Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XIX — Núm. 62 — Junio, 1995

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

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

En esta entrega la sección de **Estudios** de la Revista Judicial ofrece estudios sobre: Derecho de las Personas, Derecho Internacional Económico, Derecho Ambiental, Derecho Procesal Agrario, Derecho Informático, Derecho Penal, Derecho Tributario y Derecho Bancario.

"Propuestas de enmienda a la Sección Primera del Libro I del Código Civil peruano sobre el Derecho de las Personas" es la colaboración del **Dr. Yuri Vega Mere,** profesor de la Universidad de Lima. Después de diez años de la promulgación del Código Civil peruano, los juristas de ese país se preocupan por su revisión, considerando en su inmensa mayoría, que se requieren algunos retoques, pero que la base personalista que permea toda su estructura no debe cambiarse, pues en esto está uno de sus logros en el sistema jurídico latinoamericano. Plantea el autor el importante tema de la capacidad jurídica del concebido, quien es actualmente titular de múltiples situaciones jurídicas. Aclara que el fenómeno de la eficacia de las atribuciones patrimoniales no debe explicarse, como se ha hecho tradicionalmente, con las figuras de la condición, pues esta es un elemento accidental del negocio jurídico. Establece la necesidad de una más completa regulación de los llamados "derechos de la persona" (o valores de la personalidad), destacando sus comentarios sobre el derecho a la identidad, el derecho a la salud y el derecho a la intimidad. Recomienda también una mejor regulación del daño a la persona y de la acción preventiva. Este aporte revela el sentido crítico del autor, su profunda preparación académica con fundamento en la mejor doctrina europea y latinoamericana y ofrece, sin duda, una nueva visión en varios de los temas tratados.

El **Lic. Jorge Alberto Cabrera Medaglia** colabora con **"Las negociaciones de la Ronda Uruguay sobre los derechos de propiedad intelectual",** donde se refiere a este bien, diferente de los servicios y de las cosas materiales dentro de las discusiones del GATT y nos da cuenta de las dificultades que se han presentado en el desarrollo de las negociaciones en temas como el de "mercancías falsificadas", donde la discusión ha versado sobre si este tema del GATT, nos informa acerca de la posición de Estados Unidos que no sólo ha sido de palabra, sino que ha diri-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gido sanciones hacia los países donde no se tutela adecuadamente (en su criterio) la propiedad intelectual y comenta los factores que explican los cambios propuestos; entre las causas específicas cita: la intensificación de la investigación y el desarrollo, la declinación de la competitividad estadounidense, la apropiación de los resultados de la investigación y desarrollo y la globalización del mercado mundial. Comenta también los intereses en juego, los documentos correspondientes y analiza las diferencias detectadas en las diversas posiciones.

"Evaluaciones de impacto ambiental" es el título de otra nueva investigación de la **M.Sc. Roxana Salazar.** La distinguida colaboradora analiza lo que se conoce con este nombre, como instrumento que permite integrar las consideraciones ambientales en los proyectos y programas, desde una perspectiva multidisciplinaria. Nos recuerda algunas disposiciones del Código de Minería donde se define el concepto y las diversas formas de impacto reguladas. Describe los elementos de que consta una evaluación de impacto ambiental y en materia de energía nos informa acerca de las directrices del Ministerio de Industria, Energía y Minas en 1986, del contenido de la ley que autoriza la generación eléctrica autónoma paralela (Ley Nº 7200) que también exige un estudio de impacto ambiental. Finalmente comenta la organización institucional y procedimental en Costa Rica.

"Apuntes sobre el proceso ordinario agrario" es el título del interesante y amplio estudio del **Lic. Óscar Miguel Rojas H.** El distinguido colega Rojas es especialista en Derecho Agrario por la Universidad de Costa Rica y profesor en su Facultad de Derecho, Juez Superior Agrario suplente y secretario ejecutivo de la Academia de Derecho Agrario Costarricense. En este artículo, el autor resume magistralmente la orientación jurisprudencial al darnos cuenta de las resoluciones recientes que han marcado las pautas del proceso agrario; al respecto, el autor se refiere a los principios procesales y estudia las diversas etapas de este proceso, a partir de la interposición de la demanda, su contestación, la reconvención, analizando temas como las defensas previas, las excepciones previas enumeradas en la Ley de Jurisdicción Agraria, las medidas cautelares y la objeción a la cuantía. Posteriormente trata el juicio verbal, explicando las facultades del juez en cuanto a la prueba. Examina las siguientes etapas procesales hasta la segunda instancia. Este es un estudio de especial importancia por su amplitud y por la amplia investigación que lo sustenta, como lo revelan las ilustrativas notas al pie sobre los fallos dictados en estos temas.

Del **Lic. J. Joaquín Villalobos Soto** ofrecemos **"Improcedencia de los intereses variables en préstamos bancarios por fideicomiso antes de 1988".** En este trabajo el autor analiza el tema de los intereses sujetos a cambios en el tipo de porcentaje a cobrar sobre el capital en operaciones de crédito, de conformidad con el comporta-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento de las tasas de interés en el mercado bursátil. El autor analiza el marco legal y comenta las implicaciones que tiene en la materia el principio de legalidad. Se refiere entonces al fideicomiso, sus caracteres, sujetos que intervienen en él y al papel del Banco como fiduciario. Seguidamente trata el préstamo mercantil y la relación directa del tema con el artículo 1023 del Código Civil, donde se habla de la nulidad de las cláusulas contractuales en las que el oferente se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato, como son las cláusulas de interés variable; finalmente, el contrato de adhesión y las cláusulas abusivas en éste y nos brinda una serie de interesantes conclusiones.

El **Lic. Roberto Acosta** colabora con **"Entorno jurídico de las bases de datos públicas en Costa Rica".** Plantea la necesidad de una regulación adecuada del desarrollo de las bases de datos públicas. Trata el importante derecho a la intimidad, junto con otros valores de la personalidad en sus relaciones con el derecho a la información. Nos da cuenta de algunas normas y disposiciones relacionadas con el ICE. En sus conclusiones enfatiza el hecho de que los avances tecnológicos y la necesidad de que una nueva legislación que regule eficientemente la actividad, impidiendo el mal uso de información y además, facilite el desarrollo de una tecnología beneficiosa.

"El sorprendente delito de estafa" es el artículo del **Lic. Eddie Alvarado Vargas** quien comenta la Ley Nº 7107 de 1988 por la que se reformó el artículo 216 del Código Penal. De la propia definición del texto legal vigente extrae analíticamente los elementos definitorios de la figura de la estafa. Realiza algunas críticas a los términos empleados por la ley como el de "hechos falsos" y "hechos verdaderos". Considera mejor la expresión en la ley anterior cuando esta hablaba de artificios y engaños. Trata, finalmente, el novedoso tema de la estafa por computadora y del engaño a máquinas.

De la **licenciada Gina Acuña Solórzano,** especialista en Derecho Comercial, con estudios de posgrado en Italia, presentamos un resumen de su investigación titulada **"La doble imposición internacional sobre la renta en las sociedades madres-hijas",** trabajo realizado bajo la dirección del profesor Raffaello Lupi, en el "Centro Interdisciplinare di Studi Latino Americani" de Roma. La autora nos habla de la reducción del poder de la soberanía fiscal, con ocasión de los nuevos procesos de integración. Nos muestra las diversas posiciones: la de los países desarrollados en favor del "World wide principle", que cubre las rentas generadas en cualquier país, dándose en cambio el principio territorial en los subdesarrollados. Nos habla de los límites en la potestad tributaria y de los diversos métodos para evitar la doble imposición (bilaterales, multilaterales, unilaterales, de exención, de imputación, etc.). Finalmente ofrece diversas recomendaciones.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De la **Licda. Floria Serrano Truque,** de grata memoria, ofrecemos su interesante y fundamentado trabajo titulado **"El principio de exclusividad de giro en el Derecho Bancario",** en el cual la autora comienza por evidenciarnos la importancia de la actividad bancaria y la existencia de regulaciones de Derecho Público sobre ella. Pasa luego a darnos el concepto de operación bancaria y a enfatizar el papel del crédito en la economía, por lo que considera a la banca como servicio público, indicando que además del crédito realizan otras operaciones, bajo otros esquemas contractuales. Centra su trabajo en el principio de exclusividad de giro (el autorizado), para desembocar en el tema de las incompatibilidades y prohibiciones (a que se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y el 72 en cuanto establece limitaciones sobre la titularidad de inmuebles). Analiza también otras disposiciones de la ley de las que resultan límites, confrontando nuestra ley con otras legislaciones de América Latina. Concluye considerando que no porque los bancos privados en Costa Rica sean sociedades anónimas tienen libertad para todas las actividades que puede realizar este tipo de empresas.

En **"El aporte personalista del nuevo Código Civil peruano"** resaltamos los grandes logros de esta nueva legislación, que ha sido verdadero faro del Derecho Privado en Latinoamérica, pero, al mismo tiempo, nos permitimos realizar algunas observaciones relativas a la necesidad de considerar al concebido (al no nacido) como persona y como sujeto con capacidad jurídica, la necesidad de inclusión de nuevos valores de la personalidad en la ley y de una adecuada regulación de la acción inhibitoria y del daño a la persona, como algo diferente del daño material y del daño moral.

En la sección de **Reseña Bibliográfica,** la **licenciada Mariela Cruz,** especialista en Derecho Comercial, con estudios de posgrado en Roma, nos presenta la obra "Pater et Filius eadem Persona" del jurista italiano Giovanni Lobrano.

En la sección **La Ciencia al Servicio de la Justicia,** colabora **falta autor** con el artículo titulado **"falta artículo".**

Ofrecemos, finalmente, nuestra sección de **Jurisprudencia,** a cargo del Centro Electrónico de Información Jurisprudencial bajo la dirección de la **Licda. Cecilia Sánchez Romero.**

Dr. Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN. 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS

Propuestas de enmienda a la Sección Primera del Libro I del Código Civil peruano sobre el Derecho de las Personas. 11
Dr. Yuri Vega Mere

Las negociaciones de la Ronda Uruguay sobre los Derechos de Propiedad Intelectual. 27
Lic. Jorge Alberto Cabrera Medaglia

Evaluaciones de impacto ambiental. 47
M.Sc. Roxana Salazar

Ensayo sobre el ordinario agrario. 59
Lic. Óscar Miguel Rojas H.

Improcedencia de los intereses variables en préstamos bancarios por fideicomiso antes de 1988. 87
Lic. J. Joaquín Villalobos Soto

Entorno jurídico de las bases de datos públicas en Costa Rica. 97
Lic. Roberto Acosta

El sorprendente delito de estafa. 103
Lic. Eddie Alvarado Vargas

La doble imposición internacional sobre la renta en las sociedades madres-hijas. 109
Licda. Gina Acuña Solórzano

El principio de exclusividad de giro en el Derecho Bancario. 115
Licda. Floria Serrano Truque

El aporte personalista del nuevo Código Civil peruano. 125
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA

Problemática de las drogas de uso en nuestro país. 141
Egr. Mariana Brenes León
Egr. Alejandra Porras González
Egr. Ana Sáenz Beirute

SECCIÓN III: RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Un libro romanista interesante para un civilista. 159
Licda. Mariela Cruz

SECCIÓN IV: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés. 171
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN V: JURISPRUDENCIA. 191
Centro Electrónico de Información Jurisprudencial

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PROPUESTAS DE ENMIENDA A LA SECCIÓN PRIMERA DEL LIBRO I DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS*

DR. YURI VEGA MERE**

SUMARIO

Pág.

1. El Código actual y el sentido de las propuestas de enmienda 11
2. Las materias abordadas en los trabajos de la Comisión 12
3. La protección jurídica del concebido. Nasciturus y persona 12
4. La identidad, la salud y demás derechos del ser humano 14
5. La intimidad y la reserva 17
6. El daño a la persona 18
7. El nombre: Innovaciones propuestas 22
8. El domicilio 24
9. Ideas conclusivas 24

1. Como lo ha manifestado el profesor Fernández Sessarego y también quien esto escribe,[1] diez años constituyen tiempo suficiente para revisar críticamente un Código Civil a fin de detectar sus aciertos y errores para perfeccionarlo y, dado el inexorable avance de la ciencia y la tecnología, actualizarlo.

Sin embargo, es menester remarcar que la eventual reforma que se pueda proponer y, llegado el caso, introducir, no significa que en sólo una década el Código haya devenido obsoleto o inaplicable. Al contrario, gracias a los esfuerzos de sus autores y de la doctrina, abundante en comparación con la que se escribió en torno al derogado, el Código de 1984 sigue siendo admirado por la modernidad y humanismo de su contenido. Además —es bueno decirlo— no se puede negar que, precisamente por la escasa edad de la legislación, aún quedan instituciones que no han sido estudiadas satisfactoriamente, mientras que otras esperan el decantamiento de los intérpretes.

Ello quiere decir que el Código no necesita ser derogado para ser sustituido enteramente por otro. Las eventuales reformas deben tocar sólo los aspectos oscuros o problemáticos y aquellos que han quedado abiertamente superados (piénsese en la limitación de las pruebas para determinar la paternidad a las que se refiere el Código).

---

* *Relación sostenida en el Congreso Internacional "Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas", celebrado en la Universidad de Lima la semana del 12 al 16 de setiembre de 1994.*

** *Profesor de Derecho Civil. Miembro de las Comisiones de Personas, Obligaciones y Responsabilidad Civil organizadas por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.*

1. VEGA MERE, Yuri, *"Proyecto de modificaciones al Libro I del Código Civil: Derecho de las personas"*, en ADSUM, **Revista Jurídica,** Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año III, Nº 6, Lima, 1992, pp. 69 ss.; *ibídem, "Los diez años del Código Civil (jurisprudencia en serio y en broma)"*, en **Cuadernos de Derecho,** Revista del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, año III, Nº 4, Lima, 1994, pp. 52 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Resulta claro, entonces, que la filosofía que ha presidido los trabajos realizados por los más de sesenta profesores de Derecho Civil convocados por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, ha sido elaborar sólo las propuestas de enmienda necesarias para mantener el Código a tono con los tiempos que corren.

El debate al que darán pie, de otro lado, permitirá saber si algunas son imprescindibles o si, por el contrario, pueden dejarse —por ahora— de lado. E, igualmente, hará posible verificar si alguna reforma debe ser proyectada por haberse omitido involuntariamente.

Lo importante de este congreso es que el juicio final que se obtendrá de estas horas de diálogo y lectura crítica del Código y de las propuestas elaboradas, será una hermosa lección para todo hombre de derecho, puesto que —si no lo ha hecho— advertirá que las leyes, como cualquier obra humana, están sometidas al paso y al peso de los años: a la inevitable dictadura del tiempo.

2. Por razones de distribución de roles y responsabilidades, me ha sido encomendada la explicación sucinta de las enmiendas sobre la Sección Primera del Libro I del Código Civil (personas naturales) que la Comisión ha formulado y que, en nuestra convicción, constituyen un primer borrador.[2]

Al respecto, debo señalar que en materia de personas naturales hemos redactado treinta y siete (37) propuestas. No obstante, el tiempo asignado para la exposición no me permitirá abordar sino sólo algunas. Quizá las más importantes.

Sólo a manera de recuento, indicaré que el proyecto ha abordado mejoras —muchas de ellas por sistemática y otras, las menos, por cuestiones de redacción— que involucran a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 38, 61, 63, 64, 65, 66 y 68, algunos de los cuales han sufrido, inclusive —y por necesidad de mantener el orden en la numeración— un desdoblamiento (artículo bis, ter, etc.).

En este sentido, el proyecto ha tocado temas como el concebido, la persona humana, el reconocimiento del embarazo o del parto, los derechos de la persona, genética y esterilización, trasplantes de órganos, la libertad de someterse a un tratamiento médico, el derecho a la intimidad, la protección de los documentos o comunicaciones, el derecho de autor, el daño a la persona, el nombre, el domicilio, la muerte (y la declaración de muerte presunta) y el reconocimiento de existencia.

En verdad, todas son trascendentes. En la redacción dada a las enmiendas proyectadas ha sobresalido —debo reconocerlo y hacerlo público— la ponderación de quienes han trabajado en ellas.

3. El Código Civil de 1984 ha sido admirado por los aportes que ha incorporado en el Libro de Personas. Creo que la admiración no es gratuita. En alguna ocasión, el maestro León Barandiarán expresó que este Libro era la parte más novedosa y original del Código. Por ello, las enmiendas no alteran sino, al contrario, perfilan mejor las innovaciones que contiene.

Una de esas originalidades es, precisamente, el artículo 1 del Código el mismo que, como lo advirtió Rescigno, ha dado un paso ulterior en la protección del concebido tanto en el área del sistema jurídico latinoamericano como frente a la codificación de la Europa continental.[3] Y es que el numeral en cuestión ha superado la tan criticada teoría de la ficción que todavía permanece alojada en grandes y viejos códigos, y a la cual, paradójicamente, un grupo

---

2. La Comisión de Personas, que ha sido presidida por Carlos Fernández Sessarego, ha estado integrada por Carlos E. Becerra Palomino, Javier de Belaúnde López de Romaña, Víctor Guevara Pezo, Alberto Loayza Lazo, Juan Morales Godo, Enrique Varsi y Yuri Vega Mere, habiéndome correspondido, adicionalmente, la secretaría y relatoría de la misma.

3. Cf. RESCIGNO, Pietro, *"Comentarios al Derecho de las personas del nuevo Código Civil peruano de 1984"*, en *"El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano"*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, pp. 240 ss. También Catalano ha señalado que el legislador peruano ha contribuido con el pensamiento ibérico, al concentrar la atención en el valor de la vida humana; vid. su trabajo *"Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho peruano (a propósito del artículo 1 del Código Civil peruano)"*, en *"El Código Civil..."*, *cit.*, p. 234.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no necesariamente minoritario de juristas aún le encuentra sentido.

La codificación privada peruana nunca ha sido ajena al tema de la tutela del *nasciturus*. Este hecho viene demostrado por la circunstancia de que el Código Civil de 1852, inspirado en la tradición castellana y en las partidas, se pronunció sobre el tema, a pesar de que las fuentes que tuvieron a la vista los legisladores estaba fuertemente comprometida con la teoría de la ficción.[4] Lo que significa que, históricamente, nuestro Código del siglo pasado se adelantó a Teixeira de Freitas y a Vélez Sarsfield.

Como se sabe, el artículo 1 del Código de 1984 señala, en la parte que atañe al concebido, que: "La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".

Como ha sido oportunamente explicado por Fernández Sessarego,[5] el Código confiere calidad de *sujeto de derecho* al concebido. Calificación que, ciertamente, no le es atribuida por ningún otro Código en la legislación comparada. Ello implica reconocer que el *nasciturus* es vida humana a la que se considera, tan igual que a la persona física o jurídica, centro de imputación de derechos y deberes.

Lo novedoso del Código viene dado por la protección directa, actual e incondicionada del ser del concebido, sin necesidad de recurrir a la ficción de reputarlo persona, que es una fase futura de su existencia pero que aún, ontológicamente, no le corresponde durante el tramo de vida intrauterina.

La teoría de la ficción, como es obvio, es falsa y contradictoria. Protege al concebido partiendo de la irrealidad al reputarlo nacido y, cuando nace, le exige que nazca vivo, olvidando que si ha salido del vientre materno no es más *nasciturus* sino persona.

El artículo 1 de nuestro Código realizó, de ese modo, un salto de calidad, al tutelar al concebido por lo que es.

Además, el Código no condiciona la atribución de los derechos extrapatrimoniales, los cuales le son reconocidos de acuerdo con la fase de existencia por la que atraviesa. No existe condición suspensiva alguna. El concebido goza de manera actual de dichos derechos. La tutela que le dispensa el ordenamiento no es instrumental, es decir, momentánea o provisoria hasta que llegue a ser persona. La protección es directa y sin condicionamientos.

La tutela brindada podría dar pie a especulaciones sobre si el concebido goza de capacidad o si esa capacidad es "provisoria", "anticipada", "especial", "limitada",[6] etc. Sin embargo, más allá de las discusiones que puedan originarse sobre este tópico, lo cierto es que el Código ha desvinculado la protección del concebido del hecho futuro del nacimiento, reconociendo que el ser humano existe desde el momento mismo de la concepción, que es el inicio de la vida, el punto de partida de un proceso.

---

4. Así, el artículo 1 del Código Civil de 1852 señalaba que: "El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer", mientras que el artículo 3 rezaba: "Al que está por nacer se le reputa vivo para todo lo que le favorece". Sobre sus alcances, cf. PACHECO, Toribio, *"Tratado de Derecho Civil"*, I, Lima, Establecimiento Tipográfico de Aurelio Alfaro y Ca., 1860, pp. 73 ss.; CORNEJO, A. Gustavo, *"Comentarios al Código Civil de 1852"*, tomo I, Chiclayo, Dionisio Mendoza, Librería y Casa Editora, 1921, pp. 5 ss.; GARCÍA CALDERÓN Y LANDA, Francisco, *"Diccionario de la legislación peruana"*, 2ª edición, París, 1879, p. 240; CHACALTANA, Cesáreo, *"Derecho Civil. Primer curso"*, Lima, Moreno Editor, 1897, pp. 80 ss.; SAMANAMÚ, F., *"Instituciones de Derecho Civil peruano"*, Lima, Librería e Imprenta Gil, segunda edición, tomo I, 1917, pp. 150 ss.

5. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *"Derecho de las personas"*, Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano, Studium, Lima, 1986, pp. 28 ss.

6. BIANCA, Massimo, *"Diritto Civile"*, Giuffrè, Milano, 1978, vol. I, p. 203, se refiere a una capacidad provisoria, en tanto que ROBERTI, Melchiorre, *"Svolgimento storico del Diritto Privato in Italia"*, Padova, vol. I, 1935, pp. 118 ss., se refiere a una capacidad anticipada. OPPO, Giorgio, *"L'inizio della vita umana"*, en **Rivista di Diritto Civile**, parte I, anno XXVIII, Nº 5, sett.-ott., 1982, CEDAM, Padova, p. 502, se refiere a una tutela "anticipada" del futuro interés del nacido. Por otro lado, Rescigno, si bien señala que para cierta doctrina existe una capacidad parcial a favor del concebido, manifiesta que la ley regula a favor del concebido, y subordinados al evento del nacimiento, la capacidad de suceder a causa de muerte y la capacidad de recibir donaciones. Sería, interpretando lo que este autor señala líneas antes, una capacidad especial. Cf. su *"Manuale del Diritto Privato italiano"*, Jovene Editore, Napoli, 1981, pp. 110 ss. De capacidad limitada habla Fernández Sessarego en su *op. cit.*, pp. 29 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Por lo demás, el concebido es sujeto de derecho *para todo cuanto lo favorece*, frase que, proveniente de Las Partidas, no se reduce, entre nosotros, a los derechos patrimoniales, como alguien ha sostenido.[7]

El actual artículo 1 condiciona la atribución de los derechos patrimoniales a favor del concebido a la circunstancia de que éste nazca vivo.

Doctrina y jurisprudencia han creído ver en esta usual forma legislativa de referirse al eventual patrimonio del concebido la existencia de una condición resolutoria, partiendo de la idea de que el nacimiento es futuro e incierto. Empero, el principio es muy otro y, por ello, conviene explicarlo, siquiera brevemente.

La condición resolutoria es un elemento accidental del negocio jurídico y, por tanto, aplicable a la actividad del sujeto de derecho pero no a él mismo. La necesidad de explicar qué ocurre con los derechos patrimoniales reconocidos al *nasciturus* habría dado lugar a que, en ausencia de otros recursos, se haga uso de la condición. Es, por tanto —y en mi opinión—, un problema de técnica y de utillaje que puede ser resuelto bajo otra fórmula.

Lo aconsejable es que la ley señale que si el concebido no nace vivo no hay transmisión de derechos hereditarios y que, consecuentemente, los bienes retornan en cabeza de su anterior titular. Fundamentalmente por razones de estabilidad, ya que el nada despreciable porcentaje de interrupciones involuntarias del embarazo o alumbramientos sin vida suscitaría inseguridad en la titularidad de aquel patrimonio, inclusive si la pérdida de un embrión se produjese a la semana de concebido un ser humano al cual se ha atribuido derechos patrimoniales.

Me atrevería a decir que el concebido también goza de modo actual de sus derechos patrimoniales, pero la eficacia de la atribución claudica si nace muerto.

Pasando a otro aspecto, propiamente de técnica legislativa, se ha observado que el actual artículo 1 del Código debió ser desdoblado para referirse, por un lado, al concebido y, por otro, a la persona natural.[8]

Todas estas consideraciones precedentes han determinado que la Comisión haya formulado la propuesta de los artículos 1 y 1 bis como sigue:

> ***"Artículo 1.***—*La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Goza de manera actual de todos sus derechos.*[9]
>
> *Los derechos patrimoniales se extinguen si el concebido nace muerto, sin dar lugar a la transmisión de derechos hereditarios".*
>
> ***"Artículo 1 bis.***—*El ser humano es persona desde su nacimiento y, en cuanto tal, sujeto de derecho".*

Con esta enmienda propuesta se distingue claramente la categoría de concebido de aquella otra de persona física, la misma que es aplicable sólo al ser humano nacido, lo que permite evidenciar que el ordenamiento repara en la diferencia de los tramos existenciales por los que atraviesa uno y otro, sin perjuicio de reconocerles, a ambos, la calidad de sujetos de derecho.

4. Nuestro Código vigente también ha sido elogiado por regular ampliamente los derechos

---

7. Me refiero a la autora española Esther Arroyo I Amayuelas, *"La protección jurídica en el Código Civil"* (español), Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, pp. 99 ss.
8. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 31.
9. La expresión "Goza de manera actual" proviene de mi *"Proyecto de modificaciones..."*, *cit.*, pp. 73 y 74.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la persona. Así lo han destacado, entre otros, Rescigno,[10] Ordoqui,[11] Fueyo Laneri,[12] Santos Cifuentes[13] y Esparza Bracho.[14]

Una nota característica del Código, que encuentra su antecedente en el artículo 4 de la Constitución de 1979,[15] viene dada por la circunstancia que el actual artículo 5, tras enumerar algunos de los derechos fundamentales, contiene una cláusula general y abierta de tutela integral de la persona al indicar que: "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y **demás inherentes a la persona humana** son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6" (lo destacado es nuestro). Lo que equivale a decir que, sin perjuicio de la especificación de ciertos derechos, el Código acoge una de las más recientes conquistas en esta materia, al proteger cualquier valor de la persona derivado de su dignidad que aún no se encuentre tipificado por el ordenamiento como un derecho subjetivo a través de una norma concreta.[16]

Sin embargo, en los últimos lustros, como producto de la siempre creciente preocupación por tutelar los valores o intereses existenciales de la persona humana, han sido identificados nuevos derechos subjetivos que, hasta no hace mucho, no eran conocidos en nuestro medio. Me refiero al derecho a la identidad personal, nacido en la jurisprudencia italiana.[17]

Este derecho protege el interés de la persona a ser representada, en la vida de relación, a través de su *verdad personal*, tal como ella es conocida o podría serlo —por medio del criterio de la normal diligencia y buena fe— en la realidad social. El respeto impone, por ello, el guardar fidelidad con el patrimonio intelectual, político, religioso, ideológico, profesional, etc., conocido en el ambiente, cuando se describa al sujeto.

Surge, así, la distinción con el derecho al honor, ya que la identidad tutela la imagen social veraz de la persona frente a las deformaciones en la descripción de su verdad, mientras que el honor, que comprende la autoestima y la estima de los demás,[18] protege al individuo contra las ofensas infligidas por la emisión de un juicio valorativo o crítico del sujeto, que supone una *apreciación* peyorativa sobre su comportamiento.

---

10. RESCIGNO, *"Comentarios al Libro de Derecho de las personas..."*, *cit.*, pp. 241 ss.

11. ORDOQUI, Gustavo, *"Daño personal contractual"*, en *"Derecho Civil"*, Universidad de Lima, Lima, 1992, p. 485.

12. FUEYO LANERI, Fernando, *"Sobre el nuevo Derecho de la persona. A propósito del nuevo Código de la República del Perú"*, en *"El Código Civil peruano..."*, *cit.*, pp. 173 ss.

13. CIFUENTES, Santos, *"Tutela integral de los derechos personalísimos"*, en *"Derecho Civil"*, ya cit., p. 258.

14. Ver *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Nº 13, junio de 1989, pp. 125 ss.

15. El artículo 4 de la Constitución de 1979 prescribía que: "La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

16. Así lo ha observado RESCIGNO, *"Comentarios..."*, *cit.*, p. 242. Sobre esta tendencia a incorporar cláusulas abiertas y flexibles de protección integral del ser de la persona, puede verse, muy útilmente, de FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *"Tutela jurídica de la persona"*, en *"El jurista"*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima, año I, Nº 1, enero de 1991, pp. 65 ss.; así como su más reciente obra *"Protección jurídica de la persona"*, Universidad de Lima, Lima, 1992, pp. 45 ss., cuyo resumen ha sido publicado como *"Protección a la persona humana"* en A.A.V.V. *"Daño y protección a la persona humana"*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, pp. 21 ss. Del mismo modo, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *"La dignidad de la person..."* Civitas, Madrid, 1986, pp. 98 ss.

17. Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"El derecho a la identidad personal"*, Astrea, Buenos Aires, 1992; A.A.V.V., *"El diritto alla identidá personale"*, Cedam, Padova, 1981; A.A.V.V., *"La lesione dell'identidá personale e il danno non pa[illegible]"*, Giuffrè, Milano, 1985.

18. Si bien el honor es la autoestima mientras que la estima de los terceros puede ser calificada como reputación (así, por ejemplo, ZENO ZENCOVICH, Vincenzo, *"Onore e reputazione nel sistema del Diritto Civile"*, Jovene Editore, Napo[illegible] 99 y 102), lo cierto es que el Código Civil, en el artículo 5, recoge una noción amplia que comprende a ambos, que coincide con la opinión del jurista español CASTÁN VÁSQUEZ, José María, *"La protección del honor en el Derecho español"*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid 1957, tomo II, pp. 688 ss. Por mi parte, debo manifestar que, en el proyecto que alcancé a la Comisión propuse la distinción entre honor y reputación; Cf. VEGA MERE, Yuri, *"Proyecto de modificaciones..."*, *cit.*, pp. 76 y 77.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De esa manera, el derecho a la identidad cautela el interés a "ser uno mismo", "el que es" el sujeto, de acuerdo con la posición social que le atañe en el medio.

El afán y la pasión que puso sobre este nuevo derecho Fernández Sessarego, desconocido hasta entonces en la doctrina latinoamericana, ha sido la razón por la cual la Constitución de 1993 ha recogido expresamente este nuevo valor fundamental del ser humano, en el inciso 1), del artículo 2. A él debemos la presencia de esta nueva situación jurídica subjetiva en nuestro ordenamiento.

En la misma perspectiva, la salud, tradicionalmente considerada entre nosotros como uno de aquellos derechos de la segunda generación (de los denominados derechos sociales), se ha ido convirtiendo en un interés humano de mayor relevancia para el ordenamiento. La experiencia italiana en materia de daños y protección a la persona lo demuestra claramente.[19]

De ahí que, a pesar que nuestros constitucionalistas no se pronuncien categóricamente sobre tan esencial aspecto —y renuncien, de una vez, a considerar que las normas constitucionales sobre la salud son programáticas siendo, en realidad, de aplicación directa e inmediata tanto en las relaciones entre particulares como entre éstos y la Administración Pública— sea necesario que el Código se ocupe de regular este derecho fundamental. Y es que, la salud, entendida no sólo como la ausencia de enfermedad, sino como el bienestar integral (físico y psíquico del ser humano), tal cual la define la Organización Mundial de la Salud, constituye, al lado de la vida, de la libertad, de la integridad psicosomática y de la identidad, un derecho sin el cual la persona no puede realizarse como tal, por lo que, sin lugar a dudas, es parte del basamento indispensable para que el sujeto de derecho explaye su personalidad en el terreno de la intersubjetividad.

Estas consideraciones han determinado que la Comisión proponga una nueva redacción del actual artículo 5, el mismo que sería el nuevo artículo 4 al estimar que es posible fusionar los actuales 3 y 4 en uno solo bajo el número 3.[20]

De este modo, el proyectado numeral 4 quedaría como sigue.

> ***"Artículo 4.—El derecho a la vida, a la libertad, a la identidad, a la integridad sicosomática, a la salud, al honor y todos los demás que se deriven de la dignidad del ser humano son objeto de la más amplia tutela jurídica, son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6".***

Como es fácil advertir, la propuesta también corrige la alusión a la integridad del sujeto, ya que el actual artículo 5 del Código se refiere a la faceta "física", olvidando la vertiente "psíquica" [21] y, de otro lado, alude a los "demás (derechos) que deriven de la dignidad del ser humano",[22] para comprender no sólo a la persona humana sino también al concebido, los cuales son "objeto de la más amplia tutela".

Releyendo la propuesta he observado que la última parte del texto podría ser modificada, ya que cuando se dice que el ejercicio —de esos derechos— no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6, entiendo que esa limitación sólo es aplicable a la integridad psicosomática, cuestión que debería ser clara y precisa en el numeral.

---

19. Al respecto, puede consultarse, ampliamente, BARGAGNA, Marino-BUSNELLI, Francesco Donato, *"La valutazione del danno alla salute"*, Padova, 1986; MASTROPAOLO, Fulvio, *"Il risarcimento del danno alla salute"*, Napoli, 1983; PARADISSO, Masssimo, *"La esterilización humana entre problemas jurídicos y presupuestos antropológicos"*, traducción de Yuri Vega Mere, en *Cuadernos de Derecho*, Nº 4, pp. 18 ss.

20. Cuyo texto propuesto es: "Artículo 3.—Todo ser humano, varón o mujer, tiene capacidad jurídica". No obstante, no me referiré al tema por ser el argumento de la relación del Prof. Fernández Sessarego.

21. Como ya lo había advertido FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"Derechos de las personas"*, *cit.*, p. 43.

22. La "dignidad" fue tomada del artículo 4 de la Constitución de 1979, a la que también alude el artículo 3 de la actual Constitución de 1993; en tanto que la alusión al "ser humano" y no sólo a la persona fue propuesta por VEGA MERE, *"Proyecto de modificaciones..."*, *cit.*, p. 77.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

5. La jurisprudencia y la doctrina norteamericanas han aportado un interesante descubrimiento en materia de Derecho de las personas: el derecho a la intimidad.[23]

Como lo he sostenido, la intimidad (así como la vida privada —cuyo ámbito de actuación es mayor—), no es, propiamente, un concepto jurídico. Es una faceta de la vida personal que permite al sujeto profundizar en los meandros de su vida espiritual para encontrarse, para cobrar consciencia de sí y de su entorno, para evitar intrusiones de terceros en ciertos hechos y conductas que, de ser conocidos o divulgados, alterarían su tranquilidad y quebrantarían su equilibrio emocional, en razón de encontrarse entrabados con lo más recóndito de su ser.[24] En suma, para gozar de paz en los momentos en que quiera retirarse del contacto con los demás para quedarse solo o con su familia.

Al excluir a los terceros de ese ámbito de libertad espiritual, el ordenamiento considera que el interés de dichos terceros en conocer lo que ahí acontece no es apreciable socialmente.

El Código de 1984, sobre la base de la tutela dispensada a la intimidad por la Constitución de 1979 (inciso 5, del artículo 2), protege expresamente tal derecho en su artículo 14, el mismo que prescribe que: "La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden". De ese modo, la codificación privada contiene en su catálogo de derechos esta fundamental faceta del ser humano.[25]

Sin embargo, como es fácil advertir, el numeral referido tiene una redacción que ha sido considerada insuficiente, por cuanto sólo se limita a impedir que la intimidad sea "puesta de manifiesto", sin pronunciarse sobre la intrusión que no conduzca, necesariamente, a la revelación de los hechos que han sido conocidos por quien se ha inmiscuido en la esfera ajena.[26]

La intimidad, asimismo, puede verse en peligro si se la perturba, de modo que resulta indispensable ampliar la exclusión de los terceros frente a cualquier forma de atentado contra este derecho.

En lo que atañe a la divulgación, cuya prohibición se encuentra recogida en el actual artículo 14 del Código, poco importa que el invasor demuestre que lo conocido y puesto de manifiesto corresponda a la verdad. La persona se encuentra tutelada también contra la difusión de la verdad si esa divulgación lesiona su bienestar, su tranquilidad.

Lo que quiere decir, en palabras de Piraino Leto, que existe una doble tutela vinculada a la veracidad: de la verdad personal, a través del derecho a la identidad; y contra la verdad personal, por medio del derecho a la intimidad personal y familiar.[27]

Por otro lado, es sabido que la intimidad se relaciona de dos formas con la información: la una, manteniendo ocultos ciertos aspectos de la vida de la persona; la otra, la posibilidad que compete al individuo de controlar el manejo y circulación de la información que ha confiado a un tercero. Sin embargo, en la actualidad, han

---

23. Es fundamental y precursor el ensayo de WARREN y BRANDEIS, *"The right of privacy"*, en Harvard Law Review, 1890.

24. VEGA MERE, *"Proyecto de modificaciones..."*, *cit.*, p. 78.

25. Evitando, así, los problemas que se han suscitado en otros países ante la ausencia de una norma específica, como ocurre en Italia. Al respecto, vid. GIORGIANI, Michelle, *"La tutela della riservatezza"* en *"Scritti Minori", Edizione Scientifiche Italiane*, 1988, pp. 777 ss.; GIACOBBE, Giovanni, *"Il diritto alla riservatezza: verso nuovi confini di tutela della persona?"*, en *"Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia"*, a cura M. Messone e G. Giacobbe, Cedam, Padova, 1988, pp. 3 ss.; DOGLIOTTI, Massimo, *"Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali"*, en *Ibíd.*, pp. 83 ss.; FIGONE, Alberto, *"Il diritto alla riservatezza nella giuresprudenza italiana"*, en *Ibíd.*, pp. 377 ss.

26. En este sentido, VEGA MERE, *"Proyecto de modificaciones..."*, *cit.*, p. 78.

27. PIRAINO LETO, Ángelo, *"Il diritto ad essere se stessi"*, en *"Il Diritto di Famiglia e della persone"*, anno XIX, Nº 2, Aprile-Giugno, 1990, Giuffrè, Milano, pp. 601 ss.; concretamente p. 605.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ido surgiendo bancos de datos que compilan datos, inclusive sin que el interesado tenga conocimiento y, por tanto, sin que él mismo haya dado a conocer la información acumulada, lo que resulta altamente peligroso para su bienestar emocional si con ello se ataca frontalmente su intimidad.[28]

En vista de esta patente realidad, la Comisión ha considerado que la protección debe precisar que los terceros no deben inmiscuirse bajo ningún medio en la intimidad ajena, especificándose las medidas preventivas y reparatorias con las que contará el sujeto amenazado o lesionado.

La propuesta para la nueva redacción del artículo 14 es como sigue:

> *"**Artículo 14.**—Toda persona tiene derecho a la protección de su intimidad personal y familiar.*
>
> *El que por cualquier medio perturbare la intimidad de la persona, tomare indebido conocimiento de hechos que correspondan al ámbito privado o los pusiere de manifiesto sin su asentimiento, será obligado a cesar en la intrusión, reparar el daño causado o impedido de ulteriores intromisiones.*
>
> *En caso de fallecimiento del titular del derecho el asentimiento será prestado por su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.*
>
> *El transgresor no podrá excluir su responsabilidad aunque demuestre que lo conocido o divulgado corresponde a la verdad.*
>
> *Toda persona tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ella se hayan recogido en bancos de datos y en archivos o registros, pudiendo solicitar o demandar la supresión de los mismos cuando atentan contra su intimidad".*

A pesar que la reparación del daño ocasionado a la intimidad debería significar para el agresor el que se abstenga de transgresiones ulteriores, la Comisión ha considerado conveniente reiterar, a través de la última parte del segundo párrafo, que no puede incurrir nuevamente en el mismo comportamiento indebido.

Tampoco cesará la ilicitud si el hecho conocido o divulgado corresponde a la verdad.

El último párrafo contiene una medida adecuada para evitar que la información que contienen los bancos de datos atenten contra la intimidad del sujeto, lo que no excluye, ciertamente, la obligación de reparar el daño si éste ha sido infligido.

6. El daño a la persona es otro de los aportes del Código Civil de 1984, introducido por el Ponente del Libro I.

La novedad del tema, para nuestro medio y todo Latinoamérica, despertó, durante los primeros años, algunas reacciones que hoy nos parecen enteramente superadas y que por razones de espacio no serán abordadas.

Tradicionalmente, el objeto de la responsabilidad civil fue el resarcir los daños a la cosas. Sólo limitadamente se reparaba el daño moral.

Sin embargo, el vuelco experimentado a nivel de la filosofía, que centró su atención, de modo prioritario, en el ser de la persona, se dejó sentir en el razonamiento habitual de los hombres de derecho quienes, impulsados por las corrientes del existencialismo[29] y del personalismo,[30] modificaron radicalmente el orden de sus sólitas preocupaciones.

Simultáneamente, los avances de la era industrial y post industrial trajeron consigo nuevas formas de agresión hacia la persona, a pesar de las inocultables comodidades y del mejoramiento de los niveles de vida que aportaban los productos del desarrollo tecnológico.[31]

Fue al calor de aquel replanteamiento en torno al ser de la persona, que una jurisprudencia tímida, pero que se esforzaba por escapar a los moldes clásicos, recepta, en el campo del

---

28. Así, FERREIRA RUBIO, Matilde, *"El derecho a la intimidad"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, pp. 45 y 46.

29. Fundamentalmente de Heidegeer, Sartre, Jaspers y Marcel, quienes encontraron un extraordinario basamento en Kierkegaard.

30. Vid. de MOUNIER, E., *"El personalismo"*, Eudeba, Buenos Aires, 1987; *"Manifiesto al servicio del personalismo"*, Taurus, Madrid, 1972.

31. Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *"Protección jurídica de la persona"*, *cit.*, pp. 153 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derecho de daños, la obligación de reparar las lesiones infligidas directamente al sujeto, no obstante que, influenciada aún por los criterios y técnicas resarcitivas de los bienes materiales, se limitó a indemnizar sólo las consecuencias patrimoniales (el daño emergente y el lucro cesante) de los atentados cometidos en contra de la persona, aplicando, como parámetro, la capacidad del hombre de producir renta o riqueza.

Sin embargo, la estrechez de semejante solución fue prontamente denunciada por cuanto dejaba al margen del derecho la reparación a favor de quienes, por diversas circunstancias, no producían renta (piénsese en los menores de edad, en los jubilados, en las amas de casa, en los dementes, etc.).

La realidad se encargó de demostrar que los ataques frontales al ser de la persona no se agotaban en su esfera biológica, sino que había, en la personalidad del sujeto, múltiples y variadas facetas que podían ser agredidas simultánea o independientemente, cuya reparación no podía ser exactamente traducida en dinero, por cuanto el ser del hombre carece en sí de significación económica, carece de un valor en el mercado.

No obstante, debía abandonarse aquella falaz aseveración según la cual, si la persona no tenía un valor económico no se le podía entregar una suma de dinero para indemnizar los daños que se le ocasionaran, ya que esta absurda solución dejaba desprotegido al ser humano y, en cambio, privilegiaba la tutela del patrimonio.

Fue, entonces, cuando al lado del daño biológico, que atiende a la anatomía y a la fisiología del sujeto, aparece el daño a la salud, como una feliz expresión que daba cuenta de las lesiones que se ocasionaban al bienestar integral de la persona, a su rica y polifacética personalidad.

Aquellos dos conceptos, con un evidente substrato existencial, quedaron englobados en la expresión daño a la persona.[32]

En efecto, mientras que el daño biológico se refiere a la lesión considerada en sí misma, el daño a la salud afecta el bienestar integral de la persona, abarcando los aspectos ordinarios, laborales, recreacionales, sexuales, de relación social, etc., del sujeto. No obstante, el primero, a pesar de ser anátomo-funcional, puede incidir sobre el equilibrio general de la persona, comprometiendo su entero modo de ser.[33]

Por otro lado, si el daño es de tal magnitud que frustra el proyecto de vida del sujeto, esa lesión puede representar un atentado contra la libertad, es decir, contra el programa existencial de la persona libremente ideado y deseado, de acuerdo con sus posibilidades, perjudicando, finalmente, lo que la persona es, mellando su identidad.[34]

Esta realidad obliga a que el daño a la persona sea reparado con técnicas diversas, distinguiendo las consecuencias patrimoniales que se generen de las consecuencias extrapatrimoniales que la lesión acarree, ya que es evidente que no bastará indemnizar a la víctima con el simple pago de atención médica, de los medicamentos y de los días no laborados. Su tranquilidad, su bienestar, su vida de relación alterada por el atentado sufrido, a pesar que no tenga una traducción precisa en dinero, debe repararse, inclusive preferentemente a las consecuencias patrimoniales. Sin embargo, la prudencia y la justicia exigen que ambos efectos sean indemnizados por su autor.

La circunstancia de que la reparación de las consecuencias extrapatrimoniales, precisamente por la naturaleza del ente dañado —el

---

32. En esta parte sigo las obras de FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"Protección jurídica de la persona"*, ya cit., pp. 151 ss.; *"El daño a la persona en el Código Civil de 1984"*, en *"Nuevas tendencias en el Derecho de las personas"*, Universidad de Lima, Lima, 1990, pp. 261 ss.; *"Hacia una nueva sistematización del daño a la persona"*, en *"Primer congreso nacional de Derecho Civil y Comercial"*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Instituto de Derecho Civil y Comercial, Lima, 1994, pp. 23 ss.

33. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"Hacia una nueva sistematización..."*, *cit.*, pp. 34 a 36.

34. *Ibídem*, p. 36 a 38.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ser humano— no permita que se reponga el estado de cosas al momento inmediatamente anterior al daño, no es obstáculo para que la indemnización pueda compensar o morigerar los efectos del ataque. En primer término, porque la víctima no debe soportar la injusticia del daño; en segunda instancia, porque la indemnización contribuye, en cierta medida, a hacer olvidar el daño a través de las posibilidades de encontrar, con el monto de la reparación, distracciones o recreación en diversas actividades culturales o espirituales; en última instancia, porque la obligación de atender un daño debe tener efecto disuasivo.[35]

La doctrina más autorizada, además, aconseja que es conveniente evitar el daño, a través de medidas cautelares o acciones inhibitorias,[36] que eviten que el daño se consuma o que persista si sus efectos son prolongados en el tiempo.

A lo dicho es menester agregar que la calificación de daño a la persona ha sido cuestionada porque parece dejar de lado al concebido el mismo que, como ha quedado dicho, no es persona pero sí sujeto de derecho. Por esta razón, Fernández Sessarego ha propuesto la calificación de la figura como "daño subjetivo", es decir, causado al sujeto de derecho, que se contrapondría al "daño objetivo" o daño a las cosas.[37]

Pese a la porfía humanista de Fernández Sessarego por introducir la más amplia tutela preventiva y reparatoria de la persona, su propuesta no fue acogida por la Comisión Revisora. La norma que había proyectado era bastante amplia. Ella señalaba que: "En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.

"El juez, a solicitud y por cuenta del interesado, puede ordenar la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar un daño a la persona o la paralización de una actividad generadora del daño, siempre que se encuentre verosímilmente acreditado.

"El juez, de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuera el caso".[38]

La propuesta era bastante interesante y, por otro lado, permitía distinguir el daño moral del daño a la persona, en tanto el primero representa una lesión a la esfera emotiva o sentimental del sujeto, por lo que, al fin de cuentas, bien puede ser comprendido dentro del segundo, en la medida que el resquebrajamiento subsecuente a la lesión a la salud también puede comprometer dicha faceta.[39]

Lamentablemente, el proyecto de norma quedó reducido al actual artículo 17, el mismo que ha sido mutilado al límite de hacerle perder sentido.

En efecto, el actual artículo 17 apenas señala que: "La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

"La responsabilidad es solidaria".

De esta manera, la norma, como se ha observado, no dispone nada en torno a la reparación del daño ni a las formas en que ésta pueda adoptarse, en función del interés lesionado. Apenas se limita a conceder acción para

---

35. Cf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"El daño a la persona..."*, *cit.*, pp. 300 ss.

36. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"Protección jurídica..."*, *cit.*, pp. 183 y 184.

37. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"Protección jurídica..."*, *cit.*, pp. 151 ss.

38. Se puede consultar, últimamente, FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"Derecho de las personas"*, *cit.*, pp. 66 ss.

39. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"El daño a la persona..."*, *cit.*, pp. 307 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la cesación del evento dañoso, carente de sentido cuando el perjuicio ya ha sido irrogado.[40]

Por su parte, el segundo párrafo es ininteligible. Sólo gracias a un esfuerzo dialéctico el intérprete puede entender que se quiso decir que la responsabilidad es solidaria si son dos o más los autores. La Comisión Revisora redactó una norma sin supuesto de hecho; sólo se refirió a la consecuencia.[41]

Afortunadamente, el tema del daño a la persona se pudo incorporar —gracias a la insistencia de Fernández Sessarego— al artículo 1985 del Código Civil, a pesar que la sistemática no es adecuada por cuanto se le ha ubicado dentro de las normas de la responsabilidad extracontractual.

No obstante todas estas vicisitudes, el Código ha sido elogiado por no haber puesto ninguna limitación a la reparación en caso de daño a la persona.[42]

Curiosamente, fuera de todo vaticinio, el tema del daño a la persona no ha sido enteramente comprendido por la doctrina y la jurisprudencia. En cambio, en Argentina —país en el que se reconoce que la introducción de la figura se debe a Fernández Sessarego—[43] ha prendido entre los autores, quienes no hace mucho dedican envidiables esfuerzos a la materia.

La Comisión ha creído necesaria la reformulación del artículo 17. Este numeral, por razones de sistemática, debería pasar a ser el artículo 18, puesto que la tutela que dispensa también debe abarcar al derecho de autor. Para su redacción, se ha tomado como fuente la ponencia del profesor Carlos Fernández Sessarego, que desestimó la Comisión Revisora, así como los trabajos que ha entregado sobre la materia a lo largo de estos diez años. Consecuentemente, el artículo —ahora 18— que se propone tiene la siguiente redacción:

> ***"Artículo 18.***—*En los casos de amenaza o desconocimiento de cualquiera de los derechos e intereses existenciales que deriven de la dignidad del ser humano, se puede demandar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho o del interés existencial lesionado o amenazado.*
>
> *El juez, a solicitud del interesado, ordenará la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar daño al sujeto o la paralización de la actividad generadora del daño.*
>
> *De producirse un daño a la persona, se fijará la indemnización considerándose independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales.*
>
> *Si el daño es ocasionado por dos o más personas, sin poder determinar su grado de participación, la responsabilidad será solidaria".*

Resulta interesante destacar que la persona podría accionar también contra la amenaza, es decir, preventivamente. Igualmente, la propuesta no sólo se refiere a los derechos subjetivos sino, también, a todo interés existencial que derive de la dignidad del ser humano, expresión que comprende tanto a la persona como al concebido.

El sujeto, de este modo, puede actuar para exigir la más amplia y oportuna tutela a través de los medios adecuados que el juez estime conveniente aplicar, con imaginación y de acuerdo con las circunstancias que se presenten.

La propuesta se refiere, asimismo, a la acción inhibitoria en su segundo párrafo, que equivale a la acción de amparo consagrada constitucionalmente.

---

40. VEGA MERE, *"Proyecto de modificaciones al libro I del Código Civil: Derecho de las personas"*, II parte, en ADSUM, **Revista Jurídica**, Nº 7, p. 62.

41. *Op.* y *loc. últ. cit.*

42. Cf. BUSNELLI, Francesco Donato, *"La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código peruano"*, en *"Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano"*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1990, pp. 50 ss.

43. Así lo señala MOSSET ITURRASPE, Jorge, *"El valor de la vida humana"*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 3ª edición, 1991, pp. 327 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Del mismo modo, el tercer párrafo aclara que el juez deberá fijar la indemnización considerando las consecuencias patrimoniales independientemente de las extrapatrimoniales.

Finalmente, el último párrafo arroja luz sobre aquel segundo párrafo incomprensible del actual artículo 17 del Código, imponiendo la solidaridad si el daño fue ocasionado por dos o más personas y no se ha determinado su grado de participación.

7. Se ha dicho que el nombre es un término equívoco. Su significado varía ya que puede asimilarse a la designación dada durante el bautismo (o durante inscripción en el Registro de Estado Civil) llamado también nombre de pila; así como con todos y cada uno de los elementos que individualizan a la persona, en cuyo caso, esta segunda acepción comprende tanto el prenombre como a los apellidos.

El prenombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de toda vinculación preestablecida, pues la palabra que constituirá este signo será elegida libre y arbitrariamente por quien tiene la facultad de imponerlo al recién nacido.

El apellido, en cambio, es la designación común de una estirpe y cada individuo lo porta en razón de su pertenencia al grupo que se distingue por ese apelativo. El apellido, además, permite distinguir la filiación y los lazos de parentesco.[44]

En la medida que el Código no distingue los prenombres de los apellidos, de seguirse sus directivas, tendríamos que decir que para aquél el **nombre**, en tanto derecho y deber, comprende al **nombre** y al apellido. Como se ha observado, la repetición del vocablo **nombre** no es un error de interpretación sino tan sólo la opción seguida por el artículo 19 del Código Civil, el mismo que ha dado al prenombre una denominación no técnica sino usual.[45]

Fernández Sessarego explica que —precisamente para evitar la interpretación a que hemos hecho referencia— mediante memorando del 22 de noviembre de 1983, propuso a la Comisión Revisora la sustitución de la segunda frase del artículo 19 por otra que decía: "El nombre comprende el prenombre y los apellidos", cuestión que, lamentablemente, fue descartada.[46]

De otro lado, es sabido que en materia de nombre rige la más amplia libertad de los progenitores, quienes pueden atribuir, sin límite legal alguno, cualquier prenombre a los descendientes.

Esta libertad, sin embargo, debe encontrar una limitación que obedezca a la incomodidad o malestar que el prenombre atribuido pueda causar a quien lo lleva. De ahí que, tal como ha sucedido en Argentina con la Ley Nº 18248, del 10 de junio de 1969, los nombres no deberían ser ridículos, extravagantes, contrarios a las buenas costumbres ni deberían suscitar dudas sobre el sexo de las personas. Desafortunadamente, el artículo 19 de nuestro Código calla al respecto.

La realidad nos demuestra un considerable porcentaje de personas que no encuentran tranquilidad ni agrado con el prenombre que les ha sido asignado y que, por múltiples razones, se ven obligados a solicitar al juez la modificación de los mismos o la supresión de algunos de los prenombres, si éstos son más de uno.

En este orden de ideas, la Comisión ha creído oportuno proponer la modificatoria del artículo 19 con el siguiente texto:

> *"Artículo 19.—Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye uno o más prenombres y los apellidos, en el orden prescrito por el artículo 20.*
>
> *Los prenombres no deben ser ridículos, extravagantes ni indecorosos".*

En el seno de la Comisión se presentó una propuesta más amplia. Sin embargo, se estimó

---

44. PLINER, Adolfo, *"El nombre de las personas"*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 42 ss.

45. VEGA MERE, *"Proyecto de modificaciones..."*, II parte, cit., p. 65.

46. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"Derecho de las personas"*, cit., p. 80.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que la reglamentación detallada corresponde a una ley especial sobre la materia.[47]

La propuesta de reforma del artículo 19 alcanza también la del artículo 23, el mismo que quedaría redactado como sigue:

> ***"Artículo 23.—El recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre que le asigne el registrador del estado civil.***
>
> ***En este caso, es de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 19".***

La Comisión también ha juzgado inadecuada la solución aportada por el actual artículo 21 del Código Civil. Según este numeral: "Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos.

"Rige la misma regla en caso de filiación por declaración judicial".

La opción de este artículo genera un inconveniente para el hijo extramatrimonial reconocido por sólo uno de los progenitores. En efecto, al atribuírsele los mismos apellidos que tiene el padre o la madre, el hijo y su progenitor podrían ser considerados, en los actos de la vida civil, como hermanos. Por desconocimiento, claro está, que, para eliminar obligaría a los sujetos a indicar las razones que determinaron tal circunstancia, que pertenece al ámbito de la reserva o intimidad.[48]

Por ello, la Comisión ha hecho suya la propuesta de acuerdo con la cual, al hijo extramatrimonial reconocido sólo por uno de los progenitores se le atribuirá el primer apellido de éste dos veces.[49] La redacción de esta proyectada enmienda se adecua, adicionalmente, a lo que acontece en la realidad, pues las propias interesadas han creado esta opción onomástica al interior del Hospital de Maternidad.[50]

Así, el artículo 21 quedaría redactado para la Comisión con el texto que se describe:

> ***"Artículo 21.—Al hijo extramatrimonial le corresponde el primer apellido de sus progenitores, en caso de haber sido reconocido por ambos.***
>
> ***Si fuera reconocido sólo por uno de ellos, se le atribuirá el primer apellido de éste dos veces.***
>
> ***El posterior reconocimiento de parte del otro progenitor o la sentencia consentida que declara la filiación, determinarán la adecuación de los apellidos".***

Para guardar coherencia con esta proyectada reforma, también se ha reformulado la redacción del artículo 22, relativo a los apellidos que corresponderían a los adoptados:

> ***"Artículo 22.—El adoptado lleva el primero de los adoptantes. Si es adoptado sólo por una persona se le atribuirá el primer apellido de ésta dos veces".***

A pesar de que las propuestas de enmienda alcanzan otros artículos del Código relativos al nombre, citaré, de entre ellas, la redacción que se cree conveniente dar al artículo 29, ya que ella incluye la posibilidad, siempre por motivos justificados y mediante autorización judicial, de alterar el orden de los apellidos.

En ello ha mediado una razón de consideración hacia las personas que, vinculadas por parentesco a personalidades ilustres, en algunos casos de pública recordación, han preferi-

---

47. Me refiero a la propuesta que formulé, la misma que decía: "Artículo 19.—Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, que incluye uno o varios prenombres y los apellidos.
"Los prenombres no deben ser ridículos, extravagantes ni indecorosos. Tampoco deberán suscitar dudas respecto al sexo de la persona ni podrán estar compuestos por apellidos españoles o extranjeros.
"El registrador del estado civil aconsejará a los declarantes la atribución a los hijos de prenombres distintos a los de los padres y a los de los hermanos vivos. Si se atribuyera un prenombre idéntico, se deberá agregar uno diferente". Cf. mi *"Proyecto de modificaciones..."*, II parte, cit., pp. 64 ss.

48. VEGA MERE, *"Proyecto..."*, II parte, cit., p. 67.

49. Formulada por VEGA MERE, *"Proyecto..."*, II parte, pp. 66 y 67.

50. *Ibidem, op.* y *loc. últ. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

do evitar contraer nupcias por la inevitable imposibilidad de transmitir su segundo apellido. En España, por lo demás, existe un capítulo sobre tan excepcional materia.

Por ello, el artículo 29 que la Comisión ha proyectado reza:

> ***"Artículo 29.—Nadie puede cambiar su nombre, hacer adiciones ni alterar el orden de sus apellidos, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial debidamente publicada e inscrita.***
>
> ***El cambio o la adición, así como la alteración del orden de los apellidos alcanza, de ser el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad".***

8. También en la parte relativa a la regulación del domicilio la Comisión ha proyectado algunos ajustes. Razones de espacio me impiden dedicar unas líneas a todas ellas, por lo que me referiré únicamente a la propuesta de enmienda del artículo 35 del Código Civil.

El domicilio en el Código de 1936 estaba regulado sobre la base de la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él, es decir, destacaba el **animus manendi,** que en la práctica resultó inaplicable, ya que si alguien cambiaba de domicilio debía declararlo expresamente ante la Municipalidad o esperar que transcurriesen dos años de residencia voluntaria en otro lugar. En otros términos, por partir de un razonamiento exageradamente subjetivista, quien mutaba el lugar de su residencia debía verter una declaración, so pena de permanecer dos años indomiciliado, pues entonces debía esperar el plazo previsto en el artículo 22 del Código derogado para contar con domicilio reconocido jurídicamente.

En la práctica, casi nadie se preocupó de formular tal declaración, por lo que el sistema que se sustentaba en un dilatado plazo era deficiente para considerar domiciliada a la persona que cambiaba de lugar de residencia.[51]

El ponente del Libro de Personas del Código actual se apartó de tal estructuración y, adicionalmente, perfiló, en su propuesta, la opción germánica del domicilio único, el mismo que está determinado por la residencia habitual de la persona.

Sin embargo, por una inexplicable tradición a las normas del Código derogado, la Comisión Revisora quebrantó el régimen del domicilio único al trasvasar el artículo 20 del Código de 1936 al artículo 35 del Código de 1984, con lo que se desliza la idea de que una persona puede tener más de un domicilio, pues dicha norma señala que a quien vive alternativamente en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos.

Así, el artículo 35, que acoge el sistema de la pluralidad de domicilios, contradice abiertamente el régimen del domicilio único del artículo 33, ya que no es posible que una persona resida "habitualmente" en dos o más lugares, en la medida que no cabe tener dos hábitos contrapuestos.[52]

La preocupación por esta incoherencia dentro de la figura del domicilio ha sido recogida por la Comisión, la misma que ha considerado que es necesario establecer la excepcionalidad de la hipótesis de que una persona pueda vivir o tener ocupaciones habituales en varios lugares. Ello explica la forma cómo se ha redactado la propuesta:

> ***"Artículo 35.—No obstante lo dispuesto en el artículo 33, a la persona que vive o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos".***

De esta manera, el supuesto parte del principio del domicilio único al señalar "No obstante lo dispuesto en el artículo 33", lo cual le da el referido carácter de excepcional.

9. Como se anotó al inicio, las reformas trabajadas por la Comisión de Personas organizada por el Centro de Investigación de la Facultad

---

51. Vid. LEÓN BARANDIARÁN, José, *"Tratado de Derecho Civil"*, WG Editor, Lima, 1991, tomo I, pp. 163 ss.

52. La crítica es de FERNÁNDEZ SESSAREGO, *"Derecho de las personas"*, *cit.*, pp. 95 y 96.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de Derecho de la Universidad de Lima, la cual ha estado conformada por especialistas en la materia, si bien constituyen un primer borrador, representan el esfuerzo de más de dos años de sesiones periódicas.

La labor, es bueno decirlo, ha sido grata, sobre todo porque es una muestra de la capacidad de trabajar colectivamente por un objetivo que trasciende y excluye apetencias personales.

Es deseable que la lección que hemos aprendido en este tiempo de trabajo conjunto permanezca y sirva de ejemplo a todo hombre de derecho y, particularmente, a las Universidades, cuya misión fundamental es contribuir al desarrollo y bienestar a través de los recursos humanos y materiales con los que cuenta.

No puedo concluir sin expresar mi agradecimiento al profesor Carlos Fernández Sessarego, Maestro del Derecho de las Personas, por haberme dado la oportunidad de compartir estos días al lado de eminentes juristas de diversos países, como Francois Chabas, Jorge Mosset Iturraspe, Giovanna Visintini, Víctor Pérez Vargas, Guillermo Borda, Diego Espín Cánovas y muchos otros cuya lista no he de agotar por razones de tiempo. Vaya mi gratitud, igualmente, por alimentar nuestra vocación de amar cada día más al derecho y, sobre todo, al prójimo.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS NEGOCIACIONES DE LA RONDA URUGUAY SOBRE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

LIC. JORGE ALBERTO CABRERA MEDAGLIA

A. ANTECEDENTES[1]

Los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TIPs en su acrónimo en inglés) constituyen —junto a los servicios y las inversiones— uno de los denominados temas nuevos de la Ronda Uruguay. La importancia de estos derechos de la Ronda Uruguay. La importancia de estos derechos en el nuevo entorno de comercio mundial es significativa, tanto para los países desarrollados como para los países en desarrollo. Sin embargo, como tendremos ocasión de señalar, existen intereses profundamente encontrados con respecto a los mismos por parte de unos y otros. Esto ha dificultado el desarrollo de las negociaciones, fundamentalmente en lo referente a la competencia o no del GATT para ocuparse de los TRIPs. En este acápite pretendemos dar un bosquejo general de los antecedentes, a efectos de lo cual expondremos por separado lo relacionado con los TRIPs y lo tocante al comercio de mercancías falsificadas.

a. El comercio de mercancías falsificadas.

Este tipo de comercio ha sido objeto de estudio en el GATT, estudio y discusiones cuya intensidad ha ido en aumento.

En el año de 1978, en el subgrupo de cuestiones aduaneras de la Ronda Tokio, a iniciativa de los EE.UU., se planteó la inquietud de negociar normas internacionales sobre la prevención de las prácticas de falsificación comercial.[2] En ese mismo año EE.UU. distribuyó una propuesta de Acuerdo sobre las Prácticas de Falsificación Comercial. Posteriormente, en 1979, presentó una propuesta revisada llamada "Acuerdo sobre las sanciones que deben imponerse a la importación de mercancías falsificadas". Dichas propuestas no fueron examinadas en forma multilateral.[3]

Al final de la Ronda Tokio los EE.UU. y la CEE distribuyeron un nuevo texto revisado del Acuerdo, el que a pesar de sus iniciativas informales no se incluyó en el Acta Final de la Ronda.

Desde entonces las gestiones de carácter informal continuaron, culminando con la distribución en 1982 de un nuevo proyecto de texto revisado, denominado "Acuerdo sobre las medidas disuasivas de la importación de mercancías falsificadas", y con la inclusión en la Declaración Ministerial de 1982 da una decisión relativa al comercio de mercancías falsificadas,

1. La información de los antecedentes dentro del GATT proviene de *MTN. GNG/NG1/W/4*, nota de la Secretaría del 16 de mayo de 1987.
2. Ver MTN. GNG/NG11/W/4, *op. cit.*
3. *Ibíd.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a efectos de determinar la procedencia de una posible acción colectiva y las modalidades que ésta pueda revestir. La iniciativa en este campo ha partido especialmente de los EE.UU.

Posteriormente, en el cuadragésimo período de sesiones de las partes contratantes en 1984 se examinó el tema, disponiéndose la creación de un grupo de expertos. Dicho grupo estudió la competencia del GATT para ocuparse del problema y en caso de ser competente, si era, el GATT, el organismo apropiado para tratar el mismo. Además, estudió las posibles modalidades de acción a tomar y el peligro de que las medidas dispuestas se convirtieran en obstáculos al comercio.[4] El grupo, finalmente, informó a las partes contratantes que si bien existía cierto consenso en el tema tratado, no se había alcanzado una misma opinión relativa al punto esencial: si era procedente una acción colectiva en el marco del GATT. Según el grupo esta cuestión solo podía dilucidarse a un nivel político superior.[5]

Las partes contratantes solicitaron al Consejo que examinara la cuestión en un momento apropiado.[6]

La importancia del grupo de expertos y sus conclusiones radica en que pusieron de manifiesto las posiciones encontradas en torno al punto de si el GATT es o no el organismo competente y conveniente para regular ese comercio. A pesar de que todos los países reconocían la urgente necesidad de poner fin a este tipo de comercio y detener su proliferación, de un lado los países en desarrollo se oponen al tratamiento del tema en el GATT, mientras que del otro, los países desarrollados y las empresas afectadas por tal comercio, son quienes intentan involucrar al GATT en el asunto. Es por ello que solo a un nivel político superior puede resolverse ese problema. Por último, el Comité Preparatorio de la Ronda Uruguay ante las propuestas, fundamentalmente de los EE.UU. volvió a considerar el punto cuya problemática fue menor en relación con la producida en el otro ítem objeto de discusión conjuntamente con el comercio de mercancías falsificadas: los TRIPs, como veremos a continuación.

Los artículos del Acuerdo General que se relacionan directamente con el tema, así como con los derechos de propiedad intelectual, son cuatro: el IX (Marcas de Origen) el párrafo 3 c) iii del artículo XII (Balanza de Pagos), el párrafo 10 del artículo XVIII (Actividad Económica del Estado) y el XX.d (Excepciones Generales). Guardan mayor relación con el tema solo el primero y el último de ellos; el primero por cuanto impone a las partes contratantes el deber de evitar que las marcas de origen induzcan a error y el último en el tanto permite a las partes adoptar ciertas medidas que de lo contrario serían incompatibles con el Acuerdo General, en este caso establece que las leyes y reglamentos que regulen la propiedad intelectual pueden ser contrarios (aunque no intrínsecamente) al GATT.

b. Aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio.

Este constituye el tema álgido negociado dentro del grupo.

Básicamente el mismo fue aludido en la Ronda de Tokio en el contexto de los procedimientos para la celebración de consultas y luego en las negociaciones no arancelarias no tratadas multilateralmente. En el catálogo de medidas no arancelarias del GATT, figuran algunas notificaciones relativas a la propiedad intelectual. Igualmente, han sido establecidos grupos especiales de solución de controversias que se ocuparon de aspectos relacionados con la propiedad intelectual (por ejemplo el establecido para tratar el art. 337 de la Ley de Aranceles de EE.UU.; el grupo que analizó la "cláusula

4. GATT, *Actividades del GATT en 1985*, Ginebra, 1986, p. 24.

5. *Ibid.*, p. 25.

6. Actividades del GATT en 1985, *op. cit.*, p. 25.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de edición" de la legislación de los EE.UU., que hoy en día no está en vigor, etc.).[7]

Existen algunas otras alusiones a la propiedad intelectual en discusiones y documentos oficiales del Comité de los Textiles, del Comité sobre Comercio de Aeronaves Civiles, así como en algunos artículos de los Códigos de Obstáculos Técnicos al Comercio y el de Valoración Aduanera. Además del Capítulo V de la Carta de La Habana sobre prácticas comerciales restrictivas.[8]

Cabe reseñar que el Sistema Generalizado de Preferencias y la Iniciativa para la Cuenca del Caribe contemplan dentro de los factores para determinar la elegibilidad de un país como beneficiario, la medida en que éste proteja eficaz y adecuadamente los derechos de propiedad intelectual.[9]

Si bien dentro del sistema del GATT no han existido formulaciones concretas respecto a los TRIPs, de manera que el punto de mayor vinculación lo constituye el de las marcas (y dentro de éstas, las de origen), en la esfera interna de algunos países, especialmente en los EE.UU., las manifestaciones que clamaban por la incorporación de los TRIPs al régimen multilateral del GATT crecían, manifestaciones cuyo origen se ubica en ciertas empresas transnacionales y aquellos organismos que las agrupan. Estas intenciones, encontraron fácil eco en el Poder Ejecutivo y el Congreso de los EE.UU., especialmente por el problema de déficit comercial de ese país y la pérdida de su liderazgo tecnológico.

La política norteamericana quedó plasmada en el documento del representante comercial de ese país de fecha 3 de abril de 1986.[10] El documento parte de la base de que "...la protección de la propiedad intelectual tiene una importancia crítica para el mundo, ya que fomenta la creatividad, estimula el crecimiento económico, integra la capacidad de competencia y, para los países en vías de desarrollo atrae inversiones y know-how".[11]

A este respecto, la administración norteamericana ha conformado un programa de acción donde identifica los principales problemas existentes y establece los objetivos americanos en la materia. Se determinó que las iniciativas por tomar, debían plantearse a los niveles nacional e internacional, y en este último punto multilateral o bilateralmente. A nivel multilateral se pretendía:

"a) Negociar en la Ronda del GATT un acuerdo comercial que evite las distorsiones que resulten de una inadecuada protección de la propiedad intelectual, incorporando cláusulas que garanticen la aplicación de mínimas protecciones actualmente contenidas en los tratados de propiedad intelectual. También incorporar organismos de arreglos aprovechando la capacidad técnica del GATT.
b) Adopción de un código GATT contra la piratería.
c) Mejorar la protección de la Convención de París y aprobar la incorporación de los EE.UU. a la Convención de Berna.
d) Mejorar la protección para nuevas tecnologías.
e) Oponerse a la erosión paulatina de las actuales normas.
f) ..."[12]

---

7. GATT, *Actividades del GATT en 1988*, Ginebra, 1989, p. 53.

   Posteriormente retomaremos lo dispuesto por el grupo especial sobre el artículo 337 de la legislación de los EE.UU.

8. MTN.GNG/NG11/W/4, *op. cit.*, pp. 9-12.

9. SELA, *Manual sobre las principales leyes de comercio de los Estados Unidos*, Caracas, 1989, pp. 37 y ss.

10. Los problemas identificados en el documento corresponden en términos generales, a los que han señalado los Estados Unidos en sus propuestas. Lo mismo cabe decir en cuanto a los objetivos, cf. CIKATO, Manfredo, *Negociar y golpear: nueva estrategia para la propiedad intelectual*, en **Derechos Intelectuales**, Buenos Aires, Editorial Astrea, tomo II, 1986, pp. 16-17.

11. Ver CIKATO, *op. cit.*, p. 17.

12. Ver CIKATO, *op. cit.*, p. 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Esta estrategia es parte de una nueva política en la materia que expuso días después, el 7 de abril de ese año, el Secretario de Comercio Malcom Baldrige, que incluía referencias a la legislación interna de ese país (mejorar la aplicación de los arts. 301 y 337, así como la utilización del SGP) y a la política exterior, todo lo cual tiende a alcanzar objetivos sumamente ambiciosos a nivel mundial.[13]

Uno de los orígenes de estas manifestaciones, se encuentra en el estudio realizado por la Task Force sobre la propiedad intelectual, de octubre de 1985 donde se reconoce "...que el marco del GATT es casi la única esperanza para lograr una acción multilateral efectiva. La complejidad y diversidad del tema requiere de una estrategia, que para mayor efectividad, debe ser enunciada por el presidente y su gabinete, reconociéndose que la protección internacional de la propiedad intelectual debe ser un objetivo primario para los EE.UU."[14]

La Task Force recomienda el enfoque de la zanahoria y el garrote (carrot and stick approach), es decir, brindar asistencia técnica y utilizar medidas coercitivas contra los países que infrinjan los TRIPs, para lo cual se recomienda utilizar su normativa interna.

Las reformas promulgadas a las leyes relacionadas con la propiedad intelectual en aquel país constituyen indicativos de cuál sería la posición del mismo en sus negociaciones exteriores (por ejemplo la Copyright Act de 1975 reformada en 1980; la Semiconductor Chip Protection Act de 1984, la International Software Protection Act de 1985).[15] A esto se suman las reformas a leyes de carácter más general, como la Ley de Aranceles de 1984, las cuales pretenden implementarse como instrumentos para presionar a terceros países bajo la amenaza del no acceso al mercado norteamericano.[16]

Las preocupaciones de los EE.UU. no han quedado allí. La aplicación de sanciones y el inicio de procedimientos de investigación contra aquellos países que no tutelan adecuadamente la propiedad intelectual han aumentado, fundamentalmente por medio de los artículos 301 de la Ley de Comercio y Aranceles de 1974, 337 de la Ley de Aranceles de 1930[17] y la reforma introducida al primero por la Ley Ómnibus de Comercio y Competitividad de 1988.[18] A esto, se ha sumado la implementación de políticas para lograr esos objetivos mediante los regímenes preferenciales como el SGP y la ICC y más recientemente de la Iniciativa para las Américas dentro de la cual un sector de gran

---

13. *Ibid.*

14. ZULETA, Hugo, *El GATT y los derechos intelectuales; propuesta de las comunidades empresarias de los Estados Unidos, Europa Occidental y Japón*, en **Derechos Intelectuales**, Buenos Aires, Editorial Astrea, tomo IV, 1987, p. 23.

15. VITTONE, Carlos, *Software, michochips y computadoras en la legislación de Norteamérica*, en **Derechos Intelectuales**, Buenos Aires, Editorial Astrea, tomo I, pp. 75 y ss.

16. CORREA, Carlos, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional*, **Revista Comercio Exterior**, México, vol. 39, Nº 12, diciembre de 1989, p. 1068.

17. Este artículo fue declarado incompatible con el Acuerdo General por determinar que era violatorio a la norma III del mismo (Trato Nacional) y que no podía justificarse en atención al artículo XX.d. Pese a que el informe ya fue adoptado por el Consejo del GATT EE.UU. no ha modificado dicha ley. Cfr. BRAND, Ronald, *Private parties and GATT dispute resolution: implications of the panel report on section 337 of the US Tariff Act Of 1930*, **Journal of World Trade Law**, Ginebra, vol. 24, Nº 3, junio de 1990, pp. 5-30.

18. Esta nueva normativa fija los objetivos de los EE.UU. en materia de propiedad intelectual tanto a nivel bilateral como en el marco del GATT. Igualmente la sección 1101b8 (objetivos estadounidenses en materia de prácticas comerciales desleales) y la sección 1101b15 (alta tecnología) contienen objetivos de ese país en materia de propiedad intelectual. A su vez la sección 1303 resulta de suma importancia ya que establece un mecanismo de identificación de los principales infractores (lista prioritaria de observación) a cargo del representante comercial, de forma tal que puedan ser sancionados a tenor del artículo 301.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA II CIRCUITO JUDICIAL SAN JOSE

interés para los EE.UU., lo constituye el de la propiedad intelectual.[19]

No son fortuitas las manifestaciones de las principales autoridades políticas de los EE.UU. en el sentido de atribuir una crucial importancia a la protección de los derechos de propiedad intelectual.[20]

En general, los antecedentes citados demuestran un amplio accionar del gobierno de aquel país y de ciertos grupos de interés empresarial, que se dirigen a la identificación de la prioridad de la propiedad intelectual para la economía interna del mismo y que, a esos efectos se tomen las medidas adecuadas, reforzando los mecanismos coercitivos, tanto en su ley interna, como ahora, a nivel multilateral en la nueva Ronda Uruguay de negociaciones, ante la insuficiencia, a su juicio, de la OMPI y los convenios internacionales que esta administra, conforme veremos.

En el Comité Preparatorio de la Ronda Uruguay las negociaciones fueron arduas, sin que se llegara a acuerdo alguno en la materia. Japón y los EE.UU. insistieron en que se incluyera. La CEE estuvo dudosa un tiempo. Los países en desarrollo se opusieron a la iniciativa, alegando la incompetencia e inconveniencia de que el GATT se ocupe del tema. Esta posición se confirma en el proyecto de resolución del Grupo de los Diez que no hacía mención del tema.[21]

De parte del sector privado, las iniciativas no se han hecho esperar. En mayo de 1986 once de las principales corporaciones de los EE.UU. conformaron el Comité de Propiedad Intelectual, el cual se puso en contacto con grupos empresariales de Japón y la CEE, con el fin de presionar a sus respectivos gobiernos para incluir a la propiedad intelectual en el Mandato Ministerial de la Ronda Uruguay.[22]

B. LAS COMUNICACIONES DE LOS PAÍSES DESARROLLADOS. SUS CAUSAS

Al plantearse la problemática en la cual se desarrolló la Ronda Uruguay y los centros de intereses que le dieron origen, se determina cuál es la causa de la inclusión del tema de la propiedad intelectual, valga decir el déficit fiscal de los EE.UU. y el cambio en la composición y dirección de los nuevos flujos económicos mundiales.

Acá, en forma más específica queremos referirnos a ciertas causas que justifican la discusión de los TRIPs en las negociaciones: "más allá de los argumentos presentados para impulsar la revisión del sistema de propiedad intelectual, se aprecian diversos factores relacionados con las características del proceso innovativo y con las estrategias de expansión internacional prevalecientes, los cuales explican la dirección y los alcances de los cambios propuestos. Estos factores se combinan con una declinación del liderazgo tecnológico de los EE.UU. Si bien, la percepción de ésta en dicho país ha sido probablemente lo que desencadenó su acción al respecto, el mencionado con-

19. Se han mencionado bastante las negociaciones que en esta materia se llevan a cabo en esta iniciativa, las autoridades encargadas de las mismas han expresado, con razón, que es preferible el foro del GATT, aunque las propuestas presentadas a la Ronda y la Iniciativa no difieren en mayor medida.

20. Cf. las que se exponen en SELA, *El debate sobre política comercial de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1988.

21. PATEL, Surendra, *Los derechos de propiedad intelectual en la Ronda Uruguay*, **Revista de Comercio Exterior**, México, vol. 39, Nº 4, abril de 1989, p. 289.

22. Ver ZULETA, *op. cit.*, p. 23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

junto de factores es el verdadero transfondo del proceso estudiado".[23]

Los intentos de estructurar un nuevo sistema de propiedad intelectual dentro del GATT, constituyen una nueva forma de proteccionismo tecnológico encaminado a normar las relaciones con aquellos países que sobre la base de un sendero tecnológico imitativo, han desafiado ciertas posiciones hegemónicas, ocupando parcelas del mercado que han abierto las tecnologías de punta.[24]

De allí que, sin olvidar los roces con el Japón, es en el contexto norte-sur donde se acentúa la controversia. En primer término los NICs, y en general los países en desarrollo, son los destinatarios principales de la actual iniciativa de los países desarrollados.[25]

Pueden identificarse dos criterios básicos para la inclusión del tema en la Ronda Uruguay: uno de ellos se sustenta en los cambios producidos en la economía mundial debido a la tecnología y el aumento del comercio (información, servicios, etc.), los cuales adquieren una importancia estratégica, no sólo por ellos mismos, sino también en la producción y comercio tradicionales (abaratando su costo, obteniendo más rendimiento, desplazando mano de obra, etc.).

De tal forma que el sistema de comercio internacional no puede comprenderse prescindiendo de la tecnología, cuyo principal insumo parece ser el uso intensivo de información. Las características del comercio de intangibles (sus problemas de apropiabilidad, su no deteriorabilidad, su inagotabilidad, el riesgo e incertidumbre de sus resultados finales, etc.) han puesto en jaque las soluciones tradicionales aplicadas al comercio de mercancías. La tecnología, la información y el conocimiento están condicionando las modalidades de producción e intercambio de bienes físicos. Por ello, aunque el GATT y sus disciplinas se refieren al comercio de mercancías, este comercio no puede explicarse sin tomar en cuenta los cambios producidos en el sistema de relaciones comerciales internacionales o ignorando los nuevos elementos que en él intervienen.[26] En resumen, si la tecnología, en especial, su difusión y dominio es lo que permite actualmente a los países crear ventajas comparativas y adquirir competitividad en los mercados,[27] es de suponer que los países desarrollados pretendan una "modernización" del GATT y la ampliación de sus alcances,[28] a efectos de normar la adquisición, desarrollo y uso de la tecnología y la información. Otro criterio se refiere a la inclusión del tema como consecuencia de las presiones de EE.UU. para que sus intereses comerciales prioritarios se discutan en la Ronda Uruguay.[29] La prioridad de los TRIPs en la política económica americana se deriva de su declive en ciertas áreas sensibles de la misma (alta tecnología), cuyo origen se sitúa en las políticas imitativas de terceros países, permitidas por la falta de protección de los derechos de propiedad intelectual. Todo lo cual se enmarca dentro de un cuadro general de déficit de la economía de los EE.UU. Pueden asimismo indicarse varias otras causas específicas:[30]

a. Intensificación de la investigación y el desarrollo.

En la presente década se ha intensificado el esfuerzo en Investigación y Desarrollo (I&D) de parte, fundamentalmente de los países de-

---

23. Ver CORREA, *op. cit.*, p. 1059.

24. CORREA, *op. cit.*, pp. 1059 y 1060.

25. *Ibíd.*

26. BIFANI, Paolo, *Los países centroamericanos y los nuevos temas de la Ronda Uruguay*, s.l., UNCTAD, 1988, p. 9.

27. *Ibíd.*, pp. 6 y 22.

28. PNUD/UNCTAD/CEPAL, *Situación y perspectivas de América Latina en la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales*, s.l., 1988, p. 12.

29. *Los derechos de propiedad intelectual en la recta final de la Ronda Uruguay*, Revista de Comercio Exterior, México, vol. 40, Nº 3, marzo de 1990, p. 269.

30. Ver CORREA, *op. cit.*, pp. 1066 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sarrollados, aumento que ha corrido en forma paralela con el número de científicos e ingenieros dedicados a esas áreas.[31] Son éstos quienes invierten el mayor porcentaje mundial en I&D, el cual supera en mucho al que invierten los países en desarrollo.

Por el progresivo encarecimiento de la I&D, los crecientes costos e inversiones que implica, se ha afirmado que: "Así los programas en investigación y desarrollo cuyos costos absorbe parte del presupuesto de EE.UU. con la esperanza de aumentar la productividad de dicho país, a la larga sirven para incrementar también la de otros países, incluyendo la de sus competidores,[32] incremento que dada la configuración del sistema actual de la propiedad intelectual, resulta gratis para esos países. Se trataría de nuevos "free riders" de tecnología. EE.UU. debe, por esto, mediante la propiedad intelectual, mejorar el control de la tecnología que desarrolla internamente".[33]

b. Declinación de la competitividad estadounidense.

Los EE.UU. han visto declinar su capacidad competitiva en ciertas áreas sensibles de alta tecnología, lo cual podría constituir la principal causa de la iniciativa en la Ronda Uruguay de ese país. El desempeño que muestra el comercio exterior de los EE.UU. es una prueba contundente,[34] lo cual se evidencia con abundantes estadísticas, donde los saldos son negativos o decrecientes, producto de las exportaciones provenientes de Japón y los NICs quienes estarían aprovechándose, gratuitamente de los avances tecnológicos americanos. Se ha señalado que: "Probablemente la decisión de EE.UU. de fijar nuevos límites y reglas al flujo de tecnología hacia Japón y los PIR asiáticos, originó las iniciativas de ese país en el área de la propiedad intelectual".[35]

c. Apropiación de los resultados de la investigación y desarollo.

Los flujos tecnológicos actuales se caracterizan por las dificultades que surgen para la apropiación de las innovaciones. Además, el propio desarrollo técnico, ha facilitado y abaratado los procesos de copia, lo cual resulta particularmente preocupante en materia de derechos de autor y conexos y en el campo de los programas de computación. Ello puede deberse, entre otras causas a:

a) dificultades para encuadrar los nuevos fenómenos en las normas jurídicas;
b) movilidad del personal de las empresas;
c) rapidez del cambio tecnológico frente a la duración de los juicios; y
d) las dificultades en identificar como propio un producto al que se le han introducido mejoras.[36]

d. La globalización del mercado mundial.

Los altos costos de la investigación y desarrollo implican una nueva estrategia competitiva de parte de las empresas que invierten en ella (especialmente multinacionales). La posibilidad de recuperación de costos se planifica considerando no sólo el mercado interno, sino también el mercado mundial, para lo cual se requiere de protección adecuada de la propiedad intelectual en todos los mercados que les asegure esa recuperación de lo invertido, permitiéndoles comercializar con los mismos mediante la venta de bienes con un alto grado de

---

31. CORREA, *op. cit.*, p. 1066.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*, p. 1067.

34. *Ibid.*

35. CORREA, *op. cit.*, pp. 1068-1069.

36. CORREA, Carlos, *Innovación tecnológica en la informática*, segunda parte, **Revista Comercio Exterior**, México, vol. 38, Nº 2, febrero, 1988, p. 156.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

componente de propiedad intelectual, la inversión directa o el licenciamiento.

Para algunos la internacionalización de los esquemas de protección de la propiedad intelectual se propugnan con miras a "...garantizar y asegurar una máxima libertad de acción para las corporaciones transnacionales o compañías multinacionales en sus actividades, que son hasta ahora, los únicos agentes económicos que cuentan con los recursos necesarios humanos, financieros y de infraestructura para emprender extensos programas de investigación y desarrollo de nuevos productos, procesos de producción y servicios de alta tecnología".[37]

C. INTERESES A CONSIDERAR

De lo expuesto, hasta ahora es fácil deducir los intereses en juego en la Ronda. Además, conforme se analiza el progreso de las negociaciones, es posible determinar en forma específica los conflictos que se presentan en cuestiones concretas (patentes, derechos de autor, software, chips, etc.). Es por ello que aquí sólo daremos un breve bosquejo que abarque los intereses opuestos con que se enfoca el tema.

Existen dos posiciones claramente diferenciables en cuanto a la propiedad intelectual y, en términos más generales, a la tecnología. No repetiremos la importancia de la tecnología para el desarrollo, mantener la competitividad y crear ventajas comparativas. Así que partiendo de esa importancia, el siguiente párrafo resume la confrontación presentada:

> "las diferentes formas de propiedad intelectual (patentes, derechos de autor, etc.) son instrumentos que pueden servir tanto para retener la propiedad del conocimiento tecnológico como para acelerar su proceso de difusión. De allí el conflicto entre los que producen tecnología y los que la necesitan para su desarrollo. Los primeros quieren utilizar los derechos de propiedad intelectual para preservar su control y beneficiarse del monopolio que se les concede, los segundos para difundir conocimiento científico-tecnológico y promover su aplicación práctica".[38]

Estos enfrentamientos se han hecho sentir en la Ronda. Los países desarrollados pretenden controlar a su favor el conocimiento del cual son los principales detentadores,[39] se muestran a favor de restringir su difusión[40] y dado el carácter eminentemente territorial de las leyes de propiedad intelectual[41] se ven en la necesidad de implantar reglas internacionales y velar por su efectivo cumplimiento. Para los países en desarrollo la situación es diversa, primordialmente deben tener acceso a la tecnología. Lo que está en juego es la posibilidad de desarrollar capacidad competitiva para producir y exportar en el futuro, así como para mantener parte del valor agregado de su producción[42] o, bien, en qué forma el nuevo conocimiento puede ser utilizado de la mejor manera para solu-

---

37. Los derechos de propiedad intelectual en la recta final de la Ronda Uruguay, *op. cit.*, p. 270.

38. Ver BIFANI, *Los países centroamericanos y los nuevos temas de la Ronda Uruguay*, *op. cit.*, p. 1.

39. UNCTAD, *Developments in the Uruguay Round*, s.l., 1988, p. 38. Traducción libre.

40. *Ibíd.*

41. Ver BIFANI, *Los países centroamericanos y los nuevos temas de la Ronda Uruguay*, *op. cit.*, p. 9.

42. Ver PNUD/UNCTAD/CEPAL, *Situación y perspectivas de América Latina en la Ronda de Uruguay*, *op. cit.*, p. 13.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cionar los problemas del subdesarrollo,[43] para que no se produzca una nueva división internacional del trabajo y un nuevo vínculo de dependencia en relacion con los países desarrollados. Por ello consideran que se debe fomentar una adecuada difusión de la tecnología; por lo que propugnan su derecho soberano de regular la propiedad de esos intangibles de conformidad con sus objetivos de desarrollo y sus necesidades, buscando eliminar las prácticas restrictivas y anticompetitivas en la transferencia de tecnología y lograr un adecuado equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los titulares de la propiedad intelectual.

Dado que estos países enfrentan serios problemas económicos y políticas de ajuste, que afectan los medios y recursos disponibles para fomentar la tecnología y la actividad industrial,[44] deben acudir a regulaciones flexibles de las leyes de propiedad intelectual que les permitan copiar las innovaciones producidas por los países desarrollados; éstos ven en esa práctica un viaje "gratis" de los países en desarrollo por el sendero tecnológico, sin pagar el precio justo por la tecnología,[45] dado que para los creadores de ésta la misma, implica gastos significativos como más adelante analizaremos.

CH. LA DECLARACIÓN MINISTERIAL DE PUNTA DEL ESTE

El objetivo de la negociación, se expone en el texto de Punta del Este, el cual textualmente dispone:

> "A fin de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de velar porque los procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo; las negociaciones tendrán por finalidad clarificar las disposiciones del Acuerdo General y elaborar, según proceda, nuevas normas y disciplinas.
>
> Las negociaciones tendrán por finalidad la elaboración de un marco multilateral de principios, normas y disciplinas en relación con el comercio de mercancías falsificadas, habida cuenta de la labor ya realizada en él.
>
> Estas negociaciones se entenderán sin perjuicio de otras iniciativas complementarias que pueden tomarse en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual".[46]

La declaración fija los objetivos de la negociación que deben ser alcanzados por el grupo. A ese propósito deben dirigirse las propuestas presentadas por los participantes, por lo que, teóricamente, resultarían improcedentes aquellas cuyo contenido exceda el objetivo plasmado en la misma. Sin embargo, no existe sanción alguna en caso de producirse cualquier tipo de extralimitación de los participantes, en consecuencia un texto aprobado en discordancia con el Mandato Ministerial no se ve afectado por ningún tipo de nulidad o ineficacia, aunque resulta evidente que nadie está obligado a negociar puntos que escapen del marco del Mandato.

---

43. Ver BIFANI, *Los países centroamericanos y los nuevos temas de la Ronda Uruguay, op. cit.*, p. 1.

44. WHITE, Eduardo, *Políticas e instrumentos para el desarrollo de las nuevas tecnologías en América Latina*, **Revista Comercio Exterior**, México, vol. 39, Nº 11, noviembre de 1989, p. 977.

45. ROZEK, Richard, *Propiedad intelectual y crecimiento económico*, **Revista Perspectivas Económicas**, Washington, Nº 62, 1988, pp. 46-47.

46. GATT, *Boletín Focus*, Ginegra, Nº 43, enero-febrero de 1987, p. 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Valga la anterior aclaración puesto que el avance de las negociaciones se vio seriamente retardado, por la redacción poco clara del Mandato, y las interpretaciones divergentes que de él se han extraído, producto de las diferencias presentadas al redactar el mismo.

Antes de entrar a analizar el texto debe tomarse en cuenta que esta constituye la única área de la Ronda donde incrementar la protección es la solución y no el problema.[47]

El texto obedece a una solución de compromiso. Por tal circunstancia resultó ambiguo y no resolvió el problema principal acerca de la competencia del GATT para ocuparse del asunto.[48]

La Declaración se divide en tres párrafos claramente diferenciados, el primero los TRIPs, el segundo el comercio de mercancías falsificadas, y el tercero el examen de la relación entre las negociaciones del grupo y las iniciativas adoptadas en otros foros, especialmente la OMPI. Las negociaciones han abordado cada párrafo por separado, como luego veremos.

El punto más conflictivo y trascendental radica en el primer párrafo, cuyo origen corresponde a los países desarrollados y sus empresas transnacionales como ya explicamos. Para los países en desarrollo, el Mandato Ministerial no permite la elaboración de normas sustantivas, disciplinas y principios relativos a los derechos de propiedad intelectual, ni medios o procedimientos coercitivos para su observancia, ello es ajeno a los objetivos del GATT. Más adelante trataremos las razones aludidas por estos países para ello, y el enfoque que proponen. Los países desarrollados en cambio consideran oportuno y conveniente que el GATT se ocupe de esos temas. Hacerlo estaría en concordancia con el Mandato, que por otra parte no lo prohíbe.

La frase final del primer párrafo ha constituido el fundamento de la iniciativa de los países desarrollados: elaborar nuevas reglas y disciplinas, según corresponda, débil directriz operativa,[49] que ha dado lugar a las más detalladas propuestas sobre los derechos de propiedad intelectual y su observancia formuladas por los países desarrollados.

Si se estudia el Mandato en su párrafo primero, el mismo puede descomponerse en dos objetivos principales: la clarificación de las disposiciones del Acuerdo General relativas a la propiedad intelectual y la elaboración de nuevas normas y disciplinas, según corresponda. Ambos objetivos deben procurarse teniendo en cuenta un elemento director: la reducción de las distorsiones y los obstáculos al comercio legítimo.

Es importante indicar el nombre asignado al grupo: derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, donde debe resaltarse esta última frase, concebida posiblemente a iniciativa de los países en desarrollo. La misma da a entender que existen aspectos de los derechos de propiedad intelectual que no se relacionan con el comercio, que serían extraños al mandato del grupo.

Los países en desarrollo pretendieron relacionar el primer párrafo con el tercero (cuyo origen responde a los intereses de éstos), estableciendo una especie de salvaguardia para definir y delimitar con claridad el alcance del texto, dejando claro que las negociaciones en el GATT no se realizarían en detrimento de las que tuvieran lugar en otras esferas, como la OMPI.

Como afirma Patel "los representantes de Brasil, Cuba, Perú, Argentina y Nicaragua quisieron asegurarse de que sus posiciones se entendían con toda claridad; para ello hicieron constar formalmente su interpretación de la encomienda: insistieron en que la OMPI, como lo indica con toda claridad su nombre, continuaría como el foro principal para examinar los asuntos relacionados con la propiedad intelec-

47. SCHOTT, Jeffrey, *The Uruguay Round: What can be achieved?*, p. 33.

48. JARA, Alejandro, *Los derechos de propiedad intelectual y la Ronda Uruguay*, Revista Capítulos del SELA, Nº 21, octubre-diciembre de 1988, p. 17.

49. Ver PATEL, *op. cit.*, p. 289.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tual.[50] Con ello, los países en desarrollo pretendieron evitar las discusiones de normas sustantivas y procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual y, a la vez no retroceder en aquellas negociaciones que se llevaban a cabo en otros foros, por ejemplo, la revisión del Convenio de París, el código de conducta de transferencia tecnológica, etc.

Nótese además que la Declaración hace referencia a los derechos de propiedad intelectual, concepto que, como se verá, ha sido empleado en forma amplia comprensivo de la propiedad intelectual strictu sensu y de la propiedad industrial, así como ciertas materias en las cuales se duda sean o no propiedad intelectual (por ejemplo los secretos comerciales).

El segundo párrafo no plantea los problemas del primero. Existe un consenso generalizado en el grupo respecto a la necesidad de crear normas y principios relativos al comercio de mercancías falsificadas para poner coto a la extraordinaria proliferación de esas prácticas, para lo cual ya se contaba con un valioso antecedente en el GATT: el grupo de expertos al cual ya hicimos mención, lo que la Declaración no pasa por alto.

En virtud de la magnitud de la confrontación no fue posible llegar a ningún acuerdo en la revisión de mitad de periodo celebrada en Montreal, de manera que el grupo de propiedad intelectual constituyó uno de los cuatro en que no hubo resultados. Los países desarrollados con los EE.UU. a la cabeza pretendieron que el grupo se ocupara de la creación de normas y estándares sustantivos referentes a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual; término dentro del cual incluían los derechos de autor y conexos, el software, patentes, marcas, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, circuitos integrados (CHIPS), secretos comerciales, a lo que los países en desarrollo agregaban las prácticas comerciales restrictivas.

La justificación de este amplio enfoque la pasaremos a analizar de inmediato.

a. Justificación de las propuestas en materia de TRIPs.

No es nuestro interés describir la justificación de la inclusión del tema en la agenda de la Ronda Uruguay, lo cual ya hicimos, sino la justificación del contenido concreto de las propuestas en cuanto a los TRIPs, es decir, por qué las mismas tienen un contenido como el que ya mencionamos. Básicamente se tratan de dos tipos de argumentaciones: una con fundamento en la relación existente entre un sistema fuerte de propiedad intelectual y sus correlativos efectos en favor de la innovación y el desarrollo; y, la otra, basada en las pérdidas y distorsiones que se producen en el comercio internacional, por la violación de los derechos de propiedad intelectual, y que repercuten en los países y las empresas.

Las propuestas de los EE.UU. son especialmente relevantes al respecto. En relación con la primera de las justificaciones, se han expresado en los siguientes términos: "los derechos de propiedad intelectual fomentan la innovación y la creatividad intelectual. La protección y el respeto de los mismos son de crucial importancia para la expansión del comercio internacional, las inversiones, el desarrollo económico; y como lo han señalado algunos países, la distribución de tecnología.

Una protección firme permite mejorar y ampliar la base industrial tanto de los países en desarrollo como de los países desarrollados".[51]

Es decir, en concepto de los países desarrollados que apoyan, en mayor o menor grado, la propuesta de los EE.UU., la protección de la propiedad intelectual es un requisito indispensable para el progreso de la innovación tecnológica, la inversión extranjera y la transferencia de tecnología, de forma que, sin tal protección las empresas no encontrarían aliciente para

50. Ver PATEL, *op. cit.*, p. 289.

51. MTN.GNG/NG11/W/14, *Comunicación de los EE.UU.*, 17 de octubre de 1988, p. 1.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

invertir en investigación y desarrollo, ni ubicarían sus plantas y laboratorios en países en los cuales no se tutele la propiedad intelectual. Por último, tampoco transferirían tecnología a un país en el cual sucediera tal hecho. Dicha correlación es generalmente aceptada como cierta, a pesar de que algunos atacan su validez empírica y teórica.[52]

El segundo argumento tiene como fundamento la existencia de distorsiones en el comercio internacional debido a la falta de una adecuada protección a los derechos de propiedad intelectual. En concepto de los EE.UU.:

> "En la Declaración de Punta del Este se reconoce la relación entre el comercio y la protección y respeto de los derechos de propiedad intelectual. Si tal protección y respeto son insuficientes o ineficaces darán lugar a distorsiones del comercio y al menoscabo de concesiones anteriormente negociadas... Las pérdidas causadas por la falsificación y la piratería al sistema de comercio en su conjunto han sido importantes y van en aumento".[53]

Es importante destacar la trascendencia asignada a los derechos de propiedad intelectual, al punto de considerar que su falta de protección o la ineficacia de ésta, constituyen menoscabos a las concesiones del GATT. Además se afirma que una insuficiente e ineficaz tutela de los derechos de propiedad intelectual constituirían una barrera no arancelaria al comercio.[54] Asimismo, entre las distorsiones comerciales producidas estarían: el desplazamiento de las exportaciones de mercancías legítimas por las copias no autorizadas; los mercados donde no se reconocen los derechos de propiedad intelectual se vuelven impenetrables para los originales; y por último, se exportarían mercancías falsificadas al país donde se producen las verdaderas.[55] Otras consecuencias señaladas son las siguientes: 1) Precios más elevados para las mercancías auténticas con el fin de recuperar los gastos de creación de la propiedad intelectual. 2) Daños a la reputación y ventas de los exportadores legítimos debido a la escasa utilidad de las copias no autorizadas. 3) Disminución de los incentivos a la investigación y desarrollo y a la innovación, dado que, tales actividades requieren un mercado mundial que las haga económicamente productivas. 4) Incertidumbre en el comercio internacional por la falta de seguridad en la observancia de los derechos de propiedad intelectual.[56] Éstos constituirían a juicio de los países desarrollados, las principales distorsiones al comercio, problema que sin duda es de incumbencia del GATT. Tal distorsión tiene una consecuencia directa: pérdidas millonarias para las empresas exportadoras de mercancías auténticas. Las estimaciones, sin embargo, son divergentes y carentes de rigor científico.[57] La Cámara Internacional de Comercio las estima en un 2% del comercio, alrededor de $7.000 millones. Con fundamento en una encuesta formulada por la USITC, las pérdidas se evaluaron en $23.000 millones, un 2,7% de las ventas, proyectándose una pérdida global para toda la industria de los EE.UU. entre $43.000 y $61.000 millones, aclarando que los valores pueden estar sesgados intencionalmente por las empresas. La CEE en un documento presentado al GATT señala que el comercio de bienes falsificados configura de un 3 a un 6% del comercio total.[58] Tampoco hay consenso en lo referente al orden de infractores, aunque se nota como constante la mención de los NICs, la India, y algunos

---

52. Ver CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional, op. cit.*, p. 1063.

53. Ver MTN.GNG/NG11/W/14, *op. cit.*, p. 1.

54. Ver CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional, op. cit.*, p. 1060.

55. *Ibid.*

56. Ver *ibid.*, p. 1061.

57. CORREA, *op. cit.*, p. 1062.

58. Ver *ibid.*, p. 1062.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

países latinoamericanos de cierta industrialización (Brasil, Argentina, México).[59] Según el citado documento de la USITC las principales causas serían: pérdida de exportaciones ($61.000 millones); regalías y honorarios no percibidos ($3.100) e importaciones a los EE.UU. realizadas infringiendo derechos ($1.800).[60] Los datos concretos sobre pérdidas de las empresas tampoco faltan. La Pfizer necesita unos $230 millones y 10 años de investigación para desarrollar una nueva droga, la cual puede luego ser analizada, encontrando la información suficiente para fabricarla. Según esa empresa, en Argentina su producto "feldene" tiene que competir con 24 productos de idéntica composición química producidos localmente, ninguno de los cuales paga derechos.[61] Otras empresas farmacéuticas cuyos productos están patentados en los EE.UU., alegan que vendieron aproximadamente $29 millones a un país asiático en 1984, mientras que empresas no titulares de patentes vendieron $70 millones del mismo producto; y así continúan los ejemplos concretos. En un informe de la USITC, nuestro país es mencionado, junto con El Salvador y Trinidad y Tobago, como los causantes de pérdidas por $10.3 millones por violación de derechos de propiedad intelectual.[62] La dimensión cuantitativa de las pérdidas ha sido criticada, por el origen de las fuentes (las propias empresas afectadas), las premisas de las que parten los cálculos, y la sustentación de los mismos.[63] Las causas de las pérdidas y las distorsiones, según los países desarrollados afirman en sus comunicaciones oficiales al grupo, son, entre otras: 1) Falta total de leyes sobre patentes, marcas o derechos de autor. 2) Estrecho margen de protección, que excluye categorías de productos o procesos. 3) Duración demasiado corta de la protección que impide una adecuada comercialización y recuperación de los costos. 4) Abuso en la concesión de licencias obligatorias sobre todo en el campo de las patentes. 5) Insuficiencia e ineficacia de las disposiciones destinadas a velar por el cumplimiento de las leyes. 6) Desfase entre las leyes de propiedad intelectual y las innovaciones tecnológicas.[64] También se han mencionado los problemas derivados de una protección excesiva o discriminatoria en favor de la producción nacional, aspecto que las propuestas de los EE.UU. no contemplan, lo que constituye una significativa diferencia entre éstos y el resto de países desarrollados, que no resulta fortuita.[65] Aun cuando las leyes protejan adecuadamente la propiedad intelectual se presentan ciertos problemas concretos, producto de la ineficiencia de las legislaciones internas para conseguir un adecuado respeto a esos derechos, por ejemplo, problemas de procedimiento, que impiden o limitan el acceso a las vías legales a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, problemas de obtención de prueba, lentitud y costo de los procedimientos, ausencia de medidas provisionales, remedios civiles y penales no disuasivos,[66] etc. Los problemas identificados por la ausencia, insuficiencia o exceso en los regímenes legales son numerosos y sumamente detallados.[67] A nivel internacional, a criterio de los países desarrollados, las

---

59. *Ibid.*

60. *Ibid.*

61. SMITH, Lee, *What's at stake in the trade talks*, **Revista Fortune**, agosto de 1990, p. 77. Traducción libre.

62. Ver SELA, *La Ley de Comercio y Competitividad de los Estados Unidos y sus repercusiones para América Latina, op. cit.*, p. 98.

63. Ver CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional, op. cit.*, pp. 1062-1063.

64. Ver MTN.GNG/NG11/W/14/Rev. 1, *op. cit.*, p. 3.

65. Ver CORREA, *Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional, op. cit.*, pp. 1072-1073.

66. GHAZALEH, Talal Abu, *El GATT y la propiedad intelectual*, en **Antología del Curso de Comercio Exterior**, Facultad de Derecho, segundo semestre de 1989, p. 26.

67. Véase la lista de cuestiones preparada por la Secretaría de fecha 26 de enero de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Convenciones[68] resultan insuficientes para resolver el problema, básicamente por: 1) La carencia de normas mínimas y adecuadas. 2) No contemplan ciertos sectores tecnológicos. 3) Son de una cobertura geográfica y material limitada e insuficiente. Además presentan ritmos de adaptación diferentes: no todas las partes han ratificado las actas más recientes. 4) Faltan convenios en ciertas materias como los circuitos integrados. 5) Carecen de procedimientos eficaces de solución de diferencias y de aplicación de medidas coercitivas.[69]

b. Objetivos de las propuestas de los países desarrollados.

Los países desarrollados pretenden con sus propuestas llegar a un acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual en el marco del GATT, que reduzca las distorsiones del comercio legítimo de mercancías y los obstáculos al mismo resultante de niveles de protección insuficientes, excesivos y discriminatorios de la propiedad intelectual. En lo fundamental buscaban que las partes de un futuro acuerdo GATT, sobre TRIPs se comprometieran a ajustar sus leyes y procedimientos de observancia nacionales en materia de propiedad intelectual, a las disposiciones del mismo. Algunos participantes han tenido cuidado de no dejar entrever sus propósitos de universalizar las leyes nacionales de acuerdo con los estándares mínimos propuestos. Se dice, así, que las "Negociaciones no deberán tener por finalidad la armonización de las legislaciones nacionales".[70] Se habla, más bien, de lograr una convergencia de las legislaciones de modo que los principios generales contenidos en el futuro acuerdo sirvan de guía a las leyes nacionales. El acuerdo traería consigo la obligación de adoptar y aplicar, según el interés de los países desarrollados: 1) Normas sustantivas adecuadas para la protección de la propiedad intelectual, basadas en las que ya figuran en las convenciones internacionales cuando se consideren adecuadas y en las leyes nacionales que ofrecen niveles suficientes de protección en aquellos casos en que las disposiciones de los convenios internacionales resulten inadecuados o no existan. 2) Medidas para asegurar la observancia de esas normas, tanto en las fronteras como en el interior de los países. 3) Mecanismos de solución de diferencias teniendo en cuenta los procedimientos y negociaciones existentes en el GATT y adaptándolos a la propiedad intelectual. 4) Disposiciones basadas en los principios vigentes en el GATT, tales como trato nacional, no discriminación y la transparencia, adoptadas igualmente a la propiedad intelectual. Cada una de estas obligaciones se asumirá en forma tal que reduzca al mínimo las obstáculos al comercio legítimo.[71] Se contemplarían otros puntos como asistencia técnica, disposiciones transitorias, modificación del acuerdo y otros aspectos institucionales, etc. Es importante recalcar que se propone que los signatarios alienten a los no signatarios para que adopten y hagan respetar las normas de protección de la propiedad intelectual convenidas en el acuerdo y que se adhieran al mismo. Por último, queremos indicar que estos objetivos genéricos se concretan en específicos en cada uno de los campos de la propiedad intelectual que el grupo conoce (patentes, marcas, etc.). Nótese que estos objetivos inmediatos responden en última instancia a un objetivo mediato de control de los llamados intangibles, a lo cual ya nos hemos referido.

---

68. Cfr. RAJAN, Dhanjee y BOISSON de CHAZOURNES, Laurence, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs): objetives, approaches and basic principles of the GATT and of intellectual property conventions*, **Journal of World Trade Law**, Ginebra, pp. 6 y ss.

69. Cfr. MTN. GNG/NG11/W/7 add. 2., *Comunicación de Suiza*, 5 de agosto de 1987, p. 4.

70. Ver MTN.GNG/NG11/W/26, *op. cit.*, p. 3.

71. Ver MTN.GNG/NG11/W/14/Rev. 1, *op. cit.*, p. 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

E. LA POSICIÓN DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO

De previo a analizar los contenidos específicos de las propuestas de los países desarrollados, en cada uno de los ítemes señalados, resulta pertinente establecer la posición de los países en desarrollo con respecto a lo pretendido por los primeros. Cuando se habla de los países en desarrollo, dentro del grupo se hace referencia a: Argentina, Chile, Colombia, China, Cuba, Nigeria, Perú, Tanzania, Pakistán, Uruguay, Zimbabwe, Egipto, entre otros, encabezados por la India y Brasil. Inicialmente los países en desarrollo adoptaron una posición muy clara ante las propuestas de los países desarrollados, de crear un acuerdo TRIPs en el marco del GATT. En concepto de los países en desarrollo tal objetivo trasciende el mandato ministerial, dándole un contenido excesivo que el mismo no posee. Las deliberaciones del grupo tal y como las plantean los países desarrollados escapan al mandato ministerial e incluso a los principales objetivos de la Ronda Uruguay. Según los países en desarrollo, el mandato constituye el único punto de partida legítimo de las discusiones sin que sea posible modificar su contenido vía interpretativa: éste en ningún momento suponía el establecimiento de normas sustantivas sobre los derechos de propiedad intelectual o procedimientos para su observancia, tales tareas son ajenas al GATT. Es la OMPI el organismo adecuado para discutir estos temas; si los convenios internacionales no brindan una protección adecuada tal cuestión deba discutirse y resolverse en el seno de esa u otra organización internacional competente, pero no en el GATT. "La misión del grupo no era ocuparse de los derechos de propiedad intelectual en sí mismos, sino de los efectos que tuvieran en el comercio de mercancías las medidas dirigidas a proteger dichos derechos, en particular velar porque dichas medidas no crearan obstáculos al comercio legítimo".[72] Para ello se requería identificar y examinar las disposiciones del Acuerdo General que se relacionaban con los derechos de propiedad intelectual. Sería inaceptable cualquier tipo de acuerdo sobre normas sustantivas y de observancia de los derechos de propiedad intelectual, lo cual iría más allá de lo encomendado al grupo. Éste no tenía como finalidad ocuparse de los derechos de propiedad intelectual per se ni de la legislación misma sobre ellos, sino de los efectos comerciales del ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, especialmente evitar que se conviertan en un obstáculo al comercio legítimo. En síntesis "Los países en desarrollo participantes en las negociaciones sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio han adoptado hasta ahora (hasta la Reunión Ministerial de Medio Período) un planteamiento limitado consistente principalmente en poner en tela de juicio la compatibilidad de las reglas y normas sustantivas propuestas con el mandato del grupo de negociación sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de conformidad con la Declaración de Punta del Este. De acuerdo con esta postura, no es función del GATT ni corresponde al mandato del grupo promover la protección, de los derechos de propiedad intelectual mediante la elaboración de reglas y normas sustantivas destinadas a ser aplicadas por todos los países".[73] Asimismo, reclaman que se ha hecho caso omiso de las disposiciones del tercer párrafo en relación con el primero superponiendo las labores del grupo a las que se realizan básicamente en la OMPI. Los países en desarrollo ven en la iniciativa de los países desarrollados una peligrosa tentativa de coartar su libertad y soberanía en un tema tan delicado como el de la propiedad intelectual, donde los objetivos nacionales y el interés pú-

72. Ver MTN.GNG/NG11/1, *Nota de la Secretaría*, 10 de abril de 1987, p. 3.

73. Ver UNCTAD/PNUD, *Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, *op. cit.*, p. 14.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

blico son de crucial importancia. Saben que tras las propuestas de los países desarrollados se oculta la intención de controlar los intangibles a que hemos hecho referencia (la información, el conocimiento científico, la tecnología), restringiendo sus posibilidades de acceso a los mismos, cuya importancia para el desarrollo es imponderable. Saben que "Ninguna estrategia de desarrollo en América Latina podrá prescindir de la propiedad industrial como herramienta de trabajo de gran importancia... so pena de agravar irremediablemente los mecanismos de dependencia externa.[74] Sería ocioso citar autoridades oficiales de los países en desarrollo que compartan esa tesis.[75] Igual postura muestran ciertas organizaciones internacionales.[76] Enfrentando serios problemas de divisas y de balanza de pagos, el precio a pagar a los productores de tecnología, países desarrollados, puede resultar una vía impracticable para acceder a la misma. Son conscientes de que establecer semejante marco de principios y normas traería como consecuencia la legitimación de la aplicación de sanciones al amparo del artículo XXIII del Acuerdo General (medidas de retorsión), para aquellos países que no adecuaran sus legislaciones a los estándares acordados, sanciones que si bien es cierto hoy ocurren, ello se realiza de manera unilateral e incompatible con el GATT. Al parecer de Brasil el grupo está obligado a discutir los aspectos de los TRIPs en el contexto de la promoción del crecimiento y desarrollo (objetivo último de la Ronda Uruguay), de tal forma que lo discutido sea: a) la dificultad para acceder a la tecnología por una excesiva protección de los derechos de propiedad intelectual, restringiendo la participación de los países en desarrollo en el comercio internacional; b) restricciones en el comercio internacional producto de una utilización abusiva de los TRIPs; c) los riesgos para el comercio derivados de un rígido sistema de protección a los derechos de propiedad intelectual.[77] En su criterio los debates del grupo se han centrado en los derechos de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, dejando de lado el aspecto de sus obligaciones, las cuales son la contrapartida de aquéllos, de forma que un equilibrio entre derechos y obligaciones de los titulares se halla en la base de todo sistema de propiedad intelectual. En síntesis, su posición es favorable a la transferencia de tecnología, razón por la cual sostiene que el grupo debe avocarse al estudio de los problemas que surgen de una excesiva protección de los derechos de propiedad intelectual y de su uso anticompetitivo, que menoscaban el acceso de los países en desarrollo a la misma. La postura de la India es similar. Según ésta la labor del grupo debe reducirse a identificar y clarificar las disposiciones del GATT que se relacionen con los TRIPs, de forma que sólo se consideran como relacionadas con el comercio las prácticas restrictivas y anticompetitivas seguidas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual que distorsionan y obstaculizan al mismo. El GATT sólo se ocuparía de los efectos comerciales derivados de los usos abusivos de los derechos de propiedad intelectual. Hace énfasis en el concepto del acceso a la tecnología, en la importancia de los objetivos de política general pública y desarrollo tecnológico ínsitos en los sistemas jurídicos de derechos de propiedad intelectual. No deben discutirse ni negociarse normas sustantivas ni niveles mínimos de protección en el GATT, ni tampoco sobre la eficacia de los sistemas legales y judiciales para garantizar tal

74. SELA, *Nuevas tendencias del sistema de propiedad intelectual y sus efectos sobre Latinoamérica*, Revista Capítulos del SELA, Nº 14, octubre-diciembre 1986, p. 79 y además, BASOMBRÍO, Ignacio, *La tecnología y los desafíos de América Latina*, Revista Capítulos del SELA, Nº 29 abril-junio de 1991, pp. 32 y ss.

75. En nuestro país baste con atender las manifestaciones de las Cámaras en orden a la imperiosa necesidad de la llamada Reconversión Industrial. Asimismo, la creación de un Ministerio especializado en Ciencia y Tecnología y la promulgación de una ley en la materia (Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico) resultan sintomáticos de esa preocupación.

76. Entre otros el SELA y la UNCTAD.

77. Ver MTN. GNG/NG11/30, *Comunicación del Brasil, 31 de octubre de 1988*, pp. 2-3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

protección. Corresponde a foros tales como las OMPI, la UNCTAD o la UNESCO encargarse de elaborar normas sustantivas y de observancia.[78] En resumen, los países en desarrollo se oponen a cualquier intento de armonización de las leyes de propiedad intelectual conforme a un acuerdo TRIPs en el GATT, de forma que se olviden las diferencias en los sistemas jurídicos nacionales y se limite la potestad de cada país para regular el alcance, contenido y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, lo cual reviste un interés fundamental para cada nación, el que debe ser soberano para, —según sus necesidades sociales, económicas y científico-tecnológicas—, determinar el sistema adecuado de sus leyes de propiedad intelectual, ya sea un sistema débil o fuerte de protección. Hacen notar la completa ausencia en las propuestas de los países desarrollados de referencias a la relación entre la concesión de los derechos de propiedad intelectual y el fomento del desarrollo tecnológico.[79] y de referencias a las obligaciones del titular de los derechos de propiedad intelectual, las que configuran la contraprestación que éste debe a la sociedad.

Los países en desarrollo se opusieron a las pretensiones de los países desarrollados de crear nuevas normas y procedimientos sobre derechos de propiedad intelectual en el GATT, en conclusión por las siguientes razones: 1) Sería exceder el ámbito del mandato. 2) Los países desarrollados no precisan en sus propuestas los efectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual, ya que no siempre éstos tienen efectos comerciales y el mandato del grupo se refiere a los derechos de propiedad intelectual que se relacionan con el comercio. Además, no por el solo hecho de tener tales efectos incumben al GATT. 3) Establecer las disciplinas que pretenden los países desarrollados no sólo contraría el mandato, sino que es contradictorio con la competencia, principios y objetivos del GATT (liberalizar el comercio, ya que los derechos de propiedad intelectual lo restringen por diversos medios). 4) De procederse como quieren aquellas naciones se produciría una superposición inaceptable con las labores de la OMPI. 5) No se discuten derechos de propiedad intelectual per se ni leyes sobre ellos per se. 6) Si los Convenios en la materia no son adecuados, lo cual no está plenamente comprobado, ello debe discutirse en el organismo adecuado, a saber la OMPI. Esta, además, está realizando una labor periódica de revisión y creación de nuevas normas. 7) Son conscientes de que "el progreso sin precedentes de la ciencia y la tecnología ha abierto vastas posibilidades para elevar el bienestar de la humanidad... Sin embargo, sus beneficios se han distribuido de manera muy desigual entre los miembros de la comunidad internacional".[80] Por ello es injusto pretender una regulación uniforme dirigida a destinatarios de diferentes estadíos económicos.

Ante tal perspectiva era de esperarse un estancamiento en las negociaciones, ni siquiera había coincidencia en el punto de partida: es decir, en cuanto al objetivo de las negociaciones según lo establecía el Mandato Ministerial. El resultado lógico de todo ello, fue que, en Montreal, en la revisión de medio período, no se llegara a acuerdo alguno, siendo éste uno de los cuatro temas pendientes para la Reunión de Ginebra en 1989.

Fue con posterioridad a la Declaración formulada en Ginebra, que los países en desarrollo comienzan a referirse a temas sustantivos, aunque esto no implica ni que se refieran a todos ni que acepten las reglas del juego que desean imponer los países desarrollados. Pese a lo anterior es evidente que se produjo un

78. La India expresó tal posición en los debates del grupo, inquietudes que luego tradujo en una comunicación, la MTN.GNG/W/37 del 10 de julio de 1989.

79. UNCTAD/PNUD, *Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, op. cit.*, p. 3.

80. KEAYLA, B.K., *Por un acuerdo del Tercer Mundo sobre la propiedad intelectual*, Revista Comercio Exterior, México, vol. 40, Nº 8, agosto de 1990, p. 780. La lectura de este artículo es suficiente para esclarecer las profundas divergencias en la materia entre países en desarrollo y países desarrollados.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

profundo giro en las posiciones de los países en desarrollo. No parece fácil de determinar una causa coyuntural o estructural en el giro citado que sea común a todos los países en desarrollo. Pueden especularse varias posibilidades: medición del costo de oportunidad de no negociar: esto podría conllevar el aumento de las sanciones unilaterales, especialmente tipo Sección 301 de parte de los EE.UU. el caso de Brasil parece indicar que esto pudo influir,[81] el reforzamiento de las disposiciones sobre propiedad intelectual de la Ley Ómnibus de 1988 ese país y, particularmente, el que algunos de los participantes se encuentren en las "listas de observación" de esa legislación, puede contribuir a brindar una explicación. Algunos de los países que se encontraban en tal lista dieron luego pasos importante para establecer una protección suficiente a las patentes, derechos de autor y marcas y fueron removidos de la misma, así por ej.: Taiwán, Corea del Sur y Arabia Saudita.[82] En algunos casos podría tratarse de variantes en la política exterior, causadas por cambios de gobiernos; de procesos internos de ajuste y liberalización; o de presiones internas o externas de diverso tipo u otras causas.[83]

Adicionalmente debe tenerse en cuenta la necesidad de estos países de atraer la inversión extranjera lo que los conduce a establecer normas que protejan la propiedad intelectual.[84] No se debe creer que esta nueva posición es del todo compatible con la que asumen los países desarrollados. En uno de los documentos presentados por la India después de Ginebra se lee:[85] que las cuestiones sustanciales de los derechos de propiedad intelectual no se relacionan con el comercio y son ajenos al GATT, el que no es por tanto el foro adecuado para el establecimiento de nuevas normas sobre derechos de propiedad intelectual. Continúa considerando como relacionadas con el comercio solamente las prácticas abusivas y contrarias a la competencia seguidas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual; asimismo señala que los otros aspectos de derechos de propiedad intelectual que se analizan en su comunicación han de situarse en un contexto más amplio de desarrollo y tecnología, mencionando ciertos principios generales que deben privar en materia de propiedad intelectual que no son consistentes con los de los países desarrollados.

---

81. Con fundamento en la Sección 301 los EE.UU. sancionaron en octubre de 1988, a Brasil por no conceder patentes a productos farmacéuticos. Posteriormente, las mismas fueron levantadas en 1990, una vez que Brasil expresó su compromiso de aprobar una legislación que permita patentar esos productos. En su oportunidad Brasil había solicitado la integración de un grupo especial. Cfr. *US lifts sanctions on Brasil Trade*, Journal of Commerce Staff, 16 de julio de 1990.

82. ROCKWELL, Keith, *US rewards 3 nations for patent steps*, en Journal of Commerce Staff, 4 de diciembre de 1989.
Varios países latinoamericanos han iniciado reformas en sus leyes de propiedad intelectual a causa de posibles acciones bilaterales de parte de los EE.UU. Cfr. YUSUF, Abdulqawi, *Trade and Development Report*, UNCTAD, New York, 1991, p. 182.

83. NEEL, Patri, *Peace signals form India*, en Journal of Commerce Staff, 16 de julio de 1990, p. 19.

84. En este sentido entre otros, ALTAMENDI, Jorge, *Transferencia de tecnología: una cuestión que exige realismo*, Derechos Intelectuales, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1986, p. 125.

85. MTN.GNG/NG11/W/37, *op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

E. EL CONTENIDO DE LAS NEGOCIACIONES[86]

El acuerdo del GATT sobre Propiedad Intelectual consistiría en:

Principios y objetivos: implicaría la aplicación de ciertos principios básicos del Acuerdo General como la Cláusula de la nación más favorecida y del trato nacional, pilares esenciales del GATT.

Normas sustantivas (estándares): constituyen la parte más conflictiva del acuerdo, en síntesis se buscaría crear normas en las siguientes áreas:

Derechos de autor y derechos conexos: con especial énfasis en la protección de las grabaciones sonoras y audiovisuales, las retransmisiones por cable, los programas de ordenador y las bases de datos.

Patentes: se busca reforzar la posición del titular de la patente mediante la asignación de una serie de derechos exclusivos, la uniformidad en el término de duración de las mismas (20 años), la limitación de la procedencia de licencias obligatorias y de otra índole, la extensión del ámbito de las patentes de forma tal que no se excluya ningún sector (ni el farmacéutico ni el alimenticio ni el agroquímico) y se concedan patentes de producto y de proceso, y tratándose de estas últimas que se establezcan ciertas figuras especiales como la protección del producto obtenido directamente por el procedimiento y la inversión de la carga de la prueba.

Marcas: se pretende una completa tutela de todas las marcas incluyendo las de servicios y las tridimensionales y eliminar la exigencia de ciertos requisitos para inscribir una marca, así como la protección de las marcas notorias, la uniformidad del plazo de protección (7 años) y la asignación de ciertos derechos exclusivos.

Indicaciones geográficas: deben protegerse adecuadamente las indicaciones geográficas incluyendo las denominaciones de origen de todo uso que induzca a error al público.

Dibujos y diseños industriales: en esencia se quiere asegurar que todos los países brinden protección a esta forma de propiedad, de manera que a los titulares se les confieran ciertos derechos exclusivos y un plazo mínimo para estos.

Circuitos integrados (CHIPS): dado el desarrollo e importancia que han adquirido y ante la ausencia de leyes nacionales que los regulen se pretende tutelarlos en el GATT.

Secretos comerciales: actualmente pueden considerarse tanto o más valiosos que las mismas patentes por lo que se busca garantizar una protección eficaz de los mismos contra su adquisición o utilización indebida. En este punto los países en desarrollo han argumentado que no se trata de verdadera "propiedad".

Control de las prácticas abusivas y anticompetitivas: solamente los países en desarrollo se mostraron de acuerdo en incluirlas, de forma tal que ciertas prácticas abusivas que los titulares de la propiedad intelectual imponen al conceder licencias de transferencia de tecnología o de marcas o nombres comerciales —contratos que día con día con mayor frecuencia (por ejemplo el contrato de franchaising) se realizan— se consideren nulas, mismas cláusulas que estas naciones enumeran ejemplificamente.

Además, se contemplarían disposiciones sobre adquisición, observancia, y mantenimiento de los derechos, prevención y solución de diferencias (según el procedimiento del GATT), disposiciones transitorias para poner en confor-

---

86. No pretendemos exponer en detalle el contenido y evolución de las negociaciones, aspecto que esperamos realizar posteriormente, analizando además los resultados en la materia plasmados en el texto de un acta final, y comparándolos con nuestra legislación a efectos de determinar las implicaciones resultantes de suscribir dicha acta.
Para un análisis a fondo de lo propuesto en la Ronda véase CABRERA MEDAGLIA, Jorge Alberto, y otros, *La Ronda Uruguay y el fortalecimiento del Sistema Multilateral de Comercio del GATT*, seminario de graduación para obtener el título de licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991, pp. 723 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

midad con el acuerdo las leyes nacionales, transparencia, y las disposiciones institucionales, donde destaca la interrogante, planteada desde la Reunión de Ginebra, del ámbito de aplicación del acuerdo: al OMPI o el propio GATT.

F. CONCLUSIONES

Los países en desarrollo se encuentran hoy en día en una encrucijada: necesitan de la tecnología para salir del subdesarrollo, pero difícilmente pueden asignar recursos suficientes para tal efecto. Pese a ello, los nuevos lineamientos del sistema internacional de la propiedad intelectual parecen inclinarse del lado de los creadores de tecnología. Desconocer la fuerza de esta tendencia constituye un irrealismo político. Ya se ha señalado como los países desarrollados están dispuestos a utilizar sus leyes internas para conseguir sus propósitos, por lo que el bloqueo difícilmente dará resultados. En cambio desde una posición realista debe intentarse conciliar dos intereses: la necesidad de la transferencia de tecnología y una protección a los creadores de ésta, que merecen recuperar los gastos invertidos, recordando que la protección de la propiedad intelectual tendrá siempre costos y beneficios.[87] Por tanto resulta conveniente buscar la mayor flexibilidad temporal para adoptar los cambios propuestos, incentivar la inversión extranjera y tratar de obtener a cambio de las concesiones otorgadas en este campo, ventajas en otros sectores de importancia para nuestros países como la agricultura y el comercio de los textiles.[88]

87. Cfr. al respecto RAPP, Richard y ROZECK, Richard, *Benefits and costs of intellectual property protection in developing countries*, **Journal of World Trade Law**, Ginebra, vol. 24, Nº 5, octubre de 1990, pp. 76-101 y UNCTAD, *Impact of technology change on patterns of international trade*, **Technology, Trade Policy and the Uruguay Round**, UNCTAD, Nueva York, 1990, pp. 89-109.

88. En este sentido SCHOTT, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL

M.Sc. ROXANA SALAZAR

Hablar de impactos ambientales nos refiere a ver los problemas ambientales como un sistema. El ambiente incluye físicos, bióticos, abióticos, humanos. Esto aunado a la creciente utilización de los recursos naturales, pone en evidencia la necesidad de establecer pautas que permitan el desarrollo, con guías que faciliten predecir los impactos negativos y las medidas de mitigación que se deben seguir en los proyectos o acciones, que por su trascendencia vayan a generar impactos ambientales. Por supuestos que las causas y efectos de los problemas ambientales son muy complejas, los impactos pueden ser irreversibles o impredecibles. Sin embargo, partiendo de que no se puede detener el desarrollo, se deben establecer métodos de análisis que permitan dar una valoración económica al ambiente, a los impactos negativos en el ambiente natural y social y buscar la manera de aminorar o amortiguar estos impactos.

Existe lo que se conoce como *evaluación de impacto ambiental —EIA—* que es un instrumento que permite integrar las consideraciones ambientales en los proyectos y programas, desde una perspectiva multidisciplinaria. En nuestro país se le ha definido como la metodología o conjunto de métodos para estudiar la relación de un proyecto o actividad con su entorno natural y social. El procedimiento no se limita a la consideración de aspectos ecológicos, sino que pretende un enfoque integral en el que intervienen aspectos socioeconómicos, políticos y culturales. (Guía, 1986).

En el plano internacional, encontramos que el PNUMA, por ejemplo, busca que los Estados no emprendan ni autoricen actividades sin antes considerar sus efectos ambientales. Si el alcance, naturaleza y ubicación de una actividad propuesta es tal que puede afectar el ambiente, deberá realizarse una evaluación completa del impacto ambiental. También los bancos internacionales, que financian grandes proyectos de desarrollo están promoviendo análisis de los problemas ambientales integrados en los aspectos de desarrollo.

A pesar de que el tema es muy importante y facilitaría lograr una armonía entre la protección ambiental y el desarrollo, la realidad es que en la mayoría de los países en desarrollo, no se ha incorporado la obligación de las evaluaciones ambientales en los procesos de planificación y desarrollo. Se considera que parte de esta ausencia es debida a que ni los entes conservacionistas, ni las mismas comunidades, han ejercido presión para exigir estas evaluaciones, ni para que sus resultados sean aplicados. Se requiere también que el sector público se concientice y valore en forma correcta, que el conocer las impactos ambientales en la concepción de un proyecto, es vital para el desarrollo del país y el mantenimiento de los recursos naturales.

Se considera que cada país debe identificar los **sectores claves** de las actividades de desarrollo, que requieran una protección especial a causa de su posible vulnerabilidad (Ahmad, 1987). Así, por ejemplo sectores claves en nuestro país lo constituyen las aguas, que es uno de los recursos naturales más degradados. También el uso del suelo, o el desarrollo del turismo o del ecoturismo, sobre todo en áreas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

silvestres protegidas. Por supuesto sectores como energía y minas ya han sido incluidos al establecer nuestra legislación la obligación de realizar estas evaluaciones.

¿QUÉ ES UNA EIA?

Las EIA se definen como un instrumento valioso y práctico para las autoridades decisorias de los países en desarrollo. Sin embargo, una definición específica no existe ya que se considera que es un concepto cambiante, en pleno crecimiento y que la ausencia de una definición oficial facilita su desarrollo posterior (Ahmad, 1987).

El PNUMA dice que la *evaluación del impacto ambiental* es el examen, análisis y evaluación de unas actividades planeadas con miras a lograr un desarrollo que desde el punto de vista del medio ambiente sea adecuado y sostenible. Se dice también que la EIA "es un estudio de los efectos de una acción propuesta en el medio ambiente... 'medio ambiente' incluye todos los aspectos del medio ambiente natural y humano. ...según sea la importancia de los efectos previsibles de la acción propuesta, una EIA puede incluir estudios meteorológicos, de la flora y la fauna, de la erosión del suelo, de la salud humana, de la migración urbana o del empleo, es decir, de todos los impactos físicos, biológicos, sociales, económicos y otros" (Ahmad, 1987).

El reglamento al *Código de Minería* de Costa Rica define el Estudio de Impacto Ambiental como la descripción de los efectos de la actividad minera sobre el ambiente en que se desarrolla. Contiene además el programa de control y minimización de los afectos negativos de la actividad y la garantía de cumplimiento de dicho programa.

LEY SOBRE POLÍTICA AMBIENTAL

Según los autores Ahmad y Sammy la historia de las EIA se remonta a los decenios 50 y 60 en que se advirtió con mayor claridad que los proyectos de desarrollo producían también efectos ambientales, que muchas veces ni siquiera se preveían.

En 1970, en los Estados Unidos se adoptó la legislación conocida como *Ley sobre Política Ambiental (NEPA)*, donde se establecieron una serie de principios que fueron guía para que otros países en forma posterior establecieran las bases para estas evaluaciones. Esta ley declara una *política nacional*, que busca alcanzar una armonía entre el hombre y su ambiente, promover esfuerzos para prevenir o eliminar los daños ambientales a la biosfera y estimular la salud y bienestar del hombre; enriquecer el entendimiento entre los sistemas ecológicos y los recursos naturales necesarios para el país. Establece un *consejo de control ambiental* (Council on Environmental Quality). Esta ley incluye una serie de valiosos principios, como por ejemplo:

Reconoce que cada persona debe disfrutar de un ambiente sano y que cada persona tiene responsabilidades para contribuir en la preservación y protección del ambiente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PROCEDIMIENTOS BÁSICOS DE LA EIA

Podemos indicar que los procedimientos básicos de una EIA comprenden los siguientes puntos:

1) Descripción de la actividad propuesta;
2) una relación de la acción con planes de ordenamiento ecológico del territorio;
3) una evaluación de los posibles impactos ambientales, incluyendo los efectos directos, indirectos, acumulativos, a corto y largo plazo;
4) descripción de alternativas de acción;
5) alternativas ambientales que no pueden evitarse;
6) relación entre usos a corto plazo del ambiente y el mejoramiento y mantenimiento de la productividad a largo plazo;
7) indicación de si el ambiente de otro Estado o de zonas fuera de la jurisdicción nacional pueden resultar afectados por la actividad propuesta o sus alternativas (PNUMA, 1987).

DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS PROCEDIMIENTOS

Las actividades preliminares comprenden la definición de los pasos para realizar la EIA, tales como identificar el responsable, nombrar un coordinador, decidir tareas, describir la acción, analizar la legislación vigente. Se busca tener un panorama global sobre las actividades a realizar, el campo de acción donde se actuará, los organismos públicos donde presentar, etc. (Ahmad y Sammy, 1987).

La identificación del impacto (delimitación) comprende la identificación de los impactos, de todo tipo, positivos, negativos, fuertes, livianos, etc. Se examinan y se eligen los más relevantes. La reducción de la lista requiere contar con la participación del grupo consultor. Se recomienda analizar informes de impactos ambientales realizados, para identificar las similitudes o acciones análogas desarrolladas. Una vez identificados los impactos, se debe determinar su magnitud, extensión, importancia y sensibilidad especial. Por magnitud se refiere a la cantidad de la modificación que se producirá. La extensión es sobre la zona que se afectará. La importancia se indicará sobre los efectos que pueden producirse en la práctica. Se busca que los efectos ambientales se estimen con un detalle proporcional a su importancia probable en el ambiente.

El estudio básico es un informe sobre la situación que existe in situ, antes de emprender el proyecto. Se debe ver como un punto de referencia hacia el futuro, para futuras comparaciones.

La evaluación del impacto (cuantificación) es la parte más difícil de la EIA. Se deben analizar los cambios cuantitativos debidos a un impacto. Lo más difícil es cómo tratar los cambios imposibles de cuantificar. Se complica aún más cuando se incluye el costo de la cuantificación.

Partiendo de que es imposible eliminar de forma total los impactos ambientales adversos, sí es posible reducir su intensidad, a través de lo que se conoce como "medidas de mitigación", que por supuesto tienen un costo.

En la evaluación (comparación de alternativas) se debe contar con toda la información que existe, se combinan las pérdidas y beneficios ambientales con los costos y beneficios económicos, lo que da como resultado una visión completa de cada alternativa del proyecto. Se requiere tener presente un resumen de los impactos ambientales positivos y negativos y un resumen de los costos y beneficios económicos. Surge la duda de que muchos impactos ambientales no pueden reducirse a un valor económico monetario. Se debe establecer un

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

orden jerárquico de preferencias entre las alternativas.

De la información recabada se obtendrán documentos de referencia y de trabajo. Esto servirá para análisis futuros, estudios que deseen realizarse, son medios de comunicación e información muy importantes.

En la etapa de adopción de decisiones se parte de que existen varias opciones, que se comparan y se escogen las menos dañinas. Debe contener recomendaciones sobre cada opción posible. Incluso el responsable del informe puede llegar a determinar que se aceptan las alternativas estudiadas, o que se requieren nuevos estudios o que se rechace la acción propuesta. "El EIA busca ayudar a la adopción de decisiones, por ello, el documento de trabajo de una EIA debe permitir al responsable de las decisiones hacerse una idea clara del problema que se trata de resolver, de las alternativas posibles, de los pros y los contras de cada alternativa y de los resultados de la comparación metódica de las alternativas" (Ahmad y Sammy, 1987).

LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

Las EIA en Costa Rica (Guía, 1986) buscan cumplir con una serie de objetivos, entre los que encontramos:

a) Garantizar que todos los factores ambientales de importancia relacionados con el proyecto o actividad hayan sido considerados.
b) Contribuir a la comparación de los efectos ambientales de las diferentes alternativas de un proyecto.
c) Generar una estructura propia para la evaluación conjunta de aspectos técnicos, económicos, sociales, políticos y ambientales.
d) Identificar aquellos aspectos en que hay carencia de información o incertidumbre acerca del proyecto y sus efectos, para tomar medidas adecuadas para proteger a la población.
e) Delimitar y evaluar los efectos ambientales a corto y largo plazo a cada opción.

En nuestro país se ha establecido la obligatoriedad de presentar *informes de impacto ambiental* en dos áreas principalmente: la *minera* y la *energética.* Eventualmente, se encuentran reglamentos o leyes que establecen que deberá presentarse un estudio de impacto ambiental. Ejemplos de esto último son el Reglamento Interno del Refugio Nacional de Fauna Silvestre Gandoca Manzanillo, que establece que los interesados en desarrollar un proyecto turístico en el área del Refugio, deberán acompañar a la solicitud un *estudio de impacto ambiental,* que será estudiado por el Departamento de Vida Silvestre de la Dirección General Forestal. También el Reglamento sobre el Manejo de Basuras establece que todo proyecto para la disposición sanitaria de basuras en el servicio ordinario, deberá presentarse al Ministerio de Salud, adjuntando un *estudio de impacto ambiental.* No obstante, los decretos no determinan los parámetros de acción, ni se define en forma clara el ente administrativo que deberá analizar, decidir y controlar.

Pasamos a analizar las dos áreas prioritarias que en nuestro país requieren de la evaluación ambiental, antes de la aprobación del proyecto.

a. Minería.

El *Código de Minería* establece en el artículo 6 que los permisos o concesiones, de exploración y explotación de actividades mineras, podrán negarse o condicionarse, de acuerdo con el análisis de los estudios sobre el impacto social y ambiental que se hagan. (Nótese se habla de estudios y no de evaluaciones). Se establece que las comunidades afectadas deben participar, en aquellos casos en que los estudios tengan relación con la salud y seguridad de los habitantes de las comunidades ubi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cadas en las cercanías de las vías de transporte, acueductos, oleoductos, depósitos de combustible, explosivos, obras de defensa civil, poblaciones, cementerios, aeropuertos, plantas hidroeléctricas u obras de importancia pública. Los estudios sobre el impacto social y ambiental contemplarán un análisis del uso alternativo de la tierra en varias actividades económicas. El análisis del impacto ambiental comprenderá las distancias y otras condiciones para permiso específico a que se refiere la ley. Se establece, también, que con el objeto de garantizar un aprovechamiento racional de los recursos nacionales y de proteger sus usos futuros, los concesionarios deberán efectuar estudios de impacto ambiental de sus actividades, en forma previa y pública. Estos estudios deberán ser efectuados por personal técnico calificado, mediante las normas suministradas por el Estado, y si los estudios se consideraran deficientes podrán ser rechazadas por el organismo gubernamental de control.

El mismo Código tiene un título denominado "de las normas de protección del ambiente", que establece que los titulares de un permiso de exploración o de una concesión de explotación, están obligados a cumplir con todas las normas y requisitos legales y reglamentarios, sobre la contaminación ambiental y la recuperación de los recursos naturales renovables y sobre las especificaciones y obligaciones relacionadas con la protección del ambiente, que se señalan en la resolución de otorgamiento y en esta ley.

El artículo 98 prohíbe toda acción, práctica u operación que deteriore el ambiente natural, de manera que haga inservibles sus elementos básicos, especialmente el aire, el agua y el suelo, para los usos a que están destinados.

Se establece una lista de los factores que deterioran el ambiente, entre los que se incluyen los siguientes:

a) La contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables.
b) La degradación, la erosión y el revenimiento de los suelos y tierras.
c) Las alteraciones nocivas de la topografía.
ch) Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas.
d) La sedimentación excesiva en los cursos y depósitos de agua.
e) Los cambios nocivos del lecho de las aguas.
f) La extinción o disminución, cuantitativa o cualitativa, de especies animales o vegetales, o de recursos genéticos.
g) La introducción y propagación de enfermedades y de plagas.
h) La disminución o extensión de fuentes de energía primaria.
i) La acumulación o disposición de residuos, basuras, desechos y desperdicios.
j) El ruido nocivo.
k) El uso inadecuado de sustancias peligrosas.
l) Los usos incluidos en los incisos anteriores, serán evaluados por técnicos especialistas en la materia, nombrados por el Ministerio, quienes rendirán un informe final a la Dirección, la cual lo notificará al concesionario y le dará un plazo, que ella misma determinará, para que tome las medidas del caso.

En el caso de áreas y terrenos forestales, así como en el caso de reservas biológicas e hidrológicas declaradas por ley o por el Poder Ejecutivo, que no conlleven prohibición de explotación en la ley minera u otras leyes especiales, los interesados en realizar actividades mineras en ellas, deberán demostrar con estudios de factibilidad, de costo beneficio y de costo comparativo, la mayor utilidad económica o social para el Estado, si las actividades se realizaran o si las áreas se mantuvieran bajo cobertura forestal o como cuencas hidrográficas.

El Código de Minería indica que el análisis del impacto ambiental deberá incluir los siguientes aspectos:

a) Impacto de la acción propuesta sobre el ambiente natural y humano.
b) Efectos adversos inevitables si se llevare a cabo la actividad.
c) Otras alternativas existentes relativas a la actividad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ch) Costos y beneficios ambientales a corto, mediano y largo plazo, nivel local, regional y nacional.

d) Otros recursos que se verían afectados irreversiblemente.

e) Posibilidades para alcanzar el mayor beneficio con el mínimo de riesgo.

El mismo Código establece que el análisis del impacto ambiental de la *actividad minera* incluirá como mínimo los siguientes aspectos:

a) Efectos sobre la vegetación y áreas que se verán deforestadas por la actividad.

b) Efectos de los suelos y programas de control de erosión.

c) Efectos sobre la calidad del agua, programas de control de contaminación.

ch) Cantidades de desechos producidos, planes de manejo y afectos en el régimen hidrológico que pudiera afectar los usos del agua para riego; abastecimiento municipal e industrial, y generación hidroeléctrica.

d) Impacto sobre las vías de acceso hacia las minas, en función de factores climatológicos y topográficos.

e) Efectos sobre la flora y la fauna.

f) Efectos sobre las poblaciones y los asentamientos humanos.

g) Efectos sobre la riqueza arqueológica y cultural.

b. Energía.

En relación con el sector energía, nuestro país ha establecido la obligación de las evaluaciones de impacto ambiental en los proyectos energéticos de desarrollo, que se vayan a implementar. Esta obligación, basada en una directriz emanada del Ministerio de Industria, Energía y Minas en 1986, estableció la obligatoriedad de las EIA para los proyectos energéticos que el sector público planteara. Esta obligación se basa en la consideración de que la transformación y utilización de energía produce cambios en el ambiente, los que incluso pueden llegar a generar costos sociales reales que deben incluirse en el balance costo-beneficio del proyecto de que se trate. Además, se estimó que los proyectos energéticos podrían verse afectados por su mismo impacto ambiental, cambiando la vida útil o costo de la obra.

La *Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela,* Ley Nº 7200, estableció que el interesado en recibir una concesión para la explotación de centrales eléctricas de capacidad limitada hasta veinte mil kilovatios, deberá presentar un *estudio de impacto ambiental,* elaborado por un profesional en el ramo. El estudio se presentará ante el MIRENEM para su aprobación o rechazo. Aunque ni la ley, ni el reglamento establecen que ante el MIRENEM, se ha entendido que es ante la Comisión que estudia los informes de minería. La resolución de la Comisión tiene apelación ante el ministro del ramo.

El artículo 10 de la ley indicada establece que las EIA deberán incluir como mínimo los siguientes aspectos:

a) Indicación del posible impacto de la actividad sobre el ambiente natural y el humano.

b) Los efectos adversos inevitable, si se llevare a cabo la actividad.

c) Los efectos sostenidos sobre la flora y la fauna, con señalamiento del impacto sobre la vegetación, los suelos, las especies animales y la calidad del agua y del aire.

ch) Señalamiento de áreas específicas por deforestar, si fuere del caso.

d) Cantidad posible de desechos.

e) Efectos sobre las poblaciones y asentamientos humanos.

f) Programas de reforestación, control de erosión de suelos y control de contaminación del agua y del aire; y los planes de manejo de los desechos.

g) Planes de contingencia para prevenir, detectar y controlar los efectos nocivos sobre el ecosistema.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

COMISIÓN GUBERNAMENTAL DE CONTROL Y EVALUACIÓN

Esta Comisión, originalmente denominada Comisión Gubernamental de Control Ambiental, fue creada específicamente para las actividades mineras, actualmente tiene a su cargo el análisis también de los informes de energía. El decreto Nº 19775-MIRENEM establece su organización y funcionamiento, que aunque parece que se indica de manera general en algunos puntos alude a la actividad minera, lo que recuerda el origen de la Comisión.

Su integración es la siguiente:

1) Un representante del MIRENEM, quien la preside.
2) El director de Geología y Minas, en su condición de representante de esta dirección.
3) Un ingeniero forestal, representando a la Dirección General Forestal.
4) Un ingeniero sanitario, como representante del Ministerio de Salud.
5) Un hidrólogo, como representante del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.
6) Un geólogo, especialista en análisis financiero de proyectos mineros.
7) Un ambientalista, de escogencia del ministro del ramo, quien será el Secretario Ejecutivo de la Comisión.
8) Un biólogo, como representante del Colegio de Biólogos.
9) Un geólogo, como representante del Colegio de Geólogos.

La Comisión podrá ser ampliada ocasionalmente a solicitud de sus miembros, por un profesional o técnico en la materia, sobre la cual se requiera criterio adicional, quien en el seno de la Comisión solo tendrá voz. Su designación la hace el ministro del ramo.

La Comisión tiene como *funciones* el análisis y evaluación de las EIA que se presenten ante la Sección Ambiental de la Dirección de Geología y Minas. Debe recomendar la aprobación o rechazo de los informes dichos, al director de Geología y Minas, con su debido razonamiento y haciendo las observaciones técnicas y científicas que correspondan. Para ello debe realizar inspecciones de campo. Tiene potestad para analizar el informe y decidir si el informe o los sistemas usados para recuperación ambiental son incompletos. También le corresponde aprobar o rechazar el estudio de factibilidad, costo beneficio y costo comparativo, presentado por el concesionario cuando corresponde. Debe recomendar las acciones necesarias para minimizar el impacto de la actividad *minera* sobre el medio, cualquiera que sea el tipo de la misma, así como aquellas acciones técnicamente recomendadas para la regeneración de los recursos naturales. Le corresponde atender e investigar las denuncias que en relación con la degeneración o impacto en el medio se presenten a la Comisión.

SOBRE RECURSOS

En caso de *rechazo parcial*, esto es que la EIA deberá incluir aclaraciones o adiciones, se notifica al interesado, concediéndole un plazo de tres meses para presentar las omisiones, aclaraciones o modificaciones recomendadas por la Comisión.

En caso de que uno de los miembros de la Comisión manifestare *oposición* a la recomendación favorable, emitirá un voto salvado fundamentado y expondrá ante la Comisión el criterio técnico y científico en que fundamente sus observaciones.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Las *notificaciones* de los acuerdos de la Comisión deberá hacerla la Sección Ambiental al director de Geología y Minas, éste deberá notificar lo pertinente al permisionario o concesionario.

Existe el *recurso de revocatoria* contra los acuerdos firmes de la Comisión. Se deberá interponer ante la Sección Ambiental de la Dirección de Geología y Minas, dentro del plazo de diez días después de la notificación. Se puede presentar *recurso de apelación* ante el ministro del ramo.

GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO

El artículo 103 del Código de Minería establece que se exigirán, a los concesionarios, *garantías de cumplimiento* de los programas de control de contaminación y de recuperación de los recursos naturales. El monto de la garantía será determinado por la Dirección de Geología y Minas, previa consulta con la Comisión, que debe recomendar el monto. La Dirección podrá ejecutar las garantías, en caso de incumplimiento a las obligaciones contraídas en los planes de recuperación ambiental.

De manera similar, la Ley Nº 7200 establece que para amparar el cumplimiento de los programas de control y recuperación ambiental, el concesionario, al firmar el contrato de suministro, deberá acompañar una *garantía de cumplimiento* a favor del MIRENEM, equivalente al cuatro por ciento del valor del proyecto, durante el periodo de construcción de la obra, que se mantendrá vigente por un año contado a partir de la entrada en operación del proyecto. La garantía se reducirá a un monto equivalente a un uno por ciento del valor del proyecto y se mantendrá vigente durante todo el periodo de la concesión eléctrica. Los porcentajes dichos podrán ser ajustados por el MIRENEM de acuerdo con una cuantificación de daños potenciales que se determinen en la EIA. Podrá ser ejecutada, parcial o totalmente, por el MIRENEM cuando se demuestre que se ha producido un daño y que este no ha sido mitigado por el producto autónomo. De previo a su ejecución se prevendrá por única vez al *productor privado* que corrija o mitigue el daño causado dentro de un plazo razonable que se otorgará al efecto.

GUÍAS PARA LA ELABORACIÓN DE LAS EIA

El reglamento del Código de Minería establece que los estudios se deben presentar de acuerdo con unas *guías* preparadas por la Comisión. La Comisión ha establecido guías básicas para la elaboración de las EIA para la actividad minera y para energía. La EIA debe ser refrendada por un profesional en ciencias naturales, con afinidad en la actividad minera e incorporado al colegio profesional respectivo, quien será responsable del contenido del documento. La aplicación del documento es responsabilidad del titular del permiso o concesión minera.

Las *guías mineras*, a grandes rasgos, solicitan la siguiente información:

1. Información general sobre la persona física o jurídica que realizará la actividad minera.
2. Justificación del proyecto.
3. Calificación profesional y experiencia del equipo interdisciplinario que elabora el EIA y del concesionario o permisionario.
4. Ubicación espacial-temporal del proyecto.
5. Descripción geográfica general.
6. Duración del proyecto.
7. Descripción detallada del proyecto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

8. Copias del estudio de factibilidad.
9. Estado actual del ambiente físico, biótico y humano.
10. Impactos del proyecto sobre el ambiente.
11. Impactos del ambiente sobre el proyecto.
12. Análisis y propuestas de acciones correctivas (mitigación).
13. Plan de recuperación ambiental para la explotación.
14. Análisis costo beneficio y costo comparativo de la actividad.
15. Declaración jurada de cumplimiento de las acciones propuestas en el estudio de impacto ambiental y garantías.

Las *guías para proyectos de generación autónoma de energía eléctrica* de manera resumida podemos indicar que solicitan la siguiente información:

1. Información básica sobre la persona jurídica que desarrollará el proyecto.
2. Justificación del proyecto: objetivos, metas, alcances económicos, financieros, técnicos, sociales y ambientales.
3. Calificación profesional o experiencia del equipo humano.
4. Ubicación del área de proyecto.
5. Descripción detallada del entorno.
6. Descripción detallada del proyecto.
7. Estudios de hidrología local.
8. Geología local.
9. Ambiente terrestre local.
10. Ambiente acuático local.
11. Calidad del paisaje.
12. Ambiente humano local.
13. Impactos directos e indirectos del proyecto sobre el ambiente natural y humano.
14. Posibles restricciones al proyecto.
15. Propuestas de acciones correctivas (mitigación de efectos).
16. Planes de contingencia propuestos.

FUTURO DE LAS EIA

El verdadero objetivo de las EIA se puede lograr contando con un marco legal que venga a integrar todos los proyectos de desarrollo o acción. Cada país debe contar con una legislación apropiada que determine el marco de acción, que establezca cuándo es necesaria una EIA, su contenido, indicación del ente administrativo ante quién se presenta, procedimiento para planteamientos de recursos y el establecimiento de controles y sanciones.

Existe una propuesta incluida en un proyecto de Código Ambiental, en que se establece la obligación para toda persona pública o privada, física o jurídica de presentar un informe de evaluación de impacto ambiental cuando desee implementar un proyecto de desarrollo o acción, que por su magnitud o características incida significativamente sobre la calidad de vida y el equilibrio ecológico.

La aplicación real de una legislación sobre EIA requiere también de otros requisitos. Por ejemplo de voluntad política, esto es que se reconozca la importancia de estos informes, que se conviertan en obligatorios, que se respeten sus resultados y recomendaciones y que se establezcan los mecanismos apropiados de control.

La evaluación debe ser conocida por un ente público, para su análisis y consiguiente autorización para su ejecución. En cuanto a este ente, encargado de la revisión y monitoreo, debe estar definido en forma apropiada, de otra manera no tendrá ninguna efectividad la EIA. En el proyecto de Código Ambiental la idea que se tenía era retomar la actual comisión y convertirla en una dirección u oficina, técnica especializada, con personal calificado y suficientes recursos, para poder cubrir su competencia nacional.

Por supuesto se debe contar con mecanismos apropiados para definir un marco de acción, oficinas técnicas especializadas, presu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

puestos adecuados, para que se realice el análisis y monitoreo de la mejor manera. Cualquier ente debe ser lo más imparcial posible, que le permita analizar objetivamente antes de tomar una decisión.

Se requiere tener una definición clara sobre cuáles proyectos deberán presentar el informe. Este punto es uno de los más importantes: la identificación de los sectores que deberán requerir esta evaluación. Corresponde a cada país definir en la legislación las actividades que requerirán las EIA, para qué clase de proyectos será obligatoria y cuáles estarán exentos. Deberá implementarse el sistema de manera gradual de modo, que sea poco a poco integrado en todo el desarrollo del país.

Otra inquietud es cómo establecer procedimientos más expeditos, en caso de oposiciones a las decisiones del ente administrativo, ya que los tribunales tradicionales se convierten en limitantes a las acciones rápidas. Se debería pensar en arbitrajes o figuras similares, que permitan zanjar las diferencias en forma más ágil, además, de que los funcionarios judiciales podrían estar limitados en su formación profesional para poder analizar en forma global una EIA.

Muy importante es tener claro el procedimiento y requerimientos para realizar los controles y para imponer las sanciones en caso de incumplimiento. Debe analizarse con mucho cuidado, porque se estima que sanciones con multa por ejemplo, ofrecen al culpable la posibilidad de pagarla y seguir adelante con el proyecto. Se ofrece como alternativa otorgar al ente encargado un poder discrecional para detener las acciones.

En nuestro país, la legislación que se ha aprobado no contempla en forma expresa el *monitoreo* sobre las acciones de mitigación propuestas. En la práctica, después de que se aprueba el informe, no se le da ningún seguimiento (Bonilla, 1991).

PARTICIPACIÓN POPULAR

Se considera que antes de resolver sobre una EIA debe darse la oportunidad de hacer observaciones a otros organismos públicos y al sector privado, sobre todo a las comunidades que se verán afectadas por el proyecto o la acción. Este proceso de participación es parte integral del proceso de evaluación (BID, 1991), lo mismo que la revisión por parte de sectores externos a los proponentes del proyecto.

En los últimos años se está dando un impulso muy fuerte a la participación de grupos comunales o conservacionistas, para que participen en forma activa en relación con los impactos ambientales. La participación se puede orientar a una intervención directa de las comunidades del lugar donde se desarrollará el proyecto, para que conozcan de éste, puedan discutirlo y formular observaciones o recomendaciones al proyecto. En Brasil existe la posibilidad de realizar una especie de cabildo, en que participan diferentes comunidades.

Otra orientación es que grupos organizados tengan su representación en el ente administrativo, para que puedan conocer y emitir sus criterios en forma más directa. Algunos países de la región establecen la posibilidad legal de que participen ong's, como Brasil, México, Bolivia, Venezuela y Chile (BID, 1991). Estos países representantes de organizaciones están incluidos en las comisiones gubernamentales. Esto no se ha dado en nuestro país, lo que refleja la poca importancia que las EIA tienen en los grupos conservacionistas, porque de otra manera habrían conseguido un puesto en la Comisión para participar en forma más directa en la toma de decisiones.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

REFERENCIAS

AHMAD, Y. y G.K., Sammy, *Orientaciones para las evaluaciones del impacto ambiental en los países en desarrollo,* Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA, 1987.

BONILLA, Alexánder, *Entrevista personal: 22 de octubre de 1991.*

PNUMA, *Metas y principios de la evaluación del impacto ambiental.* Decisión 14/25 del Consejo de Administración del PNUMA, 17 de junio de 1987.

INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK, *Environmental Impact Assessments in IDB's Lending Program,* Third Consultative Meeting on the Environment, Caracas, Venezuela, 17-19 June 1991.

QUESADA, Gabriel, *Entrevista personal: 16 de setiembre de 1991.*

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ENSAYO SOBRE EL ORDINARIO AGRARIO*

LIC. ÓSCAR MIGUEL ROJAS[1]

SUMARIO

Pág.

Reconocimiento 61

Abreviaturas usadas 61

I. Generalidades (principios procesales) 61

II. Fase primera o etapa de iniciación 65
- A. Interposición de la demanda y sus requisitos 65
- B. Defectos de la demanda y su corrección 66
- C. Traslado de la demanda y contenido del auto 67
- D. Contestación de la demanda 67
- E. Contestación defectuosa de la demanda y su corrección 67
- F. Contestación afirmativa de la demanda 68
- G. No contestación de la demanda 68
- H. La contrademanda. Réplica 68
- I. Defensas previas 68
- J. Excepciones previas enumeradas en la Ley de Jurisdicción Agraria 71
- K. Interposición y trámite de las excepciones en general 76
- L. Medidas cautelares 76
- M. Fijación y objeción a la cuantía 77

* *Tema expuesto por el autor en el Seminario: Semana Internacional de Iniciación al Diplomado en Derecho Agrario, organizado por la Universidad Veracruzana, México, enero de 1994.*

1. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, especialista en Derecho Agrario, por el Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica, profesor de Derecho Agrario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Juez Superior Agrario suplente, secretario ejecutivo de la Academia de Derecho Agrario Costarricense, colaborador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, y en la actualidad cursa estudios de posgrado en la especialidad de Derecho Comercial, en el Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. Fase segunda o etapa demostrativa o del juicio verbal 77
A. Contenido del auto de citación a juicio 77
B. El juicio verbal propiamente dicho y el acta del mismo 78

IV. Fase tercera o etapa conclusiva 81

V. Recursos. Segunda instancia 83
Taxatividad de los recursos 83
A. Revocatoria 83
B. Apelación 83
C. Apelación adhesiva 84
D. Segunda instancia 84

VI. Bibliografía 86

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

RECONOCIMIENTO

En primer término, a nuestro distinguido y entrañable amigo y Maestro Latinoamericano Dr. Ricardo Zeledón Zeledón, que con su ejemplo y sabias enseñanzas nos motiva a intentar nuevamente retomar —tal vez tardíamente según opinión de algunos, y nunca tarde para otros— la senda del estudio, y la investigación.

También el agradecimiento a nuestros amigos y Profesores Agraristas, Anayansy Valverde Chaves y Álvaro Meza Lázarus, —jóvenes juristas egresados del Posgrado de Derecho Agrario de la Universidad de Costa Rica fundado por el Dr. Zeledón Zeledón, quienes destacan por méritos propios, dentro de los cultores del Moderno Derecho Agrario— por su tolerancia, comprensión, enseñanzas y consejo oportuno, pero sobre todo por ser nuestros amigos.

Finalmente, a mi esposa NANCY, pues sin su apoyo quizás no habríamos tomado la decisión de peregrinar de nuevo por el camino del estudio y de la cotidiana superación.

Óscar Miguel.

ABREVIATURAS USADAS

C.C.	Código Civil.
C.P.C.	Código Procesal Civil.
L.J.A.	Ley de Jurisdicción Agraria.
Sala I.	Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
T.S.A.	Tribunal Superior Agrario.
C.T.	Código de Trabajo.
Res.	Resolución.

I. GENERALIDADES

El Proceso Ordinario Agrario,[2] al igual que todos los procesos de este género, está destinado para tramitar pretensiones que no tengan un procedimiento específico para su discusión, gozando de una regulación especial[3] distinta al ordinario civil.[4]

Al proceso ordinario agrario, —de igual modo que a todos los otros procedimientos que se tramitan en esta sede— le son aplicables las disposiciones generales contenidas en el título II, Capítulo I de la L.J.A., por lo que conforme con el numeral 26, y en aplicación del principio

2. Sobre la inexistencia en la Jurisdicción Agraria del "Proceso Abreviado Agrario "pueden consultarse entre otras, las resoluciones: Tribunal Superior Agrario, Nº 386 de 8.20 h del 4 de junio de 1992. Tribunal Superior Agrario, Nº 407 de 9.00 h del 12 de junio de 1992. Tribunal Superior Agrario, Nº 796 de 14.50 h de 17 de noviembre de 1992.
3. Ley de Jurisdicción Agraria, Nº 6734 de 29 de marzo de 1982, arts 38 al 52
4. Código Procesal Civil, Ley Nº 7130 de 16 de agosto de 1989, arts. 287 al 419.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de gratuidad[5] que inspira a este procedimiento, el proceso se tramita en papel común, está exento del pago de todo tipo de especies fiscales, de la obligación de rendir garantías como el afianzamiento de costas, de hacer depósitos,[6] a excepción del depósito del 25% del monto por el que se decrete u ordene el embargo preventivo,[7] exoneración a las partes de presentar copias de sus escritos y documentos —a la Procuraduría General de la República, por su propia ley se le deben entregar copias,[8] pero en este caso, el suministro de ellas no puede entenderse como una obligación de las partes, sino del Juzgado, y por ello no se da un quebrantamiento del principio de "gratuidad"—.

Como consecuencia de la influencia del movimiento de la oralidad sobre nuestros sistemas procesales, el ordinario agrario es esencialmente verbal,[9] principio que se manifiesta como se verá en todas y cada una de las etapas de este proceso, lo cual no significa que en este procedimiento se aplique el sistema de oralidad pura, sino una variación del mismo, el de la "verbalidad", que no es otra cosa que una combinación de elementos verbales y escritos, pues siempre se requiere informar por escrito en el expediente lo relativo a las peticiones de las partes o interesados, y de las resoluciones y actuaciones del respectivo despacho.

De modo más claro: la ley faculta a las partes para que en cualquier momento puedan formular sus gestiones, peticiones o alegatos en forma verbal, mediante comparecencia al Juzgado o en el acto del Juicio Verbal, y otras incidencias del proceso, de lo cual el Juzgado está obligado a levantar un acta de esas manifestaciones o peticiones.[10]

Otro aspecto que caracteriza al proceso agrario, y en especial al proceso ordinario, es el impulso procesal de oficio,[11] lo que no es otra

---

5. Respecto a Principios Procesales Agrarios, para todo ver: ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, Derecho Procesal Agrario, San José, Costa Rica, Ilanud: Escuela Judicial, Litografía Ámbar, 1 edición, Tomo II, 1990, pp. 267, sigtes.

6. Sobre el alcance del principio de "gratuidad", el Tribunal Superior Agrario ha dicho: "...el artículo 26 de la Ley de Jurisdicción Agraria no garantiza gratuidad absoluta pues dice..." salvo las excepciones expresadas en la ley "...el artículo 460 del Código Procesal Civil es una excepción... La gratuidad del proceso agrario está limitado a los medios que ordinariamente pueda dar o proporcionar el Poder Judicial, por contar con ellos, como sería por ejemplo un dictamen técnico de los laboratorios con que cuenta la medicatura forense..." Tribunal Superior Agrario, Nº 460 de 8.10 h de 10 de julio de 1992."

7. Así lo ha ordenado La Sala Constitucional, Res. de 14.30 h de 2 de octubre de 1990, respecto al art. 33 de la Ley de Jurisdicción Agraria.

8. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Nº 6815 de 27 de setiembre de 1982, art. 24

9. En ese sentido el Tribunal Superior Agrario ha dicho: "El procedimiento agrario es esencialmente verbal y en virtud del impulso procesal de oficio, los Tribunales estarán facultados para conducir su tramitación sin necesidad de gestión de parte..." Tribunal Superior Agrario, Nº 187 de 8.35 h de 16 de marzo de 1990.

10. "...CONSIDERANDO...III.—Las características del proceso agrario se orientan en tres direcciones fundamentales: 1) Se basa en una concepción moderna, forjado en el principio de la verbalidad como un modo de la oralidad y sus correlativos de inmediatez y concentración, con el objeto de ser un proceso más rápido, más económico, menos formal y menos fiscal, si bien con elementos de la escritura en cuanto debe ser escrita la fase de iniciación y una serie de pruebas irreproductibles cuya fórmula normal se documenta, en el juicio verbal opera en forma de oralidad la cual requiere consignar las deposiciones de los testigos, de los peritos, intérpretes, y en fin cualquier otro tipo de medio probatorio de este tipo, pero ello sin las formalidades propias del proceso civil, porque no opera la oralidad plena en la cual los hechos aprobados de la sentencia constituyen el acto mismo del juicio oral; ..."Sala Primera Corte Suprema Justicia Nº 223, 90 de las 15.30 h de 6 julio 1990.

11. Al respecto, El Tribunal Superior Agrario, ha dicho: "...CONSIDERANDO III ...el Tribunal ordenó pruebas para mejor resolver, en cumplimiento del PRINCIPIO DE VERDAD REAL que inspira al proceso agrario, y de acuerdo con las facultades consagradas en los artículos 26 y 52 de la Ley de Jurisdicción Agraria, que establecen LA OBLIGACIÓN DE IMPULSAR OFICIOSAMENTE EL PROCESO y la facultad de ordenar prueba para mejor proveer, con el fin de averiguar la verdad real de los hechos, lo que viene a ser en todo caso, una consecuencia de la publicización operada dentro de las características tendenciales del proceso agrario...". Tribunal Superior Agrario, Nº 861 de 15.10 h de 2 de diciembre de 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cosa que una manifestación más de los amplios poderes[12] de que está revestida la figura del Juez Agrario, quien conduce la tramitación del proceso, y quien sin necesidad de que medie gestión de parte[13] lo lleva por sus diferentes etapas hasta la terminación normal del mismo, respetando siempre el principio de preclusión.[14]

En la práctica cotidiana, la aplicación de este principio le ha generado algunos problemas a los Jueces Agrarios, como por ejemplo cuando fallece una de las partes, y el Juez le ordena a la contraria que abra la sucesión de su contraria y ésta no lo hace, quedando el expediente en total estado de inactividad y estándole

---

12. En cuanto a que esos poderes no son absolutos ni ilimitados, dice el Dr. ZELEDÓN ZELEDÓN que: "...También destaca como característica —para oponerse al proceso civil— la del otorgamiento de amplios poderes al Juez tanto para la conducción del proceso hasta sentencia, como la referida a un amplio dominio de la administración de la prueba a través del otorgamiento de facultades específicas... Pero el criterio del legislador de otorgar más poderes al Juez... no puede entenderse como amplios y absolutos, mucho menos susceptibles de conducir a la arbitrariedad, irrespetando a las partes, sus gestiones o planteamientos. LOS PODERES DEL JUEZ TIENEN COMO LÍMITE EL OBSERVAR LAS REGLAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO, y en concreto el respetar derechos constitucionales como el de defensa, la posibilidad de recurrir, e incluso la potestad de solicitar la legalización del proceso a través de nulidades para corregir vicios o errores... LOS PODERES DEL JUEZ DEBEN SER OBSERVADOS CON EQUIDAD, CON GRAN MADUREZ, CON SENSIBILIDAD, sobre todo teniendo presente que si el recurso ante la Sala de Casación se limita al fondo del asunto... Doctrinariamente los poderes del Juez son de dos tipos: POR UNA PARTE LOS PODERES JURISDICCIONALES identificables con la función concedida al Juzgador, se trata en este caso de un poder-fin, y SE VINCULA CON LA FACULTAD PARA CONSTITUIR, MODIFICAR O EXTINGUIR RELACIONES JURÍDICAS, y por otra parte PODERES PROCESALES, los cuales constituyen un instrumento concedido por la ley para el ejercicio de la función jurisdiccional, se trata de poderes-medio, PUDIENDO ÉSTOS A SU VEZ SUBDIVIDIRSE EN LOS REFERIDOS A LA DIRECCIÓN Y EL DESARROLLO DEL PROCESO CONFORME A LA ESTRUCTURA DE ÉSTE, —los cuales varían según se siga la oralidad o la escritura— y de carácter sustancial vinculados con las relaciones de poder entre el Juez y las partes, más concretamente las relaciones entre la jurisdicción y la acción. El análisis del tema dentro de la normativa procesal agraria costarricense debe necesariamente vincularse con los poderes procesales, pudiendo éstos clasificarse en a) poderes para encausar la pretensión, b) poderes de conducción y legalización del proceso, c) poderes sobre la amplia administración de la prueba, y d) poderes sobre la valoración de la prueba y la facultad de utilizar criterios de equidad a la hora de resolver la pretensión. "ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, Derecho Procesal Agrario, San José, Costa Rica, ILANUD: Escuela Judicial, 1 Edición, Tomo II, 1990, pp. 278-291.

13. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 26, p 1.

14. Relativo a este principio, explica la doctrina que: Para comprender el concepto de preclusión conviene referirse previamente al sistema opuesto llamado unidad de vista. En algunas legislaciones la relación procesal no se desenvuelve por secciones o estados, de tal manera que pueden alegarse hechos nuevos y producirse nuevas pruebas hasta que el tribunal declare suficiente instruida la causa y llame autos para sentencia...la ordenanza alemana... En otros, en cambio, la relación procesal se desarrolla por etapas, de modo que los actos procesales deben ejecutarse en un orden determinado, porque de lo contrario resultarían ineficaces: el demandado debe oponer las excepciones previas antes de contestar la demanda; después de la contestación no puede el actor variar su demanda ni el demandado sus defensas; la prueba debe producirse dentro de un término dado, etc. b) Ahora bien, el paso de un estadio al siguiente supone la clausura del anterior, de tal manera que los actos procesales cumplidos quedan firmes y no pueden volverse sobre ellos. Esto es lo que constituye la preclusión: el efecto que tiene un estadio procesal de clausurar el anterior. Precisamente, los conceptos de preclusión e impulso procesal nos explican el mecanismo del proceso: el impulso procesal carecería de objeto sin la preclusión, porque de lo contrario los actos procesales podrían repetirse y el proceso no progresaría; tampoco la preclusión sería suficiente por sí misma, porque no se pasa de un estadio a otro mecánicamente, sino por efecto del impulso procesal". ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediar Soc. Anon. Editores, 2 Edición, tomo I, 1963, pp. 453-455, Nuestro Tribunal Superior Agrario al respecto ha dicho: "CONSIDERANDO V... En el presente caso es claro que el recurso de apelación no fue resuelto en su oportunidad, recurso que tenía que tener un pronunciamiento expreso, pues no era posible continuar con la tramitación sin violentarse el derecho de defensa de la parte recurrente. El recurso interpuesto lo fue contra el auto de las trece horas cincuenta minutos del siete de junio de mil novecientos noventa y uno de conformidad con el artículo 440 párrafo final del C.P.C., por invocarse la falta de ejecutividad del título base de la acción, y el Juzgado omitió resolver sobre ese recurso. Lo anterior no se justifica desde el punto de vista procesal, pues el principio de preclusión de todo proceso debe ser acatado en toda tramitación, de ahí que, si la parte contribuyó con su inercia al no solicitar pronunciamiento sobre el recurso planteado, el Juzgado al momento de percatarse de la existencia de ese recurso debió tomar las medidas del caso para proceder a resolverlo en forma expresa. Aun cuando la parte dejara transcurrir el tiempo, más de un año, es lo cierto que la existencia del recurso planteado impedía continuar el procedimiento, pues se estaba en espera de la resolución del mismo. Al existir un vicio esencial en la tramitación que en forma clara violentó el principio de preclusión así como el derecho de defensa, resulta necesario declarar la nulidad solicitada, toda vez que lo contrario sería permitir el caos en el procedimiento al permitir pasar de una etapa a otra sin observar el debido proceso... VI.—De conformidad con lo expuesto y tratándose de una nulidad que afecta la validez del procedimiento, para efectos de protección al principio de preclusión y debido proceso, relacionado con el principio de defensa y seguridad jurídica, procede revocar el auto que rechaza la nulidad alegada, para en su lugar resolver acoger dicha articulación y anular todo lo actuado a partir del auto... De conformidad con lo dispuesto en los artículos 495 del Código de Trabajo, 26 de la L. de J.A..." Tribunal Superior Agrario, Nº 830 de 13.30 h de 20 de noviembre de 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vedado al Juez archivar el expediente o sancionar el abandono de la parte con la deserción,[15] puesto que esta sanción no existe en materia agraria ya que el impulso del proceso radica en manos del Juez y no como sucede en el proceso civil, en el cual, tanto el Juez como las partes están obligadas a impulsar el proceso.[16]

Complemento de las amplias facultades que tiene el Juez Agrario en la dirección del Proceso, es que por iniciativa propia puede en cualquier momento decretar nulidades[17] y disponer la reposición de los trámites que considere necesarios para corregir las irregularidades que puedan afectar la validez del procedimiento o causen indefensión a alguna de las partes, no pudiéndose incurrir en formalismos excesivos, pues la Sala Primera de Casación, reiteradamente ha establecido[18] que no debe decretarse la nulidad por la nulidad misma porque se incurriría en una eventual violación al principio de celeridad procesal que caracteriza este tipo de procedimientos.

Igualmente, el Juez Agrario está facultado para aplicar por analogía, —ante ausencia de norma procesal agraria— normas del proceso laboral y civil que permitan la adecuada celeridad y eficacia del proceso,[19] pero esta facultad no significa que pueda crear etapas procesales no previstas expresamente en la Ley de Jurisdicción Agraria, como por ejemplo la conciliación civil.[20]

---

15. Negando la existencia del Instituto de la deserción en el proceso agrario, el Tribunal Superior Agrario ha resuelto: "El procedimiento agrario es esencialmente verbal y en virtud del impulso procesal de oficio, los Tribunales estarán facultados para conducir su tramitación sin necesidad de gestión de parte. Consecuentemente, como opera el principio inquisitivo, en donde el Juez tiene suficientes poderes en la conducción del proceso, a fin de evitar demoras, el Instituto de la deserción resulta incompatible. "Tribunal Superior Agrario, Nº 187 de las 8.35 h de 16 de marzo de 1990. "No existe el instituto de la deserción en el proceso agrario ", Tribunal Superior Agrario, Nº 570 de 15.30 h de 14 de agosto de 1992.

16. Código Procesal Civil, art. 1º.

17. En ese sentido, Tribunal Superior Agrario, Nº 479 de 11.20 h de 10 de julio de 1992: CONSIDERANDO: Igualmente: "CONSIDERANDO. I.—EN CUANTO A NULIDADES. El primer motivo de nulidad que se alega es que el a quo falló basado en principios de la legislación civil, siendo este asunto de naturaleza agraria. Las nulidades se decretan sólo que se produzca indefensión o para orientar el curso normal del juicio, pero si la nulidad puede subsanarse en segunda instancia no es procedente la nulidad (doctrina del artículo 197 del Código Procesal Civil, aplicado por analogía con fundamento en el artículo 26 de la Ley de Jurisdicción Agraria). A pesar del reproche, el apelante no expresa en forma concreta cuáles disposiciones legales de carácter agrario debieron aplicarse para resolver este asunto. En toda forma si no existe norma legal agraria, debe de aplicarse para resolver lo que disponga el ordenamiento jurídico interpretando las normas a la luz de la doctrina que informa la materia agraria..." Tribunal Superior Agrario Nº 831 de 14.20 h de 16 noviembre 1993.

18. "CONSIDERANDO... II.— ...teniendo en cuenta que no se cause indefensión a ninguna de las partes; también en lo legalmente posible se debe evitar el decretar una nulidad pues a ésta solo se debe recurrir excepcionalmente, cuando sea necesario para orientar el curso normal del proceso o evitar indefensión, y aun así se debe desechar la nulidad si es posible reponer el tramite o corregir la actuación sin perjuicio de los demás procedimientos...". Sala Primera de Casación, Nº 242 de 16.30 h de 27 de julio de 1990. Ley de Jurisdicción Agraria. Art. 26, p. II. En relación con las nulidades procesales ver: BLANCO QUIRÓS, Miguel, Las Nulidades Procesales y su Trascendencia Económica. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Costa Rica, Nº 11, 1968, pp. 41-46.

19. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 26, p. II. En cuanto a la aplicación por analogía de normas, el Tribunal Superior Agrario ha dicho: Que el orden de aplicación por analogía, —establecido por el Art. 26 de la Ley de Jurisdicción Agraria— de las normas de otra legislación, únicamente es en relación con el procedimiento, no siendo obligatorio la aplicación de ese orden para otras cuestiones ajenas al procedimiento. Tribunal Superior Agrario, Nº 893 de 13.20 h de 21 de diciembre de 1992. Sobre este aspecto sostiene la Sala Primera "CONSIDERANDO...IV. Las características del proceso agrario se orientan en tres direcciones fundamentales... En lo que se refiere a las fuentes procesales, la Ley de Jurisdicción Agraria ha tenido su inspiración no en el Código de Procedimientos Civiles, hoy Código Procesal Civil, sino en la normativa procesal laboral, y con una influencia más decidida en la normativa referida al Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía, todo lo cual debe tenerse muy en cuenta a la hora de interpretar y aplicar lo dispuesto en los párrafos 2º de los artículos 6º y 26 de la Ley..." Sala Primera Nº 171 de las 15.00 h del 23 diciembre 1992.

20. Código Procesal Civil, art. 314. Algunos Jueces Agrarios —de primera instancia— han intentado introducir la etapa de "la conciliación "del proceso ordinario civil al proceso agrario, lo que estimamos no es posible hacerlo por las siguientes razones entre otras: a) el juez no puede crear nuevas etapas en el proceso agrario que no estén expresamente previstas por la ley; b) en el peor de los casos, sería la conciliación en los términos concebidos y regulados por el Código de Trabajo en el art. 467 la aplicable, —pero también negamos la posibilidad de aplicarla por las mismas razones que damos para negar la aplicación de la conciliación civil— por ordenarlo así la Ley de Jurisdicción Agraria en su art. 26, en ausencia de norma procesal, primero tiene que aplicarse el Código de Trabajo y después el Código Procesal Civil —ver comentario de nota Nº 18 en cuanto a lo dicho por el Tribunal Superior Agrario, en resolución Nº 893 de 13.20 h del 21 de diciembre de 1992, Ordinario de A.S.R. contra R.A.P. y otros— "respecto de la aplicación analógica de normas procesales; c) la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. FASE PRIMERA O ETAPA DE INICIACIÓN

A) INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA Y SUS REQUISITOS.

El proceso ordinario agrario se inicia mediante gestión de parte, cuando se establece la demanda. La misma, se puede presentar: a) VERBALMENTE,[21] en cuyo caso le corresponderá al juez su redacción, conforme a los hechos que le narre el solicitante, de lo cual se levanta un acta lacónica que firma el interesado, el juez y el secretario; o b) EN FORMA ESCRITA, en cuyo caso el mismo interesado la deberá presentar personalmente ante el Juzgado correspondiente, pues de lo contrario, su firma debe ser autenticada por un abogado[22] para que tenga eficacia ante los tribunales agrarios. En ambos casos, —verbal o escrita— la demanda debe cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 38 de la Ley de Jurisdicción Agraria,[23] los cuales son fundamentales para que al momento de dictar la respectiva sentencia, el Juez pueda contar con un orden lógico de lo expuesto por las partes.

EN EL ESCRITO SE DEBEN EXPONER CON CLARIDAD Y PRECISIÓN:

a) LOS NOMBRES Y APELLIDOS DE LAS PARTES, así como su domicilio y demás calidades.

b) UNA EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS, debidamente numerados y en forma pormenorizada.

---

celebración de conciliaciones expresamente ordenadas por resolución de los Jueces Agrarios, así como las transacciones efectuadas por las partes en el momento del juicio verbal, las que podrían interpretarse como conciliaciones no aparentes, ha generado riesgos innecesarios para los Jueces Agrarios y trastornos para nuestra jurisdicción: Primero, porque el Juez podría eventualmente ser recusado por alguna de las partes por las opiniones que emita en esa diligencia; Segundo: al no contemplar la Ley de Jurisdicción Agraria la posibilidad de dictarse y ejecutarse una sentencia parcial, la conciliación tendría que ser total, pues de ser parcial, consideramos que en ese aspecto no podría ejecutarse lo convenido, hasta tanto no exista sentencia sobre los extremos sobre los que no se dio el acuerdo. Casos en que se ha ordenado o practicado la conciliación en la vía agraria: "De conformidad con los artículos 220 y 314 del Código Procesal Civil aplicados supletoriamente, se convoca a las partes a una diligencia de conciliación que se llevará a cabo en este Despacho a las catorce horas del veinte de agosto de mil novecientos noventa. Deberán comparecer todas las partes... Juez ". Juzgado Agrario de Liberia, resolución de 9.30 h de 20 de julio de 1990. "Ordinario de B.Ch.C. hoy de G.Ch. C. y otro contra E.A.R. y otro, expediente número 121-90."

21. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 38.

22. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 28.

23. En relación con la falta de requisitos de la demanda, el Tribunal Superior Agrario ha dicho: "CONSIDERANDO III ...No cabe ninguna duda que en este caso se violentó el debido proceso violándose el artículo 39 de la Constitución Política, ya que se eliminó la parte más importante del proceso, nada menos que la audiencia de recepción de pruebas. En un juicio ordinario de reivindicación no es posible prescindir de las diligencias de recibimiento de pruebas a que se refieren los numerales 46 y 47 de la L. de J. A., dado que este tipo de procesos, debe hacerse llegar a los autos prueba en relación con la identidad del bien a reivindicar... quien... ejercer posesión... El simple hecho de que se ha violentado el debido proceso es suficiente para decretar la nulidad de la sentencia, pero dado que existen otros vicios que se dan desde el escrito de demanda, SE CONSIDERA PRUDENTE DE UNA VEZ APROVECHAR ESA CIRCUNSTANCIA PARA DECRETAR, CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 495 DEL C. DE T., aplicado por disposición del art. 26 de la L. de J.A., LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO Y RESUELTO... EL ESCRITO DE DEMANDA NO REÚNE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 38 DE LA L. DE J.A. en él no se hace una narración pormenorizada de los hechos, ni los mismos son claros ni precisos (párrafo primero e inciso b) de dicho numeral), por el contrario, los mismos están narrados en forma tal que en ellos se entremezclan hechos, prueba y alegatos, lo que unido a una mala enunciación de los hechos y su formulación cronológica, los hacen inentendibles. Por lo anterior se considera, que no solo se le debieron hacer a la actora las prevenciones a que se refiere... sino también lo referente a la formulación de los hechos de la demanda, que es quizá más importante que lo relativo a la pretensión, por dos razones: 1) porque si los hechos fundamento de una demanda no son claros ni precisos, ni pormenorizados en forma cronológica, son entonces confusos, indeterminados y en consecuencia inentendibles, si la demanda adolece de esos defectos el Juez no puede tener una visión clara del cuadro fáctico... y en consecuencia... no entiende el problema sometido a su decisión... 2) porque el demandado tiene el derecho a que los hechos sean claros, precisos y pormenorizados a efecto de que la defensa que ejerza al contestar la demanda, sea adecuada y sin temor a que por la confusión de los hechos vaya a contestar mal la demanda... Por tanto... se anula..." Tribunal Superior Agrario, Nº 854 de 14.00 h de 2 de diciembre de 1992".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

c) LAS PETICIONES[24] (pretensión, acción o petitoria) sometidas a la decisión del tribunal.

d) LA ENUMERACIÓN DE LA PRUEBA tendiente a demostrar los hechos fundamento de la pretensión, la cual se tiene que presentar totalmente —u ofrecerla al menos— conjuntamente con la demanda.

En cuanto a la prueba confesional, así como la prueba testimonial,[25] deben indicarse los nombres, apellidos y domicilio de los testigos, el lugar donde trabajan o viven, y los hechos sobre los cuales va a declarar cada uno de ellos, o si van a declarar sobre aspectos generales de la demanda.

En relación con la prueba pericial, se deben indicar los aspectos de importancia que se quieren acreditar o demostrar con el dictamen del técnico o perito.

De solicitarse reconocimientos judiciales se le deben señalar al Juez los aspectos que quieren sean constatados en el lugar de los hechos.

Con la prueba documental, cabe resaltar que la misma se debe aportar con el escrito de demanda o cuando menos señalar con la petición a la autoridad judicial, las oficinas dónde pueden ser habidos los documentos públicos que interesan.

En resumen: pueden ofrecerse todos los medios probatorios autorizados por el código Procesal Civil, como lo son la declaración de partes, el careo, etc., con la observación de que los medios probatorios contenidos en el Código Procesal Civil y aplicados por analogía en el procedimiento agrario, no le impide al Juez aceptar cualquier otro medio de prueba como tal, esto es, siguiendo el sistema de numerus apertus.[26]

e) SEÑALAR CASA U OFICINA DONDE ATENDER NOTIFICACIONES dentro del perímetro judicial; y

f) ESTIMAR LA DEMANDA, lo que tiene por objeto limitar las pretensiones económicas de las partes, o eventualmente para poder determinar si el asunto tiene o no recurso para ante la Sala de Casación, pues para efectos de la competencia no interesa la cuantía.[27]

B) DEFECTOS DE LA DEMANDA Y SU CORRECCIÓN.

Presentado el libelo de demanda, el Juez debe revisarlo detalladamente para constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos por ley, y en el caso de existir errores u omisiones debe ordenar a la parte, su corrección dentro de un plazo prudencial que le concederá al efecto, bajo la sanción de que si no lo hace, no se le atenderán sus futuras gestiones,[28] resolución que carece de recurso alguno.

Como luego se verá, la sanción por la no corrección de la demanda que se le impone a la parte actora, es diferente a la sanción que se le

---

24. En relación con las demandas que carecen de petitoria, el Tribunal Superior Agrario ha sostenido: "CONSIDERANDO I.—La demanda ejecutiva que... nos ocupa, se inició como proceso... prendario y el... actor... solicitó que se adecuen los procedimientos a la vía ejecutiva simple y en consecuencia se despache ejecución... El indicado memorial... no se cumplen los requisitos que a esta clase de pretensiones les exige el artículo 433 del C.P.C., de manera, que si no se ha cumplido con lo mencionado, no podría el Juzgado..., haber DICTADO UNA SENTENCIA CON FUNDAMENTO EN UN ESCRITO DE DEMANDA, QUE... NO tiene hechos y LO QUE ES MAS GRAVE, NO previamente el... Juez exija al... actor cumplir con la omisión apuntada...". Tribunal Superior Agrario, N° 847, de 15.00 h de 27 de noviembre de 1992.

25. Cabe señalar, que siendo el Derecho Agrario un derecho de la actividad, donde se tutela el trabajo humano organizado, protegiendo al productor no propietario, frente al propietario no productor, la prueba testimonial es de mucha importancia para la solución de los conflictos que se presentan en esta sede.

26. Sobre los medios probatorios en el actual Código Procesal Civil, ver ARGUEDAS SALAZAR, Olman, Los medios probatorios en el nuevo Código Procesal Civil, Revista Iustitia, San José, Costa Rica, N° 43, julio 1990, pp. 4-8.

27. Advertimos, que el Proceso Ordinario Agrario no tiene previsto expresamente la etapa de objeción y fijación de la cuantía, pues todos los asuntos en primera instancia son de competencia de los Juzgados Agrarios.

28. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 39.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

impone al demandado que no corrija la contestación de la demanda que le ordene el juez.

C) TRASLADO DE LA DEMANDA Y CONTENIDO DEL AUTO.

Presentada la demanda y corregidos sus errores si los hubiere, se concede traslado de la misma a la parte demandada,[29] para que dentro del plazo que fija el Juez entre seis y quince días —atendiendo la naturaleza del caso, la lejanía del lugar donde vive el demandado— conteste cada uno de los hechos, indicando expresamente su conformidad con los mismos, o si los rechaza por inexactos o con las variantes o rectificaciones que estime procedentes, y si no estuviere conforme con los términos de la demanda o su pretensión, expondrá todas las circunstancias y razones en que funda su negativa, —con referencia a los distintos hechos enunciados en la demanda—previniéndole que de no hacerlo PODRÁN tenerse por probados aquellos hechos que no conteste; y que ofrezca su prueba y haga señalamiento para notificaciones dentro del perímetro judicial, pues si no lo hace opera la notificación automática.[30]

D) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.[31]

AL IGUAL QUE LA DEMANDA, LA CONTESTACIÓN PUEDE HACERSE de modo: a) VERBAL: para agricultores de escasos recursos a criterio del Tribunal, teniendo que comparecer al Juzgado, donde el Juez debe levantar un acta con la respectiva contestación, acta que firma el Juez, el interesado y el Secretario o Prosecretario del Despacho. b) ESCRITO: por escrito que el demandado personalmente debe presentar al Juzgado, pues de lo contrario, su firma debe estar autenticada por un Abogado;[32] c) También podrá hacerse la contestación por medio de un Defensor Público cuando así se le solicite al Juzgado y en tratándose de personas de escasos recursos a criterio del Tribunal.[33]

LOS REQUISITOS DEL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[34] SON:

a) CONTESTAR LOS HECHOS de la demandada, **UNO POR UNO, DICIENDO SI LOS ACEPTA O LOS RECHAZA** por inexactos o con las variantes o rectificaciones que estime procedentes, y **SI NO ESTUVIERE CONFORME** CON los términos de LA PRETENSIÓN expondrá los motivos y todas las circunstancias en que funda su negativa.

b) OFRECER TODA LA PRUEBA.

c) OPONER TODAS LAS EXCEPCIONES, EXCEPTO en lo relativo a LA INCOMPETENCIA la cual debe interponerse DENTRO DE LOS PRIMEROS TRES DÍAS después de la notificación de la demanda.[35]

d) SEÑALAR LUGAR PARA RECIBIR NOTIFICACIONES dentro del perímetro judicial.

E) CONTESTACIÓN DEFECTUOSA DE LA DEMANDA Y SU CORRECCIÓN.

Cuando fuere defectuosa la contestación de la demanda, el Juez le señalará al demandado los defectos, otorgándole un plazo para que haga la o las correcciones que le indique, resolución que carece de recurso alguno, y con la advertencia, que de no hacer el demandado las correcciones del caso, el Juez PUEDE TENER POR PROBADOS —lo que es facultativo— el hecho u hechos respectivos de la demanda.[36]

---

29. Ley de Jurisdicción Agraria, arts. 40- 41- 43.
30. Código Procesal Civil, art. 185.
31. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 40.
32. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 28.
33. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 25.
34. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 41.
35. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 26, inc. b).
36. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 40. Esta situación difiere con su homóloga civil, la que conforme al artículo 305 del Código Procesal Civil, en caso de no hacerse la corrección, el hecho u hechos se tendrán por admitidos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

F) CONTESTACIÓN AFIRMATIVA DE LA DEMANDA.

Es de suma importancia hacer la diferencia en: a) contestar afirmativamente los hechos de la demanda, no estando de acuerdo con la pretensión, —SUPUESTO DONDE NO SE PUEDE HABLAR DE ALLANAMIENTO— en cuyo caso se tiene que evacuar la prueba, y b) Contestar afirmativamente la pretensión, —SUPUESTO EN EL QUE EXISTE UN ALLANAMIENTO DE LA DEMANDA—[37] lo que provoca se dicte sentencia sin más trámite dentro del proceso.

Con referencia al allanamiento civil, destaca el Dr. OLMAN ARGUEDAS,[38] que cuando se está de acuerdo en algunos puntos de la pretensión se puede dar una sentencia parcial.

G) NO CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Cuando la parte demandada no contesta la demanda, a solicitud de parte o de oficio, se le sanciona con la REBELDÍA,[39] y su declaratoria no significa necesariamente la admisión de los hechos de la demanda, los que el Juez en sentencia PUEDE o no tener por demostrados conforme a la prueba que reciba dentro del proceso.

Es totalmente diferente la regulación de la situación anterior por el Código Procesal Civil,[40] donde el juez al declarar la REBELDÍA TIENE POR CONTESTADOS afirmativamente los hechos de la demanda.[41]

H) LA CONTRADEMANDA. RÉPLICA.

La contrademanda[42] se hace en el mismo escrito de contestación de la demanda, y en cuanto a ella, lo mismo que la réplica, es de aplicación lo dicho en cuanto a la demanda y su contestación.

I) DEFENSAS PREVIAS.

Entendiendo EXCEPCIÓN como el medio que le da la ley al demandado para combatir las deficiencias de los presupuestos procesales o

---

37. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 53. Respecto al allanamiento de la demanda —contestación afirmativa de la pretensión— el Tribunal Superior Agrario ha dicho: "CONSIDERANDO. Del estudio de los autos se nota que en el presente caso se ha omitido la audiencia para alegar de buena prueba, con excepción del supuesto del párrafo primero del artículo 53 de la L. de J.A., no se puede obviar porque se produce indefensión. El mismo a quo en la sentencia apelada, dice que en el presente caso no se está en el caso de allanamiento a que se refiere el artículo 304 del C.P.C., si ello es así debió dar la audiencia para alegar de buena prueba, YA QUE DE ACUERDO CON EL ARTICULO 53 DE LA L. DE J.A., SOLO QUE HAYA ALLANAMIENTO ES QUE SE PROCEDE A DICTAR SENTENCIA SIN EL TRAMITE DE LA AUDIENCIA REFERIDA. EN REALIDAD EL ALLANAMIENTO EN MATERIA AGRARIA ESTA REGULADO EN DICHO ARTÍCULO 53 CITADO... con fundamento en el artículo 495 del C. de T. aplicado por disposición del artículo 60 de la L. de J.A... procede anular la sentencia apelada...". Tribunal Superior Agrario, Nº 832 de 13.40 h de 20 de noviembre de 1990".

38. ARGUEDAS SALAZAR, Olman, El Proceso ordinario en el nuevo Código Procesal Civil. Revista Iustitia, San José, Costa Rica, Nº 42, junio 1990, p. 5.

39. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 43. En los casos en que el demandado esté en rebeldía, se le debe notificar la sentencia de acuerdo con lo estipulado por el Código Procesal Civil, arts. 176 y ss. Tribunal Superior Agrario, Nº 612-92 de 15.35 h del 19 de agosto de 1993.

40. Código Procesal Civil, art. 310.

41. "...La no contestación conduce a la declaratoria de rebeldía, pero sin el acuse del actor, con mira siempre a la celeridad. Esa actitud negativa permite al Juez tener por contestada AFIRMATIVAMENTE LA DEMANDA EN CUANTO A LOS HECHOS, pero de todas maneras deberán practicarse las pruebas que sean admisibles, a fin de evitar indefensión al demandado, quien no obstante su rebeldía, podrá apersonarse pero tomando el proceso en el estado en que se encuentra (art. 310) "ARGUEDAS SALAZAR, Olman, El Proceso Ordinario en el Nuevo Código Procesal Civil. Revista Iustitia, San José, Costa Rica, Nº 42, junio 1990, p.5.

42. Sobre la posibilidad de contrademandar o no, a quien no es actor, se ha dicho que:" Disponía el Código anterior que no se podía reconvenir a quien no era actor, solución contraria plantea el nuevo, en cuyo artículo 308 se permite la posibilidad de contrademandar a quien no participa como actor en el proceso..." ARGUEDAS SALAZAR, Olman, La Acumulación de Pretensiones en el Nuevo Código Procesal Civil, Revista Iustitia San José, Costa Rica, Nº 41, mayo 1990, pág. 6. Por su parte el Tribunal Superior Agrario, confirmó en cuanto la demanda, pero anuló el traslado de la contrademanda, la sentencia en el aspecto de la contrademanda por no tener relación con la demanda, y al respecto dijo: CONSIDERANDO VI.—En relación con la contrademanda. El codemandado G. M. Ch. reconvino al actor G.V. a fin de que en el fallo se le condene a pagarle el daño moral que a su criterio se le ha causado con el ejercicio abusivo de su derecho en perjuicio de él... al haberlo llamado a juicio imprudentemente señalándolo como usurpador de tierras. Dispone el art. 308 del C.P.C., aplicable al caso por disposición del art. 26 de la L. de J.A., que "La demanda y la reconvención deberán ser conexas en sus objetos, y el escrito de reconvención deberá reunir los mismos requisitos que el de la demanda "El 41 del mencionado cuerpo procesal dispone que "Son conexas dos o más pretensiones cuando le sean comunes dos de sus elementos, o uno solo cuando éste sea la causa "...de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de forma (los presupuestos formales son: Capacidad de las partes o legitimatio ad processum; capacidad del juez; y formalidades de la demanda), así como de los presupuestos de fondo (o presupuestos necesarios para que la acción prospere en sentencia y que son: Derecho real o personal, interés actual y legitimatio ad causam activa o pasiva)[43] de un litigio, o como medio otorgado al demandado para destruir o dilatar los efectos jurídicos de una demanda planteada en contra suya, le estamos dando al término un sentido amplio, pues con ella nos referimos al combate de aspectos de forma o admisibilidad, como a aspectos de fondo o procedibilidad.

También la doctrina ha usado el término DEFENSA, para referirse al medio para atacar principalmente cuestiones de fondo.

LA DOCTRINA HA CLASIFICADO LAS EXCEPCIONES EN:

a) EXCEPCIONES DE FORMA, a las que combaten los defectos de forma o también los llamados presupuestos procesales, y que se resuelven interlocutoriamente. **ESTAS EXCEPCIONES TAMBIÉN SERÁN DE FORMA DILATORIAS,** cuando al atacarse un defecto procesal, se causa el efecto de interrumpir el curso normal del proceso pero corregido el defecto se sigue adelante con el proceso y cita como ejemplo de ellas que está el defecto en el poder. **SERÁN DE FORMA PERENTORIAS:** cuando al atacarse un defecto de un presupuesto procesal o de forma y se declara con lugar la excepción, se termina el juicio, lo extingue. Ejemplo la incompetencia territorial internacional.

b) EXCEPCIONES DE FONDO: Son para combatir o atacar los defectos en los presupuestos de fondo o de procedibilidad de la acción, las que se resuelven en sentencia.

b1) Estas excepciones serán de **FONDO DILATORIAS,** cuando al declararse con lugar NO AFECTAN EL DERECHO, no impiden que la demanda se pueda promover de nuevo. Ejemplo la falta de interés actual, en que vencido el plazo puede exigirse la obligación; la falta de legitimatio ad causam activa o pasiva, que al declararse con lugar, no impide que el verdadero titular del derecho promueva el juicio de nuevo, o que el actor pueda presentar de nuevo el juicio contra el verdaderamente obligado.

b2) Serán de FONDO PERENTORIAS, cuando al atacarse presupuesto de fondo y acogerse la excepción, se MATA EL DERECHO O SE HACE PERECER, de modo que impiden al actor promover un nuevo litigio de la misma naturaleza. Ejemplo la prescripción, la nulidad, la novación, la confusión, la remisión.

SE CLASIFICAN TAMBIÉN LAS EXCEPCIONES EN:

a) EXCEPCIONES DILATORIAS que son las que atacan los defectos de forma que impiden el desarrollo o validez del proceso, por lo que lo suspenden y buscan la corrección de esos defectos —los estudiosos encontraron que se fueron incluyendo dentro de ellas algunas excepciones que al prosperar, tenían como efecto en vez de atrasar o suspender el proce-

---

demanda...y reconvención...surge con nitidez que entre ellas no existe relación alguna. En la primera el actor busca la reivindicación de una finca que le pertenece y en la segunda G. pretende se le condene a G.V. a pagarle una determinada suma de dinero porque a su criterio, con el establecimiento de la litis que se resuelve, en cuanto a la demanda se refiere, se le ha causado un daño moral... A criterio de este Tribunal, la contrademanda... se ha tramitado... acumulada con la demanda..., NO SE PODÍA ACUMULAR A LA MENCIONADA DEMANDA, PORQUE... LA CONTRADEMANDA O RECONVENCIÓN SE REFIERE A UN HECHO JURÍDICO FUTURO E INCIERTO, que es la sentencia que se dicte en la demanda del actor reconvenido... el Tribunal concluye en que todo lo actuado y resuelto en relación con la contrademanda es nulo y así debe declararse... se anula... (además se citan otras resoluciones) También desde luego se anula la sentencia apelada en cuanto hace pronunciamiento sobre la contrademanda. Desde luego L.M.V. podrá intentar, una vez firme lo resuelto sobre la demanda de C.L.G., la demanda que crea pertinente. Artículos 26 L.J.A. y 495 C. de T...". Tribunal Superior Agrario, Nº 786, de 14.00 h del 17 de noviembre de 1962.

43. Cuando el actor no logra demostrar la propiedad posesiva, la excepción que se acoge es la falta de derecho y no la falta de legitimation ad causam activa, Tribunal Superior Agrario, Nº 499, de 11.00 h de 21 de julio de 1992. "En el mismo sentido Tribunal Superior Agrario, Nº 500, de 11.30 h del 21 de julio de 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

so, lo extinguían y se empieza a cuestionar el término de dilatorias que hacía referencia a dilatar, parar, atrasar el proceso—.

b) EXCEPCIONES PERENTORIAS son las que destruyen o extinguen la acción para siempre, es decir, acaban con el derecho del actor y cada vez que éste quiera usarlo, pueden oponerse.

En otros términos, combaten o atacan el derecho debatido y son tantas como tantos sean los medios de extinguir las obligaciones.

c) EXCEPCIONES MIXTAS: Procesalmente funcionan como dilatorias, pero al declararse con lugar, los efectos que producen son las de las perentorias, poniéndole fin al proceso. Ejemplo la prescripción, la cosa juzgada y la transacción.

EL TÉRMINO DEFENSA se refiere a la impugnación de cuestiones de fondo, y **EL TÉRMINO EXCEPCIÓN** se usa para referirse al medio de atacar los presupuestos tanto de fondo como de forma, con lo que dentro del segundo concepto —EL DE EXCEPCIÓN— queda incluido o se abarca al primero.

Ahora bien, de la lectura de la Ley de Jurisdicción Agraria, encontramos que allí se enumeran tanto excepciones de forma como de fondo,[44] por lo que se impone cambiar en ese artículo la nomenclatura de DEFENSAS, POR EL DE EXCEPCIONES, y lo de previas siempre estaría indicando el aspecto de su resolución interlocutoria que encuentra su sustento en la economía procesal.

ESTAS MAL DENOMINADAS DEFENSAS, no son otras que las que **SE HAN CONOCIDO COMO EXCEPCIONES DILATORIAS**, y que los procesalistas modernos,[45] denominan EXCEPCIONES PREVIAS, en vez de excepciones dilatorias, porque no todas interrumpen o atrasan el proceso, pues al incluirse dentro de este grupo excepciones que atacan la forma, y otras que combaten el fondo del asunto, al acogerse o declararse con lugar interlocutoriamente, le ponen fin al proceso, resolución interlocutoria que se justifica por razones de economía procesal, y por eso son resueltas interlocutoriamente y no en sentencia, de donde deviene su nombre de previas.

EL PLAZO PARA INTERPONER ESTAS EXCEPCIONES —las previas— como regla general es en el acto mismo de la contestación de la demanda,[46] salvo en dos casos:[47] a) La mal denominada incompetencia de jurisdicción, cuya denominación correcta es falta de competencia, tal y como se señaló en el aparte anterior, la que debe ser interpuesta dentro de los tres primeros días del emplazamiento;[48] y b) La de cosa juzgada que puede interponerse en cualquier estado del proceso y hasta antes de dictarse sentencia definitiva.

---

44. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 44.

45. ARGUEDAS SALAZAR, Olman, El Proceso Ordinario en el Nuevo Código Procesal Civil, Revista Iustitia, San José, Costa Rica, Nº 42, junio 1990, p. 5.

46. En relación con la oportunidad de interponer las excepciones previas y a cuáles se les debe dar el tratamiento como tales, el Tribunal Superior Agrario ha resuelto: CONSIDERANDO I.—El artículo 44 de la L. de J.A. enumera las defensas previas, las cuales deben oponerse en el escrito de contestación..., o en el escrito de réplica del actor. Ante su interposición, el juez entra a conocerlas, antes de proseguir con la fase procesal siguiente... II.—Fuera de las defensas anotadas en el artículo 44 de la Ley citada, cualquier otra no debe ser tratada como defensa previa, sino que deberá conocerse junto con los demás asuntos, en sentencia. Así las cosas, las excepciones que las partes opongan en la contestación a la demanda, o en la réplica, según corresponda, deben ser resueltas en sentencia y no como defensas previas, si es que no se trata de las defensas que el artículo 44 citado establece como previas...", Tribunal Superior Agrario, Nº 853, de 13.50 h de 2 de diciembre de 1992.

47. Sobre la excepción de incompetencia, el Tribunal Superior Agrario ha resuelto: "El Juez de Puriscal opuesta la excepción de incompetencia siguió y la resolvió en sentencia y por ello se anula la sentencia y todo lo resuelto a partir de la audiencia de esa excepción pues se ha violado la ritualidad del proceso y lo procedente es anular para que se resuelva la excepción, Tribunal Superior Agrario, Nº 704 de 8.00 h de 15 de octubre de 1992.

48. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior Agrario: El Juez de Puriscal opuesta la excepción de incompetencia siguió y la resolvió en sentencia y por ello se anula la sentencia y todo lo resuelto a partir de la audiencia de esa excepción pues se ha violado la ritualidad del proceso y lo procedente es anular para que se resuelva la excepción", Tribunal Superior Agrario, Nº 704 de 8.00 h de 15 de octubre, 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

J) EXCEPCIONES PREVIAS ENUMERADAS EN LA LEY DE JURISDICCIÓN AGRARIA.[49]

Opinamos que la enumeración de las excepciones que hace la Ley de Jurisdicción Agraria, no es taxativa, sino enunciativa, por lo que tiene aplicación lo relativo a las excepciones previas contenidas en el Código Procesal Civil.[50]

a) LA INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN, o más acertadamente "falta de competencia" que puede ser por la materia o por el territorio, ya que todos los Jueces tienen Jurisdicción para decir el Derecho, pero no todos tienen competencia para conocer de determinados asuntos;

b) LA LITIS PENDENCIA, que tiene lugar cuando ante dos tribunales diversos se está conociendo de dos juicios exactamente iguales sin que tengan sentencia ejecutoria. Tiene que haber identidad de partes, objeto y causa, y se fundamenta en aspectos de economía procesal para evitar dos juicios sobre un mismo objeto y que puedan darse dos sentencias aun contradictorias sobre el mismo litigio.

c) FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA:[51] Esta excepción se refiere a un requisito de admisibilidad de la demanda, y en la práctica podemos citar a manera de ejemplo, los casos en los que existe o pueda existir un conflicto de ocupación precaria de tierras, casos en los cuales se debe agotar previamente la fase administrativa ante el Instituto de Desarrollo Agrario, para poder acudir ante el órgano Jurisdiccional;

d) FALTA DE PERSONALIDAD PROCESAL DEL ACTOR o demandado y la insuficiencia o ilegalidad del poder de su apoderado. Se

---

49. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 44. En relación con las excepciones previas, consideramos de importancia hacer la observación sobre dos resoluciones del Tribunal Superior Agrario en contrario. "CONSIDERANDO I.—El artículo 44 de la L. de J.A. enumera las defensas previas, las cuales deben oponerse en el escrito de contestación..., o en el escrito de réplica del actor. Ante su interposición, el juez entra a conocerlas, antes de proseguir con la fase procesal siguiente... CONSIDERANDO II.—Fuera de las defensas anotadas en el artículo 44 de la Ley citada, cualquier otra no debe ser tratada como defensa previa, sino que deberá conocerse, junto con los demás asuntos, en sentencia. Así las cosas, las excepciones que las partes opongan en la contestación a la demanda, o en la réplica, según corresponda, deben ser resueltas en sentencia y no como defensas previas, si es que no se trata de las defensas que el artículo 44 citado establece como previas..." Tribunal Superior Agrario, Nº 853, de 13.50 h de 2 de diciembre de 1992. "CONSIDERANDO II.—... el escrito de folio... es consecuencia de lo ordenado en resolución de... en donde se le previene al actor que escoja una de las tres pretensiones que contiene su escrito de demanda, bajo el apercibimiento de que de no hacerlo la escogencia la haría la a quo. Simplemente en cumplimiento de lo ahí ordenado el representante de éste escogió la pretensión reivindicatoria, manifestando que en su oportunidad acudiría a la vía declarativa. No se trata de un desistimiento,... sino de una ACUMULACIÓN INDEBIDA DE PRETENSIONES QUE EL MISMO INVOCÓ COMO EXCEPCIÓN AL CONTESTAR LA DEMANDA Y QUE ES DEFENSA PREVIA, SEGÚN LO DISPONE EL INCISO 3) DEL ARTÍCULO 298 DEL C.P.C....", Tribunal Superior Agrario, Nº 894, de 13.30 h de 21 de diciembre de 1992.

50. Sala Primera, Nº 572-93.

51. Al respecto ha resuelto el Tribunal Superior Agrario: CONSIDERANDO I. El apoderado de la demandada alega nulidad con fundamento en que le fue rechazada en resolución de las once horas del veintinueve de agosto de mil novecientos noventa la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, porque no es cierto que no se hubiere ofrecido prueba en relación con ella, ya que al contestarse la demanda se ofrecieron las pruebas de todas las defensas y excepciones. Examinado el escrito de contestación de la demanda, no se deduce que se hubiere ofrecido prueba en general ni en concreto en relación con la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa, por ello no lleva razón el apelante en cuanto a su alegato de que ahí están ofrecidas todas las pruebas incluyendo la referente a falta de agotamiento de la vía administrativa, por ello no lleva razón el apelante en cuanto a su alegato de que ahí están ofrecidas todas las pruebas incluyendo la referente a falta de agotamiento de la vía administrativa. Debe de tomarse en cuenta que, la falta de agotamiento de la vía administrativa, en casos como el presente ha de resolverse previamente, por ello, si fuere del caso probar que se está en el supuesto del artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización, como acto previo, antes de evacuarse toda la prueba, debe de probarse esa circunstancia. En todo caso, es de hacer ver que el agotamiento de la vía administrativa puede ordenarse aún de oficio cuando el Juez de acuerdo con el cuadro fáctico planteado, crea que se puede estar en presencia de un problema de posesión precaria. En el caso de autos, es obvio, que desde un inicio hay certeza de que no se está ante un problema de posesión precaria. De acuerdo con el numeral citado, existe posesión precaria cuando un campesino por un estado de necesidad, permanece en una finca inscrita en el Registro Público ejerciendo actos de posesión agraria en forma pública y pacífica y sin interrupción por más de un año con el objeto de explotarla para procurar el sustento suyo y el de su familia. De los escritos de demanda y contestación no se desprenden esas circunstancias y por ello, ni como excepción, ni de oficio, procede la declaratoria de falta de agotamiento de la vía administrativa. Consecuentemente por esas razones no existe nulidad ni indefensión por haberse rechazado la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa...", Tribunal Superior Agrario, Nº 894 de 13.30 h de 21 de diciembre de 1992, Ordinario de E. S.G.G. contra M.P.R. Ley de Tierras y Colonización Nº 2825 de 14 de octubre de 1961, art. 101.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

refiere al presupuesto formal de falta de legitimatio ad processum, a la facultad amplia para impulsar personalmente ante los Tribunales Agrarios, un juicio en provecho propio o de otro. La segunda parte, trata de una defectuosa representación, consistente verbigracia, de un defecto en el poder, o que el mismo no es tan amplio o suficiente que faculte al mandatario para comparecer ante Estrados Judiciales;

e) LA LITIS CONSORCIO NECESARIA, ACTIVA O PASIVA,[52] la que se opone cuando por disposición de la ley o por la naturaleza de

52. Respecto a la litis consorcio, explican los procesalistas: "LITIS CONSORCIO. I. Litis consorcio es aquel tipo de pluralidad de partes que se produce cuando los diversos litigantes aparecen no sólo situados en un mismo plano, sino, además, unidos en su actuación procesal: según que la unión plural afecte a los demandantes, a los demandados o a ambos, el litis consorcio se llama activo, pasivo o mixto. II. Hay, sin embargo, dos manifestaciones fundamentales de la figura del litis consorcio, según que éste constituya para las partes una simple facultad o una verdadera carga (a veces, excepcionalmente, una obligación) a) El primero es el llamado litis consorcio simple, facultativo o voluntario. Existe cuando la unión de los distintos litigantes se debe plenamente a su libre y espontánea voluntad... b) El segundo es el llamado litis consorcio necesario, cualificado o especial. Aquí la ley no se limita ya a autorizar, sino que exige, con exigencia que puede hacer valer el Juez o la parte contraria, que las partes actúen en la unión en que consiste el litis consorcio. Su fundamento es el mismo que el del caso anterior; la armonía y la economía procesales, pero esta vez consideradas de tal intensidad que no es facultativa para las partes reclamar o no su aplicación. Normalmente, imposición del litis consorcio asume la índole de una carga,... puede revestir dos modalidades, una de carácter material, otra de índole procesal estricta. Puede, en efecto, consistir primeramente en la necesidad de que varios intervengan conjuntamente en un proceso, de tal modo que la pretensión no puede ser válidamente propuesta sino por varios sujetos, o frente a varios sujetos, o por varios y frente a varios a la vez. Este es el litis consorcio denominado propiamente necesario, que también puede ser definido como una carga de intervención común de las partes... El caso típico de declaración legal expresa de un litis consorcio propiamente necesario es el del art. 1.139 del Código civil, sobre obligaciones mancomunadas indivisibles, ya que en este caso se exige que el acreedor proceda contra todos los deudores;... En segundo lugar, el litis consorcio necesario puede referirse no ya a la necesidad preprocesal o material de que varios intervengan procesalmente unidos, sino a la exigencia procesal de que, si varias partes acuden efectivamente a un proceso, entonces deben actuar unidas y no separadamente. Este es el litis consorcio que se llama impropiamente necesario y que puede ser configurado como una carga de actuación común de las partes..." GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, tomo I, 1974, pp. 201-202. El Tribunal Superior Agrario, sostuvo durante varios años, interpretando el artículo 45 de la Ley de Jurisdicción Agraria, que al declararse con lugar el incidente donde se oponía la excepción de litis consorcio necesaria, al quedar firme el respectivo auto sentencia, el proceso quedaba terminado, y siguiendo esta orientación tenemos las siguientes resoluciones: "En un caso se dijo que la situación de la litis consorcio se presenta en el caso de una reivindicación, donde debe demandarse a todos los copropietarios del inmueble reivindicado, lo que difiere en ese mismo caso, tratándose del usuario o arrendatario a quien se le cita, de conformidad con el artículo 40 de la L. de J.A. Tribunal Superior Agrario, Nº 100, de 10.15 h de 14 de febrero de 1991. "Declarada la litis consorcio activa o pasiva necesaria, el proceso debe darse por terminado." Tribunal Superior Agrario, Nº 783, de 15.00 h del 12 de noviembre de 1992. "Confirma la resolución que declara litis consorcio pasiva necesaria y ordena archivar el expediente "Tribunal Superior Agrario, Nº 342, de 9.30 h de 19 de mayo de 1992". En ese mismo sentido, Tribunal Superior Agrario, Nº 446 de 10.30 h de 24 de junio de 1992. "En otro caso, conoció el Tribunal por apelación de la sentencia, anuló LA RESOLUCIÓN FIRME QUE DECLARÓ SIN LUGAR LA LITIS CONSORCIO ACTIVA Y PASIVA para que no haya resoluciones contradictorias, y además revocó la sentencia, y sin fallar sobre el fondo, acogió la litis consorcio, AGREGANDO QUE LA RESOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LITIS CONSORCIO NO PRODUCE ESTADO y puede anularse, pues el IDA debe ser actor en reivindicaciones de parcelas del IDA. Tribunal Superior Agrario, Nº 591 de 8.00 h de 26 de agosto de 1992. "En otra resolución dijo: que cuando se discute el mejor derecho de posesión de parcelas del IDA y no se ha demandado al IDA o no está como actor, en sentencia se declara litis consorcio activa o pasiva, para que el IDA FIGURE COMO ACTOR O DEMANDADO. Tribunal Superior Agrario, Nº 735 de 14.45 h de 22 de octubre de 1992. "En los casos de fundos enclavados debe demandarse a todos los colindantes. Tribunal Superior Agrario, Nº 616 de 14.45 h de 31 de agosto de 1992. En el actual Código Procesal Civil, al declararse con lugar el incidente de litis consorcio necesaria, con fundamento en el art. 298, inciso 4) del C.P.C. en relación con el 106 de ese mismo Código, el Juez, al declarar con lugar el incidente, le ordenará a la parte que dentro del plazo de ocho días amplíe su demanda o contrademanda en cuanto a lo que falta, BAJO EL APERCIBIMIENTO DE DAR POR TERMINADO EL PROCESO, en el primer supuesto —entratándose de la demanda— y de DECLARAR INADMISIBLE LA CONTRADEMANDA, en el segundo supuesto. Haciendo un estudio del art. 45 de la Ley de Jurisdicción Agraria y de los artículos 298, inciso 4), y 106 del Código Procesal Civil, pensamos que la norma procesal agraria únicamente regula la situación cuando se plantea la litis consorcio necesaria como excepción, estableciendo que se debe resolver interlocutoriamente, pero entendiendo nosotros, que simplemente se declarará con lugar o no la excepción, PERO DEJANDO SIN RESOLVER, SI SE PUEDE O NO ORDENAR INTEGRAR LA LITIS. Ahora bien, ante la laguna procesal señalada, se puede aplicar por analogía la solución dada por el C.P.C., concretamente, ordenar a la parte la ampliación de la demanda o contrademanda dentro de un plazo prudencial, bajo las sanciones contempladas en el procedimiento civil en su omisión. Al decir la Sala Primera de Casación que "...Ahora bien, supuesto que el litis consorcio necesario, pasivo o activo, implica la obligada participación en el proceso de todos aquellos sujetos que la resolución pretendida pudiera afectar, es obvio que en orden a determinar quiénes deban ser tales sujetos, lo que primero se impone es un análisis cuidadoso de las petitorias, para de sus términos, saber si puede la causa resolverse con las personas que ya actúan en el proceso o si es necesario involucrar a otras... si bien conforme al artículo 44, inciso f), de la Ley de Jurisdicción Agraria, la no integración de la litis con las personas que podrían resultar afectadas con el pronunciamiento, constituye una defensa previa que debe ser resuelta interlocutoriamente, no hay razón para considerar que esa normativa excluya la aplicación de disposiciones concebidas en interés de la economía procesal, como es el caso del artículo 106 del Código Procesal Civil, de suerte que bien podría el juzgador ante una defensa como la que se analiza, conferir el plazo que este último numeral estipula para que se integre la litis y así se subsane el vicio. No debe olvidarse que las formalidades procesales han de entenderse

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la relación jurídica material, la decisión se deba hacer en relación con varias personas,[53] es decir, cuando exista una vinculación material en el negocio de que se trate, que haga imprescindible la presencia de otra u otras personas para que figuren ya sea como actor o como demandado, y con el fin de evitar procesos inocuos.

No se debe confundir el caso de la litisconsorcio, con la citación que antes del juicio verbal puede hacer el juez, de las personas físicas o jurídicas, vinculadas al negocio de que se trate,[54] ya que en estos casos, no existe una relación material, sino un simple interés del citado al proceso, quien debe tomar el juicio en el estado en que se encuentre en el momento de su citación, y hacer las alegaciones que considere oportunas en protección de sus intereses. Las anteriores excepciones combaten presupuestos de forma o procesales y por lo tanto son excepciones de forma.[55]

---

siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto en la decisión jurisdiccional, y no como obstáculos encaminados a enervar el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo. Lo anterior equivale a decir que en la jurisdicción agraria, al igual que en el proceso civil, el juez puede integrar el litis consorcio como medida de saneamiento, desde la admisión de la demanda y en las oportunidades que corresponda, y no únicamente por vía de defensa previa." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 149, de 14.20 h de 6 de noviembre de 1992. Posteriormente el Tribunal Superior Agrario adoptó el criterio de la Sala, y así tenemos las siguientes resoluciones: "CONSIDERANDO... II Por lo expuesto debe de confirmarse lo resuelto por el a quo en cuanto declara la existencia de una litis consorcio necesaria en relación con dicho Instituto. Ahora bien, como la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en casos de litis consorcio, ha establecido recientemente que nada impide que por analogía se aplique el artículo 106 del Código Procesal Civil, lo correcto es revocar el auto sentencia apelado en cuanto ordena el archivo del expediente para en su lugar prevenir a las partes que dentro del término de ocho días amplíen la demanda y contrademanda contra el Instituto de Desarrollo Agrario, bajo el apercibimiento de dar por terminado el proceso en relación con la demanda y en cuanto a la contrademanda declararla inadmisible. También debe la parte actora, bajo el mismo apercibimiento y dentro del mismo término, ampliar la demanda en relación con Marina Garro Fernández, pues no se puede declarar la nulidad de un acto o contrato, si no figuran como partes, quienes han figurado en ellos.—"Tribunal Superior Agrario, Nº 684-93 de las 13.45 h del 23 de setiembre de 1993. En el mismo sentido Nº 660-93 de las 14.00 h del 9 de setiembre de 1993.

53. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 44, inciso f); y Código Procesal Civil, art. 106.

54. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 40.

55. El LIC. GÍLBERT OCONITRILLO JARA, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR AGRARIO, opina: que las excepciones que pueden DECLARARSE DE OFICIO SON LAS DE FORMA, no así las de fondo y que la resolución respectiva no produce cosa juzgada. Por este motivo, es de interés la posición de Chiovenda, así como la sostenida por el T.S.A. en dos resoluciones que adelante citaremos, y finalmente otra de la Sala Primera de la Corte, que también adelante citaremos. En la doctrina, para unos, la cosa juzgada puede ser declarada de oficio. Chiovenda (Instituciones Nº 119), citado por ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar. Soc. Anón. Editores, 1961, tomo IV, p. 125, y tomo III, p.148, nota 227; y sostienen además que "La cosa juzgada no se verifica para las sentencias que se pronuncian sobre la admisibilidad de los medios de prueba, NI PARA AQUELLAS QUE LO HACEN SOBRE LAS EXCEPCIONES PROCESALES, sino exclusivamente para las sentencias que acogen o rechazan la demanda "El resultado de la certeza jurídica sólo se obtiene de la sentencia definitiva. Fuera de esos límites, no existe certeza jurídica a proteger "CHIOVENDA, ENSAYOS, I. III, pp. 274 y 223. Citado por ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y comercial, Ediar. Soc. Anón. Editores, 1961, tomo IV, p. 127. Resolvió el Tribunal Superior Agrario: "Conoce el Tribunal por apelación de la sentencia; ANULA LA RESOLUCIÓN FIRME QUE DECLARÓ SIN LUGAR LA LITIS CONSORCIO ACTIVA Y PASIVA para que no haya resoluciones contradictorias, y además revoca la sentencia y sin fallar sobre el fondo acoge litis consorcio, AGREGANDO QUE LA RESOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LITIS CONSORCIO NO PRODUCE ESTADO Y PUEDE ANULARSE, pues el IDA debe ser actor en reivindicaciones de parcelas del IDA. Tribunal Superior Agrario, Nº 591 de 8.00 h del 26 de agosto de 1992, Ordinario de A.E.Z. contra J.H.R. En otro caso, NO SE OPUSO LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, únicamente se opusieron las excepciones de falta de derecho y la genérica de sine actione agit. El Tribunal confirma la sentencia, que declara sin lugar la demanda, PERO EN EL ENTENDIDO QUE LA EXCEPCIÓN QUE SE ACOGE ES LA PRESCRIPCIÓN POSITIVA, USUCAPIÓN —lo que hace de oficio— y OMITE PRONUNCIAMIENTO EN CUANTO A LAS OTRAS DEFENSAS. Tribunal Superior Agrario, Nº 662 de 10.15 h de 24 de setiembre de 1992, Ordinario de B.E.J. contra O.H.H. La Sala Primera de Casación ha resuelto: "CONSIDERANDO... XXIV. En cuanto al fondo se refiere no lleva razón la parte recurrente respecto a que los juzgadores de instancia no podían declarar a favor de los demandados la prescripción positiva; ello, porque en primer lugar, al tratarse de una defensa lo que se hizo fue declararla con lugar frente a las pruebas evacuadas dando como consecuencia a su vez la declaratoria sin lugar de la demanda. PERO TAMBIÉN, E INCLUSO SIN QUE HUBIERA SIDO OPUESTA COMO DEFENSA, EN MATERIA AGRARIA EL JUEZ PODÍA HABERLA DECLARADO SI TAN SOLO SE HUBIERA ENTRADO A CONOCER LA DEFENSA DE FALTA DE DERECHO; aún más, si los demandados ni siquiera contestan la demanda en esta materia ello no implica necesariamente contestación afirmativa (art. 40, párrafo 1 y 43 de la L. de J.A.); de ahí que si la parte actora no logra probar el fundamento de su acción, O BIEN DE LA PRUEBA SE LOGRA DETERMINAR QUE HUBO PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O USUCAPIÓN, PERFECTAMENTE EN LA SEGUNDA HIPÓTESIS PLANTEADA, PUEDE EL JUEZ TAMBIÉN DECLARAR SU EXISTENCIA "Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 230 de 16.00 h de 20 de julio de 1990, Ordinario de J.R. y M., ambos V.M y C.M.CH. contra J.V.S.; R, M.A. y N., estos tres, V.B., y la Sucesión de M.S.A.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Dentro de la enumeración de excepciones previas, que ese artículo hace, además de las excepciones de forma citadas antes, menciona otras excepciones, —también previas— que atacan los presupuestos de fondo, y por aspectos de economía procesal se impone se traten y resuelvan interlocutoriamente y no en sentencia.

En este último orden de ideas, La Ley de Jurisdicción Agraria contempla también como excepciones previas:

f) LA DE COSA JUZGADA,[56] pero se trata de la cosa juzgada material, aquella que produce la sentencia contra la que no cabe ningún

---

56. "...la litis pendencia supone la existencia de un proceso en marcha y la cosa juzgada un proceso finiquitado; pero ambas requieren la concurrencia de las tres identidades (persona, causa, objeto) y tienden al mismo propósito: evitar dos pronunciamientos sobre una misma cuestión... e) La cosa juzgada es una excepción establecida en favor de quien ha obtenido pronunciamiento favorable en un litigio. Por consiguiente, puede renunciar a ella, y, si no la opone en presencia de una nueva demanda, se presume que prescinde de ella para someterse a los efectos de un segundo pronunciamiento. De aquí que sólo cabe tenerla en consideración cuando es alegada formalmente y no pueda ser declarada de oficio, salvo que se trate de cuestiones que afecten al orden público "ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar Soc. Anón. Editores, Segunda Edición, 1961, tomo III, pp. 146-148. "1. Concepto de la cosa juzgada formal. I. La eficacia propia del proceso se desarrolla, como es lógico, en la órbita jurídica a que pertenece, esto es, en la órbita procesal misma. Esta clase de eficacia podría resumirse en una expresión fundamental: la vigencia indefinida de los resultados procesales una vez logrados... La cosa juzgada en sentido amplio es, pues, la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales. Esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso. El proceso, en virtud de la figura de la cosa juzgada, se hace inatacable, y cosa juzgada no quiere decir, en sustancia, sino inatacabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido. Ahora bien, hay dos maneras distintas de atacar un cierto resultado procesal. Una es la manera directa o inmediata, que consiste en una impugnación de la decisión procesal en sí misma. Otra es la manera mediata o indirecta, que consiste en una discusión de los resultados procesales a través del rodeo que supone la apertura de un nuevo proceso, sobre la misma materia, en que puede llegarse a un resultado opuesto o contradictorio del anterior. Cuando un resultado procesal no es directamente atacable, entonces se dice que goza de fuerza de cosa juzgada material, pues lo que se impide precisamente es la discusión de la materia ya decidida...Quiere decirse, por lo tanto, que la cosa juzgada formal puede ser correctamente definida como la imposibilidad de que una cierta decisión procesal sea recurrida: el cierre de los recursos procedentes contra la misma... 1. Concepto de la cosa juzgada material. II. Cosa juzgada material es, pues, la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita por la vía de apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad. III. No se trata tanto, sin embargo, de impedir la apertura de nuevos procesos cuanto de que en ellos no se desconozca la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada. La antigua y mera función negativa de la cosa juzgada: imposibilidad general de abrir nuevos procesos: non bis in idem, ha sido sustituida, en los procesos modernos, por la llamada función positiva de la cosa juzgada, que lo que impide es que en ningún nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fue fallado... En nuestro derecho rige en este punto el principio dispositivo, como lo demuestra el que la LEC. considera a la cosa juzgada como una excepción: art. 544, que ha de ser alegada en juicio por las partes si se quiere que prospere." GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, tomo I, pp. 547, 548, 553, 554 y 563. "b)...cosa juzgada forma y cosa juzgada material. La primera se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, sea porque las partes han consentido el pronunciamiento de primera instancia, sea por haberse agotado los recursos ordinarios y extraordinarios cuando ellos procedan; pero sin que obste a su revisión en un juicio posterior. La segunda, en cambio se produce cuando a la irrecurribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión... c) la cosa juzgada material se refiere, pues, al contenido de la sentencia, y sus caracteres son la inmutabilidad y la coercibilidad; es decir, que proyecta sus efectos hacia el pasado y hacia el futuro... Elementos. a) La inmutabilidad de la sentencia que la cosa juzgada ampara, está condicionada por la exigencia de que la acción a la cual se opone sea la misma que motivó el pronunciamiento..., y la excepción de cosa juzgada procederá cuando en ellas coincidan: 1º) los sujetos, 2º) el objeto, 3º) la causa. Basta que una sola difiera para que la excepción sea improcedente... A) SUJETOS,... Partes... hay cosa juzgada en razón de las personas, es establecer sus límites subjetivos; es decir, a quienes se extiende su autoridad. En principio, la sentencia afecta únicamente a quienes hubieran intervenido en el proceso en calidad de partes... B) OBJETO. Concepto. Se entiende por objeto del litigio, el bien que se pide concretamente en la demanda... es la cosa que se pide; pero no en sentido corporal, sino en el de la utilidad o venta que con ella se pretende... Puede por ello consistir en una cosa, en un hecho, en una abstención o en una declaración... C) CAUSA. Concepto. La causa es el hecho jurídico que se invoca como fundamento de la acción y no se debe confundir con el hecho constitutivo del derecho o con la norma abstracta de la ley... A los efectos de excepción de cosa juzgada, la identidad de causa debe referirse a la causa de la demanda, "causa petendi ", y no a la causa de la obligación... Qué parte de la sentencia hace cosa juzgada. a) se halla vinculada a los conceptos... sobre la naturaleza de la sentencia y relación con la cosa juzgada. Así para quienes la sentencia constituye una unidad, la cosa juzgada no reside solamente en la parte dispositiva, sino en los motivos de la misma; en tanto que para otros, el juez no representa al Estado cuando razona, sino cuando decide, por lo que los fundamentos carecen de fuerza juzgada y sólo debe atenderse a la parte dispositiva...". ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ediar Soc. Anón. Editores, Segunda Edición, Tomo IV. 1961, pp. 124, 134, 136, 147, 151. Sobre la posibilidad de declarar de oficio la excepción de cosa juzgada, la Sala Primera ha dicho: "CONSIDERANDO... III.—Al contestar la demanda la albacea de la Sucesión opuso la excepción de falta de derecho. Como esta defensa se refiere a presupuestos de fondo su análisis procede aún de oficio. No opuso, en efecto, la excepción de cosa juzgada, pero el tema sí fue debatido. En todo caso ya se ha resuelto sobre la potestad de declarar de oficio la cosa juzgada pues ésta constituye una falta de derecho. En efecto en la sentencia de Casación Nº 101 de las 10 horas y 15 minutos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tipo de recurso, a excepción del extraordinario de revisión. Esta excepción se opone cuando el proceso que se somete a discusión ya fue fallado y se da una identidad de partes, objeto, y causa, (el objeto lo localizamos en la petitoria de cada juicio, y la causa entendemos como la conducta humana o de la naturaleza regulada por la ley que le da fundamento al actor para accionar), por lo que se busca evitar un nuevo juicio o juicios contradictorios.[57]

g) Por último tenemos la excepción de **PRESCRIPCIÓN,**[58] y estimo que se refiere a la negativa, que al operar, lo que perece o se extingue es el derecho, y por ende, fácilmente las podemos determinar y de allí su resolución interlocutoria. En cuanto a la prescripción positiva o usucapión, —por la cual se adquiere un derecho— por su naturaleza debe tratarse en sentencia. Cuando se interpone una excepción de prescripción, recomendamos indicar clara-

---

del 6 de setiembre de 1961, con redacción de Fernando Baudrit, se expresó: "Se ha dicho que en un régimen de derecho, la justicia es el acierto en la aplicación de la ley. La frase cobra muy importante sentido cuando se pone a los juzgadores frente a las condiciones indispensables de una sentencia estimatoria de la demanda o de la reconvención: el derecho, el interés y la legitimación en causa, activa y pasiva, con lo cual se hace referencia a las circunstancias de que el actor sea el titular o dueño del derecho, —legitimación activa— y el demandado la persona verdaderamente obligada a la correspondiente prestación, —legitimación pasiva—. ¿Podrá un Juez de derecho, aún en ausencia de las correspondientes excepciones o defensas, acoger una pretensión por vía de demanda o de contrademanda, si los autos revelan que no hay derecho, o que no existe actual interés, o que el derecho no pertenece a quien lo ejercita, o que el demandado no es la persona a quien se puede legítimamente compulsar a satisfacer la pretensión? La respuesta ha de ser negativa en los cuatro supuestos, si es que la justicia, en un régimen de derecho, ha de seguir siendo el acierto en la aplicación de la ley. Porque si los autos revelan que el derecho no existe, ¿cómo declararlo a pretexto de falta de defensa de parte en ese sentido? ¿Si el interés no es actual y así resulta del proceso, la ausencia de excepción concreta del litigante interesado, debe llevar a tener por realidad lo no nacido o que se extinguió legalmente? Y si no obstante la falta de defensa respectiva, resulta claramente manifiesto del proceso que, existente el derecho, el que lo ejercita no es su titular, o la persona contra quien se ejercita no es la obligada a satisfacerlo, ¿cómo hacer lugar a lo demandado en favor de quien no tiene el derecho o contra quien no es obligado a la prestación? Por todo ello, la doctrina procesal reconoce la necesidad de que los presupuestos de una sentencia estimatoria deben examinarse de oficio, y que sentencia de tal clase no puede dictarse en ausencia de cualquiera de ellos. Porque una parte no se excepcionó, la sentencia no puede reconocer un derecho inexistente, o que no ha nacido o que se extinguió, cuando legalmente la estimación es declarable de oficio, como en el caso de caducidad —especialmente— o reconocer un derecho a favor de persona a quien no pertenece o admitir que se ejercita contra quien no es obligado a darle satisfacción. El artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles manda, en cuanto interesa, que para entablar una acción ante los tribunales de justicia, —y para que ésta prospere, con mayor razón— se requiere derecho real o personal de quien acciona y ejercitable contra el demandado, así como interés actual en su ejercicio; y si del proceso resulta que no existe derecho, o que esto no es de quien acciona o que no corresponde exigirlo de la persona a quien se demanda, o que carece de interés actual el ejercicio de la acción, al Juez de derecho, al amparo de la norma citada, no queda otro camino legítimo que desestimar lo pretendido. Por eso dijo esta Corte, en fallo Nº 34 de 10.20 horas de 22 de marzo de 1961, en parte del Considerando II: "Los presupuestos de una sentencia estimatoria, sean el derecho, el interés y la legitimatio ad causam, tanto pasiva como activa, condensados en los incisos 1º y 2º y en el párrafo final del artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles, deben ser examinados oficiosamente por el juzgador. Si tales presupuestos de fondo no están satisfechos a cabalidad, la sentencia no puede ser estimatoria, sino que, por el contrario, debe desestimar la pretensión. La cosa juzgada indudablemente extingue el derecho respectivo y no es erróneo denegar una demanda por falta de éste, cuando llegó a su fin de aquella manera. Conviene advertir a mayor abundamiento, por lo que mira a la cosa juzgada, que la posibilidad de considerarla aún de oficio y siempre que sea evidente su existencia, está ya reconocida por la doctrina, tal como lo exponen, entre otros, Enrique Tulio Liebmann, Eficacia y Autoridad de la Sentencia, páginas 73 y 74, y Ramón Palacios, La Cosa Juzgada, páginas 171 a 173, todo ello en armonía con el concepto público de la jurisdicción y con el principio de que con la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada se agota la actividad jurisdiccional que permitió resolver el caso controvertido, sin que sea posible a las partes exigir un nuevo pronunciamiento sobre lo mismo que los tribunales resolvieron de manera inmutable y definitiva." Esta sentencia se ha de comprender dentro del nuevo ordenamiento procesal en cuanto el Artículo 1º del Código de Procedimientos Civiles se encuentra en los numerales 102, 104 y 121 del Código Procesal Civil. "Sala Primera Nº 058-93, de las 14.40 h del 27 agosto de 1993. También pueden consultarse entre otras SALA PRIMERA Nº 023-F-91 de 15.40 h del 13 de marzo de 1991. SALA PRIMERA Nº 200-F-91 de 14.10 h del 15 de noviembre de 1991. SALA PRIMERA Nº 151-F-92. de 16.00 h del 11 de noviembre de 1992.

57. En ese sentido, Tribunal Superior Agrario, Nº 482 de 13.20 h del 10 de julio de 1992.

58. Ley de Jurisdicción Agraria art. 44 inc. ch). Respecto de la CADUCIDAD COMO EXCEPCIÓN, la misma no está contenida por el art. 44 de la Ley de Jurisdicción Agraria, pero si está contemplada como excepción por el art. 298, inciso 10) del C.P.C. y respecto al momento procesal para interponerse en materia agraria, la Sala Primera ha dicho: "CONSIDERANDO... IV.—La caducidad, en el nuevo Código Procesal Civil, puede interponerse como excepción previa (artículo 298, inciso 10, y siguientes), dentro de los primeros 10 días del emplazamiento, o antes del dictado de sentencia de segunda instancia (artículo 307) En este último caso, la excepción debe tramitarse en la vía incidental y ser resuelta en la sentencia definitiva. En la Ley de Jurisdicción Agraria, por el contrario, no está incluida en el artículo 44 como defensa previa. Además, no es posible alegarla hasta antes del dictado de sentencia en segunda instancia, como sucede

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente a cuál tipo de prescripción nos referimos, para no causarle al Juzgador, confusiones al momento de fallar.

Finalmente señalamos, que se pueden presentar casos complejos sobre la excepción de prescripción negativa y que de resolverse interlocutoriamente, puede significar prácticamente resolver todo el fondo del asunto, por lo que recomendamos para estos casos, diferir su resolución para la sentencia.

K) INTERPOSICIÓN Y TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES EN GENERAL.

En cuanto a la interposición y trámite de las excepciones en general, la regla es que se interponen con la contestación de la demanda, o contrademanda,[59] y que salvo las previas (cuyo trámite es diferente), todas cuando se interponen debemos hacerlo conjuntamente con la prueba que las apoye. Una vez interpuestas,[60] se otorga audiencia por tres días a la contraria, la que al contestar debe ofrecer también su contraprueba, quedando su resolución para la sentencia.

Respecto de las excepciones previas,[61] debemos interponerlas al contestar la demanda, ofreciéndose en ese acto la prueba del caso, salvo la excepción de incompetencia que debemos interponerla dentro de los tres primeros días del emplazamiento,[62] y por ello es que se le conoce como preprevia, y de la cosa juzgada que podemos interponerla en cualquier momento hasta antes de la sentencia definitiva.

El trámite de estas excepciones es el de los incidentes; interpuestas, se da audiencia por tres días a la contraria quien al contestar debe ofrecer su prueba, evacuada la misma (MINI JUICIO), se dicta el auto-sentencia contra el que no existe recurso alguno en el caso de declararse sin lugar la excepción o excepciones; gozando de todos los recursos, incluso hasta para ante la Sala de Casación si lo permite la cuantía, en el evento de declararse con lugar las mismas.[63]

Finalmente en lo relativo a la excepción previa de falta de legitimatio ad processum, que cuando se opone y realmente exista el defecto, el Juez otorga un plazo de tres días a la parte actora para que haga la corrección correspondiente y vencido el plazo hace el pronunciamiento del caso.

L) MEDIDAS CAUTELARES.

En lo pertinente, se aplican los procedimientos específicos y a que se refieren el Título IV, Capítulo I del Código Procesal Civil, así como toda aquella medida precautoria que el Juez estime adecuada, cuando exista temor fundado en que una parte pueda causarle al

---

en el proceso civil, pues el artículo 41, párrafo segundo, de la citada Ley, dispone textualmente: "...la parte demandada o reconvenida deberá oponer, en el mismo acto de la contestación o réplica, todas las excepciones que tenga a su favor...". Sólo las excepciones de incompetencia, la cual debe interponerse dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la demanda (artículo 16, inciso b), y la de cosa juzgada, que puede ser presentada en cualquier estado del juicio, antes de sentencia definitiva (artículo 44), se exceptúan de esa regla. Por ende, no resulta de recibo la excepción de caducidad si no se opuso al contestar la demanda. En el sub júdice, esta excepción fue alegada, la primera vez, al expresarse agravios ante el Tribunal Superior Agrario. El ad quem, ni siquiera dio traslado de ésta a la parte contraria, pero sí la resolvió al dictar sentencia, lo cual, por las razones dadas, era improcedente. En todo caso, conforme se dirá, esta excepción no sólo era extemporánea, sino también improcedente en cuanto al fondo del asunto." Sala Primera Nº 051-93 de 15.00 h del 11 de agosto de 1993.

59. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 41, p. II.

60. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 42.

61. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 44.

62. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 16, inc. b). En ese sentido, Tribunal Superior Agrario, Nº 463 de 8.40 h de 10 de julio de 1992. "De conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del art. 16 de la L. de J.A. la excepción de incompetencia de jurisdicción en materia agraria, debe ser interpuesta dentro de los tres días posteriores a la notificación de la demanda. En el presente proceso... la excepción fue interpuesta junto con la contestación... cuando ya había transcurrido sobradamente el término aludido. Por lo expuesto... lo procedente es rechazar la presente excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, por haber sido presentada extemporáneamente... "Tribunal Superior Agrario, 8.40 h de 10 julio 1992.

63. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 45.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derecho de la otra, una lesión grave y de difícil reparación. Con ese objeto, el juez puede autorizar o prohibir la práctica de determinados actos u ordenar el depósito de bienes.[64]

M) FIJACIÓN Y OBJECIÓN A LA CUANTÍA.

La ley de Jurisdicción Agraria, no regula expresamente el trámite de fijación y objeción a la cuantía, porque en esta materia especializada, al conocer los jueces agrarios en primera instancia de todos los asuntos de esta jurisdicción, la cuantía no tiene ninguna importancia, a excepción de determinar en su oportunidad la admisión o no del recurso para ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, pero resulta que en la práctica, se han presentado casos en los que existe desacuerdo entre las partes por la estimación dada por la contraria, la que consideran exagerada y por ello hace la objeción de la cuantía, objeción que se tramita en la vía incidental, con aplicación supletoria del Código Procesal Civil.[65]

III. FASE SEGUNDA O ETAPA DEMOSTRATIVA O DEL JUICIO VERBAL[66]

Contestada la demanda o la contrademanda en su caso, o bien, tenidas por contestadas éstas por vencimiento del plazo respectivo, decretada la rebeldía y resueltas las excepciones previas interpuestas por las partes, el Juez cita a las partes a una comparecencia para el recibimiento de pruebas,[67] resolución con la que se inicia la segunda fase o etapa del proceso ordinario agrario, la etapa demostrativa o juicio verbal, donde es más evidente el principio de la verbalidad procesal como modalidad de la oralidad, que rige e inspira este tipo de procesos, y en donde vemos que cobra vida la concentración e inmediación de la prueba, con el aumento de los poderes del juez y la disminución del de las partes.

A) CONTENIDO DEL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO.[68]

En ese auto el Juez citará a las partes para la comparecencia de recibimiento de pruebas, advirtiendo que esa diligencia se practicará con las partes que concurran, estando facultado para hacer dos o más señalamientos, no mediando más de tres días entre uno y otro, e indicando la prueba a recibir en cada señalamiento, y apercibirá a las partes la obligación de presentar sus testigos, pues de no hacerlo,

---

64. Código Procesal Civil, arts. 241 y ss.

65. Código Procesal Civil, art. 297. Al respecto puede verse Tribunal Superior Agrario, Nº 72 de las 15.45 h del 8 de febrero de 1994.

66. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 46. "CONSIDERANDO... III.—En el caso de autos en resolución dictada a las trece horas con cinco minutos del tres de abril del año en curso, se resolvió que resulta improcedente realizar el juicio verbal (comparecencia de recibimiento de pruebas), porque no se había ofrecido prueba testifical y de una vez en ella se confiere audiencia a las partes para alegar de buena prueba... No cabe ninguna duda que en este caso se violentó el debido proceso violándose el artículo 39 de la Constitución Política, ya que se eliminó la parte más importante del proceso, nada menos que la audiencia de recepción de pruebas. En un juicio ordinario de reivindicación no es posible prescindir de la diligencia de recibimiento de pruebas a que se refieren los numerales 46 y 47 de la L. de J.A., dado que en este tipo de procesos, debe hacerse llegar a los autos prueba en relación con la identidad del bien a reivindicar y especialmente en relación con quien y desde cuando, ejerce posesión sobre el terreno a reivindicar, ...El simple hecho de que se ha violentado el debido proceso es suficiente para decretar la nulidad de la sentencia, pero dado que existen otros vicios que se dan desde el escrito de demanda, se considera prudente de una vez aprovechar esa circunstancia para decretar, con fundamento en el artículo 495 del C. de T., aplicado por disposición del artículo 26 de la L. de J.A., la nulidad de todo lo actuado resuelto a partir del auto de las catorce horas con treinta minutos del tres de octubre de mil novecientos noventa y uno, que es el que le da curso a la demanda, con la salvedad de que el reconocimiento judicial practicado en autos queda vigente, las razones son las siguientes: El escrito de demanda no reúne los requisitos del artículo 38 de la L. de J.A. ...Por tanto: Excepto en cuanto al reconocimiento judicial practicado en autos, se anula todo lo actuado y resuelto a partir de..." Tribunal Superior Agrario, Nº 854 de 14.00 h de 2 de diciembre de 1992.

67. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 46.

68. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 46.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

puede prescindir de esa prueba sin necesidad de resolución que la declare inevacuable. En ese mismo auto, el Juez está facultado para reducir el número de testigos ofrecido por la parte a tres, pero tiene obligación de recibir cuando menos uno de los ofrecidos sobre hechos específicos y finalmente podrá ordenar que la diligencia se realice en el predio afectado,[69] y recibir en ese acto la confesión y declaración de partes, por lo que expresamente apercibirá al confesante o a quien deba rendir declaración de parte, que de no asistir, tendrá por absueltas afirmativamente las preguntas del interrogatorio, por lo que ordenará notificar esa resolución de modo personal o en su casa de habitación al confesante o declarante de parte, debiendo mediar cuando menos tres días entre la notificación y la fecha del recibimiento de esa prueba.[70] También podrá ordenar prueba pericial y hacer el reconocimiento judicial en ese acto.[71]

Cabe destacar que este auto no contiene ningún pronunciamiento sobre admisión o rechazo de prueba ofrecida por las partes, pero con aplicación del principio de los amplios poderes del Juez, el de celeridad, economía procesal, que inspira este tipo de procesos, y con base en la autorización de la parte final del párrafo II del artículo 26 de la L.J.A. y por ende aplicando el artículo 316 del C.P.C., el Juez podrá de oficio ordenar todo tipo de prueba que estime necesaria acorde al expediente, para un mejor esclarecimiento de los hechos, haciendo la observación que esta prueba del juez no es la prueba para mejor resolver que contempla el artículo 52 de la L.J.A.

En el tan comentado tema de la conciliación que contiene el Código Procesal Civil,[72] algunos han pretendido aplicarlo al ordinario agrario,[73] y opinamos que no es posible hacerlo, ya que no pueden crearse nuevas etapas en el proceso agrario no expresamente previstas en la ley, y en el peor de los casos, no sería la conciliación en los términos que lo regula el Código Procesal Civil como podría aplicarse en sede Agraria, sino la conciliación en los términos que lo regula el Código de Trabajo,[74] Código que en ausencia de norma se tiene que aplicar primero que el Procesal Civil, por ordenarlo así la Ley de Jurisdicción Agraria,[75] cuya aplicación también negamos, por las mismas razones que dimos para negar la aplicación de la conciliación civil, porque no se pueden crear nuevas etapas del proceso que no están contempladas expresamente en la ley.

B) EL JUICIO VERBAL PROPIAMENTE DICHO Y EL ACTA DEL MISMO.

El juicio verbal o recibimiento de la prueba se celebrará si fuere posible en el predio afectado,[76] y en ese acto el Juez rechazará la

---

69. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 48.

70. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 47, p. II. Código Procesal Civil, art. 338 a 343.

71. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 48.

72. Código Procesal Civil, art. 314.

73. "De conformidad con los artículos 220 y 314 del Código Procesal Civil aplicados supletoriamente, se convoca a las partes a una diligencia de conciliación que se llevará a cabo en este Despacho a las catorce horas del veinte de agosto de mil novecientos noventa. Deberán comparecer todas las partes." Juez. Juzgado Agrario de Liberia, Res. de 9:30 hs de 20 junio 1990, Ordinario de B.Ch.C. hoy de G.Ch.C. y otro, contra Edin Artavia Ramírez y otro, Exped. 121-90.

74. Código de Trabajo, artículos 474-475.

75. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 26.

76. "Otorga al Juez la facultad de celebrarlo en el lugar de los hechos, pero no lo obliga en forma terminante a que lleve a cabo la comparecencia en ese sitio ni mucho menos con una sanción de nulidad "Tribunal Superior Agrario, Nº 124 de 9.45 h de 27 de febrero de 1990. "Considerando III... No cabe ninguna duda que en este caso se violentó el debido proceso violándose el artículo 39 de la Constitución Política, ya que se eliminó la parte más importante del proceso, nada menos que la audiencia de recepción de pruebas. En un juicio ordinario de reivindicación no es posible prescindir de las diligencias de recibimiento de pruebas a que se refieren los numerales 46 y 47 de la Ley de Jurisdicción Agraria, dado que en este tipo de procesos, debe hacerse llegar a los autos prueba en relación con la identidad del bien a reivindicar... quien... ejercer posesión... Por tanto... se anula..." Tribunal Superior Agrario, Nº 854 de 14.00 h de 2 de diciembre de 1992. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 48.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

prueba no ofrecida oportunamente por las partes.[77]

Del resultado de la prueba levantará un acta lacónica,[78] donde no es necesario consignar ni las generales de los testigos, ni la juramentación de ellos, tampoco se consignarán las preguntas, repreguntas o discusiones o alegatos sobre admisión o rechazo de prueba.

Si al juicio verbal no compareciere la parte actora sin causa justificada a criterio del Juez, éste le impondrá una multa de cincuenta a doscientos colones y no hará nuevo señalamiento en tanto no se haya cancelado la multa respectiva y si por gestión de la contraria se hicieren nuevos señalamientos, la prueba favorable a la parte actora no se recibirá en tanto no pague la multa dicha.[79]

Respecto a los medios de prueba, debemos acudir al Código Procesal Civil[80] y en cuanto a la testimonial,[81] no se requiere interrogatorio formal, pues el Juez los interrogará de oficio primero sobre cuestiones generales, después sobre hechos generales y finalmente sobre las cuestiones específicas o sobre el aspecto sobre el cual lo ofreció la parte.

Recomendamos que al ofrecer los testigos en el escrito de demanda, contestación, o reconvención, se indique en ellos, que se ofrece el testigo para acreditar o demostrar tales o cuales hechos, o que se ofrece para demostrar tal aspecto en concreto.

Primero interroga el Juez en los términos indicados, posteriormente lo hace la parte que lo propuso y finalmente la parte contraria. Las preguntas que se admiten serán solo para aclarar o rectificar lo dicho por el testigo y se formularán de modo claro y preciso a través del Juez, y en el evento de que se presente alguna oposición, se retirará al testigo, se resuelve el punto y se continúa con la prueba.

Cuando alguno de los abogados de las partes trate de algún modo insinuar la contestación al testigo, este abogado SERÁ RETIRADO por el Juez de la audiencia, a solicitud de parte o de oficio.[82]

Pese a que la Ley de Jurisdicción Agraria, hace mención a la tacha de testigos, la misma no existe,[83] pues como esa ley no contiene las causales, tenemos que aplicar con autorización de Ley de Jurisdicción Agraria[84] el Código Procesal Civil, y en este último esas causales fueron eliminadas.[85]

Respecto de la confesión o de la declaración de parte, el auto de citación y señalamiento de hora y fecha se tiene que notificar cuando menos, con tres días de anticipación a la fecha señalada al efecto para la confesión,[86] sancionándose la no asistencia del confesante a la

---

77. Ley de Jurisdicción Agraria, arts. 38, 40, 41.

78. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 50.

79. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 47, p. III.

80. Código Procesal Civil, art. 318. "Considerando VIII... En todo caso,... —la actora— ...no podía adquirir la parcela por prescripción, al no tener ni siquiera a la fecha en que se le notificó la demanda,... el tiempo necesario para usucapir, ...según ella misma lo admite en el ya aludido escrito, cuando dice que desde hace unos nueve años posee el inmueble, aseveración que efectivamente, debe tenerse como confesión de parte, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 249 del Código de Procedimientos Civiles anterior, que corresponde al artículo 341 del Código Procesal Civil vigente: NORMAS JURÍDICAS QUE CONTRARIO A LO EXPUESTO POR LA RECURRENTE SON DE APLICACIÓN EN MATERIA AGRARIA, TAL Y COMO SURGE DE UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LOS PÁRRAFOS 2º, DE LOS NUMERALES 6º Y 26 DE LA LEY DE JURISDICCIÓN AGRARIA..." Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 24 de 9.20 h de 23 de abril de 1993.

81. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 50.

82. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 50, p. VI.

83. En ese sentido ver, Tribunal Superior Agrario, Nº 87, de 14.10 h del 10 de julio de 1992.

84. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 26.

85. El Código Procesal Civil vigente es posterior a la promulgación de la Ley de Jurisdicción Agraria. En el anterior Código de Procedimientos Civiles sí contenía motivos o causales de tacha

86. Código Procesal Civil, art. 343.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

diligencia con tener por contestadas afirmativamente las preguntas del interrogatorio.[87]

Si con el proceso agrario se ha pretendido humanizar la justicia, creando un proceso menos formal, rápido, menos costoso y por lo consiguiente más accesible a las clases no habientes, imperando en este proceso la verbalidad como modalidad de la oralidad, nos parece que en lo relativo a la forma del interrogatorio en la confesión,[88] o la declaración de parte, no es necesario presentar interrogatorio por escrito, pues el interrogatorio se puede formular en el acto de la diligencia de modo oral, pero por una cuestión de estrategia y para aspectos de poder sancionar la no asistencia del confesante o declarante con tener por contestados afirmativamente el interrogatorio pareciera recomendable cuando menos, que en el acto mismo de la confesión, presentar de forma escrita el interrogatorio para que el Juez pueda saber así —en casos como éste— cuáles son las preguntas a formular, y calificadas ellas pueda también tenerlas o no por contestadas afirmativamente como sanción. Por supuesto, esto no es obstáculo para que la parte interesada al pedir u ofrecer la confesión o declaración de parte, formule por escrito en sobre cerrado el interrogatorio, el que abrirá el Juez en el acto respectivo y procederá a la calificación de las preguntas.

Las preguntas se harán a través del Juez, quien puede también hacer las que estime necesarias para la averiguación de la verdad real, posteriormente le dará oportunidad a la parte que ofreció la prueba para que haga las preguntas o repreguntas que busquen aclarar o contradecir alguna o algunas de las contestaciones dadas, y finalmente en los mismos términos le dará la oportunidad a la parte contraria.

En la confesión, —al igual que respecto a la prueba testimonial— en caso de oposición a alguna pregunta o repregunta, se alejará al confesante o declarante, se resolverá el punto y se continuará con la diligencia probatoria.

En relación con el careo entre testigos, o entre estos y las partes, opinamos que este medio de prueba se aplica también al proceso ordinario agrario,[89] pero con la observación que esta prueba se puede ordenar pero a solicitud de parte o oficio, como prueba para mejor resolver, pues hasta tanto no se haya recibido la prueba testimonial, confesional o declaración de parte es que podremos saber si será necesaria o no esta prueba.

Respecto de la prueba documental, la misma también se debe aportar u ofrecer con la demanda, contestación, reconvención o réplica,[90] y no es requisito la presentación de copias de esos documentos pero los originales se guardarán en la caja de seguridad del despacho, y en los casos en que por pérdida pueda causarse un perjuicio irreparable que sea difícil de subsanar, los tiene que certificar el secretario.

La inspección ocular, —o de modo más acertado, reconocimiento judicial— puede ser tanto de personas, cosas como de lugares, la cual se practicará en el acto mismo del juicio verbal, pudiendo el juez hacerse auxiliar de un perito para cualquier estudio de campo.

La prueba que no se evacue o reciba en el juicio verbal o dentro del término improrrogable que el Juez señale al efecto,[91] se prescindirá de ella de oficio, sin necesidad de dictar resolución.

El principio de la inmediación de la prueba, —que rige el proceso agrario— se quiebra con la autorización contenida por el artículo 15 de la Ley de Jurisdicción Agraria, para que el Juez pueda delegar la práctica de diligencias probatorias o precautorias, en otras autoridades que administren justicia de rango inferior, o en otros

87. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 47, p. II.

88. Con autorización del artículo 26 de la L. de J.A. y aplicando el artículo 342 del Código Procesal Civil.

89. Código Procesal Civil, art. 367, aplicado con autorización de la Ley de Jurisdicción Agraria, art. 26.

90. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 27.

91. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 52.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

funcionarios judiciales de igual o inferior categoría de lugares fuera de su jurisdicción o su territorio,[92] pero no es toda ni cualquier tipo de prueba, cuya recepción puede delegar, sino aquella prueba como la declaración de un testigo o una confesión, pero jamás el reconocimiento judicial del fundo objeto del conflicto.

En el juicio verbal no hay incidentes y lo que se resuelve en él, carece de todo tipo de recursos.[93]

IV. FASE TERCERA O ETAPA CONCLUSIVA

Una vez realizado el juicio verbal, recibida la prueba que haya ordenado el Juez fuera de ese juicio, así como la ordenada para mejor resolver,[94] se inicia la fase conclusiva del proce-

---

92. "Dentro de las particularidades interesantes a destacar con la jurisdicción agraria recién conformada, explicable por los postulados consustanciales con ella, es el establecer el principio de la improrrogabilidad, con lo cual es la ley y no las partes quienes la definen, como reafirmación a su vez del principio de publicización del derecho procesal agrario. En el Derecho Procesal se contempla tanto la posibilidad de la delegación como de la prórroga de la jurisdicción. Existiría la delegación total si el Juez concede a otro Juez el conocimiento de todo el asunto sometido a su conocimiento para que la autoridad delegada dicte incluso el fallo, o bien parcial cuando lo es para la realización de algunas diligencias. La prórroga opera de modo expreso cuando las partes voluntariamente se someten a otro Juez renunciando al señalado por la ley, y tácitamente cuando recurriendo a un Juez no contemplado por la ley no se plantee la incompetencia y se acepte su jurisdicción, pero tanto en la expresa como la tácita debe tratarse de un Juez facultado para conocer de la pretensión. Estas posibilidades fueron excluidas en el derecho procesal agrario costarricense, pues se consagra expresamente la improrrogabilidad por lo que —aún queriéndolo las partes— solo puede conocer el Juez contemplado por la ley, aún cuando si se autoriza la delegación parcial, lo cual resulta criticable en cuanto a la recepción de la prueba por romper con el principio de inmediatez..." ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, Derecho Procesal Agrario. San José, Costa Rica, ILANUD, 1990, Tomo I. p. 120. "II. En el ejecutivo prendario de que se trata, establecido en el Juzgado agrario de Nicoya, el Juzgado no ha declarado incompetencia alguna, la asumió y la mantiene expresamente y por estar los bienes pignorados en una finca en Santa Cruz, comisionó al Juzgado Civil de este lugar para la práctica de una inspección ocular y el remate. No se está en presencia de una incompetencia ni de prórroga de competencia, se trata de una delegación de competencia que es cuestión de otra índole. Si bien el artículo 15 de la L. de J.A. en la delegación de competencia sólo se refiere a la práctica de diligencias probatorias, precautorias y de ejecución de sentencia, esa no es una lista taxativa, pues bien pueden haber otras diligencias que lo ameriten, por su naturaleza o urgencia, y en todo caso, la expresión "ejecución de sentencia" no debe entenderse en un sentido literal estricto como se ha hecho en el caso, sino como lo entiende la mejor y más moderna doctrina, como proceso de ejecución, que comprende inclusive el ejecutivo hipotecario y el ejecutivo prendario, como aparecerá en el nuevo Código Procesal Civil... Efectuar el remate mediante comisión al juez del lugar en que se encuentran los bienes, en el ejecutivo prendario lo autoriza el artículo 568 del C. de Com. y en el nuevo Código Procesal Civil, —cuando esté vigente— el artículo 679, y en general el 656 ibidem. Lo anterior significa que en un caso como el presente, no está de por medio una cuestión o conflicto de competencia, y el Juzgado comisionado lo que debe hacer es practicar, sin dilación alguna, las diligencias para las que se le comisionó. Para que proceda de esa manera y sin ningún otro pronunciamiento de esta Sala, lo que corresponde es devolver el exhorto. "Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 107 de las 14.45 h del 6 de setiembre de 1989, citado por ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, San José, Costa Rica, 1990, ILANUD, tomo I, pp. 121- 122. "III. En materia agraria la jurisdicción es improrrogable y solo se autoriza su delegación como excepción, para la práctica de diligencias probatorias, precautorias y de ejecución de sentencia (artículo 15 de la L. de J.A.) Si ello es así, lleva razón el Juez Civil de Santa Cruz, cuando en sus argumentos para plantear el conflicto indica que las diligencias para que se le comisiona no son las autorizadas por el texto legal citado, ya que la comisión es para notificar, practicar una inspección y llevar a cabo un remate. si el procedimiento agrario consagra el principio de la improrrogabilidad de la jurisdicción, no podría ampliarse a los casos de excepción que la misma ley prevé, al permitir en casos concretos, la interpretación ampliativa, sino restrictiva. Por otra parte, también lleva razón el Juez Civil de San Cruz, al expresar que dentro del ámbito territorial de competencia del Juez Agrario, no puede comisionar a un igual para la práctica de las diligencias judiciales autorizadas por el citado artículo 15, porque lo que éste dispone en ese caso, es que la delegación se haga en un funcionario de categoría inferior. Consecuentemente, por ser Santa Cruz jurisdicción del Juzgado Agrario de Nicoya, lo que procede es declarar que el Juez Civil de Santa Cruz, no tiene competencia por delegación para realizar las actuaciones para que fue comisionado." Tribunal Superior Agrario, Nº 61 de 13.00 h del 20 de enero de 1989, citado por, ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, Derecho Procesal Agrario, San José, Costa Rica, ILANUD, 1990, tomo I, p. 147.

93. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 52, p. II.

94. Respecto de la prueba para mejor resolver, se ha dicho que: "la prueba para mejor resolver es procedente cuando el juzgador no cuenta con suficientes elementos de prueba para resolver. En este caso se considera que la prueba evacuada en autos es suficiente para dictar sentencia y en consecuencia no ha lugar a ordenar con ese carácter la ofrecida por la parte apelante en esta instancia. Considerándose además que dicha parte tuvo suficiente oportunidad de que se evacuara esa prueba en los momentos procesales oportunos." Tribunal Superior Agrario, Nº 247, de 15.00 h del 6 de abril de 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

so ordinario agrario,[95] al otorgar el Juez un plazo de seis días a las partes para que aleguen de buena prueba,[96] escrito que en buena técnica es un verdadero proyecto de sentencia que hace la parte, donde analiza los hechos y puntos debatidos, indicando qué se debe tener por demostrado y qué hechos se deben tener por no probados, y con fundamento en qué prueba, por cuál razón se le debe dar mayor o menor crédito a tal o cual testigo y finalmente cómo debe ser el pronunciamiento en cuanto al fondo, sea declarando con lugar o sin lugar las pretensiones de la demanda o de la contrademanda, acogiendo o rechazando las excepciones.

Vencido el plazo dicho de seis días y hecho el alegato o no de buena prueba por las partes, pues la no presentación del mismo no tiene ninguna sanción, sino que simplemente la parte ha desaprovechado la mejor oportunidad de influir en el ánimo del Juez, se procederá dentro del plazo de cinco días a dictar sentencia.

La sentencia, la dictará el Juez, siguiendo la estructura que contiene el artículo 155 del Código Procesal Civil, en relación con los artículos 32, 26 y 54 de Ley de Jurisdicción Agraria,[97] y en lo que al fondo se refiere, el Juez resolverá todos LOS PUNTOS DEBATIDOS EN EL JUICIO, valorará la prueba a conciencia y sin sujeción estricta a las normas de derecho común, pero al analizar la prueba DEBERÁ expresar los principios de equidad o de derecho en que basa su criterio, pronunciándose en cuanto a costas, estando facultado para exonerar a la parte vencida al pago de ellas por litigar de buena fe o por considerar que existió motivo suficiente para litigar y en lo que a honorarios de abogado se refiere, en asuntos de cuantía inestimable hará una fijación prudencial y en los casos de agricultores de escasos recursos que se les haya designado un defensor público, fijará esos honorarios entre un cinco a un quince por ciento de la condenatoria o absolutoria.

---

95. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 53.

96. "Se anula la sentencia para que el a quo conceda audiencia a las partes, para que puedan alegar de buena prueba, pues esa omisión produce indefensión" Tribunal Superior Agrario, Nº 407 de las 9.00 h del 19 de noviembre de 1992. "CONSIDERANDO I.—Efectivamente, como lo alega el recurrente y apoderado de la sociedad demandada, Licenciado Pacheco Carranza, en este proceso ordinario, el Juzgado de Primera Instancia no confirió a las partes litigantes la audiencia que ordena el artículo 53 de la L. de J.A. , por el término de seis días, a efectos de que aleguen de buena prueba, con lo cual precluye el procedimiento en su etapa de evacuación de las pruebas propuestas por las partes. El Tribunal ha dispuesto reiteradamente que las nulidades deben evitarse a lo máximo, porque ellas solo generan atrasos y gastos innecesarios para las partes, pero en los casos como el alegado, y al causar tal omisión, una indefensión, el Despacho se ha inclinado por decretarlas en estos casos concretos, reiteramos, porque tal omisión genera una indefensión para los litigantes. En razón de lo anteriormente expuesto, y como lo alega el recurrente, se anula la sentencia apelada, para que previamente a su dictado proceda el Juzgado, a conferir a las partes audiencia a que nos hemos referido..." Tribunal Superior Agrario, Nº 807 de las 13.40 h del 19 de noviembre de 1992, "...CONSIDERANDO II. No lleva razón el apelante en cuanto a que se omitió en este caso la audiencia para alegar de buena prueba que dispone el artículo 53 de la L. de J. A. , ya que en procesos sumarios que se conocen en la jurisdicción agraria no es de aplicación.". Tribunal Superior Agrario, Nº 815 de 14.25 h del 19 de noviembre de 1992, "...en el presente caso se ha omitido la audiencia para alegar de buena prueba, con excepción del supuesto del párrafo I del artículo 53 de la L. de J.A., no se puede obviar porque se produce indefensión...de acuerdo con el artículo 53 de la L.J.A. SOLO QUE HAYA ALLANAMIENTO ES QUE SE PROCEDE A DICTAR SENTENCIA SIN EL TRÁMITE DE LA AUDIENCIA REFERIDA... Se anula la sentencia apelada. "Tribunal Superior Agrario, Nº 832, de 13.40 h del 20 de noviembre de 1992.

97. "Anula la sentencia pues no cumple con el requisito del artículo 155, inciso 4), del C.P.C. pues no se pronunció sobre las excepciones". Tribunal Superior Agrario, Nº 269 de 15.30 h del 14 de abril de 1992, "Anula la sentencia pues no se pronunció sobre todas las pretensiones acorde con el artículo 155 del C.P.C." Tribunal Superior Agrario, Nº 298 de 9 h. del 28 de abril de 1992. En el mismo sentido, Tribunal Superior Agrario, Nº 590 de 16.05 h del 16 de agosto de 1992, "...CONSIDERANDO II.—Lo dispuesto por el Juzgado de primera instancia este Tribunal lo considera inconcluso, por no haber resuelto todo y cada uno de los puntos que han sido objeto del debate, y como el Tribunal no puede enmendar lo omitido porque hacerlo equivale a resolver en única instancia, lo cual está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico, no queda otra alternativa a este Tribunal, que la de anular, como en efecto se dispone, la sentencia apelada, para que en su oportunidad, el Juez a quo, proceda conforme lo señalado a resolver sobre todo lo debatido, tanto en relación con la demanda, como con las defensas esgrimidas. Arts. 26 y 54 L.J.A., 155 C.P.C. y 495 C. de T. "Tribunal Superior Agrario, Nº 798, de 15 h. del 17 de noviembre de 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Al notificarse la sentencia,[98] se dará copia de la misma a las partes, e idéntica obligación existe con respecto a los autos con carácter de sentencia.[99]

V. RECURSOS. SEGUNDA INSTANCIA

TAXATIVIDAD DE LOS RECURSOS.

En lo relativo a los medios de impugnación de las resoluciones dictadas por los jueces agrarios, en tratándose de los procesos ordinarios, RIGE EL PRINCIPIO DE LA TAXATIVIDAD[100] DE LOS RECURSOS,[101] lo que quiere decir, que salvo disposición en contrario, las resoluciones que no resuelvan sobre el fondo del negocio o le pongan fin al proceso, carecen de recurso alguno.

A. REVOCATORIA.

No existe en materia agraria, el recurso de revocatoria, pero los tribunales agrarios, pueden revocar y modificar dentro del plazo de las veinticuatro horas siguientes a la fecha de la respectiva notificación, —de oficio o a solicitud de parte— cualquier auto o providencia si lo consideraren procedente, lo que significa, que en materia agraria encontramos la impugnación de oficio.

B. APELACIÓN.

Por otra parte, solo se concede el recurso de apelación para los casos expresamente admitidos por la ley y contra las sentencias y resoluciones que declaren con lugar las excepciones previas (defensas previas según la L.J.A.) o que de cualquier otra forma le pongan fin a los procedimientos haciendo imposible su continuación o reiteración.

El recurso de apelación tratándose de sentencias definitivas se debe interponer dentro del plazo de los cinco días y en cuanto a los autos con carácter de sentencia, dentro del plazo de los tres días,[102] en ambos casos, contados a

---

98. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 57. En aquellos casos en que la parte ha sido declarada en rebeldía, se ha resuelto que la sentencia se tiene que notificar al rebelde conforme lo establece el Código Procesal Civil en el capítulo de notificaciones. Tribunal Superior Agrario, Nº 612 de las 15.35 h del 19 de agosto de 1992.

99. "CONSIDERANDO: Este Tribunal en forma reiterada ha dicho que el auto que decide sobre la tasación de costas, es un auto con caracter de sentencia y por tanto, por lo menos debe de tener una relación de hechos probados con indicación en cada uno de ellos del medio de prueba en que se apoya. Siendo así, como el venido en apelación no reúne ese requisito mínimo, pues el mismo lo que contiene son dos considerandos, en donde se hacen consideraciones sin indicar los medios de pruebas en que se apoya para aprobar las partidas, lo que procede con fundamento en el artículo 495 del C. de Trabajo, 26 de la L. de J.A. , es anular dicho auto, para que sea dictado de nuevo con las formalidades que se requiere en un auto con caracter de sentencia...", Tribunal Superior Agrario, Nº 891, de las 16.00 h del 14 de diciembre de 1992.

100. Reiteradamente ha resuelto este Tribunal que en los procesos que se tramitan en la Jurisdicción Agraria, en lo referente a los recursos debe aplicarse siempre lo que al respecto dispone la Ley de Jurisdicción Agraria en su Capítulo VIII. Consecuentemente al establecerse recursos contra las resoluciones que se dicten en procesos agrarios, aun diferentes de los ordinarios, debe necesariamente aplicarse las resoluciones contenidas en los numerales 58 y 59 de la mencionada Ley de Jurisdicción Agraria, y en aplicación del Principio de Taxatividad impugnaticia que rige la materia. Dicho numeral en su primera parte se refiere a las resoluciones en forma genérica disponiendo que las resoluciones que no resuelvan sobre el fondo carecerán de todo recurso. En su segunda parte se refiere a los recursos en relación con los autos y providencias, no concediéndoles ningún recurso, pero advirtiendo que el Tribunal, de oficio o a solicitud de parte puede modificar cualquier auto o providencia, siempre y cuando lo haga dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación del mismo. En otras palabras contra los autos y providencias no se concede recurso de apelación.

101. Ley de Jurisdicción Agraria, arts. 58, 59, 60, 61.

102. "Se apela de la resolución de las 7.25 h del 21 de noviembre de 1991 que es un auto con carácter de sentencia, dicha resolución fue notificada a las partes el día 22 de noviembre de 1991. El recurso de apelación fue presentado el día 2 de diciembre de 1991, cuando habían transcurrido sobradamente los tres días que otorga la ley para interponerlo, siendo así debe rechazarse por extemporáneo "Tribunal Superior Agrario, Nº 288 de 15.10 h del 27 de abril de 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

partir del día siguiente de aquel en que todas las partes queden notificadas.

C. APELACIÓN ADHESIVA.

De lo hasta aquí expuesto se desprende, que en materia agraria no existe el trámite civil de la denominada apelación tardía o apelación adhesiva,[103] pues en materia agraria no existe el trámite del emplazamiento, al admitirse el recurso por parte del a quo, y por lo tanto no se da la etapa o plazo para que el apelante tardío pueda concurrir ante el Superior y se adhiera al recurso de la parte contraria.

D. SEGUNDA INSTANCIA.

La apelación se tramita conforme a las disposiciones de la Sección IX del Capítulo II, Título VII del Código de Trabajo.[104]

Aun en el caso de que todas las partes hubieren apelado, el expediente se remite al Tribunal Superior Agrario, un día después de haber transcurrido el plazo de los cinco días para apelar de las sentencias y de tres días para apelar de los autos con carácter de sentencia, todo con el objeto de que las partes, puedan ante el mismo a quo exponer y razonar los motivos tanto de hecho como de derecho en que fundamentan su recurso[105] y que en su opinión imponen revocar, modificar o anular la resolución recurrida.[106]

Tratándose de sentencias, el recurso de apelación se concede en el efecto suspensivo y podrá interponer el recurso la parte o cualquier tercero interesado,[107] que fuere vencido cuando menos en parte de sus pretensiones.

Una vez que el expediente se encuentre ante el Tribunal Superior Agrario, se seguirá el siguiente procedimiento:

a) PRIMERO REVISAN LOS PROCEDIMIENTOS, para determinar si existe o no omisión de alguna formalidad que pueda causar efectiva indefensión a alguna de las partes,[108] y de encontrarse, se decretará la nulidad de las actuaciones y resoluciones hasta donde sea necesario para orientar el curso normal del proceso.

En este caso, se devuelve el expediente al a quo con la indicación precisa de las omisiones que deba subsanar.

b) EN CASO CONTRARIO, el Tribunal puede ENMENDAR, O REVOCAR, PARCIAL O TOTALMENTE LO RESUELTO POR EL A QUO.

---

103. Código Procesal Civil, art. 562.

En ese sentido, Tribunal Superior Agrario, de 14.00 h del 21 de enero de 1993.

104. Código de Trabajo, arts. 494, 495 y ss. en relación con Ley de Jurisdicción Agraria, art. 60.

105. En ese sentido Tribunal Superior Agrario, Nº 537 de 10.00 h del 30 de julio de 1992. Considerando I.

106. Código de Trabajo, art. 494.

107. Código Procesal Civil, art. 561. "...Por regla general, puede decirse que los recursos tienen la característica de que funcionan por iniciativa de las partes, y que en consecuencia, a ellas corresponde su deducción (V, 4) Pero hay casos en que el recurso se niega a las partes, y otros en que se concede a terceros. Es que, así como el interés es la medida de la acción, el agravio es la medida en el recurso, y por eso se concede aún a los que no siendo partes en el proceso, sufren un perjuicio como consecuencia de una sentencia. Se explica entonces que el recurso no proceda cuando la sentencia sea favorable a la pretensión de la parte, o cuando ésta se ha allanado a la pretensión del adversario y la sentencia se funda en esa formalidad. Los terceros no pueden interponer recursos en los procesos en que no intervengan, pero pueden hacerlo desde que se incorporan a la relación procesal, porque en ese momento asumen la calidad de partes..." ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, 1961, segunda Edición, Ediar Soc. Anón. Editores, Tomo IV, p. 191.

108. "Este Tribunal ha revisado en primer lugar los procedimientos con el propósito de comprobar la recta aplicación de las reglas procesales tal y como lo dispone el artículo 495 del C. de T. aplicado supletoriamente por ordenarlo así el artículo 60 de la L. de J. A. ", Tribunal Superior Agrario, Nº 774, de 13.15 h del 10 de noviembre de 1992. Por no haberse notificado al IDA, se anula el auto que admite apelación porque no se notificó al IDA. Tribunal Superior Agrario, Nº 573 de 16.05 h del 14 de agosto de 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

c) LA RESOLUCIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA[109] SE DICTARÁ DENTRO DEL PLAZO DE SIETE DÍAS, computado a partir del día siguiente en que recibió el expediente, salvo que ordene prueba para mejor resolver.

d) ES DE APLICACIÓN PARA ESTAS SENTENCIAS, la prohibición de resolver en segunda instancia, con tan solo remisión a las consideraciones de primera instancia, o sea, que el ad quem debe también dar las razones correspondientes.

Cabe señalar que el Tribunal Superior Agrario como Tribunal de Segunda instancia no es un Tribunal de Hechos, sino un Tribunal de Derecho, de donde debe tener cuidado en no incurrir en el defecto al resolver de convertir la sentencia en "hechista" esto es, hacer solo un análisis de los hechos diciendo únicamente que fulano dijo tal cosa, que sutano dijo tal otra, lo que es propio de la primera instancia, razón por la que debe evitar al máximo no repetir la prueba de primera instancia o prácticamente no debe incurrir en el error de repetir casi el juicio verbal, lo que se hará únicamente en los casos estrictamente necesarios, por lo que lo que le corresponde es hacer el análisis jurídico de la cuestión sometida a su conocimiento, realizar el proceso interpretativo a través del enfoque del derecho desde el punto de vista tridimensional como hecho, valor y norma, acudiendo al sistema de fuentes materiales como el hecho técnico y el hecho político, a los principios generales de Derecho Agrario.

Contra la sentencia del Tribunal Superior Agrario en los procesos ordinarios, cabe Recurso para ante la Sala de[110] Casación,[111] el que se

---

109. "Poderes del Tribunal... a) En virtud de la apelación se devuelve al tribunal superior la plenitud de la jurisdicción y éste se encuentra frente a la demanda en la misma posición que el inferior, es decir, que le corresponden iguales derechos y deberes. Puede así examinar la demanda en todos sus aspectos, analizar nuevamente la prueba, admitir o rechazar defensas, analizar nuevamente la prueba, examinar cuestiones no consideradas por el inferior, estimar de oficio circunstancias impeditivas o extintivas que operan ipso iure, etc. Pero el tribunal no puede fallar en segunda instancia sobre ningún capítulo que no se hubiesen propuesto a la decisión del inferior, salvo intereses, daños y perjuicios, y cualesquiera otras prestaciones posteriores a la definitiva de primera instancia... b) EL PRINCIPIO DE LA PLENITUD DE LA JURISDICCIÓN SUFRE UNA LIMITACIÓN en los casos en que el recurso se interpone contra una parte determinada de la sentencia, pues, entonces, el tribunal no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia del mismo... o sea que los poderes del tribunal de apelación se hallan limitados por la extensión del recurso (pág. 416). y en ese orden de ideas, la Jurisprudencia Argentina ha dicho "Si al interponerse el recurso de apelación se limitó el objeto del mismo a determinados puntos de la sentencia, debe tenerse ésta por consentida en lo demás que resuelva (págs. 416 a 417). c) Tampoco puede el tribunal pronunciarse sobre cuestiones que no hayan sido materia de decisión por el inferior, porque ello importaría violar el principio de la doble instancia... El principio de la economía procesal debe primar sobre el de la doble instancia y en realidad no se viola ese principio, porque la doble instancia no se refiere a cuestiones, sino a la demanda, y basta que el juez haya tenido oportunidad de pronunciarse sobre ellas... e) El Tribunal no puede modificar la sentencia en perjuicio del apelante... salvo, naturalmente, que también medie apelación por la parte contraria. Es esto una consecuencia del principio de la personalidad del recurso y de la prohibición de pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en el mismo... en la segunda instancia, el tribunal de apelación extiende su examen a los hechos y al derecho, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción. ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediar Soc. Anón. Editores, 1961, tomo IV., pp. 415, 420, 209. "Por otra parte, está prohibida la reformatio in peius, es decir, la modificación de la sentencia dictada por el a quo en perjuicio del apelante o recurrente sin que haya mediado instancia impugnativa admitida de la parte contraria. Esta regla de garantía resulta ser un corolario de la limitación del objeto del recurso a los agravios expresados, y tiene como fundamento la evitación de restringir con riesgos la facultad de poner en acto una impugnación..." OLMEDO, Clariá, Derecho Procesal, Editorial Depalma 1983, Tomo II, p. 304.

110. Ley de Jurisdicción Agraria, art. 61.

111. "...estableciéndose, en consecuencia, para el Derecho Procesal Agrario, un recurso para ante la Sala de Casación, como una tercera instancia rogada, con características propias muy diferentes de las formalidades del Recurso de Casación regulado por el Código Procesal Civil. Trátase de un recurso donde no operan formalidades técnicas especiales, pues no resulta necesario calificar en forma precisa la naturaleza del error encontrado en la sentencia recurrida, e incluso no es necesario cumplir con la tradicional exigencia de señalar la norma infringida y la norma como ello ha ocurrido, sin embargo sí tiene la obligación el recurrente de explicar las razones claras y precisas de su gestión para combatir los fundamentos de la sentencia cuya revocatoria se pretende. Esto es así porque la Sala de Casación tiene limitada su competencia a los reparos planteados, y le resulta jurídicamente imposible pronunciarse sobre aspectos no solicitados expresamente, conducentes a combatir la sentencia. Por ello se ha calificado este recurso como una tercera instancia rogada, donde el Tribunal de Casación se limita al análisis de lo planteado —como recurso en relación— sin poder profundizar en aspectos no solicitados. "ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, Derecho Agrario Jurisprudencial. San José, Costa Rica, ILANUD, 1990, p. 15. En cuanto al Recurso para ante la Sala de Casación, la Sala Primera lo ha caracterizado así: "CONSIDERANDO...V.—Las características del proceso agrario se orientan en tres direcciones fundamentales: 1.) Se basa en una concepción moderna, sobre el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

regirá en lo que le fuere aplicable, por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo,[112] debiendo interponerse el Recurso dentro del plazo de cinco días computados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

I. *Código Procesal Civil.*
II. *Código de Trabajo.*
III. *Ley de Jurisdicción Agraria.*
IV. ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *Derecho Procesal Agrario,* tomos I y II.
V. ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, *Derecho Agrario Jurisprudencial.*
VI. ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* tomo IV.
VII. OLMEDO, Clariá, *Derecho Procesal,* tomo II.
VIII. GUASP, Jaime, *Derecho Procesal.*
IX. ARGUEDAS SALAZAR, Olman, **Revistas Iustitia.**
X. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Copiadores de Sentencias.*
XI. TRIBUNAL SUPERIOR AGRARIO, *Copiadores de Sentencias.*
XII. Entrevista con el Lic. Gílbert Oconitrillo Jara, Presidente del Tribunal Superior Agrario.

principio de la oralidad —inmediatez y concentración—, para ser más rápido, más económico, menos formal y menos fiscal; 2.) Con mayores poderes al Juez para atenuar el principio dispositivo y descubrir la verdad real, y con una función activa para adquirir un carácter social asistencial; y 3.) Se dirige a garantizar la tutela de los derechos de los sujetos agrarios. La Ley de Jurisdicción Agraria, como fuente procesal del Derecho Agrario, encuentra su inspiración en la normativa procedimental laboral y más acentuadamente en la que se relaciona con el Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía y no en el Código de Procedimientos Civiles, lo que debe tenerse muy presente a la hora de interpretar y aplicar lo dispuesto en los párrafos 2º. de los artículos 6º. y 26 de la Ley. La apreciación de la prueba es similar a la que se hace en lo laboral, sea en conciencia y sin sujeción estricta a las normas del derecho común, pero, en todo caso al analizar su resultado, se deben señalar los principios de equidad o de derecho en que el Juez funde su criterio (artículos 54 y 61 de la Ley, y 486 del Código de Trabajo). El recurso de apelación y el recurso ante la Sala de Casación se rigen por lo dispuesto en los artículos 493 al 495 y 549 al 556 del Código de Trabajo y en los numerales 59, 60 y 61 de la Ley. No se trata de un recurso de casación sino de un recurso ante la Sala de Casación, es decir de una tercera instancia rogada, lo que significa que el recurso no está sujeto a formalidades técnicas especiales, ni precisa de causas legalmente determinadas para plantearlo, como sí sucede en otras materias. La característica de ser una instancia rogada, implica, respecto del recurrente, la obligación de expresar las razones claras y precisas en que funda su disenso y tocante al Tribunal, la imposibilidad de conocer y resolver puntos que no le hayan sido concretamente planteados (Vid. disposiciones legales citadas y además artículo 550 del Código de Trabajo). VI.—En lo agrario distinto a lo que se da en el recurso de casación típico, las cuestiones procesales son ajenas a la competencia de la Sala de Casación, la que solo debe pronunciarse en cuanto al fondo del asunto, sin que le sea dable disponer soluciones parecidas a las de un recurso por la forma (artículos 61 de la Ley y 552 del Código de Trabajo). En el caso en estudio, los señores Jaime Rodríguez y Alcides Cerdas, piden la corrección, reposición o práctica de trámites procesales, que a su entender omitieron los juzgadores de instancia en el curso del proceso, por lo que su recurso por motivos formales debe rechazarse, dado que como ya se ha indicado esta Sala se encuentra inhibida e imposibilitada para analizar agravios que tienen que ver con la violación de normas que regulan el procedimiento, al circunscribirse como se dijo su ámbito de acción únicamente a aspectos de orden sustancial. El recurrente, en este acápite de su recurso, cita como violado el artículo 54 de la Ley de Jurisdicción Agraria, pero el quebranto que refiere toca, en lo medular, a un aspecto de fondo, relacionado con errores en la apreciación de la prueba. De ahí que se reserva su consideración para cuando se haga el examen de los cargos por supuestos vicios en la investigación de los hechos."... Sala Primera, Nº 002-94, de las 14.30 h del 7 de enero de 1994.

112. Código de Trabajo, arts. 550 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES VARIABLES EN PRÉSTAMOS BANCARIOS POR FIDEICOMISO ANTES DE 1988

LIC. J. JOAQUÍN VILLALOBOS SOTO
(Especialista en Derecho Público)

INTRODUCCIÓN

Ha sido objeto de cierta atención la cuestión de los intereses variables, esto es, sujetos a que se baje o, más comúnmente, se eleve el tipo de porcentaje a cobrar sobre el capital en operaciones de crédito, de conformidad con el comportamiento de las tasas de interés en el mercado bursátil. En concreto, se han dado litigios judiciales en relación con los préstamos que se hicieron, por parte de entes del Sistema Bancario Nacional, cuya legalidad se cuestionó por parte de un grupo de deudores que consideraron la aplicación de los mismos ilegal y perjudicial, con la particular característica de que se trata de un fondo de Fideicomiso. En virtud de lo anterior nos proponemos analizar la procedencia legal y doctrinal de tal tipo de intereses, en relación particular con los Contratos de Préstamo Hipotecario anteriores a mil novecientos ochenta y ocho, esto es, **antes de la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional autorizando esta modalidad de fijación de intereses, reforma que luego se estableció en el Código de Comercio en mil novecientos noventa.**

CAPÍTULO I: MARCO LEGAL

La modalidad de la mayoría de los préstamos hipotecarios, cuyo análisis interesa, presentan una particular situación que hace la relación contractual compleja, cual es el origen de los fondos con que se trató. Así resulta que las operaciones se dieron por la compra de casas construidas en urbanizaciones, siendo que las empresas constructoras y vendedoras de las mismas, firmaron, cada una por aparte, un contrato de "Fideicomiso", mediante el cual ellas, en forma individual, aportaron créditos hipotecarios a su favor para formar un capital autónomo de este tipo, el que administra un ente bancario del Sistema Bancario Nacional. Con este capital pasivo de créditos por cobrar como garantía se emitieron títulos valores: "Certificados de Crédito Hipotecario", que, brindando el pago de intereses de mercado, son ofrecidos en venta al público, sus compradores, que disfrutan de tales intereses producto de las

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rentas del capital en cuestión, vienen a ser los fideicomisarios; con los fondos así recogidos con la venta de estos títulos se reintegra el capital debido a las empresas constructoras o fideicomitentes, en primera instancia; y en segundo lugar, se continúa alimentando el patrimonio del fideicomiso para lograr el fin propuesto con él, financiar la compra de casas de habitación por parte de los que lo soliciten y eventualmente se consideren como solventes beneficiarios del crédito para tales fines.

Ahora bien, el mecanismo de financiamiento es que tanto los créditos recibidos en fideicomiso, como los que se formen con base en los fondos dichos, se financian con la venta de los títulos valores indicados que se venden en el mercado de valores; en consecuencia sus intereses varían conforme a las exigencias del mercado. Así, se comprende que la mecánica quedaría condicionada a que, si hay gran cantidad de títulos a la venta y pocos compradores, para poder colocar tales títulos se deben vender a plazos más cortos y con intereses más altos, pero, por lógica no se pueden ofrecer intereses por tales títulos de inversión que sean superiores a los que se cobran por el crédito que financian, pues se estarían pagando intereses sin fundamento financiero y sin respaldo económico, llegaría el momento en que el patrimonio se liquidaría pagando intereses por los títulos sin que hubiera compensación del pago de capital e intereses del crédito que, con ser menores, no repondrían la salida; o sea, no se puede pagar más de lo que se recibe. Lo anterior implica que conforme el mercado demande, haya aumento o rebaja de las tasas de interés, en forma proporcional variará el porcentaje a cobrar a los deudores de los créditos hipotecarios financiados por el Fideicomiso.

Por otra parte, se ha considerado, en particular por los deudores, que los bancos del Sistema Bancario Nacional son instituciones de Derecho Público, sujetas al Principio de Legalidad y concebidas para fines de desarrollo social, que solo pueden hacer lo que legalmente les es permitido para llenar fines públicos; dentro de esta concepción carece de fundamento legal el establecer un interés variable sujeto al criterio arbitrario de una de las partes, sin parámetros reales para fijarlo. Además de lo anterior, y lo más gravoso social y económicamente para la parte deudora de la relación obligacional, es que el sistema de cuotas propuesto o acordado en el préstamo mercantil queda totalmente desactualizado, por cuanto al aumentar la tasa de interés en forma constante e imprevista, las cuotas dejan de hacer abonos a capital, o los hacen por montos muy pequeños, obligando a los deudores a acumular nuevas deudas por concepto de intereses y dejar sin pago el capital, debiendo optar por aumentar a su vez el monto de las cuotas o alargar por un tiempo mucho mayor el período de los pagos; quedando siempre sujetos los interesados a la incertidumbre sobre el momento y monto del pago de la cuota final y cancelación de capital e intereses.

Legalmente este tipo de banco está integrado al Sistema Bancario Nacional del Estado (artículo 1° de la Ley Orgánica del mismo número 1644 de 26 de setiembre de 1953), por ende, es una Institución Autónoma de derecho público, con personería jurídica e independencia en materia de administración (artículo 2° ibídem); autorizada para efectuar operaciones dentro del marco de la ley, como las relacionadas con la producción agrícola, ganadera, o industrial, financiar empresas nacionales de servicios, etc., incluyendo realizar operaciones de crédito que fueren compatibles con la naturaleza técnica de los bancos comerciales y que no estén expresamente prohibidas por las leyes (art. 61 ibídem), por su parte el artículo 70 de ésta ley orgánica regula la capacidad legal del Banco de otorgar créditos y cobrarlos, con las condiciones generales que deben llenar dichos créditos; es pertinente indicar que dicha norma fue reformada por la ley 7107 del veintiséis de octubre de MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO en el sentido de que: "Los bancos comerciales quedan facultados para establecer tasas de interés variables y ajustables periódicamente en todos sus departamentos, conforme con las políticas del Banco Central de Costa Rica", y el artículo 73 establece que está prohibido a los bancos comerciales realizar operaciones de crédito que en cualquier forma contravengan los preceptos legales y reglamentarios, salvo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las que, sin estar prohibidas, fueren compatibles con la naturaleza técnica de los bancos comerciales, o necesarias para el debido cumplimiento de sus deberes y funciones. De tal manera que está dentro del marco legal del Banco el otorgar créditos a particulares y hacer funciones comerciales, como el caso del fideicomiso para un fin específico, aunque no estén legalmente previstas, en el tanto que no estén expresamente prohibidas, siempre que se consideren compatibles con la naturaleza técnica de la institución bancaria; esto permite que participe en operaciones típicas del Derecho Privado sujeto tanto a la legislación como a los principios generales de tal rama jurídica. En otras palabras, si bien son instituciones públicas sujetas en cuanto a administración y política a los principios generales del Derecho Público, está legalmente autorizada a realizar operaciones típicas del Derecho Privado, como el Comercial, dentro de las regulaciones propias de este tipo de actividad, en el tanto sean propias de la actividad bancaria y no le estén expresamente prohibidas.

Ahora bien, basados en el anterior razonamiento es conveniente considerar y aplicar las regulaciones propias del préstamo mercantil y considerar lo alegado en cuanto al Fideicomiso. Sí conviene hacer un comentario en cuanto a lo regulado en el artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario, en relación con el artículo 470 del Código de Comercio, este artículo fue reformado por la Ley 7201 del veintinueve de octubre de mil novecientos noventa, estableciendo que el interés legal estaría fijado por el que se indicara por el Banco Nacional de Costa Rica para los depósitos a seis meses plazo; como se observa la regulación establecida en el sentido dicho para las operaciones propias de derecho privado rige a partir de las contrataciones posteriores a octubre de mil novecientos noventa, y, en cuanto a las operaciones de los bancos del Estado, a partir de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, exactamente dos años antes. Por otra parte, el artículo 2º de este cuerpo de normas comerciales a su vez remite a la aplicación del Código Civil, cuyas normas tienen aplicación importante en este asunto para analizar los alcances de la contratación hipotecaria, así los artículos 19 a 22 de este Código regulan la buena fe, y la correcta aplicación e interpretación de las normas tanto del propio código como del derecho en general, especificando que ni el abuso del derecho, ni su uso antisocial, ni su uso en fraude de otra norma permiten evadir el espíritu de la ley: asimismo se regulan en general los requisitos para la validez de la obligación y la aplicación e interpretación de los contratos en general (arts. 687 y siguientes, 1022 y 1023 ibídem), indicando que determinadas cláusulas pueden ser declaradas nulas a gestión de parte.

Este cuadro legal nos permite ubicar la relación jurídica y el marco legal en que están involucradas las partes entre sí; en primer lugar hay una relación del Banco como fiduciario y en segundo lugar como acreedor en un contrato de préstamo, así es pertinente considerar cada aspecto de la situación por aparte.

CAPÍTULO II: LA RELACIÓN DE FIDEICOMISO

En cuanto al Fideicomiso, es una institución contractual establecida a partir del artículo 633 del Código de Comercio, según la cual un fideicomitente transmite a un fiduciario la "propiedad" de bienes o derechos a un fiduciario, que asume la administración de tales bienes obligado a emplearlos en la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo; de esta manera los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo, apartado expresamente para los propósitos del fideicomiso (arts. 634-648), así el fiduciario en toda operación de adquisición o sustitución de bienes, derechos o inversiones debe ajustarse a las instrucciones del acto constitutivo, recurriendo siempre a valores sólidos, préstamos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

con garantía hipotecaria de primer grado etc. De esta manera ciertas empresas constructoras o urbanizadoras procedieron a crear un fondo o patrimonio autónomo aportando al mismo créditos hipotecarios, con esta base se empezaron a emitir títulos valores y con el producto de su venta se pagó a los fideicomitentes su aporte y luego se financió el otorgamiento de nuevos créditos, esta relación se realiza entre tres personas: los fideicomitentes o empresarios de construcción que aportaron los créditos y que luego debían recibir su valor, los fideicomisarios o beneficiarios de los títulos valores que deben recibir el beneficio de los intereses que devenga la emisión del título y su cancelación al término del plazo del mismo título, y el fiduciario, o sea el Banco encargado de administrar el fondo; según se observó de la legislación citada, es importante para nuestros efectos tener claro:

1º) Que los bienes en fideicomiso pasan al fiduciario en *propiedad*, esto es, que salen totalmente del control del fideicomitente que los aporta, dentro de los términos del contrato constitutivo, pues la ley prevé la posibilidad de exigir informes o sustituir al fiduciario, cosa que en el presente asunto expresamente se eliminó, pero se pactó el compensar la inversión al fondo con el ingreso por la venta de los títulos.
2º) Se define que el fideicomiso forma un patrimonio autónomo del capital del fideicomitente y del fiduciario, que solamente se compromete a su mejor administración.

Esto nos permite considerar dos aspectos importantes:

1º) que ciertamente el Banco fiduciario es quien está legitimado para otorgar los créditos, aparecer como acreedor de los mismos, recibir sus pagos, exigir su cumplimiento o ejecución y llevarla a cabo, por cuanto es el dueño nominal del capital que ha pasado a ser de su propiedad, pero condicionado expresamente a los fines predeterminados y sin que pueda disponer de tal "propiedad" si no es dentro del estricto marco del contrato constituyente.
2º) que debe considerarse que, pese a que el Banco actúa como propietario de este patrimonio dentro de los términos dichos, no debe confundirse o entenderse que actúa y compromete su propio capital como banco en sí, sino y solamente el patrimonio autónomo del fideicomiso, en el tanto comparezca en la operación indicando claramente que actúa como fiduciario en una operación propia y exclusiva del fideicomiso.

En consecuencia, en el presente caso, visto el origen de los fondos utilizados para otorgar los créditos de deudores hipotecarios, y el fundamento legal del mismo según hemos referido, carece de fundamento jurídico el pensamiento de que es el patrimonio del banco como tal el origen de los fondos de esos créditos, pero ciertamente es su *persona* la que debe responder por las operaciones, su contenido y ejecución, en cuanto a que es ella la propietaria y responsable, no se ha creado una nueva persona jurídica, solamente un patrimonio autónomo; ahora bien, esta relación de Fideicomiso no afecta directamente ni en principio a los deudores, pues su relación con el patrimonio en cuestión es de otro orden y con una normativa diferente, no siendo ellos ninguna de las partes propias de la relación contractual de esta figura jurídica en particular, según están reguladas en la ley.

CAPÍTULO III: EL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL

En relación con el contrato de préstamo, el Código de Comercio establece en su artículo 495 que el contrato comercial siempre debe ser de tipo oneroso, la retribución en este tipo de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

negocio consiste siempre en intereses que pueden ser corrientes, sean los generados antes del vencimiento de la obligación, y moratorios, los que se producen posteriores a dicha fecha (art. 496 ibídem); el interés puede ser convencional, o sea por acuerdo de partes libremente aceptado, o legal, esto es impuesto por la ley en caso de ausencia de acuerdo, que sería del ocho por ciento anual en caso de obligaciones personales y del seis por ciento en caso de garantía hipotecaria, según el artículo 497 ibídem; este artículo fue reformado por la ley 7201 del veintinueve de octubre de mil novecientos noventa, estableciendo que el interés legal estaría fijado por el que indicara el Banco Nacional de Costa Rica para los depósitos a seis meses plazo.

Por otra parte, se deben considerar otras normas que conjuntamente con estas regulan tal negocio en detalle, así el artículo 2° de este cuerpo de normas comerciales dispone que cuando no exista en este Código u otras leyes mercantiles disposición concreta que rija determinada materia o caso, se aplicarán por su orden las normas del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales del Derecho, por lo que devienen en aplicables las normas pertinentes de dicho cuerpo legal, en este sentido el artículo 19 del Código Civil establece que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (art. 20 ibídem); los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe (art. 21 ibídem), sobre todo la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste, todo acto u omisión en un contrato que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero o para la contraparte dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. El artículo 1022 ibídem establece que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes pactantes, pero está condicionado a lo dispuesto en el artículo 1023 ibídem que por su parte establece que los contratos obligan a lo que se expresa en ellos, además a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación según la naturaleza de ésta, de manera que a solicitud de parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de ciertas cláusulas contractuales, como aquellas por medio de las cuales el oferente se reserva el **"derecho de modificar unilateralmente el contrato"** (la **negrilla** es nuestra) (párrafo 2° inciso A, según reforma por Ley 6015 de 7 de noviembre de 1976).

Tales son las normas que regulan propiamente la relación de crédito hipotecario entre el banco y los deudores, la relación fiduciaria como se ha dicho arriba no es directa con los accionantes, y por ello no los afecta directamente sino indirectamente: en cuanto determina en qué carácter comparece tanto contractual como procesalmente el Banco, y para determinar cual es el patrimonio autónomo que interesa en el contrato y que eventualmente resulte afectado con la solución que se dé al conflicto planteado.

Ahora bien, se plantea la cuestión de que en la escritura de constitución de hipoteca expresamente se indica que el interés es variable y proporcional con las "tasas pasivas" que tiene que pagar el accionado, en virtud de que el origen de los fondos deviene de la venta de Certificados de Crédito Hipotecario; conviene considerar al efecto que dichas escrituras tienen dos características importantes:

1ª) Que representan en sí el contrato de préstamo que determina la relación jurídica entre las partes, pese a su redacción de aspecto de manifestación unilateral, es evidente que ello se hace para los efectos registrales de inscripción de la garantía hipotecaria, en que tiene que comparecer el propietario y manifestar su deseo de imponer tal gravamen, pero es un hecho

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que en ella se delínea sin esfuerzo la relación bilateral del contrato de préstamo.

2ª) Que se observa es la igualdad de redacción de todas las escrituras, con la única diferencia de la presencia del deudor y sus condiciones personales y las del bien que da en garantía.

Está situación que confirma la primera observación nos lleva a considerar la figura del **contrato tipo o contrato de adhesión**, figura conocida ampliamente en la doctrina que al efecto indica:

> "En la concepción clásica liberal, el contrato es obra de dos partes, iguales ante la ley, que discuten libremente las cláusulas de su acuerdo... Como ya se indicó (introducción), la práctica moderna ha demostrado que, por el contrario, frecuentemente el contrato es la obra exclusiva de una de las partes, aquélla que es económicamente más fuerte que la otra; ésta última puede únicamente adherirse o no adherirse a las cláusulas que le son propuestas, pero no variarlas. Estamos en este caso en presencia de un contrato de adhesión: así contrato concluido con una compañía de aviación o con la lavandería se resume en la adhesión dada por el viajero o por el usuario a las cláusulas redactadas, entera y previamente por la compañía. (...) Puede suceder, sin embargo, que las cláusulas del contrato no son obra de ninguna de las partes. Se trata, entonces, de un **contrato tipo**, a veces imperativo, redactado por la Administración o por organismos profesionales. (...) En Costa Rica el proyecto de ley —iniciativa del Dr. Gerardo Trejos— que dio origen a la ley N° 6015 de 7 de diciembre de 1976, que adicionó el artículo 1023 del Código Civil, pretendió con objeto de proteger al consumidor de bienes y servicios, prohibir exclusivamente en los contratos tipo y en los contratos de adhesión, diecinueve tipos de cláusulas **abusivas**.[*] Sin embargo en la etapa de discusión ese proyecto sufrió, por iniciativa del entonces diputado Rodolfo Piza Escalante, una modificación que vino a prohibir ese tipo de cláusulas aun en los contratos de libre discusión ...(...) [*: Así denominadas porque, redactadas por una sola de las partes contratantes para ser incluidas uniformemente en un contrato aplicable a un gran número de personas, son aprovechadas para suavizar las propias obligaciones de la parte redactora y para hacer más pesadas, sin contrapartida, las obligaciones de la otra parte.]" (La **negrilla** es del original).
>
> (TRATADO DE LOS CONTRATOS. BRENES CÓRDOBA, Alberto, Edición revisada y actualizada por TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. Editorial Juricentro, S. José, C.R., 1985. Págs. 43-44).

La cita es por demás clara y reiterada en la doctrina no solo nacional sino en general de nuestro tipo de sistema jurídico, que manifiesta una profunda preocupación en cuanto al equilibrio que la doctrina contractual presume en principio entre los contratantes, pero que en la realidad está condicionada al poder económico de una de las partes y a la necesidad de la otra; además del problema de la masificación de los servicios, que implica soslayar el interés del individuo en sí y su condición, al respecto la doctrina española ha dicho:

> "La aprobación administrativa, existente en algunos casos no santifica las cláusulas predispuestas por el empresario, otorgándoles vigencia incondicional. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que esa aprobación no le impide, justamente, hacer ineficaces cláusulas contrarias al contratante débil e interpretarlas con espíritu de justicia (S. de 28 de marzo de 1956). () También ha mantenido la jurisprudencia la necesidad de normas especiales y más cuidadosas de interpretación para hallar la mayor justicia y reciprocidad en las prestaciones de las partes, evitando el posible abuso de poder por una de ellas (S. de marzo de 1957). Y en esta línea ha hecho reiteradamente un excelente uso de la regla de interpretación **in dubio contra stipulatorem** del artículo 1288 del Código Civil." (La **negrilla** es del original).
>
> (SISTEMA DE DERECHO CIVIL. VOL. II. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Edit. Tecnos, Madrid, 1978. Pág. 58. **Ver en el mismo sentido: DERECHO CIVIL. II. DERECHO DE OBLIGACIONES. VOL. I.; ALBALADEJO, Manuel. 4.Edición Librería Bosch, Barcelona 1977; pág.431).

De tal manera que la redacción en sí del contrato, o escritura de hipoteca que en este caso la conforma, debe ser considerada condicionada a los requisitos y términos de la ley, sin que proceda su aplicación literal e inmediata como en principio puede pensarse, fundada en el acerto de que hay acuerdo y aceptación de la deudora del contenido del contrato, pues la cláusula debe ser analizada respecto, no sólo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la ley, sino de los principios generales de justicia, equidad y buena fe. Así las cosas, resulta que estamos ante un contrato de tipo mercantil, regulado tanto por el Código de Comercio como por el Código Civil, dentro de este concepto está autorizado que el Banco participe como fiduciario en la operación, pero el deudor participa sólo en su carácter de contratante del préstamo, no es parte de la relación fiduciaria, asimismo es pertinente, por tratarse de una relación comercial que se cobren intereses, tanto corrientes como moratorios, dentro de lo permitido por la legislación.

Concretándonos en la cuestión de determinar si es procedente el cobro de intereses variables o ajustables, se ha alegado por algunos que, al no haber un interés fijo, no hay una cosa cierta en la contratación, en el Código Civil se dispone por el artículo 627 que para que una obligación pueda ser válida y exigible es esencialmente indispensable: capacidad de parte de quien se obliga, objeto de cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación, y causa justa; el artículo 629 aclara que toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa y puede referirse a todas las cosas que estén en el comercio de los hombres, aún a las futuras como frutos por nacer; en el presente caso el objeto de la contratación resulta el préstamo de una cantidad de dinero por una de las partes, y, por la otra, el compromiso de pagar dicha cantidad en cuotas reconociendo un interés sobre el monto hasta la cancelación; a nuestro juicio sí hay claridad en cuanto al objeto de la obligación y no hay, por ende, nulidad de la contratación en relación con este argumento. Sin embargo, también es evidente que hay una circunstancia anómala en esta relación que pone al deudor en una situación de incertidumbre, dado que no hay una situación determinada en cuanto al tipo de interés, ni siquiera en cuanto al ritmo o periodicidad de sus cambios, y además de ello el contrato acordado en un principio, que determinaba un número concreto de cuotas mensuales por un monto preciso queda totalmente desactualizado, dado que al subir el tipo de interés la cuota ya no cubre el monto de capital e intereses propuesto, debiendo variarse entonces su monto o número o ambos.

Si bien persiste la obligación, los términos en que la misma fue propuesta y acordada por las partes desaparecen, de ello deviene no solo la incertidumbre sino el perjuicio evidente para la parte que debe pagar un interés más alto y postergar en forma "indeterminada" la existencia de su obligación. Una justificación que da el Banco a esta situación nos refiere a una relación diferente, la del fideicomiso, como hemos repetido antes, esta relación no tiene efecto directo respecto de los actores, pero ciertamente condiciona la situación de la institución bancaria; así resulta que ella solamente es la administradora del fondo, el cual se formó con los créditos hipotecarios de los fideicomitentes, los que aparentemente ya fueron cancelados a aquellos; por lo demás el fondo se financia con la venta de Certificados de Crédito que se venden en el Mercado de Valores, así los beneficiarios en principio son los compradores de los títulos que obtienen un interés pasivo; según los términos de la contratación el Banco únicamente cobra una cuota por concepto de gastos administrativos, y su beneficio estaría únicamente en el caso de que por su actividad logre una mayor venta de certificados y el otorgamiento de más créditos hipotecarios, por lo demás, las ganancias que se generen en la relación tienen por objeto aumentar el capital del patrimonio para otorgar nuevos préstamos: es importante esta consideración por cuanto ella manifiesta que no hay un beneficio ilícito de parte de la entidad bancaria, ni un interés personal, en principio ni siquiera es evidente un gran beneficio sino una debida administración, lo que permite mantener fácilmente la presunción de su buena fe.

A lo anterior hay que agregarle que, las exigencias del mercado financiero han llevado a autorizar legalmente este tipo de cláusula o arreglo contractual de préstamo, pues como se señaló anteriormente, se autorizó a los Bancos del Estado dentro de su actividad comercial a fijar intereses variables en octubre de mil novecientos ochenta y ocho, y en general se permitió este tipo de interés tanto convencional como legal a partir de octubre de mil novecientos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

noventa; lo cual permite considerar que existía una verdadera necesidad material, en el mercado financiero, de negociar los intereses en estos términos, a efecto de poder financiar sectores de crédito que carecían de ello.

Sin embargo, esta consideración debe contraponerse a otras situaciones legales:

1º) las reformas a la ley que hemos mencionado operan sin retroactividad, o sea a partir de mil novecientos ochenta y ocho y mil novecientos noventa respectivamente, pero todas las contrataciones cuestionadas son anteriores a dicha fecha, por ende no están sujetas a su aplicación.

2º) La reforma expresa de la ley permite interpretar que el legislador consideró necesaria la reforma porque la letra y el espíritu de la norma anterior no lo permitía.

3º) La aplicación de los artículos 19 a 22 del Código Civil, en cuanto a que estamos ante un acto contrario al espíritu de la norma y la intención del legislador, además de que no procede el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial, cuando las circunstancias impongan una situación que sobrepasa los límites normales del ejercicio del mismo, dentro de la realidad legal en vigor en el momento en que se suscribió el negocio jurídico en cuestión.

Todo ello nos lleva a estimar que va contra la redacción del artículo 497 del Código de Comercio el fijar un interés parcialmente incierto, que por lo mismo cause zozobra y perjuicio al deudor; esta apreciación de la adecuada aplicación de las normas citadas, y en particular del artículo 497 del Código de Comercio, no es original sino que ha sido manifestada ya por la Jurisprudencia Nacional Superior, de tal manera que se ha dicho:

> "Fuera de estos tipos de interés, no es aceptable otro rédito, siendo contrario al ordenamiento jurídico que se deje la posibilidad a una de las partes de fijar unilateralmente el tipo de interés, pues aunque puede suceder, si tomamos como base la tasa internacional de intereses, que en algún caso salga beneficiado el deudor porque baje la misma, la intención del legislador plasmada en la ley, fue la que al otorgarse el contrato de préstamo se establezca el tipo de interés que va a regir. Se establece la libertad para pactar intereses, pero el porcentaje de los mismos debe indicarse, de lo contrario se aplicará el tipo de interés legal, que el mismo código establece. Estando limitados los tribunales por la ley para resolver los asuntos que se someten a su decisión no es posible acoger la solicitud del representante del banco Actor sin violentar el artículo 497 del Código de Comercio. Los argumentos del recurrente no resultan de recibo, porque se pactó contra lo que en forma clara y expresa indica una norma jurídica, el artículo 497 antes relacionado careciendo ese pacto de efecto legal conforme lo dispone el artículo 19 del Código Civil, aplicable en este caso por disponer así el artículo 2° del Código de Comercio... Resulta prudente indicar que el artículo 497 es facultativo en cuanto permite que se fijen libremente los intereses pero es imperativo en cuanto obliga indicar en el contrato el tipo de préstamo de intereses y de no hacerlo se aplica el legal, que también está fijado por la norma. "
>
> (Res. V-218 de 8 h de 14 de marzo de 1990, Trib. Sup. 1° Civil de S. José, BCAC c/ WRRM).

Este criterio ha sido reiterado por dicha autoridad en otras oportunidades, incluso, considerando cláusulas expresas aceptadas por el deudor y las reformas a las leyes, en cuanto a que su aplicación no puede ser retroactiva:

> "El recurso se refiere únicamente al extremo relativo a intereses. La tesis del Banco apelante es la que el interés variable es procedente en este caso porque eso *fue de la aceptación de los deudores y fiadores*. En realidad se trata de una cláusula que puede ser favorable o no a la parte acreedora, pero de todos modos esa modalidad en cuanto a la imposición del tipo de interés *no estaba prevista en ninguna ley* en la fecha en que el pagaré se firmó. En efecto: el pagaré se otorgó el 27 de octubre de 1988, y la ley que autorizó a los bancos a cobrar un interés variable y ajustable es la número 7107 de 4 de noviembre de 1988, publicada en La Gaceta Nº 222 de noviembre de ese mismo año. De manera que de conformidad con los artículos 18, 19, 22 del Código Civil 2° y 497 del Código de Comercio, lo resuelto por el a quo en cuanto a intereses debe ser confirmado. "
>
> (El *subrayado* no es del original; Res. Nº 371-V de 9.05 h del 12 de abril; "en el mismo sentido se ha repetido por Res. L-388-E de 9.45 h del dos de octubre y la Nº 320 de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

8.35 h de 15 de julio todas de 1991 del T.S. 1°.C. de S. José, Sec. 1°).

Finalmente, se suma a toda esta consideración la disposición del artículo 1023 del Código Civil citado arriba, en cuanto a que son anulables las cláusulas por medio de las cuales una de las partes se adjudica unilateralmente el derecho de variar las condiciones del contrato, situación evidente en este caso en cuanto al tipo de interés, ciertamente el Banco puede justificarse en que lo fija en relación con las tasas de interés pasivas de los títulos valores, pero también lo es que el Banco no está sujeto a control del fideicomitente, sino que es él mismo quien estima por sí solo el tipo de interés que desea pagar por los títulos valores y que la relación de fideicomiso no tiene que ver con los deudores del préstamo hipotecario.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo considerado arriba, es procedente admitir la tesis de declarar como ilícita y por lo tanto no escrita la cláusula insertada en los contratos hipotecarios cuestionados, de préstamo mercantil, en cuanto a que los intereses iniciales pueden ser variados a voluntad del Banco.

Sin embargo, no es admisible la posición al extremo de reducir los intereses al tipo legal al momento de las contrataciones, del seis por ciento anual, por cuanto consta que hubo acuerdo de partes y plena conformidad con un tipo concreto y determinado de interés, sea el interés que en las escrituras de hipoteca se llama interés inicial.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ENTORNO JURÍDICO DE LAS BASES DE DATOS PÚBLICAS EN COSTA RICA

LIC. ROBERTO ACOSTA

El desarrollo de bases de datos públicas, al igual que toda actividad que afecte directamente a la sociedad, debe estar regulado y enmarcado legalmente.

No se pretende resolver en este artículo toda la poblemática legal que gira en torno a las bases de datos públicas, sino plantear y dar a conocer cuáles son algunos de los aspectos relacionados.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, las diferentes fuentes del Derecho, Constitución Política, tratados internacionales ratificados por Costa Rica, leyes, reglamentos y decretos ejecutivos y disposiciones administrativas de las instituciones del Gobierno, afectarán en mayor o menor medida el desarrollo de bases de datos públicas.

RESPECTO AL CONTENIDO DE LAS BASES DE DATOS

El objeto de estudio de este artículo son las bases de datos públicas, por lo que es importante definir en este ámbito, en términos jurídicos, qué es público y qué es privado.

La doctrina internacional ofrece ejemplos sobre esta diferenciación:

> "La esfera privada pasa a convertirse, ..., en el mundo de la experiencia, de la conciencia, en el plano donde se forman las escalas de valores éticos, del individuo y el hombre manifiesta su personalidad globalmente; la esfera pública se forma a partir de las relaciones entre particulares y expresa el marco abstracto e impersonal de la convivencia política en la sociedad de masas contemporánea" [MORA 84, p. 18].

> "Se ha dicho que la consecuencia lógica de los modernos desarrollos en materia informática es, precisamente, el desarrollo de un derehco a la información. Dicho planteamiento surge de la idea de que hay dos tipos de información, una que es privada y la otra que es pública. La primera contiene datos personales tales como estado civil, historica clínica, historia educativa, etc. La otra, por el contrario, tiene un carácter más amplio y tiene como fin la difusión y la formación cultural. Serían informaciones de tipo económico, estadístico, etc." [CHIR 89, p. 284].

> "Una información es confidencial cuando es confiada a otro con la esperanza de que no la ecomunicará a nadie más. Confidencial será toda información sobre salud, empleo, banca, crédito, censo" [FARI 82, p. 32].

> "El derecho a la intimidad no es base para prohibir la publicación de una materia que fuere de interés público o general. Las materias que no deben ser publicadas son las concernientes a la vida privada, costumbres, actos y relaciones de un individuo" [FARI 82, p. 345].

La legislación nacional establece en el Código Civil los principales aspectos relacionados con esta temática.

Considerando la imagen de la persona como algo privado, y aceptando la existencia de una "imagen informática", que es aquella que contiene información privada sobre la persona en medios magnéticos, esta identidad puede con-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

siderarse protegida por los artículos 29 y 30 del Código Civil de 1980, los cuales establecen:

> "Artículo 29:
> La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducidas, expuestas o vendidas en forma alguna si no es con su consentimiento...".
>
> "Artículo 30:
> Si la imagen o fotografía de una persona se publica sin su consentimiento y no se encuentra dentro de alguno de los casos de excepción previstos en el artículo que precede, aquella puede solicitar al juez que, como medida cautelar y sin recurso, suspenda la publicación, exposición o venta de las fotografías o de las imágenes, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva".

Por otro lado, en el capítulo segundo se establece la diferencia entre lo público y lo privado:

> "Artículo 261:
> Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios..."

Aunque el artículo citado es ambiguo en cuanto al uso de la información por medios computadorizados, complementado con las citas anteriores proporciona un panorama claro para determinar el alcance de las bases de datos públicas.

Las bases de datos públicas contendrán datos de interés económico, cultural, científico, educativo o alguno otro, y serán en general no nominativas, o sea, no se referirán a personas específicas. Se dice en general porque existen casos en los cuales el propietario de la información, ya sea persona física o jurídica, brinda alguna información con el objetivo de que esta se haga pública, como podría ser el caso de una bolsa de empleo o un catálogo de empresas con sus estados financieros. Esto implica el tipo de público que se busca. Las bases de datos públicas están orientadas a un planteamiento de nuevas tecnologías para el desarrollo: el estudiante, el científico, el investigador, el agricultor, el exportador en general, con el fin de brindarles información que mejore su capacidad en un mercado altamente competitivo y en el cual la apertura comercial impone la necesidad de mayor calidad. Dicho planteamiento se relaciona con el llamado derecho a la información:

> "El derecho a la información, en cuanto categoría de la ciencia jurídica, aún se está desarrollando. Sin embargo, su carácter guardará relación con todos los derechos potestativos. Se trata de brindar al sujeto la posibilidad real de acceder a la información que le interesa"... "vivimos en una época donde el intercambio de información es materia de todos los días y sin duda dicho fenómeno aumentará. Es necesario que el ciudadano pueda verse favorecido con dicho intercambio; al fin y al cabo, la información sigue perteneciendo a la cultura y como tal es un bien inalienable de quienes lo producen: los hombres.
>
> El derecho a la información en los términos dichos puede ser una buena base para el desarrolo de proyectos e iniciativas que pretendan brindar información, cualesquiera que sea" [CHIR 89, p. 285].

Otro problema con respecto al contenido de la información en las bases de datos es la exactitud de los mismos. Las bases de datos públicas, utilizadas por todo tipo de personas, podrían causar algún tipo de daño por información inexacta que se encuentre en ellas:

> "Las relaciones de los productores de las bases de datos electrónicas con los usuarios de las mismas plantea serios problemas de responsabilidad civil derivados no del inadecuado funcionamiento del soporte físico o del soporte lógico, sino de la acumulación y transmisión de informaciones inexactas, incompletas o tardías" [DELP 89, p. 295].

Finalmente cabe mencionar el problema de los derechos de autor. Las bases de datos públicas constituyen una plataforma para la difusión de la información en forma de noticias, artículos o creaciones literarias. Es un hecho que esta difusión de información debe respetar los derechos de autor, y en general todas las reglas referentes a la propiedad intelectual.

Acceso a la información y transporte de la misma.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En Costa Rica, el Instituto Costarricense de Electricidad y Radiográfica Costarricense S.A. constituyen monopolios en el campo de las telecomunicaciones. Cómo se defina el término telecomunicaciones y cómo esté regulado el funcionamiento de estas dos instituciones, así como el papel que puede jugar la empresa privada paralelamente a ellas, determinará en gran medida el desarrollo futuro de un gran número de servicios telemáticos, entre ellos las bases de datos públicas.

A finales de marzo de 1992 se presenta en Costa Rica una confrontación entre Radiográfica Costarricense, S.A. y la empresa privada Zetacom, en la cual esta última plantea un recurso de inconstitucionalidad del plazo social de la primera, el cual había sido extendido por una norma del Presupuesto de la República. El problema de las normas atípicas en el Presupuesto de la República es todo un problema a nivel nacional, y en este caso ataca a un sector estratégico como son las telecomunicaciones. Este tipo de conflictos dejan ver la necesidad de que la legislación nacional sobre telecomunicaciones sea revisada y adaptada a la realidad nacional:

> "Por su parte, el presidente ejecutivo del ICE, Hernán Fournier, reconoció que existen grandes problemas en la legislación sobre telecomunicaciones" [Confrontación por telecolunicaciones, La República, 24 de marzo de 1992, p. 2A].

Por otro lado, leyes como la de Radio y Televisión y la Ley de Imprenta, las cuales regulan en gran medida la divulgación y transmisión de información, aportan muchos conceptos importantes para el tratamiento de las bases de datos públicas.

La Ley de Radio y Televisión vigente es la 1758 del 19 de junio de 1954. (El 17 de enero de 1991 aparece en La Gaceta un nuevo proyecto de ley). Esta legislación, vigente desde hace 35 años, respondió en ese momento a necesidades de la época, como por ejemplo establecer soberanía en los recursos telegráficos y telefonía inalámbrica, establecer regulaciones técnicas, bandas de transmisión y tipos de servicios permitidos y control de la publicidad en las estaciones comerciales.

Sin embargo esta legislación y su aplicación también debe ser revisada. De hecho, una comisión legislativa investigadora del sector telecomunicaciones, decidió a principios de abril de 1992, pedir a la Procuraduría General de la República pronunciarse acerca de cuales actividades de telecomunicaciones no son legales por estar en manos privadas. También se le encargó la tarea de analizar los permisos y radiofrecuencias otorgados por el Ministerio de Gobernación. [Comenzó investigación de ICE y RACSA, La República, 3 de abril de 1992].

Existen además una serie de normas internacionales establecidas por entes como la Unión Internacional de Telecomunicaciones, de la cual Costa Rica es miembro, y que han sido ratificadas por la Asamblea Legislativa. En asuntos de estándares, Costa Rica se rige por las recomendaciones de la CCITT (Comité Consultivo Internacional Telegráfico y Telefónico); la IFRB (Junta Internacional de Registro de Frecuencias), y la CCIR (Comité Consultivo Internacional de Radiocomunicaciones), los cuales son organismos de la UIT. Costa Rica ha ratificado también acuerdos con otros sistemas internacionales como INTELSAT (Telecomunicaciones Internacionales Vía Satélite), INMARTSAT (Telecomunicaciones Marítimas por Satélite) y CITEL (Conferencia Interamericana de Telecomunicaciones por auspicio de la OEA), entre otros.

IMPULSO AL DESARROLLO TECNOLÓGICO

Dada la importancia de la informática y las telecomunicaciones en el desarrollo nacional, varios países se han percatado de la necesidad de legislar en este respecto. Por ejemplo Guatemala, han elevado a nivel constitucional los deberes del Estado en cuanto al desarrollo de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la ciencia y la tecnología, como se puede leer en el artículo 80 de la sección IV, referente a la edudación:

> "Promoción de la ciencia y la tecnología. El Estado reconoce y promueve la ciencia y la tecnología como bases fundamentales del desarrollo nacional. La ley normará lo pertinente".

A un nivel muy general la Constitución Política costarricense también contempla, aunque no tan específicamente como la guatemalteca, el desarrollo de la ciencia:

> "Artículo 89.—Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico".

Es hasta 1990, que por medio de la Ley 7169 del 1 de agosto de 1990, "Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico" se establecen los deberes del Estado y los entes encargados de impulsar y regular el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.

Esta ley representa una base sólida para el desarrollo de bases de datos públicas como herramientas de difusión de información valiosísima para las sectores productivos del país.

CONCLUSIONES

La tecnología avanza rápidamente, y la legislación por lo general no se encuentra preparada para regular y enmarcar adecuadamente el uso de la misma y la prestación de nuevos servicios.

Se puede observar que son varias las leyes que se mencionan en este artículo que tienen relación con la utilización y prestación del servicio de bases de datos públicas:

- 47 de julio de 1921, en la cual el Gobierno otorga una concesión para la explotación de las comunicaciones radiográficas;
- Constitución Política de la República de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949;
- Decreto-ley Nº 449 del 8 de abril de 1949, donde se crea el Instituto Costarricense de Electricidad;
- 1758 del 19 de junio de 1954, Ley de Radio y Televisión;
- 3226 del 28 de octubre de 1963, donde se faculta al Instituto Costarricense de Electricidad a explotar los servicios de telecomunicaciones;
- 3293 del 18 de junio de 1964, se crea Radiográfica Costarricense S.A. como parte del Instituto Costarricense de Electricidad;
- 6076 del 8 de agosto de 1977, en la cual se extiende por 10 años el plazo social de la Compañía Radiográfica Costarricense, S.A.;
- 6683 del 14 de octubre de 1982, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos;
- 7018 del 20 de diciembre de 1985, que en su artículo 57 extiende por un plazo de 20 años, a partir de julio de 1977, el plazo social de Radiográfica Costarricense, S.A.;
- 7189 de junio de 1990, Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico;
- Código Civil de 1990;
- 7298 del 15 de mayo de 1992, en la cual se prorroga el plazo social de Radiográfica Costarricense, S.A.

La creación o modificación de una normativa que regule el desarrollo y utilización de bases de datos públicas debe cumplir dos características básicas: por un lado regular eficientemente la actividad, impidiendo el mal uso de información u otros vicios; por el otro facilitar y no entrabar o estancar el desarrollo de una tecnología que ha de dar grandes beneficios al país.

Es importante que los legisladores tomen conciencia de la importancia que tiene una

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

normativa que regule eficientemente el uso de las telecomunicaciones y la prestación de servicios como bases de datos públicas, en cuanto a la calidad de los servicios y de los equipos utilizados, veracidad de la información, protección de la información, protección de la propiedad intelectual, responsabilidad de los proveedores de la información ante los usuarios, tarifas. A la vez, la existencia de un ente que se encargue de velar por el cumplimiento de éstas regulaciones será de primordial importancia al surgir empresas que brinden nuevos servicios telemáticos no ofrecidos hasta ahora.

A nivel mundial estas necesidades se conocen, y de hecho en el próximo Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, a celebrarse en Mérida, España en setiembre de 1992, se tocarán temas como flujo internacional de datos, protección de datos, transferencia electrónica, integración de redes informáticas, regulación jurídica de las comunicaciones y otros.

BIBLIOGRAFÍA

[BOLA 85] BOLAÑOS RAMÍREZ, Rodolfo, *Lineamientos generales de una política informática en Centroamérica,* ponencias del Segundo Seminario de Informática Jurídica, Costa Rica, noviembre 1985.

[CAST 92] CASTRO FERNÁNDEZ, Juan Diego, *Juristas y computadoras,* editado por Juriscomputación, S.A., Costa Rica, 1992.

[CHIR 89] CHIRINO, Eric Alfredo y GARITA, Ana Isabel, *El derecho a la información y la administración de justicia en América Latina,* actas del 2º Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Guatemala, marzo de 1989.

[DELP 89] DELPIAZZO, Carlos, *Medios de protección frente a las responsabilidades emergentes del manejo de bases de datos,* actas del 2º Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Guatemala, marzo de 1989.

[FARI 82] FARIÑAS MATONI, Luis, *El derecho a la intimidad,* Editorial Trivium, España, 1982.

[GARR 89] GARRO, Iván, *Administración de telecomunicación en el Hospital Max Peralta de Cartago,* proyecto final de graduación para el título de máster en Business Administration en National University, Costa Rica, 1989.

[MADR 84] MADRID CONESA, Fulgencio, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho,* Universidad de Valencia, España, 1984.

[MORA 84] MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática,* primera edición, Ediciones Destino, España, 1984.

[OREL 89] ORELLANA ROJAS, Gabriel, *Informática y derecho a la intimidad,* actas del 2º Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Guatemala, marzo 1989.

[TRAV 89] TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos humanos, información y privacidad,* actas de 2º Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Guatemala, marzo 1989.

REFERENCIAS

LA REPÚBLICA, 24 de marzo de 1992, *Confrontación por Telecomunicaciones,* pág. 2A, San José, Costa Rica.

LA REPÚBLICA, 25 de marzo de 1992, *ICE y RACSA abiertos a que se les investigue,* pág. 2A, San José, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA REPÚBLICA, 3 de abril de 1992, *Comenzó investigación de ICE y RACSA*, San José, Costa Rica.

LA REPÚBLICA, 26 de marzo de 1992, *RACSA mantiene status jurídico, Óscar Saborío Alvarado*, San José, Costa Rica.

Sobre el autor

Roberto Acosta se graduó bachiller en Ciencias de la Computación e Informática en la Universidad de Costa Rica en 1990, y se egresó del plan de licenciatura en 1991. Desde 1989 trabaja en Radiográfica Costarricense, S.A., inicialmente como analista de sistemas y luego como administrador de base de datos en el área de soporte técnico del Departamento de Cómputo, participando en proyectos de conexión y evaluación de hardware y software. Anteriormente laboró en empresa privada como analista de sistemas para el desarrollo de aplicaciones informáticas en el campo del Derecho, participando además en calidad de expositor en el 2º Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho (Guatemala, marzo de 1989) y en la 2ª Reunión de Expertos en Informática Jurídica de los Países Hispano-Luso-Americanos y las Filipinas (Costa Rica, febrero de 1990).

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL SORPRENDENTE DELITO DE ESTAFA

LIC. EDDIE ALVARADO VARGAS*

Por Ley número 7107 del 4 de noviembre de 1988 publicada en La Gaceta número 222 del 22 de noviembre de 1988 se reformó el artículo 216 del Código Penal correspondiente al delito de estafa, de la siguiente forma:

> "Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizados para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado de la siguiente forma:
>
> 1) Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de la suma de cinco mil colones (¢5.000).
> 2) Con prisión de seis meses a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de la suma de cinco mil colones (¢5.000).
>
> Las penas precedentes se elevarán en un tercio cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, o por quien, personalmente o por medio de una empresa no inscrita legalmente, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente, del ahorro del público".

De esta norma podemos extraer los siguientes elementos claves para su posterior análisis: *error* (inducido o mantenido), por medio de *simulación, deformación* u *ocultamiento* (por medio de *hechos),* para obtener un *beneficio patrimonial antijurídico,* lesión del *patrimonio ajeno.*

Anteriormente el texto del artículo 216 era el siguiente:

> "El que, induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga para sí o para un tercero un provecho patrimonial, con perjuicio de otro, será sancionado de la siguiente forma:
>
> 1) Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de la suma de cinco mil colones; y
>
> 2) Con prisión de seis meses a diez años, si excediere de cinco mil colones.
>
> (Así reformado por Ley Nº 6726 de 10 de marzo de 1982)".

Esta norma, como ya se dijo fue reformada a través de la Ley 7107 en la forma que ya se transcribió, y contiene los siguientes elementos claves para su comprensión y análisis:

Induciendo en *error,* por medio de *artificios o engaños, provecho patrimonial, perjuicio* de otro.

---

* *Agente Fiscal de Liberia, especialista en Ciencias Penales, abogado y notario.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ANÁLISIS DE LAS NORMAS

Analizando minuciosamente el artículo 216 vigente descubrimos que la frase "simulación de hechos falsos" no resulta adecuada, en tanto los hechos son verdaderos, como parte de la realidad histórica, lo falso está en la mente del hombre.

Simular[1] un hecho falso, es simular no hacer nada, ya que el hecho falso no existe. Esta frase debe relacionarse con el concepto *error*, pero no se puede identificar con él. El error es una falsa representación de la realidad.[2] Si se induce a error es por medio de hechos que siempre son verdaderos, en tanto acciones humanas aptas para ocasionar esa falsa representación, ese engaño (distorsión de la realidad, afectación de la idea de las cosas en el hombre: sobre su dimensión y características).

El error no se puede asimilar al hecho porque es el resultante de este útimo.

La frase "deformación o ocultamiento de hechos verdaderos" nuevamente, debe relacionarse con el concepto error en tanto resultante, y que consiste precisamente en una falsa percepción (cegar, se ocultan las cosas o se deforman). No obstante, son hechos idóneos para llevar a error, hablar de hechos verdaderos es una tautología.[3]

Estas dos frases analizadas las consideramos improcedentes en la descripción de un delito. En tanto el *derecho* es una ciencia que con respecto a la descripción de los tipos penales debe apegarse estrictamente a la realidad. Así, el lenguaje debe ser utilizado de manera que identifique en forma perfecta, el acontecimiento ilícito. Este lenguaje debe ser sencillo y preciso, simbólico y no confuso o lírico.

Ya desde el siglo pasado los clásicos alemanes criticaban la frase "simulación de hechos" con razonamientos similares a los aquí expuestos.[4]

Si realizamos un análisis final del artículo 216 vigente, traduciéndolo de una manera objetiva, llegaremos a la conclusión de que eliminadas las frases tautológicas o vagas, su mensaje es el siguiente:

> "el que induciendo a error o manteniéndolo, por medio de hechos, crease un perjuicio patrimonial en beneficio de sí o de un tercero".

También podemos concluir que siendo el error una falsa representación de la realidad, los hechos a los que se refiere el artículo tienen esa virtud: inducir a error. ¿Y qué no otros hechos que los denominados: "artificios o engaños" como susceptibles de llevar al error?

Así el artículo 216 antiguo e inmediato al vigente lo consideramos más expresivo de la

---

1. I.—"Simular" etimológicamente viene del latín ("simulare", forma verbal de similis, semejante): en sentido amplio, significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es "disimular", ocultar lo que es, teniendo en ambos casos el agente idéntico fin: engañar. Ambos conceptos, similares se manifiestan como diversos aspectos de un mismo fenómeno: la simulación. La ficción ocupa un lugar de importancia en la vida humana, manifestándose en todas las actividades del mundo social. A cada instante, en la diaria lucha por la vida —al decir de ingenieros— se simula carácter, coraje, poder, virtud, talento, conocimientos, éxitos; a la vez que se disimulan defectos, odios, rencores, envidias, fracasos. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, p. 504.
2. "Error. m. Idea falsa o equivocada: incurrir en error. //Conducta reprochable, perseverar en el error. //Desacierto. LAROUSSE, *Diccionario Básico de la Lengua Española*, p. 215.
3. "Tautología. f. Pleonasmo, repetición inútil de una idea por varias palabras que no añaden más al sentido. *Ibídem*, p. 565.
4. STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Ediciones Universidad de Navarra, Libro de 1893 (mayo), Pamplona, 1973, p. 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

acción ilícita, y prueba de ello es que la Sala Tercera Penal de Costa Rica continúa haciendo referencia a los "artificios y engaños"[5] conceptos que al menos gramaticalmente ya no son contenidos por el actual artículo 216 del Código Penal.

La importancia de los "artificios o engaños" es medular, en tanto la "simple mentira" por sí sola, no es idónea para configurar el delito de estafa, pues siempre hay hechos previos a la mentira, un hacer o actuación: "hechos verdaderos" que provocan verbigracia: una apariencia de solvencia o la ostentación de un título o cargo que en realidad no se tiene. Este es el artificio "montar un arte".

La estafa no se produce mediante omisión, aun en el caso de que se mantenga el error de la víctima, siempre hay un hacer positivo, luego puede presentarse una mentira que se cree, pero que ha sido reforzada mediante acciones antecedentes. La mentira es una expresión o mensaje receptado, mas este mensaje siempre se ve acompañado, al menos de la presentación previa del delincuente: antes de lanzar su mensaje, debe aparecer, así también lo exigen las leyes de la física.

Continuando en el análisis minucioso del artículo vemos cómo se debe ocasionar un perjuicio patrimonial, si el sujeto pasivo en realidad obtiene un beneficio patrimonial, pese a la intención del "delincuente" no hay tipicidad de la conducta, en tanto nuestro Código Penal castiga las acciones (hechos) y no las intenciones. Se entiende este caso en el sentido de que habiendo consumación formal y material del delito, al final el sujeto pasivo obtiene un beneficio patrimonial.[6] El bien jurídico debe haber sufrido un menoscabo o haberse puesto en peligro de manera real. Como delito de resultado la estafa admite la tentativa, mas ésta se elimina en el caso del delito imposible.[7]

LA DENOMINADA ESTAFA POR COMPUTADORA

Pasando a otro tema de medular importancia, consideramos que el error que se induce o se mantiene es sobre una persona. El problema se presenta cuando se actúa sobre una máquina.

Consideramos que antes de una estafa pueda presentarse el delito de hurto[8] en tanto se saca la cosa de la esfera ajena y aunque la posesión material del bien no la ostente una persona en forma inmediata.

---

5. "Frente a los hechos probados la Sala con el Tribunal, concluye en que efectivamente se dieron todos los presupuestos del ilícito del artículo 216, inciso 2), del Código Penal, esto es ardid, engaño y perjuicio patrimonial..." Voto Nº 282-F, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las 8.50 h del 28 de setiembre de 1990.

6. Apuntes de clase: *La estafa*, curso en posgrado de Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica, 1991. Profesor Dr. Francisco Castillo González. Si el sujeto pasivo llevado a error vende una finca y obtiene un provecho patrimonial. A pesar del engaño, no hay éstafa, en tanto el patrimonio es algo diverso a la propiedad. Aunque esta última se pierda hay que observar si el acervo de los valores del ofendido se incrementó o disminuyó. En el primer caso no habría delito. Obsérvese que el artículo 216 tiene como bien jurídico protegido al patrimonio.

7. Artículo 24.—"Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito, en tal caso se impondrá una medida de seguridad".
Esta norma regula la tentativa y el caso del delito imposible, el mismo puede presentarse por inexistencia del sujeto pasivo, o del objeto material, inidoneidad del medio empleado para producir el resultado o en nuestro caso: por ausencia de lesión o peligro de lesión real al bien jurídico. Código Penal, República de Costa Rica.

8. "Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, siempre que no se trate de la contravención prevista en el inciso 1) del artículo 384. (Así reformado por Ley Nº 6726 de 10 de marzo de 1982)". *Código Penal*, República de Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El hecho de que el bien se encuentre en una máquina, ejemplo: tragamonedas, o convertido en títulos valores, o se actúe sobre una computadora, etc., no implica que el bien esté desprotegido, perdido o extraviado, en tanto el hombre, simplemente ha previsto otra forma de custodiar o depositar los valores que no es la tradicional detentación física.

De esta forma el desapoderamiento siempre es al hombre, aunque se actúe sobre una máquina, y hay adecuación típica con el delito de hurto, de no mediar violencia, o con el delito de robo, si la violencia se presentó.

El hecho ilícito en estudio resulta subsumido dentro de estas figuras delictivas, mediante una interpretación objetiva y progresiva de la norma, qué trata de adecuar el derecho a la realidad. Si esto no se comparte por la mayoría, habrá que crear nueva normativa a fin de sancionar la denominada "estafa por computadora o con 'engaño' a máquinas". No obstante, creemos que el sistema jurídico, mediante las reglas de interpretación penal ofrece una solución "ex-ante" mediante la aplicación de las figuras del hurto y el robo.

LA CALIDAD DEL ENGAÑO

El engaño es un resultante del actuar del delincuente y a la vez puede ser visto como el medio utilizado para arribar al resultado. Es en este segundo sentido que nos interesa su análisis.

Mediante la resolución número 282-F de las 8.50 h del 28 de setiembre de 1990 la Sala Tercera Penal de Costa Rica reafirma la caracterización de la estafa como delito de resultado: basta que se haya producido el engaño (producción del error en la víctima) y el perjuicio patrimonial para que se tenga por consumado el delito. No interesa aquí, la calidad del engaño ni las acciones desencadenantes del resultado, lo cierto es que se produjo un daño.

No obstante, la calidad y características del engaño sí son importantes analizarlas a fin de observar si desde el punto de vista jurídico se ha presentado la tentativa de estafa (que es un delito de peligro). Aquí los artificios y engaños sí debieron ser de tales características que hubiesen arribado a la consumación del delito si no fuese porque circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo lo impidieron. Así, el bien jurídico patrimonio, debió haber corrido un peligro real.

En este caso, los conceptos "artificios y engaños" como medios para producir el error, recobran vigencia y nos hacen pensar con nostalgia en el texto pretérito del delito de estafa, ya que son desde el punto de vista semántico más expresivos del acontecer criminal.

El estafador realiza acciones, hechos, pero los mismos: o fueron capaces en el caso concreto de llevar al error a la víctima con el acaecimiento de un perjuicio para su patrimonio (delito consumado) o debieron serlo (delito en grado de tentativa). Y en este segundo caso, esas acciones, hechos del estafador debieron ser idóneas para engañar a una persona y causar un resultado lesivo del patrimonio. De manera que, nuevamente, "la simple mentira" no siempre es idónea para tener por constituido el delito de estafa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

Diccionarios y enciclopedias.

LAROUSSE, *Diccionario Básico de la Lengua Española*, edición especial para Costa Rica, noviembre de 1987, Grupo Editorial Mexicano, S.A.

OMEBA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XXV/Rets-Tasa, Driskill, S.A. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, mayo de 1977.

Libros.

ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale*, parte especial, Giuffrè, Milano, 1977, 7ª ed., tomo I.

MAGIORE, *Derecho Penal*, parte especial, Editorial Temis, volumen V, cuarta edición, 1972.

GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 1978.

Legislación.

REPÚBLICA DE COSTA RICA, *Código Penal*, Ley Nº 4573, 1987, cuarta edición, Lehmann Editores.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

"LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA RENTA EN LAS SOCIEDADES MADRES-HIJAS"

LICDA. GINA ACUÑA SOLÓRZANO

SÍNTESIS

El poder fiscal de cada Estado en particular, ha contado siempre, con un componente geográfico estructural, denominado "territorio", que ha generado la cadena político-fundamental: Estato-territorio-riqueza.

Sin embargo, en la actualidad, se presenta una realidad económica mundial, donde la unificación de un mercado a nivel supranacional, y la aparición de fenómenos de integración en las diferentes áreas, produce una reducción del poder que antiguamente ostentaba la soberanía fiscal estatal; en este sentido, anoto solo algunos ejemplos, como lo son el Acuerdo de Cartagena y el Mercosur en América del Sur, el fallido Mercado Común Centroamericano, los intentos de apertura comercial de México con la estipulación de Tratados de Libre Comercio, y la Comunicad Económica Europea (CEE).

Con ello sobreviene, que no será más el Poder Legislativo, la Asamblea Legislativa, el Parlamento, el Congreso, quienes escojan donde tasar la riqueza; sino que serán las empresas multinacionales, las que seleccionen el Estado donde pagar los impuestos respectivos. Se produce entonces, un rompimiento de la cadena político-fundamental, enunciada con anterioridad.

Los criterios de relación fiscal, se verán desde otra perspectiva, en que la riqueza transnacional que detentan las empresas multinacionales, será sumamente relevante, y en la que a los Estados no les bastará conservar el control territorial, para conservar el control político; debido a que el monopolio político, depende de la estructura económica de la sociedad, y si ésta se internacionaliza, aquél se pierde.

La regla de la imposición global, a nivel de los países desarrollados, lo será la tasación mundial (world wide principle) por las rentas generadas en cualquier parte del mundo; mientras que los países subdesarrollados, se adhieren al criterio de la fuente de riqueza, y por tanto, al principio de territorialidad, como limitación espacial de la potestad tributaria estatal. Ni uno ni otro principio, contienen una fórmula general, aplicable a todos los Estados de manera unívoca, pues cada uno responde, a un conjunto de intereses que protegen, los cuales si se ponen en contraste, resultarán contradictorios.

La potestad tributaria de los Estados posee limitaciones internas y externas. Los límites internos, serán esbozados por medio de dos principios constitucionales fundamentales, el de legalidad (reserva de ley), y el de justicia tributaria; que a su vez, se traduce en los prinicpios de igualdad tributaria, generalidad, capacidad contributiva, progresividad y tutela jurisdiccional. La territorialidad toma el puesto de límite espacial de la ley tributaria, dentro del cual la ley surte efecto, y determina los hechos que un Estado puede regular. En lo relativo al

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

concepto de renta nacional de un Estado, el problema de la doble imposición internacional —como límite político generalmente aceptado por los Estados—, se presenta fundamentalmente en materia del impuesto sobre la renta o impuesto al ingreso de las personas.

Partamos de la idea de que como obligación primaria, en el ejercicio de su potestad tributaria, no existe justificación para que un Estado subsista y se encuentre económicamente preparado, para el desempeño de sus funciones, a partir de la imposición de gravámenes sobre una renta que no le pertenece.

Los factores de vinculación que legitiman a un Estado para contemplar, dentro de su legislación tributaria, los supuestos de hecho y de derecho, que integren el hecho imponible, pueden ser de varias órdenes; el modelo de convención para evitar la doble imposición internacional sobre la renta de la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (OCDE), no profundiza su definición. Como elemento de vinculación para la potestad tributaria, se han anotado numerosos criterios, pero he escogido el de la residencia, el del domicilio y el de la fuente de riqueza, por considerarlos como los utilizados con más frecuente, tanto en doctrina como en legislación.

La dialéctica entre los conceptos de fuente y residencia/domicilio, es constante; es decir; entre tasación con base en el beneficio y con base en la capacidad contributiva, entre la personalidad y la territorialidad de la ley.

El hito histórico que ha marcado el desarrollo, la evolución de la doble imposición internacional, resulta interesante; toda vez que se parta del hecho básico, de que será la realidad económica imperante, la que marque las pautas para transformar el Derecho Tributario, y no viceversa. Anotamos la particularidad del surgimiento de su estudio en Génova, alrededor de la segunda década del siglo XX, en razón de que el lugar, constituía centro de operaciones mercantiles. Luego, serán las organizaciones internacionales, que al tomar conciencia de la importancia que puede representar la aparición de la doble imposición, comienzan a realizar una obra productora de recomendaciones, y modelos tipos para estipular convenciones, con el fin de sistematizar la solución a las eventuales hipótesis de aparición del mismo. Al respecto se menciona la contribución de la Asociación Fiscal Internacional (IFA), de las recomendaciones del grupo de expertos de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en la década de los años 70, el Acuerdo de Cartagena y la Organización de las Naciones Unidas, mediante su modelo de Convención contra la doble imposición. No podemos dejar de mencionar, el modelo de convención de la OCDE, que ha marcado una notable influencia, en la estipulación de convenios entre países desarrollados en la materia.

La doble imposición internacional sobre la renta, se circunscribe a dos supuestos, aquella denominada "jurídica", en la que los ordenamientos jurídicos tributarios de dos o más Estados, tasan el mismo hecho imponible, sometiendo al contribuyente a un doble gravamen por el mismo concepto; y la doble imposición "económica", que denominamos de la forma que lo hace el profesor Raffaelo Lupi, "Doble imposición societaria", en virtud de que solo es posible que se suscite, entre dos o más sociedades.

Entre los métodos para evitar la doble imposición internacional sobre la renta, se citan los "unilaterales" y los "bilaterales" o "multilaterales", basados en las convenciones estipuladas entre los diversos Estados; al respecto, se nota como en los modelos de convención para evitar la doble imposición sobre la renta de la OCDE y de la ONU, se presentan algunas distinciones importantes, que representan los intereses que cada uno de ellos defiende.

Soy del criterio, que las convenciones internacionales, no resultan un medio idóneo para solucionar el problema de la doble imposición internacional sobre la renta, que se genere entgre dos o más Estados, constituye más bien, un instrumento óptimo para definir la competencia de las soberanías tributarias de los países contratantes de la convención, debemos por lo consiguiente, recurrir a los métodos unilaterales, para encontrar una solución eficaz a este fenómeno.

Los métodos unilaterales para evitar la doble imposición internacional, en sentido estric-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

to, deben distinguirse de otras medidas que sólo la mitigan, pero no la evitan; como medidas atenuantes se pueden mencionar, los métodos de deducción y de tipo impositivo especial. Mientras que, los métodos de exención y de imputación, sí constituyen verdaderas medidas contra la doble imposición internacional.

Dentro del método de exención, cabe distinguir dos modalidades: la "exención íntegra" y la "exención con progresividad". Con el método de exención íntegra, el país de la residencia renuncia totalmente a tomar en cuenta las rentas procedentes del extranjero a todos los efectos, no sólo no grava directamente estas rentas, sino que no influyen tampoco para nada en el cálculo de la imposición aplicable a las rentas obtenidas en el interior. Con el método de exención con progresividad, en el país de la residencia no se gravan las rentas procedentes del extranjero, pero sí se tienen en cuenta para determinar la tributación aplicable a las rentas nacionales, se suman a la base imponible para calcular el tipo medio aplicable al resto de las rentas.

El método de imputación o de crédito, denominado tax credit, significa que el impuesto pagado en el extranjero, constituye un crédito fiscal, aplicable en el país de la residencia. Pueden darse dos modalidades de imputación: la íntegra y la ordinaria; de conformidad con la primera, el Estado de residencia deduce, en todo caso, íntegramente la cuota soportada en el extranjero. Con la imputación ordinaria, la imputación de los impuestos extranjeros, en ningún caso puede exceder del importe de la cuota que correspondería pagar en el país de residencia, si las rentas procedentes del extranjero se hubieren obtenido en el país de residencia.

La cláusula "tax sparing", que lo será de imputación de los impuestos pagados, consiste en que el país de residencia, se compromete a deducir de las cuotas correspondientes a los contribuyentes sometidos a tributación en ellos por todas sus rentas, no sólo los impuestos que hayan pagado efectivamente en el extranjero, sino también las cuotas que debían haber pagado en el país de la fuente de la renta, con arreglo a los criterios generales de distribución del derecho a gravar entre los Estados contratantes, pero que de hecho no han sido pagados, por ser aplicable una exención de desgravación impositiva.

Una de las objeciones más importantes que formulan los países en vías de desarrollo, al método de imputación, es que anula la eficacia de los incentivos fiscales que pueden conceder, para atraer a las empresas extranjeras,o impide que éstas puedan beneficiarse de los incentivos que tengan reconocidos con carácter general para todas las empresas.

Lo anterior, es evidente si se tiene en consideración, que fueron los países más desarrollados, los que pensaron en la posibilidad de incluir cláusulas de esta naturaleza, en sus convenios con los países en vías de desarrollo, como medio de vencer el recelo de éstos a firmar convenios de doble imposición; pero la postura favorable de los políticos, a la inclusión de esta cláusula, contrastó en algunos de estos países, con la resistencia de los técnicos y las objeciones de la doctrina especializada.

En otro orden de ideas, la empresa multinacional, se sirve de distintos modelos organizativos, entre los cuales las empresas asociadas, en su relación madre-hija, representan uno de ellos, en una situación de dependencia jurídica y ubicación geográfica diversa, al estar situadas en diversos Estados.

Sin embargo, el sujeto no residente, puede servirse de otras estructuras organizativas, con el objeto de desarrollar su actividad empresarial (primaria o secundaria), en un país y en un ordenamiento jurídico distinto al que pertenece, mediante el establecimiento permanente; como organización de negocios estable, duradera y continuada, donde la empresa ejecutará su actividad. Ello no quiere decir, en ningún momento, que para que exista establecimiento permanente, éste debe poseer la facultad de representar a la empresa; tan sólo es necesario, realizar una actividad económicamente, valorable de manera autónoma respecto a otras áreas de la actividad empresarial, que implique movimientos de riqueza.

En este punto, aplaudimos la denominación de la figura, que realiza la legislación argentina de "establecimiento estable", y pro-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

muevo la adopción por parte de las otras legislaciones latinoamericanas; en vista de que se ajusta de manera adecuada, a las características de la figura.

Las rentas producidas por el establecimiento permanente, de conformidad con las diversas legislaciones latinoamericanas, son de fuente del país donde se encuentran ubicadas; por ello, se insiste en una contabilidad separada, cuyo fin sea el determinar la renta del mismo. La renta del establecimiento permanente, ha de ser sometida a tasación en el Estado donde se encuentre situado, como si fuese un sujeto distinto a la casa madre. No obstante, se aplica la "fuerza de atracción", por la presencia del establecimiento en el territorio del Estado, de rentas que habrían estado exclusas, si no se hubiera contado con esta figura; e incluye, rentas de otras categorías que, aunque no estén efectivamente relacionadas a la actividad ejercitada por la sociedad extranjera con establecimiento permanente, resultan tasables.

La frecuencia con que los empresarios utilizan los términos de filiación, sucursal, sede secundaria y oficina de representación, para desarrollar su presencia en los mercados extranjeros, ha provocado que éstos se confundan entre ellos, y, utilicen en la mayoría de los casos, de manera inadecuada también en el sentido de un establecimiento permanente.

La repatriación de utilidades intersocietarias, comienza su esbozo a partir de la distribución de los dividendos, que realiza la sociedad hija a la casa madre. La tasación de los dividendos en los distintos regímenes, evidencia grandes diferencias entre las legislaciones latinoamericanas analizadas, en lo referente a tarifas atribuibles a este efecto, sirva de ejemplo el hecho de que mientras Perú no computa como renta gravable la distribución de dividendos, ni al interno del Estado ni en salida, por las características especiales de su momento político particular; Costa Rica lo hace en un 15%, con la posibilidad de exoneración de dicho gravamen, al perceptor de tales ingresos al que no se le conceda crédito, o deducción alguna en los países en que actúan o residan, por el impuesto pagado en Costa Rica, o cuando el crédito que se les conceda sea menor a dicho impuesto; mientras que Colombia y México, tasan en un 30% y 35% los dividendos que distribuyan sociedades residentes a sociedades extranjeras (en salida).

Propiamente, con respecto a la hipótesis de la distribución de dividendos entre sociedades intersocietarias madre-hija, no disponen nada al respecto; a lo sumo alguna norma, permite una interpretación de dicha hipótesis. Aúnado al hecho, de que no existen muchas convenciones para evitar la doble imposición internacional sobre la renta, por lo que no se cuenta tampoco, con la definición de competencia que ellas determinan.

Italia, nos ofrece un régimen de tasación de dividendos, cuyo orden ha servido para clasificarlos en: dividendos distribuidos por sociedades italianas a residentes en Italia, dividendos distribuidos por sociedades italianas a extranjeros y dividendos distribuidos por sociedades extranjeras a residentes italianos.

Aconsejo seguir el esquema estructural italiano a estos efectos, en una eventual reforma a nuestras regulaciones tributarias latinoamericanas.

Cabe resaltar, la importancia de la directiva CEE 90/435, aplicable a los dividendos distribuidos en la relación sociedades madre-hija a nivel de la CEE, que dispone la exención completa de la imposición, con una retención a la fuente sobre dichos dividendos, y el reembolso respectivo del crédito de impuesto; siempre y cuando, previamente haya cumplido con los requisitos de residencia en la CEE, participación no inferior al 25% en el capital de la sociedad hija y que las utilidades se distribuyan por un motivo que no sea la liquidación de la sociedad.

Sería absurdo pensar en aplicar tal directiva en un ambiente latinoamericano; pero no lo es, el puntualizar la necesidad de establecer una "propuesta" o "decisión" a nivel del área, para regular y uniformar la materia, ya que la realidad económica actual, así lo ordena, y el deber del Derecho Tributario es ajustarse a esta realidad.

Debemos concientizar, a nivel latinoamericano, sobre la utilización indebida de precios anormales, que no se ajustan a una proporción

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

real, en los bienes cedidos y servicios profesionales efectuados o recibidos entre sociedades que pertenecen a un mismo grupo; debemos exigir transparencia en las transacciones que se lleven a cabo entre estas sociedades, pues de lo contrario, se generaría no solo una medida evasiva, sino también una falta de respeto a la legislación tributaria del Estado en que se realiza. Esto se puede lograr, mediante la aplicación del procedimiento del "precio de transferencia" (transfer price), el cual propugna la modificación del precio de la transacción, en la que se produce la anomalía indicada, a un valor congruente, de acuerdo con los parámetros que mejor se considere, ya sea listas de tarifas de los bienes cedidos o servicios prestados, o a un precio de mercado.

La importancia del intercambio de relaciones tecnológicas a nivel mundial, y la necesidad de su reglamentación fiscal, es latente. El pago por el concepto de regalías, tratándose de sociedades residentes en dos Estados distintos y asociadas entre sí, frecuentemente sirve de instrumento para repatriar utilidades.

Como consecuencia, a nivel internacional se ha producido una discusión que gira en torno a la repartición del derecho a la imposición entre el Estado de la fuente y el de la residencia.

El criterio de imponibilidad, al que se adhieren los países desarrollados, está determinado sobre la base de la residencia de la persona que la utiliza, considerando que el goce en el interior del territorio de un Estado, constituye fundamento suficiente, para justificar la tasación; ejemplo de ello lo es, la propuesta de directiva COM 90/571, que aún se encuentra en consideración, mas no ha sido aprobada.

Las legislaciones tributarias latinoamericanas, poco regula en este sentido, y al igual que con respecto a los dividendos, lo hacen de manera poco uniforme; pues algunas legislaciones como México y Argentina, entre otras, cuentan con una ley de transferncia de tecnología, que le sirve de base, mientras que otras como Costa Rica, carece de ella.

En general, recomiendo la adopción de las medidas necesarias, para regular correctamente la materia impositiva en la relación de distribución de utilidades en la relación societaria madre-hija, atacando el problema de la doble imposición sobre la renta, antes de que surja, a través de una normativa interna que sea clara y uniforme en cada uno de los Estados.

ELENCO DELLE CONVENZIONI CONTRO LE DOPPIE IMPOSIZIONI

Convenzione Stato	Stipulata il	Ratificata con	Entrata in vigore il
Argentina	15.11.1979	l. 27. 4.1982 n. 282	15.12.1983
Australia	14.12.1982	l. 27. 5.1985 n. 292	5.11.1985
Austria	29. 6.1981	l. 18.10.1984 n. 762	6. 4.1985
	(p. agg.) 25.11.1987	l. 16.10.1989 n. 365	1. 5.1990
Belgio	27. 4.1983	l. 3. 4.1989 n. 148	27. 7.1989
	(p. agg.) 19.12.1984		
Brasile	3.10.1978	l. 29.11.1980 n. 844	24. 4.1981
Bulgaria	21. 9.1988	l. 29.11.1990 n. 389	10. 6.1991
Canada	17.11.1977	l. 21.12.1978 n. 912	24.12.1980
Cecoslovacchia	5. 5.1981	l. 2. 5.1983 n. 303	26. 6.1984
Cina	31.10.1986	l. 31.10.1989 n. 376	13.12.1990
Cipro	7.10.1980	l. 10. 7.1982 n. 564	9. 6.1983
Corea del Sud	10. 1.989	l. 10. 2.1991 n. 199	14. 7.1992
Costa d'Avorio	30. 7.1982	l. 27. 5.1985 n. 293	15. 5.1987
Danimarca	(p. agg.) 25.11.1988	l. 7. 1.1992 n. 29	28. 7.1992
	26. 2.1980	l. 7. 8.1982 n. 745	25. 3.1983

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Convenzione Stato	Stipulata il	Ratificata con	Entrata in vigore il
Ecuador	23. 5.1984	l. 31.10.1989 n. 377	1. 2.1990
Egitto	7. 5.1980	l. 25. 5.1981 n. 387	28. 4.1982
Filippine	5.12.1980	l. 28. 8. 1989 n. 312	15. 6.1990
Finlandia	12. 6.1981	l. 25. 1.1983 n. 38	23.10.1983
Francia	5.10.1989	l. 7. 1.1992 n. 20	1. 5.1992
Germania	18.10.1989	l. 24.11.1992 n. 459	27.12.1992
Giappone	2 20. 3.1969 (p. agg.) 14. 2.1980	l. 18.12.1972 n. 855 l. 25. 5.1981 n. 413	17. 3.1973 28. 1.1982
Grecia	3. 9.1987	l. 30.12.1989 n. 445	20. 9.1991
India	12. 1.1981	l. 27. 5.1985 n. 293	16.12.1985
Irlanda	11. 6.1971	l. 9.10.1974 n. 583	14. 2.1975
Israele	22. 4.1968	l. 12. 4.1973 n. 201	8. 8.1973
Iugoslavia	24. 2.1982	l. 18.12.1984 n. 974	3. 2.1985
Kenia	15.10.1979	l. 7.10.1981 n. 666	(*)
Kuwait	17. 2.1987	l. 7. 1.1992 n. 53	(*)
Lussemburgo	3. 6.1981	l. 14. 8.1982 n. 747	4. 7.1983
Malaysia	28. 1.1984	l. 14.10.1985 n. 607	18. 4.1986
Malta	16. 7.1981	l. 2. 5.1983 n. 304	8. 5.1985
Marocco	27. 6.1972 (p. agg.) 28. 5.1979	l. 5. 8.1981 n. 504	10. 3.1983 10. 3.1983
Norvegia	17. 6.1985	l. 2. 3.1987 n. 108	25. 5.1987
Nuova Zelanda	6.12.1979	l.10. 7.1982 n. 566	23. 3.1983
Paesi Bassi	24. 1.1957	l.18. 6.1960 n. 704	18.11.1960
Pakistan	27. 6.1984	l. 28. 8.1989 n. 313	27. 2.1992
Polonia	21. 6.1989	l. 21. 2.1989 n. 97	26. 9.1989
Portogallo	14. 5.1980	l.10. 7.1982 n. 562	15. 1.1993
Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord	21.10.1988	l. 5.11.1990 n. 329	31.12.1990
Romania	14. 1.1977	l. 18.10.1978 n. 680	6. 2.1979
Singapore	29. 1.1977	l. 26. 7.1978 n. 575	12. 1.1979
Spagna	8. 9.1977	l. 29. 9.1980 n. 663	24.11.1980
Sri Lanka	28. 3.1984	l. 28. 8.1989 n. 314	9. 5.1991
Stati Uniti	17. 4.1984	l. 11.12.1985 n. 763	30.12.1985
Svezia	6. 3.1980	l. 4. 6.1982 n. 439	5. 7.1983
Svizzera	9. 3.1976	l. 23.12.1978 n. 943	27. 3.1979
Tanzania	31. 1.1979	l. 7.10.1981 n. 667	6. 5.1983
Thailandia	22.12.1977	l. 2. 4.1980 n. 202	31. 5.1980
Trinidad e Tobago	26. 3.1971	l. 20. 3.1973 n. 167	19. 4.1974
Tunisia	16. 5.1979	l. 25. 5.1981 n. 388	17. 9.1981
Ungheria	16. 5.1977	l. 23. 7.1980 n. 509	1.12.1980
Unione Sovietica	26. 2.1985	l. 19. 7.1988 n. 311	30. 7.1989
Venezuela	5. 6.1990	l. 10. 2.1992 n. 200	(*)
Zambia	227.10.1972 prot. 13.11.1980	l. 27. 4.1982 n. 286	30. 3.1990

N.B. La data di entrata in vigore delle convezioni di norma non coincide con quella della loro efficacia che può essere retroattiva o posticipata. Occorre, dunque, verificare la norma convenzionale che disciplina l'entrata in vigore. Numerosi nuovi trattati sono già stati firmati senza essere stati, peraltro, ancora ratificati in Italia. Fra questi si ricordano le nuove convenzioni con *Trinidad e Tobago* (firmata il 19 ottobre 1984), con *l'Olanda* (firmata l'8 maggio 1990) e con *l'Irlanda*.
Sull'efficacia dei trattati con Stati che hanno subito scisioni dopo la stipula del trattato, si è pronunciata l'Amministrazione finanziaria, con risoluzione 11 settembre 1992, n. 12/857. In tale occasione —riferendosi in particolare al trattato con la *Iugoslavia*— è stato precisato:
"Al riguardo, la scrivente, esaminata la questione alla luce dei principi vigente nell'ordinamento internazionale, ritiene che la convenzione stipulata tra l'Italia e la Repubblica iugoslava, ratificata con L. 18 dicembre 1984, n. 974, entrata in vigore dal 3 luglio 1985, sia applicabile anche alle nuove Repubbliche della Croazia e della Slovenia e ciò in base a quanto segue.
Invero, a prescindere dalla prevalente tesi dottrinale dell'esistenza di una norma internazionale generale a carattere consuetudinario sulla successione fra Stati —in base alla quale i diritti ed i doveri già di spettanza di uno Stato si reputano trasferiti ad un altro Stato, in conseguenza dell'acquisita sovranità su tutto o su parte del territorio— nel caso di specie occorre tener conto della espressa volontà di subentrare in tutti gli Accordi ed i Trattati stipulati dalla Repubblica Iugoslava che le nuove Repubbliche di Slovenia e Croazia hanno manifestato rispettivamente con Nota verbale del Ministero degli Affari Esteri e con una risoluzione del Parlamento, notificate entrambe al Ministero degli Affari Esteri italiano.

(*) L'entrata in vigore è prevista alla data dello scambio degli strumenti di ratifica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE GIRO EN EL DERECHO BANCARIO

LICDA. FLORIA SERRANO TRUQUE

Sería ilógico dudar hoy en día de la inmesurable importancia que tiene la actividad bancaria en la economía de un país. Así, "actualmente no es dable pensar en una estructura económica nacional sin que se tenga que tomar en cuenta la figura del banco y la actividad ejercida por éste como un punto determinante y característico, pues el éxito que se pueda alcanzar en ese sentido depende en gran parte del buen o mal funcionamiento de la banca".[1] Y, como nos dice don Fernando Mora por otra parte, "La actividad del banquero ha tenido históricamente, como es lógico, una relación directa en el desarrollo económico y con las ideologías económico-políticas que se han desarrollado en el tiempo... Revisar la historia económica, por otra parte, lleva, necesariamente, a constatar el poder del banquero en todos los tiempos y su auge, paralelo al desarrollo económico".[2]

Y dado este reconocimiento, se ha establecido como estrictamente necesario que un poder como el que tienen los bancos esté de alguna forma regulado por el Estado. Se sostiene entonces que "...la actividad bancaria ha pasado de ser una simple actividad privada, sometida a la libre iniciativa de los particulares, a convertirse en una función propia del Estado o, en todo caso, celosamente intervenida y regulada".[3]

Pero esta constatación de la necesidad de una regulación específica en esta materia no fue importada, sino experimentada en nuestro país a lo largo de nuestra vida bancaria, pues ya en el siglo pasado, concretamente en la administración de 1876 a 1900 "...son muchos los intentos, los mayores en la historia de la nación, para fundar bancos... su necesidad era sentida, pero se hacía difícil su constitución por la falta de cooperación del capital. Se nos ocurre pensar en la poca educación bancaria, y en lo riesgoso del negocio, que daban al traste con los contratos o proyectos, pues cada banco era una entidad aparte sin relación alguna con las otras y sin la debida protección y coordinación en sus actividades".[4]

Y esto es así porque tradicionalmente se ha identificado la operación bancaria con una operación de crédito (porque fue la actividad primitiva). "La operación bancaria es una operación

---

1. PERALTA CASTILLO, Álvaro, *"Los contratos bancarios en el Derecho Comercial costarricense"*, tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, UCR, 1982, pág. 41.
2. MORA ROJAS, Fernando, *"Actividad bancaria, ¿servicio público o empresa?"*, en **Revista FELABAN (Federación Latinoamericana de Bancos)**, Nº 74, octubre de 1989, Edit. Kelly, Bogotá, D.E., pág. 123.
3. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios, (su significación en América Latina)*, 3ª edición, Biblioteca FELABAN, Bogotá, Colombia, 1985, pág. 96.
4. GIL PACHECO, Rufino, *Ciento cinco años de vida bancaria en Costa Rica*, Editorial Costa Rica, cuarta edición, San José, 1982, pág. 25.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de crédito realizada por una empresaria bancaria en masa y con carácter profesional",[5] lo que implica ni más ni menos, intermediar entre los ahorrantes y los inversionistas de la sociedad, "...pues los intermediarios financieros son los organismos o instituciones encargados de captar los recursos de capital y transferirlos a los sectores productivos de la actividad económica".[6]

"El crédito tiene una importancia medular, pues le permite al que lo utiliza el uso anticipado del dinero, bienes y servicios que de otro modo hubiese tenido que aguardar para su obtención".[7] Y esto implica que "...la actividad bancaria sea el elemento esencial para el desenvolvimiento de la actividad económica. Se anticipa a la producción facilitando poder de compra al empresario, y de este modo pone en movimiento todo el circuito económico, tendiente a abastecer las necesidades de la población. El bienestar general, el bien público, es, en suma, la finalidad primordial de la actividad bancaria".[8]

Por todo lo anterior, autores como Rodríguez Azuero consideran que "teniendo en cuenta la importancia de los servicios bancarios, la prestación masiva de los mismos y la necesidad evidente con que son demandados por los particulares, muchas legislaciones y aun Cartas Fundamentales han considerado que el servicio bancario es un servicio público, de aquellos que obedecen a la necesidad general de la comunidad que debe ser satisfecha forzosamente y de cuya utilización no puede prescindirse".[9] Sin embargo, don Fernando Mora nos demuestra que esa no es una preocupación reciente sino que ya desde la época de los albores del renacimiento de la vida urbana y del comercio en la Europa occidental "queda delineada la actividad básica de la empresa bancaria: intermediación en el mercado de crédito, pero también desde esa época se plantea el asunto básico... es la actividad bancaria una actividad empresarial libre que requiere sólo de una 'autorización' de acceso al sector en vista del interés público que existe en su control, por cuanto se funda en la captación del ahorro público, o es un 'servicio público' que sólo pueden ejercer los particulares bajo 'concesión', como señalaba Goldschmidt para la Edad Media".[10]

Pero si bien hasta aquí he pretendido (y espero haberlo logrado) establecer que el ser intermediarios financieros es la función característica que ejercen los bancos, "no es difícil constatar, sin embargo, aplicando un criterio empírico, que las operaciones efectuadas por los bancos no obedecen siempre a la realización de una operación de crédito, sino que se refieren a otras posibilidades intermediadoras en las cuales no existe adquisición ni transmisión de la propiedad y en donde, en la mayoría de los casos, se trata apenas de servicios que encuentran su sustento jurídico, ya no en un contrato de crédito sino en otros esquemas contractuales".[11] Y esto es así porque "la actividad bancaria, decantada a lo largo de siglos, es una de las más dinámicas que conoce el Derecho Comercial por cuanto se encuentra en permanente proceso de innovación y cambio, toda vez que los sistemas económicos, las actividades comerciales y los requerimientos de la comunidad, imponen la creación de nuevas instituciones, títulos y formas de manejar o invertir el dinero... De esta forma, el Derecho Bancario y los contratos bancarios, en particular, alejados de la posibilidad de abstraer, tienen que vincularse a esta realidad operativa, si en verdad pretenden traducir en forma eficaz

5. RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Bancario*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1968, pág. 20.

6. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *op. cit.*, pág. 104.

7. TRUJILLO PALACIO, E., *"El crédito"*, **Revista Estudios de Derecho**, Medellín, Colombia, año XXV, vol. XXIII, Nº 66, 1964, pág. 367.

8. VILLEGAS, Carlos G., *Régimen Legal de Bancos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, 2ª edición.

9. RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, pág. 97.

10. MORA, Fernando, *op. cit.*, pág. 125.

11. RODRÍGUEZ AZUERO, S., *op. cit.*, pág. 113.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la voluntad negocial de los participantes en el mercado".[12] Pues como dice Álvaro Peralta, "...la difusión de la actividad de la banca alcanza tales proporciones que día con día se tendrá que ir perfeccionando para poder llenar las necesidades y las exigencias que por su especial naturaleza debe y tiene que llegar a colmar".[13] Lo que implica que "muchas de las actividades que pueden ejercer los bancos podrían ser realizadas por los particulares, y adquieren su calificativo de "bancarias" cuando en ellas participa al menos un banco".[14]

Todo lo que hasta aquí he expuesto sirva de marco teórico para justificar y entender por qué es necesario que existan regulaciones expresas y un control estricto en lo relativo a las actividades que ejercen los bancos. Y creo que no sobra señalar que en Costa Rica, además de que existen los bancos estatales harto conocidos, por medio de una "autorización expresa del Banco Central" pueden operar los diferentes bancos privados, pero esto sólo cuando exista "...dictamen favorable de la Auditoría General de Entidades Financieras que demuestre que su funcionamiento se ajusta a las prescripciones legales".[15]

Sea cual sea entonces la naturaleza jurídica que se le da a la actividad bancaria, existe consenso en el hecho de que el Estado no debe desentenderse de ésta, principalmente por los que la califican de servicio público y también los que no yendo tan lejos, consideran que por el hecho de ser los bancos privados sociedades anónimas (lo que a raíz de la reforma de 1988 es exigido por el artículo 141 de la LOSBN), "los bancos, en la medida en que deban constituirse como sociedades y especialmente de capital, están sometidos a diversos controles. De una parte a los internos, previstos por la ley y los estatutos, en un organismo como la revisoría o auditoría y, de otra parte, a los externos que corresponden a la vigilancia que el Estado ejercita habitualmente sobre las sociedades".[16]

En otras legislaciones, como en los Estados Unidos, los bancos se clasifican de acuerdo con su actividad (en bancos hipotecarios, de crédito agrícola, de ahora, etc.), pudiendo solamente llevar a cabo la actividad bancaria propia de su estructura jurídica. Así, por ejemplo, el autor Molle describe lo que sucede en su país al decir que en Italia existen las "Cajas de Ahorro", actividad establecida en leyes especiales y que no la pueden llevar a cabo la totalidad de los bancos.[17]

Sin embargo, en Costa Rica, los llamados bancos comerciales pueden llevar a cabo toda clase de actividad bancaria no central (pues esta última está reservada al Banco Central por razones obvias que no compete analizar aquí), actuando conforme a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, como bancos comerciales propiamente dichos cuando realicen operaciones de las contempladas en los artículos 54 al 117 de dicha ley, y como bancos hipotecarios cuando realicen actividades propias de los bancos hipotecarios, es decir las contempladas en los artículos 123 a 140 de la ley.

Entendemos ahora por qué esta Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional es la que debe regular la actividad de todos los bancos comerciales, estableciendo lo que les es permitido, lo que les es prohibido y hasta posibles sanciones ante el incumplimiento de lo legalmente prescrito.

Entramos ahora sí al tema central de este trabajo, es decir, lograr comprobar si podemos afirmar que en el Derecho Bancario existe un "principio de exclusividad de giro de los bancos", término que no ha sido creación mía sino establecido por el Lic. Humberto Jiménez San-

---

12. *Ibidem*, pág. 119.

13. PERALTA, Álvaro, *op. cit.*, pág. 5.

14. JINESTA LOBO, Ernesto, *"Contratos bancarios"*, bbEs Nº 5, enero-febrero, 1991.

15. Artículo 142 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Ley Nº 1644 del 26 de setiembre de 1953 y sus reformas.

16. RODRÍGUEZ AZUERO, *op. cit.*, pág. 108.

17. MOLLE, Giacomo, *"Manuale de Diritto Bancario"*, Manuale, Giuffrè, seconda edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1977.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

doval, quien señala que para poder calificarlo de principio general del derecho, es menester que exista suficiente justificación doctrinaria y sustento legal.

Y he hecho toda la anterior introducción para relacionarlo con el tema de las prohibiciones, pues al existir éstas establecidas por la ley, los bancos no pueden hacer en todo momento lo que les venga en gana, teniendo que sujetarse al giro bancario que les es permitido legalmente.

He logrado comprender que esto no ha sido una decisión caprichosa y arbitraria del legislador, sino que se fundamenta tomando en cuenta la naturaleza misma del servicio bancario, pues las entidades que profesionalmente se dedican a éste, tienen que dar a los usuarios una imagen de solidez, de confianza, de imparcialidad, de orden y seguridad en el manejo de fondos, de manera que los clientes se sientan impulsados a beneficiarse invirtiendo o de cualquier forma contratando con los bancos comerciales, pues tal y como señala Ernesto Jinesta haciendo eco de otros autores, es esencial a los contratos bancarios el "respaldo económico que ofrece una entidad financiera".[18] Rodríguez Rodríguez sintetiza los factores que deben tener los bancos en: rentabilidad, seguridad y liquidez.[19]

Así, Álvaro Peralta en su estudio sobre "Los contratos bancarios en el Derecho Comercial costarricense", señala que "los contratos que el banco o las entidades bancarias realizan en el desarrollo cotidiano de su labor constituyen una especie contractual susceptible de ser diferenciada, tanto por las características propias que ostentan, como por la innegable necesidad que existe de crear una regulación uniforme que sea aplicable a éstas, ampliando en lo posible el radio de acción del Derecho Comercial común".[20] Es por esto que no obstante el hecho de que los bancos comerciales pueden llevar a cabo numerosas operaciones reguladas por el Derecho Común, es necesario hacer diferencias básicas entre éstos y el concepto regular de sociedades anónimas, pues en estas últimas los asociados arriesgan, ejerciendo en común una actividad lícita, aportando conjuntamente bienes o servicios, y sobre todo, guiados por un fin de lucro.

Distinta es la mentalidad que deben tener los bancos, pues ese fin de lucro no debe ser su horizonte, ya que el hecho de arriesgar capital (que en este caso serían recursos del público) sería sumamente peligroso y paralizaría la inversión afectando a la economía nacional por las razones antes expuestas. "La finalidad principal de la actividad bancaria es el bien común, el bienestar general, ya que pone en movimiento el ciclo económico para el abastecimiento de las necesidades de la población, por lo que el lucro no es consecuencia necesaria de la actividad bancaria, y menos su rasgo esencial".[21] Por esto Joaquín Rodríguez nos dice que "...el ánimo de lucro de los bancos solamente se acepta en tanto esté enfocado a una finalidad ulterior como es la existencia".[22]

Es fácil entender, entonces, que es oportuno y conveniente prohibirle a los bancos comerciales realizar cierto tipo de actividades que perfectamente le son permitidas a cualquier comerciante que desee por su cuenta invertir, arriesgar y tratar de obtener ganancias con una actividad determinada, pues de permitírselo a las entidades bancarias, se produciría una gran incertidumbre en los ciudadanos quienes temerían (con toda razón) arriesgar su capital, pues como nos dice a este respecto el licenciado Mario Gómez, director ejecutivo de la Asociación Bancaria Costarricense (ABC), "existe un interés público de que el ahorro e inversión sean canalizados por las entidades bancarias,

---

18. JINESTA, Ernesto, *op. cit.*, pág. 28.

19. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, México, 2ª edición, 1979, págs. 53-54.

20. PERALTA, Álvaro, *op. cit.*, pág. iii).

21. VILLEGAS, Carlos G., *Régimen Legal de Bancos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, págs. 41 y 55.

22. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *op. cit.*, pág. 54.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que si se dedicaran a otras actividades mercantiles podrían perder la objetividad necesaria".[23]

Y llegando a este punto quiero hacer mía la tesis del autor italiano Giacomo Molle, por considerar que los argumentos que esgrime para justificar las prohibiciones a ciertas actividades de los bancos comerciales, son sumamente acertados y conformes con la realidad nacional. Él sostiene que "las empresas bancarias ejercen una función de interés público",[24] y que "por la naturaleza de la actividad desarrollada son susceptibles de la imposición de una serie de obligaciones y prohibiciones".[25]

Pero el autor no se queda ahí y va más allá de este enunciado, al justificar su criterio relacionando la situación anterior con el principio general de *las incompatibilidad.* Señala así, que es propio comparar lo que ocurre con las "empresas bancarias" (como él las denomina), con otros entes de interés público, como serían las asociaciones y las fundaciones, porque así como a la actividad de éstas se les impone ciertos límites, por considerarse incompatible su finalidad con la finalidad meramente lucrativa de los comerciantes, igualmente a los bancos pueden aplicárseles estas restricciones en cuanto a ciertas operaciones que pudieran eventualmente conllevar a un interés de lucro.

En Costa Rica las asociaciones se caracterizan por tener un fin no lucrativo, y esto es precisamente lo que las diferencia de las sociedades mercantiles, y tal es la regulación en este sentido que si apareciera éste, el Estado podría disolverlas. Esto no significa, sin embargo, que la asociación deba operar a costo o con pérdidas, pues obviamente recibe una ganancia, pero lo prohibido es disponer de la ganancia entre sus asociados. Es por esto que existe control externo, pues el Estado vigila para que la asociación no esté lucrando. Y en cuanto a las fundaciones, lo que las caracteriza es el fin altruista que persiguen.

Podríamos así compartir la opinión del autor citado, aplicando con un criterio extensivo el concepto de las incompatibilidades a la actividad de los bancos comerciales.

Paolo Biscaretti, especialista en Derecho Público, al hablar de este principio de las incompatibilidades, establece el ejemplo de los diputados y define el principio como "imposibilidad de ejercicio de una actividad específica".[26]

Con respecto a este tema, el Dr. Víctor Pérez Vargas, al definir el concepto de "incompatibilidad", citando en este punto a Ángelo Falzea, establece que por ésta "se entiende una particular situación que da lugar a algunas consecuencias legales en relación con personas investidas de determinadas funciones o cargos. Tales consecuencias legales, normalmente se resuelven en particulares prohibiciones, cuya transgresión determina responsabilidad por parte del titular de la función y al mismo tiempo tiene reflejos sobre la validez y eficacia de los actos realizados con violación de la prohibición, caso en el cual opera al interior de la función. Puede también operar desde un punto de vista externo, cuando se resuelve en la exclusión de determinados sujetos de la atribución o del ejercicio de la función".[27] Más adelante en esta misma obra sostiene que el fenómeno de la incompatibilidad tiene más amplias aplicaciones en el Derecho Público, donde el ejercicio de un determinado cargo impide al sujeto la participación en otros cargos o empleos. Y es entonces cuando cita varios ejemplos contemplados en nuestra Constitución Política, como el artículo 143 que establece que la función del ministro es incompatible

---

23. Entrevista concedida por don Mario Gómez, director ejecutivo de la Asociación Bancaria Costarricense (ABC), en su oficina en noviembre de 1991.

24. MOLLE, Giacomo, *op. cit.*, pág. 3.

25. *Ibídem*, pág. 9.

26. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *"Derecho Constitucional"*, Edit. Tecnos, Madrid, 1982, pág. 346.

27. PÉREZ VARGAS, Víctor, *"Derecho Privado"*, Edit. Publitex, San José, Costa Rica, I edición, 1988, pág. 69.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

con el ejercicio de todo otro cargo público, sea o no de elección popular, salvo el caso de que las leyes especiales les recarguen funciones.

"El elemento que caracteriza la figura de la incompatibilidad se encuentra en que ésta se dispone en relación con determinadas funciones públicas o privadas, con el fin de garantizar su mejor ejercicio".[28]

Joaquín Garríguez, al hablar del caso particular en España señala que existe una clasificación de los bancos de acuerdo con sus actividades específicas, y con respecto a la banca privada establece que "se ha esbozado —aunque con grandes limitaciones— una especialización de la banca privada y se ha liberalizado el acceso a la profesión de banquero. Asimismo se han promulgado normas tendientes a evitar una mayor influencia de los bancos mixtos sobre otras empresas privadas y sobre otros bancos, y se han establecido incompatibilidades para el ejercicio de cargos directivos y ejecutivos en la banca privada... Dos son las reglas fundamentales establecidas por la ley: 1ª) Las personas que ocupen altos cargos directivos (presidentes, vicepresidentes, consejeros o administradores, directores generales o asimilados a estos últimos) en bancos privados que operen en España no pueden desempeñar cargos análogos en otros bancos ni formar parte de más de cuatro consejos de administración en sociedades anónimas españolas. 2ª) Además, los consejeros-delegados y directores generales y quienes desempeñen funciones equivalentes a las de éstos no pueden ocupar al mismo tiempo ninguno de los mencionados cargos ni otros equivalentes en otro banco o sociedad anónima... Este régimen de incompatibilidades se completa estableciendo que las personas a las que afectan las mismas no pueden obtener créditos, avales y garantías del banco en cuya dirección o administración intervengan, salvo autorización expresa del Banco de España".[29] El concepto se aplica en este caso propiamente a los funcionarios y no a la entidad en general, pero lo importante es que prevén la posibilidad de que haya intereses de otro tipo que intervengan en la actividad bancaria y por eso han creído necesario establecer restricciones.

Siguiendo con la exposición de la situación de su país, el autor señala por qué se estableció en 1962 el "principio de especialización de la banca", distinguiéndose entre bancos comerciales y bancos industriales, y establece que "la distinción... tiene su origen en la legislación inglesa, siendo sus finalidades primordiales... impedir que los bancos establezcan discriminaciones en la concesión de crédito comercial, debido al hecho de poseer intereses en empresas determinadas".[30] Y señala que otra novedad en la legislación es la obligación de que únicamente personas físicas puedan ser accionistas de los bancos (lo que igualmente garantiza objetividad), así como la disposición de que el Gobierno está autorizado para determinar, a propuesta del ministro de Hacienda, el límite de los créditos, garantías o avales que los bancos comerciales o mixtos pueden conceder a las personas naturales o jurídicas o a un grupo de empresas filiales. Pero también señala los inconvenientes que encuentran los propietarios de fincas para obtener préstamos con la garantía de sus bienes (por la necesidad de devolución a un plazo corto), lo que también evidencia la política de previsión de los españoles.

Creo que es oportuno y necesario entrar a analizar el caso particular de Costa Rica, la regulación existente en materia de bancos comerciales, para ver si es posible establecer la existencia de un principio de exclusividad de giro. E inmediatamente tenemos que remitirnos al artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que concretamente en el primer párrafo del inciso tercero establece:

---

28. *Ibídem*, pág. 70.

29. GARRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Edit. Porrúa, S.A., México, 1984, tomo I, pág. 78.

30. *Ibídem*, pág. 79.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Artículo 73.—Queda estrictamente prohibido a los bancos comerciales:

3. Participar directa o indirectamente en empresas agrícolas, industriales, comerciales o de cualquier otra índole, y comprar productos, mercaderías y bienes raíces que no sean indispensables para su normal funcionamiento..."

Este artículo evidencia todo lo que hasta aquí hemos venido apuntando, en el sentido de que si bien la redacción del inciso es bastante amplia ("...de cualquier otra índole"), lo es para prevenir a toda costa el hecho de que el banco pudiera dedicarse a otra actividad fuera de su giro, o que pudiera adquirir inmuebles con el fin ad hoc de lucrar con ello, poniendo en peligro la seguridad, la imparcialidad en la concesión de créditos, y todo lo que antes señalamos como necesario para la óptima realización de su actividad.

Tan rigurosa es la regulación en ese sentido, que el artículo 72 de la misma ley prevé el caso de los bienes que le son transferidos al banco en pago de obligaciones a su favor, o que le fueren adjudicados en remates judiciales, y señala que éstos "...deberán ser vendidos dentro del plazo de un año contado desde el día de su adquisición". Pareciera que la política entonces es de que los bancos posean únicamente lo necesario para su existencia, lo que no ocurre con el género de esta figura, las sociedades anónimas, a las que jamás podría limitárseles así porque el fin último de éstas es obtener ganancias. Igual tendencia legislativa se aprecia en el artículo 55, que establece que los bancos comerciales solo podrán computar en su activo y saldos deudores... 4. Las inversiones en bienes raíces que sean para el servicio propio de cada banco, y las que eventualmente hayan tenido que hacer por cobro de obligaciones a su favor, y las que realicen en muebles, materiales, instalaciones y útiles necesarios para su funcionamiento..., y con el artículo 61-1, párrafo 9), en el que se establece que los bancos comerciales podrán efectuar operaciones de crédito y hacer inversiones... para adquirir los bienes muebles e inmuebles que fueren necesarios para su propio uso.

El artículo 56 señala que "Los bancos comerciales deberán tener respaldados, en el ciento por ciento, todo su pasivo y saldos acreedores, exclusivamente por los activos y saldos deudores...", lo que definitivamente frena a los bancos de cualquier intención especulativa que ponga en riesgo el capital, lo que se reafirma con el inciso 2), del artículo 73, en el que se les prohíbe a los bancos conceder créditos para fines de especulación y con el artículo 62-1 que establece como principio que "Los bancos del Estado deberán guiarse al resolver las solicitudes de préstamo por un criterio de absoluta generalidad e imparcialidad, adoptando sistemas que procuren garantizar igualdad de trato en igualdad de condiciones", imparcialidad que, repito, se vería en tela de duda si tuvieran intereses en otras actividades mercantiles. Por su parte, el artículo 76 establece que "El total de los depósitos de ahorro constituidos a favor de una misma persona o entidad no podrá exceder del monto que determine de manera general el Banco Central, de acuerdo con la naturaleza especial y las actividades propias de esas personas y entidades. En todo lo concerniente al funcionamiento de las secciones de ahorros, los bancos deberán tomar muy en cuenta los deberes de servicio social que están obligados a cumplir en beneficio de la economía nacional y del bienestar de la comunidad, con abstención de propósitos exclusivos de lucro".

Y, claro está que la ley también procura la imparcialidad propiamente en los funcionarios de los bancos, estableciendo disposiciones como el artículo 22 y ss., el artículo 27 que establece las sanciones para los incumplientes, y el artículo 117 que establece la prohibición para los bancos comerciales del Estado de efectuar operaciones de crédito, directa o indirectamente, con las personas físicas y jurídicas ahí establecidas.

Creo que con las normas señaladas podemos tener certeza de que en Costa Rica se pretende que los bancos comerciales tengan exclusividad de giro, es decir, que se dediquen a lo que les es permitido y les compete por la naturaleza de la actividad que desempeñan, y dejen para otras personas el ejercicio de operaciones mercantiles riesgosas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Pero para poder establecer que se trata de un principio general del Derecho Bancario, es necesario apreciar si esa tendencia legislativa se sigue en otros países. Con esta finalidad analicé el "Decreto de Gabinete Nº 73 de 8 de abril de 1970, por el cual se reforma el régimen bancario" de Panamá, que en su capítulo VIII titulado "De las prohibiciones y limitaciones", señala en el artículo 52 que "Ningún banco declarará, abonará o pagará dividendo alguno, ni distribuirá o transferirá todo o parte de sus utilidades, hasta que hayan sido amortizados o se hayan creado reservas suficientes para la amortización total de todos sus gastos diferidos...", en su artículo 53 que "Se prohíbe a los bancos conceder a una sola persona natural o jurídica, préstamos o facilidades crediticias...", en su artículo 56 "Se prohíbe a los bancos adquirir o poseer acciones o participaciones en cualquier otra clase de empresa por más del veinticinco por ciento... Se exceptúan las participaciones o acciones que el banco adquiera por sumas que le fueran adeudadas, en cuyo caso, deberán liquidarse en la más pronta oportunidad...", y en especial el artículo 58 que establece: "Se prohíbe a los bancos comprar, adquirir o arrendar inmuebles para sí, salvo en los siguientes casos: a) Cuando sea necesario para realizar sus operaciones o para albergue o recreo de su personal; b) Cuando adquiera terrenos para construir cualquier tipo de vivienda o urbanizaciones con el propósito de venderlas, y siempre que las ventas se realicen en la oportunidad de que trata el artículo 56; c) Cuando ocurran circunstancias excepcionales, y previa autorización de la Comisión. Parágrafo: No obstante, los bancos que hayan aceptado bienes inmuebles en garantía de sus créditos, podrán en caso de falta de pago adquirir tales bienes inmuebles para venderlos en la más pronta oportunidad..."[31] Es fácil así apreciar, que el legislador panameño ha querido también consagrar el principio.

Parecida regulación de esta última situación está estipulada en la Ley de Bancos de 1952 de Paraguay, que en su artículo 22 establece:

> "Se prohíbe a todo banco, sucursal o agencia bancaria:
> a) adquirir o conservar en forma permanente, bienes raíces que no sean necesarios para el uso del banco, sus sucursales o agencias. Los bienes raíces que se transfieran al banco en pago de deudas o se adquieran para la protección de sus créditos, deberán ser enajenados dentro de un plazo no mayor de cinco años contados desde la fecha de la adquisición.
> b) Conceder préstamos con garantía hipotecaria.
> c) Conceder préstamos directa o indirectamente: 1) Con el objeto de capacitar de capacitar a una persona para pagar, total o parcialmente el precio de la suscripción de acciones del propio banco".

Y en su artículo 24 señala que está prohibido a los bancos:

> "b) Tomar a su cargo la administración de bienes de sus deudores morosos por un plazo mayor de dos años;
> c) Guardar en cartera más de dos años después de su adquisición, acciones u obligaciones de otras empresas;
> d) Participar directa o indirectamente en cualquier empresa comercial, agrícola, industrial o de otra clase".

Y el artículo 28 establece las inspecciones y las sanciones por la violación de lo establecido.

La Ley General de Bancos de Bolivia del 11 de julio de 1928 en su capítulo X titulado "De los bancos comerciales", en el artículo 136, inciso 14), señala que es facultad de los bancos comerciales "Comprar y poseer bienes raíces, pero exclusivamente en los siguientes casos y para los fines que se expresan a continuación: a) uno o más lotes de terreno donde exista o

31. Legislación panameña sobre el negocio de banca, edición preparada por el Dr. Jacinto Javier Espinoza G. (catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá), págs. 49 a 52.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pueda ser construido un edificio o edificios para la transacción de sus negocios, una parte del cual que sea considerado razonable por el Superintendente de Bancos, y que no necesite el banco para su propio uso, puede ser arrendado con el fin de que se produzca renta, entendiéndose que la construcción o compra de dicho edificio o edificios será aprobada previamente por el Superintendente de Bancos; b) los bienes que le sean transferidos en pago de deudas previamente contraídas a su favor en el curso de sus negocios; c) los bienes que se hagan adjudicar en remate judicial y en pago de hipotecas constituidas a su favor".

> Artículo 137.—"Todo banco que después de la promulgación de esta ley comprare o adquiriere algún bien raíz en conformidad a lo dispuesto en los incisos b) y c) del párrafo 14 del artículo 136, estará obligado a vender dicho bien raíz dentro del plazo de dos años contados desde el día de la adquisición, salvo el caso de que el Superintendente de Bancos, a petición del referido banco, ampliare el referido plazo, pero esta ampliación no podrá exceder, en ningún caso de dos años".
>
> Artículo 146.—"Ningún banco comercial nacional o extranjero podrá hacer operación alguna de crédito con sus propios funcionarios y empleados".

Con las disposiciones transcritas se aprecia que aunque son más amplias que en otros casos, se ha querido enmarcar taxativamente la acción de los bancos.

Por su parte, la Ley sobre Establecimientos Bancarios Nº 45 del 16 de julio de 1923 de Colombia, en su artículo 85, párrafo 16, establece que los bancos "podrán comprar, poseer y enajenar bienes raíces, para los siguientes fines únicamente: a) uno o más lotes donde estén construidos o se vayan a construir los edificios para el acomodo de los negocios del banco, los que puede emplear, en la parte razonable no necesaria a su propio uso, para obtener una renta; b) los bienes raíces que le sean traspasados en pago de deudas previamente contraídas en el curso de sus negocios; c) los bienes raíces que compre en subasta pública por razón de hipotecas constituidas a su favor. Toda finca raíz que compre o adquiera un establecimiento bancario conforme a los ordinales b) y c) de este artículo, será vendida por éste dentro de los dos años siguientes a la fecha de la compra o adquisición..." Y el artículo 86, inciso 8), señala que "ningún establecimiento bancario podrá comprar o poseer productos, mercancías, semovientes, acciones de otras corporaciones o bonos de renta u otras seguridades semejantes, salvo que tales bienes muebles o seguridades hayan sido recibidos por él como garantía de préstamos o para asegurar los que haya hecho previamente de buena fe. Los bancos comerciales que actualmente funcionan en Colombia, que posean tales bienes muebles o seguridades, podrán continuar poseyéndolos por un período que no exceda de tres años, a contar de la vigencia de esta ley, y no podrán hacer nuevas compras de tales bienes o seguridades".

Decidí analizar el caso de estos dos últimos países, porque a pesar de que son leyes sumamente viejas, (tomadas del libro Regímenes Bancarios, Recopilación de Leyes sobre Bancos Centrales y Reglamentaciones de Bancos. Por Pedro J. Baiocco, Edit. Losada, S.A., Buenos Aires, 1948, tomo I), me dieron una idea general de lo que para esos países también significa el peligro que se corre si se le permite a los bancos actuar, conjuntamente con sus operaciones propias, como comerciantes.

CONCLUSIONES

A efecto de reafirmar lo que he sostenido a lo largo del trabajo, en el sentido de que la experiencia nacional e internacional nos han dado acertadas luces para justificar la imposición de determinadas restricciones a ciertas actividades de los Bancos Comerciales, creo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conveniente indicar, que particularmente en nuestro país, a finales del siglo pasado (como nos demuestra don Rufino Gil Pacheco en su libro "Ciento cinco años de vida bancaria en Costa Rica"), se sentía la necesidad de que hubiera controles a la actividad bancaria, pues "...el público, es de suponer, no prestaba una colaboración franca, quizás por los temores de ver perdidas sus economías en un negocio que no daba la suficiente seguridad",[32] y es entonces cuando se emite la Ley General de Bancos de 1900 que somete la actividad bancaria totalmente al control de la Secretaría de Hacienda para garantizarle a los ciudadanos seguridad en sus inversiones. Es interesante señalar que con esta ley, entre muchas de las restricciones que se establecen, se prohíbe a los bancos adquirir inmuebles que no fueran necesarios para su funcionamiento, disposición que existe actualmente en nuestra legislación y que evidencia la conveniencia en el hecho de limitar a los bancos estrictamente a su giro por considerarse incompatible la actividad del comerciante con la del banquero.

A la largo de la exposición he manifestado mis opiniones, basándome por supuesto en reconocidos autores, con respecto a la conveniencia de que se hable de este principio de exclusividad de giro en los bancos y con la cita de las diferentes disposiciones nacionales e internacionales que evidencian la necesidad de estas restricciones, estoy segura de afirmar que existe un principio general del Derecho Bancario que es conveniente denominar, como lo hace don Humberto Jiménez Sandoval, "principio de exclusividad de giro bancario".

Por último, quiero citar, por considerarla acertada, una opinión de don Álvaro Peralta que señala que "...no obstante que las raíces de la contratación bancaria se pueden ubicar en el Derecho Mercantil o Comercial común, los bancos en su quehacer cotidiano han ido perfeccionando y adecuando día con día los contratos que ellos realizan a su propia realidad. Esta realidad bancaria, por así decirlo, difiere mucho de la realidad comercial que tiende a regular la legislación comercial de Costa Rica...",[33] por lo que se reafirma el hecho de que no podríamos justificar el no establecimiento de prohibiciones y restricciones a la actividad de los bancos, argumentando que éstos son sociedades anónimas, pues como creo haber logrado demostrar, difieren en mucho de éstas.

---

32. GIL PACHECO, Rufino, *op. cit.*, pág. 94.

33. PERALTA, Álvaro, *op. cit.*, pág. 349.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL APORTE PERSONALISTA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL PERUANO*

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

SUMARIO

Pág.

Introducción 127

Nuestro sistema 128

El aporte personalista del CC peruano 128

La proyección del CC peruano 129
- Proyección legislativa 129
- Otras proyecciones 129
- Proyección doctrinal 129
- Proyección jurisprudencial 130
- Proyección en la vida 130

Observaciones 130

La persona y el concebido 130
- Punto de vista filosófico 131
- Fundamento jurídico 131
- Todo niño es persona 131
- El concebido es un niño 131
- El concebido es persona 132

* *Exposición en la Universidad de Lima, Perú, con ocasión del Congreso sobre los diez años del Código Civil, setiembre de 1994.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Capacidad de goce y capacidad de ejercicio o capacidad jurídica y capacidad de actuar ... 133

Valores de la personalidad ... 133

La acción inhibitoria ... 134

Nuevos derechos de la personalidad ... 134

El daño a la persona ... 135

El abuso de las situaciones jurídicas ... 136

Conclusiones ... 136

Bibliografía ... 137

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Agradezco a la Comisión Organizadora por haberme invitado a participar una vez más en otro histórico encuentro limeño conformador, como los anteriores, de nuestra identidad cultural latinoamericana. Es un honor, igualmente, compartir el podio con los grandes continuadores y renovadores de la tradición romana en el siglo XX.

Es el momento de rendir un breve homenaje a los promotores iniciales que instalaron sus trabajos en julio de 1965 y después de casi veinte años de esfuerzo sostenido coronaron su obra cuando fue promulgado el Código Civil en 1984 (mediante Decreto Legislativo número 295).[1]

Entre ellos debo destacar al promotor principal del proyecto, desde el Ministerio de Justicia, el propio Carlos Fernández Sessarego, quien luego se unió a los trabajos de la Comisión y quien ha contribuido al despertar de inquietudes[2] entre las nuevas generaciones, iluminando con su filosofía personalista y tridimensional el mismo sistema latinoamericano.

Es el momento de rendir también un profundo reconocimiento a los grandes juristas peruanos (cuyos nombres no menciono para no ser omiso) que en la reciente década han provocado todo un hervidero, una ebullición y una revolución jurídica en la nueva generación de juristas, de la que debo mencionar especialmente a Juan Espinoza Espinoza, Yuri Vega Mere, Carlos Cárdenas Quirós, Elvira Martínez Coco, Luz Monge y Lucía Lanyi del Águila, quienes junto con los maestros de siempre, han logrado ya un reconocimiento internacional. La producción jurídica peruana de estas décadas supera en mucho (en calidad y cantidad) todo lo que antes conocíamos de esta nación.

También en este momento oportuno para que los "padrinos del bautismo", como nos llamó hace algunos años a varios de los presentes el querido amigo Carlos Fernández Sessarego, meditemos acerca de los grandes aportes y, en particular, sobre el salto axiológico cualitativo que ha dado con este monumento jurídico el mismo sistema latinoamericano, ya que el Código peruano ha iluminado con su doctrina personalista todo el Derecho Civil latinoamericano.

Esta es una oportunidad también para que, como se nos ha solicitado al invitársenos, brindemos nuestras opiniones y observaciones sobre el Anteproyecto del Ministerio de Justicia, actualmente en discusión, de modo que podamos contribuir en algo en este loable proceso de revisión, que será, por sus consecuencias, revisión del sistema.

Con esta exposición intento una valoración global de los aportes del nuevo Código Civil peruano, al sistema jurídico latinoamericano, en relación con los siguientes aspectos: 1) la posición jurídica del concebido como persona de conformidad con la Convención de Derechos del Niño, 2) las llamadas capacidad de goce y de ejercicio, 3) el daño a la persona, 4) la acción inhibitoria, 5) el abuso del derecho y 6) los nuevos valores de la personalidad, en particular el derecho a la identidad que se encuentra en la misma Convención Americana de Derechos Humanos.

---

1. Sobre la Codificación en Perú v. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en Tendencias..., p. 24 y el excelente prólogo de VIDAL, Fernando, al Código Civil, edición del Ministerio de Justicia, Lima, 1994.

2. Así lo reconocen sus discípulos. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Estudios..., prólogo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

NUESTRO SISTEMA

Los juristas latinoamericanos podemos entendernos porque nuestros lenguajes jurídicos y nuestros valores de tradición romana son compartidos en todos nuestros países. Conformamos, en verdad, un sistema, sistema unitario formal y sustancialmente (conceptual y axiológicamente), desde el punto de vista del Derecho Comparado,[3] sistema que es dinámico y en el que encontramos una continuidad histórica,[4] que en nuestro caso concreto se ejemplifica con la serie de congresos de juristas de ordenamientos que son parte del subsistema latinoamericano, como los recientes de Lima y Bogotá.[5]

La Comisión de "Personas" del IX Congreso Jurídico Nacional en Costa Rica, tomando en consideración tal perspectiva romanista estableció en sus conclusiones:

> "...se recomienda profundizar la herencia cultural común de que somos partícipes, como la clave justificante de la comunidad terminológica y axiológica capaz de facilitar la comprensión de una unidad que es realidad histórica".

EL APORTE PERSONALISTA DEL CC PERUANO

Tras décadas de estancamiento legislativo del Derecho Privado en América Latina, el nuevo Código ha reivindicado el Derecho Civil como ejemplar estructura legislativa en favor de la persona y de sus cualidades esenciales.

Muchos juristas extranjeros han elogiado la contribución del CC de Perú[6] y los propios juristas peruanos consideran que el mejor aporte del CC peruano es el Libro de las Personas.[7] Este libro, como buena parte del Código, se sustenta en el personalismo de Carlos Fernández Sessarego,[8] una filosofía donde la persona es vista como ser único e irremplazable, trascendente y libre, capaz de identidad y sociabilidad, de intimidad y de comunión, de despliegue y recogimiento y de asumir responsablemente el compromiso de su propio proyecto de vida.

En mi criterio, el gran valor del Código Civil peruano es su contribución a la integración de nuestros pueblos sobre una base axiológica personalista.[9]

---

3. V. SCHIPANI, Sandro, Discurso, en Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 14 y 17.
4. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en Tendencias..., p. 34.
5. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en Tendencias..., p. 57.
6. SCHIPANI, S., Congre. Lima, p. 15.
7. ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, Introducción.
8. ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, Prólogo.
9. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en Tendencias..., p. 18.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA PROYECCIÓN DEL CC PERUANO

Proyección legislativa.

El Código Civil peruano ha sido un faro legislativo en América Latina; su luz se manifiesta en proyectos de ley. Concretamente en Costa Rica se propuso, ante la Asamblea Legislativa la acción inhibitoria siguiéndose los pasos del proyecto de Carlos Fernández Sessarego.[10] Lo mismo ha ocurrido en otros países de América Latina, como Argentina, donde se ha reconocido expresamente la influencia del Código peruano.[11]

Igualmente, los proyectos de reforma al Libro de las Personas del Código Civil costarricense, que surgieron en el Congreso Jurídico Nacional de 1989, tuvieron como base la filosofía del Código Civil peruano, además de la doctrina italiana.

Resumo los principales aspectos de las propuestas de ley surgidas de este evento:

Lo primero que se tuvo en cuenta fue el enfoque axiológico, para lo cual la Comisión se cuestionó acerca de los principios, valores y criterios que deberían permear la sistematización de una eventual legislación. Dentro de los planteamientos de principio debo recordar: la relevancia de la dignidad humana como criterio central, la consideración del ser humano, como el centro de todo el Código, de la persona, en su circunstancia y en su dimensión comunitaria, como eje y razón de ser de lo jurídico. Entre las proyecciones concretas, se recomendó el establecimiento de una acción sumaria inhibitoria del daño actual o potencial.

Otras proyecciones.

Este monumento legislativo no es sólo ejemplo para legisladores extranjeros; lo es, sin duda, pero, es más que eso: no es solamente un faro legislativo; su luz ha iluminado nuevas mentes, jurisprudencia, y ha generado nuevos cuestionamientos en otros países y, concretamente en el mío.[12] En realidad, se proyecta en todos los niveles de trabajo del jurista,[13] en la doctrina, en las opiniones de los jueces y en la vida misma.

Proyección doctrinal.

El Código Civil peruano es un foco de luz doctrinal, que se proyecta no solamente en reformas civiles, sino en todo el Derecho Privado, incluido el Derecho Comercial y el llamado Derecho de la Libre Competencia, que no puede dejar de lado temas como el daño a la persona del consumidor;[14] se proyecta, principalmente, en las mentes de los nuevos juristas, que en sus obras citan abundantemente la doctrina inspiradora de esta nueva legislación.[15]

---

10. EXPEDIENTE Nº 10830. PROYECTO REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 22 Y 1023 DEL CÓDIGO CIVIL. Proyecto original presentado por el Dr. Gerardo Trejos, acogido para su trámite por el diputado Javier Solís, con las modificaciones sugeridas por el Dr. Víctor Pérez Vargas.

11. V. BELUSCIO, BERGEL, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LE PERA, RIVERA, VIDELA ESCALADA, ZANNONI, Reformas al Código Civil, proyecto y notas de la Comisión designada por Decreto 468/92, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 28.

12. No es la primera vez que el Derecho peruano se proyecta en otros países. En Costa Rica el Código General de 1841 se inspiró en la codificación Perú-boliviana de 1836 —según comentan Alberto Brenes Córdoba y Carlos José Gutiérrez—.

13. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en Tendencias..., p. 21.

14. V. en particular STIGLITZ, Gabriel A., Protección jurídica del consumidor, Depalma, Buenos Aires, 1990, quien habla del "daño a la persona del consumidor", pág. 7. Tamb.: VEGA ARIAS, Rigoberto, Hacia una protección jurídica del consumidor, Facultad de Derecho, UCR, San José, 1994.

15. Véase por ejemplo, en Costa Rica, las tesis de grado de: BULGARELLI, Fiorella, Libre competencia y tutela del consumidor; ZELEDÓN, Ana Karina, Persona y comunidad en el Derecho Privado; VEGA, Rigoberto, Hacia una protección del consumidor en los tratados de libre comercio que suscriba Costa Rica; CASAFONT, Paola; AGUILAR, Irene, La acción inhibitoria, etc., todas ellas inspiradas en la filosofía personalista de Carlos Fernández Sessarego.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Proyección jurisprudencial.

Se proyecta, también, en sentencias judiciales y resoluciones administrativas de orden inhibitorio, tales como prohibiciones municipales de industrias contaminantes.

Proyección en la vida.

Se proyecta, finalmente, en concretas discusiones sobre la valoración del daño a la persona, por ejemplo para la tutela plena de trabajadores bananeros esterilizados por el uso de NEMAGÓN, un pesticida que ya estaba prohibido en los Estados Unidos y que una empresa transnacional distribuyó en Costa Rica, discusión que ha trascendido nuestro propio sistema y se produce en estos momentos en tribunales de Texas, EE.UU.

OBSERVACIONES

Los cambios que han ocurrido en los últimos años, en valores, sobre todo con la afirmación universal de la dignidad humana; en tecnología (espacial, genética, informática, telemática) y en la propia terminología jurídica, obligan a esta revisión constante de las leyes.

Los juristas peruanos, demostrando su capacidad de apertura al cambio y una loable disposición a la perfectibilidad y al mejoramiento (rasgo de lo humano), han realizado varios esfuerzos, como lo demuestran los diversos seminarios nacionales e internacionales y la gran cantidad de nuevas obras jurídicas de primerísima calidad a las que he hecho referencia.

Hoy, sin embargo, los propios autores consideran que el nuevo Código requiere de una revisión y trabajan en ello. Con el propósito de aportar mis inquietudes en este proceso de constante renovación, que en gran medida siento mío, me permito realizar a continuación algunos comentarios:

LA PERSONA Y EL CONCEBIDO

Un claro avance del Código Civil peruano es haber considerado al concebido como vida humana, pero la verdad es que no puedo dejar de considerar al concebido como persona.

El Código Civil peruano lleva razón en reconocer que la diferencia entre el ser humano concebido y el ser humano nacido tiene importancia técnico jurídica, así como la tiene la distinción entre menor y adulto, por ser el primero sujeto de tutela preferente, siendo ambos seres humanos iguales en dignidad esencial, en lo que se refiere a los valores fundamentales de sus respectivas personalidades (en particular, vida y salud).

Reconocer legislativamente un diverso régimen jurídico de dos tipos de seres humanos es importante, porque la clasificación no es un ejercicio mental sino que tiene implicaciones concretas en una diversidad de régimen jurídico de uno y otro tipo de ser humano; basta pensar en la diferencia entre el aborto y el homicidio en el Derecho Penal[16] o en la diferen-

16. ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, p. 19. Sin embargo es posible pensar en una diversa estructuración técnica de los tipos de sujetos jurídicos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia entre el Derecho Penal y el Derecho de Menores.

Sin embargo, otro problema es el de la mejor denominación para estas categorías de sujetos, pero este es un problema formal, una vez que estamos de acuerdo en dos cosas de fondo:

1. que el concebido *es un ser humano*, como lo es el niño o el adulto,
2. que la distinción entre ser humano concebido y ser humano nacido tiene sentido técnico jurídico por haber diversidad de régimen jurídico.

Si bien considero que se trata de una cuestión de nomenclatura, el problema "taxonómico" de la designación del ser humano concebido como sujeto o como persona nos lleva a consideraciones filosóficas y a otras relativas a las Convenciones Internacionales aprobadas y ratificadas por la mayoría de nuestros países.

Punto de vista filosófico.

El concebido debe verse como persona, tanto con fundamento en la perspectiva escolástica de "sustancia racional de naturaleza espiritual" como, desde una perspectiva meramente biológica, como portador de una carga genética única y de posibilidades de desarrollo, como cualquier otro niño o adulto.

Tampoco desde el punto de vista del Personalismo de Mounier puede negarse que el concebido es una persona pues es una existencia encarnada[17] y, además, una existencia humana irrepetible,[18] ya siendo y haciéndose, actualmente portadora de una eminente dignidad,[19] ya titular actual de un impulso vital potencialmente capaz de llegar a trascender la naturaleza[20] y ya movimiento hacia la libertad, la comunicación con el mundo y hacia la comunión con el prójimo (no sólo con la madre) como lo prueban múltiples experimentos psicológicos. En síntesis, desde la perspectiva filosófica personalista el concebido es tan persona como el ser humano nacido.

Fundamento jurídico.

El fundamento jurídico de estas conclusiones se encuentra en la Convención de Derechos del Niño.[21]

Desde un punto de vista lógico, analizando la Convención citada, el silogismo podría plantearse así:

— Todo niño es persona,
— el concebido es un niño,
— el concebido es persona.

Todo niño es persona.

La primera premisa resulta del Preámbulo que habla del "reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

No hay duda que el concebido es "miembro de la familia humana".

El concebido es un niño.

La segunda premisa resulta confirmada también por el Preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño:

> "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, *"el niño* por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida *protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*.

Aquí se habla nada menos que de la protección legal del niño antes del nacimiento. En

17. MOUNIER, El personalismo, EUDEBA, Buenos Aires, 1962, p. 16.

18. MOUNIER, *op. últ. cit.*, p. 24.

19. MOUNIER, *op. últ. cit.*, p. 40.

20. MOIX, Candide, El pensamiento de Emmanuel Mounier, Estela, Tortosa, 1964, p. 128.

21. Ratificada por Costa Rica, La Gaceta de 9 de agosto de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

otras palabras, el concebido es un niño no nacido.

> "...la interpretación anterior está dentro del escrito de la misma (de la Convención) pues el Preámbulo, en el noveno párrafo, se expresa diciendo que 'teniendo presente que, como se indica en la Declaración de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*'".[22]

El artículo 1 expresa:

> "Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño *todo ser humano* menor de dieciocho años de edad..."

La expresión "todo ser humano" incluye claramente a los nacidos y a los no nacidos. Ser humano es lo mismo que vida humana, en expresión del Código Civil.

El concebido es persona.

Si la Convención protege al niño como persona y si niño es todo ser humano nacido o antes de nacer (no sólo el ser humano nacido) menor de dieciocho años, la conclusión salta clara: el niño, nacido o por nacer, es una persona.[23]

O sea: toda vida humana menor de dieciocho años es un niño y como todo niño es persona, con base en la igualdad fundamental de todos los miembros de la familia humana (a la que se refiere el citado Preámbulo) también el niño no nacido todavía es persona.

> "...al emplearse el concepto de ser humano se está partiendo desde el concebido, como el niño no nacido... el ser humano, hombre, persona... todos estos conceptos se le aplican al concebido que es ya una vida humana distinta a los que lo engendraron".[24] "El embrión es una nueva vida humana. Es distinto de la madre y del padre. Es alguien que ya es".[25]

En resumen:

Niño: todo ser humano menor de 18 años ¿no es acaso el concebido ser humano? "ser"... "humano"...

> "El niño no nacido es persona humana por su ser de sustancia individual de naturaleza espiritual. Esto significa que todo individuo es persona por su ser, no por la conciencia que tenga de su propio ser. La calidad de persona, no dependerá de la conducta que desarrolla en la vida... ni por el desarrollo y forma que tenga el embrión o el feto, pues éste ya tiene, desde la concepción su propia carga genética que le da su individualidad, es decir, su 'ser humano'".[26]

---

22. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., p. 49.

23. "...la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 44 Sesión, el 20 de noviembre de 1989... previene en su artículo primero que 'para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad...'" CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., p. 49.

24. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., p. 49.

25. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., p. 50.

26. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., pp. 49 y 50.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO O CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE ACTUAR

Convendría superar la distinción tradicional de corte francés entre capacidad de goce y de ejercicio, por la más aceptable de "capacidad jurídica y capacidad de actuar".

Esta distinción tradicional pone como fundamento por un lado, el goce, y por otro, el ejercicio de los derechos.

Esta doctrina ha sido criticada porque:

1) Tanto el goce como el ejercicio representan posiciones actuales, además de que el goce es un modo de ejercicio.[27]

2) El goce y el ejercicio de los derechos no tienen relevancia en la distinción conceptual, puesto que la capacidad de actuar puede desarrollarse en ámbitos diversos al ejercicio de los derechos, como ocurre con la llamada capacidad para obligarse y con la capacidad penal.[28]

3) La referencia a los derechos es limitada (goce de derechos, ejercicio de derechos), puesto que la capacidad, en cualquiera de sus dos formas, expresa una relación con múltiples situaciones jurídicas, como intereses legítimos, expectativas, potestades, etc. (además de los derechos subjetivos).

El derecho subjetivo ha de dejar de ser el centro del sistema, al pasarse de una perspectiva individualista a una perspectiva personalista y comunitaria.

VALORES DE LA PERSONALIDAD

Partimos de la consideración de que son diversas las situaciones jurídicas subjetivas y no solamente derechos subjetivos las que conforman el tema de los valores de la personalidad.[29] Los "derechos subjetivos", entendidos como "situaciones jurídicas de posibilidad axiológica de una conducta" no agotan el cuadro de los mecanismos de tutela de estos valores.

Una de las conclusiones del IX Congreso Jurídico Nacional fue:

"...estamos frente a valores (y no meros derechos subjetivos) que se hacen efectivos a través de diversos tipos de situaciones jurídicas que, en algunos casos son poderes, en otros imposiciones, en otros prohibiciones, en otros potestades. No solamente a través de derechos individuales se realizan estos valores. Esta perspectiva ayudará a evitar los problemas que ha afrontado la doctrina, de la teoría de los 'ius in se ipsum', para determinar tanto el objeto, como los caracteres de estas situaciones jurídicas. Es por tales motivos que resulta recomendable hablar de la 'tutela civil de la persona' o de 'valores de la personalidad', en lugar de hablarse de derechos de la personalidad o de derechos de la persona".[30]

---

27. Estas y otras críticas fueron formuladas por COVIELLO, cit. P. FALZEA, Angelo, Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici, Giuffrè-ed., Milano, 1939, p. 86.

28. FALZEA, Angelo, Capacità, Voci di teoria generale del Diritto, Giuffrè-ed., Milano, 1970, p. 89. También en Enciclopedia del Diritto.

29. Coincide ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, p. 99.

30. Estas fueron conclusiones del IX Congreso Jurídico Nacional en Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA ACCIÓN INHIBITORIA

Este es uno de los grandes aportes del Código Civil peruano.

Se trata de proteger sobre todo a la persona, en forma general; de permitirle a cualquier interesado (titular de un interés merecedor de tutela jurídica) que se pueda ver afectado, o vea afectadas sus cosas o su ambiente, solicitar la intervención judicial.

En relación con el daño a la salud debe programarse como lo ha pedido Busnelli, una estrategia de defensa a ultranza contra cualquier iniciativa hostil, venga de quien venga... para evitar que por razones económicas se justifiquen estos daños, lo que revelaría una peligrosa impotencia del sistema para hacer frente a su propia supervivencia.

En relación con el daño al ambiente, que es también daño a la comunidad de personas y al planeta entero,[31] no bastan las soluciones jurídicas tradicionales, sino que es necesario un tratamiento especial (por su número, irreversibilidad y gravedad). En esta materia, el esquema de la responsabilidad civil tradicional ha caído en desuso, no solamente porque ahora se trata de prevenir y evitar el daño, más que de repararlo económicamente, sino principalmente porque hay perjuicios que no son negociables, en los que la compensación económica no compensa realmente el perjuicio.

Se trata de contrarrestar también el temor de los jueces frente a las responsabilidades civiles que se les puedan imputar por sus actuaciones, así como otorgarles un camino procesal; la idea es facilitar la prevención o eliminación de todo daño a las personas, a las cosas o al ambiente, derivado del abuso de cualquier situación jurídica, no sólo, como antes se dijo, de derechos subjetivos.

Esto es lo que se ha llamado en otros ordenamientos "Acción inhibitoria" (porque inhibe el daño o el riesgo) o "Preventiva".

En la Asamblea Legislativa de Costa Rica se elaboró un proyecto, basado en la doctrina de Fernández Sessarego, en los siguientes términos:

> "El juez, a solicitud del potencial o actual afectado, del grupo representativo de intereses difusos interesado, o del ente público correspondiente, puede ordenar sea la cesación de un hecho o conducta susceptibles de causar daño a las personas o a las cosas o al ambiente, o la paralización de la actividad generadora del daño, mediante el trámite de los interdictos, o si fuere urgente mediante resolución especial motivada, sin responsabilidad para él, siempre que se le acredite en forma verosímil la posibilidad y realidad del uso extralimitado de cualquier situación jurídica y siempre que sus medidas sean correspondientes al riesgo".

NUEVOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Si bien es cierto que el CC peruano incluye nuevas formas de tutela de las manifestaciones de la personalidad, como el caso del derecho a la voz, conviene, en opinión de los propios autores, realizar una ampliación de la lista de los llamados derechos de la persona.

Debe agregarse, por ejemplo, como valor fundamental de la personalidad "la salud", tras-

31. Aída Kemelmajer de Carlucci ha dicho: "La contaminación es un problema de todo el globo terráqueo...". KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La responsabilidad civil por daño ambiental. Separata de anales del cincuentenario de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1991, p. 173.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cendiendo así la perspectiva tradicional de la "integridad física".

En particular, el caso del derecho a la identidad es ejemplar:[32]

> 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.
>
> *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; *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.
>
> 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.
>
> "...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".[33]

EL DAÑO A LA PERSONA

He observado con preocupación que el artículo 1985 no ha sido reformado todavía.

Esta es la oportunidad histórica para que se realice una justificada intención, de nuevo de Carlos Fernández Sessarego, la adecuada sistematización del daño a la persona, el tratamiento sistemático del daño a la persona en el Libro Primero del Código Civil,[34] que está metido por "la cocina" en expresión suya.

32. V. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El derecho a la identidad personal", en Tendencias, p. 96.

33. FERNÁNDEZ SESSAREGO, en Tendencias..., p. 198.

34. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en Tendencias..., pp. 35 y 36.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL ABUSO DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS

Debo referirme también al artículo 2 (reformado):

Por muchos años el "derecho" (entendido como derecho subjetivo) era el centro del universo jurídico; hoy la doctrina sabe que hay muchas otras situaciones jurídicas que no son derechos.

Junto a los derechos tenemos los poderes, las potestades (como la patria potestad que es poder y deber al mismo tiempo; o sea no es un derecho; o como la potestad tributaria), cargas (como las cargas de avisar la ocurrencia de un siniestro en materia de seguros), derechos potestativos (como el derecho del cónyuge inocente de demandar al culpable por divorcio); intereses legítimos (como el del no adjudicatario de una licitación donde ha habido desviación de poder), etc. ...o sea junto a los derechos hay otras situaciones jurídicas.

No solamente existen los derechos; no solamente de los derechos es posible abusar; se puede abusar de cualquier situación jurídica (abusar de la patria potestad, abusar de la acción en el proceso, abusar en las potestades públicas, incluso se da el abuso en las llamadas cláusulas leoninas en las cláusulas generales de la contratación, en los contratos de adhesión y en los contratos tipo, etc.). El abuso se realiza, precisamente, *mediante el ejercicio* (AB-USO: FUERA DE SU *USO*, o sea fuera de su *uso* normal, lícito) de las situaciones jurídicas.

Anteriormente, el Código Civil peruano hablaba de "el abuso del derecho"; ahora, con el texto reformado, se habla del abuso en el ejercicio activo u omisivo *de un derecho.* Hay en esto una grave involución.

El abuso del Derecho: debe, en un sentido amplio, como lo acepta Juan Espinoza Espinoza, entenderse como abuso de diversas situaciones jurídicas: intereses legítimos, expectativas, potestades, cargas y otras, de las que es posible abusar también, pero cuando la ley habla de *un derecho,* se refiere claramente al derecho subjetivo y no a otras situaciones jurídicas y esto es una limitación que tiene el Código.

Bastaría expresar: "La ley no ampara el abuso de las situaciones jurídicas".

CONCLUSIONES

Resumo mi exposición en lo siguiente:

A. Debo reconocer los siguientes méritos al tratamiento personalista del Derecho Privado que hace el Código Civil peruano:
   a. La consideración del concebido como ser humano.
   b. La afirmación de nuevos derechos de la persona.
   c. La introducción de la acción inhibitoria.
   d. La introducción del daño a la persona.

B. Me he permitido transmitir mis observaciones sobre lo siguiente:
   a. La consideración del concebido como persona física.
   b. La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de actuar.
   c. La ampliación de la idea del abuso de un derecho a la de abuso de cualquier situación jurídica.
   d. El mejoramiento de la regulación de la acción inhibitoria y del daño a la persona según las enseñanzas originales de Fernández Sessarego.

Recuerdo que a Platón casi lo apedrean en la Magna Grecia cuando intentó sugerir reformas en la Corte del Tirano Dionisio de Siracusa, en la isla de Sicilia; al invitárseme como padrino de bautismo a aportar mis observaciones en este Congreso, he corrido ese riesgo, pero mi

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

propósito ha sido solamente contribuir en algo al mejoramiento de nuestro sistema, mediante la espontánea y sincera expresión de mis valores y pensamientos, también personalistas.

Muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA

BELUSCIO, BERGEL, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LE PERA, RIVERA, VIDELA ESCALADA, ZANNONI, *Reformas al Código Civil,* Proyecto y notas de la Comisión designada por Decreto 468/92, Astrea, Buenos Aires, 1993.

CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil,* Astrea, Buenos Aires, 1988.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *Ponencia. Sexto Congreso Internacional sobre Derecho de Familia* (octubre, 1990), **Revista de la Universidad Interamericana de Puerto Rico,** Facultad de Derecho, setiembre-diciembre, 1990, Nº 1, vol. XXV, Nº 1.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Estudios de Derecho de las personas,* Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Lima, 1990.

FALZEA, Angelo, *Capacitá, voci di teoria generale del Diritto,* Giuffrè-ed., Milano, 1970.

FALZEA, Angelo, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici,* Giuffrè-ed. Milano, 1939.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas,* Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano, Studium Editores, Lima, 1986 (2ª edición, 1987).

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona,* INESLA, Lima, 1990.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El daño a la persona en el Código Civil peruano y el Código Civil italiano de 1942,* Ponencia, Congreso de Lima, 1985, Cuzco, editores, 1986.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho a la identidad personal. Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano,* discurso, Congreso Internacional, Lima, setiembre de 1988, Cultural Cuzco Editores, 1990.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La persona en la doctrina jurídica contemporánea,* Universidad de Lima, Lima, 1984.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La responsabilidad civil por daño ambiental.* Separata de anales del cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina, 1991.

MARITAIN, Jacques, *Scholasticism and Politics,* Image Books, New York, 1960.

MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo,* EUDEBA, Buenos Aires, 1962.

MOUNIER, Emmanuel, *Manifiesto al servicio del personalismo,* Taurus, Madrid, 1967.

ORDOQUI, Gustavo, *Estatuto de los derechos de la personalidad,* Acali Editorial, Montevideo, 1984.

RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino, *Alternativa ideológica: Comunitarismo,* **Iustitia et Ius,** Nº 7, Universidad de Los Andes, Mérida, 1971.

SCHIPANI, Sandro, *Discurso en tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano,* discurso, Congreso Internacional, Lima, setiembre de 1988, Cultural Cuzco Editores, 1990.

STIGLITZ, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor,* Depalma, Buenos Aires, 1990.

* * *