene la titularidad de un reconocimiento de preferencia internacional en relación con al menos una combinación de frecuencias y posiciones orbitales en cuanto a los servicios televisivos.

Ese plan de asignaciones fue ejecutado para las Regiones 1 y 3. No fue concluido en cuanto a la Región 2, debido a la oposición americana y a que dicha Conferencia no tenía autorización para planificar el servicio fijo de satélite que, en la citada Región (América), es compartido con el servicio de televisión.[9]

El inconveniente de este sistema de asignación, es que muchos Estados no están en capacidad de ocupar esas asignaciones y, por otro lado, "países que actualmente están preparados para utilizar satélites, están frenados debido al sistema de reserva".[10] Por ello se ha sugerido que los países que no utilicen sus asignaciones "podrían vender o alquilar el espacio a las industrias u otros países que quieren usarlas".[11] Sin embargo, debe tenerse presente que, como lo explicara el Secretario General de la UIT al Subcomité Jurídico Espacial, ese registro internacional de asignación de frecuencias "no concede prioridad permanente alguna para ningún país o grupo de países",[12] de tal forma que tampoco se puede afirmar que se reconozca derecho transferible alguno.

2. El principio de la cobertura nacional.

Otro principio técnico específicamente aplicable a la televisión directa de satélite es el de la cobertura nacional. Este fue formulado en la Conferencia Administrativa Mundial de Radio para las Comunicaciones Espaciales. En ella se acordó reformar el artículo 7, número 428A del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, en el sentido de que cuando se definen las características de una estación espacial de radiodifusión, "todos los medios técnicos disponibles deben ser utilizados para reducir lo máximo el desbordamiento sobre el territorio de otros países, salvo acuerdo previo de estos últimos".

Esta directriz predetermina técnicamente este tipo de satélites de tal modo que cubran el territorio de un solo Estado. Ello conduce a preguntarse sobre la regulación del desbordamiento técnicamente inevitable de las transmisiones de televisión en directo de satélite. Como se sabe, no obstante los adelantos técnicos que han permitido una gran precisión en la determinación de la zona

---

7. CHAYES, FAWCETT, ITO, KISS, y otros, *Satellite broadcasting*, Oxford University Press, London, 1973, p. 15.

8. ROTHBLATT, M., *ITU regulations of satellite communications*, SJIL, 1982, V. XVIII, Nº 1, p. 6.

9. DICKSON, B., *Effects of 1977 ITU World Administrative Radio Conference on the formulation of U.N. draft principles on direct broadcasting satellite*, (DBS), AASL, 1977, V. II, p. 259.

10. AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *Proceedings of the 74th* annual meeting, 1980, p. 301 (comentario de D. Wells).

11. *Ibídem*, comentario de J. Charney.

12. GALLOWAY, E., *Present status in the United Nations of direct television broadcasting satellites*, AASL, 1977, V. II, p. 274.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de cobertura de la señal radiotelevisiva, no siempre es posible darle la figura que coincida plenamente con los límites territoriales de un Estado. Dependiendo de la extensión del territorio del Estado, su contigüidad geográfica con otros, las eventuales oscilaciones del satélite y otros factores conexos, la señal puede desbordarse fuera del territorio del Estado emitente e invadir el de otros Estados.

Este fenómeno, cuando es técnicamente inevitable, no podría considerarse ilícito, aunque desde la óptica del principio general de la cobertura nacional sea considerado como inconveniente. De ahí se prodría deducir también que la interferencia de las emisiones desbordadas de otro Estado sería lícita, dado que las mismas carecen de protección internacional. Y con mayor razón, lo mismo podría decirse del desbordamiento técnicamente evitable.

En el proyecto de Convención sobre los principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones directas de televisión, se ha admitido en principio, la legitimidad del desbordamiento. O sea que no se requiere el consentimiento previo del Estado receptor "cuando la transmisión al territorio de otro Estado resulta de la emisión de señales del satélite dentro de los límites considerados técnicamente inevitables, de acuerdo con el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones".[13]

Para algunos el criterio de la cobertura nacional se confirma como un "principio de Derecho Internacional general de carácter fundamental, dirigido a disciplinar la radiodifusión directa vía satélite".[14] Según esta tesis, la aplicación de este principio de circunscripción nacional le quita a la televisión directa de satélite su carácter a vocación internacional, pues la circunscribe a las fronteras de los Estados. Así reducida, no se presentarían tampoco los problemas de la libertad de información y de la soberanía estatal en confrontación a nivel internacional.

Para otros, por el contrario, estas son cuestiones jurídicas y políticas que quedan por resolver.[15] Se puede sostener más bien, que una reglamentación pertinente de la televisión directa vía satélite, por técnica que sea, "sólo puede hacerse sobre la base de un acuerdo, expreso o tácito, de las naciones concernidas, relativo al fondo y los límites del derecho fundamental del hombre a la libre información".[16] Más aún, no se trata de un mero problema técnico de radio o un problema de Derecho Internacional, sino de una delicada cuestión política[17] que el propósito del principio de la cobertura nacional no ha pretendido resolver.

Lo anterior lo confirman los esfuerzos realizados en diversos foros internacionales, tendientes a formular una regulación específica y adecuada a las necesidades de la televisión directa de satélite; y lo hace patente la divergencia de posiciones en algunos aspectos cruciales del problema, el cual se presenta todavía en toda su complejidad y trascendencia para la comunidad internacional.

---

13. El proyecto viene reproducido, sin numeración debido a que sus artículos no han sido aprobados todos en forma definitiva, en LACHS, *El Derecho del Espacio Ultraterrestre*, Fondo Cultura Económica, Madrid, 1977, ps. 266-7.

14. CONDORELLI, *supra* nota 5, p. 26.

15. BUSAK, J., *Quelques réflexions sur les satellites d'application*, JT, 1976, V. 43, Nº 5, p. 358.

16. DAUSES, M., *La television directe par satellites et le Droit International*, RGAE, 1973, Nº 4, p. 393.

17. EVENSEN, *Aspects of International Law relating to modern radio communications*, RC, 1961, II, T. 115, p. 413.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. PRINCIPIOS PARTICULARES SOBRE LA TELEVISIÓN DIRECTA DE SATÉLITE

A. El proceso hacia una convención internacional.

1. El proyecto soviético y la crítica americana.

Aparte de la regulación técnica aprobada en la UIT, el Subcomité Jurídico Espacial y la UNESCO son los otros dos organismos de la ONU que más han contribuido a la enunciación de algunos principios particulares sobre la televisión directa vía satélite.

Desde que se iniciaron las discusiones en el ámbito de la UIT en 1959, cuando la televisión directa de satélite era todavía una remota posibilidad, se vislumbraba la futura contraposición entre "la prohibición de la televisión directa y su completa liberalización".[18]

Durante la negociación del Tratado del Espacio algunas referencias indirectas se hicieron al tema, pero no fue sino hasta después de que el mismo se aprobó que se dio la creación de un específico "Grupo de trabajo en televisión directa vía satélite". En su primera sesión todos los miembros consideraron que era necesaria una regulación al respecto, salvo los Estados Unidos.[19]

Posteriormente, durante la vigésima sesión de la Asamblea General de la ONU, el Ministro de Relaciones Exteriores de la Unión Soviética propuso la inclusión de un nuevo tema sobre "la preparación de una Convención Internacional de los principios que gobiernan el uso por parte de los Estados de los satélites artificiales de la Tierra para la transmisión de televisión en directo". Consecuencia de lo anterior resultó la Resolución 2916 de 9 de noviembre de 1972, aprobada por 102 votos a favor, 7 abstenciones y un voto en contra, el de la delegación americana.[20]

Una explicación de esta actitud negativa se fundamenta en la crítica de la proposición soviética en el sentido de que, entre otras cosas[21] no daba suficiente importancia al flujo de la información y de ideas en el mundo moderno, tanto que ni siquiera se indicaba la Declaración Universal de Derechos Humanos dentro de la lista de las fuentes existentes de Derecho Internacional en relación con la televisión directa de satélite. Además, se consideraba prematura cualquier regulación, por cuanto no entraría en operación en un futuro próximo y en consecuencia, en lugar de ayudar podía desfavorecer la cooperación internacional. En tercer lugar, para los americanos la propuesta soviética presentaba difíciles problemas "porque podría afectar principios muy importantes a los cuales los Estados Unidos y muchos otros países dan una importancia cardinal. Me refiero a nuestra fuerte y consolidada creencia de 200 años en la libertad de intercambio de información e ideas".[22]

El proyecto soviético[23] en efecto, no proclama en el preámbulo el principio de la libertad de información. Su texto se refiere a algunos principios importantes como la no discriminación y la igualdad de derecho a disfrutar de los beneficios de la televisión directa vía satélite. Principio este último, que ya se encontraba en la Resolución 1721 de 20 de diciembre de 1961 de la Asamblea General de la ONU, en la cual se proclama que la "comunicación por medio de satélite debería estar al alcance de todas las naciones del mundo tan pronto como sea practicable sobre una base global y no discriminatoria".

Otro principio fuertemente anclado en el proyecto soviético es el del consentimiento previo. Se estipula que la televisión directa de satélite hacia otro Estado es posible "solo con el expreso consentimiento" de ese Estado. La transmisión no

---

18. FREEMAN, J., *Direct broadcast developments and directions: the national sovereignty and cultural integrity positions*, ASIL, Proceedings of the 74th meeting, 1980, p. 303.

19. *Ibídem.*

20. POULANTZAS, N., *Direct satellite telecommunications: state sovereignty vs. freedom of information*, NILR, 1973, V. XX, Nº 22, p. 169.

21. ROCKWOOD, F., *Direct satellite broadcasting*, HILJ, V. 14, Nº 3. ps. 600-3.

22. Declaraciones de G. Bush, embajador americano, 67, Dep't State Bull, at 681-7, cit. por ROCKWOOD, *supra* nota 21, p. 603.

23. Su texto se puede consultar en POULANTZAS, *supra* nota 20, anexo A.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

autorizada, por tanto, es considerada como "ilegal" y hace incurrir al Estado que la difunda en responsabilidad internacional. Además, esta responsabilidad se extiende a toda "actividad nacional" en relación con el uso de satélites de televisión directa "independientemente de si la transmisión es llevada a cabo por una agencia gubernamental o no gubernamental o por una persona jurídica, e independientemente de si es llevada a cabo por los Estados actuando solos o por medio de una organización internacional".

En cuanto al contenido del mensaje transmitido, el proyecto indica que debe limitarse a aspectos educativos, culturales, científicos o deportivos. La transmisión de avisos comerciales solo puede ser difundida si existe un "acuerdo específico concluido explícitamente entre los Estados involucrados". Naturalmente se prohíbe la transmisión de mensajes portadores de ideas que inciten a la guerra, al militarismo, el nazismo, al odio nacional o que interfiera con los asuntos domésticos o la política extranjera de otros Estados.

Todos estos y otros casos, siempre bajo pena de ilegalidad de la transmisión y responsabilidad del Estado emitente. Además, se faculta al Estado receptor a emplear "los medios a su disposición para contrarrestar la transmisión televisiva ilegal de la cual es objeto".

2. La declaración de principios de la UNESCO.

En cuanto a la actividad de la UNESCO cabe mencionar el voto de la sesión de la Conferencia General de 15 de noviembre de 1972, sobre la "Declaración de los principios que deben guiar el uso de la televisión por satélite para el libre flujo de la información, la diseminación de la educación y un mayor intercambio cultural".[24]

Dicha declaración no solo no fue acogida en forma unánime,[25] sino que debe señalarse que la misma se refiere a la televisión vía satélite en general, y no exclusivamente a la televisión directa que como vimos, presenta características del todo particulares. Confrontada con el proyecto soviético se llega a la conclusión de que, en términos generales, su contenido es similar.[26] Hay una salvedad en punto a la libertad de información, a la cual sí se hace referencia tanto en el preámbulo de la declaración de la UNESCO[27] como en su articulado. En éste se establece que "el objetivo de la transmisión por satélite para el libre flujo de la información es el de asegurar la más amplia diseminación posible entre los pueblos del mundo de las noticias de todos los países, desarrollados y en desarrollo".[28]

En el artículo IX de la Declaración se indica que para alcanzar los objetivos indicados en los artículos anteriores, "es necesario que los Estados, tomando en cuenta el principio de la libertad de información, lleguen o promuevan acuerdos previos concernientes a la transmisión directa vía satélite hacia la población de países diferentes al país de origen de la transmisión".[29]

Este es el único artículo en que se menciona expresamente la televisión directa vía satélite y se somete al acuerdo previo de los Estados, aunque tomando en cuenta la libertad de información. La inclusión de ambos principios no hizo variar el criterio de los Estados Unidos y otros países que votaron en contra o se abstuvieron. Eso se explica porque la libertad de información viene debilitada por otros artículos que establecen que la transmisión por satélite "debe respetar la soberanía y la igualdad de todos los Estados", y que todo "país tiene el derecho a decidir sobre el contenido de los programas de televisión educativos transmitidos por satélite a su pueblo"; lo que contrasta con una plena libertad de información.

Por ello resulta normal que no se haya podido llegar a concluir en el Subcomité Jurídico del

---

24. Ver la Declaración en POULANTZAS, *supra* nota 20, anexo B.

25. El voto final en la Declaración fue de 55 a favor, 7 en contra y 22 abstenciones. Debe notarse que votaron en contra de la Declaración algunas de las potencias en el campo de las telecomunicaciones espaciales, ie, *"Los Estados Unidos de América, así como el Reino Unido, la República Federal de Alemania, Australia, Canadá y Costa Rica"*, véase POULANTZAS, *supra* nota 20, p. 168.

26. NICHOLS, J., *Direct satellite broadcasting and the United Nations*, CJTL, 1974, V. 13, Nº 1, p. 33.

27. [Teniendo en mente la Declaración Universal de Derechos Humanos que proclama que toda persona tiene el derecho de buscar, recibir e impartir información e ideas por medio del cual "media" independientemente de las fronteras].

28. Artículo V de la Declaración de la UNESCO.

29. El artículo XI de la Declaración también dispone que los principios en ella contenidos "deben ser aplicados teniendo en cuenta los derechos humanos y las libertades fundamentales".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Espacio, un compromiso entre la Unión Soviética y los Estados Unidos. En este más que en otros ámbitos, se revela en gran medida la diversa estructura social, económica y política de esos dos Estados. En especial cabe mencionar, de un lado, el potente grupo de presión americano de la industria electrónica y espacial que influye en el Gobierno de los Estados Unidos para no aceptar limitación alguna en el campo de la televisión directa de satélite (Direct Broadcasting Satellite: DBS); y de otro lado, la conocida susceptibilidad soviética de ver su monopolio de información amenazado por información recibida por los países del Este, de programas transmitidos directamente de los países del Oeste.[30]

A este bipolarismo se viene a sumar el fundado temor, ampliamente difundido entre los países en desarrollo, de verse invadidos indiscriminadamente de programas cuyo contenido pueda ser contrario a la integridad de sus pueblos, y de que la televisión directa de satélite pueda constituir un medio de dominación cultural, contrario al principio de la libre determinación de los pueblos contenido en la Carta de las Naciones Unidas. Confluyen así algunos aspectos de la oposición Norte-Sur del mundo.

B. Principios controversiales y tentativa de solución en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

1. Consentimiento previo o libertad de información.

El proceso convencional no ha fructificado concluyentemente, pero al menos ha permitido descubrir cuáles son los principios esenciales sobre los que provisionalmente hay acuerdo, y sobre los que hay disentimiento en el Subcomité Jurídico Espacial.[31] A esto último se podría resumir la controversia sobre la televisión directa de satélite, a saber, la disputa entre el principio del consentimiento previo y la libertad de información, ambos en relación con el valor y alcance del principio de soberanía.

La posición sostenida por los Estados Unidos y algunos otros países occidentales es de limitar al máximo cualquier intervención normativa en cuanto a la televisión directa de satélite, a fin de dar plena vigencia al principio de la libertad de circulación de la información. Por tal motivo consideran que el principio del "consentimiento previo" aplicado a los programas televisivos difundidos en directo vía satélite, "contraría el principio de la libre circulación de información y del libre intercambio de ideas, introduciendo eventuales formas de censura a nivel internacional".[32]

Esta tesis está también sustentada en la idea de que el principio de la libertad de información forma parte del derecho consuetudinario internacional, y que además está previsto en la Declaración Universal de Derechos de 1948, la Convención de Derechos Civiles y Políticos y las diversas convenciones de derechos humanos existentes. Se hace énfasis en que de acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal citada, el derecho de sostener sus opiniones y el de buscar, recibir e impartir información por cualquier medio, es considerado valedero "independientemente de las fronteras".

La posición de los países socialistas y sobre todo de los países del Tercer Mundo, por el contrario, es que el principio de soberanía nacional priva sobre el de la libertad de información, ya que todo Estado tiene derecho a exigir el respeto a su integridad cultural y política. Se considera que la libertad de información debe reconocer y respetar esa identidad y no constituir una injerencia en los asuntos internos de los Estados.

De ahí que el principio del "consentimiento previo", según esta posición, no sea contrario al principio de la libertad de información sino derivado directo del principio de soberanía.

En esta controversia se refleja claramente también el conflicto ideológico entre las dos potencias. Contra los Estados Unidos se podría argumentar que la libertad de información a ultranza sirve para influenciar la audiencia internacional en su propio beneficio. Y de la Unión Soviética se podría decir que el consentimiento previo constituye sólo un pretexto para mantener el *statu quo* y el monopolio de los beneficios económicos, políticos y regionales provenientes de la eventual explotación de las telecomunicaciones de televisión directa de satélite.

---

30. POULANTZAS, N., *Direct satellite telecommunications: A test for human rights attitudes*, RHDI, 1975, Nº 1-4, p. 231.

31. GUTIÉRREZ, C., *El 20º período de sesiones de la Subcomisión de Asuntos del Comité del Espacio*, REDI, 1981, V. XXXII, Nº 2, p. 569.

32. ORSELLO, G., *Il sistema radiotelevisivo nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 479.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Para salir de este bloqueo, algunos autores han manifestado que en el fondo se impone un cambio de mentalidad, pues con las viejas concepciones jamás se podrá comprender la nueva era y las transformaciones que se presentan.[33] Fundamentalmente habría que empezar por dejar el viejo concepto rígido de soberanía que se legitima en función de los derechos e intereses que debe proteger. De ese modo, la cuestión de la naturaleza y el alcance de una actividad dada no debería ser resuelta por un Estado pretendiendo someterla al ejercicio de su soberanía. Tal determinación puede provenir sólo del "Derecho Internacional, que define la jurisdicción funcional de los Estados, es decir, de la competencia en un dominio preciso, restringiéndola al mínimo necesario".[34]

De acuerdo con la teoría expuesta, el consentimiento previo debería formularse en sentido diverso, esto es, que "la televisión directa de satélite de un Estado a otro es legal, salvo interdicción formal del Estado receptor".[35]

2. La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la televisión directa de satélite.

La perspectiva de similar transformación en el ámbito internacional en un futuro previsible resulta bastante remota. La realidad internacional demuestra el arraigo de los principios tradicionales. El mejor ejemplo de ello es la resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1983,[36] llamada los "principios relativos a la utilización por parte de los Estados, de los satélites artificiales para realizar sobre un plano internacional, la transmisión televisiva directa".

Dicha resolución, en gran parte igual en su contenido a la ya aludida de la UNESCO, establece el principio de que la actividad relativa a la televisión vía directa de satélite debe realizarse en "modo compatible" con la soberanía de los Estados, inclusive, el principio de la no injerencia en los asuntos internos y el derecho de toda persona a recibir, buscar y difundir la información de acuerdo con otros documentos de la ONU.

Especial mención se hace a la necesidad de que ese importante medio de comunicación sea utilizado para contribuir al incremento de la instrucción y el progreso económico y social de los pueblos, en particular de los países en desarrollo, con el debido respeto "de la integridad política y cultural de los Estados". El desarrollo de esa actividad debe además, fundarse sobre la cooperación internacional y tener en cuenta especialmente a los países en desarrollo, a fin de utilizar la televisión directa de satélite a nivel internacional "para acelerar su desarrollo nacional".

Como era de esperar, la resolución referida no fue aprobada por consenso[37] como tradicionalmente se hace en la Asamblea General de la ONU en este tipo de asuntos, y del cual la Declaración de Principios sobre el Espacio es un ejemplo. La distribución de las opiniones registrada no se diferencia mucho del que había tenido lugar en la Conferencia General de la UNESCO.

En síntesis, el conflicto no puede decirse resuelto. El mismo encuentra también explicación en que cuando las naciones son emitentes, desean reducir al mínimo cualquier regulación que impida el libre flujo de la comunicación por satélite; mientras que cuando son receptoras, obviamente prefieren imponer restricciones a fin de evitar la recepción de señales eventualmente perjudiciales a su integridad cultural. Los países en desarrollo, carentes de la tecnología y la capacidad financiera para devenir naciones emitentes, estarían relegados exclusivamente al papel de receptores,[38] en tanto que los países desarrollados serían fundamentalmente transmitentes.

Los Estados en desarrollo, para prevenir contra el riesgo de una invasión incontrolable de programas televisivos vía satélite procedentes de los mayores Estados extranjeros, con las graves consecuencias para los valores de sus respectivas culturas nacionales, y teniendo en cuenta que ese tipo de transmisiones serán pronto operativas a

---

33. FAUTEUX, P., *Souvraineté fonctionnelle et consentement prèalable: déblocage possible en Droit Spatial*, CYIL, 1980, V. XVII, p. 265.

34. *Ibídem*, p. 258.

35. *Ibídem*, p. 263.

36. *Resolución de la XXVII Asamblea General de la ONU*, de 4 de febrero de 1983 (cfr. doc. A/RES/37/97).

37. La votación fue de 107 a favor, 13 en contra y 13 abstenciones. Los votos favorables son prevalentemente del grupo de países en desarrollo y los del área representada por la Unión Soviética. En contra, los Estados Unidos y algunos otros países desarrollados.

38. THOMAS, G., *Approaches to controlling propaganda and spillover from direct broadcast satellites*, SJIS, 1970, V. V, p. 171.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nivel internacional y que ninguna regulación específica los protege actualmente contra ese peligro, han decidido anticipar esa normativa aun a costas de romper con el procedimiento de la unanimidad consolidado en las Naciones Unidas.

Resta por verificar el efecto constrictivo de los principios enunciados para saber si, como se ha sostenido, desde que "un amplio número de los Estados miembros de las Naciones Unidas se declara favorable al régimen del previo consenso, el Estado transmitente debe respetar los correspondientes intereses de la mayoría de los Estados al desplegar la actividad de radiodifusión directa vía satélite".[39]

La situación es todavía más incierta por cuanto no existe un tratamiento o norma de Derecho Internacional al cual referirse. Más aún, en cuanto a las emisiones tradicionales de radio y televisión "sería muy difícil constatar la existencia de una regla jurídica que obligue a un acuerdo previo".[40] En este sentido más bien sería aplicable a la televisión directa de satélite el artículo 19 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones UIT, que establece el derecho de todo miembro de la UIT de "interrumpir toda otra telecomunicación privada que pueda parecer peligrosa para la seguridad del Estado o contraria a sus leyes, al orden público o a las buenas costumbres". Esto podría ser interpretado, a contrario sensu, como la imposibilidad del Estado de interrumpir una comunicación que no se encuentre en esos casos, y en consecuencia, una reafirmación del principio de la libertad de información.

CONCLUSIÓN

El Derecho Espacial y las normas técnicas sobre telecomunicaciones no resuelven ni pretenden resolver el conflicto que plantea la televisión directa de satélite entre la libertad de información y la soberanía de los Estados. Dada su importancia y la influencia de ese medio, se impone una mayor cooperación internacional que conduzca a la elaboración de normas unánimemente aceptadas —en cuyo camino está la resolución de la Asamblea General de la ONU al respecto—, con el fin de forjar el Nuevo Orden Internacional de la Información.

BIBLIOGRAFÍA

BUSAK, J., *Quelques réflexions sur les satellites d'application,* JT, 1979, V. 43, Nº 5.

CHAYES-CHAZEN, *Policy problems in direct broadcasting from satellites,* SJIS, 1970, V. v.

CHAYES-FAWCETT-ITO y otros, *Satellite broadcasting,* Oxford University Press, London, 1973.

CONDORELLI, L., *Principi di Diritto Internazionale in tema di radiodiffusione diretta via satellite,* DRT, 1980.

DAUSES, M., *La television directe par satellites et le Droit International,* RGAE, 1973, Nº 4.

39. ORSELLO, *supra* nota 32, p. 488.

40. MATEESCO, N., *Droit Aerospatial. Les télécommunications par satellites,* Ed. Pedone, París, 1982, p. 257.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DICKSON, B., *Effects of 1977 ITU world administrative radio conference on the formulation of U.N. draft principles on direct broadcasting satellite (DBS)*, AASL, 1977, V. II.

EVENSEN, J., *Aspects of International Law relating to modern radio communications*, RC, 1961, T. 115.

FAUTEUX, P., *Souvraineté fonctionnelle et consentement prèalable: déblocage possible en Droit Spatial*, CYIL, 1980, V. XVII.

FREEMAN, J., *Direct broadcast developments and directions: the national sovereignty and cultural integrity positions*, ASIL, Proceedings of 74th meeting, 1980.

GALLOWAY, E., *Present status in the United Nations of direct television broadcast satellites*, AASL, 1977, V. II.

GUTIÉRREZ, C., *El 20º período de sesiones de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del Comité del Espacio*, REDI, 1981, V. XXXII, Nº 2.

MATEESCO, N., *Droit Aerospatial. Les télécommunications par satellites*, Ed. Pedone, París, 1982.

NICHOLS, J., *Direct satellite broadcasting and the United Nations*, CJTL, 1974, V. 13, Nº 1.

ORSELLO, G., *Il sistema radiotelevisivo nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1984.

POULANTZAS, N., *Direct satellite telecommunications: state sovereignty vs. freedom of information*, NILR, 1973, V. XX, Nº 2.

POULANTZAS, N., *Direct satellite telecommunications: a test for human rights attitudes*, RHDI, 1975, Nº 1-4.

ROCKWOOD, F., *Direct satellite broadcasting*, HILJ, V. 14, Nº 3.

ROJAS SOLÓRZANO, J., *La responsabilidad internacional por actividades espaciales*, Boletín Judicial, Costa Rica, Nº 40, 1987.

ROTHBLATT, M., *ITU regulations of satellite communications*, SJIL, 1982, V. XVIII, Nº 1.

THOMAS, G., *Approaches to controlling propaganda and spillover from direct broadcast satellites*, SJIS, 1970, V. v.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

BREVE EXEGESIS SOBRE NORMAS CONSTITUCIONALES Y REGLAMENTARIAS. SU REFORMA

LIC. ÉDGAR HERNÁNDEZ VALLE

SUMARIO

Pág.

Primera parte

1) Las consultas obligadas que debe hacer la Asamblea Legislativa (arts. 88, 97, 167 y 190 CP) 58
2) ¿Es inconstitucional o no el veto parcial? 59
3) ¿Es inconstitucional o no el "resello" de un proyecto en una sola sesión? 59
4) Solución: 61
   A) Reforma de los artículos 125, 126, 127 y 128 CP 62
   B) Reforma del artículo 96 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa 62

Segunda parte

El procedimiento en la formación de la ley: Su urgente reforma 63
Antecedentes 63
A) Reforma parcial al Capítulo de formación de las leyes 63
   1) Introducción 63
   2) Reformas 64

B) Reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa 64
   1) Introducción 64
   2) Reformas 66
   3) Consideraciones finales 68

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRIMERA PARTE

1) Las consultas obligadas que debe hacer la Asamblea Legislativa (arts. 88, 97, 167 y 190 CP).

En la Constitución Política debemos distinguir dos clases de consultas que obligadamente debe hacer la Asamblea Legislativa, cuando deba conocer de ciertos proyectos de ley. Dentro de la primera clase podemos ubicar los proyectos a que se refieren los artículos 88 y 190 CP, y dentro de la segunda, los contemplados en los artículos 97 y 167 CP.

a) Dicen las dos primeras normas citadas:[1]

> *"Artículo 88.* Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias puestas bajo la competencia de la Universidad de Costa Rica y de las demás instituciones de educación superior universitaria, o relacionadas directamente con ellas, la Asamblea Legislativa *deberá oír previamente* al Consejo Universitario o al órgano director correspondiente de cada una de ellas".
>
> *"Artículo 190.* Para la discusión y aprobación de proyectos relativos a una institución autónoma, la Asamblea Legislativa *oirá previamente* la opinión de aquéllas".

Observamos que de acuerdo con el texto de los dos numerales transcritos, la intención que tuvo el constituyente de obligar a la Asamblea a tomar en consideración los puntos de vista o las objeciones de las instituciones que pudieren verse en alguna medida afectadas por un determinado proyecto de ley, quedó trunca, pues el mandato de "oír previamente" no lleva aparejada ninguna limitación al poder de decisión de la Cámara, que bien puede "desoír" la opinión de aquellas sin que pueda ser detenida o dificultada la aprobación del proyecto en cuestión.

b) Las dos normas que ubicamos en la otra clase, expresan:[2]

> *"Artículo 97.* (Párrafo primero).—Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a materias electorales, la Asamblea Legislativa *deberá consultar* al Tribunal Supremo de Elecciones; *para separarse de su opinión se necesitará el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros".*
>
> *"Artículo 167.*—Para la discusión y aprobación de proyectos de ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, *deberá* la Asamblea *consultar* a la Corte Suprema de Justicia; *para apartarse del criterio de ésta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea".*

Vemos que aquí el caso es diferente: la Constitución ordena una consulta obligada al Tribunal Supremo de Elecciones y a la Corte Suprema de Justicia, y dispone expresamente que para apartarse del criterio de esos organismos, la Asamblea requerirá de una votación calificada (38 votos).

Lo único que tienen en común las dos primeras normas con las dos segundas, es la frase con que se inician: "Para la discusión y aprobación de proyectos" pues ya vimos que sus efectos son diferentes en cuanto a obligar a la Asamblea.

No obstante, la redacción del artículo 44 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa[3] pareciera que puede dejar sin efecto en un determinado momento, la voluntad del constituyente. Dice el artículo *supra* en su párrafo inicial:

> *"Artículo 44.*—Cuando en la discusión de un proyecto la Asamblea *determine* que debe ser consultado el Tribunal Supremo de Elecciones, la Universidad de Costa Rica (omite mencionar las otras instituciones de educación superior universitaria), el Poder Judicial o una institución autónoma, y no lo hubiera hecho la comisión, se suspenderá el conocimiento del proyecto, procediéndose a hacer la consulta correspondiente. . .".

Surge entonces un problema si nos hacemos la siguiente interrogante:

—¿Qué sucedería si durante la discusión de un proyecto de los comprendidos en los artículos 88, 97, 167 y 190 de la Constitución Política, la Asamblea *"determina"* que *no deben ser consultadas* las instituciones respectivas?

Obsérvese que la redacción del artículo 44, ab initio, deja al criterio del Plenario hacer o no la consulta, pues por la forma verbal que se emplea, "determine", la consulta constitucional puede sos-

---

1. Vid, COSTA RICA, *Constitución Política*, Imprenta Nacional, edición conmemorativa, San José, 1984, págs. 19 y 49.
2. Vid, *supra*, nota 1, págs. 21 y 43.
3. Vid, COSTA RICA, *Asamblea Legislativa, Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior*, Imprenta Nacional, La Uruca, San José, 1986, pág. 23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

layarse con solo que la Asamblea *"determine" que no debe consultarse* algún proyecto sujeto a las previsiones contempladas en las cuatro normas constitucionales precitadas.

Fácilmente podemos arribar a la conclusión de que se estaría burlando lo dispuesto por la Constitución, que usa las formas verbales de modo imperativo "deberá", "oirá".

Por otra parte, creemos que la consulta obligada que debe hacerse, no se efectúa en el momento oportuno.[4] En efecto, ese "momento" debe entenderse cuando ya esté aprobada la redacción definitiva del proyecto en comisión o en plenario. Si se hace *antes*, el proyecto podría sufrir modificaciones sustanciales *después*, y entonces la institución de que se trate no tendría oportunidad de hacerle objeción alguna, y mucho menos lograr que se le introduzcan las modificaciones del caso.

Se cumpliría adecuadamente con el espíritu y la letra de las normas constitucionales que obligan a las audiencias, si estas se hacen por la comisión una vez votado definitivamente el proyecto junto con las mociones aprobadas para modificarlo.

Si fuere el Plenario el que hace la consulta, la aprobación quedará en suspenso hasta que se reciba la respuesta correspondiente dentro del plazo estipulado por el artículo 44 del Reglamento.

2) ¿Es inconstitucional o no el veto parcial?

En los cuatro artículos que la Constitución Política consagra a la institución del veto (125 a 128), no encontramos la más mínima indicación que nos permita discernir la posibilidad de que pueda producirse un **veto parcial** sobre el proyecto de ley de Presupuesto Ordinario de la República. Sin embargo, es discutible el punto en cuanto a los presupuestos extraordinarios, porque el artículo 125 establece la prohibición de vetar referida exclusivamente al proyecto que aprueba el Presupuesto Ordinario.

Tampoco existe autorización constitucional para que en caso de producirse un veto parcial sobre cualquier clase de proyectos de ley, el Poder Ejecutivo pueda válidamente ejecutar aquella parte del proyecto que no hubiere objetado al interponer el veto.

De acuerdo con lo que llevamos dicho, consideramos que los proyectos referentes a presupuestos extraordinarios *sí pueden ser vetados* cuando contengan normas extrañas a la materia presupuestaria, pues la veda constitucional solamente alcanza al proyecto de Presupuesto Ordinario de la República.

Es cierto que el Poder Ejecutivo, al vetar tales normas extrapresupuestarias, estaría ejerciendo una facultad prevista en la Constitución, y hasta aquí no tenemos objeción válida que hacerle al razonamiento. No obstante, sí cabe cuestionar la facultad que se arroga aquel de sancionar y ejecutar válidamente el resto del proyecto no objetado.

Por otra parte, si la Asamblea decidiera darle el visto bueno a la tesis del Poder Ejecutivo, mediante la confirmación del acto al amparo de una decisión legislativa, aun tomada por una mayoría calificada,[5] no desaparecería el vicio que le apuntamos, pues estaría propiciando un uso contra *legem* y violando el principio de legalidad, según el cual toda potestad pública debe estar contemplada por una norma expresa, ya sea de rango constitucional o legal.

Conclusión: el veto parcial y la consecuente ejecución de los aspectos no objetados, continúa siendo inconstitucional a la luz de la normativa vigente.

3) ¿Es inconstitucional o no el "resello" de un proyecto en una sola sesión?

No queda claro del análisis del Reglamento de la Asamblea Legislativa —ni de la propia Carta Política— el sustento constitucional para que el **resello** de un proyecto vetado pueda válidamente ser aprobado en una sola sesión, como así lo dispone *per se* y unilateralmente el párrafo segundo del artículo 96 vigente.

---

4. "Se discute si estas disposiciones reglamentarias desenvuelven acertadamente los preceptos constitucionales sobre las audiencias, puesto que el proyecto que es objeto de consulta puede diferir del que, más tarde, conoce finalmente el Plenario de la Asamblea", ARGUEDAS, Carlos Ml., *"La iniciativa en la formación de la ley"*, Editorial Juricentro S.A., San José, 1978, pág. 86.

5. De acuerdo con ARGUEDAS, Carlos Ml. ". . .no procedería el saneamiento mediante un simple acto confirmatorio, que acordara la regularidad del proceso. Tal cosa no sería posible, porque. . . se trata de la infracción de normas constitucionales, de suyo esenciales". *"La iniciativa en la formación de la ley"*, Editorial Juricentro S.A., San José, 1978, pág. 77.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esta disposición reglamentaria entraña, en el fondo, el "saneamiento" del proyecto por medio de un simple acto confirmatorio de que hubo regularidad del proceso.

Antes de que se adoptara el nuevo sistema de procedimiento legislativo con la introducción de las comisiones permanentes, en 1962, el artículo 69 del Reglamento anterior —que rigió hasta el 30 de abril de ese año—[6] disponía que si el dictamen de la comisión que conoció del asunto vetado *aceptare las objeciones del Poder Ejecutivo o propusiere el resello de la ley,* si el dictamen fuere aprobado, *"se someterá a los tres debates de ley".*

En ninguno de los artículos 125, 126, 127 y 128 constitucionales, que regulan lo concerniente a los vetos, hemos encontrado una fundamentación concreta o alguna otra que se pudiera interpretar en el sentido de que dispone o indica que propuesto el resello, el proyecto respectivo deba ser aprobado en una sola sesión.

El ordinal 128 nos dice que cuando la Corte, al conocer de un recurso de inconstitucionalidad declara que un proyecto contiene disposiciones inconstitucionales, estas se tienen por desechadas y el *resto* se envía a la Asamblea para la tramitación correspondiente, y lo mismo se hace con el proyecto *completo* cuando la Corte declara que no contiene disposiciones contrarias a la Constitución.

Se entiende por "tramitación correspondiente", el que la parte no considerada contraria a la Constitución, o el proyecto completo, sean aprobados de nuevo por la Asamblea en tres debates.

Ahora bien, si ese *"resto"* o el *"proyecto completo"* ya habían sufrido tres debates —lo mismo que los proyectos que se resellan ahora en un solo acto— *¿por qué la Asamblea tiene que aprobarlos de nuevo en tres debates?*

De ahí inferimos que también el "resello" requiere de los tres debates, porque creemos que "veto" se está usando aquí como sinónimo de "anulo", aunque etimológicamente signifique "prohíbo", que era la fórmula usada por los tribunos romanos para oponerse a los decretos del Senado.

"En la técnica legislativa, *anulación* se ha empleado para expresar la derogación más tajante, la declaración de inexistencia de un texto, al menos en el futuro, y en cuanto a todos sus efectos".[7]

Pareciera entonces que el artículo 128 CP asimila "vetar" a "anular", ya que al exigir de nuevo la aprobación en tres debates de un proyecto de ley vetado —parcial o totalmente declarado por la Corte Suprema de Justicia como exento de inconstitucionalidad— está considerando la ley aprobada por la Asamblea Legislativa como *inexistente.*

En cuanto al *resello,* en el artículo 96 del Reglamento se escogió equiparar dos situaciones diferentes y por lo mismo con distintos efectos, y darles el mismo tratamiento tanto a la aprobación como al rechazo del informe de comisión que proponga resellar un proyecto.

Aceptamos que en el segundo caso todo quede consumado en una sola votación, porque el proyecto desaparece, no tendrá efectos *ex tunc* ni *ex nunc,* por lo que no tendría sentido darle tres debates a algo que no existe. La misma Constitución ordena archivarlo si no se reúnen los dos tercios de los votos para ser resellado.[8]

Distinta es la situación que se presenta si la Asamblea desechare las observaciones del Poder Ejecutivo, "y el proyecto fuere nuevamente aprobado por dos tercios de votos del total de sus miembros".[9]

La frase "fuere nuevamente aprobado" nos inclina a considerar una vez más que ese espaldarazo debe serlo en tres debates. ¿Cómo se "aprobó" el proyecto?: en tres debates. *Ergo,* para ser "nuevamente aprobado" debe serlo también en tres debates y no en una sola sesión, lo que supondría un solo debate. Aquí calza perfectamente el aforismo latino de permanente vigencia por su innegable lógica: "Donde hay la misma razón para decidir, debe aplicarse igual disposición legal".

---

6. Vid, COSTA RICA, *Asamblea Legislativa, Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior,* Imprenta Nacional, San José. 1960. págs. 38-39.
7. CABANELLAS, G., *"Diccionario de Derecho Usual"*, tomo I, 11ª edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, República de Argentina. 1977, pág. 192.
8. Art. 127, Constitución Política.
9. *Ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En apoyo de la tesis expuesta, podemos aducir también la norma constitucional 124, que manda: "Todo proyecto para convertirse en ley debe ser objeto de tres debates, cada uno en distinto día, obtener la aprobación de la Asamblea y la sanción del Poder Ejecutivo, y publicarse en el Diario Oficial. . .". Hace la salvedad este numeral de que se votarán en una sola sesión, *únicamente* los "acuerdos" que tome la Asamblea en uso de las atribuciones consignadas en 14 incisos del artículo 121 CP.

La única variante en el resello es la exigencia de una mayoría calificada, lo que no le da la categoría de ley reforzada a la que se apruebe mediante el procedimiento del resello. Tal mayoría exigida es una especie de penalización *a priori*, destinada a que quede debida constancia de la eficacia de la confirmación legislativa de un acto "anormal" de su parte, que desquicia la fase constitutiva, al imponerle la Asamblea a la otra parte que concurre en esta fase, contra su voluntad, la obligación de sancionar el proyecto vetado, y además publicarlo, que constituye la fase integrativa de la eficacia, potestad exclusiva del Poder Ejecutivo.[10]

Se infiere de lo hasta aquí expuesto, que la disposición del artículo 96 del Reglamento, en el sentido de que un resello se vote en una sola sesión, carece de fundamento constitucional, y así pareció entenderlo la Asamblea Legislativa hasta abril de 1962.

La otra hipótesis sería la contraria, sea, que no es inconstitucional el resello en una sola sesión.

El único posible asidero para una interpretación afirmativa a la constitucionalidad del numeral 96 reglamentario, radicaría en que por analogía —*a contrario sensu*— se aplique al resello lo dispuesto en el artículo 127 CP para el caso de que las objeciones del Poder Ejecutivo a un proyecto sean desechadas y no logren reunir los dos tercios de votos para ser sancionado: *en una única votación* —negativa— *se decide que el asunto obligadamente se vaya al archivo.*

La analogía podría encontrarse en el hecho de que mediante una *votación positiva* de dos tercios se apruebe el resello, con lo cual, *en vez de que el proyecto deba archivarse, tenga que ser obligadamente sancionado y publicado* por el Poder colegislador que lo objetó.

La votación calificada que se exige lo es para el tercer debate, trámite en el que se aprueban o se desechan en forma definitiva los proyectos de ley, pues ningún informe de comisión necesita de dos tercios de votos para ser aprobado, sino simple mayoría para que se entre a conocer en primer debate.

Para concluir con este análisis, sólo nos resta manifestar que si la inveterada práctica de la Asamblea Legislativa ha sido considerar el veto como *anulación*, o sea como *declaración de inexistencia* de un texto aprobado por ella conforme lo ordena el artículo 124 CP, lo que se desprende claramente de la aplicación que se le ha dado a lo dispuesto por el numeral 128 CP sobre los vetos fundados en razones de inconstitucionalidad —aun cuando la Corte Suprema de Justicia haya declarado que un proyecto completo no contiene disposiciones contrarias a la Constitución— no encontramos entonces razón válida alguna para que el "resello" se produzca en una sola sesión.

En la práctica, lo que ha existido desde 1962 es la "homologación" por parte de la Asamblea Legislativa, de un procedimiento abiertamente inconstitucional.

4) Solución:

Si bien consideramos que la facultad que tiene la Asamblea de "darse el reglamento para su régimen interior" —valga decir, para el procedimiento legislativo— viene a cumplir una exigencia de "independencia funcional", como la denomina el Lic. Carlos Ml. Arguedas,[11] tal facultad no debe entenderse irrestricta como para ignorar o abrogar de hecho las normas constitucionales atinentes, tratándolas como letra muerta.

De ahí que, por estimar que es conveniente por muchas razones que se instituya a derecho el **veto parcial** —y que se le dé sustento constitucional a la práctica viciada que desde 1962 ha venido ejerciendo la Asamblea Legislativa, de resellar en una sola sesión los proyectos objetados por el Poder Ejecutivo— propongamos como solución reformar, como seguidamente se expone, los artículos 125, 126, 127 y 128 CP y

---

10. Art. 140, Inc. 3), Constitución Política.

11. ARGUEDAS, Carlos Ml., *"La iniciativa en la formación de la ley"*, Editorial Juricentro S.A., San José, 1978, pág. 79.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el 96 del Reglamento, este último con el fin de establecer la necesaria concordancia entre lo que disponen las normas constitucionales y el procedimiento legislativo.

A) Reforma de los artículos 125, 126, 127 y 128 CP.

"Artículo 125.—Si el Poder Ejecutivo no aprobare un proyecto de ley votado por la Asamblea, lo vetará y lo devolverá con las objeciones pertinentes.

No procede el veto sobre los proyectos que aprueben el Presupuesto Ordinario y los extraordinarios de la República, en cuanto a los ingresos y los gastos autorizados a la Administración Pública.

Sí puede vetar el Poder Ejecutivo aquellas normas que considere extraña a la materia propiamente presupuestaria, y ejecutar válidamente la parte no objetada del proyecto".

"Artículo 126. (Agregar un párrafo segundo).—El veto puede ser parcial. En este caso, el contenido del proyecto que no objete el Poder Ejecutivo, deberá ser sancionado y publicado".

"Artículo 127.—Reconsiderado el proyecto por la Asamblea, con las observaciones del Poder Ejecutivo, si la Asamblea las desechare y el proyecto fuere nuevamente aprobado, lo que deberá hacerse en una sola sesión por dos tercios de votos del total de sus miembros, quedará sancionado y se mandará a ejecutar como ley de la República.

Si se adoptaren las modificaciones propuestas, se devolverá el proyecto al Poder Ejecutivo, quien no podrá negarle la sanción.

De ser desechadas, y de no reunirse los dos tercios de votos para resellarlo, se archivará sin más trámite y no podrá ser considerado sino hasta la siguiente legislatura".

"Artículo 128. (Agregar un párrafo final seguido).—En este último caso, se considerará que no existió veto, y el Poder Ejecutivo debe sancionarlo y publicarlo sin ningún trámite previo por parte de la Asamblea Legislativa, salvo el de su envío".

B) Reforma del artículo 96 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

"Artículo 96.—Cuando el Poder Ejecutivo objetare total o parcialmente un proyecto de ley, el Presidente de la Asamblea lo pasará a la misma comisión que conoció del asunto a que se refiere, para que vierta el informe del caso. En la tramitación del veto, se seguirá el siguiente procedimiento:

1) Si el informe propusiere el resello, el proyecto se aprobará o rechazará en una sola sesión.

2) Si el informe aceptare las reformas propuestas por el Poder Ejecutivo y fueren aprobadas, se someterá a los tres debates de ley y la resolución final se ajustará a lo que dispone el párrafo segundo del artículo 127 de la Constitución Política.

3) Si, por el contrario, el dictamen no aceptare las objeciones ni propusiere el resello, y lo aprobare la Asamblea, se dará por concluido el asunto y se procederá conforme lo ordena el párrafo final del artículo 127 de la Constitución Política.

4) El informe que acepte las reformas de un veto parcial, una vez aprobado conforme al inciso 2), se enviará al Poder Ejecutivo para que lo sancione y publique con el mismo número que le correspondió a la ley que promulgó el contenido del proyecto no vetado, con el agregado de la palabra 'bis'".

Con las modificaciones atrás sugeridas, estimamos que se aclara y se simplifica el trámite de los vetos en una forma lógica, a la vez que se ponen a derecho dos situaciones para nosotros hoy confusas que suscitan controversia: la potestad ejecutiva de interponer un veto parcial a los proyectos de presupuesto, a la vez que ejecutar válidamente la parte no objetada; y la facultad que se arrogó la Asamblea Legislativa por vía reglamentaria de aprobar los resellos en una sola sesión, cuya problemática hemos intentado analizar en estas líneas, con las limitaciones propias de nuestro leal saber y entender.

Este breve trabajo, limitado al examen crítico y a la exegesis de unas pocas normas jurídicas, todas importantes para la vida institucional de la República, no tiene otro propósito que el de ofrecer un modesto aporte en aras de la consolidación de nuestro Estado de Derecho, y brindando a la vez las soluciones que consideramos más apropiadas a los problemas planteados.

Si acertamos o no, con beneplácito o con resignación aceptaremos el veredicto de los entendidos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SEGUNDA PARTE

El procedimiento en la formación de la ley: Su urgente reforma.

Antecedentes.

Al través de los años, muchos han sido los intentos que se han hecho en aras de lograr una mayor eficiencia en el desarrollo de la labor legislativa, tan venida a menos por los entrabamientos existentes, humanos y reglamentarios, como es *vox populi.*

En el año 1974, cuando cumplíamos funciones con el Poder Legislativo, nos propusimos la tarea de intentar una reforma global del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior vigente en aquel entonces, sustentada a su vez en una reforma parcial a la Constitución Política en el Capítulo de formación de las leyes. Logramos terminar el trabajo y lo pusimos en manos de una comisión especial que había nombrado la Cámara para proponer reformas al Reglamento, pues entendíamos que era nuestro deber contribuir con algo de la experiencia adquirida al través de muchos años en diferentes legislaturas, para dotar al Parlamento costarricense de un instrumento ágil que le permitiera una mayor eficiencia en el desarrollo de uno de sus cometidos principales: legislar en beneficio del país, complementando así una serie de reformas que se iniciaron en 1962, con la adopción de un nuevo Reglamento.

En octubre de 1976 dejamos la Asamblea, y nunca supimos si aquella comisión especial rindió algún informe, ni qué vientos le corrieron a nuestro trabajo, el que ahora sacamos a la luz debidamente corregido por las exigencias de la época, coyuntura que hemos aprovechado para incluir en él, además de nuestras propias inquietudes, valiosas e interesantes iniciativas ajenas, de las que en el momento oportuno se dejará cumplida constancia.

Para lograr el propósito principal de este trabajo —que antes no se pudo conseguir, como ha quedado expuesto— se requiere de un ingrediente que cuesta mucho conseguir: "voluntad política", entendida en este caso como la decisión firme y patriótica, por encima de banderías politiqueras, de reformar la Constitución Política y el Reglamento de la Asamblea Legislativa, con el fin de agilizar los procedimientos parlamentarios eliminando de la *praxis* legislativa el filibusterismo, la demagogia, la aprobación de las llamadas normas "atípicas" dentro de los presupuestos, los "paquetes" y el excesivo bla bla.

A) Reforma parcial al Capítulo de formación de las leyes.

1) Introducción.

La viabilidad del cambio que proponemos descansa primordialmente en que se reformen los artículos 123 y 124 de la Carta Política, a fin de darles sustento a las modificaciones que requiere el reglamento legislativo, las que sin el respaldo del marco constitucional no pasarían de la categoría de otras normas "atípicas".

El Derecho Comparado, y específicamente el sistema italiano, ofrece formas de solución para descongestionar la agenda del plenario legislativo, atiborrada de proyectos, a los que les espera, tarde o temprano, un lugar en los anaqueles del Archivo de la Asamblea si no se hacen cambios en el procedimiento actual.

El Dr. Mauro Murillo, en publicación bajo el título *"Sobre las leyes aprobadas en comisión"*, con la propiedad y el dominio del tema que lo caracteriza y en una labor de síntesis admirable, hace una exposición del sistema italiano, informando a la vez de sus críticas y defensas, para finalizar proponiendo las bases de una reforma constitucional que permita poner en funcionamiento el procedimiento de aprobar leyes en comisión.[12]

El valioso trabajo elaborado por el Dr. Murillo corrió la misma suerte de muchos otros: nadie se interesó en acogerlo y ponerlo en ejecución por falta de decisión política, y en parte también por abulia mental, porque requería darles forma a sus ideas incluyéndolas en un proyecto concreto.

El presente trabajo recoge el fruto de aquella semilla sembrada por el Dr. Mauro Murillo. Su único mérito radica quizá en que pretende haber-

12. MURILLO, Mauro, *"Sobre las leyes aprobadas en comisión"*, (mimeografiado), Departamento de Servicios Técnicos, Asamblea Legislativa, 1972.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

les dado forma a las bases que él propuso, adaptándolas a la normativa constitucional costarricense y desarrollándolas luego dentro del Reglamento, con la íntima esperanza de haber acertado.

Asimismo, se acogen las sugerencias que hizo editorialmente un diario de la mañana[13] —que se estiman oportunas y atinadas y pueden contribuir a lograr un más expedito y ágil trámite de los proyectos por parte de la Cámara— las que se incorporan en este trabajo mediante la inclusión de dos nuevos párrafos en el artículo 123 CP, la derogatoria del artículo 43, la reforma de los artículos 41 y 70 del Reglamento de la Asamblea, así como la adición de un nuevo artículo dentro del Capítulo de trámites varios, que delinea el procedimiento en la tramitación de aquellos proyectos que el Poder Ejecutivo califique de interés nacional.

2) Reformas.

Hecha la anterior y necesaria introducción, ofrecemos de seguido la modificación que se propone al texto de los artículos 123 y 124 CP, íntimamente relacionados, consistente en cuanto al primero en el agregado de seis nuevos párrafos, y en cuanto al segundo reformando el párrafo primero y a la vez dividiéndolo y agregándole un nuevo párrafo segundo, con lo cual estas dos normas constitucionales se leerían así:

> *"Artículo 123.* Durante las sesiones ordinarias, la iniciativa en la formación de las leyes corresponde a cualquiera de los miembros de la Asamblea Legislativa y al Poder Ejecutivo, por medio de los ministros de Gobierno. Los proyectos de ley que el Poder Ejecutivo considere de interés nacional, tendrán una tramitación especial.
>
> Los proyectos de ley que se presenten a conocimiento de la Asamblea Legislativa, serán aprobados en definitiva unos por las comisiones que nombre la Asamblea, y otros por el Plenario, según la materia de que traten.
>
> La aprobación directa de la Asamblea, previo informe de una comisión dictaminadora, está reservada para los proyectos a que se refiere el párrafo primero del artículo 124 siguiente.
>
> Las comisiones tendrán potestad legislativa, y también el carácter de dictaminadoras sobre aquellos proyectos que les someta el Presidente de la Asamblea.
>
> Cuando una comisión, por votación no menor de las dos terceras partes de sus mienbros, decida que un proyecto aprobado por aquella requiere ser aprobado también por la Asamblea como una medida de control, elevará el proyecto al Plenario para que este lo apruebe o lo impruebe en un solo debate, sin que pueda modificarlo.
>
> Los proyectos que el Poder Ejecutivo someta a la Asamblea Legislativa calificándolos de interés nacional, así como los relativos a empréstitos internacionales, deberán ser definitivamente aprobados o improbados dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco días después de recibidos por la Asamblea Legislativa. La calificación de interés nacional deberá ser razonada".
>
> *"Artículo 124.*—Los proyectos de ley de trascendencia política, los de materias constitucional, económica, electoral, tributaria, presupuestal, interpretaciones auténticas, ratificación de tratados internacionales, tratados públicos, concordatos y aquellos que afecten la soberanía nacional, para convertirse en ley deben ser objeto de tres debates, cada uno en distinto día, obtener la aprobación de la Asamblea Legislativa y la sanción del Poder Ejecutivo, y publicarse en el Diario Oficial, sin perjuicio de los requisitos que esta Constitución establece para casos especiales.
>
> Todos aquellos otros proyectos de ley que no sean de las materias a que se refiere el párrafo anterior, se convertirán en ley mediante un debate único, si en éste obtienen la aprobación de la Asamblea y luego la sanción del Poder Ejecutivo. Deben asimismo publicarse en el Diario Oficial.
>
> Los acuerdos que se tomen en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23) y 24) del artículo 121, no tienen el carácter de leyes, se votarán en una sola sesión y deben publicarse en el Diario Oficial.
>
> La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes, aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas".

B. Reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

1) Introducción.

Las reformas insertas a los dos numerales constitucionales, nos permiten enunciar las que se proponen al Reglamento de la Asamblea, necesarias para complementarlas.

La innovación que se produce en los artículos 123 y 124, como fácilmente se observa de cotejarlos con los textos vigentes, radica:

a) Según la materia de que traten los proyectos sometidos al conocimiento de la Asamblea, estos serán aprobados en definitiva: unos por el Plenario en tres debates, otros en comisión tam-

13. LA REPÚBLICA, *"Tres reformas insoslayables"*, editorial, viernes 2 de setiembre, 1988, pág. 14.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

bién en tres debates, y finalmente otros por el Plenario en un único debate, con o sin modificaciones, en este último caso cuando sean remitidos al Plenario por una comisión como medida de control.

b) Se reservan para la aprobación directa de la Asamblea en tres debates, previo dictamen de una comisión dictaminadora, los proyectos de ley que tengan trascendencia política, los referentes a materias constitucional, económica, electoral, tributaria, presupuestal, interpretaciones auténticas, ratificación de tratados internacionales, tratados públicos, concordatos y aquellos que afecten la soberanía nacional, siguiendo en esto la tendencia moderna democrática, que apunta a que "al Parlamento deben reservarse los grandes debates sobre las líneas generales de la legislación", según lo sostiene el renombrado tratadista italiano Giuseppe D'Eufemia, citado por el Dr. Mauro Murillo.[14]

c) Al reservarse al pleno de la Asamblea la decisión sobre la legislación de "gran trascendencia política" y sobre todas las materias que se citan en el párrafo primero del artículo 124, los otros proyectos que no se refieran a esas materias puede someterlos el Presidente de la Cámara a la aprobación directa de las comisiones o bien para que dictaminen sobre ellos. En el primer caso, se confiere a esas comisiones potestad legislativa en el nuevo párrafo cuarto del artículo 123.

Entre las materias que no se reservan para el conocimiento directo de la Asamblea, se pueden citar proyectos de ley sobre tarifas de impuestos municipales, concesiones de agua, regímenes especiales de pensiones, asuntos relacionados con la agricultura, la ganadería, transportes, comunicaciones, salud, trabajo, seguridad y protección social, educación, comercio, industria; derechos Civil, Penal, Comercial, Procesal, Laboral, de Familia, Contencioso Administrativo, etcétera, sin que se trate de una enumeración taxativa ni se agote ésta.

Todos los proyectos relacionados con las anteriores materias, cuando no resulten de gran trascendencia política, deberán ser enviados a estudio de las comisiones, y queda a la discrecionalidad del Presidente de la Asamblea establecer, caso por caso, cuáles proyectos se aprobarán como leyes en comisión, y cuáles deben ser dictaminados para ser votados en el Plenario en el Capítulo de único debate que se incorpora al Reglamento.

Las reformas parciales que se introducen al Capítulo de formación de las leyes de la Carta Fundamental al través de sus artículos 123 y 124, con el propósito de tratar de agilizar los procedimientos legislativos en general y en particular de descongestionar la perennemente atestada agenda del Plenario, acudiendo a un sistema que no sea el de los ya institucionalizados "paquetes de leyes" o bien mediante la inclusión de normas "atípicas" en las leyes de presupuesto, aprovechando que estos tienen un trámite especial privilegiado que garantiza su aprobación en un lapso de tiempo preestablecido,[15] se deben complementar con las correspondientes reformas al Reglamento.

Para lograr el objetivo enunciado en el párrafo antecedente —y sin perjuicio de otras modificaciones pertinentes— se incluyen a continuación las modificaciones mínimas que consideramos indispensables en los actuales capítulos ***VI,*** **De las comisiones;** ***VII,*** **De la presentación y tramitación de proyectos, y** ***VIII,*** **De las sesiones de la Asamblea,** así como de los capítulos ***IX,*** **De la discusión en segundo debate** (que pasará a ser ***XI); X,*** **De la comisión de redacción** (que pasará a ser ***XII); XI,*** **Del tercer debate** (que pasará a ser ***XIII); XII,*** **Trámites varios** (que pasará a ser ***XIV)*** —y así sucesivamente los demás—, cambio de numeración obligado por la adición que se propone de dos nuevos capítulos que no contiene el Reglamento vigente: **Del único debate** como ***IX,*** y **Del primer debate** como ***X.***

Estos dos capítulos referentes al único debate y al primer debate, se conforman con normas nuevas algunas y con otras concordantes que aparecen actualmente desperdigadas en diferentes lugares del Reglamento, en los cuales no encuentran su idónea ubicación.

---

14. Vid, *supra*, nota 1.

15. ASAMBLEA LEGISLATIVA, *"Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior"*, art. 76.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2) Reformas.

CAPÍTULO VI — DE LAS COMISIONES

(Se le adicionan tres nuevos artículos)

Artículo. . .—Las comisiones permanentes tendrán potestad legislativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Política.

Artículo. . .—Todo proyecto, para convertirse en ley en una comisión, según lo dispuesto en la Constitución Política y en este Reglamento, debe ser objeto de tres debates, cada uno en distinto día obtener la sanción del Poder Ejecutivo y publicarse en el Diario Oficial.

No obstante, cuando por votación no menor de las dos terceras partes de sus miembros, en una comisión se decida que un proyecto ya aprobado por ella debe ser también aprobado por el Plenario en el capítulo de único debate como medida de control, lo solicitará así al Presidente de la Asamblea, el que no podrá apartarse del criterio de aquella sin el consenso de la mayoría de la Asamblea.

Artículo. . .—Las comisiones estarán integradas proporcionalmente a la representación política de los diferentes partidos en la Asamblea Legislativa.

CAPÍTULO VII — DE LA PRESENTACIÓN Y TRAMITACIÓN DE PROYECTOS

Artículo 41. (Con reformas).—Las mociones que estén destinadas a modificar un proyecto de ley en cuanto a la forma, caben en cualquiera de los debates y pasarán automáticamente a la comisión de redacción para que sean incorporadas al proyecto de que se trate, si así lo determinare dicha comisión, antes de que sea votado en único debate o en tercer debate, según el caso.

Si se tratare de mociones destinadas a modificar un proyecto de ley en cuanto al fondo, sólo se admitirán cuando se presenten al Directorio durante las primeras tres sesiones de discusión del proyecto en único debate o en primer debate, según corresponda, siempre que estos no hayan concluido antes. Las mociones presentadas se darán a conocer a los diputados por el medio que el Presidente considere más oportuno y conveniente, y se pondrán a discusión siguiendo el orden de presentación y de articulado que afecten.

Artículo 43.—Derogarlo.[16]

CAPÍTULO VIII — DE LAS SESIONES DE LA ASAMBLEA

Artículo 54. (Se reforma en lo conducente).—Para el despacho de los asuntos en las sesiones plenarias de la Asamblea, el Directorio seguirá las siguientes normas:

1) La Secretaría formará el Orden del Día así:
a) . . .
b) . . .
c) . . .
ch) Segundos debates.
d) Único debate.
e) Terceros debates.
f) Primeros debates.

2) Si a las dieciocho horas no se hubiere agotado el conocimiento de proyectos en su trámite de único debate, primeros, segundos o terceros debates, se suspenderá su discusión para conocer de inmediato:
a) . . .
b) . . .
c) . . .
ch) . . .
d) . . .
e) . . .
f) . . .
g) . . .

3) El Orden del Día podrá ser alterado, pero las mociones que tengan ese propósito solo serán de recibo cuando así lo soliciten diez diputados de dos o más fracciones, o no menos de la mitad de los jefes de fracción debidamente acreditados.
. . .
La alteración del Orden del Día surtirá efecto en la sesión siguiente a su aprobación, y los asuntos correspondientes seguirán tramitándose conforme a tal alteración hasta su resolución final, pero en todo caso después del capítulo de **Suspensión de derechos y garantías,** sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos. . . y. . . de los capítulos de único debate y de **Primeros debates,** respectivamente.

4) . . .
5) . . .
6) . . .

CAPÍTULO IX — DEL ÚNICO DEBATE

(Nuevo)

Artículo. . .—En este capítulo se conocerán los proyectos de ley a que se refiere el párrafo segundo del artículo 124 de la Constitución Política, y aquellos otros que aprobados por una comisión con arreglo a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 123 constitucional, se sometan a la aprobación o improbación del Plenario, como una medida de control.

Artículo. . .—Los asuntos entrarán a conocerse en este capítulo de conformidad con las disposiciones contenidas en el inciso 5) del artículo 54.

Artículo. . . (Actual 52, párrafo final).—Al iniciarse la discusión de un asunto en único debate, deben colo-

16. Éste dispone que si en una comisión es rechazada una moción de fondo presentada a tiempo, el diputado proponente tiene el derecho de volver a presentarla a la Asamblea durante el primer debate. Asimismo, concede el derecho al diputado proponente de un proyecto de ley, de presentar para su discusión en el Plenario, su proyecto original, en cuanto éste hubiere sido modificado por el dictamen que estuviere tramitándose en primer debate. En ambos casos se requiere que la Asamblea se constituya en comisión general.

carse en la curul de cada diputado el o los informes de la comisión dictaminadora respectiva, los cuales necesariamente deben incluir el texto del proyecto de ley recomendado.

Artículo. . .—En este capítulo, los diputados pueden presentar mociones destinadas a variar el fondo de los proyectos, excepto cuando se trate de los aprobados en comisión a los que hace referencia el artículo. . .

Artículo. . . (Actual 45, reformado).—El trámite de único debate de todo proyecto de ley se iniciará con la lectura de los dictámenes presentados, salvo que por moción de orden, aprobada por dos tercios de los diputados presentes, se prescinda de su lectura.

Posteriormente se concederá un máximo de quince minutos a un miembro firmante del dictamen de mayoría, para que brinde una explicación general del texto. Además, se otorgará un máximo de diez minutos a un diputado firmante de cada dictamen de minoría.

Una vez concluidas las explicaciones sobre los dictámenes, se procederá al conocimiento de las mociones de fondo que se hubiesen presentado. Posteriormente se iniciará la discusión en único debate, y se procederá a aprobar o a improbar el proyecto de ley.

Si existiere un solo informe y fuere rechazado, o se improbaren todos los que hubiesen, el proyecto será archivado.

Artículo. . .—Cuando sea solicitada la dispensa de trámites previos para que en un asunto entre a conocerse en este capítulo, sin ninguna prioridad especial, la moción que lo pida requiere mayoría absoluta de los diputados presentes.

Artículo. . . (Actual 56, reformado).—Un proyecto de ley podrá ser conocido de inmediato por la Asamblea en este capítulo, sin el requisito de informe previo rendido por una de las comisiones permanentes de la Asamblea, dejándose sin efecto para el caso concreto lo dispuesto en el párrafo final del inciso 3) del artículo 54, si está involucrada alteración del Orden del Día. En tal caso, la Asamblea actuará como comisión general, cuando así lo disponga mediante la expresa dispensa de trámites previos, aprobada por votación de los dos tercios de los diputados presentes.

Una vez terminada la discusión del proyecto, y habiéndose conocido directamente las mociones de fondo que hayan presentado los diputados, el Presidente pondrá inmediatamente a votación el proyecto.

Artículo. . .—En la discusión de los asuntos que se conocen en este capítulo, no podrán hacer uso de la palabra más de cuatro diputados: dos para hablar en favor y dos en contra, por un período de tiempo máximo de diez minutos cada uno y sin que quepan solicitudes de prórroga.

Los diputados con derecho a intervenir serán determinados por el Presidente de acuerdo con el orden en que hayan solicitado el uso de la palabra, una vez concluidas las explicaciones sobre los dictámenes a que se refiere el párrafo segundo del artículo. . . La misma disposición se aplicará en el caso de que se presenten mociones, teniendo prioridad para exponer el o los proponentes en ellas.

Artículo. . .—Además de los asuntos que no sean de las materias que indica el párrafo primero del artículo 124 de la Constitución Política, se conocerán también en este capítulo los dictámenes unánimes negativos rendidos por las comisiones permanentes.

CAPÍTULO X — DEL PRIMER DEBATE

(Nuevo)

Artículo. . . (Nuevo).—El primer debate es el único trámite en el que se pueden presentar mociones para variar el fondo de los proyectos de ley a que se refiere el párrafo primero del artículo 124 de la Constitución Política.

Artículo. . . (Nuevo).—Los asuntos entrarán a discutirse en primer debate de conformidad con el orden establecido en el inciso 5) del artículo 54, en relación con los artículos 23 y 38.

Artículo. . . (Actual 52, párrafo final).—Al iniciarse la discusión de un asunto en primer debate, deben colocarse en la curul de cada diputado el o los informes de la comisión dictaminadora respectiva, los cuales necesariamente deben incluir el texto del proyecto de ley recomendado.

Artículo. . . (Actual 45, reformado).—El trámite de primer debate de todo proyecto de ley se iniciará con la lectura de los dictámenes presentados, salvo que por moción de orden, aprobada por dos tercios de los diputados presentes, se prescinda de su lectura.

Posteriormente se concederá un máximo de quince minutos a un miembro firmante del dictamen de mayoría, para que brinde una explicación general del texto. Además, se otorgará un máximo de diez minutos a un diputado firmante de cada dictamen de minoría.

Una vez concluidas las explicaciones sobre los dictámenes, se procederá al conocimiento de las mociones de fondo que se hubiesen presentado. Posteriormente se iniciará la discusión en primer debate, y se procederá a aprobar o a improbar el proyecto de ley.

Si existiere un solo informe y fuere rechazado, o se improbaren todos los que hubiesen, el proyecto será archivado.

Artículo. . . (Nuevo).—Cuando se solicite la dispensa de trámites previos para que un asunto entre a conocerse en primer debate, sin ninguna prioridad especial, la moción que lo pida requiere mayoría absoluta de los diputados presentes.

Artículo. . . (Actual 56, reformado).—Un proyecto de ley podrá ser conocido de inmediato por la Asamblea en primer debate, sin el requisito de informe previo de una de las comisiones permanentes, dejándose sin efecto para el caso concreto lo dispuesto en el párrafo final del inciso 3) del artículo 54, si está involucrada alteración del Orden del Día. Se entenderá entonces que la Asamblea actúa como comisión general, cuando así se disponga mediante la expresa dispensa de trámites previos aprobada por votación de los dos tercios del total de los diputados presentes.

Una vez terminada la discusión del asunto en primer debate, y habiéndose conocido directamente las mociones de fondo de los diputados, el Presidente pondrá a votación el proyecto.

Artículo. . . (Parte del actual 46).—Un proyecto de ley aprobado en primer debate por la Asamblea, entrará como base de discusión para segundo debate. El día de ese debate será fijado por el Presidente de la Asamblea.

CAPÍTULO XII — DE LA COMISIÓN DE REDACCIÓN

Artículo 60. (Se modifica y se le agrega un párrafo final).—Aprobado un proyecto en su trámite de único

debate o de primer debate, la secretaría lo enviará a la Comisión de Redacción para que sea revisado y se apruebe su redacción definitiva.

Esta comisión deberá devolver el proyecto, ya revisado y aprobada su redacción, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes si hubiere sido aprobado en el capítulo de único debate, y antes de que se inicie el trámite de tercer debate si fue aprobado en el capítulo de primer debate. El texto será distribuido a los diputados antes de dicho debate.

Cuando la comisión advierta algún error u omisión que afecte el fondo del asunto, y por lo tanto no pueda hacerle la corrección que amerita, lo comunicará así al Presidente de la Asamblea, quien informará de ello al Plenario o a la comisión respectiva, si se tratare de un proyecto aprobado en comisión. En la sesión siguiente a tal informe, el Presidente dispondrá incluir de nuevo el proyecto de que se trate en el primer lugar del capítulo de único debate o del capítulo de primeros debates, según corresponda, a fin de que la Asamblea lo vote de nuevo con las correcciones de fondo indicadas por la Comisión de Redacción. Igual procedimiento se seguirá en la comisión respectiva.

CAPÍTULO XIV — TRÁMITES VARIOS

Artículo 70. (Reformado).—El diputado tiene derecho a hacer uso de la palabra en las sesiones del Plenario, si lo solicita al Presidente.

Si se tratare de la discusión de proyectos de ley en el trámite de primer debate, el diputado podrá intervenir, con respecto a cada moción, por un plazo no mayor de cinco minutos por una sola vez. En ningún caso se podrán conceder plazos adicionales.

Con relación al fondo del proyecto, quien pida la palabra podrá intervenir por un plazo de hasta diez minutos.

Durante la discusión general del proyecto en el tercer debate, se concederá al diputado un plazo de hasta quince minutos, que podrá aprovechar de una sola vez o en tres turnos de cinco minutos cada uno. En ningún caso se podrán conceder plazos adicionales, ni cederse los otorgados.

Artículo. . . (Nuevo, adaptado del art. 76).—En la tramitación de los proyectos calificados de interés nacional, y de aquellos que se refieran a empréstitos internacionales, se procederá en la siguiente forma:

a) El proyecto ocupará el primer lugar del Orden del Día de la comisión permanente respectiva, al siguiente día de la fecha en que sea recibido por la Secretaría de la Asamblea Legislativa, y conservará ese lugar hasta su votación final, la que necesariamente debe producirse dentro del plazo de los doce días hábiles siguientes.
b) El informe o los informes sobre el proyecto deberán ser rendidos por la comisión dentro de los tres días hábiles posteriores al de la votación final.
c) Transcurrido el término a que se refiere el inciso anterior, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23, el proyecto se conocerá en primer lugar en sesión plenaria de la Asamblea a partir de las dieciocho horas, inmediatamente después del capítulo de correspondencia, y conservará este lugar hasta su votación final, la que deberá producirse en tercer debate dentro del plazo que falte para completar los cuarenta y cinco días a que se refiere el párrafo final del artículo 123 de la Constitución Política.

3) Consideraciones finales.

El Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa vigente a la fecha, propicia el entrabamiento del trámite legislativo con una serie de disposiciones absurdas, como la que permite que un solo diputado pueda casi paralizar el funcionamiento normal del Parlamento durante días y días, sin que reglamentariamente ni en ninguna otra forma válida el Directorio pueda impedírselo, a no ser pasándole por encima a los artículos 41, 43, 45 y 70.

Las reformas que se proponen, producto de la observación del quehacer legislativo durante casi 40 años —veinte de ellos desde adentro— quizá no sean la panacea para todos los males que aquejan al Poder Legislativo, pero sí pueden contribuir a aliviar no pocos. La experiencia acumulada al servicio de la Asamblea, en un cargo en el que obligadamente había que lidiar con los vericuetos del Reglamento para poder cumplir eficientemente las labores encomendadas, nos permiten afirmarlo, dicho sea sin pecar de inmodestia.

Ilustremos con un ejemplo gráfico, parte de lo que está sucediendo ahora: de acuerdo con el procedimiento en uso (artículo 41), cualquier moción de fondo presentada dentro de las seis primeras sesiones de discusión de un proyecto en primer debate (plazo que es excesivo y retrasa sin razón el trámite), debe pasar primero a la comisión dictaminadora, y queda a criterio de esta —y no del plenario— incorporarla al proyecto. La comisión tiene tres días hábiles para rendir su informe a la Asamblea, la que mientras tanto no puede seguir conociendo del proyecto respectivo, cuya discusión debe suspenderse. Si es rechazada la moción —como muchas veces ha sucedido— el proponente tiene la facultad de poder reiterarla en el plenario, lo que significa que se perdieron valiosos días innecesariamente, durante los cuales el proyecto pudo haber avanzado en su tramitación.

Lo anterior nos motivó a eliminar del artículo 41 el procedimiento viciado que líneas atrás hemos descrito y comentado, y asimismo a proponer la derogatoria del artículo 43, cuyo texto ha propiciado la injustificada obstrucción del trámite que han debido sufrir muchos proyectos de interés nacional.

Profundizando un poco más las implicaciones que puede tener el procedimiento antes some-

ramente descrito, sin pretensiones de exegetas nos atrevemos a considerar válido el siguiente planteamiento:

a) Cuando un proyecto sale de la órbita de una comisión y es incluido en el Orden del Día del Plenario, es a este al que debe corresponder decidir si aprueba o no las modificaciones que se le hagan;

b) La comisión dictaminadora cumple su cometido final al dictaminar;

c) Las mociones que se presenten en el plenario, es responsabilidad exclusiva de este aprobarlas o desecharlas;

ch) Si así no lo hiciere, se estaría ante una delegación parcial de la potestad legislativa de la Asamblea en favor de una comisión, delegación que en ninguna de sus normas autoriza la Constitución Política vigente, de donde deviene inconstitucional.

Aún más: nuestra Constitución "ni siquiera contempla expresamente la existencia de comisiones dictaminadoras", como lo apunta acertadamente el Dr. Mauro Murillo.[17]

Si fueran aprobadas las reformas que hemos planteado, tanto a la Constitución Política como al Reglamento de la Asamblea, el cuadro antes expuesto variaría específicamente en dos aspectos: 1) se llenaría la laguna constitucional que no reconoce la existencia de las comisiones dictaminadoras; y 2) se dotaría de potestad legislativa a esas comisiones, aunque limitada en sus efectos al autorizarlas únicamente a que puedan aprobar como leyes aquellos proyectos referentes a materias que no estén reservadas a la aprobación directa de la Asamblea, los que taxativamente señala el párrafo primero del artículo 124 de la Carta Política que se reforma.

Creemos haber abarcado casi todos aquellos aspectos de la actividad legislativa susceptibles de ser mejorados de momento. Se nos quedan otros para alguna oportunidad futura, pues seguimos creyendo que el Reglamento de la Asamblea requiere de una revisión integral, con la finalidad de transformarlo en el instrumento idóneo, ágil y confiable que la Cámara necesita, además de un aporte humano capaz, desinteresado y recto, para recobrar la aureola de prestigio de que gozó antaño, y que hogaño ha venido perdiendo paulatinamente, no obstante los esfuerzos y la dedicación de tantas figuras de excepción que la han honrado y la honran con su presencia.

Dejamos expuestas estas inquietudes, con el no oculto deseo de encontrar el patrocinio de alguno o algunos de aquellos a quienes directamente concierne incorporarlas a la vida jurídica del país, si se les encuentra mérito suficiente para ser tomadas en cuenta.

* * *

17. Vid, *supra*, nota 1.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ARBITRAJE COMERCIAL EN COSTA RICA

LIC. FERNANDO BOLAÑOS CÉSPEDES

CONTENIDO

Pág.

I. Introducción 73

II. Arbitraje interno 74
A. Arbitraje y arbitrio de un tercero. Naturaleza jurídica del arbitraje 74
B. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad 77
C. Cláusula arbitral o compromisoria y compromiso arbitral 79
D. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional 81
E. Objeto del arbitraje 82
F. Partes en el arbitraje 83

III. Base legal del arbitraje comercial internacional en el derecho costarricense 84
A. Criterios de diferenciación con respecto al arbitraje interno 84
B. Base legal del arbitraje comercial internacional en Costa Rica 86

IV. La cláusula arbitral 90
A. El objeto de la cláusula arbitral 90
A.1. Límites *ratione personae* 91
A.2. Límites *ratione materiae* 92
B. Efectos de la cláusula arbitral 93
B.1. Incompetencia de jurisdicción 93
B.2. *Litis pendencia* internacional 95
B.3. Excepción de cosa juzgada 95
B.4. Competencia del tribunal arbitral 96

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

V. Nombramiento de árbitros y procedimiento 97
A. Nombramiento de árbitros 97
B. Procedimiento para el arbitraje internacional 98
B.1. Lugar del arbitraje 98
B.2. Regulaciones sobre derecho aplicable al arbitraje 99

VI. Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras 100
A. Papel del exequátur 100
B. El reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras en el Convenio de New York 101
B.1. Formalidades. La firmeza de la sentencia 101
B.2. Recurribilidad de la sentencia arbitral 102
B.3. Ejecución de sentencia arbitral extranjera en Costa Rica 104
B.4. Causas de denegación de la sentencia arbitral extranjera 105
C. El reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras en el Convenio de Panamá 110

VII. Conclusión 111

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

La internacionalización cada día mayor de las relaciones económicas, en un mundo donde el avance en las telecomunicaciones, el transporte, el tráfico de capitales y la tecnología aplicada al sistema financiero en general, desbordan con facilidad las fronteras del Estado-nación, viene delineando nuevos contornos jurídicos, en los que también nuevos agentes entran en escena para desplazar el protagonismo tradicional de los gobiernos y las legislaciones codificadas.

Asistimos pues a una época de renacimiento de un Derecho Internacional de creación directa por las personas físicas y jurídicas que intervienen en el tráfico comercial, lo cual no quiere decir que tal derecho no existiera con anterioridad, aunque no con la autonomía y la rapidez con que lo vemos desarrollarse hoy. Quizás estemos presenciando, como lo afirman algunos estudiosos del Derecho Mercantil, una vuelta a la *lex mercatoria,* que por obra del comercio en las ciudades renacentistas, revolucionó en poco tiempo la creación jurídica en estas sociedades, imponiendo un Derecho Supraestatal, tiempo antes de que se crearan organismos internacionales o se firmaran tratados entre naciones, para la regulación del Derecho Privado Internacional.

Se nos habla del renacer de fuerzas económicas que actúan como mecanismos de creación de un Derecho Autónomo, de una nueva *"lex mercatoria"*, "especie de *ius gentiun* renacido, Derecho Común de las Naciones (P.H. Fouchard), o nueva costumbre internacional del Derecho Mercantil (P.H. Francescakis), obra de la sociedad internacional de comerciantes (P.H. Kahn), que es objeto de atenta elaboración en la que prima la sensibilidad de la doctrina francesa".*

Todo lo anterior, cobra vigor y metaboliza su propia existencia, a través de instrumentos procesales que tienden a simplificar la actividad jurisdiccional, a acelerar los trámites de solución de conflictos privados y a abaratar el coste de la justicia ordinaria. Es aquí donde adquiere carta de nacionalidad el Derecho Internacional moderno, el arbitraje comercial internacional, fruto de las preocupaciones y necesidades antes expuestas, hijo de las nuevas prácticas comerciales y hermano de la renacida *lex mercatoria.*

Aunque es lógico pensar, como así ha sucedido, que el primer receptáculo del arbitraje comercial internacional, en cuanto instituto adaptado a las necesidades del tráfico mercantil contemporáneo han sido las naciones más desarrolladas, tanto del mundo capitalista, como del espectro de países socialistas, también es cierto que en América Latina hay creciente interés por estos temas, como lo refleja la cantidad de países iberoamericanos que ya han suscrito tanto el Convenio para la ejecución de sentencias arbitrales, Convenio de New York de 1958, como la relativamente reciente Convención Interamericana para el Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá en 1975.

Costa Rica ha ratificado en el año 1977 ambos convenios arriba citados, y con ello ha aceptado que una legalidad desconocida venga a regular directamente lo que hasta entonces había sido monopolio exclusivo de nuestros jueces nacionales y del viejo Código de Procedimientos Civiles, a su vez condicionado por el más antiguo aún Código Civil. Esa apertura de nuestro país al arbitraje comercial internacional plantea no pocas interrogantes y dudas, puesto que los convenios recién ratificados, como se demostrará en este trabajo, conllevan no solo una nueva y distinta mecánica para la práctica del arbitraje, donde la parcela de autonomía concedida a las partes para fijar las condiciones de solución de conflictos es mayor a la concedida por la legislación interna, sino también toda una concepción de fondo o sustantiva sobre el papel de los árbitros internacionales en la creación del Derecho Mercantil Internacional.

Las razones antes expuestas, sumadas al interés por indagar acerca de las relaciones siempre complejas entre Derecho Interno y Derecho Supranacional, han sido las principales inquietudes a las que quisiera dar cauce el presente trabajo.

No hemos pretendido, por las dificultades de tiempo y recursos que ello podría implicar en este

---

* VERDERA TUELLS, Evelio, *"El pierce the veil arbitral de Yves Derains"*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, volumen I, 1985, pág. 44.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

momento, realizar una investigación que tuviera por objeto cubrir en su totalidad el tema del arbitraje, pues más que la definición de conceptos o institutos procesales, nos interesa el señalar los principales elementos de juicio, que de modo especial confieren el arbitraje comercial internacional, un carácter renovador y diferente.

No obstante lo antes expuesto, hemos creído también que resultaba incompleta nuestra labor si entrábamos de lleno a tratar el tema del Derecho que a través de los convenios internacionales firmados y ratificados por Costa Rica hoy regula la figura del arbitraje internacional privado, sin antes referirnos al arbitraje interno de nuestro país. Es por ello que hemos dedicado el primer capítulo al tema del arbitraje interno, con la intención no solo de exponer resumidamente y a los fines que se adapta la investigación en su totalidad, el esquema normativo del arbitraje interno costarricense, sino también con la idea de aprovechar esa exposición trasunta para introducir algunas nociones conceptuales que de paso pudieran servir para un estudio del arbitraje en general, independientemente de su práctica interna o allende las fronteras nacionales.

En un segundo capítulo, tercero en nuestra numeración, iniciamos el estudio propiamente dicho del arbitraje internacional, con una breve reseña histórica sobre los esfuerzos que desde ya hace varios lustros los países del continente americano dedicaron a la creación de cortes arbitrales internacionales. En los capítulos cuarto y quinto continuamos con la exposición y estudio de las normas jurídicas insertas en los convenios internacionales firmados y ratificados por Costa Rica en materia de arbitraje internacional privado, para el capítulo VI abordar el candente y complejo tema de la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, a la luz de los nuevos convenios y de las normas de Derecho Interno costarricense que condicionan su aplicación.

Hubiésemos deseado contar con jurisprudencia costarricense sobre el tema pero creemos que no estamos afirmando una sinrazón cuando decimos que ello no es posible porque en Costa Rica es prácticamente inexistente la práctica del arbitraje. En su lugar, hemos realizado un estudio de jurisprudencia española que por tratarse de sentencias producidas en aplicación de uno de los dos convenios firmados por nuestro país, así como de una legislación interna sobre arbitraje muy similar, creemos que tiene un valor extraordinariamente didáctico para los juristas costarricenses, estudiosos de estos temas.

II. ARBITRAJE INTERNO

A. Arbitraje y arbitrio de un tercero. Naturaleza jurídica del arbitraje.

Siendo de suma importancia delimitar desde el inicio de este trabajo la figura conceptual del arbitraje, creemos conveniente iniciar tal proceso de abstracción lógica, mediante la diferenciación entre la figura propiamente dicha del arbitraje, con respecto a otra figura de parentesco cercano, denominada, genéricamente por la doctrina, "arbitrio de un tercero". Al efecto de precisar la distinción anterior se habla también por algunos tratadistas de "arbitradores" y "árbitros", reservándose el término "árbitro" para quienes actúan como dirimentes dentro de un proceso de arbitraje, con el objeto de utilizar la denominación de arbitrador en el caso de arbitrio de un tercero. Tal distinción entre árbitros y arbitradores, utilizada en la forma antes expuesta, siendo válida para algunos ordenamientos jurídicos; no nos parece conveniente de ser usada en Costa Rica, dado que nuestra legislación procesal actual refiere los antedichos términos de manera diferente, utilizando la denominación de árbitro para el caso del arbitraje *"iuris"*, y el de árbitro arbitrador para las situaciones de arbitraje de equidad, ambos dentro del marco genérico de procesos arbitrales (artículo 395, párrafo primero, del Código de Procedimientos Civiles).

Dicho lo anterior y volviendo a la temática de diferenciar las figuras del llamado por nuestro Código Procesal Civil "juicio arbitral", con respecto a la figura del "arbitrio de un tercero", resulta conveniente citar el artículo segundo de la ley española sobre arbitraje de Derecho Privado, Ley del 22 de diciembre de 1953, en la cual se señala que: "A los efectos de esta ley, se entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

comprometen previamente a aceptar su decisión". En tal sentido, agrega el párrafo segundo del mismo artículo, "no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente".

La regulación de las situaciones jurídicas indicadas por el párrafo segundo que se acaba de transcribir, se encuentra sometida, conforme el párrafo tercero ibídem, "al régimen particular que hoy en cada supuesto se establece".[1]

La distinta regulación a que hace referencia el artículo segundo de la ley sobre arbitraje español sobre supuestos distintos de intervención de un tercero en las relaciones jurídicas de Derecho Privado, ha sido objeto de diversas teorías en la doctrina del Derecho Procesal. Para algunos, la distinción nace de señalar que mientras en el arbitraje se decide sobre una relación jurídica, el arbitrio de tercero recae sobre meras cuestiones de hecho. En el arbitrio según esta tesis, no se somete al tercero, como en el compromiso o en el proceso, una relación jurídica o sus consecuencias jurídicas, sino solamente un hecho o un elemento de una relación jurídica. Se critica la anterior posición, asegurando con razón que en realidad no existen juicios de hecho y juicios de derecho, sino que todo juicio exige la resolución de cuestiones de diferente carácter, de cuestiones de hecho y de cuestiones de derecho".[2]

Para otro sector de la doctrina procesalista, la diferenciación entre una y otra institución jurídica en estudio, vendría dada por el hecho de que mientras en el arbitraje se resuelven controversias de tipo jurídico o litigiosas, el arbitrio resolvería controversias de tipo económico, o en otro sentido también denominadas, "conflictos de intereses simples". Se combate la tesis anterior, señalándose que la resolución de un conflicto de intereses no puede caracterizar a una u otra figura, porque en el caso concreto del arbitrio de un tercero tal conflicto pudiera o no existir al momento en que interviene el tercero. Así por ejemplo, en el nombramiento de perito para justiprecio de un bien en el contrato de compraventa sujeto a tal condición, o en el nombramiento de tercero para la valoración de bienes que van a ser aportados en concepto de capital social, en el contrato de sociedad, la intervención del tercero generalmente se realiza antes de que se haya producido un conflicto de intereses y su función es precisamente el de evitarlo. Por lo demás, la distinción entre controversia económica y controversia jurídica nos parece nada convincente, toda vez que en las controversias así llamadas de carácter jurídico o litigioso, laten también diferencias de carácter patrimonial y por tanto susceptibles de valoración económica.

Finalmente, se ha dicho, y es esta la tesis más consistente, que la distinción entre arbitraje y arbitrio es la misma que entre el pronunciamiento sobre una discusión y el pronunciamiento sobre un acuerdo. En efecto, en el arbitrio el arbitrador no emite su pronunciamiento sobre la discusión de las partes, sino que fija un elemento de acuerdo o directamente concreta el acuerdo, sea que como antes se expuso, el desacuerdo no es esencial al arbitrio. "El árbitro se pronuncia sobre una discusión (litigio), pero ello no impide la existencia de acuerdo entre las partes. El arbitrador —se refiere al arbitrio de un tercero, distinto de arbitraje— se pronuncia sobre el acuerdo de las partes (contrato), pero en tanto lo hace, en cuanto que el acuerdo de las partes no es pleno, en cuanto que falta un acuerdo total entre ellas".[3] Véase además, que en el proceso de arbitraje, los sujetos que lo solicitan hacen actuar la maquinaria del Estado, sea para el nombramiento de árbitros, homologación del compromiso arbitral, o como en el caso del arbitraje comercial internacional, en el momento de ejecución de la sentencia en aplicación de las leyes del foro, mientras que en la intervención del tercero, aquí denominada arbitrio, dicho tercero posibilita el acuerdo entre partes, sin que se haya preconstituido la figura procesal de litigio.

En palabras del autor a quien hemos preferentemente seguido para la exposición de este tema, profesor Luis Díez Picazo, "el arbitraje se desenvuelve, siempre en torno a un litigio, el arbi-

---

1. *Ley sobre Arbitraje de Derecho Privado*, B.O.E. de 24 de diciembre de 1953.
2. DÍEZ PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce, *"El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos"*, Editorial Bosch, Barcelona, 1957, pág. 67.
3. DÍEZ PICAZO, Luis, *op. cit.*, pág. 74.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trio en torno a un negocio. El árbitro es el juez de un litigio, el arbitrador (no confundir con nuestro "árbitro arbitrador") es el juez de un negocio".[4]

En conclusión, el arbitraje tal como nos interesa considerarlo en el futuro, para los efectos de este trabajo, y con la idea de no confundirlo con otras figuras que se le asemejan, resulta ser instrumento para la solución de conflictos de intereses, pero no cualquier tipo de conflicto, sino aquellos que tienen por objeto la solución de un litigio o pleito. Son los conflictos que alcanzan esta categoría los que son llevados a arbitraje.

La conclusión anterior lleva implícita una crítica al artículo segundo supracitado de la ley española, pero no nos interesa insistir aquí sobre una posición doctrinal que ha sido sabiamente tratada, a nuestro juicio, por la doctrina española, sino referirnos inmediatamente a nuestra propia legislación en aras de comprobar el tratamiento que tal normativa procesal da a estos temas.

Una rápida lectura del título quinto, libro segundo del Código Procesal Civil, costarricense, nos permite afirmar, sin mayor preámbulo, que a diferencia de la legislación española sobre arbitraje privado, nuestra ley somete a una misma regulación las situaciones antes delimitadas de procesos arbitrales propiamente dichos, y de intervenciones de terceros que la doctrina denomina "arbitrios de un tercero". Lo anterior se desprende sin más, del artículo 395 del Código de rito, que en sus dos primeros párrafos reza lo siguiente: "Toda cuestión de diferencia patrimonial entre particulares puede ser sometida por ellos a sentencia compulsiva de árbitros arbitradores o de árbitros *juris,* aun cuando penda entre los mismos litigio judicial. Toda cuestión o diferencia, entre particulares respecto a la estimación de alguna cosa o a la ejecución de cualquier obra o sobre puntos técnicos, puede ser sometida por los interesados a la decisión pericial de prácticos o profesionales".

El artículo 396 por su parte, continúa yuxtaponiendo, cual si se tratase de instituciones similares, el nombramiento de árbitros con el de peritos, al incluirlos en la misma forma referida a nombramiento de los mismos. No obstante, el artículo 396 introduce una diferencia importante, a la vez que lógica, pues mientras indica por un lado que "los árbitros pueden ser nombrados por las partes, o por los tribunales", señala en otro de sus aportes que "los peritos serán nombrados según lo hubieran convenido las partes, y a falta de ese convenio o en la imposibilidad de acatarlo, el nombramiento se hará de acuerdo con las disposiciones fijadas en el juicio ordinario de mayor cuantía". Queda claro entonces que mientras en el arbitraje son los tribunales quienes directamente y conforme a las reglas del mismo título eligen o designan los árbitros en ausencia de designación de los mismos por las partes, los cuales se escogen dentro de una lista conformada por la Corte Suprema de Justicia, en el caso de arbitraje *juris,* (artículo 396, párrafo segundo), los peritos no elegidos de mutuo consenso por las partes, lo son por el juez o alcalde a quien correspondiera, siguiendo para ello disposiciones propias del juicio ordinario de mayor cuantía.

En este último caso, y a diferencia del procedimiento seguido en el arbitraje *juris,* el juez no está obligado a realizar la selección de perito de entre ninguna lista preelaborada, sino que tal nombramiento se hará discrecionalmente, atendiéndose únicamente a la norma según la cual, y tratándose de cuestiones técnicas, "harán la designación en una persona que tenga título en la ciencia o arte a que corresponda el punto sobre que ha de rendirse dictamen, de honorabilidad y competencia reconocidas, y que no tenga nexos de parentesco o de amistad íntima o de cualquier otra naturaleza, o dé motivo de enemistad con las partes". Si el dictamen versare sobre puntos o cuestiones que no exijan conocimientos técnicos, se deberán seguir similares criterios que los ya apuntados, pero sin el requisito del conocimiento de una ciencia o arte sobre los que versare el diferendo (artículo 289, CPC).

Por su parte, el artículo 396 del Código Procesal costarricense sujeta el nombramiento de árbitros y peritos a iguales reglas en cuanto a integración del órgano (unipersonal o colectivo), igual jurisdicción para resolver con autoridad de cosa juzgada, y en cuanto a atribuciones meramente adjetivas como las de recibir declaraciones, hacer notificaciones, tomar juramentos, etc. (artículo 397, CPC).

La confusión entre ambos institutos procesales es clara, pues el artículo 401 habla incluso de una similar potestad para dictar "fallos" por árbitros y peritos, a lo que debería agregarse que todo

4. DÍEZ PICAZO, Luis, *op. cit.,* pág. 75.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

este título de nuestro Código se encuentra redactado bajo la denominación genérica de "juicio arbitral". Es evidente para nosotros que las reglas contenidas en toda esta sección del Código de Procedimientos Civiles fue diseñada para la regulación de arbitrajes de Derecho Privado, y por ausencia de un claro deslinde normativo con respecto a figuras procesales distintas, fue incluida de contrabando la designación de peritos, cuya normativa debe atenerse a uno de dos casos: o se le asigna potestades de verdaderos árbitros, en cuyo caso dejan de ser peritos, en sentido técnico, para convertirse en árbitros, o su función se limita a la intervención que otras normas procesales y sustantivas les asignan en el ordenamiento jurídico, sin otorgar eficacia jurisdiccional a sus dictámenes, tal cual es el caso de los árbitros, tanto *juris* como árbitros arbitradores. Recordemos en efecto, y para el caso de estos últimos, que si bien arbitraje y proceso son instituciones distintas, el ordenamiento jurídico atribuye a determinados extremos del arbitraje —ejecutoriedad, cosa juzgada, etc.—, la misma eficacia que al proceso, por lo que se afirma que el arbitraje tiene "eficacia procesal".

La temática que ahora tratamos, nos refiere directamente a la importante discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, con lo cual nos separamos ya del caso más próximo de arbitrio de un tercero, para continuar en adelante el tratamiento exclusivo del arbitraje.

Sabido es que la doctrina del Derecho Procesal ha discutido sobradamente sobre la naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje. No creemos que conforme a los objetivos del presente trabajo nos sea posible ni debido detenernos ahora en este punto. Sí nos parece relevante en cambio explicar que si bien es cierto, no llega en nuestros sistemas jurídicos el árbitro a disponer de la potestad coercitiva que tienen los órganos jurisdiccionales del Estado —prisión del deudor, secuestro de bienes, etc.— su decisión resulta equivalente a la sentencia judicial, o al menos puede llegar a serlo, previa homologación judicial, cuando este requisito existe en el ordenamiento de que se trate.

Conforme a lo anterior, esta figura procesal —el arbitraje— que tiene en su origen un acuerdo de partes, y cuya paternidad por tanto se imputa al régimen contractualista, recibe la tutela del Estado a efecto de que la labor de los árbitros resulte equiparada a la función jurisdiccional de Derecho Público del juez ordinario, en elementos centrales como es el valor de la sentencia y su efectividad procesal ulterior. Podría decirse entonces, siguiendo a un conocido procesalista hispanoamericano, que la situación jurídica del árbitro "varía, pues, entre la inmediata superior a la de un perito o experto con facultad decisoria sobre el punto de hecho y la inmediata inferior de la que es propia de un juez; sin perjuicio de que, dados ciertos presupuestos, el resultado, de su actividad pueda ser idéntico al que produce un juez".[5]

B. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.

Pese a que en la práctica, sobre todo del arbitraje comercial internacional, ha decaído la diferencia entre estos dos tipos de arbitraje, gracias a los poderes cada vez más amplios que se otorgan a los árbitros para decidir sobre el derecho aplicable y las reglas del arbitraje en general, lo cierto es que tanto los ordenamientos jurídicos internos, como los organismos internacionales —a través de los convenios sobre la materia— continúan utilizando la terminología clásica que distingue al arbitraje de derecho o *juris*, del arbitraje de equidad.

La legislación sobre arbitraje interno, en Costa Rica, reproduce la tradicional bipartición, señalando al respecto que "toda diferencia patrimonial entre particulares puede ser sometida por ellos a sentencia cumpulsiva de árbitros arbitradores o de árbitros *juris*, aun cuando penda entre los mismos litigio judicial" (artículo 395, CPC).

La distinción entre árbitro *juris* y árbitro arbitrador, es concordante con la que hace la doctrina entre árbitros *iudex* o de Derecho y árbitros de equidad, según deban resolver conforme a reglas de Derecho Objetivo, o según su leal saber y entender, cláusula esta última conocida como *"ex aequo et bono"*, respectivamente. Por su parte, el arbitraje de Derecho puede ser de dos tipos, según se trate de un proceso en que las partes han señalado el derecho aplicable por el juzgador o según nos hallemos frente a la situación por la

5. BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *"Naturaleza jurídica del arbitraje privado. Su proyección en la práctica"*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, volumen I, 1984, pág. 57.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que las partes han confiado a los árbitros determinar el derecho aplicable. En este punto, hay una clara inclinación doctrinal por considerar que ante el silencio de las partes en cuanto al derecho aplicable del arbitraje, corresponderá a los árbitros esa determinación.[6]

Curiosamente, en Costa Rica, no aparece claramente establecida alguna exigencia específica en cuanto a la debida indicación por las partes del derecho aplicable al arbitraje. Ni siquiera contiene el título quinto del libro segundo del Código Procesal Civil, dedicado al juicio arbitral, norma determinada que obligue a las partes a consignar en el compromiso arbitral si el arbitraje es de derecho o de equidad, así como tampoco contiene este título definiciones conceptuales que permitan deslindar dentro del derecho patrio, lo que debemos entender por arbitraje *juris* y arbitraje de árbitros arbitradores.

En el artículo 399 CPC, que es el numeral donde se establecen los requisitos de forma del compromiso arbitral, no recoge en ninguno de sus incisos la obligatoriedad de hacer alusión al tipo de arbitraje. Se trata pues de una omisión que el juez encargado de homologar el compromiso arbitral deberá exigir a las partes llenar, pues aunque el artículo 399 no lo indique expresamente, está claro del contexto de los tres capítulos que conforman el título, y de la regulación doctrinaria sobre arbitraje, que es requisito *"sine qua non"* del compromiso indicar al menos si se trata de un arbitraje *iuris* o de un arbitraje de equidad. En el caso concreto de la legislación procesal costarricense, tal diferencia es fundamental a los efectos de determinar el procedimiento posterior, pues ella contiene disímiles regulaciones en cuanto a aspectos básicos, como nombramiento de los árbitros, facultades de los mismos, recursos contra el laudo, etc. según nos encontremos en uno u otro caso. De allí que resulte necesario, repetimos, que el juez o alcalde a quien corresponda homologar el compromiso de arbitraje exija el cumplimiento del requisito de indicar cuál es la naturaleza del proceso arbitral.

Una duda distinta se nos plantea en la hipótesis de que, habiendo señalado las partes el tipo de arbitraje, y habiéndose inclinado por un "juicio de árbitros *juris*", no establezcan sin embargo cuál es el derecho aplicable. Conforme al artículo 399 del CPC, no encontrándose tal exigencia dentro de las que prescribe esta norma, sería de dudosa legalidad el que pudiera exigírseles bajo sanción de no homologar el compromiso, tal inclusión, tomando en cuenta, sobre todo la naturaleza privada del arbitraje y el papel preponderante que juega el principio de la autonomía de la voluntad en este tipo de procesos.

Habría que distinguir sin embargo, ante la laguna que se apunta, entre las normas adjetivas o procesales que regirán el proceso arbitral, y el derecho de fondo, propiamente dicho, con fundamento en el cual se fallará la contienda. En lo que se refiere al primer punto, la omisión de las partes en relación con el derecho aplicable no tiene en realidad mayor trascendencia, pues la regulación del procedimiento viene ya dada por el mismo Código de Procedimientos Civiles, ya sea en los artículos 405 a 417 para el juicio de árbitros *juris*, o en los que van del numeral 418 al 424 para el juicio de árbitros arbitradores, a lo que habrían de sumarse las normas que diferencian ambos procedimientos en el capítulo I, del título quinto.

Donde realmente nos encontraremos con la laguna que estaría dejando sin resolver la legislación y el compromiso arbitral sería en el derecho sustantivo aplicable, pareciéndonos más lógica la solución que apunta a considerar que ante el silencio de las partes habría un encargo táctico a los árbitros, para que fueran ellos quienes decidan el derecho objetivo y de fondo que aplicarán en la resolución del arbitraje.

En materia de nombramiento de los árbitros, claramente distingue nuestra legislación procesal en cuanto al procedimiento que se seguirá en cada uno de los casos. En el arbitraje *iuris* los árbitros podrán ser nombrados por las partes, sea directamente o indicando el procedimiento para elegirlos o en su defecto por los tribunales ordinarios, según sistema de sorteo de entre una lista previamente elaborada por la Corte Suprema de Justicia tratándose de asuntos correspondientes a alguna de las cuatro provincias que se localizan en la parte central del país; nombramiento por el tribunal que corresponda, según reglas de discreciona-

---

6. "El silencio del pacto arbitral sobre la forma del procedimiento implica el atribuir al árbitro o árbitros competencias para dirigir el trámite del modo que consideren apropiado, siempre que las partes sean tratadas con igualdad y cada una de ellas tenga la oportunidad de presentar sus pruebas y argumentos". DUNSHEE DE ABRANCHEZ, Dr. C.A., *"El acuerdo arbitral"*, artículo publicado en la obra **"El arbitraje comercial de Iberoamérica"**, publicación del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1982, págs. 11 y 12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lidad para el juez o alcalde, cuando el asunto se conozca en jurisdicción de cualquiera de las tres provincias restantes del país.

En los procesos de arbitraje de equidad también se encuentran facultadas las partes para el nombramiento de sus árbitros, sea indicándolos de antemano en el compromiso arbitral o mediante señalamiento del procedimiento para elegirlos. En ausencia de nombramiento o de indicación de procedimiento para su nombramiento, los árbitros serán escogidos por el tribunal que conozca del asunto, conforme a reglas de discrecionalidad que deben atender en todo caso a que los árbitros no guarden nexo con las partes y se trate de persona honorable, apta para el cargo.

Analizadas en su conjunto y en detalle las reglas que contiene nuestro Código Procesal sobre nombramiento de árbitros, no pareciera tener espacio en nuestra normativa el sistema según el cual cada parte es representada en el proceso por un árbitro, como tampoco la variante según la cual un tercer árbitro sería de nombramiento de los dos árbitros que representan a cada parte. El artículo 397 del CPC, reza al respecto: "El tribunal arbitral será unipersonal o colectivo, según convengan las partes, pero si fuere colectivo, el número de personas que lo integre debe ser impar". De allí pudiera inferirse que el nombramiento de los árbitros debe ser consensual por las partes en contienda, no siendo aplicable pues el sistema parte-árbitro.[7]

C. Cláusula arbitral o compromisoria y compromiso arbitral.

Conforme al artículo 1386 de nuestro Código Civil, el compromiso de partes para someter a decisión de árbitros o arbitradores sus "cuestiones actuales", reviste el carácter de contrato típico, precisamente denominado por dicho Código "contrato de compromiso". La normativa alrededor de este contrato es raquítica, remitiendo el artículo 1392 ibídem, en lo que fueran aplicables respecto del contrato de compromiso, a las reglas y limitaciones que prescribe ese cuerpo de leyes respecto del llamado contrato de transacción. A ellas, volveremos cuando examinemos el objeto de los acuerdos arbitrales.

Pues bien, la redacción del artículo 1386 CC no nos dice nada nuevo en cuanto a la naturaleza contractual que evidentemente tiene el compromiso de someter una controversia al conocimiento de árbitros, aunque debe hacerse notar que la regulación adjetiva de los procesos arbitrales a que se refiere el Código Civil, no se encuentra en este Código, sino en el capítulo denominado "juicio arbitral" del Código de Procedimientos Civiles, lo cual dice de la naturaleza jurisdiccional o pública que acompaña en un segundo momento a la figura del arbitraje. De allí el carácter mixto y si se quiere *"sui géneris"* de esta institución procesal, casada con el derecho de fondo y el derecho procesal, como forma de realización de la voluntad de las partes.

El otro aspecto digno de ser reseñado respecto del artículo 1386 del CC, es su autolimitación a una sola de las especies que componen el género "acuerdo arbitral" *(arbitration agreement, acord arbitral)*, al no referirse a las llamadas cláusulas compromisorias y contemplar únicamente el compromiso arbitral sobre una controversia actual. Sabido es que el acuerdo de partes por el que ellas se obligan a someter parcial o totalmente una o varias controversias a arbitraje, puede manifestarse de dos distintas maneras. "La primera cuando ya existe una controversia perfectamente caracterizada y las partes han acordado el nombre o nombres de los árbitros y demás elementos del procedimiento arbitral. Esta primera forma de acuerdo arbitral es conocida como el compromiso *(compromis, submission, agreement)*. La segunda forma es la cláusula compromisoria *(clause compromissoire, submission clause)* incluida en el contrato para establecer la obligación de que todas o algunas de las controversias futuras, resultantes de dichos contratos, sean sometidas a la decisión del árbitro o árbitros. . .".[8]

La legislación procesal costarricense, en el capítulo primero, sobre "disposiciones generales" del juicio arbitral, tiene en la mayor parte de sus normas, como punto de partida, la existencia de un compromiso con indicación mínima de: a) exposición y enumeración de los hechos en que las partes estén de acuerdo, con toda claridad y preci-

---

7. Tal es el criterio que sostuvo el procesalista costarricense Dr. Olman ARGUEDAS SALAZAR en su artículo: *"El arbitraje en Costa Rica"*, y que nosotros compartimos. Publicación del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1982, pág. 107.

8. DUNSHEE DE ABRANCHEZ, Dr. C.A., *"El acuerdo arbitral"*, artículo publicado en la obra citada *supra*, *"El arbitraje comercial en Iberoamérica"*, pág. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sión; b) exposición y enumeración de los hechos en que las partes están en desacuerdo expresando el motivo o motivos de disidencia; c) indicación exacta de las pretensiones de las partes y de los puntos de discrepancia; d) determinación precisa de las cuestiones que se someten a la decisión del tribunal de arbitraje; e) indicación del personal fallador o del procedimiento para nombrarlo, o expresión de que no existe tal acuerdo, así como de los términos que se le concedan a ese personal para el estudio, preparación y fallo, con indicación final de si las partes renuncian a todo recurso contra la sentencia arbitral o si se reservan tal derecho; f) indicación de si las partes consideran el negocio de menor a mayor cuantía; g) fijación de honorarios para árbitros y auxiliares, de suma prudencial para otros gastos y costes, salvo que se trate de árbitros que sean al mismo tiempo funcionarios o tribunales de justicia; y h) indicación de si las partes se exigen fianzas de costas y por qué suma (artículo 399 CPC).

No obstante, en el artículo 398 del mismo Código de rito podemos leer el siguiente tenor: "la estipulación de que serán resueltas por árbitros o arbitradores las cuestiones que pueden surgir de determinado negocio, da derecho a cada uno de los contratantes, una vez que se presenten las cuestiones previas, para obligar al otro a que otorgue el compromiso, y si se negare a ello, será responsable al pago de daños y perjuicios, y el juez redactará la exposición y bases del compromiso, procediendo luego al nombramiento de árbitros en la forma indicada en el artículo 396".

Es claro que la norma antes transcrita se refiere a las llamadas cláusulas compromisorias, insertas dentro de un contrato.[9] Lo interesante de este artículo, más que su referencia puntual a las cláusulas sobre arbitraje, resulta de la forma de solución prevista para los casos de incumplimiento del pacto arbitral. Lo anterior por cuanto ha sido preocupación de la doctrina el que algunos ordenamientos nacionales consideren este tipo de cláusula como simples obligaciones de hacer y no como acuerdos arbitrales completos, por lo que la contumacia de una de las partes para suscribir el compromiso, y con ello dar marcha hacia adelante al procedimiento del arbitraje, solo puede ser sancionada con el pago de daños y perjuicios; solución esta última que en poco ayuda a la parte que sí desea el arbitraje, por la dificultad de demostrar tales daños y perjuicios. Por lo demás es claro que en esa hipótesis, la cláusula arbitral no habrá cumplido su fin de expeditar la resolución de un conflicto, pues en última instancia y a falta de compromiso deberán las partes acudir a la jurisdicción civil ordinaria.

De este modo, lo importante de la norma contenida en el numeral 398 del CPC, es el aportar una solución más justa, permitiendo al juez sustituir la voluntad de las partes, para lo cual se le autoriza a redactar las bases del compromiso, y proceder al nombramiento de árbitros. Véase además, que bajo el silogismo legal del artículo 398, no solo se termina considerando la cláusula arbitral como un pacto arbitral "completo", y por tanto capaz de poner en funcionamiento toda la maquinaria procesal del título quinto, sino que se establece también una sanción clara para quien incumple, aneja a la solución que derive del incumplimiento. Nos referimos al pago de daños y perjuicios por el contumaz en favor de la parte que solicita el arbitraje. Claro está que estos daños y perjuicios, en justicia, deberán estar limitados por relación causa efecto, a los que se deriven de la negativa a suscribir el compromiso, siendo por tanto independientes de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del resultado del laudo arbitral.

La observación final del párrafo anterior nos demuestra algo que, para la mayoría de la doctrina dedicada al tema del arbitraje, resulta ser una conclusión obligada, y es la de que en realidad la cláusula compromisoria viene a ser un contrato independiente inserto dentro de otro contrato principal, no debiendo confundir por tanto la validez y efectos de uno, con la validez y efectos del otro, no obstante reconocer lo íntimamente ligados que en la práctica devendrán la validez de uno y otro.

La diferenciación anterior ha resultado clave en el arbitraje internacional, en aplicación de convenios como el de New York de 1958, por ser propio de los árbitros el examinar en un primer momento la legalidad de la cláusula arbitral, con

9. En su artículo *"El arbitraje en Costa Rica"*, presentado por el Dr. Olman ARGUEDAS SALAZAR, profesor costarricense, al Seminario Iberoamericano de Arbitraje Comercial, celebrado en Madrid, en abril de 1977, se sugiere la siguiente redacción a título de cláusula compromisoria: "ambos contratantes convienen en que cualquier diferencia que surja con motivo del presente contrato, será sometido a arbitraje conforme al compromiso que en su oportunidad se confeccionará". *"El arbitraje comercial en Iberoamérica", op. cit.*, pág. 104.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

independencia del objeto del contrato principal, y ser tarea del juez nacional el examinar ambas legalidades hasta en un segundo momento y conforme a criterios más restringidos (por tratarse de normas de excepción para el no reconocimiento y ejecución de un laudo ya fallado en el extranjero o con arreglo a ley distinta a la del foro).

Igualmente resulta de vital importancia esa diferenciación, para los efectos de eventuales excepciones de incompetencia de jurisdicción o de *litis pendencia*, ante cuyo examen el juez nacional que conoce de un proceso que tenga por objeto una controversia sujeta a compromiso de arbitraje, deberá examinar en primer término, la validez de la cláusula arbitral, antes que la legalidad del contrato principal. En nuestro país, tratándose de arbitraje interno, y sin que por tanto prejuzguemos la solución para las normas que regulan el arbitraje internacional, resulta difícil decidir si en situaciones como las examinadas deberían prosperar excepciones como las de incompetencia de jurisdicción, o *litis pendencia* (caso en el que hay un proceso arbitral en marcha y simultáneamente se plantea el asunto en la jurisdicción ordinaria).

A nuestro juicio, y aunque el Código de Procedimientos Civiles no contenga una norma clara al respecto, la respuesta debe ser afirmativa, pues a tenor del párrafo primero del artículo 395 CPC, el pacto arbitral es válido aun cuando penda entre las partes litigio judicial. Ciertamente que el artículo 414 del mismo CPC contiene una solución propia para el caso de compromiso que se celebra encontrándose en trámite el mismo asunto y pendiente de fallo en primera instancia. Sin embargo, este nos parece una solución particular, con detalles que le son propios, pues en realidad, en esa hipótesis el arbitraje se convierte en una especie de transacción aceptada por ambas partes de un juicio sometido a la jurisdicción ordinaria.

Como veremos más adelante al tratar el tema del arbitraje internacional, en ese terreno se ha aceptado que la cláusula de arbitraje sin más, siendo válida y eficaz, fundamenta la excepción de incompetencia de jurisdicción aunque se trate de una excepción para ser conocida únicamente a solicitud de parte, y nunca de oficio.[10]

D. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional.

La diferencia entre arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional no tiene carta de nacionalidad en nuestros viejos códigos de procedimientos civiles hispanoamericanos, como tampoco en la Ley Española de Arbitraje Privado de 1953, aún vigente.

Precisamente, refiriéndose a esta última legislación, don Jesús Marina Martínez Pardo, magistrado vocal del Consejo General del Poder Judicial Español, emite las siguientes críticas: "Es muy formalista, el arbitraje para ser eficaz necesitaría ajustarse a las prescripciones de esta ley, según dice el artículo primero. El compromiso arbitral, para que produzca efectos, debe ser formalizado judicialmente. No hay arbitraje sin controversia previa. Los árbitros deben ser siempre designados de común acuerdo entre las partes y carece de valor el pacto de diferir a un tercero la facultad de hacer elección. Con esta ley, solo cabe el arbitraje *ad hoc* y se dificulta la actividad de la Corte de Arbitraje, organismo que existe cada día en más países. Es una ley muy judicialista; pormenorizada regulación del proceso que se asemeja al judicial y solo en el arbitraje de equidad deja entrever la autonomía del árbitro en cuestiones de tipo procedimental".[11]

Varias de las observaciones que se hacen a la ley española, según el comentario antes transcrito, resultan plenamente aplicables a la ley procesal costarricense. En nuestro país, podría decirse, de igual forma, que nos enfrentamos a una regulación formalista y judicialista, por la cual todo compromiso arbitral debe ser homologado judicialmente, de previo al nombramiento de los árbitros, quienes incluso son juramentados por el juez o alcalde que conoce del asunto (artículos 399 y 400, CPC). El procedimiento se encuentra regulado de manera reglamentarista, sobre todo para el caso del arbitraje *iuris,* otorgándole al juez o alcalde que homologó en su origen el compromiso la facultad de fallar el asunto, cuando transcurriere el plazo estipulado por las partes, y salvo que estas convinieren en prorrogarlo, sin que se hubiese producido el fallo de los árbitros *iuris* (artículo 417, CPC). Para el caso del arbitraje por arbitradores, si transcurriere el plazo sin

---

10. Ver de MARTÍNEZ PARDO, Jesús Marina, *"Efectos procesales de la cláusula de arbitraje de la Corte Suprema Internacional"*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, volumen II, 1985, pág. 100.

11. *"Efectos procesales de la cláusula de arbitraje de la Corte Suprema Internacional", op. cit.*, págs. 93-94.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobrevenir el fallo, se tendrá por nulo lo actuado o practicado, debiendo archivarse el expediente, en el archivo judicial, en el estado en que se encontrare (artículo 424, CPC).

Tal concepción del proceso arbitral, por nuestras leyes, dificulta indudablemente el llamado arbitraje institucional, aunque no hallándose expresamente prohibido en nuestra legislación procesal, y previa adecuación de sus características a dicha legislación, no vemos razón para que conforme a reglas de arbitraje interno, pudiera en Costa Rica no darse el arbitraje de tipo institucional. Recordemos que el arbitraje institucional es una figura de reciente uso y que tiene como soporte fundamental el impulso recibido por las cámaras de comercio nacionales e internacionales, así como organismos permanentes de carácter internacional, tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y la Conferencia Permanente de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos.

A diferencia del arbitraje *ad hoc,* que es el más usual y que sirve de paradigma a nuestros códigos y leyes sobre arbitraje, en el arbitraje institucional se hace una expresa remisión por las partes, ya en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral, a las reglas de arbitraje y a la forma de procedimiento de determinada institución. En consecuencia, el pacto arbitral termina incorporando a su normativa, todas las disposiciones que al efecto ha preestablecido la institución escogida para confiar en ella el arbitraje. De este modo, las reglas de arbitraje de la institución escogida, pasan a tener fuerza contractual entre las partes.

En este sentido, es mundialmente conocido y aplicado en la actualidad el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, recomendado en su uso a todos los Estados que integran la Organización de las Naciones Unidas, según resolución 31-98 de la asamblea general, celebrada en fecha 15 de diciembre de 1976.

En el ámbito de nuestros países, son conocidas por su prestigio en la administración de arbitrajes comerciales internacionales, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), con sedes en Rio de Janeiro y Washington.

Además de la diferencia señalada, con respecto al arbitraje *ad hoc,* en cuanto a forma y contenido del acuerdo arbitral, el arbitraje institucional se distingue "por el hecho de que las partes al firmar el compromiso o el contrato en el cual se incorporan las reglas del arbitraje de la institución especializada, requieren automáticamente los servicios administrativos de la misma".[12]

Las dificultades para un arbitraje institucional con arreglo al ordenamiento interno que regula el arbitraje en Costa Rica saltan a la vista. Tal hipótesis solo podría cumplirse en el supuesto de que la institución que administre el arbitraje se sometiera de previo en su propia reglamentación, a las exigencias de la legislación costarricense; lo cual como dijimos no es al menos, jurídicamente imposible. No obstante, es obvio también, que en tal circunstancia el arbitraje institucional termina desnaturalizándose, al conceder una libertad restringida a la institución administradora, contraria a la teoría y práctica que dieron origen a su nacimiento, cual fue la de independizar precisamente el arbitraje, del ámbito judicial, para regularlo por reglas expeditas y propias del comercio internacional, dando paso ya no solo a una nueva normativa procesal en materia de arbitraje, que agilice los conflictos entre contratantes de ámbito internacional, sino incluso a una nueva normativa de fondo, en cuyo espectro se abre paso una nueva *"lex mercatoria"* internacional.

Volveremos sobre estos últimos puntos en la segunda parte del presente trabajo.

E. Objeto del arbitraje.

Aun cuando el artículo 395, párrafo primero, del Código de Procedimientos Civiles extiende el objetivo del arbitraje, a "toda cuestión de diferencia patrimonial entre particulares", es lo cierto que el Código Civil, en su libro IV, dedicado a los contratos delimita mediante una mayor concreción conceptual y la imposición de algunas prohibiciones, el campo de operación del arbitraje.

Por el artículo 1392 CC, le son aplicables al arbitraje las reglas y limitaciones establecidas para el contrato de transacción, por lo que resulta pro-

12. DUNSHEE DE ABRANCHEZ, Dr. C.A., *"El acuerdo arbitral", op. cit.,* pág. 14.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hibitivo el someter a proceso arbitral la comisión de un delito, lo cual deriva, a nuestro juicio, no solo de la expresa mención de los delitos de "orden público" a que refiere el Código Civil, sino de la naturaleza misma del Derecho Penal, resultando por ende indiferente que se trate de responsabilidad penal por la comisión de un delito de acción pública, de acción privada, o de acción pública e instancia privada. Es posible someter a arbitraje en cambio, todo lo relativo a responsabilidad civil proveniente de delito (artículo 1375 CC).

Tampoco podrían llegar a acordar las partes en conflicto, el someter a proceso arbitral la determinación del estado civil de las personas, ni la validez del matrimonio, aunque sí podrían llegar a serlo los derechos que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona siempre y cuando ello no implique declaración sobre adquisición o pérdida de estado civil (artículo 1376 CC).

Resultaría igualmente nulo el compromiso arbitral que tuviere por objeto delito, dolo o culpa futuros, así como la responsabilidad que nazca de ellos; sobre la sucesión futura o sobre la herencia, antes de abrirse la testamentaria del causante; y sobre derecho de recibir alimentos, salvo que se trate de pensiones alimenticias ya debidas (artículo 1377 CC).

Finalmente, y de gran importancia en la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, resulta nulo por expresa prescripción legal, el arbitraje sobre cualquier negocio decidido judicialmente mediante sentencia irrevocable, aunque esta fuese ignorada por alguna de las partes, o por todas ellas (artículo 1379).

En su artículo *"El arbitraje en Costa Rica"*, del profesor Olman Arguedas Salazar, publicado junto con otros comentarios y artículos de ilustres procesalistas iberoamericanos bajo el título *"El arbitraje comercial en Iberoamérica"*, se agregan a la lista de materias para las que estaría negado jurídicamente el proceso de arbitraje, las siguientes: marcas de fábrica o patentes, por ser el Estado quien mediante acto propio de naturaleza pública otorga tales derechos y la quiebra, por ser condición del comerciante que proviene de la resolución judicial.[13]

Las observaciones anteriores del profesor costarricense, nos llevan a pensar de que en realidad, todos aquellos derechos que provengan de un acto de la administración pública y que tengan por objeto el ostentar una titularidad que esa administración puede otorgar o revocar según normas de Derecho Público, no pueden ser objeto de arbitraje, independientemente de la condición de comerciantes que puedan tener tales titulares. Verbigracia: las autorizaciones que otorga el Estado para operar un vehículo como taxi, o para operar un autobús dentro de una línea de autobuses, derechos para venta de lotería, etc.

En todo caso, y vistas las limitaciones que en Costa Rica podrían reducir el objeto del arbitraje, lo cierto es que su campo de aplicación sigue siendo enorme, pues cobija prácticamente todo el derecho patrimonial, con las excepciones vistas en materia subordinada a normas de Derecho Público o a otras ramas del Derecho, que como en el caso del Derecho Laboral, contienen sus propias instituciones de arreglo de conflictos y de arbitraje.

F. Partes en el arbitraje.

De acuerdo con el texto del ya antes citado artículo 395 del Código Procesal Civil costarricense, tanto las personas físicas como las jurídicas pueden someter sus diferencias a procesos arbitrales, puesto que no se hace diferenciación en cuanto a ellas en el articulado. Por lo que se refiere a la capacidad de esas partes, y en vista de la remisión que señalábamos líneas atrás hace el Código Civil la figura de la transacción, dicha capacidad vendría dada por la igual facultad de enajenación de bienes y derechos.[14]

Ello afecta, doblemente, a particulares, y lógicamente, a las personas de Derecho Público. En cuanto a las primeras, resulta claro que no podrían ser partes en un arbitraje quienes se encuentren en estado de interdicción, o quienes no hayan alcanzado aún la mayoría de edad, necesaria para enajenar sus bienes. En cuanto a las segundas, ya el mismo artículo 395 CPC, hace referencia a ellos, señalando la capacidad del Estado y sus instituciones para someterse a arbitrajes según las reglas de ese título, previa autori-

---

13. ARGUEDAS SALAZAR, Dr. Olman, *"El arbitraje en Costa Rica"*. *op. cit.*, pág. 105.

14. En efecto, el artículo 1373 del Código Civil, textualmente expresa: "Sólo lo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zación del Poder Legislativo o Ejecutivo, según correspondiere, situación que se encuentra hoy reglada por la Ley General de la Administración Pública.[15]

En cuanto a la postulación procesal de las partes, el artículo 399 CPC, expresamente indica que el compromiso arbitral cuya calificación se pedirá homologar al juez que corresponda, deberá ir suscrito, además de las partes, por un abogado autorizante, quien será responsable de la redacción y técnica del mismo. Nótese que un mismo abogado puede, en consecuencia aparecer patrocinando la solicitud de ambas partes, sin que sea necesario el patrocinio, en este momento procesal, de un abogado para cada parte.

Salvo la autorización de letrado que en este caso concreto se exige y que acompaña la solicitud de los interesados, no vuelve la legislación procesal costarricense a referirse a este tipo de requisitos, por lo que cabe entender que en los procedimientos que realicen las partes ante el tribunal patrocinio de letrado. Distinto es el caso de gestiones varias que puedan presentar las partes durante el curso del procedimiento arbitral ante el juez homologante, pues aquí regirán las reglas comunes en materia civil sobre necesidad de autenticación de las firmas por parte del letrado. (artículo 1050, CPC).

Por lo demás, nada impide que las partes se hagan representar, tanto en el compromiso arbitral como en las gestiones ante los tribunales ordinarios o el tribunal arbitral, por medio de apoderados, siempre y cuando se sigan las normas que al efecto establece nuestra legislación civil en materia de contrato de mandato, así como para la representación de una persona en juicio (artículos 1052 y siguientes, CPC).

En cuanto a este último, pareciera que el poder entregado a abogado para actuar en juicio de árbitros debe ser un poder general judicial (artículo 1269 CC) y no simplemente poder especial judicial, dada la expresa prohibición del artículo 1054 del Código de Procedimientos Civiles para que una persona que ostenta este último tipo de poder pueda comprometer un negocio en árbitros.[16] Esta interpretación nos parece sin embargo algo ajustada, siendo más propio pensar que esa prohibición se refiere únicamente al momento de someter el compromiso formal a la homologación judicial, mas no en los momentos posteriores del proceso, en que sí podrá actuar quien ostente poder especial judicial para ellos (artículo 1053, CPC).

III. BASE LEGAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO COSTARRICENSE

A. Criterios de diferenciación con respecto al arbitraje interno.

No encontramos en la legislación de Costa Rica ni en los principales convenios internacionales suscritos por el país que regulan el arbitraje comercial internacional, normas específicas cuyo objeto sea diferenciar el arbitraje interno del arbitraje internacional, lo cual no quiere decir que en los convenios que se citarán, no se introduzcan elementos que permiten tal distinción.

Por lo anterior, resulta necesario remitirnos a la doctrina del Derecho Procesal y del Derecho Internacional Privado, así como a algunas normas de los principales tratados que regulan a nivel internacional estas materias.

---

15. Ley General de la Administración Pública, Art. 27, Inc. 4).

16. Expresa el artículo 1054 del CPC: "El poder especial judicial cualquiera que sea la forma en que se otorgue, no autoriza para traspasar o gravar bienes, transigir o comprometer el negocio en árbitros, recibir dinero u otros valores, salvo que el poder expresamente, y no por referencias o deducciones, consigne sus facultades".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Para el profesor brasileño C.A. Dunschee de Abranchez, "El arbitraje se conceptúa como interno si las partes en el acuerdo arbitral tienen su domicilio en el territorio del mismo Estado y pactan que el laudo será preferido en el respectivo territorio, sometiéndose así a la ley nacional". Por exclusión, agrega este mismo autor, "califícase como internacional en relación con un determinado Estado, el arbitraje cuyo laudo ha sido dictado en el exterior o una de las partes está domiciliada fuera del territorio nacional".[17]

En contraposición a la tesis anterior, y siguiendo el criterio de los más recientes tratados internacionales que se han firmado en el campo del arbitraje —siendo sin duda el más importante de ellos, por su universalidad y por el claustro materno en que vino a la vida, el Convenio de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, firmado en New York el 10 de junio de 1958—, se dice que el domicilio de las partes no resulta ser determinante de la extranjería del arbitraje. Tampoco serían elementos diferenciadores de arbitraje interno y externo, el lugar donde se resuelva el arbitraje o la nacionalidad de las partes.[18]

Se afirma, por otros, que en la determinación de la extranjería de una sentencia (cuyos criterios nos pueden resultar útiles a los efectos de diferenciar dos tipos de arbitraje), puede atenderse a dos situaciones:

1) La sentencia arbitral tiene la nacionalidad del país donde se pronuncia.
2) Tiene la nacionalidad, sea cual fuere el lugar de su pronunciamiento, dependiendo de la ley aplicada al procedimiento.[19]

En realidad, como bien lo afirma el profesor Antonio Remiro Brotons en la misma obra donde cita los dos criterios arriba mencionados, ellos no resultan suficientes para cubrir toda la gama de posibilidades que nos ofrece el arbitraje comercial moderno, pues aun bajo el caso contemplado en la segunda situación, no sabríamos dónde colocar las sentencias que han sido dictadas con arreglo a las normas de una institución administradora de arbitraje, como podría ser el caso de las sentencias arbitrales que dicta la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París.

Podría argumentarse entonces que más allá de un criterio restrictivo de "ley" aplicable, lo que diferencia la sentencia extranjera, y también al arbitraje internacional, es el régimen a él aplicable, con lo cual no cabría problema a la hora de situar las sentencias de una corte arbitral privada, pues, aun bajo esos supuestos, hay siempre un régimen internacional normativo que garantiza la efectividad del arbitraje, y que en ciertos casos regula el arbitraje mismo, llámese ese conjunto normativo Convenio de New York de 1958, Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional, o Convenio Europeo sobre el Arbitraje Comercial Internacional.

Lo anterior nos coloca ante la disyuntiva, de obtener un concepto de arbitraje internacional, a partir de la exégesis de las normas de Derecho Internacional, hoy contenidas en los tratados que regulan la materia. De este modo los criterios diferenciadores con respecto al arbitraje interno nos los darán tales convenios internacionales, a falta de normativa nacional, que como en el caso de Costa Rica nos defina puntualmente uno y otro tipo de arbitraje.

Siguiendo este método, por nosotros recomendado, sugeriríamos la referencia concreta al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras de 1958, más conocido como Convenio de New York. En este convenio, ratificado por Costa Rica por decreto legislativo minero 6.165 de 15 de noviembre de 1977 podemos leer en su artículo primero, lo siguiente: "La presente convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecucion de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución".

---

17. DUNSCHEE DE ABRANCHEZ, Dr. C.A., *op. cit.*, pág. 7.

18. Así, por ejemplo, en *"Panorámica española del arbitraje comercial internacional"*, del profesor Bernardo, CREMANDES, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1975, págs. 36 y 37.

19. REMIRO BROTONS, Antonio, *"Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunido, S.A., Madrid, 1980, pág. 49.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Claramente se desprende, del texto anterior, que los criterios utilizados por los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas firmantes del tratado para la aplicación del Convenio, fueron dos: 1) que se trate de una sentencia dictada en el territorio de un Estado distinto, naturalmente siempre y cuando esa sentencia se haya dictado conforme a los requerimientos que otros artículos del convenio expondrán; ó 2) sentencias no consideradas como nacionales por el derecho interno de cada Estado, precisamente porque han sido dictadas conforme a un régimen jurídico internacional diferente, cual puede ser el que establece ese mismo convenio o el que establecen otros convenios internacionales ratificados por el país donde se pretende ejecutar la sentencia arbitral.

Es interesante conocer, que durante la Conferencia Internacional en que se aprobaría el Convenio de New Yok, Italia propició una enmienda para la aceptación de una facultad de reserva, por la que los Estados pudieran negar aplicación al Convenio "cuando ambas partes son nacionales, tienen su domicilio o residencia en su territorio y la diferencia. . . carece de conexión razonable fuera del territorio nacional" o "cuando ninguna de las partes es nacional de un Estado contratante o está domiciliada o reside habitualmente en su territorio". La enmienda propuesta fue rechazada.[20]

Partiendo pues de la gran acogida que en todo el orbe ha tenido el Convenio de New York y su aplicación general en todos los continentes, deberíamos concluir en que ciertamente no son ya elementos como el domicilio de las partes o la nacionalidad de esas partes, como se creyó en otros tiempos, lo que determinan la calificación del "arbitraje internacional", sino que ello dependerá fundamentalmente, y mientras los ordenamientos jurídicos internos no legislen al respecto, de los regímenes de aplicación que establezcan los convenios internacionales sobre el arbitraje suscritos por los distintos Estados que forman la comunidad internacional. Por lo demás, según iremos analizando en este trabajo, los criterios que se utilizan en los principales convenios tienden a coincidir en la conceptualización de un régimen arbitral internacional, en materia comercial sobre todo, cuyas notas características son la informalidad y el amplio poder concedido a las partes y a los árbitros para resolver sus diferencias conforme al derecho que más convenga a esas partes. En otras palabras, la tendencia actual es a conceder una amplia libertad negocial conforme a los principios de la autonomía de la voluntad.

B. Base legal del arbitraje comercial internacional en Costa Rica.

Tal como se indicara en el aparte anterior, la legislación costarricense no contempla el arbitraje comercial ni el referido a otras materias, de ámbito internacional. También es preciso indicar, que tampoco contempla nuestro Código de Procedimientos Civiles, en su título II del libro IV, capítulo segundo, que es el dedicado a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, norma alguna que pudiera indicarnos que dentro de las sentencias extranjeras susceptibles de ser ejecutadas en Costa Rica, se encuentran las arbitrales. Todo lo contrario, la omisión expresa a estas sentencias lleva a pensar que siguiendo criterios de derecho interno, exclusivamente, no sería posible ejecutar sentencias arbitrales extranjeras en nuestro país.[21]

En efecto, el artículo 1020 del CPC, que encabeza el capítulo referido, nos habla llanamente de tribunales extranjeros, sin que ninguna otra norma anterior o posterior de carácter interno autorice a pensar que dentro de esos tribunales se ha pensado contemplar los de carácter arbitral, máxime partiendo del carácter judicialista y centralista que hemos visto sigue nuestro sistema de arbitraje.

Pues bien, habría que decir que las normas jurídicas por las cuales el concepto de "tribunales extranjeros", contenido en el artículo 1020 del Código Procesal, se nutre a efecto de hacerse extensivo a los tribunales arbitrales extranjeros, son aquellos contenidos en varios convenios inter-

---

20. Esta situación es citada por el Prof. Antonio REMIRO BROTONS, en su obra ya antes mencionada, *"Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras"*, pág. 58.

21. Esta es la conclusión a la que llega el profesor costarricense Dr. Olman ARGUEDAS SALAZAR cuando expresa: "Hay que partir necesariamente de que la ley procesal civil es esencialmente territorial y que una determinada actividad procesal puede ser aprovechada en el extranjero y viceversa, pero ello debe estar regulado en la ley. Entonces, si nuestra ley habla de 'tribunales', entendemos que esa expresión se refiere solo a los tribunales jurisdiccionales y no a los arbitrales, porque siendo estos la excepción a la regla debieron haber estado comprendidos expresamente en la norma, lo que no ocurre". *Op. cit.*, pág. 111.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nacionales suscrito por Costa Rica, con posterioridad a la vigencia del Código de marras. Según nuestro criterio, la acción extensiva a que nos referimos en el párrafo anterior, se inicia con la ratificación por nuestro país del Código de Derecho Internacional Privado, más conocido como Código de Bustamante, aprobado en la VI Conferencia Panamericana, celebrada en La Habana el 13 de febrero de 1928.

El Código de Bustamante, en sus artículos 423 a 430, contiene una serie de reglas fundamentales para la ejecución de todo tipo de sentencias civiles o contencioso administrativas, dictadas en uno de los Estados contratantes. Pues bien, en su artículo 432, dicho Código expresa lo siguiente: "El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite".

Ciertamente, la Delegación costarricense firmó la convención, con la expresa reserva de que se suscribía la misma en todo aquello que no estuviera en contradicción con su legislación interna; lo cual se incluyó en el Congreso de la República en el decreto legislativo de ratificación, haciendo extensiva la reserva a la legislación interna que se produjera en el futuro. No obstante, no existiendo en el Código Procesal costarricense, ni en ninguna otra norma jurídica, regla alguna por la que pudiera haberse entendido prohibida la ejecución de una sentencia arbitral en Costa Rica, y siendo la redacción del artículo 1020 del CPC lo suficientemente amplia como para no oponerse expresamente al artículo 432 del Código de Bustamante, no vemos razón para no considerar vigente en nuestro país, en todo aquello que no se oponga a tratados posteriores sobre ejecución y reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, de firma posterior, el Código de Bustamante.

Es claro para nosotros que la aplicación del Código de Bustamante para sentencias arbitrales extranjeras es hoy más una curiosidad jurídica que un problema real, toda vez que encontrándose vigentes para nuestro país el Convenio de New York de 1958 y el llamado Convenio de Panamá de 1975, mucho más amplios y completos en su redacción y ratificados sin reservas por nuestro país, son estas y no otras las reglas jurídicas que informan el arbitraje internacional en Costa Rica.[22]

Los esfuerzos panamericanos por constituir un sistema de arbitraje uniforme se remontan a los años posteriores a la fundación de la Unión Panamericana. Sabemos hoy, para citar tan solo algunos cuantos hitos históricos, que la Séptima Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Montevideo en diciembre de 1933, en su resolución número cuarenta y uno, autorizó la creación de una agencia comercial interamericana, una de cuyas funciones sería el establecimiento de un sistema interamericano de arbitraje comercial.

En 1934, representantes de la Asociación Americana de Arbitraje —asociación norteamericana— y el Consejo de Relaciones Interamericanas fundaron la Comisión Interamericana de Arbitraje, instando a cada República el nombramiento de representantes de entre hombres de negocios, así como la creación de comités nacionales. El primer presidente de la comisión fue el norteamericano Spruille Braden.

Se asegura que esta comisión conoció en el lapso de 12 años más de mil causas sometidas a ella. No obstante, con la llegada de la Guerra Mundial, perdería importancia.

Las funciones de la comisión y de sus comités nacionales, incluyen:

1) El mantenimiento y administración de un sistema de arbitraje para la solución de quejas y controversias provenientes del intercambio y comercio entre las repúblicas americanas.
2) La promoción del uso uniforme y difundido de la cláusula del arbitraje y de la comisión en los contratos comerciales interamericanos.
3) Modernización y estandarización de la ley y procedimiento arbitral en todas las repúblicas americanas de acuerdo con los principios adopta-

22. Igual apreciación podríamos hacer respecto a otros tratados en materia de arbitraje suscritos por nuestro país, con carácter bilateral, tales como: Tratado de Conciliación, Arreglo Judicial y Arbitraje entre Costa Rica y Suiza, de 15 de enero de 1965; Convención de Arbitraje entre Costa Rica e Italia, de 8 de febrero de 1910; Convención sobre Arbitraje entre Costa Rica y Nicaragua, de 28 de junio de 1889; Tratado de Arbitraje entre Costa Rica y Portugal, de mayo de 1914, y Tratado de Conciliación y Arbitraje entre Costa Rica y el Reino de Italia, de 31 de octubre de 1933.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL IMPACTO DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES. DEL MODELO DE "SUSTITUCIÓN DE IMPORTACIONES" A LA "PROMOCIÓN DE EXPORTACIONES"

LIC. YANNI STERLOFF CHARALAMPIDU

INTRODUCCIÓN

Existe en la actualidad, en nuestro país, un creciente esfuerzo de parte de las autoridades económicas y políticas tendiente a incrementar las inversiones y las exportaciones de productos no tradicionales preferentemente dirigidas a mercados llamados "no tradicionales".

Este esfuerzo que responde a una serie de factores internos y externos nos parece acertado y, más aún, urgente. Nuestro país requiere la creación de trabajo y riqueza; requiere de la generación de divisas necesarias para el normal desenvolvimiento de la economía en su totalidad, economía sobre la que pesa gravemente el problema de la deuda externa.

Consideramos que el modelo de "sustitución de importaciones" implantado con fuerza en la década de los años cincuenta y definitivamente consolidado con la integración económica centroamericana, se estrelló con las circunstancias de hoy de la economía mundial y su propia debilidad estructural. El modelo estaba condenado al fracaso por su extrema debilidad que nunca superó. Pasamos de una dependencia superficial a una dependencia profunda, como manifestara en una oportunidad un connotado economista nacional. Sustituimos la importación de bienes acabados por materias primas e insumos necesarios para elaborarlos, ahora, localmente. Exoneramos dichas materias primas e insumos de impuestos, y establecimos otras exenciones fiscales a favor de las empresas manufactureras; la banca nacional otorgó crédito subvencionado; y, el producto final se destinó al consumo interno o al mercado centroamericano en donde siempre mantuvimos una balanza comercial desfavorable con el resto de los países; colocamos a las empresas manufactureras en posición de monopolio, y, con ello, castigamos con los precios al consumidor. La crisis reventó con el incremento de los precios del petróleo en la década del setenta y las consecuencias de este incremento en las economías centrales.

Estamos hoy a la puerta de un cambio estructural de la economía. Estamos tratando de pasar de un modelo de "sustitución de importaciones" a uno de "promoción de exportaciones", o bien, a un modelo mixto.

Este estudio pretende contribuir, con las desventajas de ser elaborado por un abogado aficionado a la economía, y por esto de paso ofrezco disculpas por las posibles imprecisiones técnicas a los ojos de los profesionales en esta disciplina, con un grano de arena a la mejor y más integral apreciación de las políticas que se propone hoy, para que no cometamos los errores del pasado y veamos con ojos críticos y con perspectiva en el tiempo, las decisiones de hoy.

A las políticas indiscriminadas de promoción de exportaciones se les ha señalado bemoles. El país debe ser cuidadoso y selectivo con los recursos que destina a estas políticas y con las actividades que pretende instalar en atención a lo que los economistas denominan el "costo de oportunidad". Las políticas de promoción de exporta-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciones deben conjugar el interés nacional a largo plazo con las necesidades inmediatas y el interés de los inversionistas.

Ojalá la crisis centroamericana que hace difícil en este momento la atracción de inversiones no prohije a una política económica nacional desordenada y sin planificación seria y objetiva.

Este trabajo recopila los principales problemas señalados por autoridades de renombre en la materia en cuanto a las políticas de promoción de exportaciones. No hablo de las virtudes del modelo, sino de los problemas para intentar iniciar una polémica en estos puntos y llenar un vacío que durante varios años ha persistido en torno a los mismos. El tema involucra tanto a economistas como a abogados. Existen algunas serias dudas en la legislación actual para regular cosas como el uso de la tecnología, los estímulos a su adaptación maximizando la utilización en este sentido de los factores de la producción, el control del comercio "interempresario", que puede burlar fácilmente al fisco ocultando los verdaderos costos de los bienes importados parcialmente exonerados, o elevando artificialmente los costos de producción y por ende las utilidades cuando las exoneraciones del impuesto de la renta son parciales, etc.

LAS ZONAS FRANCAS DE EXPORTACIÓN
SECCIÓN I: EL FENÓMENO DE SU PROPAGACIÓN

Con posterioridad al establecimiento de la primera zona franca o zona procesadora de exportación en Irlanda se inicia, muy especialmente en los países llamados "en vías de desarrollo", una proliferación muy significativa de lo que es un instrumento nuevo de promoción de exportaciones para las economías pobres sedientas de divisas, capital, tecnología y agudos problemas de empleo.

A medida que las grandes corporaciones inician su definitiva consolidación a principios de siglo, las economías periféricas siguieron una expansión en donde estas corporaciones y sus actividades fueron determinadas por la especificación de los países dependientes en la producción primaria. El modelo seguido por la periferia es uno vinculado fuertemente a la división internacional predominante.

La segunda situación de importancia surge cuando algunos países subdesarrollados siguen una industrialización caracterizada por la sustitución de importaciones tras veinte años de relativa debilidad del sistema central, sobre todo con posterioridad a 1930. Las corporaciones mencionadas se encuentran presentes en las etapas más tempranas del proceso en una serie de adquisiciones de empresas locales y nuevas inversiones a partir de la década de los años cincuenta que producían para el mercado interno.

Este tipo de inversión, que se había dado en una forma incipiente en Costa Rica, crece de forma sin precedentes con la integración económica centroamericana. No es la disponibilidad de mano de obra barata y su utilización por parte de empresas transnacionales el único motivo de operación. Los salarios bajos de los países subdesarrollados generan ganancias adicionales a las producciones de las filiales para el consumo local al lado de, y constituyendo su principal y primera razón, la defensa o la penetración de mercados protegidos, y, la apropiación de las rentas monopólicas generadas por las barreras defensivas.

En este tipo de operación, las empresas transnacionales muestran una serie de constantes con muy pequeñas variaciones entre países. Estas pueden resumirse, según Vaitsos, en:

I. La escala: Las empresas transnacionales se concentran generalmente en la producción en gran escala por lo que, con pocas excepciones, las subsidiarias promueven cada vez más actividades intensivas en capital y no en mano de obra. Si bien es cierto que los salarios individuales pagados son mayores que los promedios industriales de cada país, esta diferencia obedece a una mayor productividad media del trabajo que obedece a su vez más al tamaño, la intensidad del capital y la eficiencia tecnológica y organizativa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sin embargo, estos salarios elevados se pagan a un número relativamente pequeño de personas por lo cual los efectos dinámicos totales favorecen el desplazamiento.

II. La "extranjería": Reflejada en la realidad en tres formas fundamentales: a) El tipo de productos, procesos y condiciones tecnológicas y de mercado dependen en una gran medida de la economía de origen de las matrices.

El nivel del ingreso, los patrones de consumo y el nivel acumulado del capital en los mercados de origen influyen notablemente en el carácter ahorrador de mano de obra de sus operaciones internacionales; b) Las fugas de ingresos a través de la remisión al exterior de los ingresos oligopólicos generados; c) La propensión a la importación elevada con sus consecuentes efectos de una debilidad intersectorial con la economía receptora.

III. El carácter transnacional: Esta característica, aunada a la propiedad de la escala y la dispersión a nivel mundial de sus actividades, permiten que tales empresas exploten ciertos recursos en el orden internacional en forma y condiciones que no son accesibles para las medianas y pequeñas empresas nacionales.

En cuanto al capital, este ha sido cuantioso en actividades de tipo extractivo pero no así en los sectores manufactureros y de servicios que se financian básicamente con el ahorro local de los países receptores.

Consecuencia de la transnacionalidad es la "importación" de decisiones tomadas en el exterior generando, en algunas ocasiones, conflictos entre los intereses nacionales y los globales de las corporaciones.[1]

Estas características no son congruentes, en parte, a nuestro interés en este punto de la investigación, pues éste se centrará en indicar y comentar una nueva dimensión del papel que cumple la periferia en la evolución del capitalismo central: un nuevo modelo de internacionalización de la producción.

Los problemas aquí no se refieren entonces a la armonización del alza de salarios con un cambio tecnológico intensivo en capital, ni se trata de contrarrestar el alza de salarios mediante la depreciación de los bienes de consumo. Se trata de aislar los procesos con masiva intervención de mano de obra y trasladarlos a zonas donde es posible explotarla en forma intensiva también.

> "El efecto, es el equivalente al que se lograría en los países centrales si fuere posible extender el tiempo de trabajo, aumentar su intensidad y sobre todo disminuir sus salarios".[2]

Esta analogía no debe forzarse. Los trabajadores en este tipo de inversiones ganan más de lo que habrían ganado en sus trabajos habituales. El fenómeno debe analizarse por el impacto global a la economía receptora así como la escala mundial en que las transnacionales deciden sus operaciones, así como el problema de sustituir una fuerza de trabajo por una menor y las condiciones en que este cambio opera.

No deja de ser interesante, tampoco, el hecho de que un proceso de este tipo tiende inevitablemente a debilitar el capital local. En la medida en que el capital industrial local sea directamente reemplazado por el capital central, los conceptos relevantes para el análisis revierten a la relación principal capital-trabajo en una relación directa a través de fronteras (capital central-trabajo periférico), sin mediación por el capital local.[3]

Omitiendo diferencias menores y las combinaciones posibles, pueden distinguirse dos variantes del modo como las transnacionales operan en el aprovechamiento de mano de obra barata en la periferia.

La primera de ellas, calificada como la más importante, es el establecimiento en el país receptor de una planta que representa únicamente una etapa del proceso en la línea de producción vertical integrada controlada internacionalmente por la

---

1. VAITSOS, Constantino, Los problemas del empleo y las empresas transnacionales en los países en desarrollo: Distorsiones y desigualdad, *Industrialización e internacionalización en la América Latina, op. cit.*, pp. 17-21.
2. TRAJTENBERG, Raúl, Transnacionales y fuerza de trabajo en la periferia. Tendencias recientes en la internacionalización de la producción, *Industrialización e internacionalización en la producción en América Latina, op. cit.*, p. 105.
3. TRAJTENBERG, Raúl, Transnacionales y fuerza de trabajo en la periferia. Tendencias recientes en la internacionalización de la producción, *Industrialización e internacionalización en la producción en América Latina, op. cit.*, p. 107.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

empresa, etapa caracterizada por un uso intensivo de mano de obra no calificada y una escasa inversión en activos fijos como veremos más adelante.

En este tipo de operación, la actividad es generalmente el ensamble de piezas importadas, comúnmente de otras plantas de la transnacional en el exterior, o bien, la producción de bienes simples.

El bien final es exportado a otras plantas normalmente propiedad de la empresa y usualmente en su país de origen de forma que los flujos de mercancía se mantienen dentro de la empresa mundial.

Desde el punto de vista del país receptor, se trata de la implantación de un sector que, dependiendo de si todos los insumos se importan y el bien acabado es exportado o existe un régimen de subcontratación local de insumos, significa un aislamiento casi total con el resto de la economía local o una integración en extremo débil.[4]

La otra variante mencionada se refiere a la organización por parte de la empresa de la producción de empresas pequeñas locales o de trabajadores artesanales independientes, tratándose generalmente de bienes de consumo final que requieren gran intensidad de mano de obra y en donde la mecanización se dificulta.

En el caso presente, las materias primas pueden ser importadas, totalmente o en parte, aprovechándose los insumos locales. El producto final es por lo general exportado a terceros mercados con marcas controladas por la empresa.[5]

El papel de la transnacional en este caso puede ser el de un mero intermediario pero, normalmente, establecen programas de producción por medio de compras por anticipado, uniformando las especificaciones del producto, homogenizando y perfeccionando la técnica de la producción y el financiamiento de las necesidades de los productores independientes. Este tipo de intervención es común en la industria textil, de vestimenta, en la fabricación de juguetes y ciertos accesorios eléctricos.[6]

En este sentido, la industrialización en las zonas francas, como muestra un estudio de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), se concentra en un pequeño número de actividades, siendo las más importantes la industria textil y de prendas de vestir y la de productos electrónicos. En el último caso, unos 300 mil trabajadores que representaban casi la mitad de toda la fuerza de trabajo de las zonas francas de Asia estaban empleados en fábricas de productos electrónicos.[7]

Los datos sobre las industrias maquiladoras del "Programa de industrialización fronteriza en México" mostraban que el 60% se dedicaban al montaje de productos electrónicos, mientras, el 30% se concentraban en el de textiles y prendas de vestir. Para 1975, en Filipinas, casi todas las industrias de este tipo se dedicaban a la actividad de textiles, prendas de vestir y calzado, entrando, a partir del año siguiente, las empresas transnacionales de la industria electrónica.

Una importancia semejante en cuanto a la preponderancia de los ramos de la electrónica, textiles y confección de prendas se observa en las zonas de otros países.

IV. Las zonas francas de exportación; ¿una nueva división internacional del trabajo?

Desde que la primera zona franca fue instalada en Shannon, Irlanda, en 1958, de esa fecha a 1978 se contaban 270 que operaban en sesenta y seis países. Más de la mitad estaban establecidas en Asia en los países ribereños del Pacífico y otras cuarenta estaban en construcción.[8]

¿Estamos realmente en presencia de una nueva división internacional del trabajo en la que las economías centrales desplazan etapas de la producción intensivas en mano de obra a la perife-

---

4. TRAJTENBERG, Raúl, *op. cit.*, p. 108.
5. *Ibídem*, p. 108.
6. *Ibídem*, p. 108.
7. Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial. Subdivisión de Estudios Mundiales y Conceptuales. Centro Internacional de Estudios Industriales, *Zonas de transformación para la exportación en los países en desarrollo*, Documentos de trabajo de la ONUDI sobre cambios estructurales, Nº 19, agosto de 1980, pp. 10-11.
8. TRAJTENBERG, Raúl, *op. cit.*, p. 110.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DISTRIBUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES MANUFACTURERAS POR NÚMERO DE ZONAS TRANSFORMADORAS DE EXPORTACIÓN

Grupo de productos	Asia	África	América Latina	Total
Alimentos	4	2	2	8
Textiles	7	2	3	12
Prendas de vestir	7	4	7	18
Cuero	2	1	2	5
Zapatos	3	—	2	5
Productos de madera	3	—	1	4
Muebles	1	1	2	4
Productos de papel	2	—	1	3
Imprenta	1	—	—	1
Productos químicos	4	1	3	8
Petróleo	1	—	—	1
Caucho	3	1	—	4
Textiles sintéticos	6	1	—	7
Cerámica fina	—	—	1	1
Vidrio	1	1	—	2
Productos minerales no metálicos	1	—	—	1
Metales básicos	3	—	—	3
Productos metálicos	8	1	2	11
Maquinaria	7	—	2	9
Productos electrónicos	7	2	5	14
Equipo de transporte	3	1	3	7
Instrumentos de precisión	6	2	3	11
Varios	5	1	3	9

Fuente: FROBEL, F., HEINRICHS, J. y KREYE, O., *Die neue internationale arbeitsteilung*, Hambuergo, 1977, pp. 625-626. Tomado de ONUDI, *op. cit.*, p. 12.

ria para el aprovechamiento de trabajo barato, exenciones fiscales y facilidades de inversión, como algunos han afirmado?

A decir verdad, no toda la inversión extranjera directa, inclusive en los países más favorecidos con esta forma o esquema de desarrollo, se dirige a esta dirección.

En Corea del Sur, en 1968, el 58% de la inversión extranjera directa correspondía a inversiones para el mercado interno y un 41% a proyectos de zonas procesadoras de exportación. No obstante subir este último porcentaje al 86% durante el período 1969-1974 la discusión sobre este fenómeno, como señala Trajtenberg, está plagada de incertidumbre.[9]

Tomando el caso de Corea del Sur, Hong Kong, Singapur y Taiwán —los países del sureste asiáticos más exitosos en el establecimiento de

9. *Ibídem*, pp. 110-111.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zonas francas— los activos netos totales provenientes de los países del DAC (Development Aid Committee) pasaron de 696 a 2.550 millones de dólares entre los años de 1967 y 1973, aumentando su participación del 13,9 al 24,4% del total de Asia y del 2,0 al 4,4% del total de los países subdesarrollados, con una creciente participación de la manufactura. El valor de las exportaciones manufactureras de los países citados hacia los países desarrollados se multiplicó por diez en diez años, volviendo a duplicarse las exportaciones en los años subsiguientes.[10]

En Corea del Sur se registran un total de 723 millones de dólares en correspondencia a 949 proyectos de inversión extranjera directa aprobados entre los años de 1962 a 1974. Durante el quinquenio 1962-1966, el promedio anual registrado es de 6 millones de dólares, en el lapso 1967-1971 es de 36 millones y, durante el trienio 1972-1974, es de 172 millones de dólares anuales, es decir, durante este último período se realiza el 70% de la inversión total acumulada hasta agosto de 1974. Hacia el final de este último año, el valor acumulado correspondía en un 65% al Japón y un 28% a los Estados Unidos, correspondiendo el 75% de la inversión a la industria manufacturera y distribuyéndose la mitad de esta entre los rubros textil, vestimenta y de maquinaria eléctrica y electrónica.[11]

Para el caso de Hong Kong, el Gobierno estimaba un total de 161 empresas en las cuales aproximadamente el 50% de ellas dirigían sus actividades entre la electrónica y la vestimenta, siendo los activos fijos de 400 millones de dólares en la manufactura, casi completamente invertidos con posterioridad a 1960. De la misma forma el 50% correspondía a Estados Unidos y 25% al Japón.

Para Formosa, las Naciones Unidas señalan un monto dentro del cual un 60% corresponde a Estados Unidos y un 21% al Japón. En Singapur, según el BIRF, los activos fijos brutos del sector manufacturero ascienden a 1.800 millones de dólares en 1972, del cual, un tercio corresponde a los Estados Unidos, otro tanto al Reino Unido y los Países Bajos y, el 6% al Japón.[12]

No obstante que las proporciones son cada día crecientes, la importancia de estas actividades son marginales frente al monto de la inversión dirigida a la producción para los mercados internos.

Así, el total de inversiones norteamericanas en el ramo de la manufactura de los países subdesarrollados pasa de 3.525 millones de dólares en 1975, lo que muestra una progresión anual del 13,6%.[13]

> "En estas condiciones no cabe duda de que la internacionalización en busca de fuerza de trabajo de bajo costo sigue siendo totalmente marginal frente al peso que mantiene la exportación dirigida a controlar los procesos de sustitución de importaciones. Si la medida se toma en términos de masa de trabajo empleada y, por lo tanto, de valor creado en la periferia, la importancia del caso que se discute sería algo mayor: la producción primaria y la industrialización sustitutiva son, por supuesto, menos intensivas en mano de obra que la espansión orientada hacia la fuerza de trabajo barata. Aun así, este caso sería todavía de importancia menor".[14]

Analizando las estadísticas de las empresas transnacionales clasificadas por el mercado que sirven, se muestra que únicamente 95 de las 1.664 subsidiarias europeas. Sea, el 5,7% declaraban el exterior como principal mercado en 1971, subiendo la proporción para las subsidiarias inglesas en 6% y, las japonesas, en un 21,1%.[15]

Según estimaciones de Vaupel y Cuham, para las empresas subsidiarias norteamericanas, el mercado de exportación representaba en 1967 solamente 5,7% de las subsidiarias manufactureras europeas y japonesas en 1970, haciendo notar

---

10. *Ibídem*, TRAJTENBERG, Raúl, *op. cit.*, pp. 111-112.

11. TRAJTENBERG, Raúl, *op. cit.*, pp. 111-112.

12. *Ibídem, op. cit.*, p. 112.

13. WICHARD, O.G. y FREILIN, J.N., *U.S. Direct Investment Abroad in 1975*, Survey of Current Business, 1976, p. 46.

14. TRAJTENBERG, Raúl, *op. cit.*, p. 110.

15. FRANKO, L.G., *Multinational enterprise, the international division of labour in manufactures and the developing countries*, Ginebra, Documento WEP 2-28/wp4 OIT, 1975, p. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que estas últimas se elevan a 27%, tomando en consideración únicamente las filiales del sudeste asiático.[16]

Efectivamente, entre los rubros industriales más importantes en las exportaciones de manufacturas de los países subdesarrollados se tienen el de la vestimenta, con 2.005 millones de dólares en 1972, que representa el 20% del total y un crecimiento en la pasada década del 24% anual; los productos metálicos, eléctricos y de transporte con 1.610 millones de dólares en 1972, representando un 16% del total y un crecimiento anual del 33%; industrias diversas como juguetes, magnetófonos, pelucas, artículos de viajes, derivados de plástico y otros, con 950 millones de dólares en el mismo año, 9% del total y un crecimiento anual de 23%.

En el ramo de la vestimenta, la mitad de las exportaciones corresponden a Hong Kong; en los productos metálicos, eléctricos y de transporte, la mitad corresponde a exportaciones de Hong Kong, México y, Singapur hacia el mercado estadounidense y, en las industrias clasificadas como diversas, más de la tercera parte son importaciones de Hong Kong.[17]

En vista de lo anterior, el empleo de actividades de promoción de exportaciones de las empresas transnacionales que operan en los países en desarrollo, y que han sido señaladas como una fuerza importante en la división internacional del trabajo, y, una respuesta a los problemas de balanza de pagos y empleo en los mismos han sido mal enfocados desde esta perspectiva, según Vaitsos, por las razones a saber:

VENTAS DE FILIALES MANUFACTURERAS DE COMPAÑÍAS NORTEAMERICANAS DE PROPIEDAD MAYORITARIAMENTE EXTRANJERA, LOCALES Y EXPORTADAS, 1966-1972. (MILLONES DE DÓLARES)

	América Latina		Resto de Asia y Pacífico		Total de países menos desarrollados incluidos África y Medio Oriente	
	1966/1972		1966/1972		1966/1972	
Ventas totales	5.861	12.517	896	1.054	6.889	15.077
Ventas de exportación	362	680	207	469	578	1.256
% del total	6,2	23,1	23,1	22,8	8,4	8,3

Fuente: Calculado por G.K. Helleiner con datos tomados de Survey of Gurren Business, agosto de 1974, parte II, p. 30 y publicado en HELLEINER, G.K., *Transnational enterprises, manufactured exports and employment in the less developed countries,* ensayo escrito para la Conferencia Mundial sobre el Empleo de la OIT, junio de 1975, p. 65a. Tomado de VAITSOS, Constantino, *op. cit.,* p. 62.

I. La participación en las exportaciones globales en el total de la producción manufacturera de las subsidiarias extranjeras es relativamente pequeña y en algunos casos disminuye en términos porcentuales. En gran medida, las operaciones de las empresas transnacionales se concentran en industrias de sustitución de importaciones.[18]

II. La mayoría de las empresas transnacionales que operan en el tercer mundo, se encuentran en actividades muy intensivas en capital

16. VAUPEL, J.W. y YCURHAN, J.P., *The worlds multinational enterprises. U.S. Manufacturing Corporations,* Ginebra, Center for Education in Internacional Management, 1974, p. 276.

17. TRAJTENBERG, Raúl, *op. cit.,* pp. 113-114.

18. VAITSOS, Constantino, *op. cit.,* p. 62.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aumentándose esta tendencia con el tiempo. Las razones por las que se instalan en dichos mercados tienen muy poco o nada que ver con la abundancia de mano de obra barata. Así, el 53% del total de subsidiarias manufactureras norteamericanas que operaban en 1968 se concentraban en los tres subsectores más intensivos en capital cuales son: los elementos químicos, refinación de petróleo, procesamiento de alimentos y tabaco.[19]

III. Las barreras arancelarias que impiden la penetración de los mercados de los países desarrollados, pueden ser un obstáculo mayor y permanente que el acceso a la tecnología y los insumos de capital extranjeros para los productos industriales producidos por los países en desarrollo. En vista de la diversificación de productos y de los efectos publicitarios, la capacidad de comercialización puede resultar más relevante en la competencia internacional que la mera comparación de costos.[20]

IV. No obstante la tendencia reciente de exportaciones de productos intensivos en mano de obra por parte de las empresas transnacionales, una creciente y gran proporción se basa en productos intensivos en capital.

Así, se ha visto que las exportaciones, norteamericanas son relativamente intensivas en mano de obra y sus importaciones, en cambio, intensivas en capital.

En el caso de varios países en desarrollo, son más intensivas en mano de obra las importaciones de manufacturas que sus exportaciones en el mismo sector, siendo a menudo las exportaciones un subproducto de actividades de sustitución de importaciones o bien, un efecto de factores de localización, incluyéndose los de contaminación o disponibilidad de mano de obra, como sucede en el sudeste asiático.[21]

V. Establecido que: a) Las exportaciones de las subsidiarias extranjeras establecidas en los países en desarrollo constituyen una pequeña parte de la actividad de las mismas en las economías receptoras, y que, b) una importante proporción de dichas exportaciones es intensiva en capital, en relación con la exportación de manufacturas intensivas en mano de obra, se debe considerar, además:

i. El uso de mano de obra abundante y barata para la promoción de exportaciones es una gestión típica de empresas transnacionales norteamericanas y japonesas. Para 1971, el 94% de un total de 1.664 empresas subsidiarias manufactureras de Europa continental y el 93% de 1.062 filiales británicas tenían como principal mercado el de los países receptores. En la industria electrónica del sudeste de Asia, ninguna de las subsidiarias europeas establecidas se orientaba hacia la exportación.[22]

ii. Tanto las exportaciones de productos manufacturados intensivos en capital como en mano de obra, se concentraban en una gran proporción en un relativamente pequeño número de empresas y líneas de productos, por lo que las consideraciones y políticas del país receptor pueden establecerse, básicamente, sobre la experiencia de pocos productos y pocas empresas.[23]

iii. Un cambio tecnológico como los adelantos en el uso de la tecnología del rayo láser, que podría variar las proporciones de los factores en el corte masivo de prendas en la industria de la vestimenta; al igual que los avances en el campo de la electrónica, que provocó despidos considerables en la industria relojera suiza intensiva en mano de obra calificada; y, la transferencia internacional de los gustos, reducen progresivamente los campos en donde las actividades intensivas en mano de obra de manufacturas para la exportación pueden resultar soportes en los que los países programen su desarrollo económico.[24]

iv. ¿Cuántos países podrán unírsele a los países exitosos en una política de promoción de exportaciones, vista su regresión porcentual y

---

19. VAITSOS, Constantino, *op. cit.*, pp. 62-63.
20. *Ibídem*, pp. 63-64.
21. VAITSOS, Constantino, *op. cit.*, p. 64.
22. *Ibídem*, pp. 63-64.
23. VAITSOS, Constantino, *op. cit.*, p. 65.
24. *Ibídem*, p. 65.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

marginalidad con respecto a la proporción mayor de filiales ocupadas en actividades sustitutivas de importación, sin estropear el juego para todos?

II. El éxito de las zonas francas asiáticas, beneficios mal distribuidos.

El éxito de las zonas procesadoras de exportación asiáticas parece tener una posible explicación tentativa. Llevadas adelante como una nueva estrategia de desarrollo sobre el concepto de "industrialización orientada hacia las exportaciones", este nuevo enfoque suplantaría poco a poco la noción de "industrialización mediante la sustitución de importaciones".

Para que las industrias de los países en desarrollo fueran competitivas en el mercado mundial, de lo que se trataría sería de atraer capitales extranjeros de forma que los inversionistas fabricaran y exportaran ellos mismos los productos, ofreciendo condiciones tales que, ello fuera posible horqueteándose el proteccionismo e insertándose en el mercado mundial de acuerdo con las condiciones del capital internacional. Las ventajas para el país receptor se sustentaron en un mejoramiento de los términos de intercambio y la afluencia de nueva tecnología que permitiera dar alcance a los países desarrollados.

Al lado de las fuertes inversiones y el rápido crecimiento registrado en Hong Kong, Singapur, Taiwán y Corea del Sur, países con un tratamiento arancelario preferencial en algunos países centrales, aparecen pequeñas compañías "asiáticas" en busca de inversiones rentables en los países más subdesarrollados de la región. El promedio de los salarios en los países señalados era de 140 dólares aproximadamente, para la mano de obra no calificada, pero de solamente 31 dólares en Sri Lanka. Así, las inversiones chinas son las que predominan en la nueva zona franca de Katuyake abierta en 1978. De noventa y cuatro proyectos aprobados hacia finales de 1979, 24 empresas de textiles eran de Hong Kong.[25]

Para los inversionistas chinos y norteamericanos de la industria textil, que representaban el 55,3% de los proyectos aprobados, el fin propuesto era aprovechar la cuota de Sri Lanka otorgada por la Comunidad Económica Europea y eludir las cuotas norteamericanas impuestas a los países del este asiático.[26]

Sri Lanka, al ayudar a sus vecinos a aumentar de facto sus cuotas, reduce la suya propia. Poseyendo una industria textil bastante desarrollada que ocupaba alrededor de 40 mil personas, la creación de empleo en la zona franca alcanza una suma que varía entre cinco mil y seis mil personas, en un país en donde el gobierno se jacta de tener la mano de obra más barata de Asia —salario básico de 0,60 dólar por jornada de ocho horas, los sindicatos son ilegales y la legislación estipula que las disposiciones contractuales con las firmas extranjeras rigen por sobre la legislación nacional—. En realidad, la zona franca es aquí, ". . .un Estado dentro del Estado, con su propia legislación, sus reglas y su consejo de gobierno".[27]

Los cuatro países (Hong Kong, Singapur, Taiwán y Corea del Sur) efectúan constantes esfuerzos para retener a los inversionistas y atraer industrias de fuerte componente electrónico.

Singapur, por ejemplo, estimula a las empresas con subvenciones para que automaticen sus operaciones con el fin de conservar la mano de obra importada de Malasia para trabajos peligrosos o ingratos, que son rechazados por los habitantes de Singapur.[28] No faltan algunas zonas francas, como las de la República de Corea y la de Karachi en Pakistán, donde la propiedad nacional está limitada a la propiedad de empresas mixtas a fin de desalentar la inversión nacional en las zonas.[29]

Los mismos países han iniciado la transferencia a sus vecinos de industrias que exigen mucha mano de obra. Para 1981 se estaban construyendo dos zonas francas frente a Hong Kong, una frente a Taipei en una pequeña isla, otra en Tian-

25. BARANG, Marcel, *op. cit.*, p. 18.

26. *Ibídem*, p. 18.

27. GEORGE, Susan, Los avances del liberalismo económico en Sri Lanka, *La monde diplomatique en español*, (periódico), París, noviembre de 1980, p. 16.

28. BARANG, Marcel, *op. cit.*, p. 18.

29. ONUDI, *op. cit.*, p. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

jin. Singapur puede elegir entre las no menos de quince zonas francas de Malasia e Indonesia en la isla de Batam. Las transferencias de una fábrica a otra pueden realizarse sin grandes costos económicos de manera que, las zonas francas chinas e indonesias proporcionan los empleos, mientras Hong Kong, Singapur y Taiwán se aseguran los servicios más lucrativos, en un esquema que algunos economistas locales han denominado como "complementariedad cooperativa".[30]

Este "reacomodo" a las nuevas circunstancias responde, a la vez, a la elevación del monto de los salarios en los primeros países anfitriones que perdieron durante la pasada década la ventaja de la mano de obra barata. En Kaohsiung, Taiwán, ciento dieciséis fábricas cerraron en un lapso de trece años, y, setenta y cinco entre los años 1976 y 1979, al elevarse los salarios y finalizar las exenciones fiscales.[31]

Dentro del porcentaje dedicado por las filiales de las empresas transnacionales que operan en los países en desarrollo, los países del este de Asia han captado una parte importante de capitales a operar en las zonas francas. Esto debido a sus particulares características que pueden resumirse en: una abundancia de mano de obra barata calificada y no calificada, incentivos tributarios y económicos de todo género, leyes locales aplicadas por gobiernos casi en su totalidad "de fuerza", tratamiento preferente para sus productos de parte de algunas naciones desarrolladas y, la ventaja de situarse entre los primeros países en adoptar esta forma de desarrollo económico.

El espectacular crecimiento registrado en este tipo de actividades puede verse impulsado, en alguna medida importante, por razones de geopolítica que abrieron un canal de afluencia de capital privado y asistencia, al lado de la apertura de aranceles proteccionistas en algunos mercados de las economías centrales.

No obstante, tomando como referencia los datos citados por Vaitsos, las actividades de exportación de las empresas instaladas en zonas francas del sudeste asiático pueden encontrarse en un punto de "saturación", al lado de encontrarse próximo el término de los beneficios arancelarios en los Estados Unidos, y, sin dejar de mencionar de nuevo la tendencia a una disminución porcentual de las mismas. No así América Latina que ha mostrado un aceleradísimo crecimiento al pasar de 6,2% del total de ventas de exportación de las filiales manufactureras de compañías norteamericanas a 23,1% entre 1966 y 1972.

Sí es válido afirmar, como lo hace Vaitsos, que la mano de obra barata no es el factor único y determinante por el cual las empresas transnacionales han operado y operan en actividades de promoción de exportaciones sino, por la confluencia de una serie de factores que la incluyen, entre el que ocupa papel preponderante la eliminación de barreras arancelarias proteccionistas en los mercados de los países desarrollados, la llamada "Iniciativa para la Cuenca del Caribe" se constituirá en un fuerte estímulo para el establecimiento de empresas transnacionales en las zonas francas de los países que cumplan con los requerimientos exigidos normalmente por las mismas.

¿A quién favorecerá mayoritariamente tal iniciativa? Para el caso de Costa Rica, la cual se ha dicho, "no está preparada para aprovechar sus ventajas", es útil e ilustrativo el caso de la experiencia mexicana en su industria automotriz, válido ejemplo para la industria costarricense sustitutiva de importaciones.

La industria automotriz mexicana, considerada como excesivamente ineficiente y protegida, y que fue a principios de los años sesenta un sector importante en los esfuerzos gubernamentales de sustitución de importaciones, se ha enfrentado en los últimos años a un cambio de estrategia dirigida a la promoción de exportaciones, a fin de generar las divisas necesarias para su funcionamiento.

En principio, las alternativas que se mostraron fueron: o aumentar el contenido nacional de cada vehículo, o bien, el desarrollo de exportaciones para compensar las importaciones.

Si se adoptaba la solución de un incremento del valor agregado nacional, se seguiría apegado al modelo de sustitución de importaciones; si se adoptaba en cambio un sistema de exportaciones compensatorias, se produciría un cambio hacia una estrategia de promoción de exportaciones, siendo, este último caso, la alternativa elegida en 1969 durante el gobierno de Díaz Ordaz

30. BARANG, Marcel, *op. cit.*, p. 19.

31. *Ibídem*, p. 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(1964-1970). Se exigió a las empresas compensar un porcentaje siempre creciente de sus importaciones con exportaciones, política seguida también por Echeverría (1970-1976).

Esta política tuvo sin embargo sus vaivenes. En 1976 el gobierno de Echeverría elaboró un plan hacia un mayor contenido nacional, sin llegar a llevarse a cabo. El gobierno de López Portillo adoptaría una posición intermedia requiriendo, de uno nuevo, que las importaciones se compensaran con las exportaciones, exigiendo al mismo tiempo, un mayor contenido nacional.[32]

Como parecía imposible que las empresas automotrices exportasen voluntariamente, se recurrió a algunas medidas compulsivas. La sanción que se tuvo a mano era la concesión o negación de cuotas de producción a las empresas ensambladoras, cuotas que se habían establecido en 1962 dentro de la política de sustitución de importaciones para proteger a las empresas de propiedad mexicana más débiles, asegurándoles un mercado.[33]

En los términos de este decreto, se concedían cuotas a las empresas terminales pero incluía una cuota adicional a las empresas que exportasen vehículos terminados, partes o herramientas. El decreto de 1965 ya no sólo establecía cuotas a las empresas sino que estas cuotas debían ganarse mediante la compensación de un porcentaje de sus importaciones creciente, 5% en 1970, 15% en 1971, y así sucesivamente, de forma tal que las exportaciones que excedieran estos niveles ganarían cuotas adicionales. Este plan se extendería y ampliaría por decreto en 1972.[34]

En los primeros años del arreglo concertado, las empresas efectuarían las exportaciones requeridas, sin embargo, para 1974 y 1975 dejarían de alcanzar los niveles requeridos sin dejar de recibir sus cuotas sustentadas, sobre todo, en las promesas de cumplir en el futuro. Las compañías automotrices culparían inmediatamente la deficiencia en las exportaciones a la recesión mundial sufrida por la industria entre 1974 y 1975, y a la devaluación del peso mexicano.[35]

La Iniciativa para la Cuenca del Caribe del presidente Reagan no favorecerá la industria nacional sustitutiva de importaciones por su marcada ineficiencia en cuanto a calidad y precio, factores estos que no la hacen competitiva fuera de los mercados protegidos en que operan.[36] No favorecerá la exportación de productos tradicionales que no entran dentro del plan, y que en todo caso la mayoría se encuentran sujetos a cuotas, pero sí, estamos seguros, a industrias acogidas al sistema de zonas francas o amparadas a la Ley de Fomento de las Exportaciones en forma de "maquiladoras" y, probablemente, a algún número de empresas nacionales capaces de asumir los costos de producción que implican la entrada a un mercado difícil en actividades que podríamos considerar "no estratégicas" y que no lograrán darle al país una mayor autonomía.

A. Zonas francas e impacto sobre el empleo.

Los avances en la exportación de manufacturas intensivas en mano de obra han ocurrido fundamentalmente en algunos países asiáticos pobres y relativamente pequeños que, según Vaitsos, lograron cambiar sus estructuras de exportación asentadas en productos primarios a otras en las que los bienes industriales son el principal generador del ingreso de divisas.[37]

---

32. BENNETT, Douglas y SHARPE, Kenneth E., La industria automotriz mexicana y la política económica de la promoción de exportaciones. Algunos problemas del control estatal de las empresas transnacionales. *Industrialización e internacionalización en la América Latina, op. cit.*, pp. 119-202.

33. *Ibídem*, p. 204.

34. BENNETT, Douglas y SHARPE, Kenneth E., *op. cit.*, pp. 204-205.

35. Si las cuotas se redujeran las empresas verían disminuidas sus ventas, los costos unitarios aumentarán reduciéndose la utilidad de las unidades que pudieran venderse dentro de la cuota menor reduciéndose por otro lado las ventas de partes y accesorios de la matriz a la subsidiaria. Todo lo cual significaría un descenso en la producción y comercialización que se traduciría en menos empleos para los trabajadores mexicanos, *ibídem*, p. 215.

36. La exportación de algunas industrias actualmente puede explicarse por una baja importante en la demanda causada por la crisis centroamericana y el menor poder adquisitivo de los consumidores originado por la crisis interna que ha obligado, no sin problemas, a dirigir sus producciones hacia terceros mercados periféricos fuera del área a fin de sostener en alguna medida la rentabilidad de las empresas.

37. VAITSOS, Constantino, *op. cit.*, p. 67.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Algunas economías como Formosa e Irlanda siguieron estrategias similares que, no obstante captar una considerable proporción de la mano de obra industrial, dejaron sin solución el problema global del empleo y la pobreza.

En Irlanda, las empresas transnacionales generaron hasta el año de 1971 alrededor del 74% de los empleos nuevos del sector industrial, especialmente mediante la promoción de exportaciones, representando el 76% de la expansión industrial, y aumentando las exportaciones a una tasa anual de alrededor del 14%.[38]

De 1961 a 1981 el total de exportaciones pasan de 180.5 millones de IRL a 4.846, en tanto las exportaciones industriales pasan de IRL m 31.1 a 3.490.[39]

La inversión por sector en nuevos proyectos extranjeros aprobados en 1978 en millones de libras esterlinas llevan estas sumas: 55.05 metales e ingeniería; 50.57 otro; 25.23 textiles; ropa y

INVERSIÓN EXTRANJERA 1960-DICIEMBRE DE 1978

País	Nº de proyectos en producción en diciembre 1978	Total de capital invertido millones de G
Estados Unidos	215	813
Inglaterra	176	176
Alemania	99	141.3
Holanda	37	130
Japón	9	68.1
Otros	120	325.3
Total	656	1.653.7

Fuente: Industrial Development in Ireland, *Industrial Development Authority,* Dublin, Sackville Press Ltd., p.4.

zapatos, y, alimentos 19.19; con un total de 150.04 millones de libras.[40]

Las industrias calificadas como de "alta tecnología" mostraron una inversión, en lo que respecta a la industria farmacéutica y química, de IRL 94.6 de 1975; industria electrónica, IRL 736.3 y IRL 89.9; y, metales e ingeniería, IRL 1.049.7 y IRL 161.2, respectivamente.[41]

En cuanto al origen de la inversión, poco menos de la tercera parte del número de proyectos en producción, en diciembre de 1978, corresponde a proyectos norteamericanos y, cerca de la mitad del total de capital invertido, corresponde al mismo origen, seguido de Inglaterra y Alemania.

Lo anterior sigue desmintiendo la importancia primordial de la mano de obra barata en la adopción de políticas de promoción de exportaciones. La importancia estratégica de Irlanda se muestra como una puerta de acceso a los mercados del Common Wealth y la Comunidad Económica Europea. Así lo expresaba el Primer Ministro de Irlanda, Mr. Charles J. Haughey, al Club Económico de Nueva York.

38. VAITSOS, Constantino, *op. cit.*, p. 67.

39. *Address by Mr. Charles J. Haughey, Prime Minister of Ireland, to the Economic Club of New York,* 15th, march 1982, on the Irish Economy Growth and Investment Potential, p. 13.

40. Industrial Development Authority, *Industrial Development in Ireland, op. cit.*, p. 3.

41. *Address by Mr. Charles J. Haughey, Prime Minister of Ireland, to the Economic Club of New York, op. cit.*, p. 4.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> "Nosotros ofrecemos. . . una especial ventaja de localización para este tipo de industrias por nuestra pertenencia a la comunidad europea y por el acceso a las economías en desarrollo de África y el Medio Oriente dado por nuestra proximidad geográfica y nuestra afinidad histórica con la evolución de algunos de esos pueblos.
>
> Probablemente ha sido un factor clave en el crecimiento de las inversiones norteamericanas en nuestra economía. . .
>
> . . .La combinación de la localización de Irlanda en la comunidad europea con 270 millones de consumidores, nuestro estable comercio y clima político, la educación y destreza de los trabajadores irlandeses, el bajo monto del impuesto a las corporaciones así como las exenciones y los servicios por la Autoridad del Desarrollo Industrial de Irlanda ha resultado una poderosa atracción de firmas norteamericanas. Casi una nueva planta norteamericana por semana ha abierto en Irlanda en los pasados dos años.[42]

El promedio de capital invertido por planta fue, para las norteamericanas, de 3.78 millones de libras; 3.5 millones para las holandesas; 7.56 millones las japonesas —el más alto del grupo—. El promedio del total de plantas en producción en diciembre de 1978 fue de 2.52 millones de libras, lo que parece insinuar un uso intensivo de capital.

Aparejado a un aumento constante de los índices de producción industrial —con excepción del año de 1975— al pasar de 217.5 a un aproximado de 400 en 1979, y aumentar en la misma medida el total de exportaciones —casi se multiplica por 10 de 1968 a 1979—. Vaitsos señala que para 1958 el empleo total de Irlanda ascendía a 1.121.000 bajando, para 1970, a 1.066.000.[43] Los países grandes que han seguido activamente esta estrategia de promoción de exportaciones, como Brasil y México, han descubierto que los efectos directos e indirectos de empleo de las exportaciones de manufacturas representaban una parte muy pequeña del total de su población empleable.[44]

Lo anterior, puede sugerir que, si bien en algunos países, como los asiáticos, pueden privar consideraciones, de abundante mano de obra barata y el aprovechamiento de cuotas de importación por parte de los países desarrollados, en algunos, casos como factores decisivos de inversión, esta hipótesis no puede generalizarse al punto de concluir una nueva división internacional del trabajo.

El caso de Irlanda puede ser explicado, casi exclusivamente, en el último sentido mencionado atrás, es decir, como la utilización de mano de obra barata en dirección a la penetración de mercados.[45]

Lo que puede afirmarse, en atención a la experiencia de algunos países, es que las zonas procesadoras de exportación o zonas francas no han constituido una solución al problema del empleo, y que su efecto sobre el mismo ha sido relativamente modesto.

Algunos casos de promoción de exportaciones de manufacturas de los países en desarrollo, por parte de transnacionales, se ha basado en la disponibilidad de mano de obra calificada barata —como Corea del Sur— pero la mayoría de las economías en que se han implantado estas políticas se ha sustentado en la disponibilidad de mano de obra barata no calificada, limitándose la formación de "capital humano" adecuado. Se ha estimado que la mayor parte de los empleados que laboran en subsidiarias extranjeras en la industria electrónica del sudeste asiático reciben un adiestramiento menor a dos meses en el trabajo.[46]

Para 1978, se calculaba que alrededor de 645,00 personas estaban directamente empleadas en las zonas francas de los países en

---

42. *Address by Mr. Charles J. Haughey, Prime Minister of Ireland, to the Economic Club of New York, op. cit.*, pp. 6-7.

43. VAITSOS, Constantino, *op. cit.*, p. 67.

44. *Ibidem*, p. 67.

45. Estas políticas de promoción de exportaciones tienen serias limitaciones en razón de ciertas consideraciones políticas y de grupos de presión en los países desarrollados como lo es su estructura arancelaria y no arancelaria que discrimina las importaciones intensivas en mano de obra. Ejemplo de esto son las políticas sobre los rubros arancelarios 806,30 y 807.000 de los Estados Unidos que se restringen a las actividades que incluyen materias primas o bienes intermedios originados en los Estados Unidos. En este mismo país AFLCIO procura el control gubernamental sobre las transnacionales que exportan empleos. En este último sentido, las presiones sindicales han influido sobre las políticas de Alemania Federal en cuanto a las "exportaciones de empleo" de la industria automotriz al cancelarse, durante la pasada recesión, exportaciones a realizarse por subsidiarias brasileñas a otros países latinoamericanos para ser realizadas directamente desde Alemania en vista de consideraciones de empleo.

46. VAITSOS, Constantino, *op. cit.*, p. 68.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

REMUNERACIÓN HORARIA MEDIA DE LOS TRABAJADORES QUE ELABORAN O MONTAN MATERIALES DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL EXTRANJERO Y REMUNERACIÓN HORARIA MEDIA DE LOS TRABAJADORES CORRESPONDIENTES DE LOS ESTADOS UNIDOS (EN DÓLARES DE LOS EE.UU.) (1970)

Productos y países	a. Remuneración horaria media en en el extranjero*	b. Remuneración en los EE.UU.**	a. Como porcentaje deb-.
Bienes de consumo electrónicos			
Hong Kong	0,27	3,13	9
México	0,53	2,31	23
Otras zonas de Asia	0,14	2,56	5
Partes de máquinas de oficina			
Hong Kong	0,30	2,92	10
México	0,48	2,97	16
República de Corea	0,28	2,78	10
Singapur	0,29	3,36	9
Otras zonas de Asia	0,38	3,67	10
Semiconductores			
Antillas Neerlandesas	0,72	3,33	22
Hong Kong	0,28	2,84	10
Jamaica	0,30	2,23	13
México	0,61	2,56	24
República de Corea	0,33	3,32	10
Singapur	0,29	3,36	9
Prendas de vestir			
Costa Rica	0,34	2,28	15
Honduras	0,45	2,27	20
Honduras británica	0,28	2,11	13
México	0,53	2,29	23
Trinidad	0,40	2,49	16

Fuente: United States Tariff Commission, *Economic factors affecting the use, of items 807.00 and 806.30 of the Tariff Schedules of the United States,* Washington, 1970, citado por ONUDI, *op. cit.*, p. 24

* Incluida la remuneración suplementaria.

** Incluida la remuneración suplementaria. Estimaciones hechas por empresas de los salarios pagados en empleos análogos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EMPLEO EN LAS ZONAS DE TRANSFORMACIÓN PARA LA EXPORTACIÓN (1978)[47]

País-territorio	Empleo	Porcentaje del empleo Total en todas las ZTE
África		
Mauricio	17.500	
Senegal	-600	
	18.100	3%
Asia		
Filipinas	24.600	
Hong Kong[48]	59.600	
India	3.200	
Malasia	56.000	
República de Corea	120.000	
Singapur	105.000	
Sri Lanka	5.200	
Otras zonas de Asia	77.400	
	451.000	69%
Caribe y América Latina		
Brasil	27.300	
Colombia	2.800	
El Salvador	2.900	
Haití	40.000	
Honduras	1.500	
Jamaica	1.000	
México	70.000	
Nicaragua	5.000	
Panamá	600	
República Dominicana	14.400	
	165.500	26%
Medio Oriente		
Egipto	10.000	
Jordania	600	
República Árabe Siria	600	
	11.200	2%
Total	645.800	100%

Fuente: CURRIE, Jena, *Investment: The growing role of export proce-Report Nº 64*, junio de 1979, p. 6. FROBEL y otros, *Die neve internationale arbeiststeilung*, Hamburgo, 1977, pp. 625 y 626. Tomado de ONUDI, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

47. Este cuadro incluye sólo los países sobre cuyas zonas de exportación existen cifras de empleo. Con las excepciones de Singapur (1974), Mauricio (1977) y Hong Kong (1975) todas las cifras se refieren a 1978.

48. Incluye sólo el empleo en las firmas de propiedad extranjera.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

desarrollo; en 1980 la cifra era ligeramente inferior a un millón de personas, variando la importancia de las zonas en relación con el empleo sin existir una tendencia general. En países pequeños, como Mauricio, que han realizado esfuerzos por industrializarse con base en una estrategia orientada hacia las exportaciones, la proporción del empleo en la industria manufacturera es elevada, a diferencia de los países que han seguido una política de sustitución de importaciones, en donde el empleo está concentrado en industrias orientadas hacia el mercado interno y las zonas francas son relativamente insignificantes.[49]

> "En países que poseen una gran industria orientada a las exportaciones, las zonas evidentemente desempeñan un papel menor. En Hong Kong por ejemplo, la abrumadora mayoría de la fuerza de trabajo de dos millones de personas participa en alguna actividad manufacturera destinada a la exportación. Así, las 59.000 personas ocupadas en los siete parques industriales de Hong Kong constituyen sólo una proporción pequeña. Análogamente en la República de Corea el crecimiento de un sector manufacturero orientado a la exportación se ha producido principalmente en proceso paralelo fuera de las ZTE (Zonas Transformaciones de Exportación".[50]

Las empresas han demostrado, para las actividades industriales particulares, una mayoritaria preferencia por el empleo de mujeres jóvenes.

En Malasia, el 85% de los trabajadores de la Zona de Libre Comercio de Rayan Lepas tiene entre 18 y 24 años, en tanto que en las mismas plantas casi el 100% de las trabajadoras tiene una edad entre los 16 y 25 años; en la industria electrónica de la Zona de Libre Comercio de Sungei Way-Subang el 93% tenía entre 16 y 25 años; en México el 85,5% de los trabajadoros de las "maquiladoras" de la zona fronteriza de los Estados Unidos son mujeres cuya edad oscila entre 17 y 23 años.

De las 67.000 personas ocupadas directamente en diversas Zonas Francas de Exportación, en otras partes de Asia, a mediados de 1977 las mujeres constituían el 85% con la siguiente distribución: de 14 a 15 años, 6,1%; de 16 a 19 años, 40,4%; de 20 a 24 años, 31,1%; de 25 a 29 años, 12,1%; de 30 a 39 años, 6,7%; de 40 años o más, 3,6%. El 77,6% de las mujeres tenían menos de 25 años y el 90% menos de 30.

En términos generales, se calcula que hasta el 85% de la fuerza de trabajo de las zonas asiáticas está formado por personas de menos de 30 años de edad, solteras o bien casadas pero sin hijos.[51]

Esta preferencia de las empresas por mujeres jóvenes parece obedecer a las siguientes razones:

1. Los salarios de las mujeres son en general inferiores a los de los hombres.
2. Las mujeres son más productivas que los hombres en operaciones de alta intensidad de trabajo que exigen destreza y habilidad manual.[52]

	Plan (1988)	Proyección 1985	1990
Parque Moín/área Limón-Moin	2.000	1.300	3.000
(incluyendo obreras)	(725)		
Parque Santa Rosa/Puntarenas			
Caldera	3.075	1.500	3.400
(incluyendo obreras)	(1.435)		

Fuente: *Establecimiento de parques industriales y zonas francas en Moín y Caldera*, estudio de factibilidad, tomo 1, *op. cit.*, p. 146.

49. ONUDI, *op. cit.*, p. 13.

50. *Ibídem*, p. 13.

51. ONUDI, *op. cit.*, pp. 13-14.

52. Desde el punto de vista de la calidad del trabajo, los requisitos son de muy baja calificación. Un estudio sobre Formosa indica que la mayor parte de los trabajadores de las empresas encuestadas no requerían más que destreza manual por lo que no existe problema de abastecimiento de mano de obra local, TRAJTENBERG, Raúl, *op. cit.*, p. 122.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. Las mujeres jóvenes parecen más dispuestas y capaces de adaptarse a la monotonía de operaciones repetitivas de montaje.[53]

El impacto sobre el empleo estimado por el estudio de factibilidad para las zonas francas de Moín y Caldera expresa que con la implementación de la primera etapa de empleo totalizaría cerca de 5.075 empleados al momento de operación completa, o sea, en 1988. (Como sabemos no están en operación).

B. Baja intensidad de capital fijo; costos de inversión para los países receptores.

En términos generales —porque en este sentido tampoco pueden inferirse variables constantes—, cuando las empresas tienen como objetivo la penetración de mercados fuera de los de origen (y dependiendo de las políticas de la autoridad administrativa encargada de autorizar el funcionamiento de las empresas dentro de las zonas francas) las empresas transnacionales tienden a ser más intensivas en capital, en semejanza a sus homólogas insertadas en políticas de sustitución de importaciones. Al contrario, cuando el producto final tiene como mercado el de origen de las empresas, o bien en países desarrollados con una estructura arancelaria apropiada para su internación, de lo que se tratará es de reducir los costos salariales y así, son normalmente bajas en la intensidad de capital fijo.

En este último caso, no existe nada que contrarreste los ahorros por concepto de salarios. Los procesos que se desplazan a las zonas son en general divisibles y de reducida escala. En la industria maquiladora mexicana los promedios por trabajador de capital fijo en 1974 era de 840 dólares, oscilando entre 690 dólares en la industria electrónica a 2.800 dólares en la industria manufacturera diversa. En Corea, en 1974, el coeficiente en la industria extranjera, orientada hacia la exportación era la mitad del coeficiente de la industria para el mercado interno, sin diferir sustancialmente en cuanto al grado de mecanización. En Taiwán las cifras en las zonas de exportación son de 1.500 dólares por trabajador.[54]

Esta baja intensidad de capital fijo invertido deriva en una escasa inmovilización del mismo, lo que da por resultado una extrema movilidad de las empresas que pueden trasladar sus inversiones de un país a otro.

Este hecho, aunado a demandantes prácticamente monopsonistas, fuertes financieramente y en la acumulación de experiencia, deriva a la vez en una debilidad de la fuerza de trabajo industrial para defender sus ingresos.[55-56] Esta baja intensidad del capital fijo invertido y un impacto sobre el empleo relativamente modesto contrarrestan con los costos que implican la construcción de una zona franca para un país subdesarrollado.

La Zona Franca de Sri Lanka requirió importantes inversiones que alcanzaban, en 1979 y 1980, 86 millones de dólares asignados por el Estado a la Autoridad de Zona.[57]

El costo calculado para las Zonas Francas de Moín y Santa Rosa en el estudio de factibilidad es elevado. La construcción de la primera etapa de ambos proyectos se desglosa en los cuadros de costos (ver página 130).

La importancia de la infraestructura,[58] junto a los salarios e incentivos fiscales y otros beneficios, es señalada por el estudio de la ONUDI que indica que, en una encuesta de mercado para la planificación de un parque industrial, se concluyó que, en promedio, la existencia de la misma reduciría el tiempo entre la aprobación de una inversión en fábricas por una empresa y el comienzo de las operaciones hasta en 18 meses. Además de que, posiblemente, uno de cada cinco proyectos posibles se abandonaría o sufriría retrasos de años si no hubiese un parque industrial, siendo el problema especialmente agudo en países en donde subsisten registros y normas inadecuados

---

53. ONUDI, *op. cit.*, p. 14.

54. TRAJTENBERG, Raúl, *op. cit.*, p. 123.

55. *Ibidem*, p. 120.

56. En la industria fronteriza mexicana varios casos de conflictos laborales provocaron el cierre de plantas. Luego del despido de 3 mil trabajadores a fines de 1974 a raíz de los problemas laborales en Mexicali, un vocero de Matterl —una de las empresas más importantes en la producción de juguetes de los Estados Unidos— declaraba: "Los salarios allí han llegado a igualar a los de otras partes del mundo, de modo que podemos mudarnos a otros lugares. Hemos decidido cerrar la planta definitivamente".

57. Estimado a los precios prevalecientes a mediados de 1980.

58. Para abril de 1983 se anunciaban las gestiones para el otorgamiento de un crédito por parte del gobierno de Taiwán en condiciones blandas, y en setiembre la gestión de un empréstito por 643 millones de dólares entre los cuales una parte se destinaría a la finalización de las instalaciones de las zonas francas de Moín y Santa Rosa, *La nación*, (periódico), sábado 9 de abril de 1983, p. 6A.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

RESUMEN DEL COSTO ESTIMADO DE LAS OBRAS INTERNAS[59] [60]

	(¢ 1.000)			
	Moín	Santa Rosa	Total	(%)
Adquisición de la tierra	8.016	16.308	24.324	18,0
Obras civiles	11.070	8.401	19.471	14,4
Servicios públicos	5.677	6.694	12.371	9,2
Edificios	16.536	21.675	38.211	28,3
Ingeniería	2.097	2.317	4.414	3,3
Entrenamiento y promoción	1.250	1.250	2.500	1,9
Contingencias	15.100	18.609	33.709	24,9
Total	59.746	75.254	135.000	100,0
	44,3%	55,7%	(100,0%)	

Estimado a los precios prevalecientes a mediados de 1980.

COSTO ESTIMADO DE LAS INFRAESTRUCTURAS EXTERNAS

	(¢ 1.000)			
	Moín	Santa Rosa	Total	(%)
Agua y alcantarillado	16.547	11.335	27.882	28,9
Electricidad y teléfono	16.961	12.643	29.604	30,7
Entrenamiento vocacional	5.100	3.500	8.600	8,9
Total	55.900	40.600	96.500	100,0
	(55,9%)	(42,1%)	(100,0%)	

Fuente: Estudio de factibilidad, tomo I, *op. cit.*, p. 134.

de propiedad, uso de la tierra, tramitación burocrática de los convenios de compra de tierra y solicitudes de servicios eléctricos, de agua y teléfono.[61]

C. Vinculaciones con la economía local: valor agregado y balanza de pagos.

En vista de que el excedente del producto de la mano de obra sobre el salario va a dar al exterior, la situación equivale, más que a la exportación del producto final, a la propia exportación de mano de obra.[62] En este sentido, se puede afirmar entonces que los efectos netos de ingreso y de balanza de pagos son limitados.

La situación para el café, con los consumidores fuera del área productora, vale para las zonas procesadoras de exportación en el sentido de que no generan un círculo dinámico dentro de las economías receptoras.

El carácter, prácticamente de enclave de las actividades orientadas hacia la exportación implican enlaces intersectoriales muy limitados ya que sus operaciones poseen un componente de importación significativamente elevado. En el caso de Irlanda, el contenido de importación de productos intermedios de los proyectos subsidiados ascendía, en 1966, a cerca de 78% de los materiales empleados, con exclusión de la industria alimenti-

59. BARANG, Marcel, *op. cit.*, p. 19.

60. NIPPON KOEI CO. LTD., PIASA CONSULTORES y JAPAN INDUSTRIAL LOCATION CENTER, Establecimiento de parques industriales y zonas francas en Moín y Caldera. *Costa Rica, estudio de factibilidad*, San José, tomo I, 1981, p. 133.

61. ONUDI, *op. cit.*, pp. 26-27.

62. VAITSOS, Constantino, *op. cit.*, pp. 68-69.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia.[63] En la Zona de Masán de la República de Corea las importaciones constituyeron el 72% de las exportaciones en 1971.

> "La índole y la magnitud de las vinculaciones entre las actividades industriales de las zonas y las actividades de la economía nacional son probablemente la cuestión fundamental con respecto a las zonas, cuando más amplias se hacen esas vinculaciones tanto más probable es que las zonas puedan producir beneficios a largo plazo".[64]

Según revela el citado estudio de ONUDI, las zonas francas, reitera lo dicho atrás, tienen una alta propensión a importar bienes intermedios y materiales. Esto se debe, según expresa, a las concesiones relativas a la importación de insumos, la relación estrecha con empresas extranjeras, al tipo de actividad manufacturera y al carácter subdesarrollado de la economía de la mayoría de los países receptores.[65]

Las vinculaciones regresivas, que son muy limitadas, también pueden en algunos casos aumentar. En la Zona de Masán en Corea, según se indicó, las importaciones constituían el 72% de las exportaciones en 1971, pero ya para 1978 la proporción había bajado al 52%, la proporción de materias primas nacionales en el total de ingresos de divisas aumentó del 6% en 1971 al 37% en 1975. La misma situación sucedió con la zona franca de Shannon, Irlanda, en donde las importaciones que se habían constituido en el periodo 1953-1965 el 81% del valor de las exportaciones; en el periodo 1964-1975 bajaron el 63%. Pero, el mismo informe señala: "La proporción de las importaciones en relación con el valor de las exportaciones es probablemente menor en Masán y en Shannon que en otras zonas a causa de una diferencia en la distribución de las actividades industriales. En Masán y Shannon una gran proporción de las empresas se dedican a la industria mecánica y de maquinaria, mientras en otras zonas dominan las industrias electrónicas, de prendas de vestir y textil".[66]

Como es de esperar las empresas que no tenían vinculaciones regresivas directas eran aquellas en las que el comercio entre empresas[67] desempeñaban un papel relevante. Esto es especialmente importante en vista de que las empresas transnacionales aprovechan la ventaja de adquirir productos normalizados de alta calidad dentro de su propia red de distribución, cosa que les garantiza el suministro de insumos, según sus condiciones por una parte, y por otra, la oportunidad de fijar precios de transferencia cuando les resulta rentable,[68] situación fiscalmente inconveniente y de difícil control.

El estudio de la Zona Franca de Santa Cruz en la India dio resultados harto interesantes en el sentido visto, examinándose el componente del valor agregado en relación con el grado de control extranjero. Las empresas muy vinculadas al control extranjero mostraron una contribución de valor agregado nacional muy inferior al resto de las demás empresas; las empresas con un control extranjero mínimo registraron el mejor porcentaje en términos de valor agregado.

Las empresas nacionales que utilizaron tecnología indígena tuvieron un funcionamiento medio superior y además lograron un contenido de valor agregado superior al nivel previsto del 60%.[69]

Otros estudios sobre las zonas francas asiáticas comprobaron el mismo fenómeno. Véase cuadro, pág. 132.

La concentración en actividades de bajos salarios, intensivas en mano de obra no calificada, promotores de las exportaciones, han sido frecuentemente comparadas con las antiguas estructuras de inclave en la industria extractiva. Sin embargo, el excedente generado y su potencialidad futura es mucho menor que en las actividades extractivas en virtud de que el inversionista no se en-

---

63. VAITSOS, Constantino, *op. cit.*, p. 69.

64. ONUDI, *op. cit.*, p. 35.

65. *Ibídem*, p. 36.

66. ONUDI, *op. cit.*, pp. 36-37.

67. El comercio interempresario puede definirse como "las operaciones de envío internacional de productos (incluidos los capitales y los productos intermedios y acabados, pero no la tecnología y los servicios) entre sucursales o filiales sometidas al control de una sola empresa". *Ibídem*, p. 38.

68. *Ibídem*, p. 38.

69. ONUDI, *op. cit.*, p. 40.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Contribución al valor agregado de fábricas de zonas transformadoras para la exportación

Características de la propiedad	Nº de fábricas	Media ponderada del valor agregado como porcentaje de la producción
Grupo Nº 1: La mayoría de las acciones son de propiedad extranjera. (Alto grado de control extranjero).	3	48,30
Grupo Nº 2: Empresas mixtas. (Grado intermedio de control extranjero).	5	58,66
Grupo Nº 3: Colaboración técnica. (Bajo grado de control extranjero).	3	41,15
Grupo Nº 4: Empresas indias. (Control extranjero mínimo).	5	61,02

Fuente: SUBRAMANIAN, K.K. y MOHANAN PILLAI, P., *Multinational firms and export processing zones,* Economic and Political Weekly, 26 de agosto de 1978, pp. 1476-1477, citado por ONUDI, *op. cit.,* p. 40.

cuentra cautivo una vez iniciadas sus actividades en razón de que, como se vio, la inversión requerida es relativamente modesta y no existe una gran dificultad para trasladar actividades a otros países y así, fuera de la mano de obra, no existe en la oferta de insumos locales una motivación de magnitud tal que procure un arraigo que provoque una inamovilidad de las inversiones efectuadas.

El carácter volátil de las actividades disminuye las posibilidades del ejercicio de un poder de negociación para obtener una distribución más equitativa del excedente y una asignación internacional más adecuada de las actividades productivas. ". . .el poder de negociación de los países receptores es en tales casos mínimo o nulo".[70]

El proyecto de factibilidad para las zonas francas en Costa Rica muestra una serie de artículos y productos que el país puede exportar, destacándose, especialmente, los recursos pesqueros, forestales y los susceptibles de desarrollarse en proyectos agroindustriales.

Partiendo de la tendencia en cuanto a la importación de productos por parte de los principales países del mundo (según estadísticas de importación de Estados Unidos, Canadá, República Federal de Alemania, Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Italia con respecto a 177 artículos) se seleccionaron los posibles productos que Costa Rica podía exportar. De los 104 productos con potencial de mercado en los países mencionados, Costa Rica podría exportar sesenta eliminándose los demás en vista de los siguientes cuatro criterios: falta de materias primas, falta de tecnología desarrollada, insuficiencia de escala e interrelación y dificultades en el transporte.[71-72]

El desarrollo de estas industrias podría generar innumerables beneficios para el país si se adoptara una actitud de cuidadosa selección de actividades que permitan una integración adecuada del resto de los sectores de la economía que contrarresten una tendencia generalizada, de la mayoría de las empresas instaladas en zonas

70. VAITSOS, Constantino, *op. cit.,* p. 69.

71. Estudio de factibilidad, tomo I, *op. cit.,* pp. 56-57.

72. Entre estos productos se pueden mencionar las carnes frescas congeladas, mantequilla, queso, pescado, crustáceos y moluscos conservados, frutas y nueces, fruta en conserva, materias de alimentos animales, cuero y pieles, madera, manufacturas de madera, tejidos e hilaza, calzado, manufactura metálica, maquinaria agrícola, textiles y cuero, equipos de oficina, muebles, etc. Véase cuadro de página 117, *ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

francas, a la importación de insumos y bienes intermedios, dándose prioridad a empresas de coinversión y atendiendo en forma cuidadosa a la utilización de la tecnología empleada. Desafortunadamente el ambiente que reina entre las autoridades del proyecto es de una actitud de aceptación y aprobación indiscriminada.

La "tasa económica de retorno", calculada sobre la hipótesis de que la inversión en industrias no sería un hecho sin el proyecto, se estimó en 37,3%, y el efecto sobre la balanza comercial se calculó (valor de las exportaciones anuales) estimando el valor bruto de la producción, calculado a partir del valor agregado neto, asumiéndose este en un 26,8% (la misma tasa que en el IV censo).[73]

La importación elevada que caracteriza las empresas instaladas en las zonas francas, en lo que se refiere a materias primas y productos intermedios, produce que la contribución neta sea mucho menor que la contribución bruta indicada por el aumento del valor de las exportaciones. No obstante lo anterior, algunos han sugerido, con base en un análisis de la intensidad de los factores, que las importaciones de productos intermedios tienden a reducir las necesidades generales de capital de la economía y significarán una demanda mayor de mano de obra que la que habría si los bienes intermedios se produjeran localmente.[74]

La provisión de instalaciones infraestructurales a los inversionistas a tarifas subvencionadas puede tener efectos negativos sobre esta línea de razonamiento. La subvención estatal de instalaciones tiene dos efectos:

1. que el período que debe transcurrir antes de la recuperación de la inversión inicial es largo y,
2. la entrada de divisas disminuye.[75]

La libre importación de materias primas y bienes intermedios constituye, como se vio, un fuerte estímulo al carácter externo de las actividades de las zonas que se traduce también, por esta vía de política fiscal, en una menor generación de entrada de divisas.

En términos generales, puede afirmarse que el efecto sobre la balanza de pagos de los países receptores puede verse limitado por los factores siguientes:

a. Las actividades de las zonas francas generan un tipo de estructura productiva que se concentra en actividades con un bajo cociente entre valor agregado interno y producción.
b. Por los vínculos generalmente estrechos entre las empresas instaladas en las zonas con empresas extranjeras en forma de comercio interempresario, en donde las materias primas y artículos semielaborados locales están rigurosamente limitados.
c. Cuando los incentivos fiscales son en exceso elevados.[76]

D. Transferencia de tecnología.

Como expresa Helleiner, la explicación más general de los factores que afectan la transferencia de tecnología de producción en el sector manufacturero a los países menos desarrollados por parte de empresas manufactureras, es la "teoría del ciclo de los productos".

Se basa esta teoría en el hecho de que los países que han adquirido ventajas tecnológicas mediante el desarrollo de nuevos productos poseen una posición cuasimonopólica en la producción y venta de ese producto, y que las empresas explotarán esa posición en una forma variable —pero previsible— a medida que el producto "madura". Así, los países subdesarrollados adquieren tecnología únicamente en las etapas avanzadas de la vida de estos productos en el tiempo en que la producción se ha estandarizado, la posición monopólica se ha erosionado, cuando la competencia se hace fundamentalmente a través del precio y ya no se requieren insumos científicos y técnicos nuevos. En esta etapa se aplica la ventaja comparativa de los países subdesarrollados basada en la mano de obra barata no calificada y semicalificada.[77]

---

73. Proyecto de factibilidad, *op. cit.*, tomo I, pp. 145-147.
74. ONUDI, *op. cit.*, p. 41.
75. ONUDI, *op. cit.*, p. 42.
76. ONUDI, *op. cit.*, pp. 42-43.
77. HELLEINER, G.K., El papel de las corporaciones multinacionales en el comercio de tecnología de los países menos desarrollados, *Industrialización e internacionalización en la América Latina*, *op. cit.*, p. 151.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Al parecer esta teoría falla cuando se observan las transferencias de tecnología a los países menos desarrollados en vista de que:

1. El cuasimonopolio se prolonga más allá del punto de maduración, como sucede cuando se fundamenta en la experiencia, nombres comerciales, marcas registradas, etc.
2. Cuando las estructuras monopólicas del mercado y la creación de aranceles y cuotas protectoras en los países menos desarrollados obligan a las empresas multinacionales a establecer allí la producción por razones defensivas mucho antes de que el producto haya madurado, medidas proteccionistas que permiten, a la vez, a las empresas, beneficiarse de su ventaja monopólica original en períodos de tiempo mucho mayor de aquel en que la ventaja haya desaparecido a nivel internacional.
3. Los flujos internacionales de los factores dentro de la empresa pueden permitir transferencias de localización a países menos desarrollados, antes de que un producto haya madurado.[78]
4. La teoría se sustenta en los productos finales mientras que en forma creciente se recurre a la producción de componentes y a las actividades intermedias, en los países menos desarrollados, dentro de industrias manufactureras verticalmente integradas en las que algunas son también "inmaduras".[79]

Parece preferible abandonar, y en especial con las zonas francas, la teoría del ciclo de los productos conservándola, como indica Helleiner, únicamente para los segmentos del mercado de tecnología en los que resulta aplicable, trocándola por un criterio teórico ecléctico que considere una diversidad de características.

Sin embargo, la motivación principal de las empresas instaladas en zonas francas son los bajos costos de operación con una estructura arancelaria conveniente y la utilización de mano de obra calificada y no calificada barata y/o una estrategia de penetración de mercados protegidos. Los productos elaborados no tienen como destino final el mercado donde se produjo en la mayoría de los casos.[80]

Dependiendo de las estrategias de la empresa, determinada por los mercados finales y por la política de la autoridad administrativa encargada de la autorización de operaciones, las actividades pueden vertir en capital intensivas, o bien, intensivas en mano de obra.[81]

En el primer caso, además de lo anterior señalado, otros factores coadyuvan:

1. Incentivos de precios inadecuados o inapropiados:
   a. Las empresas multinacionales tienen acceso a un capital relativamente barato. Los precios de los factores en que basan su decisión no son los del país menos desarrollado en donde, los precios de los factores, no reflejan los costos de oportunidad social del capital existentes en el país receptor.
   b. Los precios de los factores y otros bienes en los países menos desarrollados están distorsionados de modo que no estimulan las actividades intensivas en mano de obra en vista de que el capital es más barato por efecto de los subsidios, la sobrevalua-

---

78. COOPER, Charleso, Choise of techniques and technological change as problems, *International Social Science Journal*, Nº 3, vol. XXV, 1973, pp. 293-304. Citado por HELLEINER, G.K., *op. cit.*, p. 152.

79. HELLEINER, G.K., *op. cit.*, p. 152.

80. En Costa Rica, el artículo 15 de la Ley de Zonas Procesadoras de Exportación y Parques Industriales faculta a las empresas calificadas como industrias procesadoras de exportación introducir un 49% de su producción en los mercados nacionales previa autorización del Ministerio de Economía, Industria y Comercio y en casos muy especiales autorizar un monto de hasta el 80% de la producción de la empresa.

81. "Aunque hay una presunción obvia en el sentido de que la manufactura para la exportación de los países menos desarrollados será relativamente abundante en mano de obra, existen algunos datos aislados en el sentido de que la manufactura para la exportación puede ser muy intensiva en capital, aparentemente a causa de la eficiencia derivada de operación a gran escala que son en sí mismas "inherentemente" intensivas en capital, aun cuando se encuentren en las industrias habitualmente consideradas como intensivas en mano de obra. Esta intensidad de capital puede derivar también de los incentivos excesivos o inadecuados concedidos a la exportación". HELLEINER, G.K., *op. cit.*, p. 153.g

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción monetaria, el crédito subsidiado, etc. Por otra parte, la mano de obra tiene un sobreprecio en virtud de las leyes de salario mínimo y las cargas sociales y laborales.

c. La protección y la posición monopólica en los mercados elimina la presión para que se adopten tecnologías más adecuadas.[82]

2. La rigidez tecnológica:

La ventaja de las empresas multinacionales en los mercados extranjeros deriva del conocimiento de técnicas que primero desarrollaron en sus mercados de origen y que por esto tienden a ser inadecuadas, cosa que se plasma en una inelasticidad en la sustitución de los factores.[83]

a. Aun existiendo tecnologías eficientes intensivas en mano de obra, estas tienden a asociarse con pequeñas escalas de producción mientras que, normalmente, la empresa multinacional produce en gran escala y por sobre las consideraciones de precio de los factores, por lo que tienden a ser intensivas en capital.

b. La escasez de habilidades entorpecen la utilización del empleo de tecnologías intensivas en mano de obra por lo que se sustituye por capital para superar la escasez.

c. El costo de los insumos materiales que cuando se importan pueden significar erogaciones considerables de cambios incentiva la sustitución de materiales con otros insumos de factores. "La elasticidad de sustitución de materiales por capital es mayor que la elasticidad de sustitución de materiales por mano de obra".[84]

3. El papel de la incertidumbre:

a. En la alusiva actitud a los riesgos, las empresas multinacionales se muestran renuentes a las incertidumbres y las perturbaciones en las relaciones laborales en los países menos desarrollados optando por técnicas intensivas en capital y una fuerza de trabajo relativamente pequeña aun cuando se vea disminuido el rendimiento medio.

b. Las técnicas intensivas en capital pueden proveer una mayor flexibilidad contra las fluctuaciones inesperadas en la demanda que si las técnicas fueran intensivas en mano de obra resultando más fácil y barato la alteración del número de turnos o la velocidad de las máquinas en una planta automatizada que la contratación, despido o adiestramiento de trabajadores en una planta intensiva en mano de obra. Los costos variables son también menores en una planta intensiva en capital cosa que coloca a la empresa en una posición ventajosa en periodos de bajos precios y/o competencia, una vez que los costos de capital han retornado.[85]

En las operaciones intensivas en mano de obra, que se han señalado como actividades típicas de las empresas transnacionales instaladas en zonas francas —aunque no necesariamente como se ha mencionado— lo que caracteriza este tipo de operaciones es simplemente una inexistencia y ausencia del desarrollo de tecnologías adecuadas. No existen tecnologías eficientes que puedan emplearse ante condiciones del empleo casi ilimitado de mano de obra barata en relación con el capital. Por otro lado, no hay incentivos para que las empresas transnacionales se ocupen de tal desarrollo tecnológico, aun cuando los precios relativos de mano de obra sigan aumentando, en razón de que el tamaño de los mercados y las operaciones no lo justifican, en especial cuando su empleo es exclusivo para una zona en particular.[86]

La inversión extranjera establece un canal por el cual podrían obtenerse capacidades técnicas, pero la transferencia de tecnología está directamente relacionada con el carácter del proceso de producción. Una estrategia de producción en que únicamente una parte del proceso se sitúa en un país en desarrollo tiende a producir efectos

82. HELLEINER, G.K., *op. cit.*, p. 153.

83. HELLEINER, G.K., *op. cit.*, p. 154.

84. *Ibidem*, pp. 154-155.

85. HELLEINER, G.K., *op. cit.*, p. 155.

86. *Ibidem*, p. 153.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

muy limitados en cuanto a la transferencia de tecnología se refiere.

Una investigación realizada sobre los efectos de la transferencia tecnológica de las inversiones estadounidenses en Asia demostró que las actividades auxiliares que se llevan a cabo en esos países son predominantemente actividades de montaje que utilizan maquinaria que podría obtenerse de otras fuentes. Las etapas productivas anteriores al montaje que requieran una tecnología adelantada, así como las actividades de investigación y desarrollo, permanecen en las casas matrices.[87]

Los posibles efectos tecnológicos secundarios están limitados a tecnologías de un nivel relativamente bajo incorporadas al proceso de montaje. Cuando la zona del país huésped establece exenciones regresivas —como en el caso del impuesto sobre la renta en Costa Rica— tal situación desestimula en todo caso el desarrollo y producción de partes en vista de que el comercio interempresario facilita el ocultamiento de los costos reales de bienes intermedios y materias primas.

El manejo central de la investigación y el desarrollo por la empresa matriz causa que los conocimientos resultantes se difundan únicamente dentro de la empresa. En relaciones de empresa de cogestión en donde el socio extranjero transmite conocimientos al socio nacional, esta transmisión se produce normalmente en forma de venta directa —como es el caso de la zona de promoción de las exportaciones de productos electrónicos de Santa Cruz en la India en donde se establecía el cobro de una suma única por los conocimientos técnicos, aparte de las regalías que se cobran periódicamente por ventas y los pagos aparte por concepto de capacitación de personal indio.[88]

En vista de lo anterior y resumiendo la transferencia de tecnología al país receptor está limitada por las razones siguientes:

a. La preponderancia de actividades de montaje y la ausencia de procesos complejos de producción y de actividades locales de investigación y desarrollo.
b. La concentración de actividades de investigación y desarrollo en las matrices de las empresas transnacionales con lo que se reafirma el control externo de la tecnología empleada.
c. El carácter de enclave orientado hacia el exterior puede dificultar la transferencia de tecnología al establecer una relación comercial entre las empresas de la zona y las empresas situadas fuera de ellas.[89]

* * *

87. ALLEN, T.W., *Direct investment of United States enterprises in Southeast Asia. A study of motivations, characteristics and attitudes.* Bangkok, The Economic Cooperation Center for the Asian and Pacific Region, 1973, pp. 32-34. Citado por ONUDI, *op. cit.*, p. 43.

88. ONUDI, *op. cit.*, p. 44.

89. ONUDI, *op. cit.*, p. 45.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTRATO DE INQUILINATO

DR. MARIO A. MUÑOZ QUESADA

EL CONTRATO DE INQUILINATO, CONFORME A LAS REGULACIONES DE LA NUEVA LEY.

De la lectura del proyecto ahora casi convertido en Ley de la República, cobran existencia jurídica dos modalidades de contrato de inquilinato, regidos por leyes independientes, pero que a la vez quedan supeditados a las normas de "orden público" que contiene la Ley de Inquilinato recientemente aprobada.

La Ley de Inquilinato propiamente dicha, va a regir con base en el principio del "orden público" e intervencionismo estatal los contratos de inquilinato sobre viviendas de interés social y de locales comerciales u oficinas destinados a pequeña industria, comercio o artesanía. Por su parte, el Código Civil y la legislación común, van a regir las contrataciones inquilinarias de casa de habitación, locales comerciales y oficinas, conforme al principio de la "autonomía de la voluntad" de las partes, con valor del inmueble donde se encuentren superior a los tres millones de colones.

Lógicamente, las consecuencias, según la legislación aplicable, van a ser abismales, y a mi criterio, cerca de venir la Ley de Inquilinato aprobada a fomentar la construcción, va a provocar serias dudas, cautela en la inversión, y hasta una posible recesión en la creación de fuentes de producción y de trabajo.

Difícilmente, en caso de sancionarse la Ley aprobada, va a contarse a corto plazo con interpretaciones judiciales que coadyuven al entendimiento y alcances de la ley, como también resultaría problemática la legislación civil sobre arrendamiento —en cuanto a su interpretación y aplicación también— por haberse dejado por más de cuarenta años prácticamente inaplicables esas disposiciones.

En los primeros años de aplicación de estas dos legislaciones, las dudas, las interpretaciones, la aplicación de ellas en los contratos que regulan, va a ser el caos, para arrendantes y arrendatarios, en cuanto a los intereses que persiguen. Aparte de ello, los tribunales seguramente se verán casi asfixiados con demandas y defensas, que las mismas legislaciones reconocen a los contratantes.

Y, a estas alturas y sin haberse aún sancionado la Ley por el Poder Ejecutivo, ya se reclama su urgente reforma, no sin dejarse de oír también otros clamores sociales que piden el veto, ya no por razones de ilegalidad, sino de interés socioeconómico o por otras conveniencias. Lo anterior, entonces, no es otra cosa que la señalización directa de defectos de la Ley que requieren de solución inmediata, y los cuales vale la pena precisar:

EL CONTRATO.

El contrato de arrendamiento o inquilinato, así como el contenido de las demás disposiciones normativas que recoge la Ley, sus alcances y efectos, salvo en lo que se refiere a viviendas de interés social, han sido calificados de "orden público", lo que implica que esa calificación que se le da a la ley y a las relaciones contractuales que regula, resulte en cierto grado y forma fuera de toda lógica y realidad, especialmente en cuanto a la no aplicación del principio en aquellos contratos que quedan remitidos al Código Civil y a la legislación común.

En ellos, sin duda alguna, los efectos de la voluntad negocial, de la libertad de contratación y hasta la imposición unilateral de cláusulas y elementos esenciales del contrato, tales como el precio, el plazo, el objeto, etc., se verán ciertamente afectados en la medida en que las partes contratantes procurarán obtener la mejor ventaja de la negociación. Es por eso que resulta difícil hablar

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de un imperativo "orden público" en una ley que no va a regular plena y completamente todas las relaciones contractuales que norma. Al hacer remisión a otras leyes, esencialmente civilistas, es muy difícil concebir y admitir alguna otra interferencia que no sea la de la voluntad de las partes. Y, propiamente en lo que se refiere a las regulaciones contractuales de inquilinato, conviene resaltar que entre las graves consecuencias o defectos que se le apuntan a esta Ley, está en primer término la

Prohibición de subarrendar:

El subarriendo no es permitido y aunque lo tolere el arrendante, no le crea ningún derecho al inquilino. Esto significa marginar e ignorar el principio de la "autonomía de la voluntad" y el principio de la "libre contratación", como por otro lado, para el inquilino, limitar, con manifiesta violación constitucional, el derecho de propiedad y la libre adquisición de sus bienes.

La prohibición de subarrendar implica ni más ni menos que una limitación para el propietario del local o casa de habitación, desde un punto de vista del Derecho Real, como desde una perspectiva del Derecho Subjetivo personal, una limitación a su voluntad negocial.

Por otro lado, le impide al inquilino crear nuevos derechos a su favor, aun con consentimiento del propietario, lo que importa por su lado también una limitación a sus derechos patrimoniales, puesto que es la misma Ley, y no la voluntad de las partes, la que le impone una limitación a una actividad o a un interés legítimo.

Desde este punto de vista de la Ley, el no admitir la tolerancia del propietario equivaldría a una autolimitación a varios de sus derechos constitucionales, lo que de por sí no vendría a cuestionar ya la validez y eficacia de la Ley, puesto que es su voluntad la que se limita. Pero sí resulta cuestionable e ilegal el que la misma Ley prohíba subarrendar en los contratos que regula, y a la vez no lo prohíba en los contratos que se regirán por las disposiciones del Código Civil y la legislación común. Como se ve, hay una discriminación y limitación de derechos para unos sujetos, y para otros no.

El Artículo 9.

Contiene varias reglas que es necesario analizar por separado, por los problemas que suscitarán.

En cuanto al plazo de los contratos, lo que se recoge en la Ley ha sido la jurisprudencia dominante en los últimos años, la cual estableció que en los contratos a plazo y su vencimiento, comporta una prórroga del contrato y sus efectos, por tiempo indefinido, que es obligatoria para el arrendante, en cuanto tiene que soportar o permitir la continuación del arriendo, y facultativa para el arrendatario.

Advierte la Ley, la aplicación de las normas que contiene a viviendas de interés social y locales destinados a pequeña industria, comercio o artesanía, y la remisión a las normas del Derecho Civil y la legislación común, el arriendo de casas de habitación y locales comerciales y oficinas que no estén destinados a esas pequeñas actividades.

Ahora bien respecto a aquellos locales comerciales para pequeña actividad comercial, ¿quién califica de pequeña esa actividad? ¿Qué parámetros se aplicarán para esa calificación, y cómo se califican?

La calificación, quien la haga y a través de qué medios se haga, es preocupante, si se aplicara el espíritu liberal de la Ley. Aún más, si para determinar la actividad se siguieran principios de "interés u orden público", qué parámetros servirán para esa calificación, con base en qué datos se fundamentará, si a escasos meses atrás, a modo de ejemplo, se determinó por el Poder Ejecutivo una presunción tributaria para "pulperos" que serviría para pagar el impuesto de ventas.

Y, si esos locales no están destinados a pequeña actividad comercial o industrial (como si fueran los locales los que califican la actividad y la capacidad), entonces, la legislación aplicable no es la de la Ley, sino la ordinaria o común del Código Civil, lo que provocaría la existencia de dos legislaciones, con respecto a una misma materia, con efectos bastante diferenciados y con tratamientos legales distintos, para provocar con ello un verdadero caos en la aplicación de la ley correspondiente, pues es la misma Ley la que crea dos mecanismos para calificar las viviendas de interés social y los locales para pequeña industria, artesanía o comercio. Uno de ellos, para las viviendas, es de orden *tributario*, en donde el criterio de la Tributación Directa queda supeditado a lo que establezca el Banco Hipotecario de la Vivienda. El otro es de orden *judicial* o jurisdiccional, en donde lo que priva es la valoración del inmueble donde está el local, que tiene que ser inferior a los tres millones de colones. Valoración que la hará un Juez auxiliado por un perito, con el agravante de que la suma límite deberá ser ajustada anualmente, de conformidad con el índice de edificios y viviendas elaborado por Estadística y Censos del Ministerio de Economía y Comercio, quedando,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

entonces, supeditada la capacidad y voluntad del perito y del Juez.[1]

EL PRECIO.

El *precio* del arriendo está relacionado con el plazo mínimo legal del contrato (treinta meses); la Ley permite el precio escalonado del arriendo, excepto para las viviendas de interés social.

De este modo, los locales para pequeño comercio, industria y artesanía quedan liberados al precio escalonado o al incremento en el precio, pero en los límites porcentuales que la misma Ley establece. Dicho incremento se establecerá: 1) de acuerdo con el índice correspondiente a viviendas y edificios, elaborado por la Dirección General de Estadística y Censos, y 2) hasta un 15% anual, del precio anterior al aumento.

Sin embargo, a mi criterio, es solamente a los contratos regidos por la Ley de Inquilinato a los que se les aplicarán los anteriores incrementos, y no a todos los contratos de inquilinato.

Aquéllos que vayan a estar regulados por la legislación común y el Código Civil, contendrán la misma suerte, solo que el incremento será libre, sin límites porcentuales o índices oficiales.

Surge, entonces, la interrogante: ¿quedará o llegará alguna construcción a verse protegida por esta ley, o se fomentará solo una construcción inquilinaria que no dé acceso a pequeño comercio, industria o artesanía?

El propietario, en buena lógica, preferirá la contratación de la legislación común, donde existirá absoluta libertad para determinar el precio y los incrementos, mientras que precisamente por los precios, el inquilino preferirá no arrendar.

Sin mayor esfuerzo, vemos entonces la existencia de dos precios para un mismo contrato o dos contratos diferentes y la creación libre o limitada de incrementos al precio, según la legislación que le corresponda al contrato.

El otro problema que se presenta con la Ley y con los contratos regulados por leyes diferentes, es cuando procede el aumento del precio.

La legislación anterior era clara al disponer: ". . .no podrán promoverse diligencias judiciales para la determinación de la renta. . . sin que haya transcurrido un término de cinco años".

Sin embargo la Ley aprobada, dice: "Las partes podrán convenir en cualquier tiempo la modificación del precio del alquiler y su modalidad de pago". Pero de seguido impone al menos un período de inmodificación, para que no se promuevan diligencias judiciales para la determinación de la renta, sin que no hayan transcurrido treinta meses, término a partir del cual, en caso de que sea judicial la determinación del precio, abre un procedimiento novedoso que luego veremos.

Por ahora vale la pena mencionar que la modificación convencional del precio no queda limitada al plazo de treinta meses. Al día siguiente de creado el contrato, el propietario puede gestionar cambios en el precio y a su modo de pago, y solo si las partes se ponen de acuerdo o el propietario logra convencer o engañar al inquilino, esas modificaciones convencionales permitirán la variación antes del plazo de ley.

Alzas de alquileres.

El procedimiento judicial, cuando proceda, es novedoso y se asemeja al ya creado para la fijación judicial de alimentos o pensión alimenticia.

Consiste en la determinación por parte del Juez de un precio provisional mientras se tramitan las diligencias, que deberá comenzar a depositar en el Juzgado el inquilino, el cual, según la determinación final del precio de la renta, se imputará al mismo, con la salvedad de que si el nuevo precio es superior, se le concede al inquilino un mes para que pague las diferencias, y si fuere inferior, al provisional, las diferencias se le devolverán o aplicarán a rentas futuras, a criterio del inquilino.

Además es novedosa la aplicación retroactiva del precio que determine el Juez al día de interposición de la demanda.

Sin embargo, se establecen por la ley las siguientes sanciones:

1) Si no cumple con los depósitos provisionales.

2) Si no paga las diferencias, si el precio fijado fuere mayor al provisional.

Con respecto a la primera, si no cumple, incurre en falta de pago y a la vez en causal de desahucio (art. 21, 1).

Con respecto a la segunda, si no paga dentro de un mes, se ordena su inmediato desalojo, sin juicio de desahucio y se procede a su desocupación *manu militari*. No hay debido proceso y por consiguiente violación constitucional.

1. Cfr. Ramírez Segura, Mario. Sobre el proyecto de reforma a la Ley de Inquilinato. Revista Iustitia Nº 18, pág. 7 y sigs.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El plazo de un mes es perentorio y bastante preocupante para el inquilino que no tiene el dinero a su alcance, como también si se toma en cuenta que el proceso puede durar un tiempo prolongado y la diferencia que se cumule puede resultar exagerada.

Sería recomendable el pago en tractos, conforme al criterio del Juez y a las posibilidades económicas del arrendatario, o lo más saludable, agilizar los procedimientos mediante audiencias verbales y que se comience a pagar el nuevo precio a partir de la firmeza del fallo, como está actualmente.

Derecho de prioridad.

Queda eliminado —y consecuentemente el derecho de llave—, en caso de nueva construcción. Se mantiene en caso de reparaciones indispensables.

Se sustituye en el caso de nueva construcción por una indemnización fija de seis meses de alquileres para el caso de oficinas, y de nueve meses para el caso de locales comerciales o industria.

Por reparaciones indispensables, el plazo para volver a ocupar los locales o casa de habitación es de quince días, a partir de la fecha en que el arrendante le comunique la conclusión de las obras.

Inconvenientes con la eliminación del Derecho:

Aparte de que impone al propietario del local o inmueble una carga económica injusta, especialmente si se trata de rentas elevadas por tener que indemnizar al inquilino con nueve meses de alquileres, desde el punto de vista de este último, conlleva el sacrificio del derecho de llave, y consecuentemente, tal vez, de otros derechos inherentes al arriendo, tales como el punto comercial, la clientela y hasta la extinción del negocio del inquilino, si eventualmente se le pusiera en condición de no poder conseguir otro local a un precio similar al antiguo.

El problema, fundamentalmente, se daría para aquellos contratos de arrendamiento que en tiempo han creado fama, nombre y prestigio a la actividad comercial, y que con motivo de construcción nueva, la indemnización no compensaría ese sacrificio, y estarían condenados a extinguirse, sin indemnización al propietario por esa extinción, o sin indemnización a terceros que dependían indirectamente del arriendo, como los trabajadores del arrendatario; o en aquellos contratos en donde la actividad comercial va a ser afectada por reparaciones que no permitan la ocupación del local y produzcan la interrupción temporal de la actividad del inquilino.

En estos casos al inquilino le asiste fundado derecho para reclamar esos daños y perjuicios, y al propietario del local se le pondría en una difícil situación legal y económica.

Surge así la interrogante: En casos de reparaciones, ¿quién califica éstas como tales, para dar pase o no al derecho de prioridad?

Al menos así no ocurriría con las reparaciones indispensables para la suspensión del pago a favor del inquilino, pero a falta de acuerdo, la Ley faculta a una de las partes para que acuda al Tribunal a buscar la calificación de si son o no indispensables, si las reparaciones son de otra naturaleza.

Debe tenerse, antes que todo en cuenta, que no es la condición de "indispensables" lo que origina el derecho de prioridad, sino la naturaleza misma de las reparaciones que permitan o no ocupar la casa o local.

El calificativo de "indispensables" puede incluso darse ahora mismo en una construcción nueva, pero esos trabajos o reparaciones, su dimensión y naturaleza, son los que realmente establecen si amerita o no la desocupación.

De ahí, entonces, que las reparaciones que vayan a hacerse, son un medio fácil para dar por terminado un contrato, directa o indirectamente, pues en uno u otro caso, la determinación de si surge o no el derecho de prioridad resultaría bastante difícil.

Los asuntos judiciales, en caso de sancionarse la ley, van a ser considerables, y lo que se pretendió armonizara las relaciones inquilinarias, más bien va a tornarlas conflictivas.

Finalmente, contiene la Ley otra serie de disposiciones, tales como la *tolerancia en el pago*, que solo la permite para inquilinos de vivienda de interés social —dentro de los ocho días siguientes a la fecha del pago— y la elimina para el resto de los contratos de arrendamiento. Quedan así desprotegidos legalmente la mora en el pago y la tolerancia, excepto para aquellas viviendas.

Las reparaciones que autorizan a suspender el pago y que son las indispensables y necesarias para el disfrute del inmueble. Aquí es interesante destacar que la suspensión no está acordada a favor del arrendatario de un local comercial, sino para los de casa de habitación o apartamento.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA DOCTRINA DEL EFECTO SANEANTE

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LIC. JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN 142

DESARROLLO

Sección I: Análisis del efecto desde el punto de vista de las normas específicas 143

A) Titularidad y legitimación aparentes. 143

1) Estudio de la titularidad aparente 143

a) Concepto e hipótesis 143

b) El problema de la titularidad aparente de derechos reales 143

b.1) Consideraciones introductorias 143

b.1.1) El problema en doctrina y en Derecho Comparado 143

b.1.2) El heredero aparente en Derecho francés 144

b.1.3) El heredero aparente en Derecho español 148

b.1.4) El heredero aparente en Derecho italiano 149

b.1.5) Breve referencia al Derecho alemán 150

b.1.6) El heredero aparente en Argentina y Uruguay 150

b.2) El elemento común objetivo propio de toda hipótesis de titularidad aparente de derechos reales 151

b.3) Efectos de la titularidad aparente de derechos reales con respecto a terceros 152

b.3.1) Efectos en relación con terceros causahabientes del titular aparente 152

b.3.2) Efectos en relación con terceros acreedores 157

b.3.3) Efectos en relación con terceros "penitus extranei" 158

b.4) Efectos en relación con el titular aparente 158

c) El problema de la titularidad aparente de derechos personales 159

d) El problema de la titularidad aparente de obligaciones 161

2) Estudio de la legitimación aparente 161

a) Concepto 161

b) Hipótesis 161

B) Capacidad y compatibilidad aparentes. 163

1) La capacidad aparente 163

2) La compatibilidad aparente 165

Sección II: Análisis del efecto desde el punto de vista del sistema jurídico globalmente considerado 166

A) El principio de conservación de la eficacia negocial. 166

1) Planteamiento del problema 166

2) Manifestaciones tradicionales del principio de conservación de la eficacia negocial 167

a) La convalidación 167

b) La conversión 167

c) La rectificación 168

d) La sustitución automática de cláusulas 168

B) Perfil efectual de la apariencia de la situación jurídica 168

1) La eficacia saneante 168

2) Fundamento de la eficacia saneante 169

CONCLUSIONES 170

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA DOCTRINA DEL EFECTO SANEANTE

LIC. JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ

"Lo que en el comercio aparece como verdadero, debe tenerse por verdadero".

Francisco Ferrara.

INTRODUCCIÓN

1. En el presente estudio, se aborda el problema de determinar cuál es, de manera general, el efecto que el ordenamiento jurídico liga a las hipótesis de apariencia de la situación jurídica. Se procura poner de manifiesto, los intereses que habrán de determinar la solución.

2. Se parte de la siguiente premisa: un adecuado enfoque del asunto presupone el agotamiento de dos exigencias metodológicas complementarias: la exégesis de los textos que específicamente hacen referencia al problema planteado (procedimiento analítico) y su integración ulterior en el sistema de valores del ordenamiento jurídico costarricense (procedimiento sistemático).[1] En virtud del primero, se pone en evidencia el valor normativo preponderante en la tutela de los intereses en juego.[2] Más aún, de su análisis se pueden extraer soluciones aproximadas del problema (normas específicas), que son reglas a las que no faltan excepciones, pero que "dan una orientación práctica y científicamente unitaria del modo de tratar el problema".[3] Por el segundo, se trata de integrar esos valores parciales con otros valores del sistema, que pueden confirmarlos, corregirlos, modificarlos y, eventualmente eliminarlos.[4] En lo que interesa a este estudio, la referencia al sistema da solución al problema de si es posible hablar, en los casos de apariencia de la situación jurídica, de una "genérica dirección de la eficacia", en la que se revela la solución tendencial que se le brinda a todos ellos.

3. Se ha hecho, allí donde apareció oportuno, referencia a otros ordenamientos jurídicos para mostrar que las soluciones legislativas tienen, en muchos casos, hondas raíces en la tradición jurídica a que pertenece nuestro sistema. Una última observación preliminar se impone: la comprensión plena de este artículo, presupone la lectura integral de aquellos que publicamos en los números 37 y 42 de esta Revista.

---

1. FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica*. Voci di Teoria Generale del Diritto. Milano, Giuffrè, Editore, 1970, p. 256.
2. *Ibídem*, pp. 251 y ss.
3. *Ibídem*, p. 253.
4. *Ibídem*, p. 258.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN I: ANÁLISIS DEL EFECTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS

A) Titularidad y legitimación aparentes.

1) Estudio de la titularidad aparente.

a) Concepto e hipótesis.

4. La titularidad es la posición de destinatario actual de efectos jurídicos.[5]

5. En la titularidad aparente, esta posición resulta, no de una calificación jurídica real, sino de circunstancias fácticas (intersubjetiva o socialmente relevantes), que la hacen aparecer como existente en virtud de una relación de manifestación patológica.[6]

6. El problema se relaciona tanto con los derechos (reales o personales), como con las obligaciones.

7. Pero de lo que se trata es de mostrar que todos estos supuestos tienen rasgos comunes que permiten reconducirlos a un género común.

b) El problema de la titularidad aparente de derechos reales.

b.1) Consideraciones introductorias.

b.1.1) El problema en doctrina y en Derecho Comparado.

8. Dos son las hipótesis que han captado atención particular: el propietario y el heredero aparentes. Ambas presentan sustancialmente el mismo problema.[7] No obstante, parte de la doctrina las estudia por separado por supuestas razones sistemáticas.

9. Con la teoría del propietario aparente se intenta dar tratamiento a los actos de enajenación o administración cumplidos por quien no tiene derecho de propiedad sobre la cosa. Se puede carecer del dominio por razones originarias (como cuando el negocio por el que se procuró la adquisición del bien es nulo o inexistente), o sobrevenidas (cuando éste se resuelve o anula). En ambos casos si se enajena el bien en favor de un tercero que ignora el vicio o defecto que acusa la situación jurídica del transmitente, entran en conflicto dos intereses contrapuestos: el del que hasta entonces era el verdadero titular del derecho y el del adquirente de buena fe.[8] Similar problema se presenta, desde el punto de vista práctico, cuando el que adquiere el objeto ignora que el negocio, por el cual el transmitente se hizo dueño de la cosa, se encuentra sujeto a una condición resolutoria.

10. La doctrina no resuelve de manera uniforme el problema. Algunos autores le niegan radicalmente validez y eficacia a los contratos celebrados por el propietario aparente. Fundan su posición en el principio heredado del Derecho romano, según el cual: "*Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*".[9] Otros, en consideración a los intereses del tráfico, reclaman una solución diversa. Modernamente, se ha intentado una distinción entre apariencia "pura" y "culposa",

---

5. Así, PÉREZ VARGAS, Víctor, *Derecho Privado*, San José. Publitex, 1988, p. 68. No debe ser confundida la titularidad con la capacidad jurídica que ". . .designa la posición del sujeto como destinatario de los efectos jurídicos del sistema; tal posición tiene carácter esencialmente potencial en cuanto se trata de una posibilidad abstracta a la cual pueden referirse todas las normas del sistema; es por ello que se dice que la capacidad jurídica no tiene un ámbito propio, determinado, sino que se caracteriza por una referibilidad. . . genérica de efectos jurídicos". *Ibídem*. La capacidad jurídica es entonces, un atributo de todo sujeto de derecho. No debe confundirse tampoco la titularidad con la capacidad de actuar, que designa ". . .la posición del sujeto en cuanto posible autor de figuras jurídicas primarias, se trata de una aptitud potencial; es presupuesto esencial para que la actividad de la persona pueda ser productora de consecuencias jurídicas". *Ibídem*, p. . . Sobre el punto, ver además FALZEA, Angelo, *Capacità*, Voci di Teoria Generale del Diritto, Milano, Giuffrè Editore, 1970, p. 106.

6. Sobre la patología de la relación de manifestación, ver RIVERO SÁNCHEZ, Juan M., *Contribución al estudio de la apariencia de la situación jurídica*, Revista Judicial, San José, año X, No. 37, junio, 1986, p. 181.

7. La identidad de ambos problemas ha sido reconocida por varios autores. Ver así, entre otros, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, Sucesiones, parte general*, Barcelona, Bosch, T. V, vol. I, 1979, p. 451.

8. Así, PIETROBON, Vittorino, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, p. 254.

9. "Nadie puede transferir más derecho del que tiene". Así, CABANELLA, Guillermo, *Repertorio jurídico*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1974, p. 93.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para referirse, en este último caso, a los supuestos en que el verdadero propietario participa reprochablemente en la formación de la situación de hecho generadora de apariencia[10]. De este modo, se afirma la validez de las enajenaciones del titular aparente, por haber perdido el legítimo dueño, con su comportamiento contrario a derecho, la protección del ordenamiento jurídico. Este argumento, se utiliza para sostener la inoponibilidad de las consecuencias de la simulación, frente a terceros de buena fe.[11]

11. Es heredero aparente, todo sujeto que se comporta con respecto al haber sucesorio como si fuese su efectivo titular. Para un sector de la doctrina, es solo el que en virtud de un título hábil, entra en posesión de la herencia como su legítimo causahabiente;[12] aquel que por disposición legal o testamentaria sería el llamado a suceder al causante, de no obstar para ello un hecho desconocido (por el sucesor o por terceros).[13] Esta circunstancia puede ser la existencia de un heredero legítimo de grado preferente que había permanecido ignorado; o bien, la anulación del testamento en virtud del cual se entró en posesión del caudal hereditario.[14] Otro sector de la doctrina afirma que es irrelevante la exigencia del título, pues lo que importa para que se dé esta figura, es que alguien actúe en relación con los bienes que conforman la herencia como si fuesen suyos, de forma tal que la común opinión lo tenga por dueño de dicho haber.[15] Esto, con independencia de la buena o mala fe con que proceda.[16]

12. La exigencia de un título no revela sino un planteamiento errado de la cuestión. En principio para ser heredero se requiere de una disposición legal o testamentaria que asigne tal condición.[17] Pero ello no obsta para que aquel que carece de ella pueda, llegado el caso, ser titular aparente de la herencia, si se dan las condiciones necesarias .

13. Conviene ahora hacer un breve repaso de las principales teorías que se han elaborado para explicar el fenómeno.

b.1.2) El heredero aparente en Derecho francés.

14. En la doctrina francesa se ha discutido con gran vigor el tema que nos ocupa.

15. Conviene señalar, en primer término, que los partidarios de otorgarle validez a los actos del

---

10. Así CECHERINI, Grazia, *Il principio di aparenza secondo la giurisprudenza,* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, anno XXXI, Nº 2, giugno, 1977, pp. 883-884, quien señala que la apariencia culposa, además de caracterizarse por la situación objetiva aparente y por el error excusable del tercero, requiere el ulterior comportamiento culposo del titular de la situación jurídica real, a la cual se le imputa la creación de la situación aparente. Por otra parte, se ha dicho que a veces ". . .al comportamiento inactivo del interesado refiere la ley efectos ventajosos para otros, terceros de buena fe, en cuanto contribuye a hacer surgir ante ellos una apariencia de derecho en la persona que, frente a estos terceros, ejercitó un derecho ajeno (perteneciente a quien se muestra inactivo), sin estar por ello legitimado como poseedor, acreedor aparente, heredero aparente, representante aparente. Pero en estos casos, la ley mira solo a tutelar la buena fe, y la legítima expectativa de quién tiene motivos para creer en la apariencia". Así BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, 1959, pp. 115-116.

11. Así FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 299, quien señala que "El derecho no puede tolerar que las partes urdan un engaño y que los terceros resulten las víctimas. . .". Se trata de una hipótesis de apariencia dolosa. En igual sentido ver: CÁMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos,* Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 2ª edición, 1958, pp. 270 y ss. y SCOGNAMIGLIO. Renato, *Trattado di Diritto Civile. Contratti in generale,* Casa Editrice. Francesco Vallardi, terza edizione, vol. 4, fascicolo 2, 1972, p. 1964. Sobre el fundamento axiológico de la solución propuesta, se ha dicho que la tesis contraria, es decir, la que extiende los efectos que el Derecho liga a la simulación (véase la nulidad), a los terceros de buena fe, ". . .provoca tales asperezas e iniquidades; hiere tan profundamente al comercio jurídico, da lugar a tanta incertidumbre y desconfianza en las relaciones sociales, que resulta una necesidad inaplazable para la legislación la de poner el oportuno remedio limitando la eficacia negativa del negocio aparente. *Lo que en el comercio aparece como verdadero, debe tenerse por verdadero*". Así, FERRARA, Francisco, *op. cit.,* pp. 298-299.

12. Para un comentario sobre el punto, ver AREZO PIRIZ, Enrique, *El heredero aparente,* Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1982, p. 65.

13. *Ibídem.*

14. *Ibídem.*

15. *Ibídem,* pp. 65-66.

16. *Ibídem.*

17. "La sucesión se difiere por voluntad del hombre legalmente manifiesta; y a falta de ello por disposición de la ley", reza el Código Civil patrio en el artículo 522.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

heredero aparente reconocen, en general, la dificultad del trabajo, toda vez que el Código Napoleón no contiene regulación expresa del asunto. Más aún, algunas de sus normas prohíben a quien tiene esta condición, realizar actos de disposición del caudal hereditario.[18] Para vencer dichas dificultades, se recurre, en primer término, a la distinción entre actos de administración y actos de disposición. Los primeros, no presentan problema alguno: son válidos dado que aprovechan en todo caso el verdadero heredero.[19] La cuestión queda así reducida a la segunda categoría. En este punto, se plantean varias soluciones posibles del problema. Por una parte, se acude a criterios axiológicos. Se dice que las exigencias del tráfico jurídico imponen una tutela de los legítimos intereses de aquellos que son llamados a engaño por la apariencia.[20] Este argumento, se refuerza con diversas consideraciones jurídicas.

16. Para algunos, el heredero aparente es un mandatario "cum libera administratione". El caso, en consecuencia, debe regularse de conformidad con las normas que disciplinan el contrato de mandato.[21] La tesis se estructura de la siguiente manera: cuando el verdadero heredero no comparece a juicio a reclamar su herencia, el caudal hereditario es diferido, por ministerio de la ley, a aquellos sujetos que aparecen legitimados para recibirlo. En este caso, pueden presentarse dos situaciones: a) que su legítimo titular no aparezca nunca y b) que aparezca y haga valer la acción de petición de la herencia ("Hereditatis Petitio"). En el primer caso, el causahabiente aparente quedará como propietario definitivo de los bienes. En el segundo, debe estimársele como mandatario de aquel que por ley o testamento, está llamado a recibir la herencia. Se reconoce que el mandatario requiere de una cláusula expresa que lo habilite para enajenar los bienes del mandante. No obstante, se argumenta que, en situaciones excepcionales, puede realizar actos válidos de disposición del patrimonio que administra. Este sería, precisamente, el caso del heredero aparente.[22] Para esta teoría, la incertidumbre sobre la existencia del verdadero heredero es el factor extraordinario que valida las enajenaciones del caudal sucesorio. Una tesis, muy similar a la expuesta, es la que afirma que hay que aplicar al caso, las reglas de la curatela. Se dice en este sentido, que quien ha tenido la posesión de los bienes hereditarios, ha de estimarse su curador, también con amplias facultades derivadas de la circunstancia de excepción comentada.[23]

17. En otra línea de pensamiento, se trata de mostrar que, en determinadas coyunturas, es útil y necesario enajenar algún bien a efecto de poder conservar los restantes en buen estado. En este caso, se está ante un auténtico acto de administración por lo que deviene necesariamente válido.[24]

18. Se han tratado de aplicar analógicamente las reglas que regulan la indignidad. Se considera que así como el heredero indigno puede enajenar los bienes sucesorios antes de la declaratoria de indignidad, por la sencilla razón de que hasta ese momento él era su propietario, lo mismo debe

---

18. El problema radica en sobrepasar los efectos del artículo 1599 del Código Napoleón, según el cual la venta de cosa ajena es nula. Por ello afirmaba Josserand que una solución rigurosamente lógica conduciría a sacrificar a los terceros adquirentes, puesto que quien ha tratado con un no heredero, ha tratado con un "non dominus" y por el principio "nemo plus iuris. . .", el negocio devendría nulo. Así, JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit Civil Positif française*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, T. III, 1930, pp. 546-547.

19. La distinción entre actos de administración y de disposición es muy vieja y en general, se ha estimado que los primeros son válidos aun cuando sean realizados por quien no es el titular de la cosa. Así, BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, Albert, *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des succesions*, Paris, Librairie de la Societé du Recueil, deuxième edition, T. I, 1899, p. 699. Se dice que ". . .es un principio general el que tales actos sobreviven a la destrucción de la situación jurídica sobre la apariencia de la cual han sido cumplidos". Así, JOSSERAND, *op. cit.*, pp. 545-546.

20. Se trata, para los que son partidarios de esta tesis, de una "necesidad social". La ". . .argumentación es la que señalara el mismo Demolombe, la necesidad de asegurar la circulación de los bienes, protección de la buena fe, afirmar la seriedad y seguridad en la contratación evitando la incertidumbre respecto a la adquisición de bienes hereditarios, impedir la injusticia de evicciones a terceros adquirentes de buena fe". Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 34.

21. El argumento es de DEMOLOMBE, expuesto en su "Cours de Droit Civil", T. II, numerales 241 a 250. Citado por AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 27.

22. *Ibídem*, pp. 28-29.

23. *Ibídem*, p. 29.

24. *Ibídem*, p. 30.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hacerse en relación con el heredero aparente, ya que él toma posesión de los bienes hereditarios en virtud de un título hábil.[25]

19. En criterio de otros, deben aplicarse analógicamente las normas que regulan la ausencia.[26] Según el artículo 136 del Código Napoleón: ". . .La sucesión es deferida por la Ley a aquellos en quienes hubiera recaído en defecto del heredero ausente.[27]

20. No faltan quienes recurran a la teoría del error común.[28] Otros consideran que el fundamento de la validez de los actos del heredero aparente se encuentra en la posesión legítima.[29] Se dice que en ella reside el poder de gobernar y éste poder comprende la facultad de enajenar los objetos que integran la herencia.[30] Estrechamente vinculado con el anterior argumento, se encuentra la posición de los que recurren a la teoría de la publicidad.[31] Para ellos, no es ni jurídica ni socialmente conveniente que la propiedad, cuya adquisición se ampara a un principio de publicidad, se vea amenazada por una causa de invalidez secreta.[32] Este principio de publicidad radica, precisamente, en la posesión del caudal hereditario.

21. Algunos reclaman el carácter social de la ciencia jurídica. Se afirma que el derecho no es una ciencia exacta. Si así lo fuera, no habría posibilidad de considerar válidas las enajenaciones del heredero aparente, frente a textos que parecen sancionar estos actos con la invalidez. No obstante, como el derecho es un instrumento de justicia, es menester que el jurista "adapte" la norma, para ajustarla a las necesidades prácticas de la comunidad. En consecuencia, si la nulidad de las enajenaciones del heredero aparente perjudica las exigencias sociales, debe interpretarse la norma en favor de la validez de dichos actos.[33] Por esta vía, el problema se soluciona recurriendo a criterios de equidad. Esta se ha dicho ". . .quiere que aquel que cede a un error invencible no devenga víctima de su buena fe y que si existe una pérdida a ser soportada, tal pérdida lo sea ante todo por el heredero negligente y no por un adquirente que no tiene culpa que reprocharse".[34]

22. Finalmente, conviene apuntar que la jurisprudencia francesa, tanto en el pasado,[35] como en la actualidad,[36] se ha mostrado proclive a aceptar la validez de las enajenaciones y actos de administración del heredero aparente. La Corte de Casación ha admitido, incluso masivamente, la validez de tales actos, tanto con referencia a los bienes inmuebles, como en relación con los muebles (respecto a los cuales no ha habido, prácticamente, discusión alguna, en virtud del precepto que señala que en materia de muebles, la posesión vale por título).[37] La jurisprudencia exige los siguientes requisitos, para que se tenga por válido el acto de enajenación en cuestión:

a) El negocio debe ser a título oneroso y no gratuito. Los actos que tienen su causa en un acto de liberalidad, no se hacen acreedores a la protección del ordenamiento porque, al no haber sacrificio patrimonial del tercero, no hay razón para lesionar el derecho del heredero.[38]

---

25. *Ibídem.*

26. *Ibídem.*

27. *Ibídem.*

28. Así, MAZEAUD, Henri y León, y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, parte segunda, vol. IV, 1969, p. 120. Son partidarios de esta teoría.

29. La tesis es de DEMANTE, citado por AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 35.

30. *Ibídem.*

31. *Ibídem,* p. 41.

32. *Ibídem.*

33. Así, JOSSERAND, *op. cit.*, p. 547.

34. Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 44.

35. Ver así, BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, Albert, *op. cit.*, p. 692.

36. Sobre el punto AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, pp. 42-43.

37. Así, MAZEAUD, Henri y León, y MAZEAUD, Jean, *op. cit.*, p. 120.

38. Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 43.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) Solo se "convalidan" las transacciones a título singular, mas no las realizadas a título universal del haber sucesorio.[39]

c) Se exige la buena fe del tercero adquirente, la que se fundamenta en el error acerca de quien tiene la titularidad del bien del que se pretende disponer. Sobre la naturaleza del error, parte de la jurisprudencia se orienta por la teoría del "error común"; otra, acepta la tesis del "error legítimo"; otra exige tan solo que éste sea invencible o excusable. Es irrelevante, para el caso, la buena o mala fe del heredero aparente.[40]

23. Conviene señalar que una parte de la jurisprudencia comentada creyó encontrar el fundamento de la validez de los actos aquí discutidos, en la teoría de la "saisine colectiva",[41] según la cual: ". . .se legitiman los actos del poseedor de la herencia con la condición de que el mismo fuera heredero por razón de la sangre y comprendido dentro del grado llamado. Este principio era falso y mal escogido. Discutible en sí mismo, la teoría de la jurisprudencia que confundía la saisine y la transmisión de la propiedad, dejaba sin interés la cuestión esencial de la buena fe del tercero adquirente; además, no ofrecía elementos satisfactorios para decidir si habría que tener en cuenta la buena o mala fe del heredero aparente, cuestión que se discutió largo tiempo"[42]

24. Las teorías antes expuestas, han sido criticadas. Frente al argumento axiológico, se señala que existe en el Código otro interés, tan digno de protección como cualquier otro incluso, si se quiere, más, por el hecho de que hay normas consagradas expresamente a tutelarlo. Este interés no es otro que el del verdadero heredero el cual, en virtud del principio que rige la transmisión de derechos, sintetizado en la máxima: "Nemo plus iuris. . .", debe tener y tiene, el derecho de reclamar su herencia de cualquiera que la posea.[43] Por otra parte, se considera una necesidad social el mantener a los legítimos propietarios en la titularidad de sus bienes.

25. Con respecto a la tesis del mandato, se argumenta que éste requiere, como "condictio sine qua non", la voluntad del mandante. Y ésta decididamente falta en el caso del heredero real con respecto al aparente.[44] Solo mediando autorización expresa, puede un mandatario enajenar los bienes del mandante.[45] Tampoco se considera de recibo la tesis del curador. En primer lugar, se indica que la curatela está planeada para el caso de sujetos que se encuentran en estado de incapacidad física o mental, situación en la que no se encuentra el heredero real. Por otra parte, el curador tiene, en general, menos facultades que el mandatario generalísimo[46].

26. Para otros, es un obstáculo insalvable para otorgarle validez a los actos de disposición cumplidos por el heredero aparente, la norma según la cual la venta de cosa ajena es nula, cuando es de inmuebles.[47] Se apunta que tampoco existe analogía entre las disposiciones que

---

39. Es principio desde antaño sostenido, que la "venta de la herencia", no se beneficia con el principio de la apariencia. Sin embargo, desde un principio la tesis ha sido sometida a dura crítica. Ya en el siglo pasado se señaló que "La jurisprudencia anula, aun cuando el adquirente sea de buena fe, la venta de la herencia. La razón invocada es que el vendedor, estando obligado a garantizar la venta, debe tener la calidad de heredero; esta razón es insuficiente en presencia de las decisiones dadas para la venta de bienes particulares, puesto que la garantía impuesta al vendedor de un objeto hereditario, supone, igualmente, para la validez de la venta, la cualidad de heredero". Así, BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, Albert, *op. cit.*, p. 699.

40. Así, ver AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 43; JOSSERAND. *op. cit.*, p. 549. En general, sobre el problema del error, ver RIVERO SÁNCHEZ, Juan M., *Error e ignorancia en hipótesis negociables y extranegociables,* Revista Judicial, Costa Rica, año XII, Nº 42, marzo, 1988, pp. 85 y 88.

41. Sobre el punto, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 38.

42. *Ibídem.*

43. Ver, sobre el punto, PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las sucesiones.* La Habana, Editorial Cultural S.A., 1942, pp. 393 y ss., para quienes el Código Civil niega categóricamente valor a las enajenaciones hechas por el heredero aparente.

44. AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 28.

45. *Ibídem,* p. 29.

46. *Ibídem.* Ver artículo 217 del Código de Familia costarricense.

47. Con respecto a los muebles, no hay problemas pues la "possesion vaut titre". Ver BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, Albert, *op. cit.*, p. 698.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

regulan el caso del heredero indigno y el aparente: en tanto la aparición del verdadero heredero debe producir la resolución del título del que lo es tan sólo en apariencia, en forma retroactiva, la declaratoria de indignidad produce efectos hacia el futuro.[48] No existe similitud, según un sector de la doctrina, entre el heredero ausente y el aparente. El primero es aquel respecto al cual se duda de su existencia. En el segundo caso, el verdadero heredero no se encuentra actualmente en su domicilio o residencia pero sobre cuya realidad no existe duda alguna: a diferencia de lo que sucede con el ausente, es un simple no presente, al cual no se le puede reprochar negligencia alguna. De aquí, que si los supuestos no son similares, no puede aplicarse la analogía para derogar la regla: "Nemo plus iuris. . .".[49]

27. Se esgrime la vieja máxima: "Nemo dat quod non habet", para rebatir los argumentos relativos a la posesión legítima, a la publicidad al error común y a la equidad.[50] Tanto desde el punto de vista lógico como jurídico, debe reconocerse que nadie puede transmitir a otros derechos que no tiene. Ni el error, ni la publicidad, ni la posesión pueden hacer que lo que algo parece, sea efectivamente.[51] Se admite que el legislador pudo haber variado la situación. Pero como no lo hizo, hasta tanto no se produzca una modificación legislativa, el deber del jurista será el de aplicar la norma tal y como ésta es en realidad. De poco vale argumentar que la jurisprudencia dominante es favorable a la tesis opuesta. Para estos autores, dichos pronunciamientos judiciales, por ser "contra legem", carecen de legitimidad.[52]

b.1.3) El heredero aparente en Derecho español.

28. En España el problema se resuelve recurriendo a las normas de la acción reivindicatoria, a las decisiones jurisprudenciales y al principio de subrogación real.[53] Se estima que la posesión vale por título entratándose de muebles. Por ello, el verdadero heredero no puede accionar, contra el adquirente de buena fe, para recobrar reivindicatoriamente su cosa.[54] Sin embargo, sí puede accionar, con fundamento en la "petitio hereditatis", contra el heredero aparente.[55] En esta hipótesis, se aplica la tesis de la subrogación real, por la cual, el heredero real recibe, no la cosa, sino lo que el causahabiente aparente hubiere obtenido a cambio, a título de contraprestación.[56] Vale hacer notar que en lo demás se presenta en la doctrina

---

48. Ver así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 31.

49. La crítica es de MARCADE, citado por AREZO PIRIZ, Enrique, *ibídem*, pp. 46-47.

50. *Ibídem*, p. 48.

51. *Ibídem.*

52. En contra se manifiestan MAZEAUD, Henri y León y MAZEAUD, Jean, *op. cit.*, parte cuarta, vol. III, pp. 197 y ss., quienes consideran que esta jurisprudencia completa más bien el texto legal.

53. En este sentido, ver, CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y foral*, Madrid, Editorial Reus S.A., octava edición, T. VI, vol. I, 1978, p. 430, quien considera que en España prevalece la doctrina romana según la cual puede dirigirse la acción de petición de la herencia no solo contra el que posea como heredero (heredero aparente), sino también contra el que posea sin invocar título posesorio de ninguna clase. Pero si el sujeto contra el que se dirige la acción ha dispuesto de los bienes, que integran el caudal hereditario, entonces la petición de la herencia deberá dirigirse contra los bienes que entraron en el patrimonio del enajenante en sustitución de los hereditarios (ver así, *ibídem*, p. 431). Agrega que no hay, según lo señala la jurisprudencia, acción de petición de la herencia, sino reivindicatoria, contra quien posee los bienes por el título adquisitivo singular. *(Ibídem).*

54. Se ha dicho que en las relaciones entre el heredero real y los terceros adquirentes del heredero aparente, el Derecho se inclina por tutelar los intereses de estos últimos, con tal que sean de buena fe y de que hayan adquirido el bien a título oneroso. Contra ellos, el heredero real no tiene acción. Sin embargo, se aclara que hace falta en este caso que los actos dispositivos provengan del que ostenta de hecho la cualidad de heredero (aquel que la doctrina alemana denomina *possessor pro herede)*, sin que baste la simple condición de *"possessor pro possessore"*, que ni manifiesta el *"animus heredis"*, ni es tenido por tal por terceros. Así, CASTÁN TOBEÑAS, José, *op. cit.*, pp. 433-434.

55. "La acción de petición de herencia corresponde al heredero o herederos, sean testamentarios o intestados. El coheredero o heredero parcial (de cuota alícuota), solo puede ejercitar esta acción en beneficio de los demás coherederos, según lo interpreta la jurisprudencia española predominante. Pero se exige que la herencia permanezca indivisa. También es titular de esta acción, el heredero 'fideicomisario', una vez que se le haya diferido la sucesión. Es lógico que, igualmente, el heredero del heredero pueda ejercitar la acción. Puede también accionar por petición de herencia el cesionario de la misma en igual forma que lo hubiera podido hacer el cedente". Así AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p.54.

56. *Ibídem*, pp. 57-58.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

española una discusión similar a la que se da en Francia. Se esgrimen, en tesis de principio, los argumentos en pro y en contra de la validez de dichos actos, elaborados por los juristas franceses.[57] No obstante, en Derecho español, existe una razón, de carácter histórico, en favor de la validez de las enajenaciones del heredero aparente: la regulación que del problema se hace en las siete partidas de Alfonso X El Sabio.[58] Se trata de normas que son en este ordenamiento, derecho común supletorio.[59] En efecto, dispone la Ley V, del Título XIV de la Sexta Partida: *"Que aquel que tiene los bienes de la herencia como non debe, si enagena alguna cosa della la debe pechar al heredero. Si contra alguno que fuese tenedor de la herencia que pertenesciese á otro, fuese dada sentencia que la tornase, débela entregar a aquel que la venció con todas las otras cosas que hobo por razon della. Pero si demientre que era tenedor della vendiese ó enagenase alguna cosa de tal herencia, entonce si habie buena fe en teniendo la heredat cuidando que era suya, decimos que si aquella cosa que vendió podiere cobrar por aquel mesmo prescio ó por menos de lo que rescebió por ella, tenido es de la cobrar et de tornarla al verdadero heredero que la venció, et si non la podiere haber, non es tenudo de dar por ella mas de aquel prescio que rescebió. Mas si el que la vendiese hobiese mala fe en teniendo la herencia, tenudo es de tornar aquella cosa mesma que vendió, si la podiere haber en alguna manera; et si haber non la podiere, debe dar por ella tanto quanto mas podrie valer á aquel que venció la herencia por juicio."*[60] Tal como se deduce del texto citado, el verdadero heredero tiene acción contra el que lo es solo en apariencia, a fin de que éste le entregue el bien o le indemnice la pérdida, si lo primero no resulta posible. Pero no se desprende que el adquirente de buena fe, esté **obligado** a restituir la cosa al dueño efectivo del caudal hereditario. De aquí que se interprete que la Legislación Alfonsina dota de validez, frente a terceros, los actos de disposición del haber sucesorio cumplidos por quien en apariencia, es su verdadero titular.

b.1.4) El heredero aparente en Derecho italiano.

29. Distinta es la cuestión en el Derecho italiano actual. El Código Civil de 1942, se ocupó de regular expresamente el problema. Las relaciones entre el heredero real y el tercero de buena fe se encuentran disciplinadas en el artículo 534 del Código Civil, el cual, al derogar el principio "Nemo plus iuris. . .", procura la tutela de quien ha confiado razonablemente en la situación jurídica aparente.[61] Debe apuntarse, sin embargo, que las adquisiciones a título gratuito hechas por el tercero quedan sin efecto frente a la petición de la herencia ejercitada por el verdadero heredero. Le incumbe a este último la carga de la prueba de la gratuidad del traspaso. Por otra parte, las adquisiciones a título oneroso quedan también sin efecto, cuando el tercero es de mala fe, es decir, aquel que no ignora que quien intenta transmitirle la propiedad del bien, no es su legítimo titular. Le corresponde a este último la prueba de la mala fe, del tercero. De lo dicho se desprende que las adquisiciones a título oneroso conservan plena validez y eficacia en favor del adquirente de buena fe. Es indiferente que éste se entere con posterioridad de que su transmitente no era el verdadero propietario del bien. (Mala fides superveniens non nocet). Se considera que la carga de la prueba de la buena fe, le corresponde al tercero, de conformidad con los artículos 534 apartado 2 y 1189, apartado 1 ibídem, y puede darse de cualquier modo. Finalmente, la acción de petición de la herencia prospera, y deja en consecuencia sin efecto, las adquisiciones que haya verificado el tercero del heredero aparente, aun de buena fe y a título oneroso, cuando concurre una de estas circunstancias: a) cuando la adquisición a título de heredero, por parte del que lo es tan solo en apa-

---

57. Se ha señalado reiteradamente que no hay regulación expresa del problema del heredero aparente. Así se propone que las relaciones entre el heredero real y el aparente se regulen por las normas que disciplinan la posesión y las relaciones entre el heredero real y los terceros adquirentes del aparente, por las normas o principios de la titularidad aparente. Así, ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, pp. 450-451.

58. Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, pp. 58-59.

59. *Ibídem.*

60. ALFONSO EL SABIO, *Las siete partidas*, cotejadas por la Real Academia de la Historia y glosadas por el Lic. Gregorio López, París, Librería Rosa Bouret y Cía., T. IV, 1851, pp. 330-331.

61. Así, CASULLI, Vincenzo Rodolfo, *Erede apparente*, Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET, terza edizione, T. VI, 1968, p. 653.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

riencia y la adquisición del tercero del bien de que se trate, no consten en el Registro; b) cuando tengan lugar después de la "transcripción" de los bienes en favor del verdadero heredero y e) cuando haya sido transcrita la demanda con que el verdadero heredero inicia la petición de la herencia.[62]

b.1.5) Breve referencia al Derecho alemán.

30. Se dice que "El Código Civil alemán (B.G.B.), como el suizo (arts. 598 y ss.), ha recepcionado la reglamentación unitaria de la acción de petición de la herencia, apartándose del anterior derecho territorial prusiano y del modelo francés".[63]

En Derecho alemán, "Es poseedor de la herencia cualquiera que haya obtenido algo de ella en relación causal con un derecho hereditario aparente, pero inexistente en realidad".[64] Se equipara al poseedor hereditario ". . .el que ha adquirido de éste la herencia mediante contrato".[65] Tanto el poseedor del caudal hereditario, como el que a él se equipara, están obligados a entregar lo que hayan obtenido de éste al verdadero titular que ejercita la "hereditatis petitio". "La responsabilidad del poseedor hereditario ha de ser examinada fuera del caso de mala fe. El poseedor de la herencia y el que está a él equiparado, debe entregar todo lo que haya obtenido de la herencia (art. 2018 C.C. alemán). El actor debe demostrar que ha obtenido algo de la herencia; el demandado debe explicar que no puede restituirlo y sus razones justificativas. Este puede alegar excepciones de cualquier derecho que le justificaren, frente al causante, para retener la cosa, suponiendo que este derecho no se hubiera extinguido con la muerte del causante, es decir, se admiten las excepciones singulares, y, también, las puede alegar contra el verdadero heredero".[66] Se ha interpretado incluso que el adquirente de la herencia ". . .no puede alegar frente al real heredero, que su adquisición haya sido hecha de buena fe, ni porque haya adquirido inmuebles a base de la confianza en la exactitud del Registro Inmobiliario; ni tan siquiera basándose en que el enajenante, es decir, el heredero aparente, haya obtenido un certificado de heredero, ni tampoco, en el caso de que haya tenido lugar la enajenación de una porción hereditaria aparente según el artículo 2033 (C. C. alemán)".[67] Finalmente, conviene agregar que en este ordenamiento se aplica el principio de la llamada subrogación real, según el cual, debe entenderse que también proviene de la herencia, lo que el poseedor hereditario haya obtenido con medios derivados de ella.[68]

b.1.6) El heredero aparente en Argentina y Uruguay.

31. En Argentina, en tesis de principio, se reconoce la validez de los actos de disposición y administración del heredero aparente, en favor del tercero de buena fe, que adquiera a título oneroso. Se considera que la aplicación de la máxima: "Nemo plus iuris. . .", crearía incertidumbre y perjudicaría el tráfico normal de los bienes.[69] En otros ordenamientos, como el Uruguayo, la solución parece ser la contraria. Aquí, se afirma la nulidad de las enajenaciones cumplidas por el heredero aparente.[70]

---

62. Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 69. En el mismo sentido, MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. VII, 1971, pp. 452 y ss.

63. AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 73.

64. *Ibídem.*

65. *Ibídem*, p. 75.

66. *Ibídem*, p. 74.

67. *Ibídem*, p. 76.

68. *Ibídem*, p. 74.

69. Sobre el punto, ver BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, Buenos Aires, Editorial Perrot, T. I, 1980, pp. 364 y ss., quien afirma que la estricta aplicación de la regla "nemo plus iuris. . .", generaría incertidumbre y perjudicaría al que ha contratado de buena fe y a título oneroso con un heredero aparente. Por razones de seguridad y orden —afirma—, se deben convalidar los actos de disposición de los herederos aparentes. En igual sentido, se manifiesta ZANNONI, Eduardo, *Manual de Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Editorial Astrea, segunda edición, T. I, 1980, pp. 336 y ss.

70. Ver así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b.2) El elemento común objetivo, propio de toda hipótesis de titularidad aparente de derechos reales.

32. El anterior estudio de Derecho Comparado, es útil, por cuanto permite extraer las siguientes conclusiones: a) El problema del heredero aparente es, en lo fundamental, el mismo. Más aún, no existe una diferencia esencial entre esta situación y la del propietario aparente. Ambos son casos de titularidad aparente de derechos reales; b) En cambio, el trato que el Derecho otorga a estos supuestos, varía según el ordenamiento de que se trate en el caso concreto. Es por ello, fundamentalmente un problema de Derecho Positivo. No obstante, la tendencia moderna es favorable a la validez de los actos cumplidos por los titulares aparentes, en favor de terceros de buena fe y que adquieran a título oneroso. En lo sucesivo, el estudio debe dirigirse a la determinación del elemento objetivo común a todos los supuestos de titularidad aparente de derechos reales, a fin de indagar, posteriormente, cuál es la eficacia que el sistema jurídico costarricense le dispensa al asunto.

33. En general, todo supuesto de titularidad aparente de derechos reales, tiene un elemento objetivo, que no es otro que la posesión.[71] Ésta, manifiesta como real (en virtud de una relación patológica de manifestación por señales), la titularidad de la facultad de que se trata. El comportamiento del poseedor se da en el ámbito de las relaciones sociales y es, en consecuencia idóneo para que terceros sean llamados a error acerca de la efectiva titularidad de la persona que con ellos contrata. La posesión, constituye el mínimo necesario y en general suficiente para que se produzca una situación de hecho generadora de apariencia, ya que en ella se revelan dos fenómenos jurídicos: uno temporal —el comportamiento—, y otro espacial —el sujeto—, al que se le atribuye el primero.[72]

34. Se discute en doctrina, si la posesión puede ser índice de la existencia de cualquier derecho real, incluso del mismo derecho de poseer. Para algunos,[73] en aquellos casos en que se la tutela, no por que se la considere índice de la existencia de una situación jurídica dada, sino, por sí misma, por la trascendencia social que pueda tener, ésta no podrá funcionar como elemento objetivo de la apariencia. Sin embargo, dispone el Código Civil en el artículo 281: "El hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer, mientras otro no pruebe corresponderle ese derecho". Hay aquí, ciertamente, un elemento objetivo, ("el hecho de poseer"), al que el ordenamiento considera idóneo para generar la apariencia de una situación jurídica ("el derecho de poseer").

35. Es frecuente, por lo demás, que concurran junto con la posesión, otros elementos —objetos—, todos los cuales refuerzan el cuadro fáctico idóneo para generar la apariencia de la situación jurídica.

36. ¿Qué significa, entonces, decir que se tiene aparentemente la titularidad de un derecho real? Esto implica que, en apariencia y frente a terceros, se tienen todas las facultades en que éste consiste. Si se trata del dominio, la apariencia puede recaer no sólo sobre el poder de enajenar, sino también, por ejemplo sobre el de usufructuar o gravar la cosa. Por ello, la doctrina afirma que es

---

71. La importancia de la posesión ha sido reconocida por varios autores, como el mínimo necesario para hablar de un principio de apariencia. Así, ver entre otros, CARIOTA-FERRARA, Luigi, *I negozi sul patrimonio altrui, con particulare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, Cedam, Casa Editrice Antonio Milani, 1936, p. 109, quien considera que ". . .es indudablemente al comportamiento exterior, tenido por el heredero aparente, que es ligada la excepcional relevancia de los negocios por él cumplidos".

72. *Ibídem.*

73. Así, FALZEA, *Apparenza. Voci di teoria generale del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1970, p. 51, quien afirma que "La apariencia, como situación de hecho que manifiesta y hace aparecer como real una situación jurídica no real no puede ocurrir sino cuando se tiene una situación capaz de desplegar fuerza señaladora de realidad. No pueden por tanto, dar lugar a hipótesis de apariencia, aquellos hechos que se caracterizan por una estructura opaca y que por tanto, no se encuentran en grado de señalar algo, como no sea su propia existencia. Es por eso que, al menos para nuestro Derecho Positivo, la especie fáctica de la posesión no puede venir correctamente considerada como figura de apariencia" y agrega que donde la ley no liga con una relación estrecha la posesión a la propiedad no puede ". . .haber espacio para el fenómeno de la apariencia". Nuestro ordenamiento, como es notorio, tutela la posesión exclusivamente por su intrínseca realidad y no porque sea considerada la normal manifestación externa del derecho de propiedad. . .". No obstante, creo que puede darse un principio de apariencia, en la medida en que la posesión como hecho puede ser índice de la posesión como derecho.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

válido el usufructo[74] y las garantías que se hayan constituido "a non domino", por el propietario aparente.

37. ¿Puede tutelarse la situación del tercero que adquiere el derecho de usufructo del "usufructuario aparente"? En estos casos, el elemento objetivo seguirá siendo el comportamiento que evoque patológicamente la existencia del derecho de que se trate.[75] Sin embargo, deben hacerse varias precisiones en cuanto a este punto. En primer término, el instituto de la apariencia está ligado, histórica y prácticamente con la propiedad. En segundo lugar, aun cuando se acepte la tesis de que el problema se presente en lo que toca a derechos reales diversos del dominio,[76] deberá reconocerse que si su titular aparente los transfiere a terceros —caso de no ser personalísimos—, se creará una situación de conflicto con el dueño de la cosa, que habrá de resolverse en favor del interés socialmente más apreciable. Ello es así, por aplicación de la teoría del balance de bienes: debe sacrificarse el interés de menor jerarquía, para preservar el de mayor relevancia.[77] Dicho de otra manera: la antijuridicidad de los actos del titular aparente es la regla. Esta solo viene a menos, si dichos actos no están en relación de oposición con los valores fundamentales del sistema (concepto de antijuridicidad formal); o bien, si la lesión del bien jurídico que entrañan, viene impuesta por la necesidad de amparar un valor de mayor jerarquía (concepto de antijuridicidad material). Así los actos del propietario aparente son válidos frente a terceros de buena fe, si son a título oneroso pues, como se verá, intereses de mayor relevancia que los del verdadero propietario, como la seguridad del tráfico jurídico, así lo imponen. En cambio, en tesis de principio, el que adquiere un derecho real en cosa ajena, transmitido por su titular aparente, no podría pretender la tutela de su situación jurídica frente al interés del legítimo dueño del bien, pues ello implicaría el sacrificio de un derecho "pleno", por otro "limitado" lo que parece tener contornos antijurídicos. Aquí no se trata del conflicto entre el derecho de propiedad del anterior titular y el derecho de propiedad que sobre el mismo bien pretende el adquirente de buena fe. Como excepción, si el adquirente del derecho real en cosa ajena ha logrado que el bien, anteriormente improductivo, cumpla ahora su función social, deberá tutelarse su situación jurídica como consolidada, a pesar de haberse obtenido de un titular aparente. Entratándose de inmuebles inscritos en el Registro, rigen las reglas de la publicidad registral, según lo establece el artículo 456 del Código Civil. Si la apariencia es culposa, parece razonable negar el derecho de reclamar el objeto pues de lo contrario se permitiría a su dueño prevalerse de su propio dolo.[78] En materia de servidumbres, parece difícil que se presente una hipótesis de apariencia en el sentido que le hemos dado al término; primero, por el carácter imperativo del artículo 376 del Código Civil,[79] y segundo, porque se trata de un derecho "impersonal".[80]

38. De la situación de hecho en que consiste la titularidad aparente, se derivan diversos efectos según sean los sujetos de que se trate. Aunque, según se verá de seguido, aprovecha solo al tercero que es llamado a error por ella.

b.3) Efectos de la titularidad aparente de derechos reales con respecto a terceros.

b.3.1) Efectos en relación con terceros causahabientes, del titular aparente.

39. Se ha dicho que: "Causahabiente es aquel sujeto que deriva un derecho de otro, llamado autor o causante. El derecho adquirido o

---

74. MESSINEO, *op. cit.*, T. III, p. 470, afirma que el usufructo puede constituirse "mediante la posesión de buena fe, cuando acompañe a un título de adquisición viciada (proveniente a non domino), pero medio idóneo para constituir el derecho de usufructo. . .". Véase también, *infra* nota Nº 107.

75. Véase *supra* nota Nº 6.

76. V.g. el usufructuario puede transferir su derecho a terceros, según lo faculta el artículo 341 del Código Civil. Ver así, BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de los bienes*, San José, Editorial Juricentro, 5 edición, 1981, p. 83.

77. La teoría de la apariencia debe ser circunscrita a sus justos límites. Opera, por tanto, cuando el interés del tercero, por su mayor relevancia, exige el sacrificio de un derecho o una situación jurídica preexistente.

78. Ver *supra* nota Nº 10.

79. Dispone el artículo 376 del Código Civil: "Los predios todos se presumen libres hasta que se pruebe la constitución de una servidumbre".

80. Cf. BRENES CÓRDOBA, Alberto, *op. cit.*, p. 107.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derivado puede ser uno en particular, o bien puede tratarse de una universalidad (o de una cuota de ella). Por ello, se distingue entre causahabientes a título universal y causahabientes a título particular".[81]

40. Existen en nuestro ordenamiento, normas que le asignan una determinada eficacia a la posesión de bienes muebles, en los casos en que ésta sea índice de la apariencia de la titularidad del dominio. Unas regulan el problema de manera general, otras disciplinan expresamente el negocio celebrado entre el titular aparente y el tercero adquirente de buena fe.

41. De conformidad con las primeras, se establece el principio según el cual, la posesión de los bienes muebles vale por título.[82] En nuestro ordenamiento, no obstante, sólo hace presumir su existencia.[83] Nuestra jurisprudencia ha aceptado que el principio de comentario ". . .está fundado en que la posesión, por regla general, es la apariencia externa del derecho de propiedad. . .".[84] Esta función legitimadora de la posesión, se recoge en varias normas del Código Civil, y por ello se explica que la propiedad de los muebles se adquiera respecto a terceros, por la tradición hecha en virtud de un título hábil.[85]

42. En lo que toca al negocio celebrado por el titular aparente y el tercero de buena fe, dos son los tipos de normas que entran en juego: a) las que se refieren específicamente a la eficacia del negocio así celebrado y b) aquéllas que determinan el régimen de impugnación a que éste estará sujeto. Convendremos en denominar "normas de eficacia" a las primeras y "normas de resistencia" a las segundas.

43. Según nuestro derecho, la nulidad de la venta de cosa ajena no se aplica a cosas muebles.[86] Este principio, rige no sólo a la compraventa, sino también a la permuta,[87] y con mayor razón, a la compraventa mercantil. Así, dispone el artículo 440 del Código de Comercio que: "La compraventa de cosa ajena es válida siempre que el comprador ignore la circunstancia. En este caso el vendedor está **obligado a entregarla** o en su defecto, a abonar daños y perjuicios. La compraventa será nula cuando el comprador, al celebrarse el contrato, sabe que la cosa es ajena". En realidad, el conocimiento que pueda tener el adquirente de la situación jurídica del transmitente debería tener relevancia para fundar la validez del negocio únicamente en aquellos casos en que se verifique, en su favor, la entrega del bien, momento en el cual se le traspasaría el derecho real. Puede pensarse, entonces, que de acuerdo con la lógica del sistema de la compraventa meramente obligacional, seguido en principio por el Código de Comercio, sería válido el contrato que verse sobre un objeto ajeno, aun si ambas partes tienen conocimiento de dicha situación, pues en este caso el vendedor quedaría en la obligación

---

81. Así, BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Teoría general del contrato*, San José, Editorial Juricentro, 1982.

82. Debe hacerse otra aclaración. "En el siglo pasado, prevalecían dos teorías: la de Aubry y Rau, para quienes la máxima se refería a una presunción legal de propiedad, ante la cual se estrellaba la acción reivindicatoria y la de Marcadé, Demolombe y Mourlon, quienes veían en esa regla una adquisición ex lege, producto de una usucapión instantánea. La teoría hoy más aceptada la desarrolló principalmente Saleilles, para quien la máxima entraña dos sentidos: uno, en el orden de lo sustantivo, por el cual la propiedad de una cosa mueble ajena se obtiene instantáneamente por un tercero, de buena fe, quien la adquiere de un propietario aparente. Esta adquisición anómala, como la llama Roca Sastre, se conoce como adquisición a "non domino" y ha sido admitida en la mayoría de los ordenamientos modernos. El segundo efecto, o formal de la máxima, consiste en una presunción iuris tantum de propiedad en beneficio del poseedor animus domini de una cosa mueble. . . Ambos efectos decaen si la cosa ha sido robada (disposición involuntaria), situaciones en que tradicionalmente. . . procede la acción reivindicatoria". Así, YGLESIAS MORA, Roberto, *La propiedad en los bienes muebles y el tráfico jurídico*, en *La propiedad*. San José, Juricentro, 1983, pp. 122-123. Por otra parte: "Es de suma importancia señalar una modificación estructural que en nuestro código sufrió el aspecto sustantivo de la máxima francesa. A diferencia del Derecho francés, la sola posesión por parte del adquirente, no es capaz de producir el efecto traslativo de la propiedad. Nuestro legislador, como medida de seguridad muy loable, exigió la accipens la prueba de un título hábil o traslativo en abstracto, del derecho real". *Ibídem*, p. 124.

83. El fundamento racional de la presunción del título, atiende a que, en materia de muebles, la posesión, como regla, es el único signo visible del derecho de propiedad. Exigir al poseedor una prueba escrita, estorbaría el libre y rápido tráfico que exigen los bienes muebles. *Ibídem*, p. 126. Sobre el tema ver ASQUINI, Alberto, *Titule di credito ed in particulare, Titole bancari di pagamento*, Padova, Casa Editrice Antonio Milani, 1966, pp. 34 y ss.

84. Así, CASACIÓN, Nº 101 de las 15,30 horas del 6 de noviembre de 1951, II semestre, p. 1291.

85. Art. 481 del Código Civil.

86. Art. 1065 *ibídem*.

87. Art. 1100 *ibídem*.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de procurar que la cosa entrara en su patrimonio para luego transmitirla, mediante la tradición, al comprador. De lo contrario, deberá asumir las consecuencias de la responsabilidad contractual.[88] El Código Civil, en el referido artículo 1065, agrega que entratándose de este tipo de bienes: ". . .el comprador se hace inmediatamente propietario, *si entró en posesión real* salvo lo dispuesto en el artículo 481.

44. De lo dicho, puede extraerse la siguiente conclusión: la unión del elemento objetivo (posesión generadora de apariencia), con el elemento subjetivo (error legítimo del tercero de buena fe), produce una recuperación parcial del supuesto de hecho que de otra forma sería totalmente defectuoso y por tanto, no apto para producir la eficacia típica del negocio (transmisión de la propiedad). En otros términos se subsana el defecto de titularidad que acusa el vendedor; específicamente, en lo que toca a la persona del comprador, que ha sido llamado a error.[89] En síntesis, la validez de la venta de cosa ajena mueble, se comprende por la circunstancia de que el vendedor, por el solo hecho de poseerla, aparece frente a terceros, como su legítimo propietario.

45. El propio artículo 1065, nos conecta con el régimen de impugnación a que queda sujeto este negocio. En este sentido, se considera que, salvo el caso de robo o pérdida,[90] el verdadero propietario del bien no puede reivindicar la cosa mueble que un tercero adquirió de un vendedor no propietario. Así: ". . .la acción reivindicatoria que tenga por objeto el recobro de una cosa mueble de que esté en posesión un tercero mediante justo título, es de todo punto improcedente si la posesión fuere de buena fe; lo cual encuentra justificación en la conveniencia pública de garantizar la estabilidad de las adquisiciones de ese género, atendiendo a la suma frecuencia con que ocurren en virtud de encaminarse a la satisfacción de las múltiples y variadas necesidades del hombre. No obstante, la regla admite excepción en provecho del propietario que ha perdido o a quien han robado un bien mueble; pues la reivindicación procede entonces, aunque con la salvedad de que si el poseedor actual lo ha comprado con las formalidades usuales en venta pública o a un mercader que vende cosas semejantes, tiene el reclamante, para recuperar lo suyo, que satisfacer el precio que el comprador hubiere pagado por el objeto. . .".[91] Nuestro código sigue en este punto, el sistema germánico, según el cual, si la cosa sale de la esfera de poder de su propietario porque éste, por su propia voluntad así lo dispone, como podría ser gracias a un contrato de depósito o de arrendamiento, el título de propietario que sobre ese bien se arrogara posteriormente un tercero, causahabiente del titular aparente, prevalecerá sobre el derecho del dueño original de la cosa.[92] En cambio, cuando ésta salga de la esfera de

---

88. Sobre el punto, ver, CASAFONT ROMERO, Pablo, *Ensayos de Derecho Contractual*, San José, Colegio de Abogados, 2 edición, 1979, pp. 140 y ss.

89. Se trata de una recuperación parcial de la eficacia del negocio.

90. Se ha considerado que: "La acción reivindicatoria es procedente en las siguientes hipótesis: a) En caso de robo y por extensión, por hurto; b) por extravío o pérdida de la cosa, a menos que fuera adquirida por un hallador o adjudicatario en los términos de los artículos 501 y 503 del Código Civil; c) Si el poseedor carece del título hábil, bien por no ser de los que hubieran transmitido el dominio en condiciones normales o siéndolo, está viciado de nulidad absoluta". Así, YGLESIAS MORA, Roberto, *op. cit.*, p. 124, nota 28. Estimo que lo que el autor dice con respecto a la nulidad del título, debe matizarse, pues precisamente en aquellos casos en que el tercero de buena fe adquiere de un propietario aparente, su título, en abstracto, estaría viciado de nulidad, por lo que no debería producir efectos jurídicos, de no mediar, precisamente la apariencia jurídica.

91. Así, BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de los bienes*, San José, Editorial Juricentro, 5 edición, 1981, pp. 193-194.

92. "La doctrina italiana rechaza la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria, considerada, no sin razón, como contradictoria y anacrónica. El artículo 1153 del Código Civil italiano, la descartó totalmente, bastando que la accipens pruebe su posesión de buena fe para ser protegido, sin ser relevante que la cosa fuere robada o perdida. . .". Así, YGLESIAS MORA, Roberto, *op. cit.*, p. 123, nota 24. Se ha dicho que el sistema que recoge nuestro Código, ". . .es el resultado de un compromiso entre el Derecho romano y los principios muy favorables a la exigencia de seguridad del tráfico mobiliario, del Derecho germánico anterior a la "recepción". El antiguo ordenamiento germánico de la propiedad mobiliaria, se caracterizaba por la ausencia de la acción reivindicatoria. En contraposición al principio romano "ubi rem mean invenio ibi vindico", el originario Derecho germánico, afirmaba el principio "mobilia non habent sequelam". La tutela del propietario de una cosa mueble se agotaba en la acción de defensa de la "gewere" (instituto correspondiente a la posesión romana), cuya ejercibilidad era admitida solo en caso de pérdida involuntaria de la "gewere". Por eso, el tercero adquirente a non domino de cosa no robada o perdida, en el momento en que obtenía del alienante la posesión de la cosa, venía a encontrarse prácticamente en una posición análoga a aquella del propietario, prescindiendo de su buena o mala fe". Así, MENGONI, Luigi. *Acquisto "a non domino"*, Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET, terza edizione, T. I, 1968, p. 244. Sobre el punto, ver también, CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil. Situaciones jurídico-reales*, Barcelona, Bosch, T. II, vol. I. pp. 457 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

poder de su titular en virtud de un hecho ajeno a su voluntad, cabrá la posibilidad de recuperarla mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria. "Siendo, como son, las transacciones relativas a muebles tan numerosas y variadas, en interés del tráfico ha sido preciso limitar la reivindicación a las contingencias de pérdida o robo. Así, caso de que el propietario haya sido privado del objeto porque quien precariamente la poseía en virtud de préstamo, depósito, o de otra causa por el estilo, lo hubiere enajenado, la acción reivindicatoria es improcedente; quedando al perjudicado el único recurso de establecer el respectivo reclamo contra el que ha abusado de su confianza".[93]

46. Estamos ahora en grado de extraer otra conclusión de nuestro desarrollo: la eficacia que el derecho liga a la apariencia, se resuelve aquí, en una excepción a la facultad que tiene el propietario para reivindicar la cosa.

47. Un último comentario se impone. Según lo indicamos, en aquellos casos en que el comprador hubiera adquirido la cosa en venta pública o de un mercader que vende cosas semejantes, el dueño puede recuperarla, sólo a condición de que pague el precio del bien, quedándole el derecho de exigir el valor de la cosa de cualquiera de los otros poseedores, respecto de los cuales hubiera sido eficaz una acción reivindicatoria (artículo 481 C.C.). Este precepto se ha justificado señalando que ". . .si bien está que quien en privado compra una cosa mueble a persona desconocida, pueda ser desposeído por el propietario reivindicante, con pérdida del precio que hubiese dado, pues en tal caso es presumible haya habido mala fe de su parte o por lo menos imprudencia; no sería justificable emplear el mismo rigor con quien ha procedido con entera corrección comprando en ventas públicas o a personas que tienen por oficio vender cosas de esa clase siendo así que el lugar donde se compra o la condición del individuo con quien contrata, pone de manifiesto su buena fe y garantiza la bondad de la adquisición".[94] En nuestro criterio, el artículo se comprende por el hecho de que la apariencia se ve reforzada en aquellos casos en que, junto con el comportamiento que la "genera", concurren otros fenómenos. En efecto, tanto "la feria, 'como' la venta pública" o la existencia de "cosas semejantes", son conjuntos de fenómenos que refuerzan, en la especie, el principio de apariencia, imponiéndose entonces una tutela más rigurosa de los terceros adquirentes de buena fe. Considero que el deber de pagar el precio del bien no significa sino que la situación jurídica del comprador se perfeccionó. La hipótesis es llevada, coherentemente, hasta sus últimas consecuencias, en el Código de Comercio, según el cual: "El que de buena fe comprare en un establecimiento abierto al público cosas que sean de su giro normal, no podrá ser privado de ellas y aunque no pertenecieran al vendedor y dolosamente las hubiere vendido".[95]

48. Resumiendo: la posesión cumple una doble función en materia de apariencia referida a la titularidad del derecho de propiedad que recae sobre bienes muebles. Por una parte, integra el mínimo necesario y suficiente para que se dé la situación de hecho que haga que un sujeto aparezca ante terceros como dueño de la cosa. Por otra, ayuda a la consolidación de la situación jurídica del adquirente de buena fe. La eficacia que el Derecho liga a esta hipótesis, se sintetiza en lo siguiente: se le brinda una tutela primordial a los intereses del que adquiere a "non-domino", mediante el reconocimiento de su situación jurídica y la inhibición del ejercicio de las facultades reivindicatorias.[96] Es necesario hacer una observación fundamental. No debe confundirse la función que cumple la posesión en materia de apariencia, con la que cumple en materia de usucapión. En este último caso, se procura que aquel que ha poseído en cierta forma y durante un tiempo determinado, se convierta en propietario del bien, cuando además se dan otros requisitos exigidos por la ley (en general, justo título y buena fe). Aquí el sujeto adquiere el dominio, no por el

93. BRENES CÓRDOBA, Alberto, *op. cit.*, p. 194.

94. *Ibídem.*

95. Art. 449 Código de Comercio.

96. Es de apuntar una vez más, que para que se dé esta tutela privilegiada del tercero, precisa que el contrato se verifique a título oneroso, pues, como lo advertimos en su oportunidad, si el adquirente no realiza un sacrificio patrimonial, no se ve razón alguna para obligar al verdadero propietario a soportar la pérdida de su cosa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

juego de los principios que rigen los casos de apariencia, sino por el cumplimiento de otros presupuestos legales.[97]

49. En materia de inmuebles, las reglas que disciplinan la titularidad aparente de derechos reales alcanzan su máxima expresión, en virtud de la publicidad registral.[98] El error legítimo del que ha confiado en la fe registral, engendra una particular eficacia, que viene a recoger el Código Civil costarricense en el artículo 456 y que al efecto estipula: ". . .los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas o de causas que aunque explícitas no consten en el Registro".

50. En este punto, se impone analizar un aspecto importante. Dispone el artículo 328 ibídem que en caso de reivindicación ". . .tendrá derecho el poseedor de buena fe a que el reivindicador le pague el precio que él haya dado por la cosa, el valor de las mejoras necesarias y el de las útiles, y a retirar los materiales sin detrimento de la cosa reivindicada y de que el propietario rehúse el valor que tendrían dichos materiales después de separados. Mientras no se le haga el pago de lo que se le debe, puede retener la cosa en su poder". Según la jurisprudencia y doctrina, el artículo de comentario es fruto de una errónea técnica legislativa.[99] Se dice que hace nugatorio el derecho de reivindicación, que es uno de los más importantes que la ley liga a la propiedad.[100] Nuestros tribunales por su parte, se han pronunciado reiteradamente en el sentido de que la devolución del precio sólo puede referirse a los casos en que aquél que trata de recuperar la cosa, ha sido, a la vez, quien la enajenó, como sucede en los casos de rescisión (anulación) o resolución del negocio.[101] Esta interpretación no es correcta. El legislador de 1888 tenía clara la distinción entre la reivindicación y las hipótesis de invalidez y resolución. Ello se demuestra, al analizar los supuestos y efectos de estas instituciones, que son claramente distintos.[102] Por otra parte, ha de tenerse presente que algunos casos de invalidez, son incompatibles con la buena fe. Tal sucede con la falsedad, la violencia física o moral, la simulación y el dolo.[103] Creo más correcto pensar que el artículo 328 de repetida cita, se redactó con el propósito de dar solución a problemas de apariencia en la titularidad de bienes inmuebles. Tómese en cuenta que cuando fue redactado el Código Civil, estaban en boga las discusiones relativas a la validez de las enajenaciones cumplidas por el heredero aparente en el Derecho francés, problema que, como lo dijimos en su oportunidad, no está debidamente regulado en el Código Napoleón. El artículo, en consecuencia, bien pudo querer llenar dicha omisión. En todo caso, se trata de una disposición carente de trascendencia práctica en la mayoría de los casos. En efecto, si se adquiere el inmueble de quien es, conforme al Registro, aparentemente su legítimo

---

97. Hoy existe la tendencia de considerar a la posesión como el "común denominador donde pueden resumirse los elementos de la usucapión". Sobre el punto, ver, ZELEDÓN, Ricardo, *Código Civil y realidad,* San José, Alma Mater, 1987, pp. 121 y ss. En especial, pp. 149 y ss.

98. Se tratará aquí, de una relación de manifestación patológica por símbolos, no por señales. En su oportunidad apuntamos que la patología de la relación de manifestación podía estar referida ya a los símbolos, ya a las señales o signos en sentido estricto, por lo que a nivel estructural, pueden diferenciarse los fenómenos de la falsedad y la apariencia respectivamente. Así, RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *"Contribución. . .", op. cit.,* p. 180. Interesa destacar ahora que, desde el punto de vista funcional, ambos problemas tienden a asimilarse. La distinción, no obstante, no es estéril. La patología de los símbolos y de las señales guarda, desde el punto de vista de la tutela de los intereses de terceros, una relación de subsidiariedad. Por ello, allí donde no existen los sistemas de publicidad o son defectuosos, cabe analizar si se ha establecido una relación de manifestación patológica por señales, en orden de determinar si puede verificarse la eficacia saneante de la que se hablará más adelante. El punto ya ha sido advertido por PUGLIATTI, Salvatore, *La trazcrizione,* Milano, Giuffrè, 1957, p. 264. En igual sentido: D'AMELIO, Mariano, *Apparenza del Diritto,* Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET, terza edizione, vol. I, 1968, p. 719.

99. Así, SOTELA MONTAGNÉ, Rogelio, *Notas y comentarios al "Tratado de los bienes", de Alberto Brenes Córdoba, op. cit.,* p. 76.

100. *Ibídem.*

101. La tesis fue sentada por la Corte de Casación, en sentencia de 16 de agosto de 1895.

102. Compárese, a manera de ejemplo, los supuestos de hecho contenidos en los artículos 692, 835 y 836, con el que contempla el artículo 328 del Código Civil.

103. Sobre el punto, ver PÉREZ VARGAS, Víctor, *op. cit.,* pp. 258-268.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

propietario, la adquisición se verificará "a non domino". Si el transmitente, en cambio, no aparece allí como dueño de la cosa el adquirente no será tutelado en su interés, por no haber seguido, dolosa o culposamente, la fe registral. Por otra parte, deben diferenciarse las acciones reivindicatorias de las de petición de la herencia. En este sentido, se ha dicho que: "En la reivindicación, la discusión recae sobre las condiciones de adquisición de la propiedad: el actor debe probar los hechos de los que resulte con una probabilidad suficiente, que llegó a ser propietario. En la petición de la herencia, por el contrario, el origen de la propiedad no está en litigio, no se discute que el "de cujus" fuera propietario. El objeto de la controversia es determinar quién tiene la calidad para recibir los bienes que pertenecieron al "cujus".[104]

51. En resumen, sea que se trate de bienes inmuebles o de muebles, puede concluirse que las normas estudiadas ligan a la apariencia que recae sobre la titularidad del derecho de propiedad, las siguientes consecuencias: a) subsana el defecto de titularidad del transmitente en relación con el tercero causahabiente de buena fe y b) se erige en obstáculo para el ejercicio de la acción reivindicatoria.

b.3.2) Efectos en relación con terceros acreedores.

52. El que de buena fe adquiere el derecho de propiedad de quien es su titular aparente, deviene propietario real de la cosa. Por ello, sus acreedores quirografarios pueden embargarla y hacerla rematar en juicio. El patrimonio, "es prenda común de los acreedores".[105] Claro está, tratándose de un bien mueble, el comprador debe haber entrado previamente en posesión de la **cosa**, pues sólo a partir de este momento puede ser considerado, frente a terceros, como su dueño.[101] Además, el adquirente de buena fe puede dar el objeto en garantía prendaria o hipotecaria según el caso. Por otra parte, la tradición doctrinal reconoce, de manera general, y en tutela del interés del acreedor de buena fe, que el propietario aparente puede pignorar o hipotecar el bien en respaldo de sus obligaciones. Se tratará, en consecuencia, de garantías constituidas "a non domino". La posibilidad de este negocio, depende del juego normal de los principios de la apariencia de la situación jurídica: existencia de una situación de hecho que haga que el tercero sea llamado a error.[107]

---

104. Así, RIPERT, George, y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones,* Buenos Aires, Editorial La Ley, T. X, vol. 2, 1965, p. 61.

105. Principio que recoge el Código Civil en su artículo 981, en cuanto estipula que "Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas".

106. "Los defensores de la actitud germanista estiman necesaria la concurrencia de posesión y buena fe. . . en los términos siguientes:

—El adquirente debe entrar en la posesión física de la cosa, vehículo de publicidad y apariencia que informa la confianza de donde nace la inatacabilidad. La posesión irá adornada de la buena fe del adquirente, cifrada en la ignorancia de que su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. . . si bien los mismos germanistas han subrayado la necesidad de completar esta directriz con la pauta de la buena fe ad usucapionem. . .". Así, CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, pp. 460-461. Lo anterior, debe relacionarse con el principio contenido en el artículo 481 ibídem, según el cual "La propiedad de los muebles se adquiere eficazmente respecto de terceros, por la tradición hecha a virtud de un título hábil. . ."—.

107. Así lo reconoce expresamente ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil mexicano,* México, Ed. Porrúa, cuarta edición, T. VI, vol. II, 1981, p. 647, donde manifiesta que: "La prenda constituida por el propietario aparente será nula en el caso en que se proceda de mala fe por ambas partes, es decir conociendo los vicios o causas que motivan el título aparente; pero cuando existe buena fe de parte del acreedor prendario, siguiendo el principio general reconocido por nuestro Código, para proteger a los terceros adquirentes de buena fe, debe concluirse que la prenda es válida". En igual sentido, ver MESSINEO, Francesco, *op. cit.*, T. IV, 1971, p. 82, quien al efecto expresa que: "La prenda puede constituirse también válidamente, también mediante contrato que tenga lugar entre el acreedor y una persona que se haya declarado propietaria del bien mueble cuando no lo era (non dominus) y haya entregado en prenda el bien al acreedor; el cual lo recibe ignorando —en aquel momento— que aquella persona no era propietaria del bien e ignorando que, al recibir el bien en prenda, lesiona el derecho del propietario. . .". Por otra parte AMBROISE, Colin, et CAPITANT, Henri, *Cours elémentaire de Droit Civil française,* Paris, Librairie Dalloz, troisième edition, T. II, 1921, pp. 938-939, afirma que la regla según la cual la hipoteca consentida a "non domino" es nula, admite una excepción en el caso del heredero aparente. En igual sentido se pronuncian PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 394, quienes señalan que: "Las hipotecas constituidas por el heredero aparente o por el legatario aparente, es decir, por los que aparecen ante todos como llamados a una sucesión en virtud de la ley o de un testamento, en favor de los terceros de buena fe, sobre los bienes de la sucesión, son eficaces contra el verdadero heredero: la validez de tales hipotecas se exige en interés del crédito y se justifica por la máxima 'error communis facit ius'".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ahora bien si la prenda es constituida en estos términos, se plantea el problema de determinar si el verdadero propietario puede incoar una tercería excluyente de dominio. La regla, según el Código de Comercio, es que en el juicio respectivo "No se admitirán tercerías de dominio ni de mejor derecho sobre los bienes pignorados" (artículo 572). Por vía de excepción, se señala que puede ser **admitida** la de dominio, cuando fuere acompañada de 1) ". . .ejecutoria en la cual se haga **expresa** declaración contra el pignorante, de que ha defraudado o estafado al legítimo dueño de los bienes dados en prenda" o 2) "certificación de estar admitida ante los tribunales penales, acusación encaminada al logro de tal declaratoria" (Inciso c ibídem). Pero en tal caso ". . .se celebrará el remate, reservando su aprobación para cuando se resuelva definitivamente lo referente a la misma". (Artículo 565 in fine ibídem). Deben hacerse varias observaciones. En primer lugar, admitir la tercería no significa declararla con lugar. Para que esto último proceda, es necesaria la demostración, de que el pignorante "defraudó o estafó" al verdadero dueño de la cosa. En segundo término, aun cuando prosperara la tercería quedaría a salvo el derecho del acreedor cuya garantía se constituyó a "non domino", de pedir que se declare esta circunstancia en juicio ordinario. Es evidente, por las razones expuestas, que la mala fe del pignorante no supone la exclusión de todo problema de apariencia.

b.3.3) Efectos en relación con terceros "penitus extranei".

53. Para la teoría de la apariencia, terceros "penitus extranei" son aquellos extraños al titular aparente y al adquirente de buena fe. No son ni causahabientes ni acreedores suyos. Con respecto a ellos, la apariencia no genera ni derechos ni obligaciones directas. Indirectamente, sin embargo, se producen a su respecto determinadas consecuencias jurídicas: 1) deben respetar el negocio celebrado entre dichos sujetos[108] y 2) pueden, en tesis de principio, servirse del negocio celebrado entre aquellos, como fuente de información en juicio.[109]

b.4) Efectos en relación con el titular aparente.

54. El principio general es el de que la apariencia no aprovecha al titular aparente.[110] Así lo reconoce de manera general la doctrina. No obstante, ello no significa que no se produzcan a su respecto, determinadas obligaciones en relación con el adquirente de buena fe. En primer término, se encuentra obligado a ejecutar el contrato, lo que desde el punto de vista del adquirente, supone la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso de la prestación o su equivalente.[111] Tampoco puede revocar el contrato de manera unilateral —principio de irrevocabilidad de las convenciones—,[112] ni solicitar la nulidad del negocio. Precisamente, la apariencia torna inatacable "erga omnes", la situación jurídica del causahabiente de buena fe. Finalmente, está obligado a garantizar el pacífico goce de hecho y de derecho del bien transmitido. Aquí es importante señalar que el significado práctico de esta obligación no es de gran transcendencia en lo que toca a las perturbaciones de derecho-evicción; por haberse convertido en el comprador el propietario del bien. De mayor importancia resulta la garantía por perturbaciones de hecho, es decir, por ". . .el obstáculo que encontrara el adquirente para mantener la posesión pacífica de lo adquirido" (artículo 1037 del Código Civil),[113] obstáculos que provienen del ". . .hecho del propio transmitente (como sería el caso de que un sujeto vendiera un establecimiento mercantil e inmediatamente abriera uno similar a la par del vendido, llevándose la clientela de

---

108. Es decir, entre el propietario aparente y el tercero adquirente de buena fe.

109. Así, BAUDRIT CARRILLO, Diego, *op. cit.*, p. 70.

110. "La apariencia tiene tan solo por finalidad proteger a los terceros". Así, MAZEAUD, Henri y León y MAZEAUD, Jean, parte segunda, vol. IV, *op. cit.*, p. 121. El hecho de que no beneficie al titular aparente corrobora que el traspaso por él verificado es antijurídico, solo que por razones axiológicas dicha antijuridicidad viene a menos en lo que toca al tercero de buena fe.

111. Cumplimiento por equivalente a que tendría derecho el adquirente, en mi criterio, si adquirió una cosa mueble de un propietario aparente, pero no entró en posesión del bien, v.g. porque el enajenante la entregó a otro comprador de buena fe. Compárese lo dicho con lo dispuesto por el artículo 1065 del Código Civil.

112. Sobre el punto ver, BAUDRIT CARRILLO, Diego, *op. cit.*, pp. 49-52.

113. *Ibídem*, p. 57.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

quienes supuestamente acudirían al negocio transmitido".[114] Lo propio sucede, en tesis de principio, con la garantía por vicios ocultos o redhibitorios (saneamiento), contenida en los artículos 1082 del Código Civil y 450 del de Comercio, la cual pesa sobre el titular aparente. Paralelamente, el problema no tiene mayor relevancia en lo que toca a la denominada "acción procesal de garantía", ya que ésta es intrascendente en nuestro derecho.[115] La "citación al garante", es de ejercicio facultativo para el adquirente y de cumplimiento voluntario para el garante.[116] En caso de que se ejerciera y el garante compareciera a juicio, su participación estaría encaminada a coadyuvar en la demostración de la existencia de una hipótesis de apariencia. Una última observación se impone. Como la apariencia no beneficia al titular aparente, este siempre se encontrará sujeto a las acciones que, en su contra, pueda intentar el propietario anterior del bien. En tal caso, asumirá las consecuencias legales, según que haya poseído de buena o mala fe. Si ha enajenado el bien, se operará al respecto una subrogación real: el dinero o la cosa que haya recibido a cambio, sustituyen el bien que se reclama. Si un tercero ha adquirido de buena fe el objeto, a su anterior propietario no le queda otra solución que accionar contra el titular aparente, para que se le indemnice la pérdida sufrida.

c) El problema de la titularidad aparente de derechos personales.

54. Existen en nuestro ordenamiento, algunas normas que contemplan hipótesis de titularidad aparente de derechos personales o de crédito. Es el caso del acreedor aparente. De conformidad con el artículo 1106 del Código Civil: "El deudor de un crédito cedido queda descargado por el pago que haga al cedente antes de la notificación o aceptación del traspaso". Hay aquí una situación de hecho que genera apariencia: el comportamiento del acreedor en virtud del cual éste aparece como titular del derecho de crédito de que se trate en cada caso. Cuando el deudor es llamado legítimamente a engaño por esta situación, se produce a su respecto una consecuencia particular: el pago tiene eficacia liberadora. Sin embargo, los ejemplos mas relevantes los encontramos relacionados con el formalismo jurídico-documental. En la teoría del negocio jurídico, la forma es el modo de ser de la declaración (verbal o escrita). En la teoría general de los documentos, responde más bien a la necesidad de que la declaración esté revestida de cierto contenido o estructura típica. Los documentos pueden catalogarse, de la siguiente manera: probatorios, de legitimación, títulos impropios y títulos valor.[117] En el primero de los supuestos, es simple prueba de que el negocio que en él se indica —generalmente, constitutivo de un crédito—, existe. En este caso: 1) la persona que en él se indica, no tiene derecho a la prestación por la simple razón de estar mencionada en el escrito, 2) el deudor no se libera pagando a esa persona, sino cuando se ajusta a los principios que rigen el cumplimiento de las obligaciones, 3) la transmisión del documento no implica la cesión del derecho correlativo.[118] Por su parte, los documentos de legitimación, si bien desempeñan igualmente una función probatoria, legitiman a su poseedor o a la persona que señalen (si son nominativos), para recibir la prestación. Así, el deudor se libera pagando a quien le presente el documento.[119] No obstante, no dan derecho a la prestación de manera absoluta, pues el deudor puede rehusarla a quien lo exhiba (legitiman para recibir, no para exigir el pago). Sirven para identificar el derechohabiente. El título impropio cumple una función probatoria y legitima a su poseedor para recibir la prestación, por lo que produce paralelamente la liberación del que paga o quien lo muestra. No obstante, sus alcances son mayores, pues produce el efecto adicional de que el crédito puede transmitirse con la mera "enajenación del escrito",[120] sin observar las normas de

114. *Ibídem.*

115. *Ibídem*, p. 60.

116. *Ibídem.*

117. Así, BRANCA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Privado*, México, Editorial Porrúa, traducción de la sexta edición italiana, 1978. p. 471.

118. *Ibídem.*

119. *Ibídem.*

120. *Ibídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la cesión, no obstante, el deudor siempre podrá oponer al cesionario, las excepciones que podría hacer valer contra el acreedor original. Cuando además de legitimar a quien lo exhibe para recibir la prestación y liberar al deudor que la verifique, el título tiene la facultad de circular y se encuentra fusionado con el crédito en él contenido, sin que puedan oponerse a su tenedor las excepciones que se le hubieran podido oponer al *acreedor original*, estaremos ante un título valor.[121] Conviene detenernos en este punto. La riqueza mueble, en teoría, puede transmitirse de dos modos distintos: los bienes corporales, por la entrega; los derechos, por medio de la cesión. Paralelamente, se reconoce que la cesión atenta contra los valores esenciales del Derecho Mercantil: a) la seguridad y b) la celeridad en las transacciones. Quien adquiere un crédito por el mecanismo de la cesión debe afrontar cuatro riesgos fundamentales. Desde el punto de vista sustancial, puede ser que el cedente no sea el titular del derecho. Por otra parte, se adquiere un derecho derivado, por lo que el deudor puede oponer diversas excepciones. Desde la perspectiva formal, se presentan también dos inconvenientes. En primer lugar, el acreedor debe probar el negocio en virtud del cual adquirió el título, sin lo cual no se encuentra legitimado para exigir el pago del crédito. Y si este ha circulado con anterioridad, deberá, en tesis de principio, probar los actos de adquisición anteriores. En segundo término, para que la cesión le resulte oponible al deudor, éste debe ser notificado. La ventaja que presentan los títulos valores, es la de eliminar de golpe todos estos inconvenientes; ello, gracias al principio de incorporación y los que de él se derivan: autonomía y literalidad. En virtud de la incorporación, las reglas del traspaso de los bienes muebles corporales (la simple entrega), se aplican a la transmisión de los créditos. Se logra así, la fusión del documento con el negocio en él consignado, de manera tal que al traspasarse el primero con la simple "traditio", se transfiere también el crédito en él consignado.

55. En todo caso, los títulos o documentos de legitimación, los títulos impropios y los títulos valores presentan, en lo que interesa en este estudio, una consecuencia común: liberar al deudor que ha pagado al sujeto que los exhibe, con independencia de que éste sea o no su legítimo titular, si el pago ha sido hecho de buena fe. Naturalmente, el efecto liberatorio no subsana la situación jurídica del tenedor del título, en los casos en que no sea su titular. Si el documento se ha obtenido de manera contraria a su ley de circulación, el poseedor doloso o culposo deberá desprenderse de él, o en su caso, abonar los daños y perjuicios que con su proceder haya causado.[122] En síntesis, el formalismo jurídico documental puede generar hipótesis de apariencia de la situación jurídica idóneas para inducir a terceras personas a creer, erróneamente, que un determinado sujeto es el verdadero titular de un derecho de crédito. En estos casos, las normas se orientan en el sentido de tutelar los intereses de los que se fían de las circunstancias, tal como resulta directamente de los hechos; así, se extingue el vínculo obligatorio de quien paga al acreedor aparente.

56. Hay que hacer una última precisión. En su oportunidad,[123] señalamos que la teoría de la apariencia es tributaria de la teoría de la manifestación, a la que ligamos con el problema de la significación. En esa línea de pensamiento, se llegó a la siguiente definición del elemento objetivo de la apariencia: "Se trata de una relación patológica de manifestación por señales, en la cual un conjunto de fenómenos materialmente presentes permiten inferir como real, sin serlo, la situación jurídica de un sujeto determinado."[124]

Lo que interesa resaltar ahora es que, el formalismo jurídico documental, en los casos estudiados, supone un problema de patología de los símbolos, por lo que vale para el caso, lo que se dijo con respecto a la publicidad registral en la nota 98.

---

121. *Ibídem*, p. 172. Sobre el punto, ARENA, Andrea, *Introduzione allo studio del Diritto Comerciale e titoli di credito*, Milano, Giuffrè Editore, 1956, pp. 104-105.

122. El artículo 743 del Código de Comercio señala que: "Cuando una persona fuere desposeída de una letra de cambio por cualquier causa, el tenedor, siempre que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente, no estará obligado a desprenderse de ella a no ser que la hubiere adquirido de mala fe o hubiere incurrido, al adquirirla, en culpa grave".

123. Así, RIVERO SÁNCHEZ, Juan M., *Contribución. . ., op. cit.*, p. 177.

124. *Ibídem*, p. 181.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

d) El problema de la titularidad aparente de obligaciones.

57. Puede ser que una situación de hecho revele como existente una obligación que no ha surgido en realidad a la vida jurídica. En estas circunstancias, el efecto de la apariencia es el de impedir que el deudor aparente repita el pago contra el acreedor que, de buena fe, ha recibido la prestación y destruido los títulos necesarios para el cobro de su crédito. Así lo contempla el Código Civil costarricense, en el párrafo segundo del artículo 803 al disponer que si una persona: ". . .a consecuencia de un error propio, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que en razón del pago y con buena fe ha suprimido o destruido un título necesario para el cobro de su crédito, pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor". El que el deudor no pueda recobrar lo pagado si el acreedor ha destruido los documentos en que conste su derecho significa que el legislador, con buen criterio, solo quiso sacrificar el interés del primero en aquellos casos en que se tornara imposible o muy gravosa, la satisfacción del crédito del segundo. Se trata de un balance de intereses. Por lo demás, la hipótesis puede aplicarse analógicamente a los casos en que esté de por medio una obligación aparente.

2) Estudio de la legitimación aparente.

a) Concepto.

58. En determinados casos, la ley exige que el que interviene en un negocio jurídico, se relacione de una manera específica con el objeto o el sujeto de la negociación. Esta relación, se establece en virtud de una "calidad" subjetiva a la que se denomina legitimación, que consiste en la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la programación objetiva de intereses en que se ha intervenido.[125]

59. En los casos de apariencia, la calidad en que consiste la legitimación resulta de un conjunto de circunstancias fácticas que la hacen aparecer como existente sin que lo sea en realidad.

60. No debe confundirse la legitimación con la capacidad jurídica o de actuar. La capacidad, se caracteriza por ser intrínseca (dado que se reconoce al sujeto única y exclusivamente ". . .por los intereses generales de que es portador"[126] y abstracta (porque se tiene con independencia de toda referencia a un acto o efecto determinado.[127] Por otra parte, ". . .la situación jurídica que da lugar a la legitimación tiene carácter especial, en cuanto es valorada con referencia al elemento especificador constituido por el objeto o el otro sujeto del acto o de la relación."[128]

b) Hipótesis.

61. Uno de los casos más interesantes que se encuentran en el Derecho costarricense y en otros ordenamientos jurídicos, es el del mandatario aparente.[129] Es una hipótesis de legitimación aparente para actuar,[130] con respecto al objeto del negocio.

El mandatario aparece ante terceros como si reuniera la cualidad necesaria para realizar una prestación a nombre de otro. El problema se presenta tanto si el "poder" es generalísimo o general, como si fuere especial o especialísimo. En lo que toca a los dos primeros, son las reglas de la publicidad registral las que deben solucionar el conflicto. Por ello dispone el artículo 1282 del Código Civil que "La revocación del mandato surte sus efectos respecto del mandatario desde que éste lo sepa; pero respecto de terceros, si el poder es de los que deben estar inscritos, solamente

---

125. En este sentido, se ha dicho que: "La legitimación de la parte puede definirse como su competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto, respecto a los intereses que se trata de regular". Así, BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 177.

126. Así, FALZEA, Angelo, *Capacità, op. cit.*, p. 173.

127. *Ibídem.*

128. *Ibídem*, p. 174.

129. En criterio de BETTI, Emilio, *op. cit.*, p. 448, la figura del mandatario aparente es un caso de legitimación aparente. Conviene señalar que la hipótesis aquí estudiada, es en rigor un caso de representación aparente.

130. Se suele dividir la legitimación en dos grandes grupos: a) legitimación para actuar, que es la específica cualidad del sujeto de la que deriva su FACULTAD de realizar determinadas prestaciones (objeto del negocio), con respecto a determinado sujeto y b) legitimación para recibir que es la cualidad del sujeto que lo faculta para beneficiarse con determinada prestación. Sobre el punto, ver PÉREZ VARGAS, Víctor, *op. cit.*, pp. 67-68.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

desde la fecha en que se inscriba la revocación". Antes de que tal cosa suceda, el mandatario conservará su calidad frente a terceros de buena fe. En lo que respecta a los otros dos tipos de "poderes", debe estarse a lo que dispone el artículo 1287 ibídem, según el cual: "En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho contra el mandante a terceros de buena fe. Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice. . .". En el párrafo final, este artículo vuelve a reiterar el principio según el cual la publicidad registral es la que viene a regular las vicisitudes de los poderes inscribibles, en cuanto dispone que: "Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido anotado en el Registro, cesa desde la fecha del asiento la responsabilidad del mandante". De lo dicho, se extraen las siguientes reglas: a) independientemente de la buena o mala fe del mandatario, el tercero que con él celebre un negocio en la creencia de que trata con el legítimo representante de los intereses de un sujeto, se encuentra protegido por la apariencia de la situación jurídica. En consecuencia, se producirán a su respecto, los efectos negociables ordinarios y el mandante quedará vinculado al cumplimiento de la prestación pactada. b) La buena o mala fe del mandatario tiene relevancia en el plano de sus relaciones con el mandante; si ignora la causa de terminación del contrato, no le será exigida, en principio, responsabilidad alguna. Por el contrario, si actúa con conocimiento de que éste ha expirado, deberá indemnizar al mandante los daños y perjuicios que con su proceder le haya irrogado. El fundamento de esta regulación se encuentra en lo que un sector de la doctrina conoce como la "apariencia culposa", según señalamos en su oportunidad.[131]

Conviene señalar que nuestro derecho admite expresamente el problema del mandato aparente solo en lo que respecta a causas sobrevenidas a la constitución del contrato. No hay razón, sin embargo, para no solucionar, conforme a las reglas contenidas en el artículo 1287, los conflictos de apariencia que se planteen por causas originarias, v. g a raíz de un contrato simulado. El concepto de apariencia culposa justificaría el tratamiento propuesto. Por otra parte, la situación de hecho que llama a error a los terceros es una: el comportamiento del mandatario (eventualmente reforzado por el documento en que conste el negocio), que realiza actos jurídicos a nombre y por cuenta de quien, en verdad, no representa.

62. En Derecho de Familia encontramos otra hipótesis: el "matrimonio putativo".[132] En este sentido se dispone: "El matrimonio declarado nulo o anulado produce todos los efectos civiles en favor del cónyuge que obró de buena fe y de los hijos y las consecuencias que este Código fija en perjuicio del cónyuge que obró de mala fe. . .".[133] Se trata de un caso de legitimación aparente para actuar con relación al sujeto del acto. Se dan aquí, los dos elementos del supuesto de hecho de la apariencia: a) el objetivo, constituido por el comportamiento del contrayente culpable, que se resuelve en la realización de actos idóneos para manifestar como real, sin serlo, la legitimación necesaria para celebrar matrimonio y b) el subjetivo, que es el error legítimo del que es ajeno a la falta de legitimación de su cónyuge. El efecto que la ley liga a esta hipótesis normativa es el de permitir que el acto produzca, con relación a quien obró de buena fe, algunos de sus efectos normales. Los efectos que se producen en favor de los hijos no se explican, en principio, por la Teoría de la Apariencia, sino por una necesidad social de tutelar a los menores. En general, esta regulación alcanza a todos los casos contemplados por los artículos 14 y 15 ibídem. El problema se presenta en lo que toca al matrimonio celebrado entre personas de un mismo sexo. La hipótesis puede no resultar tan extraña, si se piensa en que la medicina puede alterar radicalmente el aspecto externo de un sujeto, ocultando de esta forma su verdadera naturaleza sexual. Al respecto, parece que nada

131. La culpa en la producción de la especie fáctica de la apariencia, puede provenir tanto del titular real de la situación jurídica de que se trate, como de su titular aparente. No obstante, por lo general se liga el concepto de apariencia culposa al primero de estos sujetos. Sobre el punto, ver CECCHERINI, Grazia, *op. cit.*, pp. 908 y ss.

132. Sobre el punto, ver PUGLIATTI, Salvatore, *La trazcrizione*, Milano, Giuffrè Editore, 1957, p. 260.

133. Así, Código de Familia, artículo 66.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se opone a que la apariencia surta sus efectos en protección de quien haya obrado de buena fe. Tal es lo que resulta de una aplicación coherente de los principios expuestos hasta el momento.

63. No puede cerrarse esta reseña, sin hacer referencia al problema del llamado "funcionario de hecho". Según el artículo 115 de la Ley General de la Administración Pública: "Será funcionario de hecho el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aun fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno, siempre que se den las siguientes circunstancias: a) Que no se haya declarado todavía la ausencia o la irregularidad de la investidura, ni administrativa ni jurisdiccionalmente y b) que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho". El efecto que se liga a esta situación, se contempla en el artículo 116 ibídem, según el cual: "1. Los actos del funcionario de hecho serán válidos **aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquel.** 2. La administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos". No se trata, como a primera vista pudiera creerse, de un caso de legitimación aparente. El funcionario de hecho, está efectivamente legitimado por el ordenamiento jurídico para cumplir actos administrativos, dentro de ciertos límites. Además, según se desprende de lo visto hasta el momento, las reglas de la apariencia de la situación jurídica, operan en beneficio del tercero nunca en su perjuicio; por otra parte, su buena fe debe estar presente en todo caso.

B) Capacidad y compatibilidad aparentes.

1. La capacidad aparente.

64. La apariencia puede estar referida tanto a la capacidad jurídica[134] como a la de actuar. En lo que toca al primer punto, es necesario hacer algunas observaciones preliminares. Según lo ha manifestado la doctrina,[135] "La capacidad jurídica es adquirida por el sujeto en el mismo momento en que éste surge en el mundo jurídico, pues, como se ha explicado, coincide con el momento de relevancia jurídica de la figura subjetiva, razón por la cual se identifica con la misma personalidad jurídica. En consecuencia, capacidad jurídica es, en cierta forma, sinónimo de personalidad jurídica".[136] Así una capacidad jurídica aparente implicará también una apariencia de la personalidad jurídica. El problema cobra relevancia en lo que toca a las llamadas "personas jurídicas colectivas".[137] Desde esta perspectiva, es objeto de estudio el problema de la sociedad aparente. Para comprender el punto, debe hacerse referencia a las llamadas "sociedades de hecho". Estas, se caracterizan por carecer de personalidad jurídica debido a que, por ser meramente verbal o constar solo en documento privado, el pacto constitutivo no puede ser objeto de inscripción registral. La sociedad irregular se diferencia de la de hecho tan solo desde el punto de vista formal: a pesar de que tampoco se encuentra inscrita, los socios han iniciado los trámites necesarios para lograr su inscripción. Hay también sociedades "internas" y "ocultas". En ambos casos, los socios han decidido no revelar a terceros el vínculo que existe entre ellos. No obstante, si cada uno actúa por separado, a nombre propio pero en beneficio de la sociedad, estaremos en la primera hipótesis. Si, por el contrario, es únicamente un socio el que recibe el encargo de los demás para que actúe a nombre y por cuenta de la sociedad, permaneciendo aquéllos en el anonimato, la sociedad será oculta. En cambio, puede resultar que un grupo de personas, por diversas razones, tenga interés en hacer aparecer ante terceros, que existe entre ellos un vínculo societario en realidad inexistente. Tendremos entonces, una sociedad aparente. Hay aquí la necesidad de determinar cuál será el régimen jurídico al que habrán de sujetarse las obligaciones que se contraigan por cuenta de dicha agrupación. De conformidad con el artículo 22 del Código de Comercio: "Mientras no se hayan efectuado la publicación y la inscripción. . . los pactos y demás documentos sociales, no producirán efecto legal en perjuicio de terceros, **y los socios fundadores responderán solidariamente a di-**

134. Entendida como la posición subjetiva de destinatario potencial de los efectos jurídicos del ordenamiento. Así, PÉREZ VARGAS, Víctor, *op. cit.*, p. 40. Sustancialmente, designa la posición del sujeto como destinatario de todos los intereses del sistema. *Ibídem.*

135. *Ibídem*, pp. 37-38.

136. *Ibídem.*

137. También llamadas ficticias, morales, etc.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

chos terceros de las obligaciones que en tales circunstancias se contrajeren por cuenta de la compañía. . .". La norma está planeada para regular sociedades de hecho, es decir, aquellas en que existe efectivamente el vínculo social. No obstante, puede aplicarse, analógicamente, a los casos en que éste exista tan solo en apariencia. Este es el tratamiento que corresponde, según los principios que se han desarrollado hasta este punto.[138] En realidad, la apariencia de la capacidad jurídica y por tanto, el problema de la apariencia de la personalidad jurídica, solo puede presentarse en los casos en que la ley considere a las denominadas "agrupaciones de hecho", como potenciales puntos de vinculación de todos los efectos jurídicos del ordenamiento.

65. También es posible, y a menudo acontece, que un sujeto a pesar de carecer de la capacidad de actuar, aparezca ante terceros, como facultado para ". . .realizar comportamientos jurídicamente capaces de provocar la constitución de efectos jurídicos".[139] Ahora bien, como en nuestro Derecho, esta capacidad solo puede modificarse en virtud de la edad y la salud, tenemos que solo a ese respecto pueden presentarse problemas de apariencia. En lo que toca al primer aspecto, dispone el Código Civil: "Los actos y contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo, siendo todavía menor serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoridad, salvo. . . Si ejecutare el acto o contrato diciéndose mayor y la parte con quien contrató tuviere motivo racional para admitir como cierta tal afirmación".[140] Hay aquí, un elemento objetivo que consiste en el comportamiento del menor que se dice mayor de edad (y cuyas actitudes, gestos o manifestaciones lo corroboran) todo lo cual induce a terceros a estimar que su contraparte tiene la capacidad de actuar necesaria para concluir la negociación de que se trate (elemento subjetivo).[141] El efecto que se liga a este supuesto, es claro: con relación al tercero que de buena fe es llamado a error por la apariencia, el negocio, que de otra forma sería anulable, mantiene su eficacia.

Vale hacer en este punto una observación: según lo dispone nuestro Derecho: "El menor de quince años es persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice, salvo lo dispuesto sobre matrimonio".[142] La consecuencia que se deriva de la infracción de esta norma es la nulidad. La ley presume en estos casos que cuando se trata de un menor de quince años, la situación de hecho es del todo inidónea para generar la apariencia de la situación jurídica.

66. Por otra parte, se dice que: "La salud tiene influencia sobre la capacidad de actuar. La consideración que el Derecho realiza de la salud tiene significación desde el punto de vista negativo, en el sentido de que la falta de salud puede, en ciertos casos, ser causa de incapacidad de actuar. Por salud entendemos la armonía media, orgánica y psíquica. Podemos hablar de armonía media, pues no toda falta de armonía orgánica o psíquica del ser humano es considerada jurídicamente como enfermedad, sino solamente aquellas que tengan incidencia relevante sobre el proceso de la eficacia jurídica. Los casos de enfermedades que evidencian una falta de capacidad cognoscitiva y volitiva suficiente para producir la incapacidad de actuar son específicamente establecidos por el Derecho. Pueden considerarse dos categorías fundamentales: las enfermedades mentales y las enfermedades psíquicas por una parte y, por otra, las enfermedades físicas según incidan sobre la armonía mental o psíquica o sobre la armonía física, respectivamente".[143] Al respecto, la ley dispone que: "Los actos que realice el incapaz mental serán relativamente nulos, salvo que la incapacidad esté declarada judicialmente, en cuyos casos serán absolutamente

---

138. Ello conviene a los intereses en juego.

139. Así, PUGLIATTI, Salvatore, *Gli istitute del Diritto Civile,* Milano, Giuffrè Editore, vol. I, 1943, p. 164.

140. Código Civil, art. 39.

141. El requisito de reclamar la exhibición de la cédula de identidad lo impone la ley únicamente al notario, según se desprende del artículo 95 inciso b) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones.

142. Código Civil, art. 38.

143. Así, PÉREZ VARGAS, Víctor, *op. cit.,* p. 63.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nulos". Además, "Son absolutamente nulos los actos o contratos que personalmente realice, celebre o ejecute el sordomudo que no sepa leer y escribir".[144] Puede ser entonces, que la enfermedad mental haya llevado al estado de interdicción o que subsista sin que haya declaración judicial al respecto. La primera es la llamada incapacidad judicial, la segunda es la incapacidad natural.[145] En lo que toca a esta última, el problema de apariencia se presenta cuando una situación de hecho revela como real, a pesar de ser inexistente, el presupuesto de hecho de la capacidad de actuar: la cognición y la volición. Se ha dicho en este sentido que: "Los actos a título oneroso realizados antes de la interdicción pueden ser impugnados si la causa que motivó la interdicción existía en el momento en que fueron realizados los actos y se demuestra la mala fe del contratante por la cualidad del contrato o por el perjuicio que éste podría acarrear al incapaz. Si muere el sujeto antes de que se haya declarado la interdicción se admite la impugnación si se había promovido previamente tal interdicción y se prueba la enfermedad por las condiciones del acto impugnado. En cuanto a los actos a título gratuito se admite la impugnación si se prueba que el sujeto no estaba sano de mente en el momento de realizar el acto".[146] En síntesis, si el negocio es a título oneroso y media un problema de apariencia, surte sus efectos en relación con el tercero de buena fe. En los casos en que sea a título gratuito, se justifica una tutela diversa, pues al no haber sacrificio patrimonial de aquel que fue llamado a error, no resulta equitativo imponer pérdida alguna a soportar por el patrimonio del incapaz.[147]

2. La compatibilidad aparente.

67. La compatibilidad es una situación jurídica propia de los sujetos que ejercen una determinada función, pública o privada, que tiene relevancia jurídica negativa, en cuanto se resuelve fundamentalmente en prohibiciones de aceptar el cumplimiento de aquellos cargos respecto a los cuales el ordenamiento jurídico considera que es imposible que se cumplan simultáneamente con la actividad (o actividades), que actualmente realiza un sujeto determinado como ejecución de la función que se le ha encomendado.[148]

La compatibilidad se impone con el fin de garantizar el mejor ejercicio de la función de que se trate.[149] La inobservancia de las reglas que regulan este presupuesto subjetivo determina la responsabilidad del titular de la función y se refleja sobre la validez y la eficacia de los actos cumplidos por el infractor.[150]

68. No se encuentran en nuestro Derecho, a nivel normativo, abundantes ejemplos de hipótesis de compatibilidad aparente. Sin embargo, estimo que la regla puede elaborarse de la siguiente manera: si la situación de hecho genera la apariencia de que una negociación es cumplida por un sujeto dentro del marco de compatibilidad que le otorga su función, el negocio debe surtir los efectos normales, con respecto a quien fue llamado a error.

144. Código Civil, art. 42.

145. Así, PÉREZ VARGAS, Víctor, *op. cit.*, pp. 63-64.

146. *Ibídem*, p. 65.

147. Aspecto que ha sido desarrollado por la jurisprudencia francesa en relación con el heredero aparente, según se analizó en su oportunidad. Ver *supra* nota 38.

148. Sobre el tema, FALZEA, Angelo, *Capacità, op. cit.*, p. 179.

149. *Ibídem*, p. 181.

150. *Ibídem*.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN II: ANÁLISIS DEL EFECTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL SISTEMA JURÍDICO, GLOBALMENTE CONSIDERADO

A) El principio de conservación de la eficacia negocial.

1. Planteamiento del problema.

69. En todo negocio jurídico, junto con los intereses meramente individuales, converge un interés social, que deriva de la utilidad que se le reconoce para regular la vida de relación. De ahí la necesidad de preservarlo de aquellas causas que pudieran perturbar su existencia y funcionamiento.

70. A finales del siglo XVIII y principios del XIX, el pensamiento racionalista de corte individualista ejerció influencia decisiva en las construcciones doctrinales y legislativas de la época, las que tomaron a la voluntad como fundamento de todas las instituciones sociales. En el plano negocial, devino en fuente de validez y de eficacia de los negocios.[151]

Hoy, la idea de que la "autonomía de la voluntad" ha de ser dominadora irrestricta de las negociaciones, está lejos de representar el sentir mayoritario de la doctrina. No obstante, brinda fundamento —justificadamente—, a la idea de que el contrato, y más en general, el negocio jurídico, es un medio idóneo para solucionar los conflictos de intereses que se presentan en los diversos campos del actuar humano, razón por la cual se hace acreedor a la tutela del ordenamiento jurídico. Tal es el fundamento de principio de conservación de la eficacia negocial.[152]

71. Este principio hace presumir que todo negocio cumple la función que las partes le han fijado hasta tanto no se demuestre la existencia de una causa que elimine su carácter instrumental, como acontece en las hipótesis de invalidez y de ineficacia.[153]

Por otra parte, el principio impone la necesidad de admitir excepciones a las causales de nulidad e ineficacia. Desde esta perspectiva, se siguen las siguientes consideraciones: a) si un contrato o una de sus cláusulas puede ser interpretado de dos maneras, en una de las cuales resulta conforme a la ley y en otra, contrario, el intérprete debe elegir el sentido que más convenga a la posibilidad de que despliegue libremente sus efectos;[154] b) imposibilidad de hacer recaer las sanciones de invalidez e ineficacia en aquellos casos en que sea posible, de conformidad con los valores fundamentales del ordenamiento jurídico[155] y según los intereses en juego,[156] reparar total o parcialmente el defecto del negocio, o cuando menos, separarlo de la programación de

---

151. "Si la voluntad de los individuos ha sido la causa eficiente de la vida social y de todas sus instituciones, dicha voluntad es en sí misma la suprema fuente de todos los efectos jurídicos. Aun la propia ley tiene que buscar, en último término, el fundamento de su validez normativa en el consenso que le prestan los individuos. . . Entonces, con mayor razón la eficacia de los actos jurídicos privados deriva directamente de la voluntad de los agentes, a quienes corresponde, por derecho propio y según su mejor conveniencia, organizar sus relaciones, determinar la naturaleza y alcances de ellas y estipular sus condiciones y modalidades. Esta es una de las consecuencias del racionalismo, según lo exponen OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Editorial Temis, segunda edición, 1983, p. 9.

152. "Con otras palabras: al erigir a la voluntad privada en 'fuerza creadora' de efectos jurídicos, aun bajo la dependencia de la ley, lógicamente se ha procurado que esa voluntad se realice, que sea efectiva, presumiéndose de antemano y mientras no se demuestre lo contrario, que sus regulaciones cumplen la finalidad jurídica que ha determinado su reconocimiento. Tal es el fundamento de la conservación de los actos jurídicos que, en síntesis, consiste en preferir un tratamiento para tales actos que conduzca a que estos produzcan el máximo de sus efectos, en vez de otro que los redujera a la ineficacia". *Ibídem*, p. 498.

153. El principio de conservación fue conocido en el Derecho Romano, en donde se hablaba del "favor": favor testamenti, por ejemplo. Así, BRANCA, Giuseppe, *op. cit.*, p. 84.

154. *Ibídem*, p. 85.

155. En la relación de contradicción de un comportamiento (como el negocial), con los valores aceptados por el ordenamiento jurídico, se revela su antijuridicidad formal. Un negocio inválido es un negocio antijurídico.

156. En la lesión o menoscabo que sufre un interés jurídico determinado, se revela la antijuridicidad material de los comportamientos, —incluidos— los negociales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

intereses de las partes sin que por ello ésta venga a menos;[157] c) deber de considerar las hipótesis de invalidez e ineficacia según el tipo de negocio de que se trate.[158]

72. Desde la hipótesis b) se han estudiado tradicionalmente los casos de convalidación, conversión, rectificación y la sustitución automática de cláusulas. No obstante, la teoría del efecto saneante, merece, al lado de dichos institutos, un estudio particular.

2. Manifestaciones tradicionales del principio de conservación de la eficacia negocial.

a) La convalidación.

73. La convalidación elimina las consecuencias de un vicio que perturba la constitución o funcionamiento de la relación negocial determinando su anulabilidad o nulidad.[159] El negocio puede convalidarse por la ratificación —o confirmación— (convalidación positiva),[160] o bien por el transcurso del tiempo (convalidación negativa).[161] La voz "ratificar", proviene del latín "ratus", que significa confirmado y de "facere", que significa hacer.[162] Para algunos, implica una renuncia al derecho de alegar la invalidez; para otros, un reconocimiento a posteriori de que la situación jurídica de la contraparte es inatacable. Más correcto parece pensar que la ratificación tiene dos aspectos: a) el negativo, que es precisamente la imposibilidad de alegar ante los tribunales la invalidez del negocio de que se trate y b) el positivo, que es un reconocimiento voluntario de la legitimidad de la situación jurídica del conegociante.[163] La ratificación elimina la patología de los negocios anulables. El negocio nulo no puede confirmarse.[164] Se reconocen dos tipos de ratificación: expresa (declaración unilateral de voluntad recepticia), en la que se exponen las razones y objeto del acto confirmatorio y tácita, que se produce cuando aquel que puede invalidar el negocio le da voluntaria ejecución con conocimiento del vicio que lo afecta.[165] Finalmente, debe agregarse que, en doctrina, el transcurso del tiempo convalida solo el negocio anulable, no el nulo. Por una particularidad de nuestro ordenamiento, se admite la prescriptibilidad del derecho a pedir la nulidad.[166]

b) La conversión.

74. Gracias a la conversión, se modifica la calificación jurídica que se le ha dado a un negocio jurídico y se la sustituye por la que mejor convenga al conjunto de requisitos que actualmente reúna. Ello, claro está, procede siempre y cuando el negocio se mantenga dentro de la órbita del interés práctico perseguido por las partes. La fi-

---

157. Sobre el punto, BRANCA, Giuseppe, *op. cit.*, p. 85.

158. *Ibídem.* En los contratos plurilaterales, como lo que cuenta es la permanencia del fin al que tienden las diversas declaraciones negociales, la invalidez o la ineficacia de una de ellas, no trasciende necesariamente a todo el contrato. *Ibídem,* p. 527.

159. Así, PÉREZ VARGAS, Víctor, *op. cit.*, p. 341.

160. Así, SCOGNAMIGLIO, Renato, *Trattato di Diritto Civile. Contratti in generale,* Torino, Casa Editrice Francesco Vallardi, terza edicione, vol. IV, 1972, pp. 253-254.

161. *Ibídem.*

162. Así, OSPINA y OSPINA, *op. cit.*, p. 490.

163. Así, GULLÓN BALLESTERO, Antonio, *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico,* Madrid, Editorial Tecnos, 1969, p. 206.

164. No obstante, dispone el artículo 1063 del Código Civil que "La nulidad de la venta de cosa ajena queda salvada si el verdadero propietario ratifica la enajenación". La Corte de Casación Francesa ha sostenido que la nulidad que afecta la venta de cosa ajena es de naturaleza relativa, pudiendo en consecuencia ser ratificada. En nuestro medio, se ha dicho que "El tratamiento que de la cuestión da el Código Civil costarricense puede estar fundado tanto en la opinión de Aubry y Brau (la nulidad es absoluta), como por el conocimiento de la jurisprudencia francesa (la nulidad puede ser cubierta). Lo cierto es que hay falta de coherencia, que ha sido salvada por las consideraciones acertadas del Tribunal de Casación. . .: aunque la ley diga en forma expresa que la nulidad es absoluta, otras disposiciones afirman su naturaleza relativa, y como tal debe analizarse". Así, BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Error de Derecho. Venta de cosa ajena. Nulidad parcial,* Revista Judicial, Costa Rica, año X, número 37, junio, 1986, p. 97.

165. Código Civil, artículo 839.

166. "En Derecho costarricense la acción de nulidad absoluta prescribe en un plazo de diez años, siempre que el acto nulo se haya ejecutado. La acción es perpetua cuando el acto no se ha ejecutado o cuando esa ejecución constituye un atentado al interés público, a la moral o a las buenas costumbres. La excepción de nulidad absoluta es perpetua, siempre que el acto nulo no se haya ejecutado. Si tal cosa ha sucedido, la excepción prescribe igual que la acción". Así, BAUDRIT CARRILLO, Diego, *La temporalidad de la acción de nulidad absoluta y la perpetuidad de la excepción,* Revista Judicial, San José, año VII, Nº 25, junio, 1983, p. 24.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nalidad que se persigue con este remedio, es la de evitar que un negocio, por falta de los requisitos exigidos por la ley, sea considerado inválido y por tanto, carente de eficacia, en aquellos casos en que puede ser recalificado dentro de un tipo para el que sí reúne todos los elementos requeridos por el Derecho.[167] A diferencia de lo que sucede con la convalidación, que procede "a posteriori", la conversión se da "ab-initio". Por ello el negocio, desde un principio, recibe una calificación corregida que lo salva de la invalidez.[168] A pesar de no estar contemplada de manera expresa en el Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina la aceptan como una consecuencia que la equidad hace nacer del contrato, según los términos del artículo 1023 ibídem.[169]

c) La rectificación.

75. Es un medio de sanear la patología del negocio jurídico viciado por error, y que el Código Civil reconoce expresamente para el caso de escritura o cálculo. En efecto, según lo dispone el artículo 1016: "El simple error de escritura o de cálculo aritmético, solo da derecho a su rectificación". Se proyecta también sobre el plano de validez del negocio.

d) La sustitución automática de cláusulas.

76. En determinados casos, las disposiciones negociales nulas son sustituidas directamente por las disposiciones legales que contravienen, teniéndose así por no puestas y salvándose correlativamente, la validez y eficacia negociales. El remedio tiene gran aplicación en los campos en donde priva un interés público por encima de los valores particulares, e incide directamente en el ámbito de validez negocial.

B) Perfil efectual de la apariencia de la situación jurídica.

1. La eficacia saneante.

77. Se trata de un medio de eliminar en parte la patología del negocio jurídico concluido por quien carece de los presupuestos subjetivos necesarios para ello, a través de una reestructuración parcial del supuesto de hecho defectuoso, en virtud de la cual se producen, con respecto al tercero que ignora el defecto de la situación jurídica prenegocial de su contraparte, los efectos patrimoniales ordinarios de la negociación de que se trate.[170]

Las hipótesis analizadas en la primera sección de este estudio confirman que este esquema efectual se verifica en todo caso de apariencia de la situación jurídica, sin importar si ésta se origina en una relación de manifestación patológica por señales o por símbolos.[171] Se trata de una consecuencia que el Derecho liga, de manera general, a todo supuesto que esté integrado, de manera indisoluble por estos dos elementos: a) objetivo (situación de hecho generadora de apariencia) y subjetivo (error legítimo). Por ello es que puede hablarse de la apariencia como un instituto jurídico autónomo, claramente perfilado, que presenta una estructura diferenciada y una función propia; inconfundibles ambas, con las que presentan otros institutos jurídicos. La principal consecuencia metodológica que se extrae de lo dicho, es que existe una "valoración homogénea", unitaria, de todos aquellos supuestos de hecho que presentan un problema de apariencia. Por ello, es posible que el jurista ligue el "efecto saneante", aun a los casos no previstos expresamente por la ley, pues la interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, nos revela que se está en presencia de una "genérica dirección de la eficacia". El

---

167. Así, ver OSPINA y OSPINA, *op. cit.*, p. 502; SCOGNAMIGLIO, Renato, *op. cit.*, p. 240.

168. Así, LA CRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Editorial Bosch, T. II, vol. 2, 1977, p. 38.

169. Así, PÉREZ VARGAS, Víctor, *op. cit.*, p. 334.

170. En rigor, los presupuestos subjetivos de negociación no forman parte del supuesto de hecho. Se trata, en rigor, de situaciones jurídicas prenegociales, también denominadas en doctrina, "antecedentes jurídicos", si bien conviene apuntar que estos pueden estar conformados no solo por situaciones jurídicas, sino también por factores fácticos condicionantes también, de la eficacia negocial. En este sentido, ver PÉREZ VARGAS, Víctor, *op. cit.*, p. 151. Por otra parte, debe apuntarse que esta recuperación parcial de la eficacia negocial, se justifica, según lo apuntamos en su oportunidad, porque ". . .la tutela de los intereses en juego se asegura determinando la irrelevancia del elemento faltante. . . del cual la apariencia (de su existencia) sería su equivalente jurídico". Así, RIVERO SÁNCHEZ, Juan M., *Contribución. . ., op. cit.*, p. 186.

171. Ver *supra* nota Nº 98.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

legislador, claro está, puede impedir, o limitar los alcances de la eficacia saneante. También puede presumir "iure et de iure", que determinados supuestos no son idóneos para generar una apariencia de la situación jurídica.

Pero se trata, en todo caso, de variaciones cuantitativas que no perturban la esencia de la cuestión. Y frente a la antigua máxima "nemo plus iuris. . .", parece alzarse, cada vez con mayor vigor, otra de "igual magnitud pero en sentido contrario": "el derecho sanciona en función de la apariencia".

El cambio de perspectiva obedece, en mi criterio, al hecho de que valores a los que ayer se les daba carácter absoluto, son hoy considerados al lado de otros que reclaman la tutela del Derecho con igual pretensión de "legitimidad". Y es en función de los valores e intereses en juego, que el sistema jurídico cobra coherencia y homogeneidad. Tal y como sucede con cada norma individual, **todo el ordenamiento abstractamente considerado, se encuentra vacío de contenido y de significado.** El contenido se lo dan los problemas vitales; el significado, lo pone el intérprete, hasta donde se lo permitan sus "ataduras ideológicas".

2. Fundamento de la eficacia saneante.

78. Desde el punto de vista formal, el fundamento se encuentra en la interpretación sistemática de todas las normas jurídicas que hacen referencia al problema propuesto.

79. Desde el punto de vista material, la eficacia saneante se justifica por la necesidad de amparar valores individuales y colectivos. Desde la primera óptica, se trata de proteger la buena fe de aquel que deposita su confianza en lo que los hechos le revelan. Desde el punto de vista social, se trata de tutelar el interés que la comunidad tiene en la conservación de los efectos negociales, en aras de garantizar la seguridad del tráfico jurídico.

80. No obstante, la consideración axiológica del problema, nos permite hallar una justificación más profunda. En efecto, la teoría que ahora exponemos, es simple desarrollo de la teoría general de la antijuridicidad. Por ello, el efecto saneante sólo puede operar en aquellas circunstancias en que: a) no resulta contrario a los valores fundamentales del sistema o b) cuando el sacrificio de un interés viene impuesto por la necesidad de tutelar otro de mayor jerarquía. Este modo de ver las cosas, permite comprender por qué no se produce eficacia en cuestión, en aquellos casos excepcionales en que se encuentra inhibida por una norma prohibitiva o imperativa, o cuando se trata de transacciones en las cuales el tercero que se fía de la apariencia no ha tenido que verificar sacrificio patrimonial alguno (negocios a título gratuito), lógica demanda que no se viole el deber impuesto en una norma o se sacrifique un interés, sin razón relevante alguna. En los casos en que el bien está sujeto a un régimen de "afectación legal", no puede producirse el saneamiento, aun cuando concurran el elemento objetivo y subjetivo del supuesto de hecho de la apariencia de la situación jurídica. Tal es el caso, por ejemplo, de la hipótesis contemplada en el artículo 1402 del Código Civil. Este texto dispone que: "Los bienes donados responden de las obligaciones del donador, existentes al tiempo de la donación, en cuanto no basten a cumplirlas los bienes que se reserve o adquiera después el donador". Según lo apunta la doctrina,[172] el bien del que se dispone a título gratuito en los términos de la norma transcrita, está afectado legalmente a un fin determinado: responder de las obligaciones del trasmitente, objetivo que se vería frustrado de manera absoluta, si pudiera operar a su respecto, el efecto que ordinariamente liga el ordenamiento a los casos de apariencia. La norma imperativa que crea la afectación, revela en el caso concreto, una jerarquía axiológica dispuesta por el legislador, prevalente a la que se revela en la eficacia saneante (ver en este sentido, además, artículo 1143). Es interesante señalar en este punto, que en nuestro ordenamiento se encuentra también una regla que permite que opere el efecto saneante, aun en tratándose de un negocio a título gratuito. Se trata del artículo 1356 ibídem, según el cual: "El heredero del depositario que, ignorando el depósito vendiere o dispusiere de la cosa depositada, debe devolver el precio que haya recibido en caso de venta, o el que tenía al tiempo en que dispuso de ella, **en caso de donación** o de haberla consumido". La redacción del texto, indica que el propietario de la cosa debe conformarse con su precio, cuando el propietario aparente se haya

172. Así, BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Los contratos traslativos del Derecho Privado. (Principios jurisprudenciales)*, San José, Editorial Juricentro, 1984, p. 76.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

desprendido de ella a título gratuito. El artículo, es de interpretación restrictiva, pues del análisis de las normas específicas se extrae que el Derecho se inclina, como se ha dicho en forma reiterada, a imponerle la pérdida al verdadero propietario sólo cuando el que pretende beneficiarse de la apariencia ha hecho un desembolso económico. Por último, el análisis del asunto, desde la perspectiva de la antijuridicidad, permite concluir que el efecto saneante no requiere de norma expresa que lo autorice, cuando viene justificado por consideraciones axiológicas. Ahora bien, no puede cerrarse el discurso sin hacer una última observación. A través de los valores que defienden los individuos y los grupos sociales, se revela la ideología de que aquellos son portadores. Y en los institutos jurídicos, se plasman siempre, de manera necesaria, los axiomas ideológicos propios de sujetos circunscritos en un tiempo y un espacio determinados. La teoría que se ha expuesto refleja el sistema de valores que imperan en el Derecho costarricense.

CONCLUSIONES

81. De lo dicho anteriormente, creo conveniente resaltar, a manera de conclusiones, las siguientes afirmaciones:

a) La apariencia de la situación jurídica es, en todo caso, relevante para el Derecho.
b) A todo supuesto de hecho de apariencia de la situación jurídica, le corresponde un "efecto saneante".
c) La eficacia saneante solo puede ser impedida, modificada o eliminada, por norma expresa (en la que se considere que un supuesto de hecho no es apto para generar apariencia, o en la que se desvirtúe, para un caso, la posibilidad de sanear el negocio).
d) Se trata, en el caso del efecto saneante, de una "genérica dirección de la eficacia", que se revela en la valoración homogénea y unitaria de estructuras claramente diferenciadas.
e) El Derecho sanciona, en tesis de principio y de manera general, en función de la apariencia.

82. Gráficamente, puede sintetizarse lo dicho en los tres estudios que hemos dedicado al tema de la apariencia ( ), de la siguiente manera:

SH.A + EL = ES

Donde:

SH.A = Situación de hecho generadora de apariencia.
EL = Error legítimo de quien es llamado a engaño por la SH.A.
ES = Efecto saneante.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

REGISTRO, REQUISA Y SECUESTRO

LICDA. KATIA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

ÍNDICE

Pág.

Introducción. 172

I. Medidas de coerción real. 172

II. Registro. 174
A) Concepto 174
B) Estructura y procedencia. 174
C) Finalidad 175
D) Objeto. 176

III. Requisa. 178
A) Concepto 178
B) Estructura y procedencia. 178
C) Finalidad 179
D) Objeto. 179

IV. Secuestro. 179
A) Concepto 180
B) Estructura y procedencia. 180
C) Finalidad 180

Conclusión. 183

Bibliografía. 184

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

La investigación que presentamos a continuación, tiene por objeto la exposición de algunos puntos fundamentales respecto a ciertas medidas cautelares de carácter real. Estas medidas, ahora analizadas son el registro, la requisa y el secuestro, dentro del procedimiento penal.

El trabajo se estructuró de la siguiente manera, se inicia con una pequeña introducción al tema de las medidas cautelares o de coerción, que son todas aquellas medidas de carácter provisional llevadas a cabo en materia procesal penal, para el aseguramiento de los elementos probatorios necesarios a fin de averiguar la verdad real de ciertos hechos se sospecha constituyen delito.

Posteriormente, se entra a la exposición de lo relativo al registro, luego la requisa y finalmente el secuestro. Se sigue este orden puesto que los dos primeros medios de prueba tienden a la búsqueda de cosas relacionadas con el hecho investigado, y el secuestro consiste más bien en la aprehensión de dichas cosas o efectos, por lo que su aparición en el proceso por lo general ocurre después de realizado el registro o la requisa.

Sobre cada uno de dichos medios de prueba se da un concepto, se habla también de su estructura y procedencia, de su objeto y de su finalidad.

Con respecto al secuestro, se tocan aspectos como la interceptación de correspondencia y la intervención de comunicaciones telefónicas, temas que últimamente han sido objeto de gran cuestionamiento, e incluso no ha faltado un recurso de inconstitucionalidad.

Para la elaboración de esta investigación, se consultaron algunos autores de reconocida fama en el campo procesal penal, las Actas de la Asamblea Constituyente de 1948. No se cuenta con ninguna jurisprudencia nacional, que venga a aportar una interpretación necesaria sobre ciertos conceptos, razón por la cual no se encontrará en la investigación referencias importantes de ese tipo.

I. MEDIDAS DE COERCIÓN REAL

Doctrinariamente, se habla de medidas de coerción en general para referirse a todas aquellas medidas preventivas tendientes al aseguramiento del juicio y la efectividad de la sentencia que se dicte.

También se les llama medidas cautelares penales, que pueden ser de dos clases: personales y reales. Las primeras, hacen referencia a la potestad de coerción que pueden ejercerse en relación con personas físicas, considerados como órganos de prueba: acusado, parte lesionada, testigos, peritos e intérpretes. Las segundas recaen directamente sobre objetos materiales y no sobre las personas, aun cuando para llegar a ellos sea necesario afectar en alguna medida la libertad individual o ejercer presión psíquica.

Dentro de las medidas de esta naturaleza real, encontramos el registro, la requisa y el secuestro, que será el tema sobre el cual versará esta exposición.

La afectación de las cosas o bienes mediante actividad coercitiva, tiene como finalidad genérica el evitar un futuro daño jurídico, que podría sobrevenir si desapareciera una prueba, por ocultamiento o destrucción de elementos de esa naturaleza, lo que obstaculizaría el descubrimiento de la verdad material.

En algunos casos las personas —imputado o no— pueden sufrir una afectación de sus derechos, sea por la desposesión o paralización de bienes o efectos de su pertenencia, y en algunas situaciones por la limitación de otros derechos que pueden ser el de la libertad misma. Pero el propósito perseguido en definitiva, no es la afectación personal sino la obtención o aseguramiento del material probatorio.

Todas estas medidas son de carácter provisional, pues representan en realidad más un medio que un fin en sí mismas, en relación con la sentencia definitiva, que será la que en última instancia resuelva en forma categórica, sobre las cosas encontradas durante la fase de investigación y su relación o no con los hechos objeto del juicio. Ellas tienden a que el tribunal tenga a su disposición el objeto afectado, en atención al principio de verdad real y de inmediación. En este sentido ha dicho FLORIAN: "De ahí se desprende el principio de obtención coactiva del material de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

prueba, principio que no puede ser desconocido por la actividad probatoria, pues es necesario que los órganos de prueba intervengan en el proceso y que los objetos materiales de prueba sean introducidos e incorporados en él. Si esa intervención, si esa entrega no puede conseguirse a las buenas, por simple invitación o solicitud, se tendrá que recurrir a medios coactivos, que la potestad del Estado hace legítimos".[1]

Siguiendo el concepto de CAFFERATA NORES, podemos afirmar que el registro, la requisa y el secuestro son medios de prueba, en el tanto son procedimientos legales que tienden a aportar un elemento de prueba al proceso.[2] Aunque para otros los medios de prueba serían más bien las cosas recabadas por esos procedimientos, así por ejemplo para BENNECK y BELING: "los medios de prueba son aquellas cosas o personas por medio de las cuales el juez obtiene en el proceso el conocimiento de los hechos de importancia jurídica"[3]; lo que parece más bien coincidir con lo que CAFFERATA denomina "elemento de prueba". Nuestro Código Procesal Penal también ubica a esas medidas coercitivas reales, dentro de los medios de prueba (Título III, capítulos II y III); aunque para FLORIAN no es correcto darles la categoría de medios de prueba[4]; no obstante el mismo código incurre en una incongruencia al hablar en el artículo 216 referente al secuestro, que dentro de las cosas que pueden secuestrarse están las "que puedan servir como medios de prueba", siguiendo en este punto —aparentemente— la definición de BENNECK y BELING y apartándose de la de CAFFERATA. A nuestro juicio para ser congruentes con la estructura que mantiene el código, al ubicar a estas medidas como medios de prueba, en el artículo 216 debió decirse "elementos de prueba" y no "medios de prueba".

Por otra parte, las medidas de coerción que aquí examinaremos, podemos clasificarlas en dos grupos, atendiendo a su diversa finalidad. Por un lado, la potestad de coerción puede verse encaminada a la *búsqueda* de cosas, como sería el caso del registro y de la requisa. Y por otro lado, podría tender más bien a la *aprehensión* de los objetos y a su traspaso al proceso, que sería el caso del secuestro[5]. Sin embargo, como bien advierte CLARIA OLMEDO, "varias de estas medidas no responden solamente a la obtención e individualización de objetos materiales. Se advierte a veces mayor amplitud cuando también con ellas se pretende detener al sospechoso de criminalidad, evitar que se alejen del lugar determinadas personas o impedir la continuación de la actividad delictiva."[6]

En cuanto a la búsqueda mencionada (sea el registro y la requisa) algunos autores suelen utilizar el término de "perquisición". Perquirir, nos dice CARNELUTTI, en sentido estricto significa *buscar una cosa.*[7]

MANZINI, entre otros, utiliza esa locución para denotar las medidas coercitivas reales, tanto referentes al registro de un lugar como a la requisa de una persona, por eso las clasifica en dos categorías: domiciliaria y personal. Así, nos dice que: "Las perquisiciones son indagaciones materiales, coercitivamente ejecutables, consentidas como excepción a las normas generales de la libertad individual (personal o domiciliaria), dirigidas al objeto de asegurar para el proceso cosas que puedan servir a la prueba, o de arrestar al imputado o a otras personas indiciadas de delito o evadida (. . .) En todo caso las perquisiciones, aun importando limitaciones a la libertad (individual) de domicilio y a veces también de la libertad personal, vienen preferentemente en consideración bajo el aspecto de la coerción real."[8]

---

1. FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*, Bogotá: Temis, T2da. Edición, Tomo I, 1976, pág. 302.
2. CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: DEPALMA 1986, pág. 21.
3. Citado por FLORIAN, *op. cit.* pág. 170.
4. Ibíd. pág. 310, nota 37.
5. Véase FLORIAN pág. 309.
6. CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: EDIAR, tomo V, 1966, pág. 402.
7. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires: EJEA, Vol. II, 1950, pág. 203.
8. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: EJEA, 3era. Ed., Tomo III, 1952, pág. 698. También LEONE y CARNELUTTI, *op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En el presente trabajo, preferimos referirnos a esas medidas de perquisición, utilizando los términos que emplea nuestro Código Procesal Penal, sea registro y requisa. No obstante, era conveniente advertir las diferentes denominaciones que se le otorgan en doctrina, hecho lo cual pasaremos sin más preámbulo a examinar dichos medios de prueba, a tenor de nuestra legislación.

II. REGISTRO

Ésta es una de las formas de perquisición conocida generalmente en doctrina como "domiciliaria", entendido el término en su sentido más amplio como veremos a continuación.

A. Concepto:

Se dice que en sentido procesal penal, "la voz *registro* no está captada con su sentido gramatical de inscripción; significa búsqueda con el alcance de minuciosidad, escudriñamiento en los ambientes y rincones del lugar elegido para el hallazgo de lo que se quiere encontrar."[9]

Por lo general, las legislaciones suelen referirlo a un lugar cerrado y al domicilio, por eso se habla de "registro domiciliario". Así ocurre en la legislación española, según comenta el autor Miguel FENECH,[10] y en la legislación italiana, según expresa Giovanni LEONE.[11] En nuestro caso, el artículo 209 del CPP, nos da una acepción más genérica, si bien luego en los artículos 210 y 211 deja ver que el registro por lo general tiene lugar en sitios cerrados, sean éstos destinados a habitación particular, oficinas administrativas, establecimientos de reunión o recreo, locales de asociaciones o cualquier lugar cerrado.

Por eso nos parece bastante acertada la definición que al respecto señala el autor argentino Ricardo NÚÑEZ, al comentar el artículo 226 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que es muy similar al 209 nacional, al decir que: "El registro es una medida de instrucción consistente en el examen personal por el Juez o, por su orden escrita, por funcionarios de la Policía, de lugares, domiciliarios o no, para buscar cosas pertenecientes a un delito o detener un imputado, evadido o sospechado de criminalidad."[12]

B. Estructura y procedencia:

El artículo 209 indicado exige que la resolución en la que se ordene esta medida, esté debidamente fundamentada. Esto es consecuencia de su naturaleza coercitiva, y la limitación de garantías constitucionales que conlleva. Por esa misma razón, el numeral apuntado expresamente requiere que se decrete solamente cuando existan "motivos suficientes para presumir" que las cosas o el sujeto a detener se encuentran en determinado lugar.

"En la existencia de esos motivos o indicios suficientes se encuentra el límite a la arbitrariedad del juez y la defensa a la garantía de la inviolabilidad del domicilio. No basta cualquier indicio o motivo para ordenar la medida, con lo cual se excluye en primer término una orden de carácter genérico, se impone la determinación del lugar a registrar y se requiere la adquisición de elementos que traduzcan la necesidad o por lo menos una justificada utilidad en la ejecución de la medida."[13]

El juez podrá ordenar esa medida de oficio o a petición del Ministerio Público, o de las partes si demuestran algún interés, v. gr. el actor civil en cuanto a un posible hallazgo del objeto cuya restitución reclama; y el imputado, en cuanto a la búsqueda de elementos de convicción que sirvan para su descargo.

Si el asunto es de citación directa, el agente fiscal deberá solicitar al juez de instrucción su intervención para que se practique el respectivo allanamiento o gire su orden, pues como se deduce de sus propias características se trata de un acto definitivo e irreproductible,[14] que de acuerdo con el art. 192 CPP puede realizarse sin notificar al defensor ni al agente fiscal, sobre todo en-

---

9. CLARIA OLMEDO, *op. cit.* pág. 403.

10. FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, Barcelona: Editorial Labor S.A., Vol II, 2da. Ed. 1952, pág. 148.

11. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: EJEA, Tomo II, 1963, pág. 225.

12. NÚÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, pág. 198.

13. CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 405.

14. Criterio compartido por el autor CLARIA OLMEDO, *op. cit.* pág. 406.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tratándose de registro domiciliario, con miras a que el imputado no sea advertido con tanta antelación que pueda dar lugar a que huya del lugar o esconda las cosas buscadas.

c. Finalidad:

El registro tiene como finalidad la búsqueda de cosas o de personas. En cuanto a lo primero, no se trata de cualquier cosa, sino solamente de aquéllas "relacionadas con el hecho punible"; y con esto quiere decirse las cosas afectadas materialmente por el delito, ejemplo, la cosa dañada; también los instrumentos y efectos del delito y las demás cosas utilizadas para la preparación del delito o para asegurar o aprovechar sus resultados.[15]

Algunas legislaciones y también doctrinarios, hablan en estos casos del "cuerpo del delito", expresión nada pacífica en doctrina, pero dejando de lado el problema de su tan cuestionada definición, nos parece acertada la distinción que hace Clemente DÍAZ, en cuanto a que se refiere a los *elementos materiales del delito,* con lo que se excluye el autor del delito. Lo importante es entonces saber cuáles son esos elementos. Como bien afirma DÍAZ, éstos son muy complejos y variados, dependerán de cada situación fáctica concreta; v. gr., el cuerpo de la víctima, el arma que causó una herida, etc., sin que cada una aislada o exclusivamente pueda considerarse como cuerpo del delito. Concretamente, DÍAZ da una definición sin pretensiones de ser perfecta, pero que arroja un poco de luz sobre el asunto: "Cuerpo del delito es el conjunto de elementos materiales cuya existencia induce en el juez la certidumbre de la comisión de un hecho delictuoso."[16]

Lo importante es que el cuerpo del delito se deduce del conjunto de elementos materiales existentes; porque de un solo elemento aislado, no puede deducirse que se esté en presencia de un hecho delictuoso; ejemplo: el hallazgo de una persona muerta, en cambio el hallazgo del cadáver de una persona con una herida total, permite deducir que esa herida fue la causa de su muerte.

Los elementos materiales que conforman el "corpus delicti", pueden ser de diferente índole, según ALCALÁ-ZAMORA, comprenden: las cosas que constituyen los medios materiales del delito; las cosas que constituyen la finalidad del delito; las cosas sobre las que se ha cumplido el delito.[17]

Para otros la figura se compone de tres clases de elementos: el corpus criminis; el corpus instrumentorum y el corpus probatorium.

El "corpus criminis", estaría compuesto por la persona o cosa sobre la que se cumplieron o ejecutaron los actos que son reputados como delito; o la persona o cosa que ha sido objeto del delito; ejemplo, en los delitos contra las personas: el cuerpo de la víctima en que se presenta la herida contra cuya vida se ha atentado; en los delitos contra la propiedad la cosa mueble que constituyó el objetivo o finalidad.

El "corpus instrumentorum", se refiere a los instrumentos o medios empleados por el delincuente para facilitar su actividad.

El "corpus probatorium", formado por las llamadas "piezas de convicción" definidas como todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso.

"Estos tres elementos en su conjunto formarán el ideal de la figura jurídica 'cuerpo del delito': si existe el cadáver de una persona, el arma que le causó la muerte, las huellas de otra persona que le esperó al amparo de las sombras, o la ausencia de dinero o los bolsillos con signos de revisación, etc., el juez no podrá dudar en la tipificación del hecho delictuoso e incluso le servirá para orientarse en la investigación para sindicar a una persona como autora del delito. Y aunque en el gran número de casos reales se den estos tres elementos, precisa determinar que no es necesaria la concurrencia de todos ellos; más aún, en muchos casos, según el *modus operandi* de determinados géneros de delincuentes, algunos de los elementos señalados nunca pueden existir, v. gr. en el caso del ratero 'descuidista', o en el caso del ladrón 'biabista', es inútil hablar del *corpus instrumentorum,* porque su único instrumento, su única arma es la mano. Pero, si no es necesaria la concurrencia de la coexistencia de todos los elementos señalados, basta con que exista en los casos excepcionales, uno de dichos elementos, en tanto los restantes se acrediten por cualquier género de pruebas."[18]

La otra finalidad de este medio de prueba, es

15. Véase NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 198.

16. DÍAZ, Clemente. *El cuerpo del delito*, Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 1965, pág. 35.

17. Citado por DÍAZ, *op. cit.*, pág. 39.

18. DÍAZ, *op. cit.*, págs. 49-50.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la detención del imputado o de una persona evadida o sospechosa, independientemente de que se encuentre condenada o que no haya sido aún concretamente imputada en un proceso.

D. Objeto:

El registro como medida coercitiva de carácter real, recae por lo general sobre lugares cerrados. Con esto no queremos decir que no pueda ocurrir un registro en lugares públicos y abiertos como plazas, parques, caminos, etc., solo que en estos casos no se exigen las formalidades específicas, puesto que tales registros no conllevan ninguna disminución de derechos constitucionales de los particulares. Tampoco estipula nada al respecto la legislación nacional, cuando el registro deba ocurrir en lugares privados no cerrados, como lotes, etc.; en estos casos según NÚÑEZ, cuando el juez proceda personalmente, bastará "la exhibición del decreto que lo ordene, a la persona que como propietaria tenedora o a otro título se encuentre en el lugar, antes de penetrar a él. Si el acto hubiere sido delegado a la Policía, ésta en esa oportunidad deberá exhibir la orden de allanamiento."[19]

Los lugares cerrados a que se refiere nuestro código procesal, los podemos clasificar en dos tipos:

1) MORADAS: cuando se trata de lugares habitados o sus dependencias cerradas, la ley exige ciertos requisitos para darle validez al acto a fin de no transgredir garantías constitucionales, como la establecida en el artículo 23 de la Constitución al que expresamente consagra la inviolabilidad del domicilio y de todo recinto privado, los cuales solo pueden ser allanados por orden del juez, y bajo determinadas circunstancias que fundamenten tal afectación, como son: impedir la comisión o impunidad de delitos, evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo establecido por la ley.

Debemos entender que al referirse el art. 210 a "lugar habitado", se está excluyendo cualquier otro lugar cerrado que no se destine a habitación particular. Ergo, no se comprende como morada, la casa de negocios particulares sí, al mismo tiempo, no sirve de vivienda, permanente u ocasional.[20] De acuerdo con NÚÑEZ, la dependencia cerrada del lugar habitado a que también hace referencia el art. 210, "es todo espacio cerrado con tapia, valla o cerco que, sin integrar a aquel lugar en sí mismo, se encuentra integrando el correspondiente ámbito de intimidad del habitante. Tales como son los patios, jardines o terrazas cerradas.[21]

Como el juez puede proceder personalmente con ayuda de la policía administrativa, en estos casos la ley no exige que se emita ninguna orden escrita. Pero como también la ley lo faculta para delegar tal diligencia en la policía judicial, en este caso se exige que se extienda por escrito la orden, donde se indique el lugar, día y hora en que la medida debe efectuarse, así como el nombre del comisionado, quien deberá exhibir tal orden antes de proceder al allanamiento.

El allanamiento, debe revestir una serie de formalidades exigidas por el art. 213 CPP, concretamente que la orden sea notificada al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse, y en su ausencia, al encargado o cualquier otra persona mayor de edad, que se encuentre en el lugar; y si no se encuentra nadie, se hará constar en el acta que debe levantarse una vez practicado el registro para consignar el resultado.

Cuando el allanamiento es en una morada, la ley no permite que éste se realice antes de las 6 horas ni después de las 18 horas, salvo que una circunstancia excepcional lo exija como gravedad, urgencia o peligro para el orden público, y cuando el mismo morador o representante lo consienta. Con ello se busca proteger el descanso y tranquilidad de sus habitantes, ya que la medida producirá posiblemente, fuerte perturbación en la vida familiar.[22]

Algunos autores como FENECH y PRIETO-CASTRO,[23] dicen que si después de empezada la diligencia se hace de noche, la misma no puede continuar si se opusiere el encargado de la morada. En nuestro derecho, no pareciera que se pueda dar una restricción de ese tipo, puesto que el artículo 210 lo que exige es que la diligencia no se inicie ni antes de las 6 a.m. ni después de las

---

19. NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 199.

20. Ibíd.

21. Ibíd.

22. CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 420.

23. FENECH, *op. cit.*, pág. 151 y PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, Madrid: TECNOS, 2da. Ed., 1978, pág. 220.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6 p.m., pero una vez iniciada no se ve motivo para que no pueda continuarse hasta su final.

2) OTROS LOCALES: aparte de lo que vimos como moradas, existen otros sitios donde se puede realizar el registro, también considerados cerrados: nuestro código menciona expresamente las oficinas administrativas, establecimientos de reunión o de recreo, el local de las asociaciones, y en general cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular.

Con respecto a estos lugares el allanamiento debe revestir las mismas formalidades antes vistas, salvo en lo que respecta a la hora, la cual no tiene ningún límite y en cuanto a la notificación o aviso a la persona a cargo del local, ya que el mismo art. 211, expresamente permite omitir dicho aviso cuando éste pudiere resultar perjudicial a la investigación.

Aunque nuestro código no lo diga, teniendo en cuenta las normas del Derecho Internacional, quedan excluidos de registro los inmuebles que pertenezcan a agentes diplomáticos o funcionarios que gocen de inmunidad.

Por último, en cuanto al allanamiento, vimos anteriormente que cuando el registro sea efectuado por la policía judicial, esta debe contar con la respectiva orden judicial por escrito, no obstante existen cuatro situaciones má s o menos taxativas dispuestas en la ley, que permiten el allanamiento prescindiendo de tal orden, se trate de morada o de otros locales. Algunas de estas situaciones no tienen ninguna relación con el registro que estamos viendo. Decimos que son más o menos taxativas, porque algunas de ellas permiten la analogía y en alguna medida la apreciación discrecional de la policía. Estas situaciones están previstas en el art. 212, y se refieren a:

1) Cuando por incendio, inundación u otra causa semejante, sea de tipo desastroza o calamitosa, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad; esto último debe referirse a bienes, pero que representen suficiente importancia. Esta primera causa o situación, como vemos es más bien de tipo preventivo y en nada toca con el aspecto del registro, pues no se trata de la búsqueda de cosas relacionadas con un delito.

2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.

Al hablar de denuncia, la doctrina entiende, que puede tratarse de un aviso serio a la policía, y no necesariamente de una denuncia formalmente hecha. Y por supuesto también cuando exista un conocimiento directo del funcionario.[24]

3) Cuando un imputado de delito grave o a quien se persiga para su aprehensión, se introduzca en un local.

La gravedad del delito se debe deducir no solo del momento de la pena, sino también de sus modalidades y circunstancias. Debe entenderse que se trata no solo de los casos de flagrancia, sino también de toda medida urgente de captura con o sin orden. Aclara CLARIA OLMEDO, que según esta norma, la "Policía puede allanar y registrar sin orden, para buscar y privar de la libertad a quien es perseguido como imputado de un delito, ha fugado estando legalmente detenido, o se ha librado en su contra orden de captura por la autoridad competente. La ley se refiere a imputado de delito grave, lo que significa poner un límite importante al allanamiento sin orden; pero la gravedad del hecho queda en parte librada al criterio del funcionamiento actuante."[25]

4) Si voces provenientes de una casa anunciaren que allí se está cometiendo un delito o de ella pidieren socorro. En este último caso pudiera que tratare de un caso relacionado con la aprehensión de alguien, o de otra situación ajena al registro.

En síntesis, la búsqueda de elementos probatorios o del imputado, evadido o sospechoso, en que consiste el registro, es una medida de coerción real, en el tanto recae sobre cosas, puesto que esa búsqueda implica un minucioso escudriñamiento dentro de ciertos lugares compuestos por indeterminado número de objetos, aposentos, etc. aunque como puede verse la finalidad no siempre consiste en encontrar una cosa, sino también personas.

Ahora bien, en cuanto esa búsqueda se refiere a las cosas, notamos que existe una estrecha relación con el secuestro, otra de las medidas o medio de prueba que más adelante estudiaremos, pues una vez encontradas éstas pasan a manos de las autoridades jurisdiccionales con el fin de ser aportadas como elementos probatorios.

---

24. CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 425.

25. CLARIA, *op. cit.*, págs. 425-426.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. REQUISA

Ésta es la otra de las manifestaciones que puede tener la potestad de perquisición como antes expusimos: la personal. Por ello en mucho puede coincidir con el registro, pero veremos que tiene aspectos fundamentales que la distingue.

A. Concepto:

MANZINI la define como "la busca material hecha en el cuerpo o en el ámbito de custodia o adherente al cuerpo de una determinada persona . . . para apoderarse de cosas que se sospecha estén ocultas en ella."[26]

Nuestro código no da una definición precisa sobre el concepto de requisa personal. Se limita a establecer en el art. 214 que "El juez ordenará la requisa de una persona mediante resolución fundada, siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito", por lo cual debemos entender que se trata al igual que en el registro de una búsqueda, solo que ya no va a tener por objeto un lugar sino el cuerpo de una persona.

La requisa o perquisición personal no debe confundirse con la inspección corporal (art. 204 CPP), pues esta última se dirige "a la inmediata utilización de un medio de prueba", mientras que el fin de la primera no es inmediatamente la prueba, sino la búsqueda de lo que puede servir de prueba, según MANZINI.[27] Empero más bien pareciera, que la diferencia más importante estriba, en que en la inspección corporal se trata más de un examen del estado del cuerpo en sí, de si presenta algún rastro o vestigio que pudiera servir de identificación o de participación en determinado hecho, y no está referida a la búsqueda propiamente de cosas materiales o efectos que se encuentren escondidos en él, como ocurre en la requisa.

También debe hacerse la diferencia con respecto a las perquisiciones establecidas por reglamentos, por ejemplo, las llevadas a cabo por agentes de custodia de internos detenidos, o de individuos que ingresen en determinados edificios. Esto es que, no debe confundirse esta requisa con finalidad procesal, de la ejecutada con fines de seguridad o vigilancia, sea, no para la busca de cosas relacionadas con un delito ya cometido y conocido o del que se sospecha por lo menos.

B. Estructura y procedencia:

Como la ley lo indica, esta medida que restringe la libertad personal debe tener como presupuesto un motivo fundado de sospecha, de que se oculta en el cuerpo cosas pertenecientes al delito.

"Lo *fundado* del motivo implica, naturalmente, una apreciación discrecional de quien es competente para ejecutar la perquisición; pero como es posible el abuso o el exceso de poder también respecto de lo que es discrecional, si el motivo de la perquisición resulta manifiestamente infundado con referencia al momento en que se decidió la perquisición (y no sólo con referencia al éxito negativo de ella), quien la llevó a cabo abusivamente, responde de ella en vía penal o por lo menos disciplinaria."[28]

Se dice que esta medida tiene carácter real absoluto, a diferencia del registro domiciliario, pues no puede extenderse a cualquier objeto, sino solo al relacionado con un hecho delictuoso.[29]

La requisa personal puede constar de tres fases: resolución, invitación a exhibir el objeto y ejecución.

1) La resolución es la orden en la cual el juez fundamentará la búsqueda en el cuerpo de la persona, del objeto u objetos.

2) Previamente a proceder con tal orden, los códigos —y el nuestro no es la excepción— facultan al juez a que invite al sujeto pasivo a exhibir el objeto de que se trate (art. 214 in fine CPP). Por supuesto, esto tiene lugar cuando lo buscado es un objeto o efecto determinado, pero en todo caso queda a juicio del juez el hacer o no dicha petición.

3) Por último, se procede a actuar materialmente sobre el cuerpo de la persona o lo que esté en su ámbito de custodia, en procura del hallazgo,

---

26. MANZINI, *op. cit.*, pág. 701.

27. MANZINI, *op. cit.*, pág. 703.

28. MANZINI, *op. cit.*, pág. 702.

29. CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 408.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para proceder inmediatamente al secuestro de las cosas así encontradas, en caso de que ellas se relacionen con el hecho que se investiga, caso contrario se devolverán inmediatamente.

En cuanto a quién puede ser sujeto activo de este medio de prueba, nuestro código habla del juez, es decir, la autoridad jurisdiccional, quien es la que está facultada para ordenar y ejecutar tal medida. Y a diferencia del registro, no se establece, que el juez pueda delegar la requisa en la policía judicial, y también la doctrina considera que no cabe la delegación.[30] No obstante, el artículo 164 inciso 4 autoriza a los oficiales de la policía judicial, para llevar a cabo la requisa cuando se trate de casos urgentes, de lo cual deberá levantar un acta, pero en estos casos no se trata de una delegación. Asimismo, para CLARIA OLMEDO y para MANZINI, no hay ningún inconveniente en que si la sumaria está a cargo del agente fiscal, éste la practique.[31] Lo cual podría parecer acertado, si tomamos en cuenta que nuestro código en el art. 191 no enumera la requisa como posible acto definitivo e irreproductible. Sin embargo, consideramos que la enumeración que ese artículo contiene no es taxativo, y que si la requisa en determinado caso puede resultar definitiva, porque no va a ser necesario, para que sirva en el juicio de prueba, repetirla o mejorarla, o irreproductible porque no va a poder repetirse en idénticas condiciones, o exista duda al respecto, el agente fiscal y el policía judicial debe solicitarle al juez de instrucción que practique el acto, a fin de evitar futuras nulidades.

El sujeto pasivo de la requisa lo será cualquier persona imputado o no, salvo las que gocen de inmunidad penal. Si se tratase de una mujer, la ley en aras de no lesionar el cuerpo de la persona, ordena que la requisa sea efectuada por otra mujer, siempre que ello no importe una demora perjudicial a la investigación.

C. Finalidad:

Aquí la finalidad es exclusivamente encontrar cosas u objetos que se presume o se sabe tienen relación con el hecho delictuoso. Con respecto a la naturaleza de estas cosas, nos remitimos a lo visto anteriormente a propósito del registro; y también la diferencia antes señalada con la inspección corporal.

D. Objeto:

Si bien es cierto las legislaciones procesales por lo general, estipulan que el "cuerpo" de la persona será el que es objeto de la requisa. Es importante aclarar como bien lo apunta FLORIAN, que esta medida "tiene en cuenta, no el cuerpo de la persona como tal, no el cuerpo como objeto de inspección por sí mismo, sino la persona (cuerpo y vestido), en cuanto se le considera como escondite probable de objetos atinentes a la prueba."[32]

Por otra parte, la doctrina es unánime en aceptar que la requisa personal comprende además del cuerpo y vestidos de la persona, sus valijas, objetos que porte y el medio de transporte de que se esté sirviendo,[33] es decir, todo lo que en ese momento esté bajo su custodia.

En definitiva, debe tenerse presente que la finalidad de la requisa son las cosas relacionadas con el delito, al igual que en el registro, y en este sentido aun cuando la búsqueda se realice sobre un cuerpo humano, la medida sigue conservando su carácter real en el tanto también el cuerpo, vestido, paquetes, maletas, vehículo, etc. de la persona, puedan considerarse como sitios aptos para ocultar los objetos buscados.

IV. SECUESTRO

La potestad de coerción puede también estar referida a la *obtención* de cosas, como ocurre con el secuestro.

Como podrá notarse esta medida coercitiva tiene estrecha relación con las anteriores referidas a la *búsqueda* de objetos, pues generalmente esa

30. Así lo sostienen autores como CLARIA OLMEDO, Ibíd.

31. CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 409 y MANZINI, *op. cit.*, pág. 703.

32. FLORIAN, *op. cit.*, pág. 309.

33. MANZINI, *op. cit.*, pág. 702.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

búsqueda culmina con el secuestro de lo encontrado. Es decir, en palabras de FLORIAN: "El secuestro puede estar precedido de requisa personal o de domicilio, requisa que debe considerarse en este caso, según quedó dicho, como acto preliminar de exploración y búsqueda."[34]

A. Concepto:

Para FLORIAN "se trata esencialmente de la coerción material que pueden ejercer determinados órganos, frente a quien detente las cosas de que se trata, para apoderarse de ellas e incorporarlas al proceso."[35]

MANZINI lo define como, "el acto de coerción real, consistente en un límite puesto por la voluntad del Estado al derecho de propiedad, límite en virtud del cual se inhibe temporalmente, a los fines de la prueba, la disponibilidad de una cosa mueble o inmueble ajena, sometiéndola a custodia oficial."[36]

Por su parte Giovanni LEONE, nos dice que esta medida tiende a asegurar las cosas correspondientes al delito, determinando su indisponibilidad, cosas que comprenden más que el "corpus delicti", sea no solo lo que sirvió para cometer el delito o que representen sus consecuencias, sino todas las que en alguna forma coadyuven a la comprobación del delito, de una circunstancia, o hasta de la personalidad del imputado.[37]

B. Estructura y procedencia:

La medida debe ser precedida por una orden del juez debidamente fundamentada, en la cual se dispondrá la aprehensión de las cosas que tengan relación con el hecho investigado y pueda servir como elemento de prueba.

Al igual que en las anteriores, pueden ser sujetos activos de este medio de prueba, tanto el órgano jurisdiccional, el Ministerio Público y la policía judicial. Esta última puede actuar bien por delegación hecha por aquéllos o por iniciativa propia cuando realice una investigación, pero con algunas limitaciones que veremos más adelante.

Como sujeto pasivo de la medida, puede verse afectada cualquier persona, imputado o tercero, salvo por supuesto quienes gocen de inmunidad.

Está claro que "el juez tiene poder para conservar las cosas relacionadas con el delito que ya están en su poder o en poder de la policía. También lo tiene para recoger las cosas que le fueren entregadas voluntariamente o no estuvieren en tenencia ajena. Pero cuando el tenedor de la cosa (imputado, víctima o tercero) no la entregare voluntariamente, el juez tiene el poder para secuestrarlas, es decir, para disponer su depósito en poder de una persona o institución. El secuestro no priva de la propiedad ni de la posesión de la cosa, es sólo una medida procesal de seguridad probatoria o de garantía, que sólo priva de la tenencia al titular de ésta."[38]

En lugar de proceder directamente al secuestro, el juez puede cuando lo estime oportuno, ordenar la presentación voluntaria de los objetos o documentos que se consideran útiles. Con la limitación de que según el art. 217 CPP, esta orden de presentación no puede dirigirse a las personas que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos, por razón de su parentesco, secreto profesional o de Estado.

Lo anterior muestra que no hay secuestro cuando la obtención se consigue por entrega voluntaria del poseedor; pues el secuestro es más bien un acto de compulsión.

C. Finalidad:

Se trata de aprehender y retener cosas y efectos relacionados con el hecho que se investiga. Veamos pues sobre qué cosas puede recaer el secuestro.

En primer término el art. 216 CPP nos habla de algunos objetos que tienen como finalidad el secuestro. Estos son:

1) "Cosas relacionadas con el delito": con respecto a este punto entra aquí todo lo antes expuesto cuando hablamos del registro, propiamente el "corpus delicti".[39] Y todo lo perteneciente al delito como las cosas o documentos; cosas afectadas materialmente por el delito, v. gr., la cosa dañada; los instrumentos y efectos del de-

---

34. FLORIAN, *op. cit.*, pág. 311.

35. FLORIAN, *op. cit.*, pág. 310.

36. Citado por LEONE, *op. cit.*, pág. 228.

37. Ibíd.

38. NÚÑEZ, *op. cit.*, pág. 204.

39. Véase SUPRA, págs. 5-6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lito; y además las utilizadas para la preparación del delito o para asegurar o aprovechar sus resultados.

2) "Sujetas a confiscación": en este punto encontramos un error legislativo (por no decir una inconstitucionalidad), pues como veremos la redacción es copia fiel del art. 233 del CPP de Córdoba. No se tomó en cuenta que la confiscación en nuestro derecho fue abolida como pena accesoria desde 1949, con la promulgación de la Constitución Política actual, que en su art. 40 expresamente la proscribe. Lo cual también tiene respaldo en el actual Código Penal, que no la contempla como pena accesoria, cosa que sí se presenta en la legislación argentina en el art. 23 CP, que habla del decomiso de los instrumentos y efectos del delito, como pena accesoria.[40]

Por *instrumentos del delito,* debe entenderse según NÚÑEZ: "los objetos intencionalmente utilizados para consumar o intentar el delito; sea que tales objetos se hayan servido todos los partícipes o uno o algunos de ellos; sea que se trate de objetos destinados específicamente al delito u ocasionalmente utilizados para la comisión del mismo."[41]

Y por *efectos del delito,* se refiere a "los objetos que son su resultado, sea porque el delito los ha producido, como, por ejemplo; la moneda falsa; sea porque el delincuente los ha logrado mediante el delito, v. gr., la cosa hurtada. Pero los efectos sometidos a decomiso son sólo los que pertenecen al delincuente."[42]

Aclara NÚÑEZ que no puede caer en el comiso o confiscación, los instrumentos y efectos que pertenezcan a un tercero no responsable penalmente por el delito, pues se trata de una pena para los que resulten condenados como autores o partícipes en el delito, que recae en objetos que les pertenezcan.

Sin embargo, extrañamente la Sala Primera Penal, en resolución de las 15:40 horas del 19 de octubre de 1977 declaró que "el comiso es una de las penas accesorias de todos los delitos". Esto sin fundamento legal válido, pues el CP en su artículo 50 no contempla ese tipo de pena, y nuestra Constitución Política la prohíbe expresamente.

3) "Aquellas que puedan servir como medios de prueba"[43]: esto comprende cualquier objeto o efecto encontrado en el lugar del hecho, que tenga relevancia para acreditar la realidad del hecho acusado o de una circunstancia accesoria, o bien la inocencia del imputado.

Esto es en cuanto a los objetos que señala el art. 216. Pero por otro lado, encontramos que dentro del capítulo referente al secuestro, nuestra legislación incluye la interceptación de correspondencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas, como finalidades del secuestro.

1) Interceptación de correspondencia: bajo el art. 219 se faculta para que siempre que lo considere útil para la averiguación de la verdad, el juez proceda a ordenar la interceptación o el secuestro de la correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto.

La constitucionalidad de esta disposición tampoco está del todo clara por cuanto, a diferencia de otras legislaciones donde se deja expresa reserva legal sobre la cosa en que puede procederse al secuestro; en nuestro caso el art. 24 C Pol. establece lo siguiente: "Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas u orales de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley fijará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente la ley fijará los casos en que los funcionarios competentes podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos, como medida indispensable para fines fiscales.

La correspondencia que fuere sustraída, de cualquier clase que sea, no producirá efecto legal."

---

40. Sí lo hace el art. 110 CP pero como una consecuencia civil del hecho punible.

41. NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino. Parte General,* Buenos Aires: OMEBA, Tomo II, 2da. Ed., 1965, págs. 445-446.

42. Ibíd.

43. Aquí debió decirse "elementos de prueba", pues los medios de prueba son los procedimientos por los cuales se obtienen esos objetos o cosas, recuerde lo dicho *SUPRA,* pág. 2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En primer término notamos que el precepto constitucional hace el distingo entre documentos privados, comunicaciones escritas y comunicaciones orales. Y si nos atenemos a una interpretación literal del artículo, solo autoriza a que por vía de ley se reglamenten los casos en que cabe el secuestro y el registro en lo que respecta a "documentos privados"; pero no con respecto a las comunicaciones escritas, dentro de las cuales entra por supuesto la correspondencia postal y telegráfica, ni a la correspondencia oral, dentro de la que debemos incluir la telefónica. En abono de las tesis, téngase en cuenta la expresa protección que se le dio a la correspondencia, al sancionar con invalidez legal la que fuere sustraída.

Sin embargo, de la lectura de las Actas de la Asamblea Constituyente de 1949, parece deducirse que los diputados, después de mucho discutir, consideraron oportuno establecer el principio general de la inviolabilidad de los documentos y de la correspondencia, y plasmar en el mismo artículo los únicos casos en que se permitiría la violación a esa garantía, de forma tal que a su entender los documentos privados y la correspondencia podía ser secuestrada y examinada por los tribunales en ciertos casos, aunque la redacción del artículo se refiere únicamente a documentos privados. Por eso no sería del todo correcto, extender más allá el sentido que quedó plasmado en la Carta Magna, pues si bien es cierto parte de la correspondencia puede consistir en documentos, también puede estar referida a otro tipo de efectos no necesariamente papeles. Como bien dice CLARIA OLMEDO, "la palabra **correspondencia** que venimos utilizando para determinar el objeto material de esta medida, debe ser considerada en su sentido amplio. Se refiere a toda pieza de comunicación escrita, paquete, bulto, pliego, valor, etc., para cuyo envío de un lugar a otro se utiliza el correo o posta de despacho o transmisión. Los Códigos no dejan ninguna duda en cuanto a esta amplitud. Se refieren a la correspondencia epistolar o telegráfica y a todo otro efecto."[44] Asimismo ocurre con nuestro Código Procesal Penal, en cuanto a la amplitud del concepto; pero no podemos decir lo mismo en lo que respecta a la C Pol.

Ahora bien, tal y como lo define la misma legislación procesal, esos documentos y efectos tienen dos limitaciones subjetivas, además de la objetiva. Las subjetivas son, primero que en la correspondencia o efectos intervenga el imputado, sea como remitente o como destinatario, aun cuando sea bajo el nombre supuesto (art. 219); segundo, quedan excluidas las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo (art. 222). Comenta al respecto NÚÑEZ, que "la razón de la regla es la presunción del secreto profesional puesto al servicio de la libertad de defensa penal o civil. El remitente puede ser la parte defendida o un tercero. El desempeño del cargo, como finalidad del envío o entrega, no sólo comprende la utilización de las cartas y documentos como prueba, sino a los efectos de la ilustración del defensor sobre el caso. Por el contrario, son secuestrables las cartas y documentos 'pertenecientes al delito' o 'relacionados con el delito', porque su envío o entrega al defensor no atiende al desempeño de su cargo, sino a la ocultación del delito o de su prueba."[45]

Y la limitación objetiva es la que deriva de la misma finalidad del secuestro, esto es, de que solo serán retenidas las cartas u otros efectos que tengan un carácter útil para la averiguación de la verdad del hecho investigado.

La interceptación de correspondencia tiene prácticamente dos funciones: Una, ser un medio coercitivo de adquisición de la prueba; y dos, una función negativa integradora o complementaria de la incomunicación del imputado.[46]

Antes de proceder al secuestro de la correspondencia, ocurre la interceptación. Ésta consiste en la aprehensión de las cosas antes de que lleguen al lugar o a las personas a que se destinan; no implica por tanto el secuestro de la correspondencia aprehendida, éste puede llegar a no darse.

La interceptación se puede dividir en tres fases:

1) Primero, se da la detención de las piezas u objetos. En esta primera fase quienes participan son directamente los empleados de las oficinas postales o telegráficas cuando reciban órdenes de

---

44. CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, págs. 427-428.

45. NÚÑEZ, Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Córdoba, *op. cit.*, págs. 210-211.

46. "Al impedir que ésta pueda ser suprimida o debilitada, si se dejara expedito un medio que el imputado o las personas con él relacionadas podrían utilizar para obstaculizar la acción de la justicia en los primeros momentos de la investigación" CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 426.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la autoridad judicial competente; y los oficiales de la policía judicial por orden o por iniciativa propia (art. 165), según se ha interpretado doctrinariamente, pero respetando las normas de la instrucción.[47] Éstos deben remitir inmediatamente la correspondencia o efectos interceptados, a la autoridad judicial, en ningún caso pueden proceder a su apertura, que es la segunda fase.

2) Segundo, la apertura de la correspondencia y el examen de su contenido, es un paso que solo puede efectuar el juez de instrucción.

3) Y tercero, después de ese examen él determinará qué será objeto de secuestro propiamente, o sea de posesionamiento por tener relación con el proceso, y que debe ser entregado a su destinatario (art. 220).

2) Intervención de comunicaciones telefónicas: nuestro código introduce dentro del capítulo referente al secuestro (art. 221), la intervención de comunicaciones telefónicas del imputado para impedirlas o conocerlas.

Expone CLARIA que "se trata de una medida especialísima de coerción real destinada a obtener elementos de convicción resultantes de las ideas o pensamientos transmitidos a distancias por aparatos técnicos, sea con la palabra o con signos o siglas sonoras o luminosas, organizados en forma de empresa del Estado, para los servicios públicos, o controlados por él."[48]

También aquí la medida se presta para dos fines: la adquisición de pruebas, y la de impedir las comunicaciones para complementar la incomunicación o para la vigilancia mediata del imputado, aunque se encuentre en libertad.

Como bien señala CLARIA, "la coerción no deja de ser real ante la circunstancia de que lo captado carezca de toda corporalidad. El objeto inmediato de la medida no es lo transmitido sino el transmisor (es lo mismo que ocurre con el allanamiento de domicilio aunque se lo utilice para capturar al imputado. La acción de allanar cae sobre la casa, local u oficina, así como la intervención recae sobre los teléfonos públicos): es decir el mecanismo técnico utilizado por el imputado o por quienes se comuniquen con él. Esto es suficiente, además, para demostrar que la medida no se adecua bien con el secuestro, ni directa ni indirectamente, pues lo obtenido con la intervención no es pasible de ello."[49]

La resolución en que se dé una orden de esa naturaleza, debe contener los mismos requisitos vistos para el secuestro en general. Y su ejecución consistirá en obtener lo transmitido y asentarlo documentalmente por gravado o escrito para remitirlo al juez que impartió la orden.

La constitucionalidad de tales órdenes ha sido recientemente cuestionada mediante un recurso de inconstitucionalidad; pero la Corte se ha pronunciado en forma negativa, declarando sin lugar tal recurso, sin que hasta el momento se conozcan cuáles fueron las razones de tal decisión.

En nuestro criterio es clara la inconstitucionalidad del artículo 221 CPP pues el art. 24 C Pol. antes analizado, no permite ninguna excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones orales.

Finalmente, nuestro código procesal penal (art. 223) autoriza la devolución de los objetos secuestrados que no estén sometidos a "confiscación",[50] restitución o embargo.

La devolución se puede hacer en forma provisional y en calidad de depósito, imponiéndose al poseedor la obligación de exhibir al tribunal lo depositado, cuando éste así lo requiera. La devolución se hace a favor de las personas de cuyo poder se sacaron las cosas.

CONCLUSIÓN

Nuestro proceso penal contempla dentro de los medios de prueba, el registro, la requisa y el secuestro, éstos son conocidos en doctrina con diferente denominación, y se les suele ubicar dentro de las medidas cautelares reales.

Tanto el registro como la requisa, tienden a la

47. MANZINI, *op. cit.*, pág. 720.

48. CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, pág. 430.

49. Ibíd.

50. Véase SUPRA, págs. 16-17.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

búsqueda de cosas que tengan relación con el hecho que se investiga. El registro también puede tener como finalidad la detención de un imputado, sospechoso o evadido. La diferencia entre ambas, es que recaen sobre objetos de diversa índole, el registro solo es posible efectuarlo en lugares: moradas, sus dependencias y otros locales; la requisa en cambio, es la búsqueda pero efectuada en el cuerpo de un sujeto. Al hablar de cuerpo, se debe entender no solo el aspecto físico, y los vestidos del sujeto, sino que se comprende todo lo que esté en su ámbito de custodia: valijas, paquetes, medio de transporte, etc.

El secuestro por el contrario, no implica búsqueda, ésta ya se ha efectuado o no se requiere, sino es la aprehensión material de cosas o efectos necesarios para servir de elementos de prueba en determinado proceso penal.

Nuestro código al hablar del secuestro, incluye la interceptación de correspondencia y la intervención de comunicaciones telefónicas. Según la investigación que realizamos, consideramos que ambas potestades consagradas en la ley están en abierta contradicción con nuestra constitución política, que consagra la inviolabilidad de las comunicaciones orales y la inviolabilidad de la correspondencia.

BIBLIOGRAFÍA

ACTAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1949, San José: Imprenta Nacional, Tomo III, 1957.

CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal,* Buenos Aires: DEPALMA, 1986.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal,* Buenos Aires: EJEA, Vol. II, 1950.

CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires: EDIAR, Tomo V, 1966.

DÍAZ, Clemente. *El cuerpo del delito,* Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 1965.

FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal,* Barcelona: Editorial LABOR S.A., Vol. II, segunda edición, 1952.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales,* Bogotá: TEMIS, segunda edición, Tomo I, 1976.

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

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires: EJEA, tercera edición, Tomo III, 1952.

NÚÑEZ, Ricardo. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.* Anotado.

NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino.* Parte General, Buenos Aires: OMEBA, segunda edición, Tomo II, 1965.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INTERVENCIÓN DEL PATRONATO EN LOS CONFLICTOS DE PATRIA POTESTAD

ESTEBAN SOLER AIRA

Cuando en el texto de dos leyes aparecen disposiciones que se contradicen, se debe primeramente buscar armonizarlas de manera que ambas puedan coexistir. Mas no siendo posible armonizar estas leyes en conflicto, por existir el antagonismo conocido como "antinomia"[1], de tal suerte que sea indispensable tener por eliminada una de las normas en contradicción, habrá de seguirse los siguientes criterios:[2]

1) El criterio jerárquico, según el cual la norma de grado superior prevalece sobre la de grado inferior.

2) El criterio temporal, según el cual la norma posterior deroga a la anterior; donde las normas anteriores incompatibles con normas posteriores deben considerarse derogadas.

3) El criterio de especialidad, en virtud del cual una norma especial deroga la norma general.

Al tenor del artículo 8 del Título Preliminar del Código Civil, "las leyes solo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que hubiere derogado". Este artículo, comprendido en el artículo 129 párrafo quinto de la Constitución introduce la figura de la derogación tácita que se produce cuando la nueva ley es incompatible con la anterior. Se da la derogación tácita cuando el legislador no ha manifestado de una manera expresa su voluntad derogatoria, y faltando tal declaración en la ley nueva, ésta contradiga a la ley anterior en todo o en parte, regulando la misma materia de modo distinto y aun contrapuesto[3]. Pero es evidente que la derogación tácita opera solamente dentro de los límites de la incompatibilidad[4].

"La derogación tácita —dice Lacruz Berdejo—[5] plantea a veces difíciles problemas de interpretación para determinar qué sea lo derogado en la ley antigua (lo incompatible con la nueva) y lo que sigue vigente. Habrá de apreciarse, no sólo el texto de la ley, sino también los principios que la inspiran y se deducen de ella, para estimar derogados los preceptos de la norma

1. Para GIUSEPPE LUMIA, "existe conflicto de normas o antinomia cuando dos o más normas incompatibles entre sí regulan la misma relación" *Principio de Teoría e Ideología del Derecho.* Editorial Debate, Madrid. 1978, p. 77.

2. Véase ALBERTO BRENES CÓRDOBA, *Tratado de las Personas,* Vol. I. Cuarta edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos. Editorial Juricentro, San José. 1986, ps. 77 y ss.

3. Dice Brenes Córdoba que "siempre que se presuma que existe derogación tácita, es preciso examinar con cuidado si efectivamente las nuevas disposiciones se oponen a las antiguas, porque mientras fuere posible armonizar unas con otras, todas deben tenerse como subsistentes a un tiempo y ser aplicadas en su oportunidad". *Op. cit.* p. 96.

4. Al respecto véase JEAN CARBONNIER: *Derecho Civil,* Tomo I, Vol. I. Bosch, Casa Editorial, Barcelona. 1960, p. 115. LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLON: *Sistema de Derecho Civil,* Vol. I. 5ª edición. Editorial Tecnos, Madrid. 1985, p. 116. FRANCESCO MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1971, p. 87. GUILLERMO CABANELLAS: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Tomo II. 12ª edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires. 1979, p. 624.

5. LACRUZ, J. L. y SANCHO, F. *Parte General del Derecho Civil.* Volumen primero. Librería Bosch, Barcelona. 1982, p. 216.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

anterior incompatibles con los principios de la ulterior".

Anterior a la promulgación del Código de Familia, el artículo 138 del Código Civil decía: "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el *Patronato Nacional de la Infancia* o los Tribunales Comunes, tomando en cuenta el interés de dichos menores, no resuelva cosa distinta, provisional o definitivamente". (el subrayado es nuestro). La Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, Nº 3286 de 1964, en su artículo 6 inciso d) dice: "Para cumplir con sus fines, el Patronato tiene las siguientes atribuciones: Disponer de manera provisional, y mientras los Tribunales no resuelvan sobre el particular, los conflictos de patria potestad, entre padre y madre". De la simple lectura de estos artículos se desprende que entre ellos no existe contradicción, pues claramente ambas normas regulan la misma materia y existe una entera compatibilidad y conciliación entre la voluntad y alcance de cada una en lo concerniente a que el Patronato Nacional de la Infancia podrá resolver los conflictos de patria potestad entre padre y madre.

En las observaciones hechas durante el Congreso Jurídico Nacional de 1970[6] al proyecto del Código de Familia, se recomendó el siguiente texto para el entonces artículo 120 del proyecto: "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor". El comentario que acompañó este texto fue el siguiente: "Se sustituye la referencia al Patronato Nacional de la Infancia por una mención al tribunal. Ello se hace estimando que el carácter puramente administrativo del Patronato, no le faculta ni permite considerarlo el organismo más indicado para decidir estos asuntos que tienen en verdad un carácter judicial. Ha de ser un organismo dedicado habitualmente a impartir justicia quien dirima cualquier conflicto de parentela".

Al respecto, en Sesión Extraordinaria de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, del 26 de junio de 1972[7], su Secretario, el diputado Leiva Runnebaum sostuvo la tesis opuesta y dijo: "Yo creo que el Patronato es el más adecuado que un mismo juzgado. El Patronato pues es una institución que está constantemente conociendo esas materias especializadas y tiene tal vez mejor criterio para poder resolver una situación de este tipo, que no un tribunal que tiene un sinnúmero de asuntos por delante y que además estará muy limitado por cuestiones de tiempo para poderle dictar la especialización que requiere un caso de estos".

No obstante, en Sesión Extraordinaria del 19 de julio de 1972[8] la Comisión aprobó la moción del artículo 120 tal y como lo había recomendado el Colegio de Abogados, y mediante Ley Nº 5476 del 21 de diciembre de 1973 fue promulgado el nuevo Código de Familia, con la variante que el artículo 120 del proyecto correspondería ahora al 138 del Código. Veamos, artículo 138: "El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el Tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor".

El propósito de invocar aquí los antecedentes legislativos del artículo 138 del Código de Familia, como criterio hermenéutico, tiene por objeto conocer la problemática a la que esta norma dio solución y el espíritu que en ese entonces la animó. Sencillamente, la intención del legislador con el artículo 138 fue la de excluir al Patronato Nacional de la Infancia de su intervención en los conflictos de patria potestad, para que esta figura fuera del exclusivo conocimiento de los Tribunales de Justicia. La derogación tácita exige que la incompatibilidad entre los fines de la norma nueva (artículo 138 del Código de Familia) y la anterior (artículo 6 inciso d, Ley Orgánica del PANI) sea absoluta,[9] pues no basta que puedan conciliar sus

---

6. Asamblea Legislativa, Expediente Nº 4304, Tomo 1, p. 104.
7. Asamblea Legislativa, Exp. Nº 4304, Tomo 2, p. 597.
8. Asamblea Legislativa, Exp. Nº 4304, Tomo 3, p. 678.
9. Véase JOSÉ LUIS LACRUZ, *op. cit.*, p. 217.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

disposiciones relativas al ente encargado de resolver los conflictos de patria potestad y, como hemos visto, de la recta interpretación del artículo 138 del Código de Familia —según el sentido propio de sus palabras como los antecedentes históricos y legislativos— ha sido posible advertir la voluntad terminante del legislador de sustituir del todo al Patronato Nacional de la Infancia de la regulación de la materia en los conflictos de patria potestad entre padre y madre.

La persistente antinomia entre los artículos 6 inciso d) de la Ley Orgánica del PANI y el artículo 138 del Código de Familia se resuelve recurriendo al criterio de la "temporalidad", según el cual la norma anterior (artículo 6 inciso d) incompatible con la misma materia regulada por la norma posterior (artículo 138) debe considerarse derogada.

También es dable pensar que si recurriéramos al criterio de la "especialidad" no habría tal derogatoria del artículo 6 inciso d) por efecto del posterior artículo 138, por estimarse que pese a que ambas leyes son especiales, y que la distinción entre normas generales y especiales es relativa —toda vez que una norma especial puede ser a su vez general respecto de otra especial— algunos podrían considerar que por ser el Código de Familia una ley que regula una más amplia esfera de relaciones[10] con respecto a la Ley Orgánica del PANI —que por su naturaleza, estructura y organiza una institución autónoma, señalando sus fines, atribuciones y organización administrativa— tiene un relativo carácter general respecto a una mayor especialidad por parte de la Ley Orgánica del PANI, y por lo tanto, "la ley general no se presume que deroga la especial"[11]; máxime que estamos tratando aquí de una derogación tácita.

Pero esto no es enteramente cierto, porque, asumiendo que aceptáramos sin mayor discusión que el Código de Familia es una ley general respecto de la Ley Orgánica del PANI, "las leyes generales no derogan las especiales, sino cuando de manera expresa así lo declaren, *o cuando la intención de dejar sin efecto la especial, resulte con evidencia del objeto o del espíritu de la ley general que sea promulgada*"[12], (el subrayado es nuestro); y sobra repetir aquí las razones que impulsaron al legislador para excluir al PANI de su intervención en los conflictos de patria potestad. Sostener que por ser la Ley Orgánica del PANI norma especial sobre el Código de Familia —que a su vez es norma especial respecto al Código Civil— y que por ello la ley especial no puede ser derogada de manera tácita por la ley general, es jurídicamente inadmisible.

En punto a la tipología de "Conflictos de Patria Potestad" que aparece en el Manual de Procedimientos Legales de la Dirección de Operaciones del PANI[13] —documento que reúne el procedimiento a aplicar por todas las dependencias del PANI para cada tipología legal— es nuestro criterio que el Patronato ya no tiene la potestad de disponer de manera provisional, y mientras los tribunales no resuelvan sobre el particular, los conflictos de patria potestad entre padre y madre que le otorgaba el artículo 6 inciso d) de su Ley Orgánica, ya que este inciso fue derogado tácitamente por el artículo 138 del Código de Familia (hace ya más de 14 años) al ser excluido el PANI de su redacción del texto original del Código Civil.

Cuando se está ante una situación de disputa entre los progenitores por el mejor derecho de guarda sobre sus hijos, pretendiéndolo uno con exclusión del otro, y no se está en presencia de un estado de abandono, el PANI no es competente para resolver ese conflicto, pues sólo es competente para resolver sobre la guarda de menores en los casos previstos en el inciso f) del artículo 6 de su Ley Orgánica. Por consiguiente, el PANI no puede dictar actos de alcance concreto que dispongan de manera temporal sobre la guarda de menores cuando media un conflicto de patria potestad entre los progenitores, por no atribuir ya su Ley Orgánica el ejercicio de esa potestad.

---

10. Véase GARCÍA, GUILLERMO. *Parte General del Derecho Civil Español.* Primera edición. Editorial Civitas, Madrid. 1983, p. 68.

11. CABANELLAS, G. *Repertorio Jurídico.* Editorial Heliasta, Buenos Aires. 1976, p. 143.

12. ALBERTO BRENES CÓRDOBA, *op. cit.*, p. 96.

13. *Manual de Procedimientos Legales.* Patronato Nacional de la Infancia, Dirección de Operaciones. 1986.