Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XIX — Núm. 59 — Agosto, 1994

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

Un Código Procesal Civil tipo para América Latina 13
Prof. Sandro Schipani
Traducción del Lic. Gino Capella Molina

El gobierno judicial. Independencia formal y real. 31
Dr. Hugo Picado Odio

La empresa agraria 43
Lic. Álvaro Meza Lazarus

La seguridad ciudadana: el caso costarricense 65
Licda. Laura Chinchilla

La contaminación marina. La responsabilidad del armador en las convenciones 85
Licda. Roxana Salazar Cambronero

Los derechos de los niños y de las niñas 103
M.Sc. Mario A. Víquez Jiménez

Condenatoria en costas al Estado 109
Lic. César Hines Céspedes

El derecho a la propia identidad. 117
Br. Ana Karina Zeledón Lépiz
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA
Coordinador Dr. Eduardo Vargas Alvarado
Biología forense 133
Licda. Marycell Molina Zamora

SECCIÓN III: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTES RELEVANTES
Contenido de votos salvados en resoluciones de interés. 139
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN IV: JURISPRUDENCIA. 155
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

UN CÓDIGO PROCESAL CIVIL TIPO PARA AMÉRICA LATINA*

SANDRO SCHIPANI
Director del Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani. Vicepresidente de la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA).

Magnífico rector, autoridades, representantes de países latinoamericanos que nos honran con su presencia, ilustres colegas, señoras y señores, estudiantes: es un honor para mí, a nombre del Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani de la II Universitá degli Studi di Roma y de la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA), saludaros y agradeceros por haber venido a este congreso que la II Universidad de Roma, junto con el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la Universidad de la República Oriental del Uruguay, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y la Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA), ha organizado en el cuadro del "Progetto Speciale Italia-America Latina" del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), programa de la Unidad de Investigación sobre "Codificaciones y unificación del Derecho en América Latina", coordinados por quien les habla.

Deseo agradecer también en primer lugar al Presidente de la República italiana, Prof. Francesco Cossiga, bajo cuyo alto patrocinio se desarrollan nuestros trabajos; al Parlamento Latinoamericano, que se ha adherido a este congreso, subrayando la consonancia de los trabajos que desarrollaremos con los intentos del Parlamento mismo; a los ministros italianos de Relaciones Exteriores, de Gracia y Justicia, de Educación Pública, de Investigación Tecnológica y Científica, de Bienes Culturales, que patrocinan esta iniciativa y al Instituto Ítalo-Latino Americano que colabora con la realización de esta actividad.

Nos compete también el honor de comunicar algunas adhesiones ulteriores: el Presidente de la Corte Costituzionale italiana, Dott. Francesco Saia, a nombre de la Corte, expresa el interés por el importante congreso, y se excusa de no poder participar, asimismo, el Prof. Giovanni Conso, Vicepresidente de la Corte Constitucional e ilustre procesalista, ha comunicado su pesar por no poder participar en nuestros trabajos, dado que la Corte retoma hoy su actividad y le es imposible ausentarse de ésta. El colega y amigo, Prof. Cesare Miralbelli, de nuestra II Universitá di Roma, actualmente en expectativa como designado por el Parlamento para integrar el Consiglio Superiore della Magistratura, del cual ha sido nombrado para el cargo de vicepresidente (vicario del Presidente de la República, que en tal calidad preside el consiglio mismo), que tenía planeado estar aquí con nosotros esta mañana y que debería haber participado en nuestra labor, se excusa por la ausencia: esta noche ha sucedi-

* Intervención de saludo realizada por el autor en el congreso internacional denominado "Un Codice Tipo di Procedura Civile per l'America Latina", texto traducido por Gino CAPELLA MOLINA, con expresa autorización de aquél. Extracto de la memoria de esa actividad, a cargo de Schipani, Sandro y Vaccarella, Romano. II Universitá degli Studi di Roma, Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani, Consiglio Nazionale delle Ricerche (Progetto Italia-America Latina), CEDAM, ed., Padova, 5 f.e., pp. 6-25.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

do otro evento dramático que ha involucrado la Magistratura italiana: ha sido asesinado en Caltanisetta un presidente de sección del tribunal local, un juez comprometido en la lucha contra la mafia; el Consiglio Superiore della Magistratura ha convocado de urgencia para esta mañana a las diez una reunión del comité que sigue estos problemas y el vicepresidente Miralbelli no puede, por ende, estar con nosotros, pero confirma el vivo interés, tanto personal como de estudioso; a nombre de la Magistratura italiana en el tema que nos reúne, que toca muy de cerca, precisamente, el trabajo de los magistrados.

No queremos ahora sustraer tiempo a los trabajos. Hay ponencias extremadamente importantes y autorizadas que deben ser escuchadas. Me permito, sin embargo, subrayar brevemente algunos perfiles del tema de este congreso desde mi punto de vista, atento por un lado al Derecho Romano y por el otro, a los sistemas jurídicos y a su dinámica.**

1. La especificidad del sistema jurídico latinoamericano como articulación del sistema romanista: variedad de características, relación entre Derecho Común de América Latina -principios generales del Derecho-códigos-juristas.

La especificidad del sistema jurídico latinoamericano se muestra cada día más clara gracias a las contribuciones científicas de estudiosos de diversos países.

En América Latina la conciencia de aquélla estaba ya presente a finales del siglo pasado: basta con recordar la contribución del brasileño Clovis Bevilacqua.[1]

En Europa, el tema no se ha tratado mayormente, pero podemos recordar los trabajos de Castán Vázquez de España, de Eichler en el área de la lengua alemana o, en Italia, Catalano.[2]

Con un desarrollo de estas contribuciones, ha sido posible delinear una interpretación de conjunto que reconoce más integralmente al

---

** En la redacción por escrito de las observaciones que siguen y que había expuesto oralmente sobre la base de algunos apuntes, las he precisado y enriquecido con referencias y notas con la bibliografía esencial.

1. C. BEVILACQUA, Resumo das Liçoes de Legislaçao Comprada sobre o Direito Privado, 1ª ed. 1893, 2ª ed., Bahia, 1897, 73 ss.

2. M. CASTÁN VÁZQUEZ, El sistema jurídico iberoamericano, en Revista de Estudios Políticos, 157, 1968, 209 ss. (V. también, ídem, La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas, Madrid, 1984, 26 ss. y Nº 7, donde esquematiza las posiciones de los tratados clásicos de Derecho Comparado); H. EICHLER, Die Rechtskreise der Erde, en Estudios Castán Tobeñas, 4, Pamplona, 1969, 307 ss.; P. CATALANO, Diritto Romano e paesi latinoaamericani, en Labeo, Rassegna di diritto romano, 20, 1974, 433 ss. (trad. española en Rev. Gen. de Legisl. y Jurispr., 1979, 637 ss.); ídem. Il diritto romano attuale dell'America Latina, en Index, Quaderni Camerti di Studi romanistici, 6, 1967, 87 ss.; Ídem. Sistemas Jurídicos, Sistema Jurídico Latino-Americano e Direito Romano, en AA. VV., Direito e Integraçao, Brasilia, 1981, 17 ss. (trad. española en Rev. Gen. de Legl. y Jurispr., 85, 1982, 161 ss.), con lectura y reconstrucciones puntuales de diversos aportes en desarrollo de esta perspectiva.
El contacto directo y prolongado con la doctrina jurídica latinoamericana en Brasil, por otro lado, había estimulado la reflexión, en esta dirección, de T. ASCARELLI, Diritti dell'America Latina e dottrina italiana, en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 3, 1949, 906 ss. (reimpr. ídem. Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione, Milano, 1952, 155 ss.) y también E.T. LIEBMAN, Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano, en Riv. it. sc. giur., 85, 1948, 154 ss. (reimpr. en AA.VV. Ricerche sul processo, 4, Il processo civile brasiliano, Rimini, 1988, 11 ss.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

interno del sistema jurídico romanista una articulación en subsistemas, de los cuales uno es precisamente el latinoamericano, basado sobre un "bloque sociocultural unitario romano-ibérico-precolombino".[3]

En el examen analítico de la especificidad del sistema latinoamericano, cuando se ha pasado a integrar la consideración de las vicisitudes de los grandes documentos legislativos (sobre todo de los códigos, su producción, modelos, circulación, recepción, etc.) con los conceptos, principales institutos y normas características de aquél, el acento se ha quedado predominantemente en el Derecho Civil.[4] Así, por ejemplo, ha sido evidenciada[5] la particular atención del sistema jurídico latinoamericano a la persona-hombre, y recientemente, en relación con el Código Civil de Perú de 1984, en el cual se han renovado y desarrollado significativas afirmaciones conceptuales y normativas respecto de la consideración de los concebidos y los derechos de la personalidad, se ha puesto en luz, oportunamente, la continuidad de una tradición coherente ya expresada en las obras de Augusto Teixeira de Freitas, Dalmacio Vélez Sarsfield, Pontes de Miranda,[6] etc.). Algunos otros puntos han sido considerados en esta óptica: ciudadanía, titularidad y tutela de los derechos civiles,[7] etc. y parece casi que expresamos la intuición de que la

---

3. P. CATALANO, Sistemas, cit., 23 (trad. española, 174).
El sistema romanista estaría constituido, pues, también por otros subsistemas diversos, si de un lado se considera que permanece distinto en Europa el elemento germánico del latino, y si del otro lado, se toma en consideración aquella síntesis original, constituida, sobre base romanística, por el derecho de los países socialistas (sobre esta última, cfr. R. SACCO, Il sustrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti, en Studi G. Grosso, 4, Torino, 1971, 737, ss.; CATALANO, Intervento introduttivo al 5º Kolloquium von Rechtshistorikern sozialistischer Länder un Italien zum römischen Recht, Berlin, 1988 [memorias en proceso de imprenta].
Suscita, en cambio, graves dudas el modo en el cual es hipotizado por alguno un "derecho europeo" como imagen directa de la Comunidad Económica Europea, eventualmente ensanchada, imagen que parece casi querer prescindir de la diferencia entre sistema jurídico romanista y common law, con una confusión científica que, entre otras cosas, en nuestro criterio, no ayuda siquiera al posible acercamiento entre los derechos de los países de los dos sistemas (sobre el punto, sería útil desarrollar una reflexión puntual histórica e historiográfica, para la cual encontramos un trabajo preliminar en W. WAGNER, Annäherungen an eine europäische Rechtsgeschichte, en Ius Commune, 17, Fest. H. Coing, Franfurt, 387 ss.), Dudas análogas suscita también la configuración de un "Derecho del Occidente", cfr. G. SAWER, The Wester Conception of Law, en Intern. Enc. of Comp. Law, 2, 1, The Different Conceptions of Law, The Hague-Tübingen, 1975, 14, ss. Pero sobre los problemas relativos tanto a las otras articulaciones del sistema romanista, como a sus relaciones con otros sistemas, no es ésta la sede para desarrollar acotaciones ulteriores.

4. Para el Derecho Público, de otra parte aún más consolidado, aparecía efectivamente el juicio de los comparatistas europeos según el cual aquél pertenecía al área de expansión del Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica; pero cfr. CATALANO, Sistemas, cit.; H. EICHLER.

5. H. EICHLER, Privatrecht in Lateinamerika, en Fest. Hellbling, Berlin, 1981, 481, ss.; ídem, Personenrecht, Wien-New York, 1983; F.D. BUSNELLI, Persona e sistema in Pontes de Miranda, en Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda (Memorias del Seminario de Estudio, Roma, 1985, a cargo de G. CARCATERRA-M. LELLI-S. SCHIPANI, Padova, 1989, 53 ss.

6. C. FERNÁNDEZ S. Derecho de las personas. En Código Civil, 4, Exposición de Motivos y Comentarios, 1985, (reimpr. separata, con ligeras modificaciones, Lima, 1986); A. VALENCIA ZEA, Los derechos de la persona (o derechos humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984; P. CATALANO, Los concebidos entre el Derecho Romano y el Derecho Latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Civil peruano de 1984); P. RESCIGNO, Comentarios al Libro de Derecho de las Personas del nuevo Código Civil peruano de 1984, en AA. VV., El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Trabajos presentados en el Congreso Internacional celebrado en Lima (1985), Lima 1986, respectivamente, 195 ss.; 229 ss.; 235 ss.

7. Cfr. p. ej. H. VALLADA0, Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro, 1980; J. SAMTLEBEN, Der territorialitätsgrundsatz in internationalen Privatrecht Lateinamerika, en Rabel Z., 35, 1971, 72 ss.; P. CATALANO, Interfvento in Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, a cargo de S. SCHIPANI, Padova, 1988, 10 ss. En el cuadro de un discurso metodológicamente diverso, en perspectiva convergente con los datos históricos jurídicos, habla de "ciudadano del continente" el sociólogo S.A. STEGER, Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert, en Index, Quaderni camerti di studi romanistici, 4, 1973, 32. La problemática se podría enriquecer pues con la verificación del uso del término "ciudadano/ciudadanía" por parte de personalidades como Simón Bolívar (cfr. Léxico constitucional bolivariano, 1, Napoli, 1983, sobre el cual trata M. SABBATINI, Quaderni Latinoamericani, 8, 1981, Rivoluzione bolivariana, Istituzioni-Lessico-Ideologia), o Augusto César Sandino (cfr. Lessico 'ideológico-político' de Sandino, a cargo de M. SABBATINI, en AA. VV., Augusto César Sandino fra realismo e utopia, Sassaria, 1988, 196 s.v., "ciudadanía latinoamericana"); etc.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

unidad y especificidad del sistema emerge del derecho de las personas de la "raza cósmica".[8]

Sin extenderme, aunque sea en forma sumaria, en ejemplificaciones,[9] que deberían involucrar también otros elementos que conforman el sistema,[10] un perfil integral puede ser indicado oportunamente: el conocimiento del hecho de que los códigos están inmersos en el sistema, son parte de él, ha estado presente en América Latina, y constituye una "constante" que caracteriza ese sistema jurídico. Ello encuentra una expresión formal sea en el papel reconocido a los "principios generales del Derecho" y al reenvío que se hace a ellos en las diversas legislaciones, con implicaciones de carácter general, sea ulteriormente, en el incipiente reconocimiento de los "principios generales del sistema latinoamericano".[11]

Los códigos, la legislación entera de un Estado son, efectivamente, integrados en caso de laguna, y la interpretación de aquéllos está, en línea general, orientada por el recurso a los "principios generales del Derecho". Esto, para todos los ordenamientos de los Estados latinoamericanos, no es el resultado de una serie de operaciones de inducción progresiva de la legislación misma de cada Estado individualmente considerado, del cual son particulares. Exactamente ha sido subrayado por el colega colombiano Valencia Zea que "en Colombia carece de validez la tesis de algunos exponentes italianos y españoles que al interpretar la misma expresión advierten que el legislador se refirió a los principios del derecho nacional". Estas observaciones valen para todos los países latinoamericanos.[12]

Los "principios generales del Derecho", y similarmente los "principios generales del sistema latinoamericano" son, por ende, en América Latina, los principios comunes e informantes del entero sistema romanista y del subsistema latinoamericano en sus extensiones espacio temporales globales: es decir, en primer lugar, los principios del Derecho Romano codificados por Justiniano en el Corpus Iuris, estabilización conclusiva de la fase de la constitución del sistema romanístico mismo, y su desarrollo por obra de la legislación y de la ciencia jurídica[13] con particular pero no exclusiva referencia a la tradición ibérica, y al aporte democrático de la Revolución para la Independencia del continente (aún por diversos aspectos in fieri) con su

---

8. Subraya la diferencia entre el universalismo del Derecho latinoamericano y el nacionalismo que liga los Derechos europeos J. CASTÁN TOBEÑAS, Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental, Madrid, 1956, 62, ss.; reconoce un universalismo concreto del Derecho romano presente en el Derecho latinoamericano P. CATALANO, Il diritto romano attuale, cit., 90. El universalismo es subrayado también por R. DAVID, L'orginalité des droits de l'Amerique Latine, Paris, s.d., 1 ss.

9. Cfr. por todos, H. EICHLER, Privatrech, cit.

10. Entre los estudiosos europeos, p. ej., J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, El sistema, cit., indica la necesidad de poner al lado de la consideración de institutos y códigos también la consideración de "...el envío de libros jurídicos a las Indias a partir de los días mismos de los descubrimientos; ...la obra de las Audiencias americanas: la práctica jurídica común en los países iberoamericanos". P. CATALANO, Sistemas jurídicos, cit., 23 ss. desde otro punto de vista (al cual se adhiere H. EICHLER, Privatrecht, cit., 502 ss.) ilustra la necesidad de analizar la "transfusao" del derecho romano y el "mestiçagen" entre la tradición de éste y las instituciones indígenas, el vínculo "individuo"/"comunidade" no "individualista", la posición de frontera jurídica con una acentuada experiencia en la dinámica "resistencia"/"penetraçao", etc.

11. Me refiero al reciente Código Civil del Perú de 1984, ya mencionado, y por ende, a la propuesta aprobada en las XI Jornadas de Derecho Civil (argentinas), del año pasado, en las cuales, en vista de una posible modificación del artículo del Código Civil argentino que trata sobre la materia, se prevé que la integración, en caso de lagunas, tenga lugar con base en los "principios generales del Derecho" o en los "principios generales del sistema jurídico latinoamericano".

12. Me valgo, para estas observaciones, de los resultados de mi estudio El Código Civil peruano de 1984 y el Sistema Jurídico Latinoamericano (Apuntes para una investigación), en AA. VV., El Código Civil peruano, cit., 39 ss. (trad. italiana en Rassegna di Dir. Civ., 1/1987, 187 ss.) [adde en St. P. Gismondi, 3, Milano, 1989, 759 ss.] donde están publicadas también las conclusiones de las citadas XI Jornadas argentinas, p. 804.

13. Cfr. A. GUZMÁN B. El significado histórico de las expresiones equidad natural y principio de equidad en el Derecho chileno, en Rev. de Ciencias Sociales, 18, 19, 1981, 111 ss.; S. SCHIPANI, El Código Civil peruano, cit. 52 ss. (trad. it. cit., 217 ss.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tendencia a la purificación republicana del Derecho Romano (A. Bello,[14] a los cuales se agrega la herencia de las instituciones indígenas de origen precolombino, por fuerza del principio que el emperador Carlos V tradujo en las famosas leyes que prescribían la observancia de las "buenas costumbres" y "forma de vivir" "que antiguamente tenían los indios".[15]

La raíz de esta "constante" reside pues en el hecho de que los códigos, producidos en América Latina después de la independencia sobre una línea de transfusión[16] del Derecho Romano no se injertaron, como en Europa, en el ordenamiento de Estados oscilantes entre la permanente presencia del Derecho Común y la "ficción" de un derecho "patrio nacional", tan radicada y consistente que desembocó en el particularismo estatal legalista dominante desde el fin del siglo pasado y sólo hasta ahora puesto en duda. Aquéllos se injertaban en cambio sobre un derecho común aun mediante la pluralidad de Estados surgidos desde la independencia que, en un contexto de contrastes (pienso en las experiencias de Bolívar o en la de Paraguay)[17] y sólo parcial y superficialmente orientado hacia la organización de entidades territoriales nacionales soberanas,[18] habían confirmado la aplicación y buscaban su actualización, de manera que, aun en presencia de fuertes corrientes disgregadoras, la "apetecida unidad social del continente" motivaba lúcidamente la adopción de algunos códigos también al externo del país en el cual se habían producido, y volvía plausible además la pro-

14. Discurso de instalación de la Universidad, Santiago, 1843, 28 (reimpreso muchas veces, y en italiano, en AA. VV., Il pensiero pedagogico di Andrés Bello, Napoli, 1984, 60): "Herederos de la legislación del pueblo rei*, tenemos que purgarla de las manchas que contrajo bajo el influjo maléfico del despotismo... Tenemos que acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas".
Sobre el carácter democrático de las codificaciones latinoamericanas, derivadas de la transfusión del Derecho romano, cfr. BEVILACQUA, Resumos, cit., 74; CATALANO, Sistemas jurídicos, cit., 24.
*[En la transcripción contenida en esta nota bibliográfica, la palabra "rei" aparece así en el original, nota del traductor].

15. Rec. de Indias 2, 1, 4; 5, 2, 22. Cfr. J. BASADRE, Los fundamentos de la historia del derecho, Lima, 1967, 382, ss.; A. GARCÍA-GALLO, La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII, en AA. VV., La formazione storica del diritto moderno in Europa, 1, Firenze, 1977, 316 ss.; sobre la importancia de la contribución de las instituciones indígenas de origen precolombino en la caracterización del sistema, cfr. CATALANO, Sistemas jurídicos, cit., 23 y Nº 45; sobre el valor de principio general del sistema jurídico latinoamericano de la afirmación de Carlos V, cfr. S. SCHIPANI, El Código Civil peruano, cit., 53 y Nº 104 (trad. it. cit. 220 y Nº 103).
Esta contribución está, por otro lado, muy lejana de ser estudiada y adquirida en la vida cotidiana del sistema; cfr. p. ej., por un lado la sensibilidad y las dificultades metodológicas expresadas por T. ESCOBAR, en la introducción a M. CHASE SARDI, en Derecho consuetudinario Chamacoco, Asunción, 1988, 11 ss., y del otro lado, el fascículo Ricerche giuridiche e politiche. Rendiconti, 2, Istituzioni familiari indigene e diritto romano, CNR, Progetto Italia-America Latina.

16. La expresión es de DÍAZ BIALET, La transfusion du droit romain, en Rev. Intern. Droit Antiqueté, 1971, 471 ss.; Ídem., Influencia del Derecho romano en el Derecho positivo de la Argentina, en Romanitas, 1971, 235 ss., Ídem., la transfusión del Derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sarsfield autor del Código Civil, St. Sassaresi, 5, 1977-1978, Diritto romano, codificazioni e unitá del sistema giuridico latinoamericano, a cargo de S. SCHIPANI, 251 ss.

17. Para las primeras indicaciones bibliográficas sobre la obra constitucional de Bolívar en esta perspectiva, cfr. Quaderni Latinoamericani, 8, 1981, cit.; AA. VV., Simposio ítalo-colombiano, Bogotá, 1983; E. ROZO ACUÑA, Bolívar, pensamiento constitucional, Bogotá, 1983; G. LOMBARDI, Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo, Milano, 1986, 108; para Paraguay, cfr. CATALANO, Modelo institucional e independencia; República del Paraguay, 1813-1870, Asunción, 1986.

18. Cfr. p. ej. las consideraciones preparadas por H.A. STEGER, Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina, en Index, 14, 1986, 59 ss., que, a mi parecer, arrojan luces sobre las contradicciones internas y la específica separación respecto de la sociedad de los Estados como se constituyen. V. también, lecturas en S. SCHIPANI, A proposito di Diritto romano, rivoluzioni, codificazinoi, en Index, cit., 15, n. 23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

puesta hecha al Congreso de Lima de 1877-1879 de la adopción de uno de ellos como ley uniforme.[19]

El papel de los "principios generales" aparece consecuentemente como una respuesta del Derecho Común de América Latina al peligro del particularismo legislativo del cual es portador el Estado nacional-territorial soberano, monopolizador de la producción del Derecho; respuesta regida por la unión entre el Derecho Romano e instancias racionalistas más modernas que han desarrollado caracteres presentes y esenciales del Derecho Romano mismo y que, aunque comunes a todo el sistema, le imprimen en América Latina un carácter específico, una más destacada adherencia a sus raíces respecto de lo sucedido en Europa; respuesta complementaria a la formación romanística, y no estatal legalista, y al papel de los abogados/bacharéis, de las Universidades en la comunicación global interna del sistema.[20]

En un momento, por ende, el análisis científico sobre la unidad y especificidad del subsistema latinoamericano dentro del sistema romanista va precisándose con resultados en extremo interesantes, me parece que, con referencia al objeto del congreso de estos días, debe ser indicada la exigencia de aclarar algunos puntos sobre el modo en el cual se coloca bajo tal perfil el proceso civil, sus actores, objetivos, instrumentos, resultados; y sobre todo la aspiración a un código tipo para regularlos.

2. El proceso civil del sistema jurídico latinoamericano: características generales del proceso civil del sistema romanista; características específicas; la tendencia a regularlo con un "código tipo".

No es aquí posible, por motivos evidentes, ni siquiera indicar las principales coordinadas para un examen del proceso civil latinoamericano ni de sus características sean comunes al proceso civil de otros subsistemas del sistema romanista, generales de éste, sean específicas sic.[21]

De un lado, en general, y esto vale también para el proceso civil, es cierto que en primer lugar se encuentra la gran base común del Derecho Romano. De ella Justiniano extrajo el

---

19. Las palabras entre comillas son de M. ANCÍZAR, que estaba en Santiago en la legación de Nueva Granada y en una carta del 10 de julio de 1856 pedía a Andrés Bello varios ejemplares del código recientemente aprobado para enviarlos a su patria para que tal código fuese adoptado también allí (cfr. por todos, J. ANCÍZAR-SORDO, Relaciones en Bello y Ancízar, en AA. VV., Bello y Chile. Tercer Congreso del Bicentenario, 1, Caracas, 1981, 137 ss., 159 ss.), pero expresan una actitud difusa: concepto análogo, p. ej., ha sido expresado por J. Santiago Rodríguez y F. Conde en su Informe al Consejo de Estado para la adopción del mismo código en Venezuela ("es el que puede servir de modelo a las Repúblicas Sur-Americanas"), adopción que se realizó (19/4/1863), pero que fue efímera (cfr. B. BRAVO LIRA, Difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués, en AA. VV., Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, Congreso Internacional, Roma, 1981, Caracas, 1987, 343 ss.
En cuanto a la propuesta mencionada, ésta emanaba como respuesta a una iniciativa del gobierno del Perú y había sido presentada por el gobierno chileno (cfr. J. SAMTLEBEN, Internacionales Privatrecht in Lateinamerika, Der Código Bustamante in Teorie und Praxis, Tübingen, 1979, (trad. española, Bs. As., 1983, 10 ss.).
Sobre la impresión que tal debate motivaba en aquellos años en Italia, cfr. E. GIANTURCO, Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia, en Il Filangieri, 1881, (reimpresión en Opere giuridiche, 1, Roma, 1947, 7 ss.).

20. Cfr. H.A. STEGER, Universidad de abogados y universidad futura, en Index, Quaderni camerti di studi romanistici, 4, 1973, 59 ss., idem., Die Bedeutung cit.; idem. Derecho Romano y modelo universitario de Andrés Bello, en AA. VV., Andrés Bello y el Derecho latinoamericano, cit., 173, ss.; CATALANO, Linee dell'inagine, en Index, cit., 1, ss.; SCHIPANI, La codificazione moderna fra diritto comune e diritto statale, en AA. VV., Europa-America nel diritto internazionale privato; precedenti storici e problemi attuali (bajo prensa). (Adde, B. BRAVO LIRA, Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo, Santiago, 1989).

21. Cfr. p. ej. en Int. Enc. Comp. Law, 16, Civil Procedure, particularmente, 2, R.C. VAN CAENEGEM, History of European Civil Procedure, 63 ss., 65 ss., 102 ss.; y en 6, Ordinary Proceedings in First Instance, p. 1211 ss. E. VESCOVI, Iberian Peninsula an Latin America, donde, de otro lado, en las macrocategorías sistemáticas de la obra, el reconocimiento de una dimensión específica latinoamericana es incierto.

principio: non exemplis, sed legibus, *iudicandum est,*[22] que vincula al juez a seguir *veritatem et legum et iustitiae vestigial*[23] y al mismo tiempo confirma a contrario la exclusión de la función de plantear *exempla valitura in perpetuum con cui universos adstringi,*[24] de plantear, es decir, decisiones que vayan más allá del caso concreto que le fue sometido, irrepetible en todas sus características, en lo concerniente a hombres y situaciones, verificaciones, pruebas, convencimientos concretos, cuya valoración puede ser así igualmente única. Un principio coherente con la distinción entre previsión en abstracto del Derecho, del esquema normativo que debe ser aplicado, y corroboración del hecho del cual verificar la posibilidad de subsunción en aquél, por lo cual *litigare per formulas* fue paradigmático, pero que impregnó de sí también la forma sucesiva de *iudicia,* y que es también correlativa a una elaboración jurídica fuertemente abstracta, rigurosa y técnica.[25] Un principio que no canceló aquella pluralidad de las fuentes de producción del Derecho (desde el estatuto autoritario que emana de la voluntad del pueblo declarada con el voto rebus ipsis et factis, a la ciencia del Derecho) que ha operado además en la composición de la codificación de *leges e iura justinianea,* y que ha condicionado en los siglos sucesivos razonamientos y normas fundados sobre aquélla, alimentando una línea de unidad permanente del Derecho, regida por juristas-Universidad, más allá de los particularismos judiciales, y concurriendo además en modo determinante al desarrollo de una diferencia fundamental entre el sistema romanista y el common law.[26] De tal base, de-

22. Constitución del 529: cfr. C. 7, 45, 13. De estas palabras parece ser traducción, por ej. el artículo 43 del C.P.C. de Perú, de 1852: "Es prohibido también a los jueces: 1. Juzgar por exemplos".

23. Ibid.

24. Con estas palabras, FRONTONE había subrayado, en sentido opuesto, la característica de los decreta sic del Emperador Marco Aurelio (I, 6, Naber, p. 14), respecto de los cuales valía la doctrina según la cual nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat (Gai. 1, 5).

25. Sobre el proceso formulario romano, cfr., en general, G. PUGLIESE, Il processo civile romano, 2, Il processo formulare, 1, Milano, 1963, M. KASER, Das Römische Zivilprozessrecht, München, 1966; M. TALAMANCA, s.v., Processo civil (diritto romano), en Enciclopedia del Diritto, 36, Milano, 1987, 24 ss. Incisivamente, GROSSO, Premesse generali al corso di diritto romano, 4 ed., Torino, 1960, 147 ss. subraya la relevancia de la fórmula "nel definire ed esprimere i rapporti del ius civile" en cuanto de ella "si traggono i presupposti per la spettanza del mezzo processuale, e quindi gli elementi per argomentarne il rapporto sostanziale", que venía del magistrado "inquadrato in termini formali e inderogabili per la decisione del giudice".

26. En la perspectiva de la superación de la diferencia con el predominio del sistema angloamericano, R. POUND, The Spirit of the Common Law, 1 ed., 1921; 2 ed., Boston, 1966 (trad. it., Milano, 1970, 5 ss.), subraya que "il piú significativo movimento nei paesi che hanno recepito il diritto romano, é un cambiamento rispetto all'idea bizantina di un sistema rigido di norme formulate in maniera autoritativa, che i giudici possono soltando aplicare meccanicamente, in direzione dell'idea della common law secondo la quale i giudici hanno il potere di fare la legge attraverso la decisione delle cause".
Sobre esta diferencia, en el cuadro de un análisis del sistema romanista de parte de "un giurista di common law", cfr. también, p. ej., J.H. MERRIMAN, The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America, Stanford, 1969, (trad. it., Milano, 1973); G. SAWER, The Western, cit. Sobre su relevancia, cfr. la alusión fundamental y lúcida de CATALANO, Il diritto romano attuale, cit., 98 ss., que señala también la "confusión" de ciertos estudiosos del Derecho romano entre interpretatio prudentium y derecho judicial, ius honorarium y equity, praetor y juez.
Tal vez no contradice en cambio esta diferencia el resultado del examen histórico del papel que a veces pueden haber desarrollado o estar desarrollando ciertos altos tribunales en la medida en que se radican en la doctrina, se tornan en expresión de aquéllos; pero esta fijación sería profundizada, y sería examinada, con atención el peso que tienen las tensiones concretas de los intereses involucrados en el caso a nivel de tales tribunales. Como también una profundización específica sería oportuna en este cuadro, por cuanto atiene al establecimiento del valor de la doctrina legal.

rivan numerosos elementos estructurales del proceso mismo.[27]

Está después el aporte del Derecho Canónico; de la ciencia y formación del jurista que se irradia desde Bolonia; están los resultados de la tensión dialéctica con el complejo de los institutos propios de la formación social feuda.

Para el sistema jurídico romanista, una profunda renovación está señalada sin embargo por aquella fase de la historia que se inicia con los grandes descubrimientos geográficos, de los cuales el más significativo es el de América que incorpora en él nuevas res publicae, nuevos espacios, la gestación de un nuevo mestizaje, rompiendo los "universalismos cerrados" de la Edad Media y acentuando su contraposición con las instituciones de la feudalidad a la cual se habían enlazado, cambiando su base social y la estructura económica; acompañada y seguida por los nuevos desarrollos de la ciencia, de sus modelos y métodos y de su aplicación y por la industrialización. Esta fase de la historia culmina en las grandes revoluciones: En Europa, la Revolución Francesa y la Revolución de Octubre; en América Latina, la Revolución para la Independencia. Para los iudicia, todo ello ha significado la difusión del modus procedendi que se había plasmado, escrito, técnico, mediato, dispositivo, extendido en el tiempo y dividido en una serie de etapas cerradas y preclusivas, articulados en varios grados y caracterizado por la posibilidad de apelación; una magistratura técnica especializada; el énfasis puesto sobre la ley escrita; la discusión sobre la motivación de las sentencias, etc.[28] Ha significado también el fuerte impulso a una reproposición del discurso sistemático, con tendencias simplificativas y unificadoras y el pasaje de la atención científica desde el iudicum al processus.[29] Y después ha significado la reafirmación del elevadísimo objetivo circunscrito a garantizar que un juez, por lo demás técnico, venga a otorgar "justice" entre las partes, sin pretender participar del poder de plantear disposiciones que tengan valor "génerale et réglamentaire" (Code Napoléon, arts. 4 y 5).

De otro lado, en América Latina, tal modus operandi que venía mediante la tradición ibérica y que por ende, no concurría con las instituciones de la justicia feudal, se encontraba en cambio en la necesidad de confrontarse con las grandes distancias y la escasa población; con las disposiciones y procedimientos "sumarios" y la "verdad sabida" para los litigios que concernieran los indígenas; y mucho más;[30] así como

---

27. Sobre estos elementos, en este mismo congreso, cfr. la comunicación de G. PROVERA, Divagazioni romanistiche intorno al progetto di Codice tipo di Procedura Civile per l'America Latina, que evidencia cómo el proceso justinianeo se basaba sobre la atribución a un órgano público de la función de realizar la justicia aplicando con una sentencia la ley en los litigios entre privados, que provocan con su iniciativa el ejercicio de una tal función y por iniciativa de los cuales se rige la verificación de los hechos puestos a estudio judicial, que se desarrolla según reglas precisas sobre la carga de la prueba, y con la obligación para aquéllos de comportarse según buena fe, bajo el control del órgano juzgador, que puede también proceder en contumacia; sobre la apelabilidad de la sentencia, v. pues, la intervención de U. VINCENTI. De la vastísima literatura precedente, v. por todos, B. BIONDI, Intorno alla romanitá del processo civile moderno, en BIDR, 42, 1935, 356 ss., y en Scritti Giuridici, 2 Milano 1965, 269 ss., y el clásico aporte de CHIOVENDA, Romanismo e germanesimo nel processo civile, en RISG, 33, 1902, 305 ss., y en Saggi di diritto processuale civile, 1, Roma, 1930, 181 ss., sobre el cual cfr. TARELLO, L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale, en MSCG, 3, 1, 1973, 681 ss., particularmente, 714 ss., que, entre otras cosas, contiene ideas discutibles.

28. Cfr. LEVAGGI, Manual de historia del Derecho argentino (Castellano-Indiano/Nacional), 2, Judicial-Civil-Penal, Buenos Aires, 1987, 55 ss. y las citas ahí referidas, p. 91 s.; J.R. CRUZ TUCCI, A motivaçao da sentença no processo civil, Sao Paulo, 1987.

29. Cfr. N. PICARDI, s.v., Processo (Dr. moderno), en Enc. Dir., 36, Milano, 101 ss.; v. del mismo, Les racines historiques et logiques du code de procedure civil, en L'educazione giuridica, V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione. 1: Filosofia e scienza della legislazione, Napoli, 1988, 241 ss.

30. Sobre las adaptaciones del Derecho Procesal a las exigencias locales mediante "ordenanzas", cfr. E. RUIZ GUINAZU, La magistratura indiana, Buenos Aires, 1916, con referencia a las "Ordenanzas para los indios de todos los repartimientos y pueblos de este reyno", dadas en Arequipa, el 6.11.1575 por el famoso Francisco de Toledo; sobre la incidencia de la costumbre, cfr. p. ej., J. CORVALÁN MELÉNDEZ-V. CASTILLO FERNÁNDEZ, Derecho Procesal Indiano, Santiago, 1951, 53 ss.; A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia en el procedimiento ejecutivo indiano, en R.CH.H.D., 1978, 107 ss. Me parece que el tema es merecedor de más profundas investigaciones.

con el sucesivo predominio contrastado del "Estado moderno", con su tendencia a la "tutela del ordenamiento jurídico" (propio), respecto de otras experiencias de organización política y aspiraciones relativas a la "administración de la justicia". Principios de una especificidad me parecen que emergen en la acentuada y duradera conservación de instituciones y planteamientos existentes,[31] o en la expansión de otros, marcadamente democráticos como por ejemplo, el amparo, el mandato de segurança[32] o la publicidad de cada momento de la elaboración de la decisión judicial (incluso el momento del juicio) requerida en Brasil[33] o por las características del ordenamiento judicial.[34]

Sin proceder, también sobre esta segunda cuestión en la indicación aunque sea sumaria de otras especificidades notorias que, más de cuanto acontece en Derecho Civil, faltan aún investigaciones adecuadamente orientadas a la reconstrucción del sistema (carencia cuya superación será asaz importante), me parece que el proceso civil en América Latina pueda ser considerado en primer lugar caracterizado en todo caso, precisamente por proyectos de codificación de hondo espesor histórico y dogmático. Como ya subrayaba efectivamente hace años el colega Vescovi, frente a las "inextinguibles particularidades" que se constatan presentes, son elemento de "unidad del Derecho Procesal latinoamericano [...] por sobre todo, [...] los propósitos y planes comunes para el mejoramiento del servicio de la justicia en el mundo latinoamericano, que queremos más unido, más uniforme". Y él precisaba en un modo que me parece sugiere algunas palabras subrayadas, que tales intentos están fundados en la búsqueda de los "grandes principios en que coincidimos" que derivan "en primer lugar por ese origen común que continúa influyendo".[35]

3. La codificación procesal civil en América Latina: fragmentación y homogeneidad; la doctrina procesal civilista: herencia de los prácticos y procedimentalismo y sus límites; el impulso del sistema al Derecho Común mediante los principios generales y la adaptabilidad/adaptación del procesalismo científico; el anteproyecto del Código tipo; códigos vigentes-principios generales-anteproyecto-juristas; el problema de las jurisdicciones supernacionales.

La experiencia de elaboración de "códigos tipo" es una experiencia ya significativamente presente en América Latina. Ésta ha producido recientemente un código tipo para el Derecho Penal;[36] uno para el Derecho Tributario y por último (1986), en un congreso de Bogotá, fueron sentadas las bases para un Código Civil,

---

31. Cfr. p. ej., el conocido escrito de E.T. LIEBMAN, Istituti del diritto comune, cit.

32. Cfr. por todos, H. FIX-ZAMUDIO, El juicio de amparo, México, 1964; J. BARRAGÁN BARRAGÁN, Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo, 1812, 1861, México, 1980; ídem, Proceso de discusión de la Ley de Amparo de 1869, México, 1980; ídem, Primera Ley de Amparo de 1861, México, 1980; F. CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, História y práctica do habeas corpus: Direito Constitucional e Processual comparado, Rio de Janeiro, 1916 (8 ed., Sao Paulo, 1979); O. DA CUNHA, A tutela dos direitos individuaes lesados por ato do poder publico, en Scr. Calamandrei, 4, Padova, 1958, 299 ss.; J. GOMES B. CAMARA, Subsidios para a historia do direito pátrio, 4, Rio de Janeiro, 1967, 138 ss.; D. GARCÍA BELAÚNDE, El hábeas corpus interpretado (1933-1970), Lima 1971; M. AQUINO DE ORTIZ, Recurso de amparo, Asunción, 1969; A. GELSI BIDART, Derechos, deberes y garantías del hombre común, Montevideo, 1987.

33. Cfr. C.P.C., L. 5869/1973, art. 155; este principio es hoy, además, fijado en la Constitución de 1988, art. 93, IX.

34. Cfr. G. LOMBARDI, Premesse al corso, cit., 67, señala el principio de nombramiento de los jueces por concurso. V. también, p. ej., A. GELSI BIDART, Cuestiones de organización procesal, Montevideo, 1977. También este perfil del sistema merecería una profundización.

35. E. VESCOVI, Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano, México, 1978, 9 s.; cfr., también, ídem, Iberian Peninsula and Latin America, en Int. Enc. Comp. Law, 16, Civil Procedure, 6, Ordinary Proceedings in First Instance, 1984, 247.

36. Cfr. Código Penal tipo para Latinoamérica. Parte general (a cargo de F. GRISOLI), 3 vol., Santiago, 1973, en el cual están reunidos el proyecto y las memorias de las reuniones de 1963, 1965, 1967, 1969, 1970, y 1971 (para la concepción del código tipo, cfr., en particular, 1,1 140 ss.; 2, 11 ss.).

que se inició con el libro de las personas.[37] El "anteproyecto" para el proceso civil que hemos planteado al centro de nuestro congreso, constituye un documento de elevada madurez de elaboración y nivel científico. (El hecho mismo de que el colega Storme haya escogido nuestro congreso para anunciar, con su comunicación el inicio de los trabajos para una obra similar para el proceso civil de Europa, es signo y reconocimiento de la madurez alcanzada en América por esta tendencia y del recíproco y fructífero intercambio de experiencias científicas que puede realizarse en relación con la unificación del Derecho a partir de la base común del Derecho Romano).[38]

Me parece que se puede considerar que, como ha sido señalado, estas obras en América Latina se colocan y se alimentan de un lado, del Derecho Común del continente, sobre el cual se han insertado los Estados independientes haciéndolo propio y además, enriqueciéndolo con los códigos, y por el otro, de principios generales que de tal Derecho Común en cierto sentido constituyen una forma específica de presencia. En particular, el "anteproyecto" que aquí examinamos se coloca en tal posición. Me explico.

El Derecho Procesal Civil común en América Latina al momento de la independencia estaba formulado en una serie articulada de fuentes cuyo conocimiento global es fundamental para comprender y valorar su viscosidad y su vitalidad en la dinámica de los principales conceptos y normas concebidas, como también de las mismas fuentes. En este complejo emergían los códigos: Siete partidas 3; Recopilación de las leyes de los Reinos de Indias 5; Novísima recopilación 11: Ordenaçoes Philipinas 3 con el *Corpus Juris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici* sobre los hombros (*Decr. Greg. 2; Sext. 2; Clem. 2; Extr. comm. 2).*[39]

Con la independencia, fue confirmada, en forma global, la legislación preexistente, con excepción de los aspectos en contraste directo con la independencia misma y con las nuevas estructuras de gobierno; y las *Pandectas hispano-mejicanas o sea Código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las siete partidas, recopilación novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores hasta del año de 1820,* de J.N. Rodríguez de San Miguel, publicadas en México en el periodo 1839-40 constituyen la representación materializada en un libro de tal planteamiento, por el cual en el tomo 3ero., siguiendo el orden de las codificaciones precedentes, están reunidas en 40 títulos, reproduciendo "su literal tenor" y refiriendo la colocación originaria, todas las disposiciones *De la justicia, del actor, del reo, de los jueces y sus obligaciones, etc.* comenzando desde las de las siete partidas hasta

---

37. La iniciativa había sido propuesta en Lima, en 1985 (cfr. "Moción aprobada en la sesión de clausura", en AA. VV., El Código Civil peruano, cit. 35); las memorias están en prensa en Bogotá.
Es interesante recordar que en el Congreso de Lima de 1877/79, ya mencionado arriba, había sido presentada la idea de que, como alternativa a la unificación del Derecho Civil, se buscase la regulación uniforme del Derecho Internacional Privado; también los trabajos en esta dirección se insertan en el cuadro de las tendencias en examen, aunque sea a un segundo nivel, y no se puede dejar de recordar el Código de Bustamante (1929), sobre el cual ha comentado J. SAMTLEBEN, Internationales Privatrecht in Lateinamerika, cit.

38. Cfr. en general, R. DAVID, The International Unification of Private Law, en Int. Enc. Comp. Law, 2, The Legal Systems of the World. Their Comparison and Unification, 5, 1969, 179 ss.

39. Para el sistema de las fuentes en general, cfr. de un lato Rec. de l 2, 1, 1, y 2; 2, 2, 2; 2, 1, 4; 5, 2, 22; sin embargo, el Derecho romano era estudiado en las universidades y además, se podía recurrir a él en cuanto "sentencias de sabios", según la tesis, hecha propia, por J. DEL CORRAL, Commentaria in libros Recopilationis Indiarum, 2, 1, 45, sobre cual, cfr. A. GUZMÁN BRITO, Andrés Bello, codificador, 1, Santiago, 1982, 51 ss.; de otra parte, para el Brasil, cfr. Ord. Phil. 3, 64, Lei da boa Razao, y Lei de 28 de agosto de 1772 (Estatutos da Universidade de Coimbra), sobre cual ha tratado G. BRAGA DA CRUZ. O Direito Subsidiario na História do direito português, En Revo Portughesa de História, 14, 1965 (trad. italiana en I.R.M. Ae., 5 3b, Milano, 1981); J.C. MOREIRA ALVES, O direito romano na formaçao dos civilistas brasileiros até o advento do Código Civil, en Index, 14 1986, 225 ss.; SCHIPANI, Sistema jurídico e direito romano. As codificaçoes do Direito e a unidade do sistema jurídico latino-americano en Direito e Integraçao, Brasília, 1981, 42 ss.
Además de los códigos, me parece que sería importante tener presente los estilos, sobre los cuales cfr. GARCÍA GALLO, Manual de Historia del Derecho español, I, El origen y la evolución del derecho, 7ª ed., Madrid, 1977, 418 (§779), o, p. ej., la citación que ellos en C. MENDES DE ALMEIDA, Auxiliar jurídico, servindo de Appendice a 14 ed., do Código Phillipino, Rio de Janeiro, 1869 passim.

aquellas emanadas en 1840, aunque las de los últimos veinte años no eran "el objeto de esta obra".[40]

Después algunos países procedieron rápidamente a aprobar nuevos códigos sobre la materia; p. ej. Bolivia, impulsada también por el mismo Bolívar, el 14 de noviembre de 1832 promulgaba el Código de Procederes Santa Cruz elaborado por los jueces de la Corte Suprema de Justicia Baltazar Alquiza, Manuel Sánchez de Velasco, José Manuel Loza y por el representante del Ministerio Público, Mariano Enrique Calvo y que, aún con numerosas modificaciones, permaneció en vigor hasta 1976; Ecuador, en 1835; Venezuela, en 1836 promulgaba el Código de Procedimiento Judicial; conocido después como Código Aranda, por el nombre del jurista que fue su principal autor; Costa Rica, en 1841, en el ámbito de su Código General incluía también una parte sobre el proceso; Perú, en 1852 promulgaba el Código de Enjuiciamiento en materia civil del Perú (del 28 de julio de 1852). Otros países, en cambio, aun interviniendo en primer lugar sobre temas específicos y también por sectores como el comercial, tardaron diversos decenios en dotarse de un código de procedimiento civil: p. ej., Chile comenzó a legislar sobre la materia según un proyecto orgánico en 1837 (leyes derivadas del Proyecto Egaña), pero su primer Código de Procedimiento Civil promulgado con ley del 28 de agosto de 1902 entró en vigor el 1 de marzo de 1903;[41] y Brasil, después de un breve título único ("Disposiçao da justiça civil") incluso en el *Código do Proceso Criminal do Imperio,* del 29 de noviembre de 1832 predispuso un capítulo ("Ordem do Juizo nas Causas Comerciais") en el Código Comercial del 25 de julio de 1850 y un reglamento sobre la materia (Nº 737) que después fue extendido a las causas civiles (Decreto 763/1890), mientras que para éstas procede a una *Consolidaçao das Disposiçoes legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil,* obra de Al J. Ribas, aprobada el 28 de diciembre de 1876 y publicada en 1878,[42] y sólo más tarde se llega a la codificación.

Algunos países, además, con Constitución federal, descentralizaron la competencia sobre esta materia, y se enfrentaron con el particularismo que de ahí se deriva, y en ciertos casos, pues, prepararon el camino para la reunificación, o bien la lograron, o aún conservan el particularismo que se creó: así, en Argentina, no obstante el intento del gobierno que propuso inútilmente una ley uniforme (propuesta Costa de 1864-1866), se observa la proliferación de una serie de códigos (San Juan, 1869; Jujuy, 1872; Santa Fe, 1872; Mendoza, 1872; Córdoba, 1875; Tucumán, 1873; Salta, 1876; Santiago del Estero, 1876; Entre Ríos, 1876; La Rioja, 1877; San Luis, 1878; Catamarca, 1881;

---

40. Las Pandectas cit. tuvieron una segunda edición en México, 1852, y una reimpr. México, 1980, con Introducción de M. DEL REGIO GONZÁLEZ.

41. Cfr. Introducción. Detalle histórico de nuestra legislación procesal en lo civil, en los códigos chilenos anotados. Orígenes, concordancia, jurisprudencia, Santiago, 1918; B. BRAVO LIRA, Bello y la judicatura. La codificación procesal, en Andrés Bello y el Derecho, Santiago, 1982, 119 ss.; ídem, Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal, R.Ch.H.D., 9, 1983, 191 ss.

42. 1 ed., 1878; 2 ed., 1880; 3 ed., Rio de Janeiro, 1915. Cfr. J. GOMES B. CAMARA, Subsidios, cit., 3, Rio de Janeiro, 1966, 126 ss.; 4 cit., 99 22.; ídem, Estudos jurídicos e de Historia, Rio de Janeiro, 190, califica la obra de RIBAS como "a última das tentativas de codificaçao do Direito adjetivo uniforme", antes de la introducción del sistema federal.
Debe ser subrayado el recurso de Brasil a las "consolidaciones", de las cuales la más célebre es la Consolidaçao das leis civil, de A. Teixeira de Freitas. Sobre este tipo de fuente, cfr., por último, C. PECORELLA, Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana; J. BAPTISTA VILLELA, Da "Consolidaçao das leis civil" á teoria das consolidaçoes: problemas histórico-dogmáticos; A. GUZMÁN BRITO, Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el pensamiento A. Teixeira de Freitas, en Augusto Teixeira de Freitas ed il diritto latinoamericano, a cargo de S. SCHIPANI, Dal diritto romano alle codificazioni latinoamericane: l'opera de A. Teixeira de Freitas (Primer osservazioni sulla nozione di consolidaçao e sulla sistematica dei "fatti", en Diritto romano, codificazioni e unitá del sistema giuridico latinoamericano, en Studi Sassaresi, 5, 1977-78, 589 ss. A primera vista, me parece que las citadas Pandectas hispano-megicanas (supra n. 40) y estas consolidaciones se diferencian entre ellas en el hecho de que éstas están dispuestas según un orden sistemático diferente del que resulta propio de las codificaciones ibéricas y en la reformulación sintética de las normas, según criterios de economía expositiva; ambas obras se insertan en la línea de específica continuidad/innovación indicada y merecedora de profundizaciones ulteriores.

Corrientes, 1882), que fue por otro lado, parcialmente balanceado sea por la semejanza que en lo sustancial tenían, sea por un papel de modelo de la legislación federal y de Buenos Aires (Ley Nº 50 de 1863 para la Corte Suprema de Justicia y el Proyecto de J. Domínguez, que después, con algunas modificaciones, se convirtió en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires de 1878), sea por la doctrina (debe ser referido, p. ej., para el siglo pasado, la obra de los autores argentinos y, además, del español J. Vicente y Caravantes), y que llega a un proceso de unificación de los procesos de todos los tribunales nacionales mediante acuerdos, que después fueron superados sólo con el Código Procesal Civil y Comercial de la nación, que entró en vigor el 1 de febrero de 1968 (Ley Nº 17.454 del 20.9.1967.[43] También en México la competencia permanece descentralizada con la pluralidad contrabalanceada de varios factores, entre los cuales se cuenta la codificación federal: el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California (15.9.1872; después 15.9.1880, reformado en 1884; por ende, 29.8.1932) y el Código de Procedimientos Federales (15.9.1896; después 5.2.1909; por ende, 31.12.1942).[44] En Brasil, en cambio, después de un periodo de competencia descentralizada y la consecuente proliferación de códigos (Pará, con una ley y un decreto de 1904 y 1905, retomó sustancialmente el citado Reg. 737/1850 con integraciones; inicia después la serie de códigos Rio Grande do Sul en 1908; y siguen Maranhao, 1909; Espírito Santo, 1911; Rio de Janeiro, 1912; Bahia, 1915; Paraná, 1915; Piauí, 1920; Sergipe, 1920; Ceará, 1921; Rio Grande do Norte, 1922; Minas Gerais, 1922; Distr. Fed. 1924; Pernambuco, 1925;[45] Santa Catarina, 1925; concluyen Sao Paulo, nuevamente Espírito Santo, Paraíba do Norte en 1930; Amazonas, Goiás y Alagoas no produjeron códigos, pero siguieron la legislación precedente y la federal; Mato Grosso hizo una consolidación, 1925) para los cuales, por otro lado, se puede hacer la misma observación que arriba se incluyó para Argentina, el gobierno central reasume la competencia en esta materia y por virtud de ello promulga un código único para toda la República, que es federal; en Colombia en cambio, el periodo federal fue superado y con la ley 57 de 1887 fue puesto en vigor para toda la República el Código Judicial del Estado de Cundinamarca de 1858, que era ya servido a otros Estados, y en 1872 adoptado para las cuestiones de competencia de la Unión (fue después sustituido en 1888 y, salvo por el breve intervalo 1923-24, en 1971: Código de Procedimiento Civil aprobado el 6.8.1970).

De los códigos del siglo pasado, están aún en vigor los de Uruguay (1878), El Salvador (1880), Paraguay (21.11.1883), República Dominicana (1884); han aprobado recientemente nuevos Códigos Guatemala (14.9.1963), Argentina (citado), Bolivia (6.8.1975), Panamá (25.10.1984), Venezuela (22.1.1986).[46]

---

43. Cfr. A. LEVAGGI, La codificación del procedimiento civil en la Argentina, En R.Ch.H.D., 9, 1983, 211 ss.; E. VESCOVI, Elementos, cit., 9, n. 11; idem, Iberiano, cit., 212, n. 1588.

44. Cfr. M. DEL REFUGIO GONZÁLEZ, Historia del Derecho mexicano, en Introducción al derecho mexicano, 1, México, 1981, 11 ss., H. FIX-ZAMUDIO y J. OVALLE FAVELA, Derecho procesal, ibid., 2, 1254 subraya que "la existencia de tantos ordenamientos procesales civiles dificulta, en una medida considerable, el estudio completo del Derecho Procesal Civil mexicano. Sin embargo, se debe aclarar que esta cantidad tan grande de códigos no se ha traducido en una gran variedad en el contenido de los mismos. Así, la mayor parte de los códigos estatales ha copiado el contenido del viejo Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal del 29 de agosto de 1932, todavía vigente en dicha entidad".

45. Cfr. GOMES DE CAMARA, Subsidios, cit., 4 cit., 110 22.; M. LOBO DA COSTA, Breve notícia historica do direito processal civil brasileiro e de sua literatura, Sao Paulo, 1970, 66 ss.

46. Cfr. W. RODINO, Codici stranieri, en Enc. Giur. 6, Roma, 1988. Proyectos de nuevos códigos se encuentran en estudio en Colombia, Perú, Uruguay.

Es una fragmentación de las fuentes que ha comportado muchas particularidades, pero ha conservado la concepción de la centralidad del código y de una gran homogeneidad de fondo, de un lado ofuscada; de otro, enriquecida de aportes.

Sobre los hombros de esta sucesión articulada de códigos, además del derecho precedente y en el cuadro de una comunicación integral al interno del sistema romanista,[47] han sido particulares los ejemplos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del 5.5.1855 (después de reformada el 3.2.1881) y la Reforma Judicial Nova (13.1.1837), la Reforma Judicial Novissima (21.5.1841), el Código do Processo Civil, del 8.11.1876 portugueses,[48] cuyo planteamiento estaba, como generalmente se ha subrayado, predominantemente dirigido a insertar en la tradición algunas innovaciones, más que asumir como modelos el *Code de Procédure Civil francés de 1806,*[49] el cual, debe ser mencionado con especial énfasis, poco habría influenciado los códigos latinoamericanos (aunque a veces lo logró en forma indirecta, mediante la *Loi sur la Procédure Civile de Ginebra* de 1819, como en el caso de la referida Ley Nº 50 argentina.[50] Más recientemente, se encuentra la *Zivilprozessordnung* austríaca del 1.8.1895, los proyectos italianos a ésta conexos, como el de Chiovenda (1918-1920), Carnelutti (1924-1926) y la reforma portuguesa del 11.3.1967.[51]

Hay además, y sobre todo, una cultura jurídica particularmente atenta a la experiencia desarrollada en los tribunales (a menudo los proyectos fueron elaborados por altos magistrados), a las obras de los "prácticos" del período precedente y para la cual habían sido punto de referencia, ocasión de reflexión y lugar de discusión las Academias de Jurisprudencia Teórico-Prácticas y Derecho Real Pragmático/de Practicantes juristas/de Jurisprudencia/de Leyes y Práctica Forense; y de ello es expresión significativa, en un sector aún vasto y que debe ser estudiado, sobre todo en una perspectiva latinoamericana de conjunto, p. ej., la reimpresión mexicana de 1850 a cargo de Mariano Galvan Rivera de la famosa *Curia Philípica de Hevia Bolaños* (Lima, 1603): *Curia Filípica Mexicana. Obra completa de práctica forense en la que se trata de los procedimientos de todos los juicios y de todos los tribunales existentes en la República Mexicana;* o la reproducción en el *Auxiliar Jurídico,* a cargo de C. Mendes de Almeida (Rio de Janeiro, 1869), de los "Regimentos dos antigos Tribunales; Estylos, Assentos; Arestos"; o la edición "accomadata ao Foro do Brasil" de parte de A. Teixeira de Freitas (Rio de Janeiro, 1879), de las *Primeras linhas sobre o processo civil* de J.J. Caetano Pereira e Souza (Lisboa, 1810-1814) e (Rio de Janeiro, 1880) de la más didáctica Doutrina da Acçoes de J.H. Corrê Telles (Lisboa, 1819), obras que, por otro lado, habían

47. Me parece que sería útil un desarrollo también de los estudios sobre las influencias recíprocas de los códigos latinoamericanos entre ellos.

48. Cfr. sobre estas codificaciones, J.M. SCHOLZ [Die Gesetzgebung zum Verfahrente] Spanien. Y Portugal en Handbuch der Quellen un Literatur der neuereneuorpäischen Privatrechtsgeschichte, a cargo de H. COING, 23, 2, München, 1982, respectivamente, p. 2403 ss. y 2443 ss.

49. Cfr. V. FAIRÉN GUILLÉN, Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en Temas del ordenamiento procesal, 1, Madrid, 1969, 20 ss., que acentúa el carácter recopilador de la ley española, con un juicio sobre el cual se hallan puntualizaciones en SCHOLZ, Spanien, cit., 2417 ss.; v. también R.C. VAN CAENEGEM, History, cit., 64 ss., que refiere la valoración según la cual tal código sería el que, en Europa, ha conservado de manera más fiel la tradición del "proceso común". Para la codificación portuguesa, cfr. R.C. VAN CAENEGEM, History, cit., 65 ss., y SCHOLZ, Portugal, cit., 2463 ss., que oportunamente destaca también la carencia de literatura sobre el tema.

50. Cfr. A. LEVAGGI, La codificación, cit., 222 y 226; v. también, R.C. VAN CAENEGEM, History, cit., 192. La marginalidad de la influencia del código francés ayuda a valorar mejor la conservación de institutos del proceso del Derecho común subrayada por Liebman, y arriba indicada (v. texto principal y nota 31).

51. Cfr. R.C. VAN CAENEGEM, History, cit., 102 s.; VESCOVI, Iberian, cit., 212; LEVAGGI, La codificación, cit., J. GOMES B. CAMARA, Subsidios, cit., 4 cit., 116.

constituido ya la base de los *Primeros elementos prácticos do foro civil* de M.M.S. (1832; 2ª ed., Pernambuco, 1952), u otras obras como las *Primeras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro*, de J.M.F. de Souza Pinto; el Compendio de Theoria e Practica do Processo Civil comparado com o comercial e de Hermeneutica jurídica, F. de Paula Baptista (Recive, 1855, 8 ed., Sao Paulo, 1909); la Instrucción forense y orden de sustanciar y seguir los juicios correspondientes, según el estilo y práctica de esa Real Audiencia de La Plata, de F.J. Gutiérrez de Escobar, Presidente de la Real Academia Carolina de Chuquisaca redactada en 1782 y en circulación manuscrita (reimpresión Prontuario de los juicios, Chuquisaca, 1830; otra edición acomodada a la práctica observada en la Audiencia de esta Capital, Lima, 1818, reimpresión Santiago, 1846 y después, actualizada y revisada por G. Gutiérrez, y con el título Práctica Forense Peruana arreglada al estado presente de la Legislación, Lima 1849);[52] el Prontuario de práctica forense de M.A. de Castro (Buenos Aires, 1834);[53] el Tratado Elemental de Procedimientos Civiles en el foro de Buenos Aires, de M. Esteves Saguí (Buenos Aires, 1850). Así como, en otro sentido, se encuentran los debates más politizados e influenciados por las ideologías, relativos a la organización del Estado y de sus poderes, a las relaciones con los ciudadanos, a la contraposición entre centralismo y federalismo, a la duración de los procesos, debates en los cuales la ley parece ser el único instrumento de solución de los problemas.

Los códigos mismos, pues, han inducido el desarrollo de un tipo de trabajo interpretativo estrictamente conexo con el cambio del "libro" que materialmente estaba en las manos del abogado, del juez; que había entrado en su vida cotidiana; una labor de análisis fiel del nuevo texto legal y de enlace de éste con el pasado, así como con la casuística que debía ser afrontada, en diálogo continuo con algunas obras, sobre todo españolas (p. ej., el ya recordado *Tratado Histórico-crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, 1856, 58, de J. de Vicente y Caravantes) y sucesivamente, los franceses (el Traité Théorique et practique de procédure, 1882-1897 de Garsonnet) e italianas (los *Elementi di Diritto giudiziario civile italiano*, Turín, 1875-80 de Mattiroli; el *Commentario del codice e delle leggi di Procedura Civile*, 1901, de L. Mortara y otras).[54] La circulación de este tipo de obras latinoamericanas y europeas, que sería interesante conocer mejor, permite analizar a fondo la forma en que ellas también, no obstante encontrarse unidas a textos legislativos diversos, concurren a la unidad de la doctrina procesalista y del Derecho en América Latina; su límite metodológico, me parece, las torna inidóneas desde el punto de vista integral, para superar en un lapso largo, el particularismo estatal legalista latente, y a responder adecuadamente al impulso permanente del sistema por el Derecho Común y por un más rico aporte del jurista a una mejor administración de justicia.[55]

No debe olvidarse, además, que como he recordado ya, en la cultura jurídica latinoame-

52. Cfr. H. Espinosa Quiroga, La Academia de Leyes y Práctica Forense, Santiago, s.f., 11 s.; 18 ss.

53. Reimpr. Buenos Aires, 1945, con "Noticia Preliminar" de R. LEVENE.

54. Cfr. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Evolución de la doctrina procesal, en El Foro, 1, 1950, México, 107 ss., ahora en Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1956-1972), México, 1974, 305 ss. Sobre la circulación de este tipo de obras latinoamericanas y europeas, sería interesante profundizar para examinar a fondo cómo también éstas, aunque más ligadas a los diversos textos legislativos, concurren a la unidad de la doctrina procesalista en América Latina.

55. Para el papel de los abogados/bacharéis en América Latina, cfr. H.A. STEGER, Die Bedeutung des römischen Rectes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20, Jahrundert y Universidad de abogados y universidad futura, en Index, Cuaderni camerti di studi romanistici, 4, 1974, Diritto romano e universitá in America Latina, a cargo de P. CATALANO, 22 ss.; 59 ss.

ricana se encuentra también una presencia significativa y más predominante de aquel método de elaboración del Derecho del sistema romanista que, en la interpretación de las fuentes en vista de la elaboración de los códigos, y también de estas mismas, proyectándose más allá de aquéllos, tiende a desarrollar al máximo las potencialidades del discurso sistemático y constructivo, científico, capaz de insertar las normas, hechas del Estado por las nuevas leyes, en el Derecho común latinoamericano, mediante los principios generales; capaz de hacer vivir éstos, de tornarlos creativos gracias al jurista, y por ello mismo, más intensamente, con funciones unificadoras, más allá de los confines dentro de los cuales las diversas leyes rigen; capaz de garantizar a los códigos su vigencia como documentos del Derecho común. A. Teixeira de Freitas es, ciertamente, el exponente más original de este planteamiento, que no deja de estar presente, aunque en diferente medida, en muchos otros juristas, y que se refleja sobre los códigos.[56] Y nos parece posible vislumbrar, en este método, los presupuestos, que deben ser verificados en su efecto nexos históricos y conceptuales, en su potencialidad, sobre la base de los cuales aquel cambio metodológico relativo a los estudios sobre el proceso madurado desde los últimos decenios del siglo en Europa (piénsese en O. von Bülow, A. Wach, F. Klein, G. Chiovenda, F. Carnelutti, N. Alcalá-Zamora, J.A. Dos Reis, etc., es decir, en toda aquella tendencia de los estudios que se ha calificado como el "procesalismo científico"), se comunica en América Latina (me refiero a T. Jofré, H. Alsina, J.R. Podetti, E.J. Couture, F. Cavalcanti Pontes de Miranda, P. Batista Martins, A. Buzaid, L. Loreto, J. Toral Moreno, etc.),[57] inspira parcialmente algunos códigos,[58] las propuestas de reforma y la interpretación de otros, y sobre todo por otra de colegas aquí presentes, se transforma creativamente según líneas propias en factores de unificación.

Es decir, el "procesalismo científico" es madurado en Europa en una confrontación dialéctica entre germanismo y romanismo, apoyándose sobre el segundo en la unión de éste con una fuerte instancia racionalista y constructiva, que en él desarrollaba caracteres presentes y en cierto sentido de allí emanaba.[59] Él, en América Latina, abandonados algunos

---

56. La referencia evidentemente no es tanto de la idea de Freitas de elaborar un Código Geral (cfr. A. MEIRA, Teixeira de Freitas. O jurisconsulto do Imperio, 2ª ed., Brasília, 1983, passim y particularmente, p. 352 ss.), en consecuencia de la cual él estaba dispuesto a renunciar a llevar a término su Esboço que igualmente ha tenido tanta influencia sobre todo en el código argentino, y a todas sus tesis y producción, sobre los cuales cfr. varios aportes en Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, cit.; pero ninguno de los otros grandes juristas latinoamericanos ha dejado de contribuir, aunque en forma diferente, sobre esta línea de trabajo. Principios para valorar las diversas posturas, p. ej., de Andrés Bello sobre esta problemática, v. en A. GUZMÁN, Para la historia de la fijación del Derecho Civil en Chile durante la república. II: Estudio sobre los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad del Código Civil de Chile y SCHIPANI, Del Derecho romano a las codificaciones latinoamericanas: la obra de Andrés Bello. Pluralidad de fuentes del Tit. I del Lib. IV del Código Civil de Chile y de sus proyectos, respectivamente en REHJ, 2, 1977, 101 ss.; 6, 1981, 165 ss. y para considerar un procesalista, cfr. p. ej. J. MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, autor, entre otras cosas, de un Programa do curso de Direito Judiciário, Sao Paulo, 1910 (sobre el cual cfr. REALE, Filosofia em Sao Paulo, Sao Paulo, 1976, 93 ss.: "Escolástica e Praxismo na Obra de Joao Mendes Júnior"), con su énfasis en el papel de los "princípios", su relectura de la metodología presentada por los Estatutos de Coimbra de 1772 y de la obra de los "prácticos".

57. Cfr. N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Evolución, cit., en Estudios, cit., 320 ss.; ídem, Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana, en Estudios, cit., 479 ss.; ídem, La scuola processuale di San Paolo del Brasile, en Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 10. 1956, 864 ss.; M. REALE, 100 anos de ciencia do direito no Brasil, Sao Paulo, 1973, 21 y en Inchieste di diritto comparato, a cargo de M. ROTONDI, 6 Padova, 1976; M. LOBO DA COSTA, Breve noticia, cit., 75 ss., 95 ss., 119 ss.; H. FIX ZAMUDIO-E. HURTADO-MÁRQUEZ, La ciencia del derecho en el último siglo: México, en Inchieste di diritto comparato, cit., 459; A. LEVAGGI, Desarrollo del Derecho Procesal argentino en la primera mitad del siglo XX, en Rev. Inst. Hist. Der. 25, Buenos Aires, 1979, 273 ss.; H. DEVIS ECHANDÍA, Compendio de Derecho Procesal, 1, Teoría general del proceso, 5 ed., Bogotá, 1976, 32 ss.

58. En ellos (Guatemala, Argentina, Colombia, Cuba), los principios del proceso común serían "...modified, although timidly", según el juicio de E. VESCOVI, Iberian, cit., 212.

59. Otros son, también, los perfiles caracterizantes de tal método de la doctrina procesalista, entre los cuales, en primer lugar se encuentra el aislamiento de la disciplina respecto del Derecho "material", etc.; pero no quiero entretenerme aquí sobre estos puntos ni sobre los problemas conexos.

aspectos del debate inicial que acaso habían sido forzados, y sobre la base de una tradición caracterizada por una relación propia entre continuidad e innovación, Derecho Común de América Latina y los códigos, del cual hemos marcado ya algunos rasgos, nos parece haya sido creativamente adecuado para ser el instrumento para reconocer en los "principios generales del Derecho" y del "Derecho latinoamericano" el papel de aquéllos, su potencialidad, y para colocar los juristas en grado de afrontar la tarea histórica y urgente de redimensionar sobre el horizonte de la actualidad, la unidad y la renovación del Derecho Procesal en América Latina.

Los principios no son el resultado de un censo estadístico de las legislaciones actualmente en vigor en los diversos ordenamientos estatales de América Latina, pero constituyen las bases, los puntos de orientación del sistema, cuáles son identificables del complejo de sus fuentes, orientadas, ordenadas, seleccionadas; por tanto, las raíces *(principia rerum potissima pars* según Gayo en D. 1, 2, 1, no perjudica la ambivalencia entre tiempo y construcción lógica que el término ha tomado después) y unen el análisis histórico con el dogmático, con lo que se pone el primero al servicio del segundo, en una constante apertura crítica hacia el futuro, constituyen el instrumento de una reinterpretación de los cuerpos legislativos de los diversos Estados, que debe ser orientada por ellos.[60]

El "anteproyecto de código tipo" para el proceso civil en América Latina, redactado por los colegas A. Gelsi Bidart, L. Torello Giordano, E. Vescovi sobre la base de extenso trabajo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de las indicaciones aprobadas en numerosos congresos, debe ser, me parece, interpretado en este contexto; producto de un desarrollo de la doctrina procesalista latinoamericana que intenta reencontrar plenamente el propio Derecho Común, acrecentado con el aporte de más de un siglo y medio de independencia, y su instancia de justicia en la sociedad, en un momento histórico preciso.

Este anteproyecto no es el sueño de una "legislación ideal" que pretende emanar del escritorio "de un legislador filósofo" (estas son las conocidas palabras con las que, en su tiempo, A. Bello criticaba algunas actitudes y propuestas de sus contemporáneos y desarrollaba su labor con fundamento en el Derecho Romano),[61] pero interpreta y desarrolla el sistema en su compleja extensión y variedad espacio temporal.

Él es obra de juristas. Es expresión de la base del sistema: código-principios-juristas. Quiere decir, y creemos que bien se puede afirmar que así sea —pero estamos aquí para estudiarlo y discutirlo— la mejor expresión de los principios, de su dinamismo, de su formulabilidad en normas concretas.

Sobre esta base, el anteproyecto tiene, por ende, de frente una doble perspectiva: de un lado, el acogimiento de parte de los legisladores de los diversos Estados según las modalidades que pueden ser imaginadas;[62] del otro lado, como código que es obra de la doctrina y que ésta moviliza en un sistema en el cual ésta tiene un papel central; aquél tiene de frente el trabajo de los juristas que reinterpreten mediante él mismo las variadas legislaciones, que, es decir, no sólo intervengan sobre la base de

---

60. Cfr. supra p. 10 ss.; v. también R. LIMONGI FRANÇA, Princípios gerais de direito, 39 ss.; 149 ss.; P. CATALANO, Il diritto romano attuale, cit., 97, ss., y mi El "méthodo didáctico" di Augusto Teixeira de Freitas (primer osservazioni), en Agusto Teixeira de Freitas, cit., 549 ss.

61. A. BELLO, O.C., Santiago, 7, Opúsculos Jurídicos, reimpr. 1932, 137 ss.; sobre el cual cfr. mi Andrés Bello romanista-istituzionalista, en Scr. A. Guarino, 7, Napoli, 1984, 3451 y las lecturas ahí citadas. (Trad. española en Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, cit., 245).

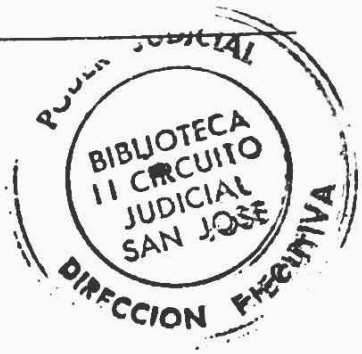
62. Cfr. p. ej. sobre el punto, la observación del colega Vescovi en su intervención de saludo (v. supra y en general, R. DAVID, The International Unification of Private Law, it., 84 n. [Concretamente se puede enfatizar que el proyecto en examen haya sido recibido en sustancia en Uruguay, y entró en vigor el 20.11.1989].

aquél cuando las legislaciones ostenten lagunas, sino que reordenen, reorganicen, extiendan y restrinjan, interpreten las normas de éstas basándose sobre aquéllas que sean más acordes con los "principios" del sistema del cual el anteproyecto sea expresión, y en este trabajo, también, los verifiquen y los orienten sistemáticamente, conforme con el sistema, la interpretación de los diversos cuerpos legislativos; que en sustancia, tejiendo la trama que enlaza legislaciones-principios-anteproyecto, renueven interpretativamente las primeras. Según este trabajo, en cierta medida, puede ser iniciado ya y agradecemos a los colegas latinoamericanos por haber querido involucrarnos en él.

El "mejoramiento del servicio de la justicia en el mundo latinoamericano, que queremos más unido, más uniforme" según las palabras ya citadas del colega Vescovi, a las cuales nos adherimos, plantea inmediatamente el problema de un momento de ulterior manifestación de la presencia de un Derecho Común, consciente de la relevancia de los intereses que a menudo son involucrados en la multiplicidad de relaciones entre personas "pertenecientes" a Estados diversos, y de la viscosidad entre las instituciones públicas y privadas de un aparato estatal que en tales casos pueden verificarse en la tutela de Derecho, implicando parcialidad efectiva. Por esto, nos ha parecido necesario que la última sesión de trabajos de este congreso, dedicada al problema de las controversias que tienen elementos de internacionalidad se plantea también en una perspectiva que va más allá del perfil procesal considerado en el "anteproyecto", y se abra a la consideración de la organización de eventuales jurisdicciones supernacionales, fuera de toda perspectiva de creación de super Estados, pero directamente adheridos a la unidad del sistema y portadoras de los principios comunes de él en su característico universalismo.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL GOBIERNO JUDICIAL. INDEPENDENCIA FORMAL Y REAL

DR. HUGO PICADO ODIO
Magistrado, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la Apertura del Año Judicial en Costa Rica, ha cobrado especial realce. Tal celebración se efectúa ahora con la presencia de los presidentes e integrantes de los Supremos Poderes, así como de miembros del Cuerpo Diplomático acreditado en nuestro país, amén de otras destacadas personalidades nacionales y extranjeras. Los actos alusivos a la apertura se han extendido también a todo el territorio nacional, dándosele así participación directa a las regiones. Ello pone de relieve un sentimiento que tradicionalmente ha anidado en lo más íntimo del alma costarricense, a saber, su profundo aprecio por la función judicial. Resulta apropiado entonces, tras esos eventos, reflexionar sobre el gobierno judicial y, concretamente, sobre su independencia formal y real. Al respecto, configurando el objeto de nuestra consideración un instituto complejo, conviene seleccionar algunos aspectos relevantes de su existencia para centrar en ellos la atención. El reparo sobre éstos, en particular, permite —más eficazmente que una relación generalizada de muchos tópicos— conocerlo mejor. Dado el espacio del cual disponemos, así como la naturaleza del tema a tratar, el método referido, creemos, es en este caso, aconsejable. Sin embargo, para llegar a estos aspectos —independencia formal y real— e interpretarlos con fidelidad, dentro del marco general en referencia —el gobierno judicial—, precisa incursionar en la etapa histórica del origen, para recoger ahí ciertos elementos de conocimiento importantes, para la feliz culminación de nuestro empeño.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Era Costa Rica, a principios del siglo XIX, una provincia muy pequeña, pobre e insignificante, dentro del proceso colonizador español en América. Su escasa población, sumida en el aislamiento por la falta de riquezas minerales, se hallaba entregada a la lucha crepuscular por la subsistencia, cuando sobrevino la independencia: un acontecimiento que la tomó por sorpresa. El mestizaje había sido muy acentuado en Costa Rica. Por las condiciones ya descritas no hubo encomenderos, sino simples labradores quienes, por falta de mano de obra indígena o esclava, se dedicaron ellos mismos a trabajar la tierra en una situación de igualdad pues todos, hasta las más altas autoridades, veíanse precisadas a hacerlo. En consecuen-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia, se fraguó una sociedad frugal y campesina, compuesta por habitantes pacíficos que vivían soterrados en sus haciendas. La noticia sobre el acta de independencia, firmada en la Capitanía General de Guatemala el 15 de septiembre de 1821, no llegó a Costa Rica sino hasta el 13 de octubre siguiente, casi un mes después. Tras la confusión que ella produjo, los costarricenses se aprestaron a organizarse políticamente, mediante la formación de un gobierno propio, pues la nave del Estado libre recién nacido, no podía quedar a la deriva. Toda aquella tradición de seres pacíficos, individualistas, amantes de la libertad y exentos de los traumas y resentimientos provenientes de las diferencias sociales, comienza a reflejarse a través de las leyes e instituciones nacientes. Lógico era que, dentro de tal idiosincrasia, la necesidad de un órgano encargado de resolver conflictos al margen de la violencia o la fuerza, se hiciera sentir de inmediato. Fue así como, tras dos meses de deliberaciones, se firma, el 1º de diciembre, el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica o "Pacto de Concordia". Dicho instrumento jurídico constitucional, en su artículo 41, establecía que la Junta, como Tribunal de Protección únicamente, hará que los jueces constitucionales administren pronta y rectamente justicia conforme a la Constitución española y leyes existentes. Pero consciente el costarricense de que el órgano judicial, en aras de su eficiencia, solidez e integridad, no podía estar en manos de la Junta de Gobierno, pues por la naturaleza de su función debía constituir una autoridad distinta y autónoma, da pasos de inmediato tras este objetivo.

3. NACIMIENTO DEL PODER JUDICIAL

Por decreto de 24 de septiembre de 1824, se preceptúa por vez primera que el "Supremo Poder del Estado estará siempre dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial". Tocante a esta última función, se estableció que ella estaría a cargo de una "Corte Superior de Justicia". Poco tiempo después en la "Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica" de 1825, se creó con rango constitucional el Poder Judicial disponiéndose al respecto que su ejercicio correspondía a una Corte Superior de Justicia y a los tribunales y juzgados establecidos por la ley. El artículo 88 prescribía que la Corte Superior de Justicia se compondría "de magistrados electos popularmente y su número no puede bajar de tres ni exceder de cinco". El 1º de octubre de 1826, en cumplimiento de lo ordenado por dicha Ley Fundamental se instala la primera Corte Superior de Justicia en Costa Rica, determinándose con ello el nacimiento del Poder Judicial. Cabe señalar que el 5 de diciembre de ese mismo año se emitió el Reglamento Interior de la Corte Superior de Justicia, al cual le sucedió otro promulgado el 14 de febrero de 1831, seguido por un tercero de 28 de julio de 1832. Por decreto emitido el 22 de abril de 1833, se dispuso que la Corte fuese integrada por cinco miembros propietarios. En otro posterior dictado el 23 de marzo de 1835, se aumentó el número de miembros a siete, con la siguiente denominación: uno presidente, otro fiscal y los cinco restantes magistrados. En la Ley de Bases y Garantías de 1841, se llamó a la Corte "Cámara Judicial", y se promulgó ese mismo año una nueva normativa para su funcionamiento, con el nombre de "Reglamento Orgánico del Poder Judicial". En el año siguiente, mediante Decreto LXVIII de 1 de junio de 1842, se publicó un nuevo reglamento, sin variación de nombre, en cuyo artículo 6 se estableció: "La Cámara Judicial se compone de cuatro magistrados y un fiscal. Se divide en dos Salas, y le corresponde la segunda y tercera instancia y las demás atribuciones que le da el Código".

Por Decreto de 8 de agosto de 1842 se le denominó a la Corte "Tribunal Superior de Justicia" y, en la Constitución promulgada en 1844, en el artículo 14, se consignó, por vez primera, el nombre "Corte Suprema de Justi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia". En 1845 se emitió la Ley Reglamentaria de Justicia Nº 41 de 23 de diciembre y, en 1852, el 18 de febrero, se dio un nuevo ordenamiento relativo a la administración de justicia, denominada "Ley Orgánica del Poder Judicial". El 10 de julio de 1873 se dicta la primera Ley Especial sobre Jurado en Costa Rica, institución que suscitó mucha controversia y disconformidad, debido a lo cual no logró consolidarse. En 1903, tras treinta años de existencia, se le suprime, sin que haya resurgido hasta la fecha, en la vida jurídica nacional. Antes, en 1853, se había promulgado el Código de Comercio, inspirado en el español de 1829, el cual se mantuvo vigente hasta el año 1964, o sea, por más de un siglo.

Como puede observarse, tras su independencia, Costa Rica, cuyo territorio, por las características antes apuntadas de su población, no fue necesario conquistar sino colonizar, se dedicó con entusiasmo a estructurar el naciente estado, empleando como medio o instrumento, no la fuerza o la violencia, sino la ley. Sus habitantes, pacíficos por naturaleza y amantes de la libertad individual, se entregaron con denuedo a la creación y el paulatino fortalecimiento de un Poder Judicial digno de su elevado cometido. Alentaba ese empeño una profunda y real convicción en torno al valor fundamental de la justicia en toda sociedad organizada, como elemento indispensable para su sólida formación. Viendo en la ley el vehículo idóneo para tender al ideal de justicia abrazado, el costarricense se aprestó de inmediato a la ardua labor de gestar un estado de derecho integral. De ahí su vasta producción legislativa, la cual concomitantemente iba modelando el órgano garante de su fiel cumplimiento. Elocuente manifestación de ese esfuerzo lo constituye el Código General de 1841, elaborado durante la administración del abogado don Braulio Carrillo Colina, el cual fue uno de los primeros Códigos emitidos en América Latina. Dicho cuerpo jurídico constaba de tres partes: la primera, sobre Derecho Civil; la segunda consagrada al Derecho Penal, y la tercera, dedicada a regular el procedimiento en materia civil y penal. En lo que a procedimientos penales concierne, ese Código General rigió hasta el año 1910.

4. CONSOLIDACIÓN DEL PODER JUDICIAL

En el siglo pasado, siendo Costa Rica aún muy joven como república independiente —en el año 1848 nació como tal—, la década de los ochenta marca una etapa prolífica y trascendental para la vida jurídica de la nación. El país comienza a afirmarse en el largo y difícil proceso de estructurarse políticamente y consolidar un régimen de derecho. En 1880 se promulga un Código Penal. En 1886, mediante enmiendas que el Congreso acuerda en la Constitución de 1871, se reorganiza la Corte Suprema de Justicia, creándose —dato asaz importante— la Sala de Casación, compuesta por cinco miembros, al igual que dos Salas de apelaciones, con tres integrantes cada una; o sea, que a partir de la vigencia de tal reforma (1º de enero de 1888) y hasta el año 1940, la Corte constará de tres Salas y once magistrados en total. Asimismo, con la reorganización de la Corte, inician su vigencia un nuevo Código Civil, otro de Procedimientos Civiles y una Ley Orgánica de Tribunales. El primero, reconocido como obra maestra en el campo del ordenamiento jurídico, aún se mantiene, con reformas que se le han venido haciendo, precisando, eso sí, de una revisión general para adaptarlo a las necesidades inherentes a una época muy distinta a la que lo vio nacer. El segundo, con importantes reformas introducidas en los años 1933 y 1937, estuvo rigiendo hasta el 3 de mayo de 1990. A partir de esa fecha rige el denominado "Código Procesal Civil", actual. La Ley Orgánica se mantuvo vigente hasta el año 1937. Cabe señalar que los dos Códigos sustantivos (Civil y Penal), como los de sus respectivos procedimientos, emitidos en la década

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

decimonónica de los ochenta, vinieron a sustituir las regulaciones correspondientes comprendidas en el Código General de Carrillo, promulgado casi cincuenta años atrás. En lo que a materia penal concierne, el aludido Código de 1880 fue sustituido por otro promulgado en el año 1924, el cual rigió hasta 1941, año en que se emitió otro. Este último tuvo una vigencia de 30 años, ya que el 14 de noviembre de 1971 empezó a regir el actual. En lo tocante a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el año 1937 se dictó la que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993. Recientemente la Asamblea Legislativa promulgó una nueva Ley Orgánica, la cual entró en vigor el pasado 1º de enero de 1994.

5. EL PODER JUDICIAL EN LA ACTUALIDAD

Al iniciar su vigencia la Ley Orgánica del año 1937, la Corte Suprema de Justicia se componía de tres Salas: una de casación, con 5 miembros; una civil y otra penal, con 3 integrantes, cada una. En consecuencia, la Corte Plena, formada por la totalidad de los magistrados de las diferentes Salas, constaba de 11 miembros. Vale acotar que en virtud de la precitada reforma introducida al anterior Código de Procedimientos Civiles en el mismo año 1937, y a las disposiciones de la nueva Ley Orgánica en referencia, quedó establecido el recursó de inconstitucionalidad cuyo conocimiento correspondía a la Corte Plena. La Constitución de 1871, en vigor entonces, no lo contemplaba. No fue sino hasta 1949, en la Constitución de ese año, cuando por precepto contenido en su artículo 10, dicho recurso contó con asidero en la Carta Magna. De ahí que, antes de esa fecha y después de 1937, no faltó quien lo reputara inconstitucional.[1]

Retomando la relación referente a la integración de la Corte, es menester consignar que por reforma legal acordada en el año 1940, fueron creadas dos nuevas Salas de apelaciones, una civil y otra penal. Al quedar entonces dos Salas civiles y dos penales, se denominaron: Sala Primera Civil, Sala Segunda Civil; Sala Primera Penal y Sala Segunda Penal, formada cada una por tres magistrados, por lo que sumándolos a los de la Sala de Casación, la cual conservó el número de cinco, los miembros de la Corte Suprema de Justicia, o Corte Plena, alcanzaron a partir de ese año y hasta 1989 —como más adelante se verá— la cantidad de diecisiete.

En 1943, con motivo de la promulgación del Código de Trabajo, fueron establecidos tribunales propios de la nueva jurisdicción, e incluso, uno colegiado de segunda instancia, integrado por jueces superiores. Ello revistió especial importancia, pues fue el precursor de un grupo creciente de tribunales de la misma índole, en otras jurisdicciones (civil, penal y hasta contencioso-administrativa) que, con el correr de los años, fueron creándose, asumiendo algunas de las funciones que antes formaban parte de la competencia general de las Salas reservándose para éstas las más delicadas y de mayor envergadura.

A través de la Ley número 6434 de 22 de mayo de 1980, denominada "Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia", se produce la reforma a varios artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1937. Ello entraña una importante modificación en la estructura misma de la Corte. La antigua Sala de Casación instaurada —como ya se vio— en el año 1888, desaparece para dar lugar a tres Salas especializadas de casación, integrada por sie-

1. Alocución del Sr. ex presidente de la Corte, licenciado Fernando Coto Albán, con motivo del sesquicentenario de la Corte Superior de Justicia de Costa Rica, publicado en la Revista Judicial Nº 4, p. 22, de Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te magistrados la Primera, cinco magistrados la Segunda y cinco la Tercera. A dichas Salas les correspondió conocer fundamentalmente y, entre otros asuntos, de los siguientes: a la Primera, de los recursos de casación y revisión que procedan con arreglo a la ley, en materia contencioso-administrativa y en juicios ordinarios civiles y comerciales, salvo tratándose de asuntos referentes al Código de Familia,[2] al derecho sucesorio y a juicios universales; del recurso de casación en diligencias de ocurso provenientes del Registro Público y del Registro de la Propiedad Industrial. Posteriormente se le asignó el conocimiento de la tercera instancia rogada en asuntos de jurisdicción agraria y se eliminó el recurso de casación en las diligencias de ocurso antes citadas.[3] A la Sala Segunda le correspondió conocer de los recursos de casación y revisión que procedan con arreglo a la ley, en juicios ordinarios de familia o de derecho sucesorio y en juicios universales, o en las ejecuciones de sentencia en el que el recurso no sea de conocimiento de la Sala Primera; de la tercera instancia rogada en asuntos de jurisdicción laboral. A la Sala Tercera se le asignó el conocimiento de los recursos de casación y revisión en materia penal, y de los delitos de injurias y calumnias previstos en la Ley de Imprenta. Ello, amén de los demás asuntos de naturaleza penal, que otras leyes atribuyen a la Sala de Casación.

Nueve años después, se emite la Ley número 7128 del mes de agosto de 1989, mediante la cual se reforman los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, para la creación de la Sala Constitucional, tribunal especializado de la Corte Suprema de Justicia, al cual se le atribuye competencia para declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público; asimismo se le asigna el conocimiento de los recursos de hábeas corpus y de amparo. Por otro lado, se le encarga a la susodicha Sala, dirimir conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones;[4] y conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley. Como puede apreciarse, la reforma constitucional de mérito significa un paso trascendental en la historia judicial costarricense (y en la vida misma de la nación), pues logra la especialización en materias tan conspicuas, en el ordenamiento jurídico del país, como la del hábeas corpus, del amparo y del recurso de inconstitucionalidad.

Poco tiempo después de la aludida reforma, la Asamblea Legislativa decreta la Ley número 7135 de octubre de 1989, denominada "Ley de la Jurisdicción Constitucional", la cual revitaliza un avance cardinal en el campo de protección de derechos y libertades individuales. Entre ellos se mencionan, verbigracia: que en materia de hábeas corpus todos los días y horas son hábiles, en virtud de lo cual, siempre habrá un magistrado de turno; el carácter vinculante erga-omnes de la jurisprudencia y precedentes dictados por la Sala Constitucional; la condenatoria, al pago de daños y perjuicios, al acogerse un amparo o hábeas corpus, los cuales se liquidan directamente en ejecución de sentencia, con lo que se evita la tramitación del juicio declarativo; el recurso de amparo contra sujetos de derecho privado; incorporación de la consulta constitucional previa, tanto de la Asamblea Legislativa como de los juzgadores.

Los alcances de la reforma de comentario afectaron también, por supuesto, la integración de la Corte Suprema de Justicia. Según el tran-

---

2. Este Código fue emitido mediante Ley Nº 5476 de 21 de diciembre de 1973. Entró a regir seis meses después de su publicación, la cual apareció en el Alcance Nº 20 a La Gaceta Nº 24 del martes 5 de febrero de 1974.

3. La Ley de Jurisdicción Agraria se promulgó por Ley Nº 6734 de 29 de marzo de 1982, reformada por Ley Nº 6975 de 30 de noviembre de 1984. La Ley de Creación de la Sección Tercera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Nº 7274 de 10 de diciembre de 1991, eliminó el recurso de casación en materia ocursal.

4. Dicho tribunal quedó consagrado en la Constitución Política de 1949, arts. 99 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sitorio correspondiente, la Sala debe integrarse con siete magistrados, dos de los cuales deberán escogerse de entre los miembros de la Sala Primera, cuya integración quedará así reducida. De conformidad con lo dicho anteriormente, esta última Sala contaba con siete miembros. Por consiguiente, al aplicarse lo dispuesto en el referido transitorio, la integración de la Corte quedó así: Sala Primera, Sala Segunda y Sala Tercera, con cinco miembros cada una, y la Sala Cuarta o Constitucional, con siete integrantes. Ergo, el número de diecisiete magistrados vigente desde el año 1940 se elevó a veintidós, a saber, la cantidad de magistrados que conforman la Corte Plena en la actualidad.

6. INDEPENDENCIA FORMAL Y REAL DEL PODER JUDICIAL

La independencia formal del Poder Judicial en Costa Rica se encuentra suficientemente acreditada por numerosas disposiciones constitucionales y legales del ordenamiento jurídico. Es así como encontramos preceptos en la Carta Magna que al señalar las funciones que le corresponden, consignan —por ejemplo el artículo 153— "...resolver definitivamente sobre ellas (a saber, las diferentes causas bajo su conocimiento) y ejecutar las resoluciones que pronuncien, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario". El 154 ibídem, establece que el Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley. El 155, consagra la independencia interna, o sea, entre los mismos tribunales, cuando señala que ninguno de ellos puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otros. El 158 tiende a la estabilidad de los magistrados, y a librarlos de influencias políticas, pues establece un período para el cargo, de ocho años el cual es de nombramiento de la Asamblea Legislativa, considerándose reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea se acuerde lo contrario. El 162 ejúsdem prescribe que la misma Corte nombrará su presidente, de la nómina de magistrados que la integran. Tal disposición es elocuente de la independencia que se le ha querido dar al Poder Judicial, pues en la Constitución anterior a la vigente, —la del año 1871— los presidentes de la Corte y de las diferentes Salas, eran nombrados por el Congreso. Así, sucesivamente, podrían seguirse mencionando, a guisa de ejemplo, muchas otras disposiciones legales y constitucionales que hacen patente la voluntad política de dotar al Poder Judicial de la necesaria independencia que un saludable régimen democrático y de derecho demanda. Verbigracia, el artículo 9 de la Constitución, el cual, en lo que interesa establece: "El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial".

El contenido de los acápites precedentes, pone de manifiesto un desenvolvimiento del Poder Judicial, para el cual su independencia ha sido factor determinante. Sin embargo, los costarricenses no se han conformado con los simples enunciados jurídicos ya existentes, pues se han empeñado en hacer reinar el principio en forma sólida e indiscutible en el campo de la práctica, de forma tal que la independencia formal tenga una correspondencia cabal en la realidad. Trasunto fiel de ese empeño fue la lucha desplegada por el pueblo costarricense para alcanzar la reforma al artículo 177 de la Constitución Política, con la cual se procuraba la independencia económica del Poder Judicial. En un momento determinado de su historia, el país llegó a percatarse que para dotar al Poder Judicial de la alta dignidad propia de su función, así como de los medios necesarios para cumplir satisfactoriamente su cometido, era necesario levantarle la tutela económica a que el Ejecutivo lo tenía sometido.

La iniciativa para lograr la reforma nació de la misma Corte. Una vez lanzada la idea a conocimiento de la opinión pública, suscitáronse voces de apoyo entusiasta e irrestricto, de lo más representativo de las fuerzas vivas del

país. Todos los órganos de prensa existentes a la sazón, escribieron editoriales propugnando la reforma; asimismo, connotados ciudadanos y líderes políticos de diferentes partidos, patrocinaron la iniciativa. Ejemplo claro del espíritu y la convicción que alentaron el referido esfuerzo nacional, lo constituye el siguiente párrafo extractado de un artículo publicado en el periódico "La República", el sábado 27 de abril de 1957: "Nada se haría con jueces integérrimos, como han sido siempre los de la República, si no les proporcionasen el confort y el equipo necesarios para desempeñar la función en forma acorde con su importancia. En otros términos, nada se haría con asignarle al Poder Judicial la principal función del Estado, si en manos de los por él controlados se deja la facultad de asfixiarlo económicamente".

Como líder indiscutible en ese encomiable esfuerzo por lograr la reforma querida, se erigió el ilustre ex magistrado de la Corte —en funciones entonces— licenciado don Evelio Ramírez Chaverri, quien en uno de sus numerosos escritos, expresó:

> "...quiero hacer presente que el único ideal que en esta pretendida evolución me anima, es el profundo convencimiento de que la exaltación de la justicia, sólo se alcanzará cuando la independencia del Poder Judicial sea absoluta". "Mantengamos, como artículo de fe, viva nuestra devoción por el Poder Judicial, aboguemos por su mejoramiento y démosle la majestad que necesita, porque la justicia es la sólida estructura sobre la cual descansa todo el orden social".[5]

El Presidente de la República de entonces, don José Figueres Ferrer, en un discurso pronunciado el 22 de marzo del año 1957, expresó:

> "Para mí, el respeto a la autonomía del Poder Judicial, en todos los aspectos, es una cuestión religiosa"[6].

La Facultad de Derecho, en sesión ordinaria, acordó:

> Expresar, una vez más, su simpatía a ese proyecto que tiende a dignificar como es debido la función judicial, concediéndole a dicho Poder la independencia económica necesaria para convertir en real y efectiva la independencia funcional que le concede el artículo 154 de la expresada Carta Fundamental. Reconoce esta Facultad que el Poder Judicial es una de las sólidas columnas que sostienen la democracia costarricense, como garantía que es para todos los ciudadanos del cumplimiento de las normas constitucionales y legales de la República.[7]

El diputado Quesada Chacón, miembro de la comisión especial dictaminadora sobre el proyecto, cuando éste se discutía en el seno de la Asamblea, dijo:

> "...analizamos concienzudamente las diferentes objeciones que se le hicieron. El darle así independencia completa al Poder Judicial, sólo beneficios podrá traerle al país. Y cualquier sacrificio de carácter económico que hubiera que hacer, estaría ampliamente compensado con esos beneficios, que indudablemente serán muchos. Si hubiera que hacer sacrificios en lo económico, y la situación presente es en el aspecto fiscal bastante delicada, pues que se hagan en cualquier otra parte de la administración, en cualquier otra rama de los gastos del Poder Ejecutivo o aun en la Asamblea Legislativa. Pero que se le den fondos con largueza, con toda la largueza necesaria, digámoslo así, en cuanto a la institución en sí en cuanto a la organización y en cuanto a la ubicación de sus oficinas al Poder Judicial".[8]

La reforma constitucional lo que pretendía era asignar, en el presupuesto ordinario de la República, un porcentaje apropiado al Poder Judicial, de manera tal que pudiera disponer de él, en forma segura. En lo que interesa, ésta rezaba:

---

5. Autonomía Económica del Poder Judicial, publicación del Poder Judicial, 1957, p. 34.
6. *Op. cit.*, pág. 44.
7. *Op. cit.*, pág. 27.
8. *Op. cit.*, pág. 39.

"...En el proyecto (se refiere al presupuesto) se le asignará al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico. Sin embargo, cuando esta suma resultare superior a la requerida para cubrir las necesidades fundamentales presupuestas por ese Poder, el departamento mencionado incluirá la diferencia como exceso, con un plan de inversión adicional, para que la Asamblea Legislativa determine lo que corresponda. El Poder Ejecutivo preparará para el año económico respectivo, los proyectos de presupuesto extraordinario, a fin de invertir los ingresos provenientes del uso del crédito público o de cualquier otra fuente extraordinaria".[9]

Como feliz culminación del arduo proceso relacionado, en sesión ordinaria de 14 de mayo de 1957, la Asamblea Legislativa aprobó, en tercer debate el proyecto en cuestión, con un total de 39 votos afirmativos y dos en contra.

La lucha emprendida, no obstante la explícita independencia formal de que se gozaba, era necesaria para ir labrando y consolidando la independencia real. Indudablemente, el espíritu pacífico, democrático y amante de la libertad y del derecho, propio del pueblo costarricense, coadyuvó en forma determinante a alcanzar el éxito. Fue esa misma idiosincrasia la que permitió que en el año 1948 se decidiera eliminar el ejército, el cual quedó proscrito constitucionalmente, en la Carta Magna promulgada el año siguiente, según el contenido de su artículo 12. Sin embargo, amén del temperamento comentado, una conquista como la obtenida con la reforma del artículo 177 constitucional, requería también de un esfuerzo posterior, sostenido y firme, en aras de su consolidación. Esa ha sido la experiencia de Costa Rica en el caso bajo consideración. Tras poco tiempo de hallarse vigente la reforma, fue preciso interponer un recurso de insistencia ante la Presidencia de la República debido a problemas que se suscitaron en su ejecución.[10]

El señor presidente, licenciado Mario Echandi Jiménez, emitió entonces la siguiente resolución:

"El Ejecutivo está obligado como Poder a asignar para gastos del Poder Judicial un determinado porcentaje de todo ingreso público que solicite incluir en el Presupuesto Ordinario, y por extensión, en toda ley modificativa del mismo. O, en otras palabras, que al proponer cualquier distribución del total de ingresos ordinarios, o de cualquiera de los renglones que formen este total, el Poder Ejecutivo no podrá disponer para gastos de la administración distintos de los que correspondan al Poder Judicial, sino de un noventa y cuatro por ciento. Esto quiere decir, en otros términos, que la reforma constitucional limitó las facultades del Poder Ejecutivo en lo que atañe a la preparación de proyectos de presupuestos del Poder Judicial, cuya cuantía debe necesariamente aprobar ahora en el tanto que corresponda al porcentaje que le fija la Constitución sobre el total de los ingresos ordinarios. Al Poder Ejecutivo y en particular a la Oficina de Presupuesto, no le atañe otra cosa sino acatar debidamente el precepto del párrafo adicionado al artículo 177, siendo absurdo e ilógico el parecer contrario. La disposición es terminante y no admite interpretaciones. El Poder Ejecutivo debe reservar en todo proyecto de distribución de ingresos ordinarios el porcentaje señalado por la Constitución Política y asignarlo al Poder Judicial. La Oficina de Presupuesto como departamento especializado en la materia no puede hacer caso omiso de tal obligación sin cometer grave desacato contra la Carta Fundamental de la República en su artículo 177. El Poder Judicial tiene garantizado por la Constitución Política el privilegio de que en todo proyecto de presupuesto preparado por aquel Poder, se le asigne el porcentaje que señala categóricamente el precepto constitucional. La reforma al artículo 177 tiene por objeto evitar esa situación (la de asignar sumas diferentes de las resultantes de la relación de porcentaje); y por eso resulta insostenible la tesis del señor jefe de la Oficina de Presupuesto, que si prospera vendría a destruir del todo la conquista alcanzada en la lucha por la independencia económi-

9. *Op. cit.*, pág. 41.

10. Tal recurso lo establece el mismo artículo 177 constitucional, el cual, en lo conducente reza: "En caso de conflicto, decidirá definitivamente, el Presidente de la República".

ca del Poder Judicial, que en un Estado de Derecho debe ser considerado el primer poder de la República."[11]

El esfuerzo por consolidar la independencia económica del Poder Judicial cuyo primer paso fundamental se dio con la reforma constitucional del año 1957, se mantiene aún. El cultivo de toda virtud, hasta hacerla florecer como guirnalda permanente que adorna la vida del ser humano o de una nación, requiere indefectiblemente de su ejercicio cotidiano. Abandonarlo significaría entrar en un proceso de languidez hasta hacerla perecer. Este fenómeno se aplica obviamente, al caso en consideración. La independencia formal lograda sin mucha dificultad, gracias al concurso solícito del pueblo costarricense en ese empeño, ha sido menester abonarla diariamente con actuaciones consonantes con el principio, a fin de convertirla en una independencia real; y para ello, la autonomía económica resultaba indispensable. Más de treinta años después de la reforma dicha, el Poder Judicial costarricense se mantiene en actitud de lucha constante por realizar ese ideal, lo cual será de incalculable valor para el engrandecimiento de la nación. Durante la presente administración gubernamental, en las tareas de preparación del presupuesto de la República para el año 1991, la Corte Suprema de Justicia, reiteró, mediante las gestiones pertinentes, la batalla que ha venido librando desde 1957. El señor Director General de Presupuesto Nacional comunicó a la Corte que el proyecto respectivo del Poder Judicial, sería modificado en lo concerniente a distintas revalorizaciones acordadas por ella. Tal medida lastimaba sensiblemente la función que le compete a la Corte de gobernar en forma autónoma, de acuerdo con su leal saber y entender, el Poder Judicial. Pues bien, al igual que lo ha venido haciendo a lo largo de la época aludida, la Corte formuló nuevo recurso de insistencia ante el señor Presidente de la República, en cuyo memorial de 30 de agosto de 1990, entre otras expresiones, se dijo:

"La función pública de administrar justicia, encargada en forma exclusiva al Poder Judicial por el artículo 158 de la Constitución Política, constituye uno de los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho. En la realización de tan alta función, el Poder Judicial goza de independencia funcional, en el sentido de que sólo está sometido a la Constitución y a las leyes de la República. Esta garantía de independencia sería nugatoria en el evento de que económicamente dependiera de alguno de los otros poderes del Estado. El espíritu de la norma constitucional no es otro que el de que el Poder Judicial realice la distribución de los recursos que le corresponde, de acuerdo con sus necesidades y en atención al orden de prioridad que en su seno se establezca. Se trata, en definitiva, de garantizar la autoorganización del Poder Judicial, y el cabal cumplimiento de la función pública que se le ha encargado. Al modificarse las partidas correspondientes conforme lo acordó la Corte Plena, no se está respetando lo dispuesto en el artículo 177 de la Constitución Política. Representa una lamentable intromisión que vulnera principios fundamentales de nuestro régimen de derecho. Ello en virtud de que entorpece la tradicional y esencial doctrina de la división de poderes sobre la cual se asienta nuestro sistema democrático y que funciona en la práctica a través del necesario sistema de frenos y contrapesos. Con tales intervenciones se le veda al Poder Judicial la necesaria independencia funcional para el debido cumplimiento de su misión dentro de este sistema. Por ello se hace necesario, que tanto en el presente como en el futuro se respete la autonomía del Poder Judicial, a efecto de evitar una grave crisis institucional de funestas repercusiones, pues entrañaría el debilitamiento y eventualmente la quiebra de nuestro Estado de Derecho"[12].

Ante tal planteamiento, el señor presidente, licenciado Rafael Ángel Calderón Fournier, acogió la gestión, expresando entre otros conceptos, lo siguiente:

"En ejercicio de la competencia que el artículo 177 de la Constitución Política me confiere, he girado a las autoridades correspondientes las respectivas instrucciones, a efecto de que se acojan, sin modificación alguna, los términos de los futuros anteproyectos de presupuesto de

11. Publicación citada sobre Autonomía del Poder Judicial, pág. 43.

12. Copia en archivo de la Secretaría de la Corte.

ese honorable poder, cuyo óptimo funcionamiento es tan necesario para la estabilidad de nuestro Estado de Derecho. En punto al actual proyecto del Presupuesto, solicitaré por la vía correspondiente a la Comisión de Asuntos Hacendarios incorporar al proyecto definitivo de presupuesto ordinario de 1991 el texto tal como fue enviado por la Corte Suprema de Justicia. Considero oportuno expresarle que es el firme propósito de esta Administración omitir toda medida que de alguna manera pueda constituir óbice para el logro de los fines de superación que el Poder Judicial persigue, logro a que todos los costarricenses aspiramos y al cual es acreedor el pueblo costarricense. Deseo externarle en esta ocasión el testimonio de mi profundo respeto por la independencia del Poder Judicial, a la vez asegurarle que comparto los más elevados propósitos en orden al mejoramiento de la Administración de Justicia, a cuyo efecto ofrezco incondicionales garantías de respeto a su independencia tanto funcional como económica".[13]

Con lo resuelto por el señor Presidente de la República se está logrando, en la práctica, la autonomía del Poder Judicial tocante a la formulación de su presupuesto. Constituye esa, otra etapa importante dentro del esfuerzo permanente por alcanzar la independencia real. Ahora se encamina la Corte en pos de otro logro cual es la libertad en la ejecución de su presupuesto. En ese sentido se están dando pasos firmes y eficaces, los cuales, esperamos, lleguen a verse coronados pronto, con la consecución del fin que les inspira.

7. LA INDEPENDENCIA PERSONAL DEL JUEZ

En un régimen democrático, como el nuestro, es la ley la que debe gobernar y no el hombre. Aquélla representa la voluntad del pueblo, en quien reside la soberanía. De tal manera, si es el hombre quien impone su voluntad, estaría suplantando a la del pueblo, reflejada en la ley. Debe haber pues, dentro del Estado democrático, un custodio debidamente organizado y estructurado para ese menester. Este es el Poder Judicial, el cual, para el fiel cumplimiento de su cometido, habrá de gozar de independencia manifestada en tres vertientes: 1ª) externa o hacia afuera frente a los otros poderes del Estado; 2ª) interna o hacia adentro de cada Tribunal frente a su propia jerarquía; y 3ª) de cada juez en lo personal, frente a los vicios, presiones o temores, los cuales atentan contra su virtuosa decisión. Según se colige, son muchos factores los que pueden incidir en menoscabo de las virtudes del juzgador, las cuales constituyen las mejores garantías de su independencia y, por consiguiente, de la del Poder Judicial. Como ejemplo, podríanse citar las presiones, de muy diverso linaje, personales o sociales, bien o mal intencionadas, las cuales tienden a influir en su criterio, marginándolo de la voluntad de la ley. Éstas podrían consistir, en un momento dado, en una campaña periodística fraguada a través de una óptica empírica y distorsionada del caso, contra cuya tesis, la cual ha calado en la opinión pública, debe fallar. De tales presiones, precisa liberarse, con valentía y determinación, el juez; de sus propias debilidades personales, las cuales podrían presentarse en torno a una causa subjúdice, para obnubilar o torcer su criterio; de la tendencia al menor esfuerzo, por vía de una resolución superficial, carente del debido y minucioso estudio. En fin, de todo aquello que tienda a apartarlo del recto y celoso cumplimiento de su sagrada misión, ha de liberarse el juez. He aquí otro de los pilares de la independencia del Poder Judicial, cuya realización corresponde, no a un ente abstracto, sino a todos los jueces en lo personal. Ello entraña una enorme responsabilidad en cabeza de

13. Oficio DPR-9-1494-5-90, del 11-9-90, en archivo.

cada juzgador, inclusive magistrados, la cual revierte en quienes tienen la obligación de nombrarlos, y en la jerarquía del Poder Judicial, traducida en el deber ineludible de adiestrar, formar y seleccionar debidamente a quienes asumen la función de administrar justicia. En ese sentido se han dado pasos importantes, recientemente, a través del régimen de carrera judicial, los alcaldes supernumerarios y, desde hace más de quince años, de una Escuela Judicial, la cual se ha venido consolidando y perfeccionando, hasta culminar con la firma de convenios con la Universidad Nacional y la Escuela de Magistratura de Sao Pablo, Brasil, para introducir el adiestramiento a nivel de posgrado universitario.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA EMPRESA AGRARIA

LIC. ÁLVARO JOSÉ MEZA LÁZARUS*

SUMARIO

Pág.

1. Marco teórico 44
2. Nacimiento de la teoría de la empresa en el Derecho, noción de empresa y Derecho Mercantil 44
3. Elementos o requisitos de la empresa 46
4. La economicidad como requisito para la existencia de la empresa 46
5. La organicidad 47
6. Los perfiles de la empresa 47
7. El requisito de la profesionalidad 48
8. El requisito de la imputabilidad 48
9. La hacienda o "azienda" como perfil objetivo de la empresa 49
10. La actividad como perfil funcional de la empresa 50
11. La empresa agraria 50
12. La tipicidad de la empresa agraria 51
13. El criterio de territorialidad 51
14. El criterio biológico 52
15. El critero de la especialidad 52
16. La existencia de formas jurídicas propias 52
17. Requisitos de la empresa agraria 53
18. La economicidad 53
19. Las actividades agrarias por esencia 53
20. Las actividades agrarias por conexión 54
21. La organicidad 55
22. Los perfiles de la empresa agraria 56
23. El empresario agrario 56
24. La profesionalidad del empresario agrario 56
25. La imputabilidad del empresario agrario 57
26. La hacienda agraria como perfil objetivo de la empresa agraria 58
27. El fundo agrario 59
28. Los instrumenta fundi 59
29. El fundus instructus 60
30. La actividad agraria como perfil funcional de la empresa agraria 60
31. Tipología de la empresa agraria 61
32. La empresa agraria en Costa Rica 61

* Profesor de las cátedras de Derechos Reales y Derecho Agrario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de la Escuela Libre de Derecho. Profesor de la Cátedra de Teoría de la Empresa Agraria del Posgrado en Derecho Agrario de la Universidad de Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. MARCO TEÓRICO

La empresa, como señala un autor, es actualmente, la piedra angular de la economía. El Derecho por su parte, ante esta realidad, —como señala BALLARÍN MARCIAL— tiene en la empresa, la piedra básica del edificio doctrinal de todo el Derecho patrimonial o económico.

El Derecho Agrario no ha escapado de esta incursión, que la economía, a través de la empresa, ha realizado en todo el entero Ordenamiento Jurídico Patrimonial. El propósito del presente estudio radica en determinar que la empresa agraria es una realidad incuestionable como fenómeno jurídico-económico y que como parte de ese género, la empresa agraria, participa de todos los requisitos propios del género, distinguiéndose a su vez de la empresa mercantil e industrial por la actividad desarrollada como fin productivo propio de toda actividad empresarial.

Asimismo, es también propósito de esta investigación el analizar los elementos de la empresa agraria desde su estudio tridimensional a través del sujeto-empresario, de la hacienda o "azienda", y de la misma actividad, todo ello desde la perspectiva doctrinal jurisprudencial y legislativa. Como acápite separado, el estudio de la empresa agraria en Costa Rica y su institucionalización no deja de ser uno de los aspectos de mayor importancia en la presente investigación.

A efectos de lograr lo anterior iniciaremos el estudio conceptualizando a la empresa en general y destacando los requisitos propios de la misma para luego adentrarnos al estudio y distinción de la empresa agraria. Por último, realizaremos una referencia el caso concreto de Costa Rica a efectos de plantearnos ciertas inquietudes y posibilidades del tema.

2. NACIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA EMPRESA EN EL DERECHO, NOCIÓN DE EMPRESA Y DERECHO MERCANTIL

La institucionalización de la empresa, como de todos es sabido, se da por primera vez en el Codice Civile italiano de 1942. Ello, sin embargo, no significa que el Derecho inventa la empresa, sino que, todo lo contrario, la descubre en la economía al constatar que la regulación que el Código de Comercio (anterior a la unificación del Derecho Privado en Italia), era muy distinta a la realidad económica del momento. Así, mientras en el Código de Comercio se regulaba sobre los actos aislados como propios y determinadores de la existencia de comercio, en la realidad la economía se regía por la existencia de los actos en masa o actos lógicamente concatenados y tendientes a un fin que se concebía como actividad.

MOSSA y VIVANTE son en realidad los precursores de esta idea al determinar que la realidad que envolvía las relaciones comerciales era una realidad de actividad y no de actos aislados. Los estudios de estos autores, junto con la específica situación política que pasaba Italia en 1942, permitieron la institucionalización, por primera vez, de la empresa en el Derecho.

Es de ese modo como la empresa, clasificada en mercantil o agraria, es regulada por este cuerpo de leyes, dando lugar a una serie de cuestionamientos que sobre este tema han hecho a la doctrina poco pacífica en cuanto a los mismos, resumiendo, la empresa es pues tomada de la economía y su aplicación se generaliza al entero Derecho encontrando referencias a la misma en el Derecho Laboral, en el Fiscal y en el mismo Agrario, entre otros.

Con anterioridad a la institucionalización de la empresa en el Codice Civile italiano de 1942 la empresa era concebida, de acuerdo con

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

GALGANO, desde dos aspectos:[1] como concepto restrictivo que no comprendía todas las actividades económicos sino solamente aquellas inherentes a los sectores de la industria y los servicios con exclusión de la actividad comercial, bancaria, aseguraticia y agrícola, —esta última excluida no solo de la empresa sino también del concepto general de acto de comercio—, y como concepto que identifica la especie de un más amplio género que es el acto de comercio, género que comprende no sólo la actividad de empresa sino también la actividad bancaria, aseguraticia y comercial. Señala el mismo autor que este concepto de empresa, restringido al concepto de acto de comercio refleja un estadio de la economía definible como "capitalismo comercial" en el cual el comercio y no la industria es el factor propulsor del desarrollo económico. "El concepto de empresa entra en el mundo de la categoría jurídica como categoría del cambio, y determina —según una fórmula que resulta común en la doctrina jurídica del presente siglo— la actividad de intermediación o de especulación sobre el trabajo".[2]

Es la transformación social producida por la transición del "capitalismo comercial" al "capitalismo industrial" (intervención directa de la clase mercantil en la producción), lo que da origen a la concepción jurídica de la empresa como productora de bienes y servicios en contraposición a la empresa como especuladora. El artículo 2082, del Codice Civile, define al empresario en general, es la base para esta concepción en la cual la empresa deja de ser una especie del género comerciante hasta cambiar la relación de género a especie. Establece el artículo citado: "Es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de la producción o del intercambio de bienes o de servicios".[3] De donde, será definida como empresa la actividad económica organizada con la finalidad de producción o del intercambio de bienes y servicios.

Según GALGANO,[4] "La introducción del concepto de empresario en lugar de la de comerciante, por artificio del Código Civil, fue el fruto de una técnica legislativa a la cual se daba el nombre de "método de la economía", la forma jurídica corresponde a la sustancia económica de los fenómenos regulados por el Derecho, el concepto jurídico tiene como punto de partida el concepto económico".[5]

De acuerdo con esta moderna concepción se concibe a la empresa como una fuente creadora de riqueza, sobreponiendo la producción por encima del intercambio de productos, lo que a su vez conlleva toda una concepción de política económica en donde el interés del Estado se presenta con mayor grado en la producción de bienes y servicios. De conformidad con estas consideraciones se incluyen como actividades de empresa no solo las industriales sino también las bancarias, aseguraticias, industriales, comerciales y aun las agrarias, las cuales no eran tomadas en consideración por la anterior concepción restrictiva de empresa.

---

1. GALGANO, F., *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto dell Economia*, (Padova, Cedam, Casa editrice, Milani, p. 2).
2. *Ibidem*, p. 3.
3. Codice Civile italiano, de 1942, artículo 2135.
4. GALGANO, F., *op. cit.*, p. 6.
5. *Ibidem*, p. 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. ELEMENTOS O REQUISITOS DE LA EMPRESA

La mayoría de la doctrina, a la hora de establecer los requisitos de la empresa, determina la existencia de cuatro aspectos a destacar, a saber: La economicidad, la organicidad, la profesionalidad y la imputabilidad.[6] A juicio del suscrito, de conformidad con un criterio metodológico más apropiado, debe de realizar una distinción —la cual realizo en el presente estudio— entre los requisitos de la empresa y los requisitos del empresario, dado que ambos conceptos si bien se interrelacionan existencialmente también determinan situaciones particulares con efectos jurídicos independientes. Es así como se analizarán como requisitos de la empresa la economicidad y la organicidad, en esta sección, y como requisitos del empresario —en la sección respectiva— los aspectos relativos a la profesionalidad e imputabilidad. No es redundante señalar que para la empresa se requiere de que la actividad del empresario sea ejercida profesionalmente, pero para efectos de orden, se considera conveniente su tratamiento por separado.

4. LA ECONOMICIDAD COMO REQUISITO PARA LA EXISTENCIA DE LA EMPRESA

En punto a la economicidad, se dice que este es un requisito de la empresa dado que esta es concebida como una actividad a la que se le añade el adjetivo de económica, por lo cual si la actividad, por más profesional y organizada que se desarrolle, no es conceptualizada como económica no existirá empresa.

La economicidad determina que la actividad, ejercida profesionalmente por el empresario, debe conllevar, irremediablemente, a la producción de bienes o servicios, el intercambio de los mismos o bien su transformación o industrialización.[7]

Algunos autores[8] han querido ligar el requisito de economicidad al concepto de lucro o fin lucrativo sin embargo, en ese sentido la doctrina mercantilista ha hecho notar como existen ciertas actividades en donde el lucro no es relevante y existe empresa, caso que es citado en dicha doctrina lo es el del restaurante que para brindar un servicio a una comunidad de escasos recursos se organiza profesionalmente y en forma organizada a efectos de cobrar por las comidas lo necesario para que pueda continuar desarrollándose la actividad económica.[9]

Otra parte de la doctrina,[10] la cual se adoptó en esta investigación, considera que el elemento de economicidad está ligado al concepto de eficiencia en el ejercicio profesional determinada porque esa actividad está dirigida a la producción de bienes y servicios o su intercambio.

---

6. Así puede verse a MESSINEO, F.; CERTAD, G.; FERRARA, F.; GALGANO, F.; SOLDEVILLA, A.; VATTIER FUENZALIDA, C., etc.
7. GALGANO, F., *op. cit.*, p. 8.
8. Puede verse la alusión que al respecto realiza CERTAD, G., *Temas de Derecho Mercantil* (Editorial Alma Mater, San José, pp. 23-25).
9. CERTAD, G., *op. cit.*, p. 25.
10. FERRARA, F., *Empresarios y sociedades* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 33).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

5. LA ORGANICIDAD

La actividad económica para ser concebida como actividad empresarial debe ser organizada racionalmente. La organización de la empresa incluye la organización de todos los factores de la producción (capital y trabajo), así como de las relaciones económicas. Ahora bien, al decir de CERTAD, "en que consista efectivamente la obra de organización desarrollada por el empresario, es un problema para cuya solución la ciencia jurídica se vale, por una parte de los resultados alcanzados por la ciencia económica y, por la otra, refiriéndose a la valoración de la conciencia social.[11]

En punto a la organización dos aspectos son los más discutidos por la doctrina, a saber: lo relacionado con la necesidad o no de la heterorganización y en segundo lugar con el mínimo necesario a organizar y el objeto de la organización para que exista el requisito de la organicidad en la empresa. Se han creado innumerables teorías que se ocupan de estos dos temas, para la presente investigación basta aceptar la tesis de la heterorganización, para el primer caso, y la de la necesidad de un mínimum de heterorganización para el segundo caso.

En síntesis, y siguiendo a GALGANO,[12] el elemento de la organización marca la diferencia entre la actividad económica productiva que puede ser concebida como empresa por cuanto se realiza organizadamente y la actividad productiva que no se constituye en empresa dada la no existencia organicidad en ella, en este último caso, se subraya el ejemplo de los trabajadores intelectuales y artistas dado que en estos últimos casos lo que se organiza no sobrepasa la esfera personal de aquel que cumple la realización de la obra.

En cuanto al objeto de organizar se ha señalado, que la organización puede ser de solo bienes o de solo trabajo. Asimismo en cuanto a los bienes que se van a organizar se ha dicho que se exige un mínimum de organización con tal de que la organización pueda desarrollar la actividad productiva.[13]

6. LOS PERFILES DE LA EMPRESA

Se ha dicho que la empresa puede ser estudiada, con mayor profundidad, desde la perspectivas de tres perfiles que componen su estructura, esto es, desde el perfil subjetivo que se ocupa del empresario, desde el perfil objetivo que se ocupa de la hacienda o "azienda", y desde el perfil funcional que abarca la actividad.

En cuanto al perfil subjetivo o empresario es sobre esta figura que gira la entera organización de los bienes de la empresa:

El empresario debe tener, como requisito necesario para realizar cualquier acto, la capacidad de actuar. El empresario, según la definición del artículo 2082 tantas veces citado seña-

---

11. CERTAD, G., *op. cit.*, p. 20.

12. GALGANO, F., *L'imprenditore* (Seconda edizione, Bologna, Zanicheli, 1974, p. 15).

13. CERTAD, G., *op. cit.*, p. 20. También GALGANO, G., *L'imprenditore, op. cit.*, pp. 15-17.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la que: "Empresario es quien ejercita la actividad económicamente organizada del intercambio o la producción de bienes y servicios.

El empresario tiene además ciertos requisitos a considerar en el presente estudio. Debe señalar como tales los requisitos de profesionalidad e imputabilidad.

7. EL REQUISITO DE LA PROFESIONALIDAD

La profesionalidad no involucra un concepto de estatus personal o una condición social, sino únicamente la estabilidad y no ocasionalidad.[14]

La profesionalidad, debe decirse, de manera resumida, que significa habitualidad, o no ocasionalidad así como sistematización en la actividad económica de empresa. Es reiterada la doctrina en considerar que la profesionalidad no está ligada al concepto de exclusividad ni preponderancia en el ejercicio de dicha actividad.

La profesionalidad, concebida de esa manera, determina que la actividad realizada estacionariamente o a intervalos o periódicos es también una actividad ejercida profesionalmente. La profesionalidad, eso sí, involucra realización constante de actos para llegar a ser concebida como actividad.

8. EL REQUISITO DE LA IMPUTABILIDAD

La imputabilidad de la empresa se refiere al punto del riesgo en la actividad empresarial debiendo considerarse que será calificado como empresario aquél que corre "con el álea que se deriva de la gestión de la actividad misma y como conjunto de obligaciones y correlativas responsabilidades a que está sometido y en las cuales puede incurrir el empresario en el ejercicio de la actividad empresarial".[15]

El riesgo en la empresa, desde el punto de vista mercantil ha sido visto desde dos aspectos: como riesgo en el proceso productivo y como riesgo entendido como conjunto de obligaciones y correlativas responsabilidades.

Como riesgo en el proceso productivo, es decir, riesgo en la gestión. En este aspecto la doctrina más moderna ha discutido en torno a si el riesgo en la gestión importa el uso del nombre, utilización esta que determinaría al responsable frente a terceros; otra parte de la doctrina considera que la utilización del nombre no determina la imputación del riesgo y por tanto del empresario. En resumen, y de conformidad con el criterio de la doctrina que se considera más acertada son responsables quienes tienen el dominio de la empresa y aun y cuando sean empresarios ocultos.

El riesgo también puede ser visto desde el aspecto de las obligaciones y correlativas responsabilidades que incumben al empresario en las relaciones contractuales y extracontractuales.

En este aspecto el riesgo está regulado tomando en consideración la tutela que se le ha de dar a los terceros por efecto de la actividad del mismo empresario con ellos.

---

14. GALGANO, F., *ibidem*, p. 28.

15. CERTAD, G., *op. cit.*, p. 21.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

9. LA HACIENDA O "AZIENDA" COMO PERFIL OBJETIVO DE LA EMPRESA

Dentro de la teoría de la empresa el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa tiene como nombre "azienda", esta palabra sostienen algunos autores iberoamericanos no tiene una traducción exacta en la lengua española de donde su traducción en la palabra hacienda no determina la total comprensión del término italiano y puede llevar a conclusiones equívocas dada la acepción que la palabra hacienda ha tenido en Latinoamérica, asimismo tampoco tiene su exacto significado en el español la traducción francesa del término "explotación" que en el idioma español tiene también un significado que podría llevar a equívocos por cuanto dicha palabra es utilizada más como verbo que como sustantivo. Esta investigación, en adelante adoptará el término hacienda como significado del término italiano "azienda" por cuanto considera es la más cercana al concepto italiano y tiene menos problemas que la palabra explotación por cuanto aún en su significado colonial se acerca más al vocablo italiano.

La hacienda está compuesta por una serie de bienes muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, reales o personales así como de determinadas y ordenadas relaciones económicas. No existe gradación en cuanto al valor económico que los bienes de la empresa han de tener, tampoco es necesaria una relación jurídica especial entre los bienes y el empresario, el único elemento esencial es la funcionalidad con respecto a la actividad empresarial.[16]

La teoría de la empresa tiene una importancia esencial para la economía jurídica por cuanto a través de ella se realiza la distinción entre propiedad de los medios de producción y actividad económica de conformidad con esta teoría no se requiere ser propietario de los bienes a efectos de constituir empresa, bastará al sujeto empresario la posesión de los mismos en virtud de algún derecho real o personal (como arrendamiento o usufructo, para poner dos ejemplos de ello), determinándose aquella distinción que realizaba SAY y complementaba GALGANO, entre capitalista y empresario.[17]

Por la importancia de este perfil de la empresa se ha llegado a confundir empresa y hacienda,[18] sin embargo, la tesis actual considera que ambos son conceptos que se complementan pero se distinguen a su vez, es oportuno citar, en este sentido, a FERRARA quien señala que "La hacienda es aquella organización productiva que constituye un capital; la empresa es la actividad profesional del empresario. Los dos conceptos están íntimamente ligados, porque la organización productiva está puesta en marcha por el ejercicio de la actividad profesional del empresario, es decir, por el ejercicio de la empresa, pero la empresa supone a su vez una organización por medio de la cual se ejercita la actividad",[19] y reafirmando lo anterior, SHEGGI sostiene "La empresa no existe, pero se ejercita. Lo que existe es el empresario como sujeto y la hacienda como objeto".[20]

---

16. *Ibidem*, pp. 70-80.

17. GALGANO, F., *L'imprenditore, op. cit.*, pp. 7-8.

18. Así MOSSA, L., *Tratado del nuevo Derecho Mercantil*, (Milán, sin edición, 1942).

19. FERRARA, F., *La teoría jurídica de la hacienda mercantil*, (Madrid, Editorial Revista de Derecho Pirvado, 1950, pp. 94-96).

20. SHEGGI citado por POLO, A., *Empresa y sociedad en el Derecho Mercantil*, (edición poligrafiada, s.f.p.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Con respecto a la hacienda se han elaborado una serie de teorias con respecto a su naturaleza jurídica, así como sujeto de derecho,[21] como patrimonio separado,[22] como universitas iuris, como universitas facti, como entidad atomizada,[23] y como organización.[24] Debe decirse que aún la doctrina no es pacífica en este punto.

10. LA ACTIVIDAD COMO PERFIL FUNCIONAL DE LA EMPRESA

La empresa desde la perspectiva de la actividad marca el perfil dinámico de su concepción. La actividad empresarial debe ser complementada con los requisitos que anteriormente hemos señalado como típicos de la empresa, es decir, la actividad para ser empresarial debe ser profesionalmente organizada.

Son actividades empresariales, a manera de ejemplo, la actividad de transporte, la actividad minera, la de seguro, la bancaria, la mercantil propiamente tal, la industrial, la agraria.

De conformidad con el criterio de actividad es que es factible la distinción de los diferentes tipos de empresa y en particular, la distinción general que es utilizada y derivada del Código Civil italiano del 42 entre la empresa mercantil y la empresa agraria, incluyéndose dentro de la empresa mercantil todas aquellas actividades económicas organizadas ejercidas profesionalmente diferentes de la agraria.

11. LA EMPRESA AGRARIA

La empresa agraria de conformidad con lo expuesto anteriormente es parte del género empresa, caracterizada por la actividad y en la que se presentan todos los elementos de la empresa destacándose, en algunos de ellos, circunstancias y requisitos diferentes. Es el propósito de esta parte de la investigación el determinar los elementos y requisitos de la empresa agraria y analizar todos sus elementos a efectos de distinguirla de la comercial.

La existencia de la empresa agraria y su estudio parte de la definición que en el artículo 2135 realiza el Código Civil italiano al señalar que: "Es empresario agrícola quien ejerce una actividad dirigida al cultivo del fundo, a la silvicultura, a la crianza de ganado y actividades conexas.

Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o enajenación de productos agrícolas cuando están incluidas en el ejercicio normal de la agricultura".[25]

En un principio, la doctrina mercantilista, que se vio compelida a aceptar a la actividad agraria como actividad susceptible de ser desarrollada empresarialmente, vio con marginalidad a la empresa agraria. Los mercantilistas, en su gran mayoría, consideraban que la dife-

---

21. Así ENDERMAN y MOMSEM.

22. Así BECKER y SANTORO PASARELLI.

23. Así ASCARELLI, T.

24. Así FERRARA, F.

25. *Codice Civile italiano de 1942*, artículo 2135.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rencia fundamental con la empresa agraria consistía en que esta se ejercía a través de un medio específico, cual era el bien tierra, asimismo, que la actividad agraria no se ejercía con criterios de economicidad, sin embargo, el tiempo ha cumplido su inexorable sentencia y se ha encargado de darle a la empresa agraria el sitial que debe de tener en el género empresa. Hoy en día, la mayoría de los mercantilistas, han aceptado la existencia de la empresa agraria y esta ha reforzado los estudios científico-jurídicos sobre la empresa gracias a la publicación de numerosos trabajos científicos sobre el tema.

12. LA TIPICIDAD DE LA EMPRESA AGRARIA

Algunos autores, sobre todo SOLDEVILLA[26] y VATTIER FUENZALIDA,[27] han querido distinguir la empresa agraria y justificar su existencia a través de criterios que determinan su tipicidad, los cuales se enumeran y explicarán a continuación, no sin antes aclarar que mientras el primer autor considera como tales los tres primeros, el segundo involucra un criterio más considerado en esta sección con el número cuatro.

13. EL CRITERIO DE LA TERRITORIALIDAD

Como criterio para determinar la tipicidad de la empresa agraria ha sido determinado el criterio de la territorialidad el cual consiste en sostener que la empresa agraria tiene una vinculación necesaria con la tierra dado que su actividad productiva debe desarrollarse sobre un específico bien cual es la tierra,[28] criterio este que para SOLDEVILLA es el que fue recogido por el Código Civil italiano en el artículo 2135, al referirse al fundo.

Este criterio, de conformidad con la doctrina moderna y la misma actividad productiva de productos agrarios no es un criterio eficiente dada la existencia de la agricultura sin tierra y la moderna concepción que en virtud de este desarrollo se dio del fundo. Aparte de ellos, como bien lo señala VATTIER FUENZALIDA, no debe de olvidarse la moderna elaboración que ha realizado el jurista MASSART para quien no es la tierra el objeto del cultivo agrícola sino las plantas.[29]

---

26. SOLDEVILLA, A., *La empresa agraria*, (Valladolid, pp. 19-42).

27. VATTIER FUENZALIDA, C., *Concepto y tipos de empresario agrícola en el Derecho español*, (Colegio Universitario de León, 1978, pp. 73-88).

28. SOLDEVILLA, A., *op. cit.*, pp. 26-28.

29. MASSART, A., *Contributo alla determinazione di agricoltura*, (en Revista de Derecho Agrario, 1974, p. 312 ss.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

14. EL CRITERIO BIOLÓGICO

Este criterio está basado en la llamada teoría de la agrariedad elaborada por el profesor CARROZZA para el cual la actividad agraria está caracterizada por el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al uso y disfrute de las fuerzas de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos vegetales o animales destinables al consumo directo bien tales o cuales bien previa o una o múltiples transformaciones.[30]

15. EL CRITERIO DE LA ESPECIALIDAD

Este criterio, considerado, por VATTIER como formal, determina para él la existencia de una problemática especial de importancia a destacar para detectar el punto de ruptura de esta materia con el Derecho Común.[31]

Con respecto a este criterio se refieren los autores a las diferencias que existen a efectos de lograr la constitución de la empresa, los contratos de la empresa, la enajenación de los productos agrarios, las relaciones laborales y en fin, puede decirse, todos esos elementos que llevan a marcar la diferencia, más que de la empresa, del Derecho Agrario del resto de las ramas del Derecho. Asimismo, los autores citados toman en cuenta la problemática referida a las empresas auxiliares, las consecuencias dogmáticas referidas al problema del autoconsumo mantenido estadísticamente en las actividades agrarias, y otras realidades socioeconómicas.

Como ya había sido señalado en el párrafo anterior este criterio es más propio de la problemática referida a la autonomía o especialización del Derecho Agrario que de la misma empresa agraria. Si partimos en este estudio de la autonomía científica del Derecho Agrario es obvio de que antes fue tomada en cuenta esta problemática especial, y superada, a efectos de conceptualizar la empresa agraria.

16. LA EXISTENCIA DE FORMAS JURÍDICAS PROPIAS

Con respecto a este criterio se habla de las formas típicas de la agricultura que en su estructura se pueden adoptar, propiamente agrarias, sobre todo regidas por el Derecho de la reforma agraria, algunas, y otras sometidas a normas de Derecho Común.

Este criterio también adopta los elementos referidos a las aportaciones de capital o trabajo en la empresa las cuales determinarán tipologías diferentes de empresa agraria.

Este criterio tampoco parece ser un criterio determinador, a juicio de la presente investigación, de la empresa agraria y su tipicidad dado que podría perfectamente ser aplicable para todo el entero Derecho de conformidad con criterios económicos y sociológicos amplios en

---

30. CARROZZA, A., *La noción de agrario*, (agrarieta). Fundamento y extensión (San José, FIDAC, 1983, pp. 98-115).

31. VATTIER FUENZALIDA, C., *op. cit.*, p. 76.

los cuales cualquier tipo de empresa puede encontrarse sometida en su delimitación a aspectos referidos a aportaciones de capital y trabajo, recordemos todos los intentos cogestionarios o autogestionarios que se han dado en el mundo tanto en naciones socialistas como en sociedades capitalistas como la nuestra.

17. REQUISITOS DE LA EMPRESA AGRARIA

De conformidad con la estructura la presente investigación analizaremos en dos secciones diferentes los aspectos referidos a los requisitos de la empresa, es decir, la economicidad y organicidad en esta sección y la profesionalidad e imputabilidad en la sección referida al empresario agrario.

18. LA ECONOMICIDAD

Al igual que en la empresa como género, la empresa agraria se refiere desde el punto de vista de la economicidad, a que la actividad desarrollada por el empresario debe consistir en una producción de bienes (más asimilable a la empresa propiamente industrial).

Al igual que como sucede en la misma empresa mercantil al hablar de actividad económica no se hace alusión al fin de lucro sino a la eficiencia.

La actividad económica desarrollada por la empresa agraria es una actividad determinada por la finalidad de producción de vegetales o animales obtenidos de la cría o/y el cultivo de plantas y animales. Asimismo, como actividades necesariamente complementarias a la actividad agraria han sido señaladas aquellas de enajenación, transformación o industrialización de los productos obtenidos, siempre y cuando dichas actividades puedan ser calificadas como conexas de la principal que es la productiva.

Pasaremos a enunciar, muy brevemente, las actividades que señalan la economicidad agraria.

19. LAS ACTIVIDADES AGRARIAS POR ESENCIA

La actividad de cultivo de vegetales, y crianza de animales son actividades que se considera esencialmente agraria, incluye la actividad propiamente de agricultura, conteniendo a su vez el concepto de agricultura sin tierra, así como la silvicultura, la crianza de animales (a diferencia de la concepción del Código Civil italiano que determina únicamente la crianza de ganado, palabra esta última que no refleja el género animal).

De conformidad con la concepción moderna de agrariedad se requiere que el hombre participe en el desarrollo del ciclo biológico a efectos de que el cultivo del fundo o de los vegetales, o la crianza de animales pueda considerarse como parte de la actividad agraria, es decir, la actividad extractiva (por ejemplo, recolección de frutos que naturalmente caen del árbol no es considerada actividad agraria).

Asimismo esta misma actividad humana está limitada al hecho de no controlar el entero ciclo biológico dado que en tal caso no nos encontramos ante una actividad agraria sino ante una actividad industrial. De ese modo, será actividad agraria el cultivo de vegetales en invernaderos, incluso mediante los métodos de cultivo sin tierra, (v. gr. los cultivos hidropónicos o aeropónicos), sin embargo, no son actividad agraria la crianza de bacterias a efectos de obtener de ellas los antibióticos.

En cuanto a la destinación que se le den a los productos obtenidos luego del ciclo biológico debe decirse que el consumo puede ser a efectos de obtener alimentos para el consumo humano o animal así como en la obtención de productos para consumo que no sea el alimentario (así, a manera de ejemplo, la cría de toros de lidia, para vestido, adorno u otros).

Son también actividades esencialmente agrarias las relativas a la crianza de animales de toda especie siempre que en esta actividad se desarrolle el ciclo biológico de conformidad con la teoría de la agrariedad del profesor CARROZZA y se obtengan de los mismos los productos destinables al consumo. A diferencia de la redacción del Código Civil italiano en la que la interpretación textual del artículo 2135 sólo permitiría la crianza de ganado (bovino, equino, porcino, vacuno, caprino) como actividad de empresa agraria, de conformidad con la teoría de la agrariedad la cunicultura, apicultura, avicultura, piscicultura, etc., sería activida de empresa agraria.

Por último debe recordarse que la actividad de producción de animales y vegetales con fines meramente científicos no es una actividad de empresa agraria dado que en ella, precisamente, falta el requisito de la economicidad y destino al mercado.

20. LAS ACTIVIDADES AGRARIAS POR CONEXIÓN

De conformidad con el Código Civil italiano y de acuerdo con el método de la economía que citamos anteriormente como criterio adoptado por el legislador italiano a efectos de la promulgación del Código de 1942, el artículo 2135 incluye como parte de la actividad agraria aquellas actividades de enajenación y transformación de los bienes obtenidos del cultivo del fundo y la crianza de animales; actividades estas, que, siendo por esencia civiles o mercantiles se transforman en agrarias por su conexión con las actividades agrarias por esencia.

Ello es así por cuanto la realidad económica demuestra que el productor de animales y vegetales, luego de obtenidos los productos, no los conserva para sí —salvo esos excepcionales— sino que los transforma y enajena a efectos de obtener las utilidades que le permitirán su manutención y mejoramiento de vida y la misma continuidad de la actividad agraria, sin perder por ello su calidad de empresario agrario.

Para que una actividad de esta índole se convierta en agraria por conexión se debe de dar, en primer lugar una doble conexión: subjetiva de una parte, es decir que quien produce el producto vegetal o animal sea quien enajene o transforme el producto; y objetiva de otra parte, es decir, que el bien producido sea el mismo que se transforme o enajene.

Aparte de esta doble conexión se requiere además que tales actividades de enajenación o transformación sean realizadas por cuanto las mismas sean normales en el ejercicio de la empresa (y no de la agricultura como indica incorrectamente el artículo 2135 tantas veces mencionado), o bien, como lo afirma la doctrina agrarista, sean accesorias de una actividad principal y prevalente que es la agraria, o bien

(criterio errado) que se realicen en un medio de ruralidad.[32]

Algunas actividades, que se han dado en llamar, por la doctrina, como auxiliares de la actividad agraria, cuales son, por ejemplo la de fumigación, limpieza de terreno o cultivo etc., realizadas por quienes no ejercerán la actividad agraria, no son calificadas como actividades agrarias por cuanto en ellas no existe la doble conexidad antes apuntada.

21. LA ORGANICIDAD

La organicidad en la empresa agraria, al igual que en el género empresa, es un requisito sine qua non para su existencia. En materia agraria quizás el aspecto de la organicidad toma un carácter distinto en el tanto se incluye como tal al cultivador directo, muchas veces cuestionado por la doctrina mercantilista, sin embargo, partiendo de la idea de que la organización no necesariamente requiere la presencia de trabajo y capital organizado, sino que es posible la misma sólo capital o sólo trabajo, debe decirse que el cultivador directo al realizar su actividad por sus propios medios y en forma personal y exclusiva, sí reúne el requisito de economicidad, racionalidad y eficiencia, podría organizar al externo el bien frugífero y su capacidad técnica y fuerza de trabajo, no dependiendo, como en el caso de los profesionales intelectuales, de su propio conocimiento sino también de otra serie de factores del fundo y climatológicos así como de los mismos frutos obtenidos.

Para que exista empresa agraria no se requiere que exista organización de trabajo ajeno, incluso, en la llamada empresa agraria de autosubsistencia, existe toda una organización (heterónoma) que permite su conceptualización como empresa agraria, de todas formas, para que una actividad agraria de autosubsistencia pueda calificarse como actividad de empresa debe procurar obtener y preservar los medios necesarios para que se continúe realizando empresa agraria de subsistencia.

En torno a los elementos que componen la empresa agraria debe de señalarse que nuestra Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha abordado el tema cuando en repetidas ocasiones señala que "Son tres los elementos que componen la estructura de la empresa: 1) organización de bienes o cosas, 2) organización de personas y 3) fin productivo y poder organizativo, siendo el primero de estos el que distingue a la empresa agraria de los otros tipos de empresas, pues la organización de bienes necesaria para la producción, debiendo realizarse esta, en torno a un bien principal". (Véase sentencia número 44 de las catorce horas treinta minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa).

32. Véase SALAS, O., y BARAHONA, R., *Derecho Agrario*, (pp. 12-14).

22. LOS PERFILES DE LA EMPRESA AGRARIA

Al igual que se estudió en la sección referida a la empresa como género, en esta sección trataremos de realizar el estudio de la empresa desde el punto de vista de sus perfiles, es decir, en lo que respecto al sujeto o empresario agrario, el objeto o hacienda agraria, y la función o sea actividad agraria.

23. EL EMPRESARIO AGRARIO

De conformidad con lo señalado en la sección referida al empresario en general, el empresario agrario, no solamente es aquél, como señala GIUFFRIDA,[33] que realiza las actividades señaladas en el artículo 2135 del Código Civil italiano, sino además quien cumple los requisitos establecidos para el empresario por el artículo 2182 del mismo cuerpo de leyes.

De conformidad con lo anterior y la misma relación de esta investigación a continuación enunciaremos los aspectos referidos a la profesionalidad e imputabilidad del empresario agrario.

24. LA PROFESIONALIDAD DEL EMPRESARIO AGRARIO

La profesionalidad en el empresario agrario, al igual que en el empresario en general, no evoca una noción referida a la profesión del titular de la empresa —salvo en casos particulares y específicos del empresario agrario que ejercita la empres de reforma agraria, como veremos más adelante— sino que evoca la idea de habitualidad o no ocasionalidad en el ejercicio de la empresa.

Algunos autores, mercantilistas y agraristas, consideran que en el empresario agrario debe de darse la exclusividad en el ejercicio de la actividad agraria,[34] sin embargo, esta posición está negada por lo que a juicio de esta investigación es la mejor doctrina,[35] la cual considera que la profesionalidad en el empresario agrario no debe ser exclusiva, admitiéndose que el empresario pueda ejercitar una doble actividad por un lado agraria y por otro una actividad propia de otros sectores, "part time farming". Si es parte de la idea de que la actividad agraria no debe ser ejercida ocasionalmente aunque sí estacionalmente de conformidad con características propias del cultivo o, inclusive económicas. Así será considerado empresario agrario quien todos los años, en los meses de agosto y setiembre se dedica a comprar cerdos con el objeto de engordarlos durante los cuatro meses siguientes a efectos de venderlos en el mes de diciembre en el cual el precio, debido a las festividades de Navidad y Año Nuevo, tiene un incremento de suyo

---

33. GIUFFRIDA, G., *Acerca de la empresa agraria*, (en Jornadas Ítalo-iberoamericanas de Derecho Agrario, España, Universidad de Salamanca, 1976, pp. 5-11).

34. LEGA, C., *Agricoltura e proffesionalista*, (Rivista de Derito Agrario, Milán, abril-junio, 1970, p. 152).

35. GALGANO, F.; GALLONI, G.; GIUFRIDA, G., etc.

económicamente importante en virtud de la oferta existente.

En cuanto al fin de lucro, no es este, al igual que en la empresa mercantil, un requisito sine qua non para la existencia de la empresa agraria. La profesionalidad no lleva implícita y necesariamente esta intención y obtención de beneficios, bastando únicamente para ello que se dé la economicidad antes analizada, por su parte el destino al destino, aun y cuando algunos autores como SALAS y BARAHONA,[36] no la consideran un requisito de la profesionalidad en el empresario agrario, si, a juicio de esta investigación es necesaria dado que es parte de los requisitos de la empresa en general, sin que ello signifique que la empresa de autoconsumo no sea empresa agraria dado que ésta, al consumir sus propios productos influye en la demanda por lo cual también lo hace en el mercado.

Por su parte, no han de considerarse como empresas agrarias aquellas en las cuales el ejercicio de la actividad agraria sea por mero entretenimiento, o "hobby", dado que en ellas el requisito de la profesionalidad no se cumple en el tanto si bien son actividades agrarias no son actividades de empresa agraria y no interesan, para su regulación, al Derecho Agrario.

En cuato al empresario agrario su capacidad técnica, como regla general, constituye la posibilidad de desarrollar el ciclo biológico o bien la de organizar los bienes productivos con el objeto de que se desarrolle sobre la base material de ellos el ciclo biológico.

La actuación directa del empresario agrario sobre la actividad agraria sólo es exigible en ciertos casos producto de la tipología de la empresa agraria. En efecto, si bien esto es un problema de Derecho Positivo es una regla que la mayoría de las legislaciones no exigen la conducción directa de la empresa por el empresario agrario admitiéndose la misma únicamente para ciertas empresas en las cuales la conducción directa es no sólo obligatoria sino también consustancia a la empresa, ejemplo de ello lo constituye la empresa de reforma agraria o la empresa comunitaria campesina.

25. LA IMPUTABILIDAD DEL EMPRESARIO AGRARIO

Es empresario agrario aquél al cual se le imputa el riesgo de la empresa, en materia agraria la empresa está sometida a un doble riesgo —considerado por algunos como triple riesgo—,[37] por un lado el riesgo económico natural y normal que constituye en la posibilidad o no de que su actividad económica sea productora de utilidads o no y conduzca a toda la gama de responsabilidades contractuales y extracontractuales posibles; y el riesgo biológico-climatológico —que incluye el tercer riesgo que señala CARROZZA— en el cual el empresario agrario está sujeto a todas las condiciones propias de los animales y vegetales (riesgo genético, evolutivo, productivo y microbiológico de los seres vivos y de los recursos naturales renovables), así como a las condiciones climatológicas que afectan la producción de animales y vegetales y en el cual se incluyen los aspectos relativos a los recursos naturales renovables también.

El riesgo en la actividad agraria también se extiende a las actividades conexas, es decir, a aquellas mercantiles o industriales que se

36. SALAS, O., y BARAHONA, R., *op. cit.*

37. CARROZZA, A., *El riesgo en la agricultura*, (edición poligrafiada).

convierten en agrarias por su relación con una actividad agraria concebida como principal.

Para algunos autores, entre ellos GALGANO,[38] este triple o doble riesgo —como quiera determinarse— es el elemento determinante a efectos de que la empresa agraria tenga una regulación legislativa diferente a la mercantil a efectos de disposiciones como la quiebra de la empresa.

Debemos decir, que aun y cuando en la agricultura moderna y tecnificada (cultivos e invernaderos, hidropónicos y aeropónicos, etc.), se disminuya el riesgo, ello no significará de alguna manera que sobrepasamos la frontera de la empresa agraria para introducirnos a la industrial, todo lo contrario, estas actividades serán siempre agrarias por cuanto el riesgo biológico en ellas no ha desaparecido por completo dado que los animales y vegetales, como seres vivos, están sometidos a las reglas de evolución propias de estos seres.

26. LA HACIENDA AGRARIA COMO PERFIL OBJETIVO DE LA EMPRESA AGRARIA

La hacienda agraria, concebida como conjunto de bienes organizados a efectos de la producción de vegetales o animales, está compuesta por una amplia gama de diversos bienes.

Dentro de los bienes de la hacienda agraria se incluyen tanto bienes inmuebles como bienes muebles. El autor PUGLIATTI, señala que la empresa agraria tiene como característica que la diferencia de la mercantil el hecho de ser centrípeta en el sentido de que ella gira en torno de un bien principal que es la tierra, esta afirmación si bien es parcialmente cierta no lo es en su totalidad producto de la llamada agricultura sin tierra. No puede negarse la importancia fundamental que hoy en día, sobre todo en países subdesarrollados, tiene el bien tierra para la empresa agraria, sin embargo, tampoco puede afirmarse que esa supremacía se conservará en un futuro no muy lejano.

Pueden ser parte de la hacienda agraria demás los bienes materiales (tierra, trascotres, etc.) como los bienes inmateriales (derechos como el de usufructo o el mismo de servidumbre, arrendamiento, etc.). Lo que se requiere en ello es que todos estén unidos por un criterio de funcionalidad en torno de la producción de vegetales o animales.

Son parte de la hacienda agraria las relaciones económicas que puede haber constituido u obtenido el empresario agrario, entre estas relaciones económicas pueden citarse el crédito así como la clientela.

Ahora bien para que estos bienes, de tan diversa índole, constituyan parte de la empresa agraria se requiere de un acto de destinación de los mismos a la actividad de producción agraria, este acto sólo puede ser realizado por aquél bien quien tiene el poder de destinación, poder que no necesariamente recae en el empresario en los casos en que este no sea propietario de los bienes o no tenga un derecho real sobre ellos capaz de destinar dichos bienes a la producción agraria.

A continuación y siguiendo una teoría propia de los romanos, analizaremos los bienes más importantes dentro de la hacienda agraria.

38. GALGANO, F., GALLONI, G.

27. EL FUNDO AGRARIO

El fundo mientras no esté destinado a la actividad agraria, en virtud del poder de destinación, es un bien que es considerado desde el punto de vista civil, más propiamente, desde el punto de vista de los Derechos Reales. Se requiere de un acto de destinación a efectos de que el fundo pueda ser parte de la empresa agraria. De conformidad con GALLONI: "La figura del titular del poder de destinación del fundo no coincide ni con la del propietario, ni con la del empresario, pero sí coincide con la del que tiene de hecho o de derecho los poderes de destinación del fundo a la producción; el titular del poder de destinación del fundo es aquél que después de organizado el fundo, puede organizar la empresa agraria sobre el mismo, o, sino, conceder a otro u otros el ejercicio de ese poder".[39]

Nuestra jurisprudencia ha establecido al respecto que "El acto de destinación del bien a la producción constituye el paso del derecho de propiedad estático propio del Derecho Civil, que se concentra todo en goce y disfrute, al derecho de propiedad dinámico, propio del Derecho Agrario, donde esta constituye un instrumento de producción...". (Voto número 29 de la Primera de la Corte Suprema de Justicia de las catorce horas y veinte minutos del treinta de marzo de mil novecientos noventa, entre otras).

Una vez destinado el fundo a la producción este deviene en fundo agrario, sometiéndose a toda la regulación que para ello determine el Derecho Agrario, como elementos del fundo se determinarán al suelo, a las aguas y a las mejoras.[40]

La Sala Primera de la Corte ha echo eco de las modernas concepciones sobre fundo cuando en sentencia número 44 antes citada expresó que "en la agricultura tradicional el bien productivo principal en torno del cual se organizan los otros bienes es el fundo agrario, pero en la agricultura moderna el bien principal puede operar sin fundo. Tal es el caso de la empresa zootécnica en la que el bien principal son los animales que se crían e incluso puede operar la agricultura sin fundo en los cultivos hidropónicos, aeropónicos, la acuacultura e incluso en la producción de invernaderos. El fundo, cuando llega a constituirse el elemento esencial y típico de la organización de los bienes, no ha de entenderse en cuanto tierra como hecho físico o natural, sino en cuanto se destine o tenga la posibilidad de ser destinada a la producción y en consecuencia ser susceptible de una utilización económica productiva".

28. LOS INSTRUMENTA FUNDI

Los instrumenta fundi eran concebidos por el Derecho Romano como aquellos bienes muebles que eran sometidos al fundo a efectos de que el mismo se sirva de ellos. Entre estos instrumenta fundi se encuentra desde un tractor hasta las palas, picos y arados utilizados en la producción de vegetales y animales. Con respecto de estos bienes es confluyente la noción de acto de destinación antes analizada.

Los bienes muebles puestos al servicio del fundo, devienen en instrumenta fundi en razón de la funcionalidad de que están provistos en relación con el fundo y su destinación a la producción. Están calificados, precisamente, por

39. GALLONI, G., *Lezione sul diritto della impresa agricola*, (Liguori editrice, 1984, p. 137).

40. *Ibidem*, p. 128.

su idoneidad para acreceer la productividad del fundo. Asimismo, a efectos de que estos bienes puedan considerarse instrumenta fundi debe de darse una vinculación estable y duradera con respecto al fundo y no ocasional.

Aparte de los instrumenta fundi, deben considerarse como distintos a éstos, los llamados iura fundi o derechos del fundo, los cuales constituyen derechos que han sido puestos al servicio del fundo (v. gr. las servidumbres) y los pars fundi que serían fundos puestos al servicio de otro fundo.[41]

29. EL FUNDUS INSTRUCTUS

El concepto de fundus instructus romano surge, para muchos, como algo idéntico al concepto de hacienda agraria dado que este concepto romano era el equivalente de la suma del fundo más los instrumenta fundi e involucraba una idea de finalidad productiva. El fundus instructus romano, también al igual que la hacienda agraria está provisto de una cierta autonomía con respecto a la autonomía de los singulares bienes que lo formaban.

En la presente investigación debemos de señalar que aun y cuando el fundus instructus es un concepto que puede determinarse como la base embrionaria de la hacienda agraria, en realidad no puede asimilarse en completez a ésta dado que en la hacienda agraria confluyen además una serie de elementos que no se consideran ni muebles ni derechos sobre el fundo, sino que están conceptualizados a través del concepto de relaciones económicas antes señalado brevemente. De todas maneras, el concepto de fundus instructus es útil a efectos de señalar esa característica de especialidad de la materia agraria, la cual es ponderada desde la misma Roma antigua.

30. LA ACTIVIDAD AGRARIA COMO PERFIL FUNCIONAL DE LA EMPRESA AGRARIA

Dentro de los perfiles de la empresa el perfil dinámico contempla a la actividad agraria, la actividad por sí sola es la que distingue a la empresa agraria de los otros tipos de empresa y es el hilo conductor, de conformidad con CARROZZA[42] que hace al instituto de la empresa agraria como típico del Derecho Agrario.

Con respecto a la actividad agraria cabe decir —por cuanto el tema fue tratado con anterioridad en la sección referida a la economicidad de la empresa agraria— que la misma debe ser concebida tomando en consideración la teoría de la agrariedad del profesor CARROZZA, concibiendo como tales las actividades esencialmente agrarias (cultivo de vegetales y cría de animales) como las conexas (enajenación y transformación de los productos agrícolas cuando ellos son accesorios de la actividad agraria determinada como principal).

El tema es retomado, en el capítulo referente a la empresa agraria en Costa Rica por cuanto el tema cobra otros matices al ser ana-

41. *Ibidem*, pp. 211-227.

42. CARROZZA, A., *La noción de agrariedad*, (agrarieta). Fundamentos y extensión, op. cit., p. 113.

lizado el punto de conformidad con el Derecho Positivo de un país determinado dado que las técnicas legislativas son diferentes así como las mismas necesidades y legislación.

31. TIPOLOGÍA DE LA EMPRESA AGRARIA

La empresa agraria puede ser clasificada de conformidad con ciertos criterios, así, de acuerdo con el empresario agrario y la organización de la empresa puede ser clasificada en: empresa familiar agraria, empresa agraria colectiva, empresa agraria capitalista —mejor denominada a mi juicio empresa agraria privada—, empresa agraria autogestionaria, empresa agraria pública, empresa agraria comunitaria campesina, empresa de reforma agraria, etc.

Si bien es cierto para estos tipos de empresa se requieren los requisitos y elementos de la empresa, es lo cierto, que en Derecho Positivo existen requisitos adicionales a la profesionalidad, para citar un ejemplo, que determinaran regulaciones jurídicas diferentes para algunas de estas empresas, así, en la empresa colectiva y autogestionaria la calidad de exclusividad es importante, en la empresa agraria comunitaria campesina y la empresa de reforma agraria es lo mismo exigiéndose ciertas condiciones socioeconómicas a los sujetos titulares de las mismas.

Asimismo, de conformidad a la hacienda agraria la empresa agraria puede clasificarse como pequeña empresa agraria, mediana empresa agraria y gran empresa agraria, pudiéndose encontrar requisitos y regulaciones diversas, sobre todo en materia de crédito, para cada una de ellas.

32. LA EMPRESA AGRARIA EN COSTA RICA

En Costa Rica mucho se ha debatido sobre la existencia de la teoría de la empresa en nuestra legislación, así, FERNANDO MORA, considera que puede encontrarse la teoría de la empresa en nuestro Código de Comercio, sobre todo al referirse dicho Código a la empresa de transporte, lo cual es negado por otra parte de la doctrina nacional, así CERTAD. Sin embargo, es lo cierto que de conformidad con la redacción de nuestro Código de Comercio es imposible determinar la existencia de dicha teoría, al menos dentro del plano legislativo, para nuestro Derecho Mercantil dado que el mismo de conformidad con los artículos 5 y 17 contempla un criterio de acto objetivo de comercio y formal a efectos de determinar la calidad de comerciante de las personas físicas y jurídicas, respectivamente. Sin embargo, no es lo mismo en el aspecto agrario debido a la nueva legislación que al respecto existe. Veamos:

En Costa Rica se ha institucionalizado la teoría de la empresa agraria a partir de la promulgación de la Ley de Jurisdicción Agraria de 1982, así, dicha ley, en sus artículos 1 y 2 inciso h) no hace sino introducir en nuestro Derecho Agrario dicha teoría.

Señala el artículo 1 en su párrafo final que corresponde a la competencia agraria conocer en forma exclusiva, sobre los conflictos que se susciten con motivo de la aplicación de la legislación agraria y de las disposiciones jurídicas que regulan las "actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas". Es decir, de conformidad con esta redacción el legislador se está refiriendo al concepto de actividad y no a un criterio de actos, y como sabemos, la empresa

es actividad ejercitada por un sujeto, el empresario. Debe observarse además que el legislador pudo dejar el artículo manteniendo la palabra legislación agraria, pero quiso llegar más allá y definió la actividad de la empresa agraria a efectos de manifestar su inclusión en la competencia agraria.

Por otra parte, el artículo 2, inciso h), del mismo cuerpo legal establece que corresponde a los tribunales agrarios conocer... "h) de todo lo relativo a los actos y contratos en que sea parte un empresario agrícola, originados en el ejercicio de las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas (el subrayado es del autor), es decir, limito las actividades citadas a que fueran ejercitadas por el empresario agrícola, con lo cual nos lleva a determinar la idea de la empresa como aquella actividad organizada y ejercitada por el empresario agrícola en forma profesional a efectos de la obtención de frutos vegetales o animales. Nótese incluso cómo el legislador no habla de empresario persona física sino que no distingue entre éste y el empresario persona jurídica, por lo que dicha ley derogó, tácitamente, lo referido a los artículos 5 y 17 del Código de Comercio vigente en lo que al Derecho Agrario se refiere.

No puede argüirse, en contra de esta tesis, que la Ley de Jurisdicción Agraria es una ley procesal y el Código de Comercio una ley sustancial por cuanto esa distinción es puramente formal y conocemos de otros casos, como el mismo Código Procesal Civil que contiene normas sustantivas; la ley es una sola concepción y el llamarse procesal o sustancial no impide la regulación sustancial dentro de sus normas. De modo que con base en el principio de que la ley posterior deroga la ley anterior y el mismo grado de especialidad, podemos, sin temor a dudas, señalar que en Costa Rica, en cuanto a empresa agraria se refiere la misma se ha institucionalizado en el Derecho Agrario y la entera teoría de la empresa agraria debe aplicarse por sobre el Código de Comercio.

Siguiendo con esta tesis, podemos decir que la empresa agraria, constituida como persona física o jurídica, y de conformidad con la teoría de la empresa agraria y el mismo riesgo agrario, no puede ser sujeto de quiebra por cuanto a ella, por sus características no se aplica esta institución sino la relativa al concurso civil que es norma general para todos los que no tienen la caldiad de comerciante. Ello es así por cuanto en la actividad agraria el empresario muchas veces carece de dinero pero en el momento en que se encuentre el periodo de cosecha este dinero será cubiero por la venta de los productos tales cuales o bien previa una o múltiples transformaciones.

A propósito de este aspecto debemos de comentar que ya nuestra jurisprudencia de casación se había pronunciado en cuanto a la teoría de la empresa agraria y la imposibilidad de la quiebra en cuanto a personas jurídicas, en 1972, admitiendo la quiebra en el caso de que la empresa fuera organizada de conformidad con el artículo 17 del Código de Comercio por cuanto el criterio formal contenido en dicho artículo la haría empresa mercantil; sin embargo, diez años más tarde, con la promulgación de la Ley de Jurisdicción Agraria, de conformidad con la tesis esbozada anteriormente en cuanto a la institucionalización de la empresa agraria, perfectamente se podría sostener que aun y cuando la empresa se organice de conformidad con el artículo 17 no pierde por ello su carácter de agraria y con ello la imposibilidad de la quiebra, por cuanto el artículo 2 inciso h) de la misma Ley de Jurisdicción Agraria no hace distinción entre el empresario agrario persona física o persona jurídica. (Para todo véase la sentencia de casación número 131 de las diez horas del 17 de noviembre de 1972, incidente de reposición de quiebra de Anne Marie Dietrich Winkler en juicio de quiebra tramitado por Incubadora Tropical Centroamericana Ltda. y Avícola Wilson S.A.).

Es interesante la sentencia señalada por cuanto en ella se determina como no mercantil la actividad de enajenación y transformación de los productos agrícolas obtenidos en el ejercicio de la actividad agraria cuando ello sea normal en dicha actividad, asimismo por cuanto en la misma se determina que en la actividad agraria no existe la quiebra sino el concurso civil.

A efectos de completar esta teoría es conveniente citar otros datos legislativos en donde existen visos de una teoría de la empresa agraria en Costa Rica.

La Ley de Fomento de la Producción Agropecuaria número 7064 de 9 de abril de 1986, Ley FODEA, a efectos de determinar los sujetos beneficiados por esta ley, hace mención no sólo de las actividades agrícolas, pecuarias, apícolas, acuícolas, sino que también incluye la actividad extractiva de productos del mar; por su parte el artículo 28 de dicha ley si bien no define exactamente al empresario agrario de su lectura se puede colegir que quienes desarrollen las actividades enunciadas, sean personas físicas o jurídicas son considerados empresarios agrícilas. Nótese como al incluir las actividades extractivas de productos del mar, esta ley, aparentemente amplia, —quizás no con muy buen acierto— la teoría de la agrariedad del profesor CARROZZA, con lo cual hay quienes señalan que el contenido del Derecho Agrario en Costa Rica, por una circunstancia de Derecho Positivo incluye a estas actividades en las que el ciclo biológico no es desarrollado por el hombre.

Otra ley que hace referencia a la empresa agraria, al menos primitivamente, lo constituye la Ley de Tierras y Colonizaciones, Ley número 2825 del 14 de octubre de 1961 y sus reformas, cuando en los artículos 65 y siguientes, especialmente el 67 y el 69 determinan, por su orden, una tutela de la unidad haciendal intervivos y mortis causa, para el caso de aquellos bienes que han sido otorgados mediante el contrato de asignación de tierras a los beneficiarios de los programas de reforma o transformación agraria a efectos de que se desarrolle en los mismos una empresa agraria familiar.

Asimismo, puede citarse incluso disposiciones del Código Penal como el artículo 209 en el cual se aumenta la pena de hurto cuando fuere cometido sobre animales, frutos o productos que se encuentren en uso para la explotación agropecuaria.

De todo lo anterior se deduce que en Costa Rica, al menos en cuanto a la empresa agraria, puede sostenerse la existencia e institucionalización de la teoría de la empresa, asimismo, en virtud de ella y a falta de regulación específica debemos de aplicar los principios establecidos para la empresa agraria.

Es importante destacar el papel que en materia de empresa agraria ha cumplido, y cumple, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, quien como tercera instancia conoce en definitiva de los juicios agrarios en nuestro país. Las sentencias de dicha Sala, han permitido catalizar un proceso de evolución de la concepción jurídica de la propiedad y la posesión agrarias hacia la empresa agraria, estableciéndose la relevancia de la actividad sobre el elemento de la titularidad. Al respecto cabe citar para finalizar esta investigación lo señalado por ZELEDÓN cuando comenta la jurisprudencia agraria reciente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia —de la cual dicho sea de paso forma parte en su carácter de magistrado— al decir: "La concepción empresarial ha comenzado a afianzarse en forma sólida en la jurisprudencia, constituyendo un elemento calificador indispensable para determinar la existencia, o no, de la propiedad agraria o la posesión agraria, adquiriendo en consecuencia, estos dos institutos iusagrarios la connotación —tan arraigada, desde hae muchos años en la doctrina—, de la propiedad empresarial o propiedad posesión, y de la posesión empresarial".

Para finalizar remarcando las anteriores expresiones del magistrado Zeledón, puede verse esta evolución jurisprudencial en la sentencia de la citada Sala número 230 de las 16 horas del 20 de julio de 1990 cuando se sostiene lo siguiente: "...en el Derecho Civil se tutela a la propiedad sin la empresa, en el agrario se tutela a la propiedad empresarial. Desde esa perspectiva la propiedad agraria es un species del genus propiedad, por ello en el planteamiento de Puglitatti de la "Propiedad y las propiedades", la agraria..." (la negrilla no es de la sentencia).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA SEGURIDAD CIUDADANA: EL CASO COSTARRICENSE

LAURA CHINCHILLA
Politóloga, Centro para la Administración de Justicia, Universidad Internacional de la Florida.

Como en otros países más desarrollados, diversas encuestas de opinión pública indican en algunos países de América Latina[1] la existencia de una gran preocupación ante el problema de la seguridad personal de los ciudadanos, íntimamente vinculado con el del incremento de la criminalidad. Ante esta situación, y en la medida en que la percepción de un alto grado de inseguridad suele tener un impacto considerable en los planos económico, personal y político, se han ensayado en algunos países diversos modelos destinados a una lucha más eficaz contra el fenómeno delictivo y a la elaboración y puesta en práctica de diversos programas de prevención de la delincuencia. Sin embargo, los esfuerzos realizados hasta ahora por las autoridades se han llevado a cabo en forma aislada y obedeciendo a presiones coyunturales, sin que exista en los países de América Latina una política integral y coherente en la materia.

En este artículo se pretende contribuir a la elaboración de una política nacional en Costa Rica sobre el tema de la seguridad personal. Por ello, después del análisis de la magnitud del problema, sus principales consecuencias y las acciones llevadas a cabo para encararlo, se ofrecen algunas alternativas de tipo comunitario para intentar solucionarlo.

I. MAGNITUD DEL PROBLEMA

Si las estadísticas oficiales muestran un constante incremento de la criminalidad, las encuestas de opinión pública indican la preocupación de los ciudadanos con respecto a su seguridad personal. Se trata pues de dos facetas o niveles diferentes (realidad y percepción) de una misma problemática, cuya presentación y análisis se hace seguidamente.

A. La criminalidad.

La medida de la criminalidad no suele ser una empresa fácil, entre otras cosas, por los múltiples aspectos materiales y técnicos que para ello deben tomarse en consideración. Los principales consisten en la existencia de la llamada "cifra negra" u oculta de la criminalidad, la carencia de estadísticas criminales o la esca-

1. Tal es el caso de Costa Rica (José Mª RICO et al., *La justicia penal en Costa Rica*, San José, EDUCA, 1988, pp. 72-78 y diversas encuestas realizadas por CID-Gallup y UNIMER), Honduras (Luis SALAS y José Mª RICO, *La justicia penal en Honduras*, San José, EDUCA, 1989, pp. 57-60) y Venezuela (Juan Carlos NAVARRO y Rogelio PÉREZ PERDOMO, con la colaboración de Tibisay LUCENA, compiladores, *Seguridad personal: un asalto al tema*, Caracas, IESA, 1991).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sa fiabilidad de las existentes, el énfasis casi total que generalmente se hace en la delincuencia "tradicional" (en detrimento de algunas formas más preocupantes, tales como los delitos de cuello blanco) y, cuando existen diversas categorías de estadísticas, el nivel a utilizar en esta operación. Con respecto a este último aspecto, y a condición de presentar requisitos de fiabilidad, deben privilegiarse las estadísticas policiales, más cercanas a la realidad (el delito) que se pretende medir.

En Costa Rica, existen estadísticas oficiales en los niveles policial, judicial y penitenciario. Sin embargo, y por la razón antes indicada, aquí se utilizará el primer nivel y, concretamente, las estadísticas del Organismo de Investigación Judicial (OIJ), en particular, los casos entrados en las diversas delegaciones y subdelegaciones de esa institución. Sin embargo, algunos delitos pueden ser denunciados ante cualquier oficina judicial del país y otros ser descubiertos directamente por la policía administrativa, sobre todo en los casos de flagrancia.[2]

En general, y con las reservas que acaban de indicarse, el grado de fiabilidad del instrumento mencionado es bastante elevado, ya que, por un lado, se utiliza un método uniforme de compilación y reporte para todo el país y, por otro, todas las oficinas del OIJ reportan regularmente a la Sección de Estadística del Departamento de Planificación del Poder Judicial, organismo encargado de recibir, compilar, clasificar y tratar las denuncias efectuadas. Pese a ello, si se quiere tener una imagen adecuada de la realidad criminal del país, los datos generales presentados por esa oficina deben ser objeto de una depuración previa. En efecto, dichos datos incluyen hechos que no constituyen delitos, sino más bien diversas actividades del OIJ relacionadas con el conjunto de sus funciones. Así, en 1991, el total de los llamados "casos entrados" en sus oficinas incluyen las categorías "apariencia de muerte accidental" (320), "apariencia de muerte natural" (1.066), "averiguación de muerte" (110), "desaparición y fugas" (1.379), "extravío de documentos" (1.935), "lesiones accidentales" (74), "localización de restos óseos" (1) y "suicidios" (133), cuyo total suma 3.076 casos, que deben deducirse del total presentado para ese año (40.331), para dar un total de casos delictivos entrados de 35.313.[3]

Además, las estadísticas del OIJ presentan datos sobre todos los delitos e infracciones previstos en el Código Penal y en diversas leyes especiales (en total 240 categorías), muchos de los cuales son de escasa importancia, tanto cuantitativa como cualitativamente. Por esta razón, se ha seguido el modelo empleado en algunos países (Estados Unidos, Canadá) que, por una parte, sólo retienen para fines estadísticos los delitos más frecuentes y graves, y, por otra, los agrupan en dos grandes categorías: delitos contra la persona (o delitos violentos) y delitos contra la propiedad.[4] Esta clasificación y selección no elimina totalmente el problema de la fiabilidad de los datos compilados, ya que, por ejemplo, aun cuando algunos delitos numéricamente importantes o graves sean fiables en lo que respecta a su "reportabilidad" (tal es el caso, en Costa Rica, de algunas categorías de robos, cuya denuncia es indispensable para ser indemnizados por el

2. Como estos delitos no son registrados por el OIJ y los métodos de compilación no son similares a los utilizados por esta institución, se excluyen de este artículo. Asimismo quedan excluidas las contravenciones recibidas en las alcaldías, ya que tampoco son registradas por el OIJ y constituyen la categoría más leve de los actos ilícitos cometidos en el país; sin embargo, en las estadísticas policiales se incluyen algunas contravenciones (abandono dañino de animales, actos obscenos, alboroto, bromas indecorosas, crueldad con animales, exhibicionismo, irrespeto y molestias a la autoridad, riña y otros), cuyo volumen anual no suele sobrepasar los 50 casos.

3. Los datos que en adelante se presentan para el período analizado tienen en cuenta esta sustracción.

4. Como se hace en los dos países indicados, y a pesar de que el Código Penal los coloca en el Título VII (Delitos contra la propiedad), los robos con violencia sobre la persona se incluyen aquí en la primera categoría, ya que el bien jurídico protegido en estos casos es más la integridad personal que la propiedad privada; lo mismo ocurre con respecto a la violación, ubicada legalmente en el Título III (Delitos sexuales).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

seguro, o de los homicidios, violaciones y lesiones, denunciados casi siempre debido a su carácter grave o impactante), en otros casos los delitos pueden ser frecuentes pero poco fiables (así ocurre con las estafas, daños y apropiaciones indebidas, cuyo registro estadístico no suele corresponder a la realidad).

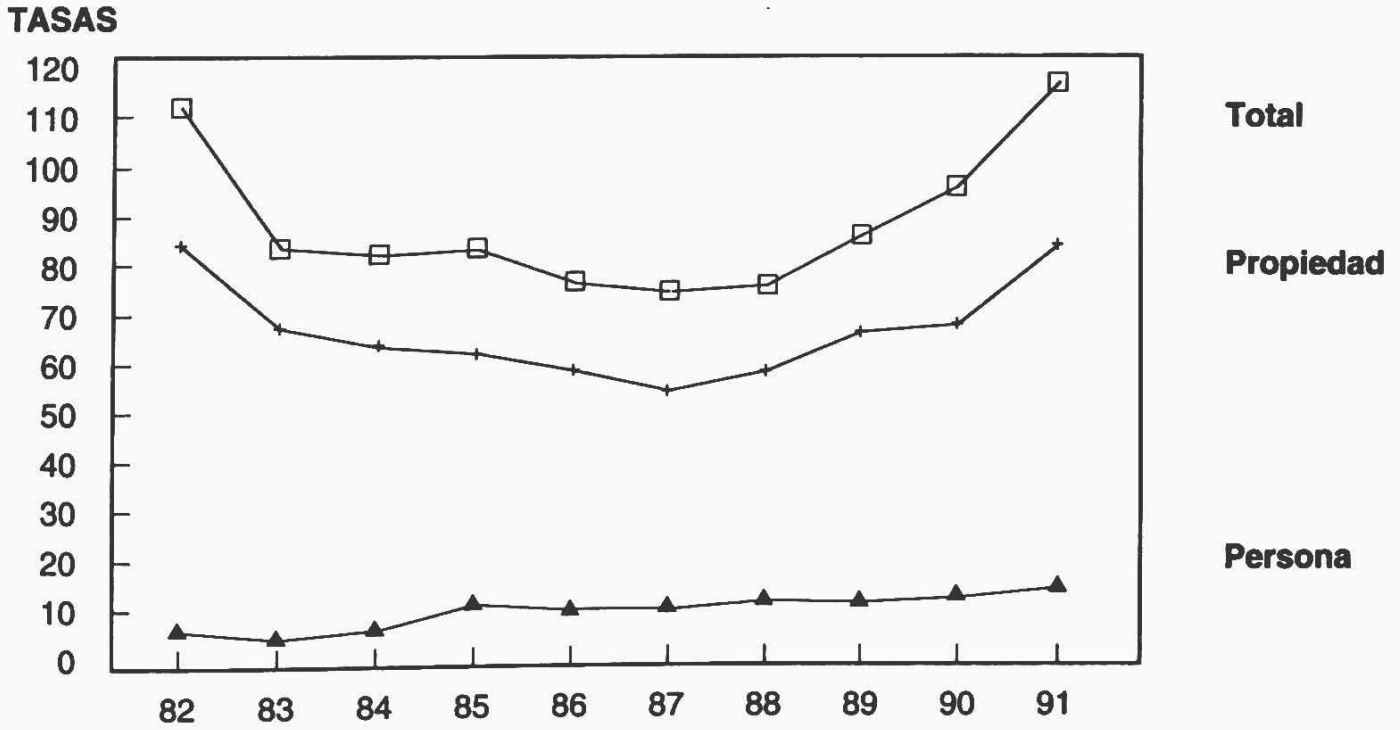
Una vez hechas estas observaciones de orden metodológico, se indican seguidamente las tendencias de la delincuencia en los diez últimos años, su distribución territorial y algunos aspectos de la victimización de que son objeto los ciudadanos.

1. Tendencias generales.

En el cuadro Nº 1 y en el gráfico Nº 1 se indica la evolución general de la delincuencia y de sus principales formas en los diez últimos años, así como las tasas por 10.000 habitantes. De su análisis pueden hacerse las observaciones siguientes:

1.1. El conjunto de la criminalidad, después de registrar oficialmente una baja considerable desde 1982 hasta 1987 (las tasas descienden del 101,3 al 75,2), experimentan a partir de ese año una alza regular e importante, alcanzando la tasa de 1991 (113,9) un nivel mayor al de 1982. En el período considerado, el total de los delitos reportados al OIJ se ha incrementado en un 45% y la tasa en un 12%.[5]

GRÁFICO Nº 1
DELINCUENCIA EN COSTA RICA
EVOLUCIÓN DE LAS TASAS DE DELINCUENCIA
POR 10.000 HABITANTES, 1982-1991



5. El descenso oficial de los totales del conjunto de delitos y de los delitos contra la propiedad que se observa entre 1982 y 1987 puede deberse a la aplicación de una circular interna dictada en 1981, en virtud de la cual a partir de la fecha de su emisión el OIJ sólo ocuparía —y, por consiguiente, registraría oficialmente— los delitos contra la propiedad cuyo monto excediera 10.000 colones, y su alza ulterior, al abandono paulatino de esta disposición. Lo anterior podría suponer que, en realidad, la delincuencia en Costa Rica ha experimentado un incremento regular en la última década, como ocurre en otros países industrializados. Esta aclaración se la debemos a Emilio Solana, director del Servicio de Estadísticas del Poder Judicial, a quien además agradecemos la revisión hecha de los aspectos estadísticos de este artículo.

Cuadro Nº 1
DELINCUENCIA EN COSTA RICA
Casos entrados en las oficinas del OIJ, según categorías de delitos
Totales y tasas por 10.000 habitantes, 1982-1991

DELITOS	ABSOLUTOS										TASAS POR 10.000 HABITANTES									
	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991
Contra la persona	**2.055**	**2.029**	**2.241**	**2.619**	**2.511**	**2.480**	**2.761**	**2.831**	**3.286**	**4.008**	**8,55**	**8,22**	**8,62**	**9,79**	**9,14**	**8,81**	**9,56**	**957**	**10,85**	**12,93**
Robo y violencia s/persona	813	953	920	1.164	1.132	904	1.134	1.350	1.771	2.309	3,38	3,86	3,54	4,35	4,12	3,21	3,93	4,56	5,85	7,45
Lesiones(1)	744	612	778	881	794	896	894	819	812	977	3,09	2,48	2,99	3,29	2,89	3,18	3,09	2,76	2,68	3,15
Homicidio culposo	170	161	192	224	231	271	270	274	276	310	0,70	0,65	0,73	0,83	0,84	0,96	0,93	0,92	0,91	1,00
Violación y tentativa	201	186	215	212	221	249	299	232	256	236	0,83	0,75	0,82	0,79	0,80	0,88	1,03	0,78	0,84	0,76
Homicidio y tentativa	127	117	136	138	133	160	164	156	171	176	0,52	0,47	0,52	0,51	0,48	0,56	0,56	0,52	0,56	0,56
Contra la propiedad	**20.108**	**16.633**	**16.602**	**16.804**	**16.241**	**15.476**	**16.523**	**18.916**	**21.148**	**26.444**	**83,65**	**67,4**	**63,8**	**62,8**	**59,1**	**54,9**	**57,2**	**63,9**	**69,8**	**85,3**
Robo fuerza s/cosas (2)	17.587	14.351	14.319	13.831	13.130	12.107	12.964	15.087	16.196	20.496	73,1	58,1	55,0	51,7	47,7	42,9	44,9	50,9	53,4	66,1
Robo medio de transporte	964	695	777	1.193	1.397	1.340	1.323	1.947	2.616	3.019	4,01	2,81	2,98	4,46	5,08	4,75	4,58	6,57	8,63	9,74
Estafa y tentativa	923	1.098	1.028	1.307	1.213	1.448	1.546	1.123	1.396	1.865	3,83	4,45	3,95	4,88	4,41	5,14	5,35	3,79	4,60	6,01
Daños	396	298	315	329	356	421	500	558	659	757	1,64	1,20	1,21	1,23	1,29	1,49	1,73	1,88	2,17	2,44
Aprop./retención indebida	238	191	163	144	145	160	190	201	281	307	0,99	0,77	0,62	0,53	0,52	0,56	0,65	0,67	0,92	0,99
Otros	**2.191**	**1.989**	**2.266**	**2.477**	**2.738**	**3.227**	**3.395**	**3.888**	**4.586**	**4.861**	**9,11**	**8,06**	**8,71**	**9,26**	**9,96**	**11,4**	**11,7**	**13,1**	**15,1**	**15,6**
Total	**24.354**	**20.651**	**21.109**	**21.900**	**21.490**	**21.183**	**22.679**	**25.635**	**29.020**	**35.313**	**101,3**	**83,6**	**81,1**	**81,8**	**78,2**	**75,2**	**78,5**	**86,6**	**95,7**	**113,9**

FUENTES: Estadísticas del OIJ, Poder Judicial, Departamento de Planificación, Sección de Estadística, 1991, y Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Dirección de Estadísticas y Censos, enero de 1992.

(1) Incluye lesiones, lesiones con arma blanca y lesiones con arma de fuego.

(2) Incluye el hurto y la tentativa de estos dos delitos hasta 1989, en que se desglosan estas dos categorías.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1.2. Contrariamente a lo que suele opinar la población, los delitos contra la persona suelen representar entre el 8% y el 13% del conjunto de la criminalidad, siendo sus formas más frecuentes, en orden decreciente de importancia, los robos con violencia en las personas (en 1991, el 57,6% de todos los delitos pertenecientes a esta categoría y el 6,5% del conjunto de la criminalidad) y las lesiones (el 24,4% y el 2,8%, respectivamente). En cambio, los delitos más graves de esta serie, o sea, los homicidios y las violaciones (así como sus tentativas), aunque preocupantes en el plano cualitativo, son numéricamente poco importantes, ya que cada uno de ellos sólo representa entre el 4% y el 7% del total de su categoría y menos del 1% del conjunto de la criminalidad. Estos porcentajes generales de los delitos contra la persona (8% a 12%) son similares a los que registran los países más industrializados, que suelen ser inferiores al 10%.

1.3. Durante el período analizado, el incremento de las tasas de los delitos contra la persona ha sido del 51%, dándose las alzas más importantes en los casos de robos con violencia en las personas (el 120%), los homicidios culposos (el 43%), los homicidios y las tentativas de homicidio (8%), y las lesiones (2%), mientras que las violaciones y tentativas de violación registraron una baja del 8%. La tendencia del delito más frecuente de esta categoría (es decir, el robo con violencia en la persona) muestra una evolución similar a la registrada por el conjunto de la categoría, o sea, un incremento constante aunque irregular y ligero entre 1982 y 1986, una caída en 1987 y un aumento más acentuado a partir de 1988.

1.4. Los delitos contra la propiedad representan cerca de las tres cuartas partes del conjunto de infracciones registradas por el OIJ (el 75% en 1991). Sus formas más frecuentes eran ese año, en orden decreciente de importancia, los robos con fuerza en las cosas (el 77,5% de todos los delitos pertenecientes a esta categoría y el 58% del conjunto de la criminalidad), los robos en los medios de transporte (el 11,4% y el 8,5%, respectivamente), las estafas y tentativas (el 7% y el 5,3%), los daños (el 2,8%y el 2,1%) y las apropiaciones y retenciones indebidas (el 1,6% y el 1%).

1.5. En 1991, el incremento de las tasas de los delitos contra la propiedad fue tan sólo del 2% con respecto a 1982, observándose las alzas más importantes en los delitos de robos en los medios de transporte (el 137%), estafas y tentativas (el 57%) y daños (48%), mientras que las apropiaciones y retenciones indebidas se mantuvieron invariables y los robos con fuerza en las cosas disminuyeron en un 10%. La evolución de esta categoría de delitos, así como de su manifestación más importante (los robos con fuerza en las cosas) muestra una disminución significativa entre 1982 y 1987, y un incremento considerable a partir de ese año, es decir, una trayectoria similar a la del conjunto de la criminalidad.

1.6. Los delitos relacionados con las drogas registrados por el OIJ (cultivo, tenencia, suministro y tráfico) son numéricamente insignificantes (en 1991, sólo ingresaron 433 casos, o sea, menos del 1% del conjunto de la criminalidad. Sin embargo, las denuncias en estos casos ingresan directamente en las oficinas del Ministerio Público; en 1991 hubo 1.408 causas penales entradas en los despachos judiciales, lo que representa un 3% del total de causas entradas en dichas oficinas.

1.7. En cuanto a los delitos de cuello blanco, su número suele asimismo ser reducido. En 1991, sólo 405 casos de estafa y tentativa llegaron a conocimiento del OIJ (el 1,4% del total). Sus manifestaciones más importantes fueron la administración fraudulenta (148 casos), el peculado (126), la quiebra fraudulenta (25), el cohecho (38), la especulación (15), la defraudación fiscal (12), el prevaricato (3) y la malversación de fondos (8). Como en el caso de la droga, estos datos no reflejan la realidad en este campo.

2. Distribución territorial.

En el cuadro Nº 2 y en el gráfico Nº 2 se indica la distribución de la delincuencia en las

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

provincias del país en 1991. El análisis de estos datos permite hacer las observaciones siguientes:

2.1. La provincia de San José registra más de la mitad (el 52,5%) del conjunto de los delitos reportados al OIJ, de los delitos contra la persona (59,2%) y de los delitos contra la propiedad (el 51,2%). Sin embargo, en el caso de los robos con violencia en las personas y de las estafas y tentativas de estafa, los porcentajes son mucho más elevados (el 74,7% y el 65%, respectivamente), mientras que los daños (el 49,6%), los homicidios y las tentativas de homicidio (el 41%), las lesiones (el 40,3%), las violaciones y tentativas de violación (el 37,7%) y los homicidios culposos (el 30%), aun siendo importantes, presentan porcentajes inferiores a la media.

2.2. Después de San José (cuya tasa de delitos era en 1991 de 164 delitos por 10.000 habitantes), las provincias con más altas tasas de delincuencia son, Limón (112,9), Puntarenas (96,4), Guanacaste (88), Cartago (84,8), Heredia (78,6) y Alajuela (68,6). La provincia de Limón se destaca por tener una elevada tasa de delincuencia contra la persona.

2.3. Se observan variaciones, a veces importantes, en la distribución de los diferentes delitos entre las provincias; así ocurre, por ejemplo, si se excluye la provincia de San José, la cual presenta la tasa más elevada de delitos, con las infracciones siguientes:

- robos con violencia en las personas: Limón (6,6) vs. Guanacaste (1);
- lesiones: Limón (7,6) vs. Heredia (1,7 cada una);
- homicidio culposo: Limón (1,9) vs. Heredia (0,5);
- violación y tentativa: Limón (1,5) vs. Alajuela (0,4);
- homicidio y tentativa: Limón (1,1) vs. Heredia (0,1);
- robo con fuerza en las cosas: Limón (69) vs. Alajuela (41,9);
- robo en medio de transporte: Guanacaste (15,6) vs. Limón (5,22);
- estafa y tentativa: Cartago (4,5) vs. Guanacaste (1,7);
- daños: Puntarenas (2,6) vs. Limón (1,2);
- apropiación/retención indebida: Cartago y Puntarenas (1) vs. Heredia (0,2).[6]

3. Victimización.

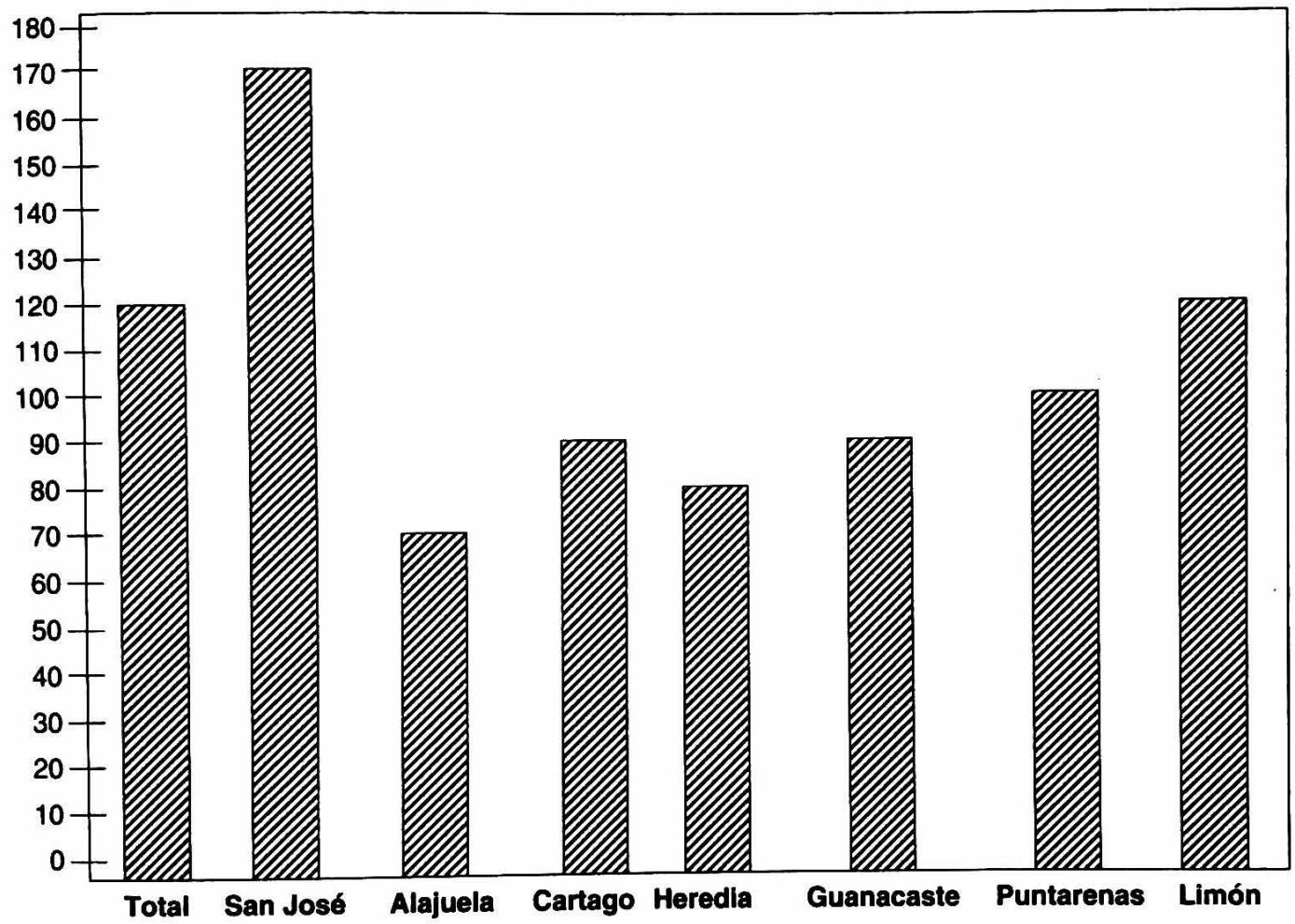
Con la finalidad de conseguir un conocimiento más acabado de la criminalidad que se comete realmente pero que, por diversas razones, no se comunica o denuncia a las autoridades competentes (es decir, la cifra negra de la criminalidad), se utilizan desde los años 60 en algunos países (Estados Unidos y Canadá, por ejemplo) ciertas técnicas, tales como las encuestas de victimización, aplicadas a muestras significativas de la población. Este método suele ser bastante fiable si se respetan determinadas condiciones, entre ellas referirse a delitos con respecto a los cuales el entrevistado (o algún miembro de su hogar) ha sido víctima en un plazo de tiempo relativamente cercano. La razón de ser de este límite, que no se recomienda sea superior a un año, es fundamentalmente la posibilidad de olvido de hechos delictivos demasiado remotos.

En Costa Rica, con ocasión de una encuesta de opinión realizada en 1986 a una muestra representativa de la población, el 20% de los entrevistados declaró haber sido víctima de algún delito en el último año, sobre todo de robo en la calle (el 8% de este 20%), robo en la casa (el 6,8%), estafa (el 1,9%), robo en el

6. Para una interpretación de estas variaciones se precisaría un estudio en que se tuvieran en cuenta las características socioeconómicas y culturales de cada provincia, el cual queda por hacer.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

GRÁFICO Nº 2
DISTRIBUCIÓN DE LAS TASAS DE DELINCUENCIA POR 10.000 HABITANTES, SEGÚN PROVINCIAS, 1991



trabajo (el 1,6%), ataque con una arma (el 0,9%), violación (el 0,4%), homicidio (el 0,1%) y otros (el 0,2%).[7] Según otras encuestas más recientes, el porcentaje de victimización bajó al 13% en noviembre de 1990.[8] Estas tasas de victimización son más elevadas que las registradas en otros países, tales como Canadá y Estados Unidos.[9]

B. La percepción de inseguridad.

El fenómeno criminal suele constituir en la mayoría de los países el principal —o uno de los principales— problemas sociales. Todos los grupos y categorías de ciudadanos estiman que la delincuencia aumenta sin cesar —lo que suele corresponder a la realidad—, consideran inseguros o muy inseguros el país, el barrio, la

7. RICO et al., *op. cit.*, pp. 76-77.

8. Diversas encuestas de opinión pública llevadas a cabo cada cuatro meses por la Consultoría Interdisciplinaria en Desarrollo (CID-Gallup) sobre los principales problemas sociales del país, siendo uno de ellos el tema de la seguridad.

9. Cf. sobre el tema general José Mª RICO y Luis SALAS, *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 13-56.

CUADRO Nº 2
DISTRIBUCIÓN DE LA DELINCUENCIA
SEGÚN CATEGORÍAS DE DELITOS Y PROVINCIAS
TOTALES Y TASAS POR 10.000 HABITANTES, 1991

DELITOS/PROVINCIAS	ABSOLUTOS								TASAS							
	TOTAL	SAN JOSÉ	ALA-JUELA	CAR-TAGO	HERE-DIA	GUANA-CASTE	PUNTA-RENAS	LIMÓN	TOTAL	SAN JOSÉ	ALA-JUELA	CAR-TAGO	HERE-DIA	GUANA-CASTE	PUNTA-RENAS	LIMÓN
Contra la persona	**4.008**	**2.373**	**338**	**280**	**151**	**142**	**298**	**426**	**12,93**	**21,01**	**6,12**	**8,03**	**6,07**	**5,73**	**8,61**	**18,83**
Robo violencia s/persona	2.309	1.725	150	98	88	26	72	150	7,45	15,27	2,72	2,81	3,54	1,05	2,08	6,63
Lesiones	977	394	86	103	29	57	135	173	3,15	3,49	1,56	2,96	1,17	2,30	3,90	7,65
Homicidio culposo	310	93	59	31	14	29	41	43	1,00	0,82	1,07	0,89	0,56	1,17	1,18	1,90
Violación y tentativa	236	89	25	33	16	13	24	36	0,76	0,79	0,45	0,95	0,64	0,52	0,69	1,59
Homicidio y tentativa	176	72	18	15	4	17	26	24	0,57	0,64	0,33	0,43	0,16	0,69	0,75	1,06
Contra la propiedad	**26.444**	**13.529**	**2.959**	**2.370**	**1.645**	**1.746**	**2.417**	**1.778**	**85,33**	**119,76**	**53,62**	**67,99**	**66,09**	**70,49**	**69,82**	**78,58**
Robo fuerza s/cosas	20.496	10.377	2.312	1.780	1.358	1.244	1.863	1.562	66,14	91,86	41,89	51,07	54,56	50,23	53,82	69,03
Robo medio de transporte	3.019	1.388	306	319	137	387	364	118	9,74	12,29	5,54	9,15	5,50	15,63	10,52	5,22
Estafa y tentativa	1.865	1.211	224	158	104	43	64	61	6,02	10,72	4,06	4,53	4,18	1,74	1,85	2,70
Daños	757	376	89	76	41	57	91	27	2,44	3,33	1,61	2,18	1,65	2,30	2,63	1,19
Aprop./retención indebida	307	177	28	37	5	15	35	10	0,99	1,57	0,51	1,06	0,20	0,61	1,01	0,44
Otros	**4.861**	**2.633**	**492**	**306**	**161**	**293**	**623**	**351**	**15,69**	**23,31**	**8,92**	**8,78**	**6,47**	**11,83**	**18,00**	**15,51**
Total	**35.313**	**18.535**	**3.789**	**2.956**	**1.957**	**2.181**	**3.338**	**2.555**	**113,95**	**164,08**	**68,66**	**84,81**	**78,63**	**88,06**	**96,43**	**112,92**

FUENTES: Anuario de Estadísticas del OIJ, Poder Judicial, Departamento de Planificación, Sección de Estadística, 1991, y Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Dirección General de Estadísticas y Censos, enero 1992.

NOTA: Aunque en las estadísticas del OIJ los datos se presentan según sus delegaciones, aquí se ha hecho una agrupación por provincia, unidad utilizada generalmente para la presentación de los indicadores socioeconómicos y políticos del país.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

calle o el hogar donde viven y vaticinan ser asaltados o robados en los próximos meses; esta opinión está mucho más acentuada entre los residentes de los centros urbanos y las personas de sexo femenino y de edad avanzada. Las encuestas muestran, además, la opinión de los ciudadanos acerca de la incapacidad de los cuerpos policiales y de los tribunales de enfrentarse en forma satisfactoria al problema de la delincuencia.

En Costa Rica, la encuesta nacional realizada en 1986 evidenció, en primer lugar, que para casi una cuarta parte de la población (el 23,2%), la criminalidad constituía el principal problema social, antes que el costo de la vida (el 16,8%), la vivienda (el 16,4%), el desempleo (el 13,5%) o la pobreza (el 10,2%); también indicaba que para el 91,3% de la población, la delincuencia había aumentado en los últimos años, atribuyéndose tal incremento al desempleo (el 40% del porcentaje anterior), al uso de drogas (el 37%), a la ineficiencia policial (el 6,7%) y a la poca severidad de los jueces (el 5%).[10] En febrero de 1993, el principal problema para la población es el consumo de drogas (así opinó el 62% de los ciudadanos), seguido de la situación económica (el 43%), la pobreza (el 39%) y la inseguridad ciudadana (el 38%).[11]

Los resultados de otras encuestas corroboran estos datos. En mayo y setiembre de 1991, el 90% y el 92%, respectivamente, de la población estimaba que la delincuencia había aumentado en los seis últimos meses; sin embargo, en enero de 1992, este porcentaje bajó al 63%.[12] Según los entrevistados, entre las causas de este incremento figuraban las drogas (el 27% en mayo de 1991 y el 36% en setiembre de ese año), la crisis económica (el 13% en ambas fechas), el aumento de la pobreza (el 13% y el 12%), la decadencia moral (el 13% y el 10%), el aumento de la población (el 13% y el 5%) y la violencia en el cine y la televisión (el 8% en ambas fechas). En la encuesta más reciente de febrero de 1992, el porcentaje de ciudadanos que señaló la drogadicción como la causa principal del aumento en la inseguridad subió a un 57% y en segundo lugar se señaló el mal desempeño de la fuerza pública.[13] De estos datos, merece destacarse la tendencia hacia una disminución en la percepción de inseguridad observada en las mediciones realizadas entre 1991 y 1992. Entre las explicaciones posibles de esta situación pueden mencionarse una menor relevancia a la noticia delictiva en la prensa nacional y ciertas acciones llevadas a cabo en los últimos meses por las autoridades correspondientes que han podido generar una atmósfera de mayor seguridad entre los ciudadanos (este punto será tratado más adelante).

Por otra parte, la preocupación de los ciudadanos ante el fenómeno criminal puede atribuirse a la percepción que éstos tienen en cuanto a la seguridad en ciertos lugares. En 1986, las dos terceras partes de las personas interrogadas consideraba seguro el lugar en donde residían.[14] Sin embargo, en setiembre de 1991, el 82% de los ciudadanos estimaba que el país era inseguro o muy inseguro, lo mismo que las calles (el 86% en mayo de 1991, el 92% en setiembre de ese mismo año y el 75% en enero de 1992) y el propio hogar (el 76%, el 80% y el 53% en las fechas que acaban de indicarse).[15] Además, porcentajes considerables de la población juzgan que existe menos seguridad personal en los últimos cuatro meses en lo que a crímenes, robos y asaltos se refiere, siendo esta percepción mayor en la región metropolitana, entre las mujeres y

10. RICO et al., *op. cit.*, p. 73.

11. Encuesta de opinión pública UNIMER, febrero de 1992.

12. Más adelante se exponen algunas posibles explicaciones de esta baja.

13. Diversas encuestas de opinión pública llevadas a cabo por UNIMER.

14. RICO et al., *op. cit.*, pp. 75-76.

15. Encuestas de UNIMER. Véase más adelante para algunas explicaciones posibles de esta última baja.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

entre las personas de más de 60 años de edad o con estudios superiores. Estos porcentajes pasan del 31% en julio de 1990 al 40% en noviembre de ese año y marzo de 1991, al 62% en julio de 1991 y al 67% en noviembre de ese año, bajando después al 55% en marzo de 1992 y al 50% en julio de ese año; o sea, que después de un período de inseguridad creciente en 1990 y 1991, parece que ha habido mejoría en este sector, aunque en julio de 1992 sigue existiendo una percepción de seguridad inferior al de hace dos años.[16]

C. Algunas conclusiones.

Lo anteriormente expuesto pone de relieve la existencia de un incremento tanto del volumen de la delincuencia registrada oficialmente como de la percepción de inseguridad de los ciudadanos ante este fenómeno. Por sí misma, esta situación debería preocupar a los gobernantes del país, sobre todo si se tiene en cuenta que ambos aspectos de la problemática coinciden. Sin embargo, se dan con respecto al tema ciertas paradojas que indican, entre otras cosas, su complejidad. Una de las más aparentes resulta de la imagen de la delincuencia predominante y generalmente asociada a sus formas más violentas contra las personas (homicidios, violaciones, atracos). Ahora bien, como ocurre en otros países,[17] el riesgo real de ser personalmente víctima de un delito de esta especie es muchísimo menor que el de serlo de una infracción contra la propiedad, categoría por demás numéricamente más importante que la primera. Así, en Costa Rica, la población sentía temor en 1986 de ser víctima de una violación en un 8,2% de los casos (mientras que el porcentaje de victimización efectiva era del 0,4%, o sea, 20 veces menor), de un ataque a mano armada en un 3,4% (con un índice de victimización del 0,9%, es decir, casi cuatro veces menor) o de un homicidio en un 1,9% de los casos (siendo la victimización real de un 0,1%, o sea, 19 veces menor).[18]

Entre las explicaciones posibles de este desfase pueden mencionarse el incremento de la delincuencia y de la percepción de inseguridad y la posible influencia de los medios de comunicación. En relación con este último punto, la influencia que dichos medios ejercen sobre la percepción de inseguridad está vinculada con el hecho de que los mismos suelen constituir la principal fuente de información sobre la criminalidad, lo cual se comprueba por el espacio dedicado a hechos delictivos, la forma en que tal tipo de noticia se destaca y el énfasis dado a los delitos violentos (es decir, los que más impacto tienen sobre la opinión pública). De hecho, el surgimiento exitoso de lo que se tiende a llamar "prensa popular" está basado en gran parte en la explotación de la noticia delictiva como principal fuente de atracción de lectores. En el caso de Costa Rica, resulta interesante el dato, también expresado en una encuesta nacional de marzo de 1992, según el cual las noticias que mayor impacto habían causado a los encuestados en el mes anterior a la medición estaban todas relacionadas con el crimen y la violencia, así como el tráfico de drogas.[19] Partiendo de este dato, no resulta del todo casual que los niveles más altos de inseguridad percibidos por la población se den en fechas cercanas a la comisión de crímenes que por su violencia fueron ampliamente destacados por la prensa.[20]

En el contexto costarricense, parece existir además desde hace tiempo una gran preocupación por el problema de las drogas, en

16. Encuestas de CID-Gallup.

17. RICO y SALAS, *op. cit.*

18. RICO et al., *op. cit.*, p. 77.

19. Encuesta CID-Gallup Nº 40, marzo 1992.

20. Por ejemplo, el célebre crimen de Alajuelita, los delitos cometidos por el llamado "Psicópata de Tres Ríos" y, más recientemente, por el Comando Cobra de la Guardia de Asistencia Rural en la región de Talamanca.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

especial el de su tráfico y el de su difusión entre la juventud del país. Así lo testimonian tanto los frecuentes títulos de la prensa escrita como los resultados de las encuestas antes citadas.

Finalmente, merecen hacerse algunas observaciones en lo que atañe a las fluctuaciones registradas tanto de la criminalidad como del sentimiento de inseguridad de la población. Las encuestas de opinión pública señalan las drogas, la crisis económica, el desempleo y el aumento de la pobreza (estos tres están estrechamente relacionados), la decadencia moral y la violencia en el cine y en la televisión, además de otras causas relacionadas con la administración de justicia (tales como la ineficacia policial y la poca severidad de los tribunales), entre las principales causas del incremento de la delincuencia. Por otra parte, dichas encuestas, así como la investigación criminológica, han hecho resaltar las variables que con mayor frecuencia están asociadas a un mayor sentimiento de inseguridad (tal es el caso del sexo, la edad, los niveles educativo y económico, y el grado de urbanización); a este respecto, debe recordarse la existencia de temores más acentuados ante el delito entre las mujeres, las personas de edad y con niveles superiores de educación e ingresos, y los residentes de centros urbanos. En ambos casos se trata de una serie de factores (demográficos, económicos y culturales) que tradicionalmente suelen estar vinculados con las fluctuaciones antes indicadas. Una investigación acerca del impacto de dichos factores sobre la evolución de la criminalidad y de la percepción que de ella tienen los ciudadanos queda por hacer en Costa Rica, aunque debe evitarse cualquier intento por establecer lazos causales entre tales factores y tal evolución.[21]

II. CONSECUENCIAS

Las consecuencias de estas percepciones y temores suelen ser de diversa naturaleza: económicas, personales y políticas. Este último aspecto del problema puede constituir un serio peligro para un Estado de derecho si, con la justificación de solicitar de las autoridades una intervención más represiva, se llegara a aceptar el otorgamiento de amplios poderes a los cuerpos de policía (con el consiguiente detrimento de ciertas garantías fundamentales) o la intervención de ciertos grupos parapoliciales (tales como los Escuadrones de la Muerte).

A. Económicas.

Las percepciones y temores ante la delincuencia tienen un costo económico que se expresa en los gastos ocasionados, tanto en el plano oficial como en el individual, por la represión y prevención del delito.

En Costa Rica se dispone de algunos datos sobre tales costos. Así, el presupuesto total de todos los cuerpos policiales del país (dependientes de los ministerios de Presidencia, Seguridad Pública, Gobernación y Policía y Justicia y del Poder Judicial) se elevaba en 1991 a casi cuatro mil millones de colones.[22] En cuanto a los costos de la seguridad privada y otras medidas preventivas (instalación de sistemas de alarma, compra de armas, etc.), deberían ser objeto de un estudio específico, que posiblemente arrojaría datos sorprendentes por su volumen e importancia.

---

21. En este sentido, J. Enrique CASTILLO BARRANTES, *"Industrialización, desarrollo y delincuencia violenta. El caso de San José de Costa Rica"*, **Revista de Ciencias Jurídicas,** Nº 45, setiembre-diciembre, 1981, pp. 49-88.

22. Constantino URCUYO, *La policía de Costa Rica, 1987-1991. Breve descripción*, San José, octubre 1991. Entre 1981 y 1986, el presupuesto de los cuerpos policiales representaba aproximadamente el 5% del presupuesto nacional (RICO et al., *op. cit.*, p. 96); en 1991, este porcentaje bajó a un 2,5%.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

B. Personales.

El sentimiento —real o injustificado— de miedo ante el crimen suele engendrar reacciones afectivas y dar lugar a importantes cambios de conducta con objeto de protegerse contra las actividades criminales.

Las conductas que la población suele adoptar para precaverse del crimen o reducir su volumen son numerosas y variadas. Las más importantes, en el plano individual, son las acciones orientadas a disminuir la exposición personal a la delincuencia (por ejemplo, no salir solo de noche, abrir la casa o el comercio únicamente a gente conocida o evitar ciertos lugares), la adopción de determinadas medidas individuales de protección (aprendizaje de deportes de combate; adquisición de armas, perros y diversos dispositivos de seguridad, tales como cerraduras, rejas, sistemas de alarma, etc.; recurrir a los servicios de guardas privados; evitar llevar consigo sumas importantes de dinero), el recurso a los servicios policiales y, en el plano colectivo, la organización de comités de barrio o de patrullas de vecinos.

En Costa Rica, las principales medidas adoptadas por la población para protegerse del delito o disminuir su volumen eran en 1986 la instalación de rejas (el 38,4%), la adquisición de un perro para defender la casa (un ciudadano de cada cinco), la organización entre vecinos (el 15,6%), el recurso a los servicios de un vigilante (el 12%) y la compra de una arma (el 10%); en cambio, sólo el 6% declaraban hacer solicitado la ayuda de la policía.[23] Todas estas actitudes tienden a producir una menor socialización y, consecuentemente, un mayor aislamiento de los ciudadanos, lo que puede afectar la calidad de vida de la población por sus consecuencias tanto en el plano psicológico (sentimiento de soledad, abandono y angustia) como en el plano social (menor disposición a atender solicitudes de extraños y mayor desconfianza en el prójimo). En este sentido, puede observarse cómo viejas actitudes abiertas y afables de los costarricenses, tales como mantener la puerta de la casa abierta, transportar a cualquier persona en la vía, entablar fácilmente conversación con extraños o ver a niños jugando por los barrios, han dado —y siguen dando— paso a comportamientos más cerrados y hostiles. Con respecto a este aspecto de la problemática, cabe considerar que a menudo se suele identificar la percepción de inseguridad con el temor o recelo hacia personas extrañas o desconocidas, y ello aunque ciertas investigaciones realizadas en otros países demuestran que numerosos delitos graves (por ejemplo, el homicidio o la agresión) implican generalmente personas que se conocían previamente e incluso eran familiares, vecinos o amigos de la víctima.[24]

C. Sociopolíticas.

Finalmente, la percepción de inseguridad puede acarrear serias consecuencias sociopolíticas. Estas suelen tener su origen en la presión social que ejerce la población sobre sus dirigentes con la finalidad de generar cambios en las modalidades de intervención frente al problema de la criminalidad y de la inseguridad. El tipo de presión que se ejerza y la naturaleza de la intervención que se solicite puede dar pie a diversas categorías de respuesta: sociales (gracias al mejoramiento de ciertos factores considerados como criminógenos), terapéuticas (mediante la puesta en práctica de programas orientados a la rehabilitación del delincuente), comunitarias (a través de la promoción de la participación de la colectividad en la prevención del delito) y represivas (recurriéndose para ello a una mayor intervención policial o al incremento de las penas previstas en el código).

Sin embargo, este tipo de consecuencias puede conllevar aspectos negativos e impropios de una sociedad democrática y abierta. En este sentido, la percepción —justificada o no— de un alto grado de inseguridad personal sue-

23. RICO et al., *op. cit.*, p. 78.

24. RICO y SALAS, *op. cit.*, p. 27.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

le dar lugar a una mayor represión y a un incremento de la autoridad del sistema, en detrimento de una actitud favorable frente a cualquier tendencia progresista. Asimismo contribuye al mantenimiento de ciertos estereotipos acerca de la criminalidad y del delincuente, según los cuales éste proviene de las clases sociales de categoría inferior, provocando fenómenos de estigmatización, rechazo de las clases marginadas, desprecio del pobre, etc., con el resultado final probable de una disminución del sentimiento de solidaridad social.

También conviene subrayar la posible utilización de los datos procedentes de las encuestas de opinión pública como un instrumento político-partidista. Por ejemplo, un incremento de la criminalidad y de la inseguridad puede servir de pretexto para que los cuerpos policiales soliciten un aumento en sus recursos humanos o en sus poderes, o para que los partidos políticos propongan, en las campañas electorales, programas y planes orientados hacia el restablecimiento o el fortalecimiento de la "ley y el orden" que, más tarde, o no se aplican o suelen traducirse en maniobras destinadas a buscar soluciones de carácter temporal o simbólico. Sin olvidar, obviamente, el interés que diversas empresas (servicios de seguridad privada, fabricación y venta de rejas o sistemas de alarma, adiestramiento y venta de perros, enseñanza de deportes marciales, etc.) pueden tener en el mantenimiento de un clima de miedo ante el delito y su explotación económica.

La problemática de la seguridad ciudadana, por su impacto social, está —y seguirá— siendo objeto creciente de atención de los medios de comunicación, convirtiéndose de la suerte en un problema de trascendencia política en aumento.

III. ACCIONES

Como acaba de apuntarse, los dirigentes políticos y, en menor grado, la comunidad suelen reaccionar ante el fenómeno adoptando diversas medidas orientadas hacia su represión o su prevención. Sin embargo, tanto la investigación como las encuestas de opinión muestran, por la evaluación generalmente negativa que de tales iniciativas se hace, el largo recorrido que aún queda por realizar en este campo, tanto en Costa Rica como en otros países.

En el plano legislativo, una de las reacciones más frecuentes ante el problema de un incremento de la delincuencia suele ser proponer —y conseguir— cambios en las legislaciones penales, consistentes sobre todo en un aumento considerable de las penas. En Costa Rica, no se han efectuado en los últimos años reformas al Código Penal en este sentido; sin embargo, se ha incrementado la represión en algunas leyes especiales, en particular en las referentes a drogas.

En el policial, no ha sido sino hasta el presente año en que se han adoptado diversas medidas orientadas fundamentalmente a conseguir un modelo policial civil y profesional. En este sentido, merece mencionarse, aunque no encare en forma directa el tema de la seguridad ciudadana, el proyecto de Ley General de Policía, presentado a la Asamblea Legislativa. Más pertinentes son, en cambio, algunas decisiones tomadas por las autoridades competentes destinadas a obtener una mayor eficacia de los cuerpos policiales del país, siendo la principal la consistente en agrupar bajo un ministerio único los dos de que anteriormente dependían los servicios policiales más importantes de Costa Rica (Seguridad Pública y Gobernación), seguida de una serie de medidas adoptadas por el titular de estas dos carteras (aumento del sueldo de los policías y consecución de variados recursos materiales —helicópteros, autopatrullas, motos, armas, uniformes, etc.—).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Probablemente, la percepción menos negativa de inseguridad registrada en los últimos meses de 1992 se deba, entre otras cosas, a la adopción y amplia difusión periodística de tales medidas.

Merece, por otra parte, subrayarse la importancia de una buena imagen de la policía en materia de seguridad personal. A este respecto, encuestas recientes muestran una imagen pública bastante negativa de la institución policial, considerada como poco profesional (el 93% de los entrevistados), lenta y deficiente en su respuesta (el 60%), desproporcionada en su actuación (el 40%) e ignorante (el 18%),[25] además de considerar que los policías no eran honestos (el 47%) y que existía corrupción en las fuerzas del orden (el 80%).[26]

Tampoco el sector judicial ha podido evitar las numerosas críticas de los ciudadanos, quienes manifiestan su desconfianza ante la incapacidad de dicho sector para enfrentarse en forma eficaz al fenómeno criminal,[27] opinando que para conseguir un mayor grado de seguridad se precisa un mayor rigor en las sentencias judiciales.[28]

Finalmente, tampoco la intervención en el plano social y comunitario ha podido demostrar resultados satisfactorios en este campo, puesto que a nuestro parecer ningún organismo comunitario ha implantado programas coherentes de prevención del delito;[29] antes bien, la reacción social frente al problema criminal es generalmente de tipo represivo.

IV. PERSPECTIVAS DE SOLUCIÓN

Ante esta situación, y por tratarse de aspectos íntimamente relacionados, algunos países han ensayado diversos modelos tendientes a la represión y prevención de la delincuencia. A partir de ellos, se propone el modelo comunitario y se detallan algunas modalidades de su posible implementación.

A. Modelos.

Una primera categoría la constituyen los modelos social (consistente en mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, cuya ausencia está considerada como un importante factor criminógeno), punitivo (basado en la efectividad de la intervención policial, de las penas previstas en la legislación y de las sentencias condenatorias dictadas por los jueces) y terapéutico (el cual enfatiza en la bondad de los programas de rehabilitación de los delincuentes condenados). El modelo social, utilizado en los años 60 por los Estados Unidos y en forma más general por numerosos países europeos, presenta sin embargo los inconvenientes inherentes a los modelos y estrategias de carácter complejo, siendo los más importantes su alto costo y su difícil evaluación. En cuanto a los modelos punitivo y terapéutico, tampoco han demostrado hasta ahora su eficacia.

Una segunda categoría la conforman los modelos "mecánico" y comunitario, que pueden utilizarse conjuntamente y son actualmente los modelos más prometedores, si se tiene en

25. En este sentido puede señalarse que el tema de la seguridad ciudadana fue para los dos principales partidos políticos del país un tema importante en la campaña electoral de 1990.

26. Encuesta CID-Gallup Nº 40, marzo 1992.

27. En este sentido, RICO et al., *op. cit.*, pp. 194-195.

28. Encuesta CID-Gallup para la Asamblea Legislativa, diciembre 1991.

29. En enero de 1992, la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (DINADECO) del Ministerio de Gobernación ha publicado un proyecto para la formación de promotores culturales en el que se incluye el tema de la criminalidad y de la reacción social ante ella.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuenta los resultados favorables obtenidos, siendo aplicados sobre todo en Estados Unidos y Canadá. El modelo "mecánico" está basado en análisis rigurosos de los principales delitos cometidos en un país o en una zona de éste y de las características inmediatas relacionadas con su ejecución (comportamiento del infractor y de la víctima, oportunidad, etc.), por lo que se presta más a una intervención eficaz y, por consiguiente, a una reducción de la delincuencia, mientras que el modelo comunitario, aunque utilizado en alguna medida dentro del marco del modelo anterior, está destinado ante todo a sensibilizar a la comunidad sobre el papel que puede desempeñar en la prevención del delito, principalmente gracias a una colaboración eficaz entre la policía y dicha comunidad.[30]

B. Modelo deseable.

Así, entre los modelos que acaban de exponerse, el más prometedor parece ser el modelo comunitario, combinado con el mecánico. Este modelo corresponde, además, al nuevo modelo policial aplicado desde hace poco en algunos países (Estados Unidos, Canadá y otros): el modelo de policía comunitaria. Por ello, antes de presentar sus modalidades de aplicación, se indican brevemente sus principios y sus límites, y se precisa la nueva opción policial.

1. Principios.

La adopción del modelo propuesto tiene en cuenta un conjunto de principios o de consideraciones de base que deben guiar su elaboración y puesta en práctica. Entre los enunciados por las Naciones Unidas,[31] los más pertinentes con respecto al tema aquí tratado son los siguientes: a) la prevención incumbe no sólo a las autoridades policiales o judiciales, sino al conjunto de la colectividad; b) los esfuerzos de prevención deben aglutinar a los responsables de la planificación y desarrollo de las políticas en materia de familia, salud, empleo, vivienda, educación, ocio, policía, justicia, etc.; c) los poderes públicos y demás sectores sociales deben, en sus políticas y programas, velar por los diversos intereses de la colectividad y, en especial, de los grupos más vulnerables y económicamente desfavorecidos; ch) cualquier política o programa de prevención del delito deben ser elaborados y aplicados sobre todo en el plan local (ciudades, municipios), con énfasis en los grandes centros urbanos, y los esfuerzos realizados por las autoridades, organismos y personas en este nivel deben ser alentados y favorecidos por los poderes públicos; d) todos los profesionales implicados en la lucha y prevención del delito (incluidos los pertenecientes a la administración de justicia), deben recibir una formación multidisciplinaria; e) deben buscarse soluciones a largo plazo, aunque asimismo hay que responder a necesidades inmediatas; f) deben propiciarse la investigación sobre este tema y la difusión y discusión de sus resultados, la creación de una base de datos sobre la criminalidad y sobre los medios de enfrentarse a ella exitosamente y la asistencia técnica a las instituciones implicadas; g) es asimismo necesario reforzar la cooperación internacional (sobre todo con respecto a los países en desarrollo; h) finalmente, se precisa la evaluación periódica de las experiencias, programas y políticas aplicadas en este sector.

2. Límites.

Con la finalidad de evitar la creación de falsas expectativas, el modelo propuesto debe asimismo tomar en consideración una serie de factores susceptibles de limitar su alcance. En este sentido, conviene reconocer lo siguiente: a) la prevención no es una panacea, por lo que

30. Para una descripción y evaluación de todos estos modelos, véase RICO y SALAS, *op. cit.*, pp. 181-231.

31. Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana (Cuba), 27 agosto-7 setiembre 1990, Prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas, punto Nº 3, documento preparado por la Secretaría, A/CONF. 144/L. 3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ninguno de los modelos ideados en este campo podrá lograr la supresión total del crimen; b) existen grandes dificultades en la identificación de las causas de la delincuencia; c) la movilización de los ciudadanos en los programas preventivos no es tarea fácil; ch) los recursos humanos y financieros son escasos en el área; d) los costos de algunos programas preventivos son muy elevados; e) como en otros ámbitos, en éste se encontrarán probablemente resistencias ante los cambios propuestos; f) la evaluación del impacto de los programas de prevención, sobre todo de los más complejos, presenta serias dificultades; y g) la aplicación de ciertos modelos de prevención puede a veces generar efectos no previstos o deseados (por ejemplo, informar a delincuentes potenciales sobre la vulnerabilidad de una zona o sobre las técnicas de comisión de los delitos, incrementar el número de denuncias ante la policía, cambiar los métodos utilizados por los delincuentes, etc.).

3. *Policía comunitaria.*

En las sociedades democráticas se considera que la policía debe estar al servicio de la comunidad, lo cual implica, entre otras cosas, la adecuación de los servicios policiales a las necesidades reales de la colectividad. Este principio constituye la base teórico-filosófica de un nuevo modelo policial hacia el cual se orientan desde hace poco los esfuerzos en algunos países (Canadá, Estados Unidos y otros): el modelo de policía comunitaria.

En la década de los 50, los servicios policiales, sobre todo los de Canadá y Estados Unidos, realizaron grandes esfuerzos e inversiones con la finalidad de conseguir una mayor profesionalización de las fuerzas del orden. Con esta finalidad, se enfatizó en la necesidad de un estatuto del personal policial y comenzaron a utilizarse los progresos técnicos de la época para una mayor eficacia de los cuerpos policiales. Para ello —y entre otras medidas—, se crearon centros de comunicaciones y se pasó de la patrulla a pie a la patrulla motorizada equipada con un material altamente sofisticado. Sin embargo, la profesionalización de los cuerpos policiales no colmó las expectativas iniciales. En primer lugar, no contribuyó a una mayor eficacia de estos organismos, fundamentalmente considerada en relación con la reducción de la delincuencia y con el incremento de los índices de solución de los delitos denunciados. En segundo lugar, propició el distanciamiento de la institución policial con respecto a la colectividad. Estas experiencias demostraron que si bien es deseable la profesionalización de la policía, este recurso por sí solo no es suficiente para mejorar los niveles de eficiencia y satisfacción de los servicios que dicha institución presta.

Por estas razones se está volviendo actualmente a la antigua idea, enunciada en 1829 por Sir Rober Peel, precursor del concepto moderno de policía, de "policía comunitaria". Este modelo policial se caracteriza por los siguientes elementos:[32]

— la policía es fundamentalmente un servicio público más que se ofrece a la colectividad, por lo que sus miembros deben ser, más que agentes destinados a la represión del delito, agentes de la paz, el orden público y la seguridad de los ciudadanos, y respon-

32. La bibliografía sobre este tema es abundante. Cf. sobre todo, en los Estados Unidos, los siguientes trabajos efectuados por el National Institute of Justice (Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program) con el título genérico Perspectives on Policing: Francis X HARTMANN (ed.), *Debating the Evolution of American Policing* (Nº 5, 1988); George L. KELLING and Mark H. MOORE, *The Evolving Strategy of Policing* (Nº 4, 1988); George L. KELLING and James K. STEWART, *Neighbordhoods and Police: The Maintenance of Civil Authority* (Nº 10, 1989); George L. KELLING et al., *Police Accountability and Community Policing* (Nº 7, 1988); Mark H. MOORE and Robert C. TROJANOWICZ, *Policing and the Fear of Crime* (Nº 3, 1988); Mark H. MOORE and Robert C. TROJANOWICZ, *Corporate Strategies for Policing* (Nº 6, 1988); Mark H. MOORE et al., *Crime and Policing* (Nº 2, 1988); Malcolm K. SPARROW, *Implementing Community Policing* (Nº 9, 1988); Robert WASSERMAN and Mark H. MOORE, *Values in Policing* (Nº 8, 1988). Con respecto a Canadá, cf. André NORMANDEAU and Barry LEIGHTON, *A Vision of the Future of Policing in Canada: Police-Challenge 2000*, Solicitor General Canada, 1990.

sables del mejoramiento de la calidad de vida de la población;
- la policía no se ocupa necesariamente y en forma prioritaria del fenómeno criminal, sino de la solución de los problemas y preocupaciones de los ciudadanos;
- la policía se enfrenta con las causas fundamentales del delito, con vistas sobre todo a su prevención; para ello, la policía favorece la cooperación entre todos los organismos y grupos sociales y actúa como gestora de la información recogida al respecto;
- la policía actúa proactivamente, gracias a un análisis de las tendencias en materia de criminalidad y orden público, efectuado conjuntamente con la comunidad;
- la policía elabora tácticas y estrategias destinadas a reducir el sentimiento de inseguridad de la población hacia el delito y el delincuente;
- la policía consulta regularmente a la comunidad, con vistas a determinar conjuntamente sus objetivos y prioridades, y adopta estrategias adecuadas para un mayor acercamiento a la colectividad (por ejemplo, patrullas a pie, minipuestos, horarios flexibles, recurso a voluntarios civiles, equipos integrados, comités conjuntos, etc.);
- la medida de la eficacia de la institución policial es la ausencia de delitos y desórdenes, así como la cooperación y satisfacción del público, más bien que la identificación y detención de los delincuentes o la rapidez de su intervención;
- debido a las múltiples y variadas funciones que deben cumplir, los agentes policiales comunitarios son "generalistas" más bien que "especialistas";
- dichos agentes tienen mayores responsabilidades y gozan de mayor autonomía para el cumplimiento de sus funciones en su zona, lo cual implica cambios importantes en la organización policial y en la formación y capacitación de sus miembros;
- la profesionalización policial consiste sobre todo en permanecer cerca de la comunidad, rendirle periódicamente cuenta de sus actividades y someterse a su control;
- los servicios policiales de cierta importancia deben tener una oficina de relaciones públicas (o de relaciones comunitarias), cuya principal función sería mantener contactos permanentes con la población y los medios de comunicación.

El modelo cuyos principales lineamientos acaban de exponerse presenta innumerables ventajas. La participación comunitaria en las estructuras políticas, económicas y sociales ha sido un factor determinante en el desarrollo de nuestras sociedades y sigue constituyendo una vía importante en el proceso de democratización. Su importancia se manifiesta asimismo en el campo de la administración de justicia y, por tanto, en uno de sus componentes: la policía. No sólo por el hecho de que, como ya se ha indicado, la institución policial debe considerarse como un servicio a la comunidad, sino también, en forma más pragmática, por ser los ciudadanos quienes, al colaborar con dicha institución (a través de sus denuncias o de su participación en la prevención del delito), constituyen un elemento esencial para la solución del problema criminal.

Por supuesto, la aplicación de un modelo de "policía comunitaria" presenta diversos obstáculos, entre ellos, la determinación de lo que se entiende por "comunidad", el diseño de una nueva estructura policial, las posibles reticencias y resistencia de mandos y agentes ante un esquema novedoso, etc.

4. Lineamientos de un programa de acción.

Teniendo en cuenta lo anterior, se exponen seguidamente las grandes líneas de un programa de acción, cuyo principal objetivo sería colaborar con las instituciones responsables del país en la elaboración de una política general en materia de seguridad pública. Este programa consistiría en llevar a cabo una serie de actividades tendientes a la realización de un análisis de los factores que originan y favorecen la inseguridad y la puesta en práctica de una o varias experiencias piloto orientadas a mejorar la situación. Para llevarlo a cabo, se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

utilizarían el análisis estadístico, el trabajo de campo, las entrevistas y las encuestas.

Como primer paso obligado, indispensable tanto para la(s) experiencia(s) piloto como para la elaboración de una política nacional en materia de seguridad personal, debería procederse al análisis de las formas más importantes de criminalidad del país, de las intervenciones efectuadas frente a ellas (legal, policial, judicial, comunitaria) y de las percepciones de los ciudadanos (sobre la criminalidad, sobre dichas intervenciones), así como al de las experiencias de otros países en el tema. Los resultados de dicho análisis deberían ser objeto de un amplio debate nacional con la participación de diversos sectores profesionales, académicos, políticos y comunales.

En un segundo momento se realizarían una o varias experiencias piloto de prevención comunitaria conjunta (policía-ciudadanos) para lo cual se procedería, en primer lugar, a la selección de la ciudad (o de la zona) en que se llevaría(n) a cabo la(s) experiencia(s), así como de los grupos y/o personas que en ella(s) intervendrían. En la ciudad o zona seleccionada se efectuarían estudios sobre su victimización y vulnerabilidad (en términos de criminalidad), sus principales características socioeconómicas y culturales, los efectivos policiales desplegados en ella, la acción comunitaria en la misma, etc. A partir de los resultados de los análisis, se seleccionarían los delitos a los que se aplicarían las medidas preventivas (robos en la calle y en las residencias, robos de vehículos automóviles, actos de vandalismo, drogas u otros), se determinarían las intervenciones preventivas a realizar (información sobre medidas preventivas, animación en el medio y en las escuelas, reuniones periódicas policía-ciudadanos, visitas de la policía a residencias y comercios con la finalidad de establecer su grado de seguridad, patrullas de vecinos en el barrio, identificación de objetos de valor, coordinación entre los cuerpos policiales, patrullas a pie o motorizadas, minipuestos de policía en diversas zonas, comités consultivos de ciudadanos, y otras), así como los objetivos a alcanzar y las estrategias a poner en práctica, los recursos humanos a utilizar, la supervisión y evaluaciones periódicas de la(s) experiencia(s) y su duración; finalmente, se ejecutaría(n) la(s) experiencia(s) y, luego de un plazo prudencial, se procedería a evaluar sus resultados.

Los objetivos específicos más importantes que estas experiencias se propondrían alcanzar serían: reducir la delincuencia y el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos; mejorar la imagen que los ciudadanos tienen de los cuerpos policiales, de los tribunales y de las acciones gubernamentales; contribuir a la participación de la comunidad en la lucha contra la delincuencia; sensibilizar a la población sobre el tema de la seguridad personal; incrementar tanto la cantidad y calidad de las informaciones procedentes de la comunidad que puedan ser de utilidad para la acción represiva y preventiva de las fuerzas policiales como el porcentaje de solución de delitos y conflictos entre los ciudadanos, y el grado de satisfacción de la población sobre el trabajo de la policía; y utilizar con mayor eficiencia los efectivos policiales.

CONCLUSIÓN

Como se indicó desde el inicio, los datos y reflexiones que hasta aquí se han hecho persiguen el objetivo de dotar a Costa Rica de una política nacional, integral, coherente y eficaz en materia de seguridad ciudadana, de la que, pese a algunas acciones y programas de tipo coyuntural, carece actualmente. Este objetivo está ampliamente justificado si se tiene en cuenta el incremento que en los últimos años han experimentado la actividad delictiva y la preocupación que sobre ella manifiestan los costarricenses.

Como la elaboración y aplicación de dicha política no son tareas que puedan dejarse al

azar de las improvisaciones, conviene ante todo establecer sus principales lineamientos. En este sentido, al exponer el modelo que, a nuestro parecer y por las razones indicadas, debería adoptarse en el país, se han presentado diversas pautas al respecto. La primera se refiere a la necesidad de basar cualquier acción política en estudios pormenorizados de la criminalidad y de su distribución territorial, de la victimización y de la vulnerabilidad de las diversas regiones y zonas del país, de las percepciones y expectativas de los ciudadanos, de las acciones ya realizadas en el campo y de los recursos (humanos, financieros y materiales) disponibles; estos estudios constituyen la base indispensable para la puesta en práctica de experiencias piloto de prevención conjunta (policía-ciudadanos), cuya evaluación serviría para la aplicación del modelo a todo el país. La segunda apunta a la importancia de propiciar un amplio debate público sobre el tema, con la finalidad de obtener el consenso tanto de los principales partidos políticos como del conjunto de la población. La tercera, a la oportunidad de orientar los cuerpos policiales hacia el modelo de policía comunitaria, en aplicación —o en prueba— en los países más industrializados, lo que permitiría cumplir con la última pauta, consistente en favorecer la participación de la comunidad en la prevención del delito. Uno de los elementos más significativos de esta nueva política debería consistir en propiciar o efectuar campañas de información correctas y desdramatizadoras sobre la realidad criminal del país.

Es importante destacar que las recomendaciones aquí formuladas en materia de seguridad ciudadana se inscriben dentro de los lineamientos generales que deberán orientar el diseño y ejecución de políticas públicas futuras en diversos ámbitos del quehacer gubernamental. Nos referimos a la descentralización de programas y actividades; al fortalecimiento de la acción comunitaria en el diseño, ejecución y control de dichos programas; a la óptima utilización de los recursos disponibles; y, en última instancia, a la mejora de la calidad de vida de la población.

Posiblemente sean numerosas las personas que en nuestro medio califiquen este programa de utópico. Sin embargo, no deben olvidarse por lo menos dos cosas: la primera, que la situación actual es insatisfactoria; la segunda, que ciertas utopías constituyen un importante instrumento para llegar a una sociedad más justa. Este ideal ha caracterizado tradicionalmente a Costa Rica. Los lineamientos de una política nacional en materia de seguridad ciudadana que aquí se han expuesto pueden representar para nuestro país un aporte importante en sus esfuerzos para alcanzar esta meta.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO BARRANTES, J. Enrique, *"Industrialización, desarrollo y delincuencia violenta"*, **Revista de Ciencias Jurídicas,** Nº 45, setiembre-diciembre, 1981, pp. 49-88.

Encuestas CID-Gallup y UNIMER.

HARTMANN, Francis X., (ed.), *Debating the Evolution of American Policing. Perspectives on Policing,* Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Nº 5, 1988.

KELLING, George L. and MOORE, Mark H., *The Evolving Strategy of Policing. Perspectives on Policing,* Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Nº 4, 1988.

KELLING, George L. and STEWART, James K., *Neighborhoods and Police: The Maintenance of Civil Authority. Perspectives on Policing,* Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Nº 10, 1989.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

KELLING, George L. et al., *Police Accountability and Community Policing. Perspectives on Policing,* Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Nº 7, 1988.

MORE, Mark H. and TROJANOWICZ, Robert C., *Policing and the Fear of Crime. Perspectives on Policing,* Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Nº 3, 1988.

MOORE, Mark H. and TROJANOWICZ, Robert C., *Corporate Strategies for Policing. Perspectives of Policing,* Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Nº 6, 1988.

MOORE, Mark H. et al., *Crime and Policing. Perspectives on Policing,* Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Nº 2, 1988.

NACIONES UNIDAS, Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana (Cuba), 27 agosto-7 setiembre 1990, *Prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas,* punto Nº 3, documento preparado por la Secretaría, A/CONF. 144/L. 3.

NAVARRO, Juan Carlos y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, con la colaboración de LUCENA, Tibisay (comp.), *Seguridad personal: un asalto al tema,* Caracas, IESA, 1991.

NORMANDEAU, André and LEIGHTON, Barry, *A Vision of the Futur of Policing in Canada:* Police-Callenge 2000, Solicitor General Canada, 1990.

RICO, José Mª et al., *La justicia penal en Costa Rica,* San José, EDUCA, 1988.

RICO, José Mª y SALAS, Luis, *Inseguridad ciudadana y policía,* Madrid, Tecnos, 1988.

SALAS, Luis y RICO, José Mª, *La justicia penal en Honduras,* San José, EDUCA, 1989.

SPARROW, Malcolm K., *Implementing Community Policing. Perspectives on Policing,* Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Nº 9, 1988.

URCUYO, Constantino, *La policía de Costa Rica,* 1987-1991. Breve descripción, San José, octubre 1991.

WASSERMAN, Robert and MOORE, Mark H., *Values in Policing. Perspectives on Policing,* Washington DC, US Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice, Nº 8, 1988.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CONTAMINACIÓN MARINA: LA RESPONSABILIDAD DEL ARMADOR EN LAS CONVENCIONES

ROXANA SALAZAR

Al igual que los ríos, los mares y océanos no conocen fronteras. Los principales problemas que afectan los recursos marinos son la sobreexplotación de algunas especies icticolas, la contaminación petrolera, la degradación de los recursos costeros y los ecosistemas litorales, y los desechos y contaminantes provenientes de zonas urbanas e industriales.

Nuestra Propia Agenda

PRESENTACIÓN

Para hablar más propiamente de la importancia de los convenios y las responsabilidades derivadas de ellos debemos relacionarnos con la importancia de los mares en nuestra vida. Los mares y océanos cubren el 70 por ciento de la superficie de nuestro planeta. El ambiente marino, incluyendo océanos y áreas costeras, forma un sistema integrado que es parte esencial de nuestra vida.

Encontramos una serie de manifestaciones que nos reflejan la gran importancia que ellos tienen, así por ejemplo:

> "Los océanos son la característica predominante de nuestro planeta, ya que cubren más de las dos terceras partes de su superficie y desempeñan un papel primordial en el ciclo hidrológico, la química de la atmósfera y los procesos del clima y el tiempo". (Cuidar la tierra, 1991).
>
> "Junto con los continentes, la biota marina y terrestre y la atmósfera, los mares y océanos regulan el clima y son los medios por los que fluyen los componentes de los ciclos biogeoquímicos". (UNEP, 1988).
>
> "La mayoría de la gente no tiene conciencia de la forma en que se beneficia de los océanos ni de las consecuencias de sus actos sobre éstos. Por consiguiente, el futuro de los océanos nos ha de interesar a todos". (Cuidar la tierra, 1991).

No obstante, el gran valor que tienen los mares y océanos para nuestra cultura y economía, estamos dejando que se degraden, convirtiéndolos en los receptores de desechos.

Los recursos pesqueros, costeros y marinos constituyen una riqueza de gran importancia, para un país como Costa Rica, que cuenta con una extensión de 51.100 km² y posee más de 500.000 km² de mar patrimonial y territorial. Sin embargo, sus costas sufren de gran contaminación, por ejemplo, el Golfo de Nicoya, en el mar Pacífico, contiene grados altos de contaminación, derivada de materias fecales y otros desechos industriales, químicos, domésticos, que son lanzados a los ríos que desembocan en las aguas marinas. Estos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

desechos alteran y degradan los ecosistemas marinos. Las mismas instalaciones portuarias son fuente de problemas porque provocan lavado erosivo de las playas. Se ha investigado que varias especies marinas están desapareciendo o en vías de extinción producto de esa contaminación o de una explotación irracional. El mar Caribe también sufre de problemas como erosión de playas y zonas costeras. En esta zona se cuenta con problemas derivados de una gran contaminación generada en el transporte de petróleo, lavado de supertanqueros cerca de sus costas. Además del problema generado por la contaminación, ha existido el concepto de que nuestros recursos marinos son ilimitados, lo que se ha reflejado en la falta de programas que establezcan un aprovechamiento racional de los mismos.

CONTAMINACIÓN MARINA

Por miles de años el ser humano ha descargado sin ningún tratamiento toda clase de desechos en los ríos, lagos y mares. Más recientemente, desechos de todo tipo son lanzados en las aguas, lo que ha creado nuevos problemas de contaminación, conllevando a la destrucción y deterioro de la riqueza marina. El tema de la contaminación de nuestros mares nos lleva a pensar en el estado actual del recurso marino y costero. La contaminación del mar, aunque puntual en sus fuentes, se diluye en el mar, debido a las corrientes que la dispersan por el mundo, lo que le da un carácter de globalidad. El problema se ha ido haciendo más grande porque la disposición de desechos en el mar es barato y conveniente. Los barcos solo lanzan los desechos sobre la borda.

La *contaminación del medio marino* se define, en la Convención de Derecho del Mar, como la introducción por el ser humano, directa e indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino, incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento.

La contaminación del mar en un porcentaje muy alto tiene su origen en fuentes terrestres; en la Agenda 21 se estima que un setenta por ciento de esta contaminación tiene su origen en las fuentes terrestres. Mientras que el transporte marítimo y lanzamiento de desechos al mar contribuye con un diez por ciento.

Las fuentes de contaminación terrestre incluyen entre otras las siguientes:

1) Fuentes municipales, industriales o agrícolas, tanto fijas como móviles, que se encuentran en tierra y cuyas descargas contaminantes llegan al medio marino, en particular:

   a. Por la costa, incluso vertederos que descargan directamente en el medio marino y por escurrimiento;
   b. Por ríos, canales y otros cursos de agua, incluidos los subterráneos; y
   c. A través de la atmósfera.

2) Las fuentes de contaminación marina por actividades llevadas a cabo en instalaciones fijas o móviles fuera de la costa dentro de los límites de la jurisdicción nacional salvo en la medida en que esas fuentes se rijan por acuerdos internacionales apropiados (UNEP, 7, 1985). El incremento en el uso del plástico —sustancia sintética muy resistente, que ha venido a reemplazar otros productos más degradables— y su inadecuada disposición lo ha convertido en una de las mayores fuentes de contaminación. El uso del plástico ha aumentado considerablemente en las últimas décadas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los materiales sintéticos son una evidente amenaza a la vida marina y al ambiente en general. Los plásticos que encontramos en los océanos se pueden clasificar en los provenientes de equipos de pesca, como redes y líneas; los generados por los empaques, como bandas o materiales de embalaje, sogas y mecates sintéticos, gasas y anillas; y los desechos plásticos en general, tales como bolsas, botellas, material de empaque, los "pellets" o bolitas de plástico, que es la materia prima de la industria plastiquera. (GESAMP, 1990). Por ejemplo en 1985, al menos 450.000 contenedores de plástico se transportaron por la flota mercante. (GESAMP, 1990). Los residuos de plástico se han localizado incluso "en profundidades abismales, que hacen que se enreden y mueran mamíferos marinos, tortugas, peces y aves, y ensucian las aguas poco profundas y las playas". (Cuidar la tierra, 1991). Han producido una gran cantidad de problemas con la vida marina en general, sobre todo con la fauna marina como mamíferos marinos y tortugas, que confunden los desechos plásticos flotando con medusas u otros alimentos, o ingieren plásticos o se traban en ellos. Los plásticos flotando en el mar pueden también afectar a los buques, al prensarse en sus hélices.

Existe también la contaminación producto de componentes sintéticos, tales como los químicos. Se debe indicar que anualmente se introducen al mercado entre 500 a 1.000 nuevos productos químicos. El transporte de tales productos, generalmente con algún grado de toxicidad, es otra de las fuentes de contaminación. Producto de un creciente interés mundial sobre la contaminación de los océanos, se han desarrollado una serie de convenciones sobre el control de la contaminación del mar. Desde 1950 y sobre todo en los 70's se ha buscado solución a la contaminación del mar, sobre todo aquella originada por los barcos en sus actividades. El transporte de materiales peligrosos es objeto de regulaciones internacionales, con miras a prevenir y reducir los riesgos de su transporte y la contaminación en general. Un grupo de expertos auspiciado por OMI y PNUD junto con GESAMP anualmente clasifica los químicos transportados por buques, en términos de bioacumulación, daños a los recursos vivos, amenazas a la vida humana. (GESAMP, 1990).

LA REGIÓN ANTE EL TEMA DE LA CONTAMINACIÓN DEL MAR

Los principales problemas de la región se reflejan en una sobreexplotación de los recursos pesqueros, contaminación por petróleo y otros compuestos, degradación de los recursos costeros, de playas y de ecosistemas ribereños. (Nuestra Propia Agenda, 1990).

La región se enfrenta a los mismos problemas de contaminación del mar que encontramos en otras zonas: derrames de hidrocarburos en el mar, originado principalmente por el transporte marítimo; transporte marítimo de productos químicos sumamente peligrosos; inadecuada disposición de desechos líquidos y sólidos. En la zona del gran Caribe uno de los problemas más graves de contaminación es originado por la actividad petrolera, en sus labores de carga, descarga, transporte y lavado de tanques. Se estima que el total de derrames de hidrocarburos en esta parte del mundo alcanza más de 500.000 toneladas anuales, y que el transporte marítimo es responsable de más del 28 por ciento de esos derrames. (Nuestra Propia Agenda, 1990). Se afecta de esta manera el potencial turístico que tiene la zona y se reduce grandemente el recurso pesquero, estimado para Latinoamérica y el Caribe de 16.4 a 23.7 millones de toneladas. (Nuestra Propia Agenda, 1990).

Otro tema de gran impacto ambiental se origina en la mala disposición de los desechos, líquidos y sólidos, desde fuentes terrestres, que terminan en los océanos. El problema de la degradación de las cuencas hidrográficas contribuye a extremar la variabilidad del régimen

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hidrológico y a generar grandes cargas de sedimentos que obstruyen los cauces inferiores y provocan deterioros en el medio marino. (Nuestra Propia Agenda, 1990).

La mala disposición de los desechos desde fuentes terrestres nos lleva a un tema ambiental de ámbito internacional, como es el destino de los residuos tóxicos, ya que no se discrimina, ni dispone apropiadamente los desechos peligrosos en nuestros países. Dentro del campo meramente jurídico la región debe analizar: qué normativa para prevenir la contaminación del mar y qué sanciones existen. Muchas veces se ha demostrado que la legislación vigente se queda en exceso limitada, ya que establece que la contaminación se refiere, por ejemplo, a agua potable, cuando las nuevas orientaciones nos indican que los términos son genéricos, cuando se contamina el agua, no importa su uso o su ubicación, debe prohibirse y sancionarse.

CONVENCIONES RELACIONADAS CON LA CONTAMINACIÓN DEL MAR

En Nuestra Propia Agenda (1990) se ha dicho que los problemas ambientales que la región enfrenta requieren soluciones que nazcan de la gestión coordinada y la cooperación global, regional y nacional de protección de las aguas y mares. El costo de la degradación del medio marino contiene un grave perjuicio económico para los países de la región, especialmente para las comunidades costeras.

En el campo del Derecho Marítimo, sobre todo en punto a la contaminación marina, el Derecho Público Internacional adquiere gran relevancia, ya que la contaminación no conoce fronteras. En el Convenio de vertimiento se reconoce que la capacidad del mar para asimilar desechos y convertirlos en inocuos, y que sus posibilidades de regeneración de los recursos naturales no son ilimitadas. Por ello la cooperación regional o internacional permite buscar soluciones comunes a los problemas que todos los países encaramos. La Organización Marítima Internacional —OMI— tiene un *programa global* para la protección del medio marino, con un enfoque sobre todo de protección ambiental, además de sus obligaciones regulares como son la seguridad marítima, el transporte marítimo, y otras actividades similares. Entre los temas que abarca se encuentra la contaminación marina por buques.

La OMI se ha preocupado por prevenir y analizar las causas de la contaminación estableciendo mecanismos para combatirla. En cuanto a los hidrocarburos y otras sustancias nocivas en el mar como fuentes de contaminación, se han logrado disminuir los accidentes marítimos y derrames de hidrocarburos mediante la adopción de estándares de construcción y equipamiento de buques. Esto se refleja en una significante reducción en este tipo de contaminación, gracias sobre todo a medidas como las establecidas en MARPOL 73/78, y su antecedente OILPOL 54. La determinación de zonas especiales, en las cuales se ejerce un control más estricto sobre la contaminación, ha fortalecido las medidas para reducir la polución marina producto de hidrocarburos. (GESAMP, 1990).

LA RESPONSABILIDAD DEL ARMADOR EN LOS CONVENIOS

En el campo del Derecho Internacional Público encontramos una serie de acuerdos muy importantes de protección del medio marino, que incluyen responsabilidades para el armador. OMI tiene entre sus logros el establecimiento de normas de diseño y operación de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

buques, requisitos para titulación y guardia de oficiales y tripulantes, medidas preventivas en las terminales portuarias (Vergara, 1988). Esto se ha orientado en obligaciones claras para los armadores de los buques.

Analizaremos algunos de los acuerdos internacionales de mayor relevancia, en punto a la protección ambiental y a la responsabilidad del armador.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR, CONVEMAR

La *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* tiene como objetivo establecer un orden jurídico nuevo y amplio sobre los mares y océanos en lo que tiene que ver las disposiciones ambientales, establecer normas sobre el ambiente y aplicar disposiciones sobre la contaminación del medio marino. (UNEP, 1991).

Esta convención tiene una sección dedicada a la *protección y conservación del medio marino* (parte XII), que incluye una serie de disposiciones que cada Estado debe tomar para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, evitar daños o peligros, para evitar el uso de tecnologías contaminadoras o de introducción de especies nuevas o extrañas que puedan causar cambios considerables y perjudiciales. *Convemar* establece como principio general que los Estados, como comunidad internacional, deben establecer las reglas de carácter internacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina causada por buques.

Establece en forma clara la responsabilidad del Estado del pabellón de velar por el cumplimiento de las reglas y estándares de seguridad y protección del medio marino establecidos por la organización internacional competente. Las medidas internas, tomadas por cada Estado a los buques que enarbolen su pabellón o estén matriculados en su territorio, deberán ajustarse a las disposiciones internacionales.

En caso de que un Estado establezca requisitos especiales para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, como condición para que los buques extranjeros entren en sus puertos o aguas interiores o hagan escala en sus instalaciones terminales costa afuera, tal Estado tiene la obligación de dar adecuada publicidad a los requisitos y los comunicará a la organización internacional competente.

Los Estados ribereños podrán en el ejercicio de su soberanía en el mar territorial, dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques extranjeros, incluidos los buques que ejerzan el derecho paso inocente, con la salvedad de que no puede obstaculizarse ese paso inocente.

Aunque *Convemar* no establece en forma específica responsabilidades para el armador, ya que remite en términos generales a las disposiciones que existan en otros acuerdos internacionales, sí encontramos una serie de disposiciones que se ajustan a la tendencia internacional de ejercer controles sobre los armadores y sobre el capitán.

Se indica que el Estado del pabellón tiene una serie de obligaciones como son:

- impedir el zarpe de los buques matriculados en su territorio que no cumplan con las reglas y estándares internacionales vigentes, referidos a diseño, construcción, equipo y dotación de buques;

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

- cuidar por la ejecución efectiva de tales reglas, dondequiera que se cometa la infracción;
- velar porque el buque lleve a bordo los certificados establecidos en las convenciones, que se deberán inspeccionar periódicamente los buques que lleven su pabellón;
- realizar inspecciones inmediatas e iniciar procedimientos en caso de presuntas infracciones a la normativa internacional vigente.

CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN Y EL DESARROLLO DEL MEDIO MARINO DEL CARIBE

Un acuerdo de gran relevancia para nuestros países es la *Convención para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe*. Esta convención establece la protección del medio marino del Mar Caribe, con obligaciones generales para los Estados contratantes, como adoptar medidas adecuadas para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques, por vertimientos, procedentes de fuentes terrestres, por actividades relativas a los fondos marinos, por descargas a la atmósfera.

Se establece la obligación de cada Estado de adoptar medidas de *protección y preservación* de aquellas zonas en que los ecosistemas sean raros o vulnerables, así como el hábitat de especies diezmadas, amenazadas o en peligro de extinción. En el marco de sus políticas de protección del ambiente, se comprometen los Estados a elaborar directrices técnicas y de otra índole que sirvan a la planificación de los proyectos de desarrollo importantes, de manera que se prevenga o minimice su impacto nocivo en la zona de aplicación del convenio o sea la zona caribeña de nuestro país. Esta convención es importante como un ejemplo ilustrativo de cómo poniendo de acuerdo a varios países se puede lograr la protección de uno o varios recursos. Tiene una estrategia regional de protección del mar.

En punto a la contaminación por buques y contaminación por vertimientos, se establece el principio general de que las partes contratantes tomarán las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación de la zona, utilizarán las reglas internacionales aplicables.

Sobre la responsabilidad e indemnización por los daños causados por contaminación de la zona aplicable al convenio, se remite a la adopción de normas y procedimientos ajustados al Derecho Internacional. Esto conduce a que otros acuerdos internacionales sobre responsabilidad por contaminación marina deban ser ratificados.

PROTOCOLO RELATIVO A LA COOPERACIÓN PARA COMBATIR LOS DERRAMES DE HIDROCARBUROS

El convenio incluye un *Protocolo relativo a la cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos en la región del Gran Caribe,* donde se establecen una serie de normas para los casos de incidentes por derrames de hidrocarburos, que resulten en contaminación del medio marino y costero del Gran Caribe.

En punto a la responsabilidad del armador, lo más relevante es la obligación de los capitanes de buques de comunicar todo incidente de derrame de hidrocarburos en que estén involucrados sus buques. Se hace una petición especial, a los capitanes de buques y a los pilotos de aeronaves, para que comuniquen incidentes

de derrames de que tengan conocimiento. El protocolo incluye una serie de reglas sobre intercambio de información, comunicación inmediata sobre accidentes, su notificación, asistencia mutua y otras acciones, enfatizando siempre en la cooperación regional.

Nuevamente encontramos que la Convención busca la protección del medio marino de la contaminación, pero no establece en forma concreta responsabilidades para los armadores, excepto que igual que *Convemar,* remite a las obligaciones que existan en el ámbito del Derecho Público Internacional tanto para el armador, como para el capitán del buque.

CONVENIO INTERNACIONAL RELATIVO A LA INTERVENCIÓN EN ALTA MAR EN CASOS DE ACCIDENTES QUE CAUSEN UNA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS INTERVENCIÓN/69

Este convenio nació después del desastre del Torrey Canyon, que evidenció las limitaciones de los Estados ribereños, en casos de sucesos en alta mar, ya que existieron dudas sobre las medidas que podían tomarse en protección de su territorio, sobre todo cuando esas medidas pudieren afectar a los propietarios de los buques o de la carga. (OMI, 1992).

El convenio tiene como objetivo permitir que los países tomen medidas en alta mar, en caso de un accidente marítimo que cause el riesgo de contaminación del mar y del litoral por hidrocarburos, y establecer que tales medidas no lesionen el principio de la libertad de los mares. El convenio afirma el derecho del Estado ribereño a adoptar las medidas necesarias en alta mar. Las medidas tomadas no deben ir más allá de lo razonable para prevenir, mitigar o eliminar el peligro grave o inminente para la zona costera. El Estado tiene la obligación antes de tomar cualquier medida de consultar con otros Estados afectados por el siniestro, especialmente con el Estado de abanderamiento del buque, con el propietario de los buques o de la carga, con expertos independientes (de una lista que tiene la OMI). Además deberá notificar las medidas propuestas.

PROTOCOLO RELATIVO A LA INTERVENCIÓN EN ALTA MAR EN CASOS DE CONTAMINACIÓN DEL MAR POR SUSTANCIAS DISTINTAS DE LOS HIDROCARBUROS, LONDRES 1973

El Convenio de Intervención tiene un *Protocolo relativo a la intervención en alta mar en casos de contaminación del mar por sustancias distintas de los hidrocarburos,* que tiene como fin permitir que los Estados tomen medidas en alta mar en casos de siniestros marítimos que entrañen un peligro grave o inminente para su litoral o intereses conexos, debido a la contaminación por sustancias distintas de los hidrocarburos. Incluye disposiciones similares a la Convención, anteriormente comentada, sobre los derechos y limitaciones del Estado afectado.

En este convenio las disposiciones se convierten en el marco de acción del Estado afectado por la contaminación en el mar, sin incluir en forma abierta responsabilidades sobre el armador.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONVENIO INTERNACIONAL PARA PREVENIR LA CONTAMINACIÓN POR LOS BUQUES

El *Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (Londres, 1973) —MARPOL 73/78—* nació cuando se hizo patente que era necesario adoptar nuevas medidas para prevenir la contaminación del mar que no fuera solo la originada por hidrocarburos. El objetivo de este convenio es prevenir la contaminación del medio marino, y preservar el medio marino logrando la completa eliminación de la contaminación intencional por hidrocarburos y otras sustancias perjudiciales, y la reducción de descargas accidentales de tales sustancias.

En la *Convención del Derecho del Mar* se establecen reglas sobre la contaminación por desechos y por vertimiento, pero deja a salvo los desechos y otras materias que se transporten en buques, aeronaves, plataformas y otras construcciones en el mar destinadas a la evacuación de tales materias, o se transborden a ellos, o que resulten del tratamiento de tales desechos y otras materias en esos buques, aeronaves, plataformas o construcciones. Estos tipos de desechos se regulan por MARPOL, que indica expresamente que sus disposiciones no podrán interpretarse en conflicto con las disposiciones sobre la Convención del Derecho del Mar.

Las disposiciones de MARPOL se aplican en las aguas jurisdiccionales. Las exigencias sobre descargas se aplican a las aguas jurisdiccionales de los *Estados partes.* En cuanto a los países de América Latina, y de acuerdo con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, encontramos que el *mar territorial,* tiene una anchura que no excede de 12 millas marinas, medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con la convención. En punto a la *zona económica exclusiva* esta se extiende a 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

Las responsabilidades del armador en MARPOL se centran en los siguientes puntos:

1) El capitán o armador debe operar de acuerdo con las disposiciones del convenio. Para cada buque se expide un *certificado,* por parte de la autoridad marítima del Estado del pabellón del buque, si el Estado es parte del convenio. Todo buque debe poseer ese certificado que establece que el buque está acondicionado a las reglas del convenio. Esto es que debe asegurarse que la certificación y el equipamiento del buque está acorde con las disposiciones de MARPOL; que los procedimientos de lavado de tanques de carga, de descarga de hidrocarburos o sustancias nocivas, se realiza cumpliendo las normas del convenio; que en caso de accidente se tomarán las medidas necesarias para impedir o reducir los contaminantes al mar; que se notificará a los Estados ribereños que puedan verse afectados. (Vergara, 1988).
2) El buque al arribar a un puerto está sujeto a la *inspección* de funcionarios debidamente autorizados por el Estado del puerto de arribo. En cada puerto de arribo, el capitán debe aceptar esas *inspecciones,* del Estado rector del puerto, para verificar que posee el certificado establecido en el convenio, y que tiene validez.
3) Debe posibilitar las investigaciones necesarias para verificar si se han efectuado descargas ilegales desde el buque. Si se determina la existencia de violaciones, se informará a la administración del buque, o sea el organismo competente del Estado del pabellón del buque, para que tome las medidas correspondientes.
4) Facilitar la supervisión por parte del Estado del puerto de ciertas operaciones que realiza el buque durante su estadía en el puerto o terminal marítimo. (Vergara, 1988).

Se puede denegar la entrada a un buque si el país ribereño considera que ese buque no cumple con las disposiciones de MARPOL. Esta disposición se basa en el principio de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

soberanía de los Estados que pueden libremente denegar el ingreso de naves o aeronaves a su territorio.

Toda transgresión a la normativa del convenio estará prohibida y será sancionada por la legislación de la administración del buque interesado. Si las violaciones ocurren dentro de la jurisdicción de cualquier Estado parte estará prohibida. Esta violación será sancionada con la legislación interna de ese país. Detectadas las violaciones al convenio, el Estado puerto tiene el poder de hacer uso de cualquier medida apropiada y practicable de detección y de vigilancia y control ambientales, así como de métodos adecuados de transmisión de información y acumulación de pruebas.

Una característica muy importante del convenio es que establece el concepto de *zonas especiales,* las cuales se consideran vulnerables a la contaminación por hidrocarburos, en ellas se prohíbe totalmente toda descarga de hidrocarburos. Además, establece que los buques que transporten hidrocarburos deben ser capaces de utilizar el método de retener a bordo desechos oleosos, mediante el sistema de cargas sobre residuos, o para descargarlos en instalaciones de recepción en la costa (OMI, 1987).

El *anexo II* tiene reglas para prevenir la contaminación por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel. Se incluye una lista de tales sustancias. La descarga de sus residuos se permite en aquellos lugares instalados en los puertos, con miras a su recepción (OMI, 1987). Las exigencias de este anexo cubren solo los buques transportistas de carga.

El *anexo III* establece directrices para prevenir la contaminación por sustancias perjudiciales transportadas vía marítima en paquetes, contenedores, tanques portátiles y camiones cisterna o vagones tanques. De manera similar al *anexo II,* las exigencias de este anexo cubren solo los buques transportistas de carga.

Los *anexos IV* y *V* se refieren a los buques y sus desechos. Se establecen una serie de reglas para prevenir la contaminación por las aguas sucias y desechos de los buques. El término aguas sucias incluye desagües y otros residuos provenientes de inodoros, orinales; desagües provenientes de lavados, lavaderos y conductos de salida situados en cámaras de servicios médicos, otras aguas residuales. Las directrices de estos anexos cubren *todos los buques.*

Se prohíbe descargar aguas sucias a una distancia inferior a 4 millas de la tierra más próxima, a menos que tengan plantas de tratamiento. Se establece que los buques deberán tener instalaciones adecuadas para el tratamiento de las aguas usadas. En cuanto a basuras se busca prevenir la contaminación de las aguas con las basuras generadas durante la operación normal del buque. Se definen las *basuras* como todo resto de víveres (salvo el pescado fresco) así como los residuos resultantes de faenas domésticas y trabajo rutinario del buque en condiciones normales de servicio. Se han fijado distancias mínimas para su lanzamiento. Se debe destacar que se prohíbe la disposición de toda *clase de plásticos* en los océanos. El convenio establece que cada buque lleve basureros especiales para cargar con tales desechos.

CONVENIO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE DAÑOS DEBIDOS A CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS CLC/69

Este convenio consagra el principio de responsabilidad civil objetiva y estimula un sistema de seguro obligatorio para los propietarios o armadores de los buques tanques. El convenio tiene como objetivo garantizar el otorgamiento de una indemnización suficiente, para las personas o Estados que sufran daños causados por la contaminación resultante de derra-

mes o descargas de hidrocarburos procedentes de los barcos transportadores de hidrocarburos a granel. No se aplica a daños causados por hidrocarburos no persistentes, como derrames de gasolina, aceite diesel liviano, querosene, etc.

El convenio de responsabilidad se aplica a las medidas tomadas, después de un siniestro, para prevenir o reducir los daños causados por la contaminación en el territorio (incluye el mar territorial) de un Estado contratante. Conforme al convenio, los *daños por contaminación* comprenden únicamente pérdidas o daños causados por la contaminación.

El convenio responsabiliza de los daños al propietario del buque del que se haya derramado o desde el que se haya descargado el hidrocarburo. (OMI, 1992). Este es el principio de la responsabilidad objetiva por los daños ocasionados, o sea que se es responsable aun en el caso de ausencia de culpa. El principio que rige es que el propietario de un buque, al ocurrir un siniestro, es el responsable de todos los daños de contaminación causados.

Se exonera de responsabilidad cuando se demuestre que esos daños fueron debidos a un fenómeno natural, negligencia de cualquier gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de las ayudas a la navegación, por acción intencionada de un tercero, o por acto de guerra. Corresponde al propietario demostrar que se le puede aplicar alguna de las excepciones previstas. "Los fundamentos de la exoneración son muy limitados, por lo tanto el propietario del buque será responsable de los daños causados por la contaminación en prácticamente todos los siniestros que tengan lugar en circunstancias normales". (Jacobson, 1990).

Se le exige también que los buques mantengan un seguro u otra garantía fiduciaria por sumas equivalentes a la responsabilidad total del propietario en un suceso. (OMI, 1992). En los casos en que las fugas o descargas de hidrocarburos sean procedentes de dos o más barcos, sus propietarios responden en forma mancomunada y solidaria de los daños.

CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE UN FONDO INTERNACIONAL DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS FONDO/71

El Fondo Internacional de Indemnización, conocido como el *fondo,* busca complementar el Convenio sobre Responsabilidad Civil. Solo los países miembros del Convenio de Responsabilidad Civil pueden ser miembros de este Convenio. "En 1971 se reconoció que el régimen establecido por el Convenio de Responsabilidad Civil no ofrecía indemnización total a las víctimas de daños sufridos como consecuencia de contaminación por hidrocarburos en todos los casos, y que el gravamen financiero del pago de la indemnización no debía recaer exclusivamente en el sector del transporte marítimo, sino que debía ser compartido por las empresas interesadas en el cargamento de hidrocarburos, como por ejemplo los importadores de éstos". (OMI, 1988).

Los objetivos de este convenio buscan:

1) Proporcionar una indemnización adecuada, adicional, a las víctimas de los daños por contaminación causada por derrames o descargas de hidrocarburos de buques. En virtud de este objetivo, las víctimas podrán recibir indemnización por encima del nivel de la responsabilidad del propietario del buque.
2) Prestar ayuda a los propietarios de los buques respecto de la carga financiera adicional que les impone el convenio de responsabilidad, quedando sujeta esa ayuda a condiciones encaminadas a garantizar la observancia de la seguridad en el mar y otros convenios. Esto es que "el Fondo no

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

indemnizará al propietario si los daños han sido causados por su conducta dolosa o si el accidente ha sido consecuencia, aunque parcialmente, de que el buque no cumpliese con lo dispuesto en ciertos convenios". (OMI, 1992).

3) El Fondo indemnizará en aquellos casos cuando, de acuerdo con el Convenio de Responsabilidad Civil, no quepa atribuir responsabilidad al propietario, o cuando éste carezca de solvencia económica para cumplir con sus obligaciones. (OMI, 1988).

AMBIENTE-DERECHO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La tendencia registrada en las últimas décadas, con el desarrollo del Derecho Internacional, se centra en las exigencias paulatinas de los Estados. Estos han comenzado a exigir de la comunidad internacional un orden más justo. Esto lo comprobamos, por ejemplo, en el campo de los Derechos Humanos: los órganos de implementación y control, así como la doctrina en general se empeñan en enfatizar la obligación del Estado de mantener y respetar los Derechos Humanos como fundamento del Estado de Derecho. En otro sentido, aunque se sigue sosteniendo la subsidiaridad del orden internacional, se ha llegado a afirmar que los órganos de control pueden examinar a posteriori los motivos que condujeron a tomar determinada acción por parte del Estado violador de los Derechos Humanos. La conceptualización de estos Derechos implica un nivel máximo de evolución del Derecho Internacional. Las relaciones internacionales han ido evolucionando desde la coexistencia, hacia la cooperación y más recientemente a la solidaridad.

Respecto al campo ambiental, hemos aprendido que ciertos problemas ambientales trascienden las fronteras nacionales, y que muchos de ellos son, esencialmente, de naturaleza mundial. Esto nos lleva a reflexionar sobre la existencia del Derecho Internacional que encuentra su razón de ser en lograr que los tratados o convenciones internacionales, suscritas por los Estados, encuentren una ejecución dentro de cada Estado. ¿Qué razón tendría la suscripción de tratados si no lograran su obligatoriedad para los Estados signatarios? O como nos dice Tomas Buergenthal "precisamente es la insuficiencia de los recursos domésticos lo que explica y justifica la salvaguarda internacional".

Las convenciones sirven también para *rellenar las lagunas* que la legislación interna presenta. Principalmente en aquellos casos en que se debe recurrir a la vía judicial para dilucidar problemas relacionados con la protección ambiental. En el caso del Derecho Ambiental los tratados vienen a redimensionar esta rama jurídica. El Derecho Internacional vendría a llenar cualquier vacío que existiera en nuestra legislación.

El Derecho Internacional, con sus tratados o convenciones, es un elemento más de la integración normativa que nos rige; volver los ojos a las convenciones nos ofrece un panorama muy rico en que podemos retomar los principios de protección ambiental, que han sido dejados de lado u olvidados, ya que el Estado se ha comprometido internacionalmente a lograr objetivos muy claros que nosotros, los ciudadanos, estamos en el derecho de recordarle y hacerle cumplir. Sobre todo darle vivencia a los acuerdos de la *Cumbre de la Tierra,* que cubren gran variedad de tópicos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CUMBRE DE LA TIERRA

Para enfatizar más sobre este tema debemos recordar que en julio de 1992 se convocó a una gran conferencia en Brasil llamada la *Cumbre de la Tierra*. Esta convocatoria se realizó con motivo de celebrarse veinte años después de la Conferencia de Estocolmo. En esta oportunidad participaron ciento setenta y ocho países, para analizar los problemas relacionados con el ambiente y el desarrollo. Los acuerdos logrados son pasos importantísimos para la nueva agenda mundial, en que el tema del ambiente está presente como una variable más, que no podemos dejar de lado. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo se firmaron una serie de documentos de gran trascendencia mundial. Lo más importante fue lograr que los jefes de Estado de más de un centenar de países se sentaran a discutir sobre la importancia de la protección de nuestro planeta.

DECLARACIÓN DE RÍO

La *Declaración de Río* es una proclama de veintisiete principios, que reconoce la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra. Esta declaración "significa la aceptación de ciertos principios que informan la transición de los actuales estilos de desarrollo a la sustentabilidad". (Proterra, 1992). La Declaración contiene la pauta de una serie de orientaciones, que los Estados signatarios se comprometen a tomar, con miras principalmente a proteger el ser humano, centro de la preocupación del desarrollo sostenible. Se parte del principio de que toda persona tiene derecho a una vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza. La Declaración incluye el derecho de las generaciones presentes y futuras a que el desarrollo se realice de modo tal que satisfaga sus necesidades ambientales y de desarrollo.

El derecho de soberanía de los Estados a explotar sus recursos, se mantiene, recalcando su responsabilidad de asegurar que las actividades que realice, dentro de su jurisdicción y control, no causen daños ambientales a otros Estados o áreas más allá de los límites de su jurisdicción nacional. Se establece como principio que los Estados deben cooperar a conservar, proteger y restaurar el ambiente, que los Estados tienen responsabilidades comunes. La cooperación internacional en la promoción y apoyo del crecimiento económico y el desarrollo sostenible permitirá abordar mejor los problemas de la degradación ambiental. Se otorga una obligación especial a los países desarrollados, reconociendo su responsabilidad en la búsqueda del desarrollo sostenible, debido a la evidente presión que sus sociedades ponen en el ambiente global y de las tecnologías y recursos financieros que poseen.

Los Estados se comprometen a desarrollar legislación internacional sobre la responsabilidad y compensación por los efectos adversos de los daños causados por actividades dentro de su jurisdicción o control sobre áreas más allá de su jurisdicción. También deben cooperar para desarrollar o evitar la relocación y transferencia a otros Estados de cualquier actividad o sustancia que cause degradación ambiental o sea perjudicial a la salud. Para lograr esto se tomarán las medidas preventivas del caso, no pudiendo alegarse que la falta de certeza científica absoluta como una razón para posponer la adopción de medidas eficaces en relación con el costo a fin de impedir la degradación ambiental.

La protección ambiental es parte integral del desarrollo, para realmente alcanzar un desarrollo sostenible. Cada Estado se compromete a promover la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos adecuados, tomando en cuenta el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

principio de que el contaminador carga con el costo de la contaminación. El impacto ambiental debe estimarse como un instrumento nacional, para determinar los impactos adversos significativos que los proyectos de desarrollo puedan tener sobre el ambiente.

Esta declaración tiene su importancia en que constituye el marco para un nuevo estilo de desarrollo, el sostenible. Los principios de la declaración son la base de los programas de cooperación incluidos en la Agenda 21.

AGENDA 21

La *Agenda 21* es un amplio plan de acciones, no obligatorio, que cubre temas de desarrollo y ambiente en una gran diversidad de áreas, tales como pobreza, salud, mujer, contaminación, energía, océanos, etc., con la característica de que se integra de manera global y específica a la vez. Está dividida en cuatro secciones, 40 capítulos y más de cien programas por áreas. Su meta es cubrir todos los campos donde el ambiente y el desarrollo intersecten y sean a su vez las áreas donde los grupos sociales estén afectados.

En la segunda sección se trata el tema de la conservación y el manejo de recursos para el desarrollo. Incluye campos como protección de la atmósfera, océanos y agua; combate de la deforestación y desertificación; conservación de la biodiversidad; agricultura sostenible; manejo de ecosistemas frágiles, biotecnología, químicos peligrosos o dañinos, desechos sólidos y radiactivos. Los temas en esta sección son básicamente ambientales. La última sección incluye pautas en los temas de mecanismos y recursos financieros; cubre temas como ciencia, tecnología, educación, entrenamiento, fortalecimiento de la conciencia ambiental; organizaciones regionales; instrumentos legales y mecanismos sobre información. La financiación para dar seguimiento a los acuerdos constituyó uno de los puntos más importantes y difíciles que se discutió. Se buscaba establecer un gran fondo, en su mayor parte proveniente de los países industrializados, que permitiera la implantación y seguimiento de los acuerdos.

En la Agenda 21 el tema de la protección del medio marino se incluye en el capítulo 17, donde se define medio marino como los océanos, todos los tipos de mares, zonas costeras, vistas como un sistema integrado, componente básico de la vida.

Algunas de las recomendaciones son:

Indicaciones sobre la protección del medio, estableciendo la necesidad de que se cuente con evaluaciones de impacto ambiental para prevenir y controlar las acciones degradantes.

Se considera fundamental contar con información y bases de datos, que permita el acceso rápido y directo a la información sobre el uso de los recursos, los impactos ambientales sobre la zona costera y áreas marinas.

Se estima que la cooperación y coordinación regional e internacional es uno de los pilares para lograr la verdadera protección de las aguas.

Se fomenta el uso de tecnologías limpias, dentro del concepto el que contamina paga.

Se establece como una prioridad la protección del medio marino, se analizan algunas de las fuentes de contaminación del mar. Se incluyen actividades para prevenir, reducir y controlar la degradación del medio marino y las originadas en fuentes terrestres.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

RECOMENDACIONES

1) Controles a la contaminación. A pesar de contar con un variado marco jurídico en el ámbito internacional, nuestra región se enfrenta a una realidad de deterioro del medio marino. Se deben detectar y combatir las causas de la contaminación. Una de las principales causas de contaminación marina tiene su origen en fuentes terrestres, por tanto se debe prevenir la contaminación marina procedente de fuentes terrestres.
Los países de la región deberán definir las reglas y estándares para prevenir la contaminación marina. La verdadera protección debe estar basada en normas que incluyan obligaciones y deberes claros para los administradores y los administrados. Se debe desarrollar una concientización sobre el recurso, las normas que existen, su protección, etc. El control y reducción de la contaminación marina es el medio para fortalecer la cooperación regional entre las naciones de la región. Permitirá organizar programas de vigilancia de la contaminación marina, coordinado regionalmente, concentrados en los contaminantes que afectan la calidad del medio marino y costero.

2) Encontramos que muchos de nuestros países no han integrado a su ordenamiento jurídico la gran cantidad de convenios referidos a la protección del medio marino. Debe promoverse la suscripción, adhesión y ratificación de tales convenciones. En cada país debe analizarse si se han suscrito esos tratados relacionados con la contaminación del mar y qué destino han tenido. A la vez que se aprueban se debe definir claramente las necesidades del país para implantar los convenios. También debe revisarse el marco de las sanciones administrativas y penales que existen para prevenir la contaminación marina.

3) Nos enfrentamos a una realidad de que carecemos de los medios para vigilar en forma apropiada nuestras costas, "salvo cuando las infracciones se detecten a raíz de un siniestro marítimo o incidente grave de contaminación". (Moller, 1992). No existen controles claros sobre las actividades en el medio marino; la infraestructura existente no permite ejercer verdaderos controles. Además, se constatan y sancionan las infracciones cometidas en los puertos, pero no en el resto de las aguas jurisdiccionales. (Moller, 1992). Se deben establecer mecanismos de coordinación eficaces que permitan la utilización racional de los recursos de que dispone cada institución u órgano en particular. Adoptar procedimientos para la prevención eficaz de la contaminación derivada de barcos e instalaciones en mar abierto, así como para responder rápidamente a emergencias tales como derrames de petróleo. (Cuidar la tierra, 1991).
Debe fortalecerse la integración regional para lograr la protección del medio marino, sobre todo por causa de la contaminación de desechos, con fuentes terrestres o costeras. La cooperación técnica y científica se ha propuesto entre los países del Gran Caribe como necesaria para cumplir con el Convenio del Gran Caribe.

4) En punto a los montos de las sanciones, la región no tiene uniformidad sobre este tema. Los Convenios indican que las *sanciones* que se establezcan deben ser tan severas que disuadan a toda violación del Convenio. Debe existir *uniformidad* en las sanciones, se indica que "la severidad de la sanción será la misma, dondequiera que se produzca la violación". (Vergara, 1988). En este punto nuestros países están en una gran desventaja, ya que la normativa vigente sobre contaminación y sus sanciones generalmente no es muy completa. En diferentes ocasiones los países latinoamericanos han enfatizado en la necesidad de uniformar las sanciones, que sean severas y pecuniarias. Debe trabajarse, de ser

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

posible regionalmente, para alcanzar una especie de código marco, sobre sanciones por contaminación del mar.

5) La mayoría de las disposiciones de los Convenios de la OMI en punto a la contaminación marina establecen obligaciones para los armadores de los buques. La potestad de controlar y ejercer sus derechos corresponde en primer lugar al Estado de la bandera, cualquiera que sea el lugar de la infracción (aguas jurisdiccionales o internacionales). Mientras que la competencia del Estado ribereño o Estado rector del puerto es complementaria y correctiva, siempre aunada a la competencia del Estado de la bandera. (Blanco, 1992). En el caso de las infracciones cometidas en aguas jurisdiccionales de otro Estado, este puede incoar las acciones necesarias o puede remitir al Estado de la bandera y a OMI la denuncia respectiva. Pero siempre se debe tener presente que "la imposición de sanciones por transgresión a los convenios es primordialmente una obligación del Estado del Pabellón. ...La imposición de sanciones por parte del Estado ribereño y el Estado del puerto, tiene en principio, un carácter restrictivo y subsidiario". (Blanco, 1992). No obstante esta aclaración, encontramos que si el control a los buques no existe no se logra nada. "Muchos accidentes y daños producidos por los buques se deben a un control deficiente de las autoridades marítimas, muchas vidas y millones de años y pérdidas podrían evitarse con un mayor control de los buques. Por ello, todo esfuerzo orientado a un mayor control de los buques es rentable". (Vergara, 1992).

6) El armador o el capitán del buque tienen una gran obligación en punto a la contaminación. El control de los buques es reconocido internacionalmente, para prevenir y proteger el medio marino. Deben asegurarse de que el buque está equipado conforme lo disponen las convenciones, sin riesgo para el medio marino. El capitán debe controlar que no se realicen descargas ilegales, ni actividades contaminadoras violadoras de las disposiciones internacionales.

7) En algunos países la estructura administrativa vigente presenta gran descoordinación entre los organismos encargados del sector; no existen programas conjuntos para lograr un mejor uso y administración de la zona costera; falta delimitación clara sobre las zonas costeras en relación con la competencia de cada uno de los organismos en determinadas jurisdicciones; la desorganización administrativa genera ineficiencia; se carece de inspectores —capacitados— que ejerzan verdaderos controles; los inspectores carecen de investidura para poder ejercer como autoridades, por ejemplo que puedan decomisar, detener, etc.; la normativa vigente no contempla la capacitación ambiental de los funcionarios y menos de los ciudadanos; tanto usuarios como administradores desconocen, en muchos casos, la naturaleza y alcance de la normativa vigente.

8) Carecemos de regulaciones sobre la contaminación del recurso marino, incluso ciertas áreas —como estuarios, manglares, arrecifes, desembocaduras— no cuentan con la legislación necesaria.

9) Debe lograrse la incorporación de la variable ecológica dentro de la elaboración de políticas de planificación. El modelo de desarrollo socioeconómico de nuestros países debe ser afín a la conservación. En igual sentido, la elaboración de políticas claras referentes a la vida marina como un recurso integral, es indispensable.

10) Se deben emprender campañas de información para destacar la importancia de las costas y los mares, e incluir un amplio componente marino en la educación ambiental impartida en todos los países. (Cuidar la tierra, 1991).

Para finalizar quisiéramos enfatizar en la importancia de contar con un nuevo plantea-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento filosófico-normativo que sirva de marco conceptual a los cambios que vivimos en punto al tema ambiente y derecho. Este nuevo planteamiento requiere contar con cambios profundos en las personas, y en los gobernantes. Se deben buscar beneficios que favorezcan a toda la población. Esto ha sido planteado en el campo internacional con la Conferencia de Brasil'92, cada país tiene la obligación de integrar estos principios a la vida interna.

El Derecho en su relación con el ambiente nos debe permitir entrar en el ámbito ambiental, que es un campo sumamente complejo. Debemos lograr que el Derecho empate con la realidad social, que va más adelante que el marco jurídico que nos rige en este momento. Concluimos enfatizando la importancia del derecho ambiental, como un derecho humano fundamental, en la necesidad de que los Estados participen en forma activa en el establecimiento de las obligaciones y derechos que nos corresponden en beneficio del ambiente y los recursos naturales. Esta perspectiva, en la que se sientan las bases de una nueva "conciencia ambiental" capaz de generar el cambio que requiere el ambiente, está por surgir en nuestros países. Confiamos que los acuerdos de Brasil'92 sean la base para un nuevo modelo de desarrollo, en que la protección ambiental tenga una prioridad básica.

Estos puntos nos llevan a reflexionar en los alcances de la Agenda 21 donde se retoman estas ideas y otras más, por los países que participaron en Brasil'92, tenemos entonces un apoyo teórico al menos, que nos da las bases para generar los cambios necesarios para lograr la protección de las zonas costeras y medio marino.

Quisiéramos terminar recordando las palabras de aquella canción que nos dice que el mundo se está cerrando, que nunca hemos estado tan juntos unos de otros, como hermanos, que el futuro está en el aire, que sentimos aires de cambio. Lo mismo podemos decir sobre la contaminación, está por todo lado, no existen zonas que se aíslen y protejan de los efectos de la contaminación, busquemos los aires de cambio que nos permitan lograr proteger lo protegible, recuperar lo recuperable y sobre todo generar un compromiso en cada uno de nosotros hacia los otros ciudadanos y con el planeta Tierra:

The world is closing in. Did you ever think that we could be so close, like brothers.
The future's in the air I can feel it everywhere.
Blowing with the wind of change. Take me to the magic of the moment
On a glory night where the children of tomorrow dream away
In the wind of change.

Scorpions

REFERENCIAS

1. BRAÑES, Raúl, *Los instrumentos legales internacionales y nacionales para la prevención y control de la contaminación marina en el Gran Caribe, con particular referencia a la disposición de desechos,* OMI/PNUMA, Gobierno de México, México, 1987.
2. CMC, Center for Marine Conservation, *A Citizen's Guide to Plastics in the Ocean: more than a litter problem,* third edition, Washington DC, 1988.
3. La OMI al día, *Reseña de los convenios de la OMI,* marzo 1987, enero 1992. 1988, *Estrategia para la protección del medio marino,* julio de 1988.
4. VERGARA, Ignacio, *Manual para la aplicación del MARPOL 73/78,* 2ª edición, setiembre 1988. 1992, *El escenario internacional y las necesidades de modernización de la legislación marítimo ambiental en América Latina,* Cartagena, Colombia.
5. ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Público,* volumen I, Editorial Porrúa S.A., México, 1983.
6. Estrategia Mundial de Conservación y QUESADA, Dr. Carlos, *Estrategia de con-*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

servación para el desarrollo sostenible en Costa Rica, MIRENEM, 1990.

7. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Notas sobre el Derecho del Mar,* **Revista Judicial,** Nº 10, diciembre, 1978.
8. CEPAL, BID, PNUD, *Primer borrador del plan de acción para el medio ambiente en América Latina y el Caribe,* capítulo I, 1990.
9. UNEP, *The state of the world environment,* 1989. *Programa de mediano plazo para el medio ambiente a nivel de todo el sistema: 1990-1995,* Nairobi, 1988; *Registro de tratados y otros acuerdos internacionales relativos al medio ambiente,* Nairobi, mayo 1991; *Acción en el medio ambiente: el papel de las Naciones Unidas,* Nairobi, 1991.
10. VILLALOBOS, Carlos R., 1982, *La conservación de los ecosistemas marinos y su importancia en el desarrollo de Costa Rica,* en **Primer Simposio de Parques Nacionales y Reservas Biológicas,** UNED. *"Los recursos marinos de Costa Rica",* Biocenosis 3 (3-4) enero-junio.
11. DPA Group, *Plastic Debris in the Aquatic Environment-Halifax,* Workshop Report, May, 1989, Canada.
12. MORALES, Óscar Danilo, *Aspectos jurídicos del convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques,* 1973 (MARPOL, 1973) y su protocolo 1978, Nicaragua, 1992.
13. GESAMP, *The state of the marine environment,* **UNEP seas report and studies,** Nº 115. UNEP, 1990.
14. BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro, *Manual internacional de derechos humanos,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, 1990.
15. *Cuidar la tierra. Estrategia para el futuro de la vida,* UICN, PNUMA, WWF, Gland Suiza, octubre 1991.
16. BID, PNUMA, *Nuestra Propia Agenda,* 1991.
17. JACOBSON, Mans, *Los convenios internacionales sobre responsabilidad e indemnización por daños debidos a contaminación por hidrocarburos y las actividades del fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos,* 2 de octubre de 1990, Mar del Plata, Argentina, 1990.
18. BLANCO BAZÓN, Agustín, *Sanciones por transgresiones al Convenio MARPOL,* Cartagena, Colombia, 1992.
19. MOLLER UNDURRAGA, Francisca, *De las sanciones a los buques,* Cartagena, Colombia, 1992.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y DE LAS NIÑAS
(RECUENTO DE UNA EXPERIENCIA)[1]

M.Sc. MARIO A. VÍQUEZ JIMÉNEZ

INTRODUCCIÓN

Se me ha solicitado por parte de la Escuela de Psicología de la Universidad de Costa Rica, que participe en este Congreso Interamericano de Psicología con un tema muy particular: *Los derechos de los niños y de las niñas,* y nosotros le hemos agregado al título: Recuento de una experiencia.

El tema que a primera vista podría aparecer como ajeno a la psicología y tal vez más propio del Derecho o de otras disciplinas, en realidad nos involucra mucho más directamente, tal y como nos proponemos demostrarlo. Por lo demás, como lo insinuamos en el título, esto lo decimos a partir del recuento de una experiencia concreta, que ha sido la de "Ombudsman" o Defensor de la Infancia en Costa Rica.

> "Arranquemos de un dato doloroso: la tensión real, dialécticamente complementaria entre el reconocimiento teórico de los derechos del niño y del joven en general y sobre todo del menor inadaptado y marginado y la situación existencial de estos seres en el mundo". (Joaquín Ruiz-Giménez, Defensor del Pueblo, 1983).
>
> "Lo prefiero en pedazos en el cielo, que entero en el infierno". (Adagio popular costarricense sobre la corrección y crianza de los niños).

Hemos querido iniciar con estos epígrafes que marcan dos niveles de análisis sobre los derechos de los niños(as). El plano formal y el plano fáctico; que por lo demás, guardan una estrecha relación entre sí; lo cual será el eje central de nuestra exposición.

En general si analizamos la Historia de la Infancia y el reconocimiento formal (legal) e informal (social y cultural) del niño(a) como sujeto y además como sujeto de derechos, nos encontraremos con que éste es un acontecimiento bastante reciente en la historia de la Humanidad.

Comprender y sobre todo aceptar que los niños y niñas, poseen una realidad y necesidades, así como derechos propios, que trascienden el marco familiar, no ha sido un asunto sencillo. Históricamente tal y como lo sostiene Philippe Aries (1960); hasta bien entrado el siglo XVI, la niñez tal y como la hemos empezado a entender hoy, no existía. Esta "categoría humana" se nos presenta como resultado de una compleja construcción social que responde tanto a condiciones de carácter estructural como a formas particulares de relaciones paterno-filiales. Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en el proceso de tratamiento del in-

1. Conferencia presentada en el XXII Congreso Interamericano de Psicología, SIP, San José, Costa Rica, julio, 1991.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fanticidio; el cual se practicaba normalmente en la antigüedad. En la antigua Roma en tiempos de Augusto, el vínculo de sangre contaba menos que el vínculo de elección. Los recién nacidos eran expuestos en las puertas del palacio imperial matándose los que no resultaban elegidos.[2] Así hasta bien avanzado el medievo, donde la familia sigue constituyendo un ámbito exclusivo de la vida privada, el infanticidio continúa teniendo una influencia cuantitativa de no poca importancia. Resulta interesante señalar que si bien a partir del siglo IV (en el 374), el infanticidio empieza a ser jurídicamente un delito, tendrá que esperar hasta el siglo XVI para que comience a obtener un cierto rechazo por parte de las clases populares; prosiguiéndose con esta práctica en el caso de los denominados "hijos ilegítimos" hasta el siglo XIX, reafirmándose el divorcio entre el control social formal e informal.[3]

En el plano jurídico formal, la historia de los derechos de los(as) niños(as); es decir, la concepción de éstos ya no como un simple objeto de protección, sino como un sujeto de derechos, es muy reciente. Apenas en los dos tercios de este siglo, hemos comenzado a reivindicar ciertos derechos. Recién en 1923 se redacta una Declaración de los Derechos del Niño, la cual será adoptada por la sociedad de naciones en 1924 en la denominada "Declaración de Ginebra". En 1947 el Secretariado de Naciones, asume la actualización de la Declaración de Ginebra en vistas de establecer una "Carta del Niño", proceso que culminará en 1959 con la Declaración de los Derechos del Niño que estableció los diez principios que comúnmente hemos conocido como los Derechos del Niño. No es sino treinta años después, concretamente en noviembre de 1989, que obtenemos el instrumento jurídico internacional más importante que haya creado la humanidad. Nos referimos a los Derechos Humanos de la Niñez, establecidos en la Convención de los Derechos del Niño que entró en pleno vigor como ley internacional en 1990 y que tiene fuerza vinculante (de acatamiento obligatorio) para los estados parte inclusive con rango superior a la ley común.

Dos razones de orden formal justifican la existencia de Derechos Humanos específicos de la niñez: En primer término la consideración de que la Declaración de los Derechos Humanos se define como:

> "Los derechos básicos inalienables de todo hombre, mujer, y *niño* por el hecho mismo de existir".

Y en segundo lugar, dado que de acuerdo con el artículo 25 de la misma Declaración Universal esta señala:

> "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados especiales".

Queda así establecido un principio universal cual es el de protección especial y promocional, el cual obliga a un trato de "singular cuidado" con la infancia, en función de su vulnerabilidad y que sus necesidades específicas son mayores; así como la garantía y promoción, para que los niños disfruten efectivamente de esos derechos.

Hasta aquí —nuestro análisis del discurso formal y del carácter programático de la ley—. Ahora bien, sin menospreciar los logros formales y la capacidad programática que puede tener la ley sobre la realidad; lo cierto es que desde nuestro punto de vista el problema trasciende y es más profundo. Nos referimos a la imagen de la niñez que sostiene y se revela en la Historia de la Humanidad y que se concreta a través de los patrones paterno-filiales, en lo que podríamos denominar el microcosmos de las relaciones interpersonales íntimas de la vida cotidiana.

---

2. GARCÍA-MÉNDEZ, Emilio, *Para una historia del control social penal de la infancia en América Latina: La informalidad de los mecanismos formales del control social*, Edit. Cuadernos Panameños de Criminología, Panamá, Panamá, nov., 1988.

3. Una apreciación extensa puede encontrarse en: GARCÍA-MÉNDEZ, Emilio, *op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Como de acuerdo con nuestra experiencia, —en la defensa de los intereses y derechos de los(as) niños(as)—; todavía hay personas que matan, pegan y utilizan sexualmente a los(as) niños(as), dejándonos la sensación; de que muchos padres, instituciones y comunidades han quedado detenidos en modelos históricos superados. Nos hemos sentido compelidos a profundizar sobre la pregunta de: ¿Cómo se relaciona la crianza y en general las formas de relación paternofiliales con el cambio histórico y viceversa?

Frente a esta pregunta, hemos al menos concluido que, de forma indudable, la Historia de la Infancia, ha de tener gran importancia para la comprensión de la sociedad humana en general.

Por desgracia —tal y como lo aclara Lloyd de Mause—, el más mínimo asomo a este tema revela una larga y triste historia de abusos cometidos desde los tiempos remotos a nuestros días.

Por eso, no nos extrañemos que incluso, muchos años después que el infanticidio haya encontrado reprobación jurídica y social, los castigos corporales sigan siendo —entre otras prácticas violatorias— considerados por razones de obediencia, disciplina, educación y religión, sobre todo si son realizados por los familiares de la víctima, como un hecho normal.[4] Seguimos pensando en los niños como si se trataran de una propiedad privada o cuando menos como si mantuviéramos sobre ellos un derecho de autoría.

En efecto, nuestra experiencia de las diversas formas de violación de los derechos de los(as) niños(as), habla de la existencia de formas de comportamiento social, institucionales e individuales, como formas de atropello y violencia ejercidas contra la niñez.

Dentro de este esquema, son formas de agresión y maltrato, no solo, en las que el actor del maltrato es un individuo, sino también hay formas de maltrato institucional, social y cultural.

En efecto, la sociedad es maltratante cuando por su organización permite que perduren y existan condiciones de extrema pobreza, que impidan a la familia la satisfacción de necesidades mínimas. El Estado es maltratante cuando permite la exposición de los niños a un bombardeo incesante de mensajes a través de los medios de comunicación, en que de forma privilegiada se utilizan imágenes de violencia y ésta como forma de resolución de conflictos, así como programaciones que tienen como inspiración primordial fines comerciales que hacen del niño(a) un objeto de consumo. En general las escuelas, hospitales y guarderías que tienen a su cargo niños, son agresores cuando sus normas disciplinarias lesionan la integridad física o psicológica de los niños(as), si sus prácticas son rutinarias y despersonalizantes, si sus recursos técnicos o materiales son limitados y si el entorno físico es francamente estéril o degradante.[5]

Igualmente el contexto familiar y de las relaciones interpersonales íntimas, también es violatorio en diversas formas, a veces sutiles e imperceptibles a los sentidos, a veces con lesiones físicas y psicológicas que perduran para toda la vida.

Detengámonos un poco sobre el tema de la agresión en el contexto familiar y de las relaciones interpersonales más íntimas.

En realidad muchas pueden ser las condiciones que pueden llevar a un adulto a castigar en forma exagerada, o a tratar injustamente a los niños; donde no obviamos las condiciones económicas, sociales y culturales; pero la práctica nos indica que además de estas categorías es necesario explorar niveles más finos de análisis. Es así como una de las principales fuentes de violencia sobre los niños(as), la

4. GARCÍA-MÉNDEZ, Emilio, *op. cit.*

5. Ver al respecto: Compendio de textos; *"Maltrato al Niño: Un problema multidimensional"*, INFA, 1989.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

encontramos en los patrones de crianza o paterno-filiales que se transmiten de una generación a otra.

Pareciera que en la medida que los padres superan sus ansiedades y comienzan a desarrollar su capacidad de conocer (empatizar) las necesidades específicas de sus hijos, aumenta la satisfacción de las mismas.

En definitiva —aunque todos hemos sido niños(as)— no sabemos qué es un(a) niño(a). De ahí tal vez la importancia —no del descubrimiento— pero sí del señalamiento freudiano y psicoanalítico del lugar del niño(a) en la continuidad y en el cambio.

¿Qué pasa a los adultos cuando están frente a un(a) niño(a), particularmente si se trata de la madre o el padre?; esto nos lleva a preguntarnos por el surgimiento mismo del sujeto y de la condición humana. El recién nacido tal y como lo ha planteado el psicoanálisis nace siempre bajo el signo de la dependencia, lo que es causa entre otras de la indiscriminación original madre-niño(a). Relación donde él yo no está dado de entrada, sino que está dado como una tarea a realizarse en una relación especular; estructura básica que tendrá inclusive que organizar las pulsiones del niño(a).[6] Un bebé recién nacido tal y como lo demuestra Spitz en "El primer año de vida", sin madre o sustituto de madre, no organiza sus pulsiones y se destruye a sí mismo, no sólo como organismo psíquico, sino como organismo biológico (marasmo).[7] Es entonces, sobre la necesidad que se construirá el conjunto de la estructura que emergerá como sujeto singular; que al ser atravesado por la identificación ingresa inscrito en un grupo social, a través del vencimiento realizado por la persona de la madre como agente concreto de un código del que ella es portadora, como miembro de la sociedad.

Es en este proceso de inscripción a través de códigos sociales, que se expresan en patrones concretos de crianza y relaciones parentofílicas, que se produce la condición misma de la transmisión y desarrollo de los elementos culturales.

Es acá donde se convoca a las categorías de la psicología y del psicoanálisis para reconstruir la Historia de la Infancia.

De Mause, a través de su obra sobre este tema, ha encontrado en las relaciones paterno-filiales tres categorías o tipos de reacción, frente al niño(a), que nos parecen esclarecedoras:

En primer término la Reacción Proyectiva. Esta actúa como vehículo para la proyección por parte del adulto, de los contenidos de su propio inconsciente. Forma concreta e incisiva de descargar sentimientos.

En segundo lugar está la Reacción de Inversión. En ésta se utiliza al niño(a) como sustituto de una figura adulta importante de su infancia. Los hijos existen para satisfacer las necesidades de los padres.

En tercer lugar está la Reacción Empática. Esta se refiere a la capacidad del adulto para situarse en el nivel de la necesidad de un niño e identificarla correctamente sin mezclarla con las proyecciones propias del adulto.

En realidad la reacción proyectiva e inversión pueden darse simultáneamente.

El niño(a) es presentado como lleno de deseos, hostilidades y pensamientos sexuales proyectados del adulto, y a la vez como figura padre-madre, bueno-malo; originándose las más variadas actitudes. Así por ejemplo en un claro caso de inversión citado por De Mause una madre podría decir: "...nunca me he sentido amada en toda mi vida. Cuando el niño nació pensé que me quería. Cuando lloraba, su llanto indicaba que no me quería, por eso yo le pegaba".[8] O en un ejemplo de proyección podríamos encontrar: "Mirála qué ojos pone, así es como se gana a los hombres, es una perfecta coqueta", —dice una madre de su hija de 2 años—. O de inversión: "Se cree el amo, todo

6. Ver al respecto: GODINO, Antonio, *Curso y discurso de la obra de J. Lacán*, Edit. Helguedro, Argentina, 1983.
7. GODINO, Antonio, *op. cit.*
8. DE MAUSE, Lloyd, *op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el tiempo tratando de imponerse. Pero le he demostrado quién es el que manda aquí", —dice el padre de su hijo de nueve meses al que le ha roto la cabeza—.[9]

En general el trato despiadado con los niños va desde el infanticido, el abandono, la negligencia, los rigores de la envoltura y el control de esfínteres, las palizas, los encierros, el abuso y la explotación laboral.

Funciona así el niño(a), como defensa del adulto, quien le utiliza para reducir sus ansiedades. Así muchas veces no es el niño "real" el objeto de los golpes sino más bien la proyección-inversión del adulto.

Función de indiscriminación que llega incluso, como en las palizas, a la queja del padre de que, es él el que sufre y merece compasión. Decía un pedagogo del siglo pasado: "Aplicáis el castigo en contra de vuestro sentir, por imperativos de la conciencia, y requerirle que no os vuelva a causar tanto dolor y esfuerzo".[10]

El padre ve al niño tan lleno de porciones de sí mismo que incluso los accidentes reales que sufre el niño son considerados como daños al padre:

> "Ay por mis pecados; ha de ser porque he trabajado en día de fiesta", —se lamenta el padre que ha perdido en un accidente doméstico a su hijo de tres años, a quien en realidad se mantenía descuidado—.

En general, pareciera que fuera de condiciones psicopatológicas extremas no es la capacidad de amar lo que falta a los padres, sino la capacidad afectiva necesaria para ver al niño como una persona distinta de sí mismo.

Recordar y aceptar que los(as) niños(as) no son propiedad de los padres, que son seres que tienen su propia independencia como cualquiera de nosotros, no parece una tarea tan fácil.

Si la perspectiva es fundamental, lo es sobre todo en nuestra tarea primordial de posibilitar condiciones adecuadas a la próxima generación, que habrá de tomar a su cargo el mundo que le dejamos.

"La historia de la infancia es una pesadilla de la que hemos empezado a despertar hace muy poco".[11] Y es que estas necesidades particulares hacen referencia a derechos tal vez inimaginados. La tarea pareciera ser la de repensar los derechos del niño(a). Lo cual significa de alguna manera visualizarlos no solo como formalizaciones con capacidad programática; sino como las necesidades específicas de la infancia, lo cual nos permite a través del concepto jurídico de "Interés Superior del Niño", transcurrir sin mayores tropiezos de lo jurídico formal al plano de lo psicológico y social, que será en primera instancia lo que da sentido a la norma. Por eso para finalizar nos atrevemos a proponer una dimensión diferente de derechos como podrían ser:

> El derecho a ser feliz, a un proceso de gestación *sano, a exámenes prenatales, a tener contacto* recién se nace con su madre, al pecho materno, al regazo y al cariño, al sueño y al dormir, a llorar, a jugar, a la fantasía de un amigo *imaginario, a lidiar con la muerte, a no ser comparado, etiquetado, a tener límites claros,* a ser niño en actitudes y vestido, a las vacunas, a *hacer rayas y garabatos, a mostrar lo que siente,* a la protección, al estímulo, a un tener un lugar de madre, y a una función de padre, a la imaginación y la belleza, a discrepar, a equivocarse, a la no violencia, a la alegría entre otros.

9. DE MAUSE, Lloyd, *op. cit.*

10. DE MAUSE, Lloyd, *op. cit.*

11. DE MAUSE, Lloyd, *op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

DE MAUSE, Lloyd, *Historia de la Infancia*, Edit. Alianza Universidad, Madrid, España, 1982.

GODINO, Antonio, *Curso y discurso de la obra de J. Lacán*, Edit. Helguedro, Argentina, 1983.

Maltrato al niño: Un problema multidimensional, Edit. INFA y Sociedad Ecuatoriana para la Prevención y el Maltrato, Quito, Ecuador.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, texto definitivo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, publicación UNICEF, San José, Costa Rica.

GARCÍA-MÉNDEZ, Emilio, *Para una historia del control social penal de la infancia en América Latina: La informalidad de los mecanismos formales del control social*, Edit. Cuadernos Panameños de Criminología, Panamá, Panamá, 1988.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CONDENATORIA EN COSTAS AL ESTADO
COMENTARIO AL ARTÍCULO 98, INCISO 3)

LIC. CÉSAR HINES CÉSPEDES

GENERALIDADES

El proceso contencioso administrativo se inicia, por lo general por una acción del Estado o de alguna de sus instituciones que causa o causó perjuicio a algún administrado. Significa lo anterior que ha sido la administración pública la que obligó al ciudadano a acudir a los órganos jurisdiccionales en busca de reparación al agravio recibido y proferido por ésta. Es claro que existen situaciones de excepción, como es el caso del contencioso de lesividad, donde la administración es la actora en el proceso, pero aun en esta condición, el origen del proceso fue un acto administrativo, con lo cual se reenvía la responsabilidad de los costos de ese litigio a la propia administración demandante.

Desde esta corriente de pensamiento, es dable pensar que la necesidad de acudir a los órganos judiciales obliga a una serie de gastos de carácter procesal que deben ser cubiertos por la persona causante del daño, perjuicio o agravio, en el supuesto caso que los tribunales lo encontraren culpable del ilícito que motivó el litigio.

COSTOS PROCESALES

Dentro de este parágrafo únicamente nos abocaremos al tema de las costas del proceso, sin entrar al análisis de otras inversiones económicas necesarias para el litigio, pero sin ser parte de él. Todas aquellas erogaciones económicas que se puedan denominar como gasto necesario del proceso, que son una consecuencia directa del proceso en su nacimiento, pero que no pueden ser catalogadas como producto del mismo, no son objeto de tratamiento en este apartado, aunque se haga alguna mención de ellos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

COSTAS

Definición

Para Manuel Osorio, "Costas son los gastos que se ocasionan a las partes con motivo de un procedimiento judicial, cualquiera que sea su índole. En ese sentido se dice que una de las partes es condenada en costas cuando tiene que pagar, por ordenarlo así la sentencia, no sólo sus gastos propios sino también los de la contraria".[1] Para Rafael de Pina, son "Gastos ocasionados en el proceso derivados directamente de él, sobre cuyo pago está obligado el juez a resolver, ordenando a cuál de las partes corresponde abonarlos o declarando que no procede, en el caso especial, la condenación en costas".[2] Para González Pérez son los "Gastos del proceso de todas las inversiones económicas que en él tienen su causa, bien mediata o inmediatamente, tanto las que realiza el Estado para retribuir a los órganos jurisdiccionales, como los que realizan las partes para pagar al técnico en Derecho que les defenderá en un proceso concreto".[3] De los conceptos supramencionados nos abocaremos a desarrollar en forma principal el tercero que tiene elementos que interesan a nuestro estudio. El elemento sobresaliente del concepto esgrimido por González Pérez, es el de considerar como parte de los gastos del proceso, las sumas que el Estado está obligado a retribuir al Poder Judicial para el ejercicio de su función; retribución que en nuestro Ordenamiento Jurídico se consagra en el artículo 177 de nuestra Carta Política.

Esos lazos económicos del Poder Judicial con el Poder Ejecutivo, que es el órgano llamado a confeccionar el presupuesto, constituyen una aura sicológica que tiene su incidencia en el tema objeto de nuestro estudio, como lo veremos infra.

De esas definiciones generales se sustraen las siguientes conclusiones: a) Son gastos que se originan en un proceso judicial, que mientras dure su tramitación deben ser cubiertos por las partes; y, b) La parte perdidosa en juicio deberá de cubrir los propios y los de la contraria.

Con base en esos mismos criterios, deberán desecharse como gastos procesales, todas las inversiones económicas que debió hacer la parte de previo a instaurar el proceso contencioso administrativo, tales como dictámenes, asesorías o consultorías.

Es éste —los costos de los procesos con especial énfasis en los contenciosos administrativos—, un capítulo importante aunque tradicionalmente descuidado, que tiene además, especial relieve en este ámbito jurisdiccional, ya que de su regulación depende en buena parte, la efectividad de la garantía que supone para los ciudadanos la existencia de una instancia judicial llamada a controlar la regularidad del ejercicio de las potestades públicas, supuesta la desigualdad esencial que existe entre las partes en la vía contencioso administrativa, donde una de ellas, la administración pública, dispone, a través del privilegio de decisión ejecutoria, de poder, bastante para alterar por sí misma las situaciones patrimoniales de los administrados, privándoles de sus bienes o derechos antes de ser vencidos en juicio.[4]

---

1. OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, 1984.
2. DE PINA, Rafael, *Diccionario Jurídico*, Editorial Porrúa, 1982.
3. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Editorial Temis, 1985, pág. 413.
4. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, tomo II, 1984, pág. 580.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COSTAS

De los conceptos supramencionados se desprende su naturaleza. Las costas son una porción de los gastos del proceso, por tanto y en consecuencia consistirán en inversiones económicas que el proceso lleva consigo y como todos los gastos procesales, son un efecto necesario del mismo, una consecuencia económica que no pierde sin embargo por este carácter, su naturaleza procesal, siendo lógico por ello que las normas reguladoras de tales gastos no queden fuera del ámbito de la ley procesal. La nota específica que sirve para delimitarlas del resto de los gastos procesales consiste en que su pago recae sobre las partes que intervienen en el proceso, comprendiendo únicamente los gastos de un determinado proceso, que es la causa inmediata y directa de su producción.

FUNDAMENTO DE LA CONDENATORIA EN COSTAS

No obstante que el instituto de las costas emergió como una necesidad para evitar la proliferación de litigios estériles y delimitar el abuso de acción[5] los criterios utilizados para aplicar la condenatoria en costas son variados como lo son los ordenamientos jurídicos. Así los más utilizados son los objetivos y subjetivos.

Criterio objetivo

Éste se encuentra fundamentado en el simple hecho de salir perdidoso en un proceso. Gonzalo Retana Sandí consideraba que el artículo 1027 del Código de Procedimientos Civiles, actualmente derogado, utilizaba este criterio, de donde únicamente como excepciones a la regla, por razones de justicia y equidad, se debía condenar al vencido al pago de las costas por el simple hecho de no salir airoso en el proceso.

Con base en este criterio, no se entra a cuestionar la conducta mantenida por las partes durante la tramitación del juicio, sino únicamente el resultado del mismo.[6]

Criterio subjetivo

Con base en este, los tribunales califican la condenatoria según la conducta del litigante en el transcurso del proceso. Así entre otros, se toman como elementos determinantes para la condenatoria o absolución en costas, la buena fe, la temeridad, el motivo para litigar, la posición que ocupaba dentro del proceso, etc. Con fundamento en este criterio, del cual se ha hecho un abuso indiscriminado por parte de los juzgadores, se han ocasionado a muchos administrados graves perjuicios de carácter económico, pues en algunos casos, la pretensión aducida en juicio es mucho menor que los gastos que se ve forzado a realizar para obtenerla. Piénsese por ejemplo en el contencioso de anulación.

---

5. HINES CÉSPEDES, César, *Afianzamiento de costas en el contencioso administrativo*, **Revista Iustitia**, número 57, pág. 22.

6. RETANA SANDÍ, Gonzalo, *La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica y su reforma*, **Revista del Colegio de Abogados**, número 12, 1966, pág. 173.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ARTÍCULO 98, INCISO C), DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE COSTA RICA

Reza el artículo citado:

> "Artículo 98.—La parte vencida podrá ser exonerada del pago de las costas:
> a.—...
> b.—...
> c.—Cuando por la naturaleza de las cuestiones debatidas haya habido, a juicio del tribunal, motivo bastante para litigar".

La norma supratranscrita ha sido utilizada en forma indiscriminada por los tribunales contenciosos administrativos en favor de la administración pública. Han considerado para fundamentar su posición que el Estado o sus instituciones siempre tienen motivos suficientes para litigar, cual si esos motivos fueran exclusivos y únicos en la administración pública central y descentralizada, y no son susceptibles de ser trasladados a los administrados cuando litigan, cual si el acudir a juicio fuese un ejercicio jurídico.

Evidentemente es una posición errónea de nuestros juzgadores sustentada en una actitud sicológica. Esta sicología es uno de los problemas capitales de la justicia administrativa de hoy. El juez de lo contencioso se siente —como en realidad lo es— servidor del interés público y hasta cierto punto partícipe en una misión estatal de desarrollo económico y social del país, y esto no por motivos políticos o ambiciones personales, sino por honesta convicción de que ese es su cometido como juez de la administración.[7]

Esta posición pareciera no ser patrimonio exclusivo de nuestros tribunales, sino que se extiende a varios ordenamientos jurídicos, así GARCÍA DE ENTERRÍA, nos lo demuestra cuando dice: "Existe especialmente una resistencia evidente a condenar en costas a la administración, aun en el caso, nada infrecuente, de que haya sostenido su acción contra todos los informes obrantes en el expediente y en los autos y aun cuando su tesis haya sido desautorizada por una jurisprudencia anterior unánime. Esta inaplicación usual de la condena en costas a la administración se traduce de facto en un nuevo privilegio carente de cobertura legal que repercute no poco en la marcha del proceso y que contribuye a falsear muchas de las técnicas que la ley establece impidiendo su adecuado rendimiento". Y, por otro lado GORDILLO igualmente lo menciona al decir: "Además de los pagos del impuesto correspondiente a la tramitación del proceso, el administrado debe sufrir la renuencia judicial de condenar en costas a la administración".[8, 9]

Lúcido razonamiento del profesor español, en el cual enfoca la forma generalizada de litigar en forma temeraria y aun contra los principios más elementales de la buena fe, por parte de la administración, que siempre goza de la protección judicial.

HERNÁNDEZ GIL,[10] ha dicho que intentar definir la buena fe es tan insólito como intentar la definición de la buena conducta, la moral o el orden público. No es posible reducir su aplicación a los supuestos tipificados. De aquí que la consagración del principio suponga una ruptura del derecho legal y una ampliación del arbitrio judicial para calificar como contrario al derecho una actuación que, en otro caso, sería

---

7. ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Prólogo a la justicia administrativa,* **Revista de Ciencias Jurídicas,** número extraordinario 24, 1974.
8. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, pág. 581.
9. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo II, 1980, XIX 44.
10. HERNÁNDEZ GIL, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo,* Editorial Civitas, pág. 67.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

válida, o, por el contrario, para calificar válida la que en otro caso no lo sería.

Consideramos que los supuestos del inciso c), del artículo 98, deben ser interpretados en forma restringida en favor de la administración pública, dada la dificultad práctica existente para determinar en cuáles casos existe o existió motivo bastante en la administración para litigar, y así ser exonerada de las costas. Para estos efectos no debe perderse de vista, que bajo cualquier circunstancia por la que se inicie el proceso, la raíz siempre será un acto de la administración, formal, material, presunto o expreso. De ahí que las limitaciones interpretativas deben ser hacia la detentadora del poder. La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad de la pretensión —no de la acción— es la última de esa instancia, es decir en sentencia, por lo que las partes demostrarán al tribunal la bondad de su posición jurídica con respecto al punto en disputa. Colegir de esas posiciones la existencia de motivos suficientes para litigar es un acto más síquico que jurídico, de donde la condenatoria en costas no puede estar supeditada en ello.

Resulta poco o nada edificante la terquedad administrativa en el mantenimiento de un acto, que con mala fe y frente a la jurisprudencia revocatoria constante, repetida y abrumadora, sostiene criterios injustos para obligar a pleitos o con la esperanza de que éstos dejen de interponerse por un descuido o se estrellen por un desliz procesal. Es por ello que los órganos jurisdiccionales deben interpretar el artículo supramencionado, en forma generosa para el particular que ha visto lesionados sus derechos o intereses legítimos por una actividad administrativa ilegal.

En múltiples ocasiones, dadas las pretensiones del particular frente a la administración por una conducta de ésta, podría darse el allanamiento y de esta forma se evitaría que se prolonguen hasta el final procesos que podrían terminarse antes, obligando a los tribunales a realizar una actividad innecesaria y a los recurrentes a soportar unos gastos perfectamente evitables. Así la atrofia del instrumento de la condena en costas —a la administración del Estado al menos— impide corregir a su través estos inconvenientes del allanamiento. Comprendemos las dificultades legales que el instituto del allanamiento tiene en nuestro Ordenamiento Jurídico, según los artículos 29, inciso d), de la Ley General de la Administración Pública, en relación directa con el artículo 15, párrafo segundo, de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Esta exigencia de carácter legislativo, da al allanamiento de la administración una especial rigidez, que dificulta su utilización práctica, ya que al representante del Estado le es mucho más cómodo contestar en forma convencional la demanda presentada, aun a sabiendas de sus pocas posibilidades de éxito, que solicitar la autorización necesaria para allanarse.

La más reciente doctrina procesalista señala que la condena en costas debe ir ligada a un hecho objetivo y de fácil determinación, como lo es el vencimiento. La característica fundamental del principio moderno de la condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido.[11]

El artículo 98, inciso c), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, debe ser utilizado con el mismo criterio con el cual se absuelve o condena a la administración al pago de indemnización por su funcionamiento normal o anormal. La antijuridicidad, la temeridad, la buena fe, como elementos determinantes, deben ser desplazados de la conducta subjetiva hacia el daño objetivo del patrimonio. La exacción de recursos para cubrir directamente y aun siendo vencedor en el litigio, los gastos provocados por el mismo, en razón de una actuación administrativa perjudicial a los derechos o intereses del administrado es una incongruencia de carácter procesal. Dromi nos ilustra con más claridad el punto cuando expresa: "Los casos de responsabili-

11. CHIOVENDA, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, en Comentarios a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pág. 1435.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dad estatal por los daños que origina la actividad administrativa legítima son numerosos, y entre ellos se encuentran la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, cuando ello fuera procedente y siempre que se observen las garantías constitucionales, esta responsabilidad del Estado es objetiva con total prescindencia de la noción de culpa, siendo su fundamento el principio de la justicia legal o general *que demanda la igualdad ante las cargas públicas* según lo preceptuado por la Constitución Nacional".[12] (La negrilla no es del original). En el mismo sentido, BLASCO ESTEVE, Avelino, en *Responsabilidad de la administración por actos administrativos.*[13]

De lo anterior se colige, que si existe un criterio objetivo para la condena a la administración, y asentado en el principio del mantenimiento de la integridad del patrimonio de los particulares, como lo denomina ESCOBAR GIL, no existe razón alguna para condenar a la administración en relación con las pretensiones de los reclamantes, y eximirla del pago de las costas por haber existido motivo suficiente para litigar. Con la actitud anterior, se le causa un menoscabo al patrimonio del particular, pues deberá de suplir de su propio peculio los gastos consecuentes de un proceso originado en un comportamiento administrativo, cuando tiene la razón y el derecho le asiste.

Es sumamente ilustrativa la jurisprudencia colombiana, cuando establece: "Todo perjuicio causado por la fuerza pública, perjuicio que se traduce en una carga pública, ya que esa empresa no se considera ya como el negocio de un soberano poderoso, sino como forma de dar satisfacción a las necesidades generales de la colectividad, debe, si hiere a la igualdad de los individuos en cuanto a las cargas públicas, ser reparado, por el otorgamiento a la víctima de una indemnización pagada por el patrimonio administrativo de la colectividad. La responsabilidad del poder público tiene en vista, el restablecimiento del equilibrio económico y patrimonial, inspirado en la idea de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, idea inserta en la conciencia jurídica moderna".[14]

Consideramos que con el arraigo del constitucionalismo en nuestro medio, a raíz de la creación de la Sala Constitucional, se hace necesario un traslado o ampliación de algunas de las innovaciones de esa jurisdicción a la contenciosa administrativa, como magistralmente lo expone CANO MATA.[15] Entre esas innovaciones se encuentra la del artículo 51 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que dice en lo que interesa:

> Artículo 51.—"Además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, toda resolución que acoja el recurso condenará en abstracto a la indemnización de los daños y perjuicios causados y al pago **de las costas del recurso...**" (La negrilla no es del original).

En la norma supratranscrita no se establece ninguna excepción con respecto a la condenatoria en costas en contra del Estado. Es una regla general y en materia constitucional al igual que en la jurisdicción contenciosa ordinaria, el Estado también tendría motivos bastantes para litigar, con lo cual deviene obsoleto y protector del inciso c), del artículo 98, de la Ley de repetida cita.

---

12. DROMI, Roberto, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Astrea, 1987, pág. 208.

13. "La perspectiva general de la responsabilidad no puede proyectarse sólo según resulta de los actos lícitos o ilícitos, sino de la unidad fundamental común de la idea de lesión, como perjuicio antijurídico, por cuanto el titular de un bien jurídico no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, aun cuando su agente causal obre con licitud, de modo que el problema fundamental, verdadero fondo de la cuestión, está en si existió o no la lesión, lo que constituye cuestión de prueba y de apreciación de éste por el órgano resolutivo competente".

14. ARCINIEGAS, José Antonio, *Estudios sobre jurisprudencia administrativa*, Editorial Temis, pág. 314.

15. CANO MATA, Antonio, *La ley de protección de los derechos fundamentales de la persona y sus garantías contencioso administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria*, **Revista de Administración Pública**, Centro de Estudios Constitucionales, número 98, 1982.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En la materia objeto de nuestro estudio, debe de primar el mismo principio que contiene el mismo artículo arriba transcrito en su párrafo in fine que textualmente expresa: "Si el amparo fuere desistido por el recurrente, rechazado o denegado por la Sala, esta lo condenará al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad".

Para continuar por la misma línea crítica, es importante reseñar lo que establece la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de España, en su artículo 131, párrafo primero, que a la letra dice: "Las Salas de lo Contencioso Administrativo, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante las mismas se promovieren, impondrán las costas a la parte que *sostuviere su acción*, o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad".[16]

Nótese que en la norma supratranscrita, se establece que el simple hecho de oponerse a la acción es motivo de condenatoria en costas, y si además se recurre en forma temeraria o de mala fe pues con doble razón se condenará en ese rubro. En otros términos, el único criterio discrecional que tiene el juez es sobre la temeridad en los recursos o la mala fe en los mismos. Ahora bien, con respecto a esta hipótesis nos encontramos ante un problema que la ley no nos aclara, que consiste en determinar cuál es la definición que esta normativa le da al término "recurso". Efectivamente, el término "recurso" es anfibológico en la materia objeto de nuestro estudio, si nos atenemos al hecho que, aunque erróneo, es de curso corriente que a la acción contenciosa administrativa se le denomine recurso contencioso administrativo, con lo que la frase utilizada por la Ley de lo Contencioso española, deja la duda relacionada con el tema. Nótese que al principio expresa: "...al resolver por auto los recursos o incidentes..." y posteriormente agrega: "...impondrán las costas a la parte que sostuviera su acción, con lo cual equipara el término recurso al de acción. No obstante ello, lo principal de dicha norma estriba en la obligación expresa del juzgador de condenar en costas a la parte que sostenga su acción, lógicamente en caso de salir perdidosa en juicio.

A pesar de la existencia de gran cantidad de doctrina dominante en materia de responsabilidad objetiva general de la administración por daños, perjuicios o lesión al patrimonio de los administrados, cuya aplicación no sólo analógica es procedente, sino que desde la óptica de la congruencia de la sentencia, exigible en toda resolución que tenga este carácter, no existe la voluntad judicial de utilizar correctamente la discrecionalidad que la norma 98, inciso c), del texto legal antes mencionado, otorga al juez de lo contencioso, con lo que se tendría que llegar necesariamente a una reforma legislativa para cambiar el derrotero que hasta ahora la jurisprudencia patria ha mantenido, con las excepciones que confirman la regla.

De darse la reforma dicha, nuestros jueces perderían la oportunidad de ser verdaderos creadores de doctrina jurisprudencial, a través de la interpretación de aquellas normas que le conceden esa discrecionalidad, y se convertirían así en simples exegetas del Derecho. No significa ello que nuestros jueces de lo contencioso no innoven el derecho, ni tampoco que ignoren la doctrina, sino que en primer término, predomina en la conciencia de la mayoría esa concepción exegética de su función, que choca fuertemente con la riqueza conceptual y filosófica de algunos muy buenos fallos, pero que forma, en todo caso, un prejuicio contra la innovación y la hace tímida o discontinua, como si produjera arrepentimiento.

Para finalizar citaremos un párrafo de la sentencia número 345 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que en lo que interesa dice: Considerando V:... "Reiteradamente se ha considerado que, en virtud de la reforma introducida en el año 1937, se establece que toda sentencia condenará al vencido al pago de las costas personales y procesales. En aplicación de esas normas se

16. ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Legislación procesal contencioso administrativa*, editorial Aguilar, 1962.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ha resuelto que el pronunciamiento de ambas costas debe hacerse de oficio, y que la condenatoria se impone al vencido por el hecho de serlo, es decir, por perder el litigio, sin que esa condenatoria signifique que se le considere litigante temerario o de mala fe".[17]

Es claro y evidente que el considerando supratranscrito, es la típica expresión del criterio objetivo utilizado al momento de condenar en costas a los perdidosos en determinado proceso.

Con esta estimulante resolución de tan alto tribunal, consideramos que los órganos jurisdiccionales inferiores tienen un punto de referencia para iniciar el cambio de actitud con respecto al papel que desempeñan en el juzgamiento de los actos del Estado y sus instituciones.

CONCLUSIONES

El artículo 98, inciso c), de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, debe ser interpretado en forma restrictiva en favor de la administración, y en una forma generosa en favor del administrado. Esta propuesta no implicaría una violación al principio de igualdad como podría pensarse, por cuanto es por todos conocido que no existe esa figura tratándose del Estado o alguna de sus instituciones. La potestad de imperio de la que gozan los órganos del Estado es elemento suficiente para quebrar esa igualdad, aun cuando se trate de actividad que podría encuadrar dentro del esquema del Derecho Privado, como es la de contratar bienes o servicios, en la que se pretende hacer creer que nos enfrentamos al Estado en condiciones de igualdad, cuando la misma legislación le concede facultades exorbitantes del Derecho Común.

En principio la condenatoria en costas cuando el Estado es el perdidoso debe ser la regla general y salvo circunstancias muy especiales, —las que constituirían la excepción— exonerarlo de ese castigo. Bajo ninguna circunstancia debe perderse de vista cuál es el origen, el punto de partida de todo proceso contencioso administrativo, para con base en esa premisa tener como sujeto pasivo de la condenatoria en costas al perdedor por el simple hecho de serlo.

17. Resolución número 345 de las diez horas treinta y tres minutos del siete de diciembre de mil novecientos noventa, de la Sala Primera de la Corte, con que revoca una resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, donde exoneró del pago de las costas al Estado, que se mantuvo litigando no obstante existir una declaratoria de inconstitucionalidad sobre las normas que le dieron fundamento al acto administrativo impugnado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL DERECHO A LA PROPIA IDENTIDAD

BR. ANA KARINA ZELEDÓN LÉPIZ
DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

SUMARIO

Pág.

Introducción 118

Premisas filosóficas 118

Datos positivos 119
a. Constitución Política 119
b. Tratados Internacionales 120
c. Legislación 120

La doctrina jurídica sobre el derecho a la identidad 121
Doctrina italiana 121
Doctrina peruana 122
La jurisprudencia 122

Aspectos estáticos y aspectos dinámicos del derecho a la identidad 123
Aspectos dinámicos 123
Aspectos estáticos 124

La firma como distintivo de la personalidad 124
Investigación empírica 125
a. Departamento de Índices y Padrones 126
b. Departamento de Cuentas Cedulares 126
c. Departamento de Archivo del Tribunal Supremo de Elecciones 126

La función de la firma 126

Los límites del derecho a la identidad 127

Antijuridicidad por abuso del derecho a la identidad 127

Los titulares del derecho a la identidad. Aspectos de legitimatio ad causam activa 128
a) Personas vivas 128
b) Personas fallecidas 128
c) Personas jurídicas 128

Conclusión 129

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCIÓN

El tema de nuestro trabajo es "el derecho a la identidad personal", un nuevo y central *"derecho humano", que se manifiesta en lo civil como "valor de la personalidad"*, y que ha sido afirmado doctrinaria y jurisprudencialmente en los más avanzados ordenamientos: *el derecho a la propia identidad;* mi derecho a *ser como "soy haciéndome"*, mi derecho a que sea respetado el curso que yo dé a mi existencia, *mientras respete la libertad y la esfera jurídica de mi prójimo.*

No hablamos solamente de un derecho a la identificación, el cual revela sólo, a nuestro juicio, el momento estático de la identidad personal; en cambio, el derecho a la propia identidad es *un derecho a la singular forma de ser de cada persona,* que no se reduce a un etiquetamiento formalista y fosilizante ("labeling"), mediante los esquemas fijos tradicionales relativos al estado civil, al sexo, a la edad, etc., sino que trasciende la forma para referirse a la globalidad del ser humano, en las expresiones más genuinas de su personalidad, en la realización cotidiana de sus valores.

El derecho a la identidad es el derecho fundamental al propio modo de ser, verdadera expresión de la libertad en su afirmación dinámica diaria, como lo enseña el maestro Fernández Sessarego.

Dentro de los mal llamados "derechos" "humanos" (más bien "valores de la personalidad", ya que no sólo como derechos subjetivos se manifiestan, sino también a través de muchas otras situaciones jurídicas, como deberes, cargas, obligaciones, potestades, intereses legítimos, etc.) la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la noción de "derecho a la identidad". El mérito mayor en la elaboración de este derecho en el continente americano se debe, sin duda, al gran jurista peruano, de padre costarricense, *Dr. Carlos Fernández Sessarego,* lo que explica la abundancia de referencias a su obra. La ponencia que el maestro Fernández Sessarego presentó en el Congreso "Tendencias Actuales del Derecho Privado" (Lima, setiembre de 1988), que se titulaba: "El derecho a la identidad personal", causó admiración y sostenidos aplausos de los presentes (entre otros, Busnelli, Díez Picazo, Borda, Zannoni, Cifuentes, Alterini, Bellini, Mosset Iturraspe, Moisset de Espanés, Peirano Facio, Kemelmajer y muchos otros grandes del Derecho Latinoamericano). Ese día se inauguró una nueva era en la historia de este derecho en nuestro continente. Este trabajo es humilde eco de su mensaje.

PREMISAS FILOSÓFICAS

A partir de las afirmaciones filosóficas de nuestro tiempo, en las que el ser humano es visto en su dimensión existencial, concreta y cambiante, la jurisprudencia extranjera y la doctrina jurídica más reciente han elaborado la noción del *derecho a la identidad personal,*[1]

1. V. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas,* Universidad de Lima, 1990, p. 151. Puede encontrarse amplia información sobre las premisas filosóficas del derecho a la identidad en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho a la identidad personal,* en el volumen *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano,* ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Cultural Cuzco Editores, Lima, 1990, pp. 55 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derecho que tiende a proteger al ser humano en sus expresiones más personales frente a sus semejantes, frente a la prensa, frente al Estado y frente a las agrupaciones sociales.

> "La masificación social, con la consiguiente pérdida de la fuerza individual de los miembros de la comunidad es sin duda una de las expresiones más agobiantes de la socialización. El hombre se convierte en un número, al que se trata sin consideración a sus personales apetencias y aptitudes..." [2]

La protección de la identidad no es un invento de nuestros días. Desde siempre, el hombre ha sentido la necesidad de ser como es, de hacerse a su manera, sin intervenciones de la colectividad o de los demás sobre esta esfera personal.

Es la mejor doctrina jurídica impregnada de la filosofía personalista la que ha redescubierto al hombre como ser libre, en su radical dimensión única y personal. Precisamente la filosofía de E. Mounier, ligada a una perspectiva tridimensional propia, es lo que caracteriza, en particular, al varias veces citado Dr. Fernández Sessarego.

Esta nueva orientación de la mejor doctrina extranjera (en particular italiana y peruana) tiene como fundamento, como los autores mismos lo reconocen, las filosofías de Emmanuel Mounier *(El Personalismo)*, Karl Jaspers *(La fe filosófica)*, Martín Heidegger *(El Ser y el Tiempo)*, además de las de Kierkegaard y Nietsche y proclama, entre otras cosas:

- Que la vida es un proyecto personal enrumbado hacia la perfección, por medio de la libertad.
- Que cada hombre es portador de un "modo de ser insustituible".
- Que cada persona es única, sólo idéntica a sí misma, pues cada una por medio de la libertad elabora su propio proyecto de vida.
- Que cada persona tiene una identidad propia y única.
- Que por esta singularidad cada hombre tiene el derecho de ser una "cierta persona", él mismo.
- Que cada persona presenta en la vida de relación un perfil definido de su personalidad.
- Que la persona es actividad vivida, movimiento de personalización.
- Que es en su propio encuentro consigo mismo y con los demás que la persona realiza su vocación vital única.

DATOS POSITIVOS

a. Constitución Política.

Frente a la laguna legislativa, la jurisprudencia extranjera, en especial italiana, según veremos,[3] ha encontrado el fundamento de este derecho en principios generales de orden constitucional.

En concreto, este derecho se ha basado en el artículo 2 de la Constitución italiana que establece que:

> "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente o en las formaciones sociales, donde desarrolla su personalidad y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social".

---

2. FERREIRA RUBIO, *El derecho a la intimidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982. p. 31.
3. En especial la sentencia de la Sala de Casación italiana, de 22 de junio de 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El derecho a la identidad tampoco se encuentra formalmente definido en el ordenamiento jurídico costarricense, pero igualmente podría ser objeto de construcción jurisprudencial y, además, resulta claro de la correlación de diversas disposiciones constitucionales:

> Art. 20.—"Todo hombre es libre en la República..."
>
> Art. 28.—"Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.
>
> Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley..."

b. Tratados internacionales.

Los pactos internacionales de Derechos Humanos suelen afirmar un derecho de todo hombre al reconocimiento de *su* personalidad.

Concretamente, el Pacto de San José, o Tratado Interamericano de Derechos Humanos, establece, con fuerza superior a la misma Ley, que "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de *su* personalidad jurídica", al reconocimiento de *su* ser de persona, que no puede verse simplemente como punto formal de atribución normativo, sino que implica el reconocimiento de una dimensión existencial, real, dinámica, cambiante, pero unificada y singular.

Tradicionalmente esto ha sido interpretado como el derecho de todo ser humano de ser reconocido como sujeto en el mundo del derecho, pero hay algo más.

El interés fundamental que está en la base de mi derecho a la identidad *no es sólo de que se me reconozca personalidad jurídica (en general), sino, como lo dice el citado Pacto Interamericano de Derechos Humanos, es a que se reconozca mi personalidad jurídica.*

Esta disposición no puede verse simplemente como un derecho al reconocimiento formal, sino como la afirmación de un derecho de cada ser humano a *su* propia y única personalidad, a su propia identidad como persona.

c. Legislación.

Aparecen regulaciones aisladas sobre la identificación de las personas, pero recordemos que el derecho a la identidad es algo de mayor amplitud. No debe identificarse identidad con identificación.

En todo caso, para efectos de confrontación, resumimos cuáles son las normas legales existentes sobre el tema de la identificación, como manifestación estática del derecho a la identidad.

1. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil.

Nuestras leyes, no mencionan la materia del derecho a la identidad. Se regula solamente la identificación.

Un autor nacional ha hablado de la escasa doctrina y legislación sobre el tema.[4]

Las normas en materia de identificación se refieren particularmente a la cédula de identidad y se encuentran en la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil.*

No hay regulación extensa del asunto. La única norma existente es el artículo 93 de esa Ley que señala los requisitos que debe llenar la cédula:

> "La cédula de identidad llevará las firmas o facsimedio de la máquina protectora de firma (protectograph signer), del Director del Registro y uno de los Oficiales Mayores; y además, la de la persona a favor de quien se expide y su fotografía marcada con el sello del Registro. Si dicha persona no supiere o no pudiere firmar por impedimento físico, se hará constar así.
>
> La autoridad encargada de la entrega de la cédula llevará un registro en el que firmará la persona que retire la cédula y si no pudiere, lo hará otra persona a su ruego, debiendo el titular de la cédula imprimir la huella digital de cualquier dedo de sus manos.
>
> La cédula contendrá los siguientes datos: número de la misma y fecha de expedición; nombre y apellidos, sexo, estado civil, domicilio, profesión u oficio, lugar y fecha de nacimiento del dueño de la cédula; nombre y apellidos del

4. ALBERTAZZI HERRERA, Fernando, *El nombre en el Derecho Mercantil*, tesis, UCR, p. 2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

padre y de la madre y número de la cédula anterior que hubiera tenido la misma persona.

El número de la cédula se compondrá de tres partes correspondientes a la inscripción de nacimiento de la persona, así: la primera el número del Partido; la segunda al Tomo y la tercera a las cuatro últimas cifras del Asiento, cuando los tuviera; en esta última parte podrá no consignarse los ceros a la izquierda. Si se tratara de naturalizados cuyo nacimiento no está inscrito, el número se compondrá en la misma forma, pero referido al Registro de Naturalizaciones".

Estos aspectos se refieren, insistimos, más a los aspectos estáticos de la identidad. La doctrina y la jurisprudencia extranjera, en cambio, han afirmado este derecho como algo dinámico, cambiante.

LA DOCTRINA JURÍDICA SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Doctrina italiana.

Fue Adriano de Cupis quien vislumbró por primera vez este derecho.[5]

Para De Cupis la identidad personal es "ser uno mismo" y serlo también socialmente. Para De Cupis especial papel juegan los "signos distintivos" cuya función es identificar a la persona en el ámbito social.[6]

También el jurista MESSINEO,[7] hablaba del derecho a la identidad como un derecho y un interés de la persona de afirmarse, no solamente como persona, sino como "esta persona", para distinguirse de las demás, puesto que la persona tiene el derecho subjetivo a la identidad.

El tema de la identificación (no de la identidad) ha sido tradicionalmente tratado por la doctrina.

MESSINEO se refería a las "contraseñas de la identidad".

También ya Antonio CARROZZA, desde 1955 hablaba de los atributos relativos a la identificación de la persona.[8]

Actualmente el énfasis es en la identidad como expresión dinámica.

Se ha hablado de la presencia de un nuevo derecho subjetivo autónomo, pero interdependiente con otros derechos de la personalidad. Este, aunque autónomo, tiene íntima relación con otros bienes jurídicos, como la intimidad, la imagen, el nombre, el honor y la misma libertad. Es un derecho al respeto a las expresiones de la personalidad.

En la Enciclopedia del Diritto se lee:

> "La identidad es la expresión verbal de una verdad atinente a la persona: es decir, del hecho, objetivamente no discutible, de que cada sujeto es similar, pero no igual a los otros.
>
> El derecho conoce esta verdad; y la conoce en sus dos aspectos sobresalientes; sea como intrínseca cualidad del sujeto, sea como exigencia de afirmar tal cualidad suya en la vida relacional. En el primer aspecto, se ha protegido exclusivamente a la persona, en cuanto tal, o sea, individualmente considerada, y la identidad es representada como un verdadero y propio derecho personalísimo, cuyo contenido es delimitado precisamente al tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen distinto de los otros e idéntico sólo a sí mismo. En el segundo aspecto, se ha protegido siempre a la persona, pero en su modo de ser en la sociedad, y la identidad es representada como el derecho de ser uno mismo respecto a los semejantes, o sea el derecho de distinguirse y de ser distinto a los demás". [9]

---

5. En su obra *"Il Diritto alla identitá personale"*, publicada en 1949 y en *"I Diritti della personalitá"*, trabajo publicado en 1961, así: GIACOBBE, *L'identitá personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*. Citados por FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*
6. Sobre los distintivos y el nombre, v. ALBERTAZZI, *op. cit.*, p. 6.
7. En su *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, tomo II, novena edición, 1957, p. 210.
8. *Il diritto al nome e i nomi immaginari dei genitori fittizi*, Foro Italiano, Roma, 1955.
9. Enciclopedia del Diritto, tomo XIX, Giuffrè Editore: Varese, 1970, p. 953.

Doctrina peruana.

La más reciente *doctrina latinoamericana*, encabezada por el Dr. Carlos Fernández Sessarego, ha reafirmado los principios anteriores y, dándoles mayor profundidad, ha dicho que este *"interés existencial* merece ser tutelado".[10] Se ha referido a una "legítima pretensión de que los demás respeten su identidad, su originaria "manera de ser".[11]

> "...en lo que concierne a la situación jurídica subjetiva atinente a la identidad personal, es imposible negar la presencia de un interés existencial que, vinculado con la dignidad de la persona, exige y requiere de adecuada protección jurídica." [12]

Se ha aclarado que este derecho, aunque relacionado con otros, como el nombre, la imagen, el honor, etc., es un derecho autónomo, diferente, especial, que en cuanto tal merece tutela específica.[13]

En la doctrina peruana, el gran jurista, redactor del Libro de las Personas del Código Civil de ese país, afirma:

> "La identidad se nos presenta como un interés digno de tutela. Frente a este derecho se yergue el deber de los otros de respetar la "historia" que cada cual proyecta". [14]

La jurisprudencia.

Revisamos la jurisprudencia nacional y no encontramos nada específico sobre el tema. Acudimos, entonces, a la jurisprudencia extranjera.

Por falta de acceso directo, resumimos a continuación la evolución de la jurisprudencia italiana, de conformidad con lo expuesto por Fernández Sessarego. Es en Italia, tierra de juristas, donde se ha afirmado por primera vez este derecho en la jurisprudencia. La mayoría de los autores resaltan el origen jurisprudencial de este derecho.

Dada la generalizada laguna legislativa sobre el tema, es la jurisprudencia la que ha generado la nueva orientación, a partir de una sentencia italiana de 6 de mayo de 1974, donde se afirma la *identidad como un nuevo interés jurídicamente* relevante del ser humano y se hace referencia a la *identidad* en lo que concierne a los *signos distintivos* de la persona.

Se recuerdan también antecedentes como la sentencia de 22 de mayo de 1964 de la Corte de Apelaciones de Milán y la sentencia de 13 de julio de 1971 de la Corte Suprema que definió el derecho a la identidad como:

> "el derecho de cada individuo a ser reconocido en lo peculiar de sus atributos, calidad, caracteres, acciones que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo". [15]

Otro pronunciamiento precursor es el fallo de 6 de mayo de 1974 del Pretor de Roma. Es interesante esta decisión porque separa el derecho a la imagen del derecho a la identidad, de modo que, hipotéticamente, podrían dañarse ambos.

Con independencia del derecho a la imagen, en ese caso, el Juez afirmó que se había lesionado el derecho a la identidad (en este caso a la identidad ideológica). Se afirma así la identidad con autonomía respecto de cualquier otro específico derecho de la personalidad.

En otro fallo de 30 de mayo de 1979 el Juez de Turín deslindó el derecho a la identidad del derecho al honor.

---

10. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 147.
11. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 149.
12. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 198.
13. Sobre las relaciones y diferencias entre la identidad y otros "derechos de la personalidad" v. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, pp. 163 y ss.
14. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas tendencias del Derecho de las Personas*, Lima, 1990, p. 174.
15. Publicada en Foro It., 1972, I, p. 432, cit. p. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El 2 de junio de 1980, el Juez de Roma habló del derecho a la identidad política de cada persona.

El 19 de junio de 1980, el Tribunal de Milán habló del derecho a la identidad científica de un investigador.

Recientemente, la Sala de Casación italiana, en sentencia de 22 de junio de 1985 consolida a nivel de "derecho vivo", o sea "derecho jurisprudencial" la existencia del derecho a la identidad.

Se estableció ahí:

> "Que cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela, de ser representado en la vida de relación en su verdadera identidad, tal como es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y la buena fe subjetiva".

Se habló aquí también de un:

> "interés al propio patrimonio profesional tal como se había exteriorizado o aparecía, en base a circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social".

Este célebre pronunciamiento empieza por admitir la existencia de *"un interés" existencial merecedor de tutela.* Con base en el reconocimiento de este interés inherente al ser humano se configura una situación jurídica subjetiva.

Debe aclararse que la identidad es algo más que la identificación o que la llamada identidad registral que es estática, como veremos luego. Zeno-Zencovich manifiesta que la identidad personal, como proyección de la personalidad del sujeto "no puede limitarse a los datos registrales o al status del individuo".

Al hablar de este interés fundamental del ser humano a su identidad este fallo de 1985 expresa:

> "La identidad materia de tutela es la que se proyecta socialmente". *Lo que se tutela es la personalidad tal como es conocida o podría ser conocida en la realidad social.* Lo que se protege es la identidad en cuanto ha sido "comunicada", objetivada.

Más recientemente el Pretor de Varese, en sentencia de 27 de enero de 1986 afirma la posibilidad de medidas cautelares para prevenir lesiones al derecho a la identidad.

ASPECTOS ESTÁTICOS Y ASPECTOS DINÁMICOS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Nuestra opinión personal es que el derecho a la identidad tiene aspectos estáticos y aspectos dinámicos:

Aspectos dinámicos.

Como el hombre es un ser que se hace, un ser en constante transformación, la identidad tiene, especialmente, este sentido dinámico.

> "Soy un ser singular, tengo un nombre propio. Esta unidad *no es la identidad muerta de la roca* que ni nace, ni cambia, ni envejece. No es la identidad de un todo que se abraza en una fórmula, de los abismos de lo inconsciente, de los abismos de lo supraconsciente, del surgimiento de la libertad, mil sorpresas vuelven a replanteárseme sin cesar. No se me presenta ni como algo dado, tal como mi herencia o mis aptitudes, ni como pura adquisición... toda persona tiene una significación tal que no puede ser sustituida en el puesto que ocupa..." [16]

16. MOUNIER, *El Personalismo*, EUDEBA, 1962, pp. 29 y 30.

La "proyección externa de la esfera espiritual debe ser siempre apreciada dinámicamente" expresa TOMMASINI.[17]

Aspectos estáticos.

Por otra parte, el nombre, los distintivos comerciales, las marcas, los emblemas publicitarios, el rótulo comercial son signos estáticos.[18] Son manifestaciones estables de la personalidad, de la identidad personal. Sin embargo estos signos estáticos también pueden cambiar, bajo determinadas condiciones.

El jurista TOMMASINI, de la Universidad italiana de Messina, también aclara que estos signos externos constituyen los perfiles estáticos concernientes a la "identificación".

La identidad personal, según lo anterior, permite la *individualización* del sujeto frente a los demás. La forma de ser del individuo no se restringe a su fuero interno, sino que trasciende y se proyecta hacia los demás en el tanto pertenezca a una comunidad. Esa proyección se da a través de las actitudes y comportamientos de la persona de un modo (llamémoslo "informal") el cual es, sencillamente, su forma de vida. Pero también se manifiesta en lo externo ("formalmente") a través de los llamados signos *distintivos personales.*

La identidad no se limita a la simple identificación de la persona, tal que se diga "este sujeto es A y no es B". No obstante, "la identidad sin los signos distintivos no podría concretamente subsistir: vanamente, de hecho, la persona buscaría ser ella misma y afirmarse como tal en la vida social sin un nombre y sin algunos otros signos distintivos personales. Subsiste, pues, ciertamente, una estrecha relación entre identidad y signos distintivos de la persona (nombre, pseudónimo, etc.); relación determinada, más que nada, por el hecho de que los signos distintivos apuntan a conseguir una precisa individualización del sujeto y, por ende, contribuyen a la afirmación de la persona y de su verdad individual".[19]

Los signos distintivos de las personas físicas, tales como el nombre y el pseudónimo contribuyen pues, a su individualización en el mundo social. Cabe, sin embargo, preguntarse si la firma puede ser considerada signo distintivo y como tal coadyuva a dicha individualización.

En la firma encontramos aspectos estáticos y aspectos dinámicos.

LA FIRMA COMO DISTINTIVO DE LA PERSONALIDAD

La palabra "firma" es definida como "nombre y apellido, o título, de una persona, que ésta pone al pie de un documento escrito de mano propia o ajena para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice".[20] Ahora bien, la palabra "rúbrica" se define como: "rasgo o conjunto de rasgos de figura determinada, que, como parte de la firma pone cada cual después de su nombre o título. A veces pónese la rúbrica sola; esto es, sin que vaya precedida del nombre o título de la persona que rubrica".[21] Finalmente, "rubricar" significa "po-

17. En su obra: *L'identitá del soggetto. Apparenza e realtá.* cit. p. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*

18. V. ALBERTAZZI, *op. cit.*, p. 6 y RIZO-ROIG, *El nombre comercial y su protección jurídica*, tesis, UCR, 1987, p. 16.

19. *Ídem.*

20. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, ESPASA-CALPE, vigésima edición, Madrid, 1984, p. 644.

21. *Ídem*, p. 1.202.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ner uno su rúbrica vaya o no precedida del nombre de la persona que la hace".[22]

En nuestro medio, se ha superado la distinción entre "rúbrica" y "firma" de tal forma que, casi consuetudinariamente se ha entendido bajo el término "firma" el significado de "rúbrica".

En Costa Rica, la firma "oficial" del ciudadano, se encuentra registrada en su cuenta cedular en el Registro Civil. La firma ahí establecida debe ser la que aparece en la cédula de identidad vigente, ya que por razones de seguridad jurídica debe existir una única y auténtica firma que identifique a su titular.

La doctrina latina prácticamente no trata el tema de la firma. En la doctrina *norteamericana*, en cambio, se conceden amplias facultades para su uso.[23]

El Registro Civil costarricense no establece ningún tipo de limitación en cuanto a cómo debe ser la firma. No importa si contiene o no el nombre de la persona a quien pertenece; no importa si es o no legible; ni siquiera es relevante si está conformada por trazos que corresponden a letras ya que puede ser constituida por dibujos o rayas, figuras geométricas... La razón de esto es que sin lugar a dudas, la firma es una manifestación de la personalidad del individuo, pues él escoge cómo ha de ser el diseño que le identifique y represente en los actos, negocios y demás situaciones que lo ameritan.

Por esta razón puede afirmarse que el ciudadano tiene plena libertad para diseñar su firma. El único límite que existe es el llamado principio de autonomía moral de la persona consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política, según el cual el individuo puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido siempre y cuando no se contrarien la moral, el orden público y las buenas costumbres, así como cuando no se perjudique injustificadamente a terceros.

Así, si el Registro Civil, ente rector en materia de cédulas de identidad y registro de firmas, no establece límites al diseño de éstas, se concluye que en esta materia rige el supracitado principio.

Tal libertad responde a que la firma también es un signo distintivo de la identidad y como tal *merece tutela análoga a la del nombre y a la del pseudónimo cuando ésta lo amerita.*

El Registro Civil no rechaza la firma que el ciudadano decide escoger. Incluso, cuando éste cambia de cédula, puede igualmente cambiar su firma con tal que ésta quede debidamente registrada. Por tanto, ella debe ser considerada por cualquier tercero como "la" firma del sujeto y debe ser aceptada como tal para todo efecto.

Por todo lo anterior nuestro criterio es que existe un legítimo derecho de firmar como se quiera, siempre que no se dañe a nadie y de exigir que la firma sea reconocida y registrada como tal en cualquier medio.

Investigación empírica.

Visitamos las instalaciones del Registro Civil y del Tribunal Supremo de Elecciones.

El objetivo fue buscar información acerca de la política registral en cuanto a firmas y averiguar si existe algún parámetro para determinar si una firma es o no aceptable y si, eventualmente, una cédula puede ser cancelada (este es el término que se utiliza; no se habla de "anular") por una firma no aceptable. Se pretendió asimismo localizar alguna jurisprudencia del Tribunal en cuanto a cancelación de cédulas por razón de firma no aceptada.

---

22. *Ibidem.*

23. "Signature: The act of putting one's name at the end of an instrument to attest its validity; the name thus written. A signature may be written by hand, printed, stamped, engraved, etc. ... and whatever mark, symbol or device one may choose to employ as representative of himself is sufficient. A signature is made by use of any name, including any trade or assumed name, upon an instrument, or by any word or mark used in lieu of a written signature". BLACK, Henry Cambell, *Law Dictionary*, West Publishing Co. St. Paul, 1979, p. 1238.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a. *Departamento de Índices y Padrones.*

Se entrevistó en primera instancia al funcionario del *Departamento de Índices y Padrones* del Registro Civil, señor Hugo Picado León, quien nos indicó que en ese Departamento se tramitan las cédulas y se revisa que contengan todos los requisitos. Nos indicó que *no existe ninguna política de revisión de la forma o el contenido de las firmas* y que independientemente de *cómo sean,* el Registro las acepta. Igual criterio expresó el señor Genaro Garita, jefe de dicho departamento.

b. *Departamento de Cuentas Cedulares.*

Posteriormente se entrevistó al señor Luis Víquez, jefe del *Departamento de Cuentas Cedulares,* quien nos dijo que el ciudadano tiene libertad para estampar su firma como lo tenga a bien hacer, pues la normativa existente *no exige ningún requisito ni de forma ni de contenido.* Una de las razones es que muchas veces el firmante no sabe leer o escribir y, por tanto, debe hacer algún trazo en su cédula, lo cual, inmediatamente, se considera como su firma.

El señor Víquez nos mostró dos registros de cédula que confirman lo anterior. Uno de ellos contenía el dibujo de una ballena, junto con otros trazos. La firma de otra cédula era tal que vista en forma horizontal no se notaba nada particular, pero vista verticalmente, constituía un esqueleto. El señor Víquez aseguró que: "ésta y cualquier otra ocurrencia del ciudadano es totalmente válida y que no hay jurisprudencia por cancelación de cédula por firmas extrañas porque, sencillamente, no se le puede reclamar a nadie por su diseño y porque el ciudadano tiene derecho a identificarse haciendo su firma como quiera".

c. *Departamento de Archivo del Tribunal Supremo de Elecciones.*

Es posible obtener una certificación de cuenta cedular presentando la correspondiente solicitud por medio de abogado o personalmente en el tercer piso del Registro Civil. El trámite dura 3 ó 4 días.

En síntesis fue consultada, "in situ", la opinión de funcionarios del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil. Nunca en la historia —nos manifestaron— se ha cancelado una cédula por una firma.

Como puede apreciarse no *hay ningún requisito legal que una firma deba llenar para ser considerada válida.* Por tanto, debe concluirse que no importa cómo se trace la firma que se encuentra registrada y aparece idéntica en la cédula, es perfectamente válida *para todos los efectos jurídicos* que ella pueda producir y nadie puede desconocerla, mientras no sea cancelada.

LA FUNCIÓN DE LA FIRMA

En el caso particular de la firma hay aspectos adicionales: La firma es el símbolo gráfico mediante el cual la persona puede comprometerse contractualmente, ella es "obligante", mediante ella se expresa el consentimiento, se asumen voluntariamente obligaciones, mediante ella se respalda y se da certeza al propio dicho; la firma permite responsabilizar.

La firma juega este particular papel de ser vehículo formal (de expresión de hechos relevantes) en las declaraciones de conocimiento y en las declaraciones de voluntad.

En el caso de los Notarios y de los Contadores Públicos Autorizados, las declaraciones de conocimiento (ya no de voluntad) sobre los hechos percibidos siguen siendo tales, solamente que su eficacia se ve fortalecida, al tener tales declaraciones el respaldo de la fe pública.

"La fe pública es... la veracidad o autoridad legítima atribuida a los Notarios, etc. ... acerca

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de actos, hechos y contratos, realizados o producidos en su presencia y que se tienen por auténticos, con fuerza probatoria, mientras no se demuestre su falsedad". [24]

LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Parte de la doctrina ha dicho que el límite al derecho a la identidad es la verdad; pero esto no es suficiente.

Un ejemplo interesante es la tutela del pseudónimo, donde al verdadero nombre lo sustituye otro, que aunque no está inscrito registralmente, merece igual tutela. Expresa el artículo 58 del Código Civil: "El pseudónimo usado por una persona en forma que haya adquirido la importancia del nombre, puede ser tutelado al tenor de los artículos precedentes de este capítulo". El uso del pseudónimo (que significa *"falso"* nombre) es lícito. Sólo puede pensarse en la existencia de una antijuridicidad de esta "distorsión admisible" de la verdad cuando se causa un daño; la conducta sólo es ilícita cuando el uso de un determinado pseudónimo cause daño (por ejemplo en el caso de usurpación del pseudónimo ajeno).

En teoría del negocio jurídico se reconoce la simulación lícita, si con ella no se causa perjuicio alguno.

ANTIJURIDICIDAD POR ABUSO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Toda situación jurídica (derecho absoluto, relativo o potestativo, obligación, poder, deber, sujeción, carga, interés legítimo, expectativa, o interés difuso) se encuentra dentro de una realidad de valoraciones sociales que determinan los linderos de su existencia dentro del Ordenamiento. La licitud del ejercicio de un derecho depende del respeto a las situaciones jurídicas de los demás. Mientras no se cause un daño no puede hablarse de ilicitud civil. El ejercicio de un derecho deviene abusivo cuando resulta en detrimento de terceros, un daño excesivo, anormal, desproporcionado.

El abuso del derecho se produce cuando se causa, en aparentemente lícito ejercicio de ese derecho, un daño a los demás. No basta una falta de correspondencia formal para que pueda hablarse de abuso del derecho a la identidad.

Para que haya uso indebido (abuso) del derecho a la identidad es necesario, también, que haya relevancia jurídica del hecho mismo, por afectar negativamente intereses jurídicamente relevantes de otras personas. Es necesaria la existencia de un daño real, para que pueda hablarse de abuso del derecho a la identidad.

Si no se afectan intereses jurídicos no puede pensarse en ninguna antijuridicidad, aunque los signos distintivos no correspondan a la realidad.

---

24. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Alajuela, Nº 614 de 14.40 h de 5 de mayo de 1975; SALA DE CASACIÓN, Nº 87 de 13.20 h de 26 de junio de 1975, entre otras sentencias.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LOS TITULARES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD. ASPECTOS DE LEGITIMATIO AD CAUSAM ACTIVA

a) Personas vivas.

No se discute que éste es un derecho esencial de todo ser humano; negarlo sería negar el derecho a ser persona y, en especial, ser determinada persona. Todos somos iguales ante la Ley, pero cada uno es cada uno.

Todos los seres humanos tienen derecho a la tutela del ordenamiento de aquellas expresiones de su personalidad que no dañen a nadie.

b) Personas fallecidas.

La protección de la identidad debe mantenerse después de la muerte. El problema ha sido solamente el de determinar las personas legitimadas para ejercer tales derechos. Las soluciones se proyectan sobre los herederos por lo general.

c) Personas jurídicas.

También las personas jurídicas tienen un derecho a la identidad. También las personas jurídicas tienen la titularidad y legitimación necesaria para proteger su propia identidad, igual que tienen derecho a un nombre, al honor y a la reputación.

Los poderes ligados al nombre que se resumen en el poder de exclusión y el poder de reclamar indemnización están *ligados a la persona titular* del nombre que se usa.

Hay defecto de legitimación cuando no se tiene el poder de ejercitar un derecho, por ser éste un derecho personalísimo, de otro.

El nombre, así como el derecho de reclamar sobre su uso por parte de otros, está íntimamente ligado a los derechos de la personalidad; es *una situación jurídica personalísima* que, por expresa disposición legal, puede transmitirse, excepcionalmente, a los herederos del causante:

> "El derecho a controvertir el uso indebido de un nombre por otra persona, se transmite a los herederos del reclamante", expresa el Código Civil.

También la doctrina sostiene lo mismo:

> "La acción dirigida a hacer cesar un hecho lesivo y a obtener eventualmente la reparación de los daños *corresponde a quien sea titular* del nombre y también a quien no siendo titular está ligado a éste por razones familiares". [25]

El Código Civil es muy claro al referirse a las posibilidades de acción en relación con el nombre. Al único sujeto a quien se concede legitimación para poder reclamar la utilización de un nombre ajeno es *al titular* de ese nombre.

> "El derecho al nombre es un derecho que *el titular* puede hacer valer contra cualquiera que lo niegue o usurpe... es un derecho *inherente a la persona*". [26]

> "Toda persona tiene derecho a oponerse a que otra use su propio nombre, si no acredita su legítimo derecho a usarlo".

No habla la ley de terceros con legitimación para atacar el uso de un nombre. Más bien se exige que, quien establezca la acción sea el legítimo poseedor del nombre.[27]

Un tercero no puede cuestionar la forma en que el ciudadano decidió diseñar su firma porque es algo que, salvo lo ya dicho, está fuera de toda limitación ya que es una auténtica manifestación de su personalidad. De lo ante-

---

25. RESCIGNO, *Manuale del Diritto Privato italiano*, p. 208; v. también MADRIGAL MENA, Judy, *Estudio sobre el cambio de nombre y el cambio de nombre de las personas físicas*, tesis, UCR, 1987, p. 79.

26. V. MADRIGAL, *op. cit.*, p. 105.

27. Así: MADRIGAL, *op. cit.*, p. 124.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rior se desprende que el tercero carece de legitimación para reclamar la cancelación de una cédula con base en un cuestionamiento del modo en que el firmante decidió registrar su signo distintivo.

Solamente la persona física o jurídica, titular del nombre estaría legitimada para reclamar en este caso. Sobre el tema del derecho a la identidad en los entes colectivos también la jurisprudencia extranjera ha realizado elaboraciones.[28] Se afirmó aquí la existencia de un interés relativo al reconocimiento de la identidad de un sujeto colectivo.

En este caso, la única persona que podría impugnar la utilización del nombre en la firma, sería la persona titular de éste, si recibiera perjuicio.

CONCLUSIÓN

Hemos analizado algunos aspectos del derecho a la identidad. Nos hemos detenido algo en los aspectos estáticos (relativos a la identificación) para dejar clara por contraposición la zona dinámica de la identidad.

No hemos pretendido agotar el tema. La identidad tiene muchas manifestaciones (políticas, científicas, artísticas, religiosas, ideológicas, sexuales, etc.). Cada una de estas manifestaciones podría merecer un amplio tratamiento especial. Piénsese, por ejemplo, en el tema de la definición quirúrgica de los caracteres sexuales. Aquí hemos querido solamente esbozar los lineamientos generales, filosóficos, doctrinarios y jurisprudenciales del derecho a la identidad, dejando para futuras investigaciones, lo que podríamos llamar "la parte especial" del derecho a la identidad.

28. Sentencia del Juez de Roma de 2 de junio de 1980.