

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XXI – Núm. 70 – Diciembre 1998

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

PRESENTACIÓN

En esta ocasión ponemos énfasis en trabajos en el campo de la Historia del Derecho relacionados con el comercio del café en nuestro país durante la primera mitad del siglo diecinueve y con el papel del Derecho Francés en el desarrollo de nuestro Derecho Privado. Asimismo incluimos interesantes investigaciones relacionadas con el Derecho en la prehistoria y la discusión de la existencia de normas jurídicas entonces, así como sobre el origen de la ley. Incluimos también un tema de actualidad palpitante “el genoma humano”, en el pujante campo de la Bioética.

La **Dra. Valeria Antos**, jurista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ponente argentina en el reciente Congreso Mundial de Derecho de Familia (Panamá 1996) nos ha autorizado para reproducir su exposición “El Proyecto Genoma Humano”. La autora nos informa acerca de esta iniciativa internacional que busca establecer el mapa genético de la humanidad y nos alerta con un campanazo ético sobre posibles derivaciones eugénicas. Se refiere a diversos programas de servicios de genética (como el Proyecto Universidad de Bahía, en Brasil y el Proyecto La Habana en Cuba). Con gran acierto enfoca la situa-

ción desde una perspectiva axiológica, partiendo de los valores fundamentales de la personalidad y, en concreto, del derecho a la intimidad en sus relaciones con el derecho a la información. Comenta las implicaciones en relación con las prácticas de compañías aseguradoras, los riesgos en materia de contratación laboral y los cuestionamientos sobre patentamientos. Afirma, finalmente, la necesaria vinculación que debe darse entre Ética y Ciencia. Concluye aseverando que el Proyecto Genoma Humano es una realidad que necesita ser regulada con urgencia, que se debe definir valores y delinear el mañana que heredarán las futuras generaciones, que se debe definir una genética comunitaria mundial, reafirmando el respeto por la dignidad humana (por ejemplo evitándose la eugenesia y la discriminación).

El distinguido jurista peruano **Prof. Dr. Carlos Ramos Núñez**, que enseña en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima, dedica esta vez sus letras a nuestro país con el tema “Influencia francesa y codificación en Costa Rica”. El autor muestra la resonancia, influencia y expansión del Código Napoleón pero, al centrar su atención en América Latina, observa

marcadas influencias españolas. Se refiere, en especial, a Costa Rica y a la labor codificadora de don **Braulio Carrillo Colina**, la cual se basó en la codificación de la Confederación Perú-Bolivia. Comenta de este Código diversas disposiciones donde se aparta de las normas napoleónicas (en temas como el matrimonio y la investigación de paternidad). Explica que los legisladores latinoamericanos en lugar de hacer una adopción integral del Código francés, volvieron sus ojos, en muchos temas, al derecho castellano. Explica seguidamente que el vigente Código costarricense de 1888 se basa en el proyecto español de García Goyena de 1851 y en la doctrina de Aubry y Rau. Destaca su carácter avanzado para aquella época y el enorme papel de la tradición ibérica, muchas veces ignorado.

La **Prof. Clotilde M^a Obregón Quesada M.SC.** colabora con "El Comercio cafetalero de Costa Rica. Primera Mitad del Siglo XIX". Nos relata cuáles fueron los primeros pasos en materia de exportaciones; nos informa sobre el original comercio maderero y el tráfico de cabotaje que llegaba hasta Valparaíso, Chile, sobre los registros de los puertos de procedencia de los buques en Puntarenas y sobre el cultivo del café, con el que se abriría un mercado a Europa, proceso donde destaca la actuación de don Braulio Carrillo Colina, quien ordenó la apertura de la

vía a Matina, para exportar el café por el Atlántico, lo cual se hizo realidad en 1841. Viene luego la presencia de Morazán, quien deja perderse ese camino.

El **Lic. Berny Arias Hidalgo** contribuye con "El Derecho en la Prehistoria". El autor se pregunta sobre la posibilidad de hablar de Derecho en la Prehistoria y nos da cuenta acerca de las diversas tesis negativas que aducen la falta de un poder central y de las posiciones que afirman la indiferenciación consuetudinaria. Habla también de las diferentes teorías sobre el origen de la ley y sobre la significación de los tabúes en las sociedades primitivas.

Ofrecemos, finalmente, un cuadro de la "Teoría de las Situaciones Jurídicas", desde nuestra perspectiva. Esperamos sea de alguna utilidad en los cursos introductorios de Derecho.

Continuamos con nuestra Sección "La Ciencia al Servicio de la Justicia", bajo la coordinación, del **Dr. Alfredo Sanabria Sánchez**.

El Centro Electrónico de Información Jurisprudencial, dirigido por la **Licda. Cecilia Sánchez**, ofrece, como de costumbre, la Sección "Jurisprudencia".

Dr. Víctor Pérez Vargas

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
SECCIÓN I: ESTUDIOS:	
El Proyecto Genoma Humano	9
Dra. Valeria Antos	
Influencia francesa y codificación en Costa Rica	15
Dr. Carlos Ramos Núñez	
El comercio cafetalero en Costa Rica. Primera mitad del siglo XIX.	25
M.Sc. Clotilde Obregón Quesada	
El Derecho en la prehistoria	37
Lic. Berny Arias Hidalgo	
Teoría de las situaciones jurídicas	47
Dr. Víctor Pérez Vargas	
SECCIÓN II: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES	57
Licda. Cecilia Sánchez Romero	
SECCIÓN III: JURISPRUDENCIA	79
Digesto	82
Licda. Cecilia Sánchez – Directora	

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL PROYECTO GENOMA HUMANO, UNA REALIDAD A REGULAR

DRA. VALERIA ANTOS
U.N.C. Facultad de Derecho. Argentina

El proyecto Genoma humano es una iniciativa a nivel internacional cuya finalidad es la obtención de mapas genéticos detallados de los 50.000 100.000 de genes que pertenecen a la especie humana. Su duración se calcula en quince años, su costo aproximado en USA 3.000 millones; en la actualidad habiendo transcurrido dos tercios del tiempo previsto se ha logrado descifrar un cinco por ciento de la totalidad de los genes que componen el mapa¹.

El proyecto fue lanzado en los Estados Unidos respaldado por el Instituto Nacional de Salud y el Departamento de Energía y casi simultáneamente se adhirieron otros países de la Comunidad Europea, como Francia, Alemania, Italia, Inglaterra, etc. y de otros continentes, cuyos servicios de salud y desarrollo de sus conocimientos científicos y técnicos, hicieron viable la extensión del proyecto a nivel mundial.

La esperanza de definir el Genoma, por aquellos años demasiado ambiciosa y hasta criticada por amplios sectores de la comunidad científica por considerarla demasiado compleja y onerosa; hoy es una realidad en ciernes.

El marcado avance de las investigaciones y la posibilidad de detección de enfermedades génicas han suscitado innumerables problemas éticos, a los cuales no solo debe atenderse la comunidad biomédica, sino la comunidad mundial, en razón de las derivaciones eugénicas a las que la experimentación puede arribar, a la fundamental trascendencia que los hallazgos tendrán para las generaciones futuras, y a la necesidad de delinear en forma democrática y universal una Genética Comunitaria; (no como creación de ciencia ficción sino como Ciencia Médica) y una realidad a regular.

GENÉTICA Y SALUD PÚBLICA

En Latinoamérica las malformaciones congénitas contribuyen a la mortalidad infantil, encontrándose entre las primeras causas de muerte en niños menores de un año².

Estos padecimientos afectan a un amplio sector de la población, generalmente desinformado, y carente de medios para afrontar las deficiencias congénitas de los recién nacidos.

1. Jordan E. The Human Genome Project. (Resumen: Bol. Sanit. Panam. 115 (1), 1993:48).
2. Penchaszadeh V. Genética y salud pública. Bol. Sanit. Panam. 115(1) 1993: 4-5.

Con frecuencia se argumenta que dichos países tienen necesidades prioritarias, y que sus sistemas de salud son poco eficaces, pero esta realidad no debe ser motivo para sumergir a su población en la ignorancia y la desprotección.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha delineado programas que prestan servicios de genética en comunidades latinoamericanas con el objeto de descifrar sus características génicas y al mismo tiempo brindar diagnósticos y medidas preventivas y terapéuticas a los pacientes.

PROYECTO UNIVERSIDAD DE BAHÍA (Brasil)³

El intento de integrar el servicio de Genética al Sistema de Salud Pública Local presentó serias dificultades (en especial políticas las cuales obligaron a abandonar el programa, en virtud de que este carecía de respaldo ante la escasez de estrategias nacionales de salud pública y la desorganización del sistema de prestación de los servicios de salud).

En los próximos años se intentaría fomentar el interés de las autoridades brasileñas en el ámbito de la ciencia y la salud.

PROYECTO LA HABANA (Cuba)⁴

Se desarrolló en Cuba un Registro Nacional de Malformaciones Congénitas, que cubre más de la mitad de los partos sucedidos en todas las provincias del país.

Se prestan servicios de salud en genética a través de los servicios de salud pública.

El programa contribuyó a reducir la mortalidad infantil alrededor de 0,7- 1,2 ‰ y logró aumentar el uso de técnicas de detección prenatal disminuyendo la ansiedad ante las posibles malformaciones congénitas y la desinformación.

La población dispone de servicios de genética y se continúan implementando planes de educación comunitaria y cursos destinados a informar a los médicos en general.

Estos dos ejemplos reseñados (en aras a la brevedad) nos permiten visualizar los diversos resultados de la acción de salud en relación a las distintas decisiones políticas que acompañaron la implementación de estos proyectos.

Me atrevo a reseñar al Dr. Víctor Penchaszadeh quien considera que en virtud de que las enfermedades congénitas se han situado entre las primeras causas de morbilidad y mortalidad infantil tanto en países desarrollados como en aquellos en vías de desarrollo, conviene tener en cuenta los siguientes objetivos para poner en marcha Acciones de Salud Genética:

- Minimizar las manifestaciones clínicas de los defectos congénitos.
- Mejorar la calidad de vida de los individuos con discapacidades proveniente de deficiencias genéticas (rehabilitación, planificación familiar, terapias familiares, etc.).
- Asegurar el consentimiento informado en individuos con alto riesgo de concebir un hijo con malformaciones o enfermedad congénita, respecto del diagnóstico prenatal o cualquier tipo de terapéutica a emplear.

3. María das Graças Freitas Sousa y Eliane S. Azevedo U.F. de Bahía Lab. de Genética Médica Bahía Brasil Resumen: Bol. Sanit. Panam. 115(1) 1993:19-23.

4. Luis Heredero Inst. Superior de Ciencias Médicas de La Habana Centro Nacional de Genética La Habana Cuba Bol. Sanit. Panam. 115(1) 1993:32-38.

A partir de las experiencias obtenidas y las conclusiones a que se arribaron, Latinoamérica no puede mantenerse al margen del progreso logrado; no pueden nuestros países excusarse en la falta de medios para implementar esta clase de programas, en virtud de que la misma OMS considera factible la puesta en ejecución de los mismos utilizando los recursos existentes en la región, sumándolos a otros, aportados por países desarrollados, lo que permitiría la implementación de planes de diagnosis a nivel de atención primaria de salud y organizar una

red de asesoramiento genético, tratamiento y rehabilitación al alcance de toda la población, simultáneamente de un registro de datos génicos del área.

Por lo tanto, sólo requiere del interés de las autoridades sanitarias; de la decisión política de implementar los mencionados proyectos; así como del esfuerzo de los profesionales para evitar la utilización malintencionada de sus resultados y obtener el resguardo ético de la investigación humana.

CUESTIONES JURÍDICAS

DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LA INFORMACIÓN

Específicamente receptado en la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y en la mayoría de las Constituciones Americanas, el Derecho a la Intimidad es un bien jurídicamente tutelado respecto de la acción del Estado así como de los particulares. La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina lo definió⁵ como ...no sólo el afecto a la esfera doméstica...(del individuo)...sino a otros aspectos ... entre ellos la integridad corporal ... Este derecho personalísimo, como tal tiene innumerables proyecciones: Libertad de conciencia, Libertad de Elegir la propia religión, Inviolabilidad del domicilio, Inviolabilidad epistolar, Derecho al Secreto y a su no revelación, ... de gran importancia es este último en relación al Secreto Profesional contemplado en la mayoría de la legislación occidental y su símil, el Derecho al Acceso de la Información que consta en Archivos y Documentos Oficiales, a su no revelación sin consentimiento del interesado y su protección jurídica (HABEAS DATA) de rango constitucional.

Conforme lo plantearon los especialistas reunidos en Bilbao en 1993 la información que surge del diagnóstico génico debe ser reservada atento a constituir uno de los principales rasgos de identificación de la persona, así como de sus deficiencias y sus aptitudes. Los datos obtenidos e incorporados a la curricula médica están sometidos al más estricto secreto profesional, y bajo ninguna perspectiva pueden ser revelados salvo situaciones específicamente reguladas por la ley (identificación, tratamiento de enfermedades, medicina forense, ... siempre dentro de los límites que impone el ordenamiento y el respeto a la persona). La detección de deficiencias genéticas debe tener finalidad rigurosamente terapéutica o profiláctica.

SEGUROS

Hay que considerar las consecuencias de la diagnosis respecto del ámbito de los seguros médicos. La finalidad del Contrato de Seguro es reparar el daño causado, a cambio de una contraprestación; su objeto es el riesgo, su interés es que el mencionado riesgo sea asegurable. Cuando el riesgo es inexistente el contrato

5. Leading Case: Ponzetti de Balbin C.S.:11/12/89.

Bidart Campos A. El derecho constitucional de la libertad Bs.As. 1992:251-258.

se torna nulo por ausencia de objeto. En los seguros colectivos es de rigor someter a los asegurados a diagnósticos previos; estando estas prácticas en total oposición con el reconocimiento del derecho de no saber (en caso de existir una enfermedad detectable) del contratante, así como su derecho a la intimidad y al secreto de su historial médico. Por otro lado, el diagnóstico elimina el alea propia del contrato. En la República Argentina una nueva ley de aseguradoras de riesgos del trabajo prohíbe esta clase de análisis biogenéticos previos a la contratación a fin de evitar la discriminación y la libre afiliación.

En Estados Unidos las compañías aseguradoras presionan a las parejas a someterse a técnicas de diagnóstico prenatal y a interrumpir el embarazo en caso de discapacidad comprobada, so pena de cancelar la cobertura. Esta práctica se extiende progresivamente a otros sistemas de salud de la Comunidad Europea. Se torna imprescindible el rechazo a semejante política, la implementación de sanciones específicas a las compañías aseguradoras y a los médicos que revelen información confidencial, a través de Entes Reguladores y Asociaciones Profesionales. En la República Argentina, no existen posibilidades de exigir la interrupción del embarazo, conforme la actual legislación penal, pero debe preverse la posibilidad de una sobrevaluación en las primas en caso de acceder las aseguradoras a la información genética pre-o-post natal.

DERECHO LABORAL

En referencia al ámbito laboral, si bien el conocimiento de las deficiencias genéticas puede ser utilizado en beneficio del trabajador,

por ejemplo para mejorar las condiciones físicas del ambiente de trabajo, para su orientación profesional, para evitar influencias nocivas en relación a alguna enfermedad o predisposición génica; el concepto de eficacia y rentabilidad prioriza los intereses del empleador, resultando sumamente peligroso permitir el acceso de éste a la información genética y convalidar de este modo la discriminación y el desempleo⁶.

La Organización Mundial del Trabajo ha establecido como prioridad entre sus finalidades para este fin de milenio actuar en favor del empleo y desarrollar objetivos y políticas generales para hacer frente a la desocupación, en virtud de los cual ha sostenido: "De lo que se trata es de que sea el Ser Humano el protagonista del Desarrollo"⁷.

Atento a lo expuesto sería un contrasentido permitir el acceso a la información genética del trabajador por parte de su futuro o actual empleador, es indispensable proveer al interés general y a la defensa de los derechos fundamentales del hombre como lo es el de su identidad genética, aun en detrimento del interés económico empresarial.

DERECHO DE PATENTAMIENTO

La información genética es un bien fuera del comercio, inalienable, intransferible, imprescriptible, por lo tanto insusceptible de transacción o patentamiento⁸.

El derecho a la identidad y a la intimidad son unos de los derechos fundamentales de la persona, por lo tanto absolutos, en ningún caso el individuo debe ser compelido a revelar su información genética, so pena de contrariar las

6. Constitución de la República Argentina art. 16 / art.14 bis- Ley de Contrato de Trabajo art. 17 art. 81.

7. Michele Hansenne Director General de la OIT Rev. El Trabajo No. 8 1994: 4-6.

8. En la República Argentina Ley de patentes No. 24.481 y mod. art. 7 (ver par. 2).

disposiciones de las Cartas y Convenciones de derechos Humanos, ni aun en procedimientos penales, ni ante la necesidad de tratamientos médicos; debiendo siempre priorizar el consen-

timiento de la persona afectada, aun en caso de ser requerida por familiares sanguíneos si dicha información no puede ser obtenida de otra manera.

CUESTIONES ÉTICAS

Joan Rothschild⁹ nos advierte que el impacto de la nueva tecnología contribuye a sentar nuevos parámetros respecto de la perfección o la enfermedad en los seres humanos. A la preocupación de concebir un hijo sano ha sucedido la presión por concebirlo perfecto. Los parámetros valorativos sociales coinciden con las posibilidades de la tecnología y definen en su combinación el marco de referencia que condiciona la decisión personal.

En la actualidad, aun defectos leves adquieren una importancia desproporcionada en el desarrollo e integración del individuo.

La posibilidad de detección de discapacidades genéticas, reimplantación de genes sanos y de influir en los rasgos hereditarios de la humanidad nos llevan a discutir sobre la necesaria correlación entre la ÉTICA y la CIENCIA, ya que los valores éticos no pueden apartarse de la realidad biológica, y la ciencia debe procurar "humanizar" al hombre, buscando su fin último: su "mejor realización", mas no una perfección artificial que atente contra su dignidad.

Los logros de la ciencia no deben llevarnos a la desmesura del individualismo, o de lograr la suprema eficiencia, sino de prevenir aquellos males evitables sin modificar la esencial naturaleza humana.

Respecto a las derivaciones éticas de influir en la herencia génica de la humanidad,

conviene recordar que hasta tanto se logren conocer las consecuencias de la recombinación genética, diversos estudios e informes, como la Recomendación Número 8 de la Declaración Bilbao 1993 imponen una moratoria en el uso de células germinales genéticamente modificadas. Se impone la discusión en ámbitos académicos, sanitarios, políticos, científicos, filosóficos, éticos... La comunidad toda debe ser informada de los avances y debe decidir si prefiere el determinismo natural (el cual puede ser modificado beneficiosamente) o el determinismo científico en pro de un concepto de superioridad aun o claramente definido. La focalización excesiva en la genética como factor determinante de anormalidad o de enfermedad, lleva al concepto de que existe una constitución génica ideal y al mito de que cualquier imperfección significa enfermedad¹⁰.

Conforme lo expresa Bertold Brecht el objeto de la ciencia es mitigar el sufrimiento humano.

Por todo lo mencionado, no podemos arribar a otra conclusión mas que la siguiente: la organización de nuestros valores, luego de nuestras leyes, la creación de un Organismo Supranacional que controle los avances en genética y su utilización se hacen indispensables.

Requieren de una discusión que involucre un NOSOTROS, un AQUÍ, y en este MOMENTO.

9. Joan Rothschild socióloga estadounidense- Engineering Birth: toward the perfectability of man? Rev. de UNESCO jul-dic 1984: Monografía 32: 482.

10. Nelkin D. The social power of genetic information Ref: Harvard University Press 1992.

CONCLUSIONES

1. El Proyecto Genoma Humano es una realidad que necesita ser regulada con Urgencia.
2. Debemos definir valores y definir el mañana que heredarán las próximas generaciones.
3. Debemos definir una Genética Comunitaria a nivel Mundial partiendo de la realidad local y regional.
4. Debemos los países latinoamericanos prestar colaboración para descifrar el mapa génico de la región y aceptar la ayuda de los países desarrollados en la implementación de programas de salud genética.
5. Debemos prevenir las consecuencias dañosas del progreso antes de reprimirlas.
6. Debemos, desde el ámbito jurídico:
 - Imponer el respeto de la dignidad humana.
 - Evitar la comercialización de la información genética.
 - Evitar la discriminación.
 - Evitar la eugenesia.

REFERENCIAS

- ANDRUET A. **Eticidad de las ciencias médicas.** DE 127:890 ss.
- BANCHIO E. **La libertad del hombre y el Genoma** Rev. de la Fac. de Derecho de la UNC Tomo 1 1992.
- BLANCO G. **Proyecciones y aplicaciones jurídicas** DE 158:933 ss.
- HANSENNE M. **Las nuevas sendas de la justicia social.** Rev. el TRABAJO N° 8 1994.
- HOOFT P **Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y de la técnica.** DE 124:685 ss.
- PENCHASZADDEH V. **Genética, Individuo y sociedad. Desafíos para medicina social.** Bol. Sanit. Panam. 1993:4-ss. 1995: 254-63.
- PUBLICACIÓN DEL INSTITUTO SUIZO DE DERECHO COMPARADO Tomo 7-14 Zurich 10-1992.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI A. **Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano.** ED 153:929 ss.
- SVERNE T. **Los progresos de la biotecnología y el derecho.** Rev. UNESCO jul.-dic. 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



INFLUENCIA FRANCESA Y CODIFICACIÓN EN COSTA RICA

*A Gino, Gina y Flor de Liz,
mis amigos ticos.*

CARLOS RAMOS NÚÑEZ*

CAPÍTULO I

La dación del *Code*, en 1804, constituyó un acontecimiento fundamental en el desarrollo del pensamiento jurídico moderno y contemporáneo. En nuestros días ya estamos habituados a considerar el Derecho en términos de codificación, como si tal debiera ser siempre la forma de un cuerpo de normas. Se trata de una actitud mental sumamente enraizada en el hombre común y aún en los operadores técnicos del Derecho, de la cual es preciso liberarse. En efecto, como hemos visto, la idea de codificación surgió en virtud del pensamiento iluminista de la segunda mitad del Setecientos y se cristalizó esencialmente durante el siglo pasado. En consecuencia, hace tan sólo dos siglos que el ordenamiento jurídico devino Derecho codificado. De otro lado, no se trata de una condición común en todo el mundo y propia de todos los países. Basta pensar que la codificación tiene una existencia muy débil en los países anglosajones. Representa, en realidad, una experiencia jurídica de los últimos dos siglos típica de Europa continental. Aunque, dicha experiencia comenzó antes de que se promulgara el Código civil francés, éste, en definitiva representaba el Código por antonomasia, el Código emblemático.

El Código napoleónico tuvo una resonancia prodigiosa tanto dentro como fuera de

Europa. Muchos Estados lo adoptaron, lo imitaron o se valieron de él. Seducía su carácter de ruptura con la tradición legislativa anterior, sea por la manera sintética y clara como se presentaba, sea por el rigor técnico alcanzado, sea por su contenido en cuanto servía de instrumento de modernización social. Gozaba entonces de toda la fuerza innovativa que había caracterizado la ola iluminista de la Revolución francesa. No podía dejar de contar con la simpatía de quienes abrazaban el pensamiento liberal, por cuanto había socavado las bases mismas de la estructura feudal, consagrando la paridad entre los ciudadanos, la secularización del Derecho de familiar, la desamortización de la propiedad inmobiliaria y la libre iniciativa económica. Sin embargo, el *Code* también seducía por su espíritu moderado, conciliador, su eclecticismo. No es la obra de un revolucionario fanático ni de un reaccionario nostálgico, sino un óptimo compromiso entre las ideas revolucionarias y las instituciones tradicionales. Por otra parte, el hecho de que Napoleón, personaje de indiscutible prestigio y simpatía, hubiese participado en los debates generaba la impresión que algo de su carisma restaba en el Código mismo. La redacción del Código era impecable. A sus artículos normalmente no les faltaba ni sobraba nada. Su extensión además era moderada, ni tan extensa como el *Landrecht*

* Profesor de Historia del Derecho Peruano en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

prusiano ni tan breve como los proyectos de Cambacères. A sus intrínsecas cualidades técnicas que son ciertamente innegables se sumaba la coacción. Francia, en la época de Napoleón, merced a las armas, había extendido su dominio. En Europa era una potencia hegemónica y el número de sus colonias de ultramar aumentaron. Todos estos factores colaboraron para que el *Code* tuviera en el mundo un fuerza expansiva notable.

La influencia del *Code* es únicamente parangonable con la recepción del *Corpus Iuris Civilis* justiniano durante la Baja Edad Media en Europa y que después, en la Edad Moderna, siguió extendiéndose bajo la colonización fuera del viejo continente. A los pocos años de haberse promulgado aquél, parecía que habría

de suceder al Derecho Romano en el rol de *ius commune*. El Código napoleónico llevó además el crecimiento del sistema jurídico romanista a países totalmente ajenos a la cultura latina que sucumbieron a su prestigio¹.

La expansión del Código napoleónico operó a través de dos mecanismos: la concesión y la recepción jurídica. En el primer caso prevalecía la voluntad francesa que por la fuerza imponía su ordenamiento civil. En el segundo, lo que contaba era la voluntad del país que deliberada y concientemente abrazaba total o parcialmente el *Code*. Hubieron ocasiones en las que de la concesión se pasó a la recepción; es decir, lo que empezó como un hecho de fuerza se convirtió en una adopción voluntariamente confirmada.

CAPÍTULO II

Las ideas francesas ejercieron en América un efecto notable y persistente. Todos los pueblos que se congregan en el continente, sin excepción alguna, procuraron diseñar sus nuevos Estados teniendo como pauta al pensamiento galo. Las nuevas repúblicas veían en ellas a los paradigmas políticos que debían seguir. Los procesos independentistas si bien se originaban en causas económicas, como el monopolio del comercio ultramarino por las metrópolis; sociales y políticas, como el relegamiento de los criollos de los espacios de poder colonial; era también el resultado de una progresiva asimilación ideológica del liberalismo, cuya principal vertiente (las reflexiones de Rousseau, Voltaire, los enciclopedistas y Montesquieu) procedía justamente de Francia.

Las flamantes repúblicas no se contentaban con la adopción de formas políticas y textos constitucionales que normaran la organización y el funcionamiento del Estado. Pronto la esfera de la vida privada -hasta entonces regulada por las viejas disposiciones coloniales- sucumbió a los encantos de un cuerpo legal fascinante, el Código Civil de Napoleón.

El impacto inicial del *Code* fue tan grande que países como Santo Domingo, México (Oaxaca), Costa Rica y Bolivia prácticamente lo tomaron literalmente. Lousiana, Estado de la Unión Americana, se inspiró en él. Muchos Estados de la Unión estuvieron a punto de abandonar el Common Law y afiliarse definitiva-

1. Una visión de conjunto y detallada sobre esta influencia se encuentra en Travaux de la Semaine internationale de Droit 1950. L'influence du Code civil dans le monde, Pedone, París, 1954, 912 páginas, publicados por la Asociación Henri Capitant y por la Société de législation comparée. Una perspectiva más sintética ofrece Jean Limpens, "Territorial Expansion of the Code", en The Code Napoleon and the Common Law World", Bernard Schwartz, Institute in Comparative Law, New York University press, 1956, pp. 92-109. Limpens formula tres tipos de recepción del Código: conquista, persuasión e inspiración.

mente al sistema jurídico romanista, cautivados por el Code. En Nueva York, D. Ludley Field elaboró un proyecto de Código inspirado en cierta medida en el code civil, y si bien allí no llegó a regir, tuvo, en cambio, vigencia en otros Estados, entre ellos en el de California.

Sin embargo, poco a poco ese espíritu imitativo iba menguando. El primer paso efectivo lo dió el Código Civil peruano de 1852. Empero, la influencia francesa es muy fuerte para ser considerado un disidente. En otros países, el proceso codificador (proceso moderno de clara raigambre francesa) empieza a tomar cursos autónomos. Tal es el caso del Código Civil

chileno de Andrés Bello (1855), del argentino de Dalmacio Vélez Sársfield (1869) y del Esboço del Código Civil brasileño de Augusto Teixeira de Freitas (1860). A pesar de estos esfuerzos autónomos de codificación ningún proyecto podía prescindir del Code. Sus huellas no eran difíciles de rastrear en el Derecho positivo, en la labor de los tribunales y en la actividad teórica de los jurisconsultos.

La repercusión del Code, por otra parte, no es ajena al vigor con el que la cultura francesa sedujo a las clases dirigentes en la América Latina del Ochocientos. Se trató, más de bien, de una de sus manifestaciones. Quizá la más fecunda.

CAPÍTULO III

La macrobia legislación española que continuaba rigiendo aún después de la declaración de la Independencia, en los antiguos dominios ibéricos, era una realidad que no se compadecía con la nueva realidad estadual, autónoma y republicana. Costa Rica, que formara parte del Virreynato de Nueva España, no era la excepción. Pronto se advertiría la necesidad de premunirse de códigos básicos que estuvieran en consonancia con la carta política aprobada. Costa Rica, como los demás países latinoamericanos, consideraban que la codificación sería uno de los medios más eficaces para acercarse al mundo moderno y alcanzar niveles más altos de vida. Ramón Ramírez, Regente de la Corte Suprema de esa nación, hacia 1858, estimaba que la promulga-

ción de códigos "es una necesidad inherente a toda sociedad civilizada"². La reforma del sistema jurídico, a través de códigos básicos, sencillos y con pretensión de regular toda la conducta social, que sustituyeran a una "legislación voluminosa, enredada y en verdadero caos de disposiciones o decretos contradictorios, derogados o en desuso"³, se presentaba como imperativa y debía ser la audaz tarea de la tendencia modernizadora⁴.

La labor codificadora inicial correría a cargo de un jurista, Braulio Carrillo, quien, coincidentemente, hacia 1841, cuando se aprobó el llamado Código General de Costa Rica, era el Presidente de la República⁵. Un caso emblemático de gobernante ilustrado que

-
2. Código General de la República de Costa Rica, Nueva York, Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 1858. Advertencia de don Rafael Ramírez.
 3. Ibid, Advertencia, p. I.
 4. Carlos José Gutiérrez ha descrito ese proceso modernizador en Costa Rica, vid. El funcionamiento del sistema jurídico, San José, Editorial Juricentro, 1979 y, para un ámbito más amplio que incluye a América Latina toda, "Derecho Privado y modernización. El esfuerzo latinoamericano", Nueva York, agosto de 1989.
 5. Vid. Fernando Fournier Acuña, "Historia del Derecho". Publicación de la que no pueden deducirse el lugar ni la fecha de impresión, así como tampoco el sello editorial, pp. 224 y siguientes.

por medio de la codificación sustantiva y procesal intentaba dotar a su país de un instrumento de transformación social y económica, recogiendo las ideas iluministas en boga. Un paralelo interesante puede trazarse con la vocación legislativa del general Santa Cruz en Bolivia y el Perú.

El Código general constaba de tres partes. La sección civil, que era la primera, rigió hasta 1888; la penal, cuya vigencia se prolongó hasta 1880 y, la de procedimientos judiciales que, en materia civil subsistió hasta 1889 y en materia penal, hasta el año 1910⁶. Merced a este Código general, Costa Rica se constituyó en el primer país de América Latina, a excepción de Santo Domingo, cuyo proceso es hartamente diferente, en contar con prácticamente todos sus cuerpos legislativos. Se produjo una de las recepciones más completas que se haya conocido en América, pues cuatro de los *cinq Codes* galos -excluyendo el Código de Comercio- fueron adoptados con algunas modificaciones. Braulio Carrillo, cautivado como Santa Cruz por el genio napoleónico y por la cultura francesa no halló mejor camino que hacerlos suyos con ciertas variantes.

Es muy probable que otro de los medios de recepción del *Code civil* fuese el Código Civil boliviano de Santa Cruz, entonces ya vigente, como lo insinúa Bravo Lira⁷. Esta misma influencia se registraría a través del Código Civil santacrucino que rigió, por algunos meses en el Perú de la Confederación Perú-boliviana (1836-1837).

La recepción del *Code civil* fue vasta, sin ser integral. El título preliminar casi fielmente al modelo francés. Así, el artículo primero donde se prescribe que las leyes obligan en todo el territorio del Estado y que serán ejecutadas en cada lugar en virtud de su solemne promulgación, no es sino una versión simplificada del homólogo galo. El artículo segundo traduciendo *ad literam* sanciona que la ley dispone para lo venidero y que no tiene efectos retroactivos. Lo propio puede decirse de los artículos tercero y cuarto, que corresponden al numeral tercero del francés. Los siguientes artículos de dicho título no se reproducen. De modo que no se hallan referencias a la responsabilidad del juez por su negativa a juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley ni a la imposibilidad de derogar leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, mediante convenciones entre particulares.

No se sigue al Derecho Romano ni al castellano, en el tratamiento general de las personas, puesto que no se recoge la división de las personas por razón del estado natural y del estado civil. Tampoco aparece una referencia a la protección del concebido y, por el contrario, parecería excluir una adecuada custodia tuitiva al estipular el artículo 6º que "todo nacido en el Estado, goza de los derechos civiles...". Precisión inexacta que no trae el Código francés. A semejanza del *Code* incluye la muerte civil (Arts. 14 a 24).

La regulación del matrimonio, se aparta ostensiblemente del laicismo que caracterizó al

6. Gracias a la cortesía de Gina Acuña obtuvimos un ejemplar una fotocopia integral del Código General de 1841, ya citado. Véase también el "Estudio preliminar" al Código Civil de Costa Rica de Héctor Beeche Luján y Favio Fournier Jiménez, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1962.

7. Bernardino Bravo Lira, "Codificación civil en Iberoamérica y en la península ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización", En Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana, Universidad del Museo Social Argentino, compilador Abelardo Levaggi, Buenos Aires, 1992, p. 102.

Víctor Pérez Vargas, civilista costarricense, en una jugosa conversación nos revelaba que existían evidencias muy concretas de la conexión entre el Código General de Costa Rica y la codificación santacrucina.

Código napoleónico. En el artículo 100, se determina que el matrimonio como sacramento debe adecuarse a las formalidades del Concilio de Trento. Dentro de la misma dirección sacramental se rechaza el divorcio vincular. El matrimonio, conforme el artículo 143, sólo se disuelve por la muerte de uno de los esposos. Así mismo, las causas de divorcio relativo *quad thorum et mensae*, no disolutorio del vínculo, se ventilan ante el fuero eclesiástico (Art. 148). Este enérgico rechazo de formas y procedimientos laicizantes constituye un elemento común de identidad en las codificaciones latinoamericanas del Ochocientos. Se podían seguir las pautas legislativas francesas en la medida que no se contrapusieran a las costumbres y la mentalidad católica, mas se optaba por la tradición si la contraponían. De modo que, como anotaba Luis Alberto Sánchez, refiriéndose a las sociedades latinoamericanas de la mitad del Ochocientos, mientras la calle empezaba a ser cosmopolita, la casa continuaba siendo colonial⁸.

El Código General para la República de Costa Rica no recoge la prohibición napoleónica que impedía indagar judicialmente la paternidad; pero, tampoco la permitía. En América Latina, donde hubieron y hay tantos hijos ilegítimos, habría sido un caso de esquizofrenia jurídica prohibirla.

El artículo 301, define la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes o reglamentos". Esta norma corresponde, como se sabe, al famoso artículo 544 del Código napoleónico. Idéntico espíritu de imitación se advierte al regular otros derechos reales y los contratos.

La recepción del Derecho francés en América Latina y en Costa Rica, en particular, no debe conducirnos al error de creer que se aplicó en este continente sin sufrir ningún género de modificaciones. Favorece esta equivocación la

admisión superficial de que el "Derecho" sea una cosa acabada para siempre, previamente dada, que se puede coger y transmitir, un simple acto legislativo, cuando en realidad, como expresa Wieacker, es una integración cultural, una estructura ordenadora de procesos colectivos históricos, sociales, éticos, intelectuales y psicológicos. En efecto, toda recepción es desde luego una asimilación: un pueblo sólo puede, sin dejar de vivir, aceptar un Derecho extraño, si a tal Derecho lo hace parte integrante de su propia vida social.

Todo lo dicho resulta pertinente cuando nos referimos a la recepción del *Code* en América Latina, pues ni siquiera en aquellos países como Haití y Santo Domingo, donde se reprodujo literalmente, dejó de sufrir las adaptaciones que demandaban los procesos sociales de estos pueblos. Las normas y los principios franceses se independizaban para adecuarse y adquirir otro sentido en los nuevos contextos. Si en la propia Francia, merced a la gama de interpretaciones que se practicaron desde su promulgación hasta hoy, el *Code* es algo sustancialmente diverso de lo que pensaron sus autores, imaginemos los cambios a los que estuvo expuesto en escenarios radicalmente distintos. Una serie de circunstancias, a saber, las necesidades concretas de las sociedades que lo recepcionaban, la adscripción a una cultura jurídica en cierta forma diversa, las limitaciones formativas de sus aplicadores, las insuficiencias fiscales para implementar en la práctica sus preceptos, la cotidiana injerencia de sistemas normativos extraños, la subsistencia de formas jurídicas tradicionales, la simple simpatía por modelos alternos, las convicciones y prejuicios prevalecientes, entre otros factores, dieron lugar a peculiares expresiones jurídicas, definitivamente distantes ya de la imitación original.

Un análisis serio no debe pasar por alto que la difusión del *Code* en América Latina y, obviamente, en Costa Rica, marcha acorde con

8. Luis Alberto Sánchez, "Historia General de América", EMISA, Lima, t. III, p. 773.

un proceso de modernización. El mismo habría de servir de herramienta de numerosos cambios. Me parece que cuando las clases dirigidas sospechan que la recepción integral del Código civil francés va a generar ajustes desestabilizantes en la estructura social y productiva, vuelven los ojos al Derecho castellano, que se presenta más confiable, desprovisto de la carga subversiva que se asignaba al Código galo.

Tampoco puede pensarse que la recepción del *Code* comprometiera de todos los segmentos de la población, por el simple hecho de haber sido acogido oficialmente. Habría que preguntarse, por ejemplo, hasta que punto esta recepción operó en grupos étnicos nativos no

occidentalizados. Las evidencias hacen pensar que poco o nada. El mito unitario del Derecho estatal no resiste el menor análisis en sociedades pluriculturales como las existentes en América Latina. Hubo, sin embargo, sobre las poblaciones indígenas que contaban con sus propios mecanismos de control, una imposición forzada del Derecho oficial, la misma que durante la República liberal adquirió proporciones francamente etnocidas. El proceso de aculturación jurídica que padecieron estos pueblos y, a la vez, el uso táctico que lograron dar a las instituciones que asimilaban, constituyen también problemas centrales del proceso de recepción jurídica como fenómeno social, sin su esclarecimiento no se tendrá una visión de conjunto del universo estudiado.

CAPÍTULO IV

También habría que preguntarse si el *Code* civil se ajustaba o no, a las condiciones económico-sociales de los países latinoamericanos del siglo XIX. Si pensamos que el Derecho está representado por un conjunto de normas dadas de antemano, no cabe duda que la gran distancia que separaba la sociedad europea de la latinoamericana hace previsible la respuesta. Si juzgamos, en cambio, que el Derecho es un sistema de control social que se construye en el camino, por obra de jueces, notarios, abogados, escribanos y gente común, diríamos que sí. En efecto, todos estos artesanos del Derecho recrearon, para bien o para mal, el elenco de normas que tenían frente, adaptándola a sus necesidades y sus vicios. Como toda recreación, el Derecho de estos aplicadores prácticos no llegó a ser nunca el doble exacto del Derecho legislado.

El legislador costarricense reemplazó su código civil de 1841, de inocultable raigambre francesa, por otro, hacia 1888, sumamente

influido por el proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena, de 1851. Dado que el proyecto de Goyena -como se le conocía en América Latina- estaba inspirado en el *Code* napoleónico, puede decirse, como lo hace Fournier, que su "base era netamente francesa"⁹. No sólo por la persistente ascendencia del Código galo, sino también en virtud del predicamento de que gozaba la escuela de la exégesis. Dos autores, cuyos nombres van inseparablemente unidos, Aubry y Rau, habrían inspirado, según Fournier, este último código¹⁰. Es fácil de colegir este parentesco en el Título Preliminar que es, sustancialmente el mismo del *Code*, salvo algunas reglas de Derecho Internacional Privado, que no figuraban en el prototipo. La sistemática difiere de la propuesta por el Código francés, ya que divide su estructura en cuatro partes: de las personas, de los bienes y de la extensión y modificaciones de la propiedad, de las obligaciones, y de los contratos y cuasi-contratos y de los delitos y cuasidelitos como causa de obligaciones civiles. El

9. Fournier, o., c.

10. Ibid.

libro de las personas ha recibido, en lo concerniente a la existencia y capacidad de las personas, una innegable influencia castellana, no así la regulación del matrimonio, celebración y efectos que, se aparta de las normas de Derecho canónico, para abrazar el laicismo francés. Este código, en la conservadora sociedad del siglo XIX, estipulaba: "El divorcio, una vez judicialmente pronunciado, disuelve el vínculo matrimonial" (Art. 86). Es mucho más avanzado que el *Code*, en cuanto admite la indagación judicial de la paternidad ilegítima, a pesar de que exige una serie de condiciones para intentarla (Arts. 124 a 127). Dicho Código no se apartó del paradigma galo en cuestiones de Derecho de Familia y Sucesiones, consagrando, por primera vez en el área continental de América Latina, el matrimonio seglar y el divorcio absoluto.

Las atrevidas reformas en campos tan cuidadosamente preservados por la tradición católica española, como el matrimonio y el divorcio, que, de haber sido aprobadas en otro país de la América Latina habrían causado, en el siglo XIX, reacciones furibundas, en Costa Rica, más bien reforzaron el sentimiento laico y la conciencia civil¹¹, que han hecho de ese

pequeño país centroamericano, una democracia intachable.

El segundo Código civil costarricense no es, definitivamente, una copia servil del *Code* napoleónico. Se advierte la recurrencia a diversas fuentes como los códigos latinoamericanos, los centro europeos y el Derecho castellano. En muchos casos, puede apreciarse que, si bien hay identidad con las ideas del Código francés, la redacción es otra. En ocasiones más clara, como ocurre al regular el divorcio¹².

Por otra parte, un espacio aparte merece la recepción de la doctrina y de la jurisprudencia galas. Hasta nuestros días la circulación de la cultura jurídica francesa en Costa Rica es bastante intensa. Los juristas contemporáneos, sin embargo, no se limitan a un modelo en particular. La riqueza de la doctrina y la jurisprudencia de esta nación, se explica por un universalismo que ha sabido recrear a su medida, en su propia tierra, las formas y los principios jurídicos de otros pueblos. Ha logrado también, quizá, mejor que ningún otro país latinoamericano, acortar la distancia que separa, trágicamente, el Derecho de la realidad.

CAPÍTULO V

Tradicionalmente se ha juzgado que la circulación de las ideas y de las normas jurídicas francesas, especialmente, en el campo del Derecho Privado o, dicho con más precisión, en el Derecho Civil, ha sido de tal magnitud que los países latinoamericanos no hicieron otra

cosa que copiar literalmente al *Code* de Napoleón, acogiéndolo como suyo en su integridad. Tal afirmación tiene, sin duda, algo de verdad, pero no puede conducirnos a generalizaciones temporales y geográficas. Sin embargo, la influencia del *Code* en América ha

11. Jorge Enrique Guier, *Historia del Derecho*, Editorial Costa Rica, San José, 1968. Un particular interés reviste el "Anejo" (voz castiza que emplea el autor por el neologismo de anexo) "Bosquejo de una historia del derecho costarricense", pp. 1157-1205, que traza un cuidadoso perfil del desarrollo legislativo en Costa Rica.

12. Los artículos 229 a 305 del Código napoleónico, que regulan el divorcio, son terriblemente oscuros, en contraste con la claridad expositiva de resto del ordenamiento. Pareciera que el legislador, contrario al divorcio (que les fue impuesto como medida política por Napoleón), habría, deliberadamente, instalado esas normas intrincadas.

sido considerada por algunos como la única y más importante fuente del contenido de los Códigos latinoamericanos del Ochocientos¹³.

Tampoco se puede minimizar la influencia del *Code* en el área americana, asignándole, por ejemplo, la misma importancia que al Código Civil austriaco o, explicando el proceso codificador de la región como el puro resultado de una tradición jurídica autónoma que hunde sus raíces en las compilaciones romanas y que, por lo tanto, no precisaba de un modelo reciente como el del *Code*. Ambas perspectivas, la primera que pretende basar exclusivamente el desarrollo del Derecho Civil latinoamericano moderno en el Código napoleónico y, la segunda que anula toda contribución francesa significativa para el desenvolvimiento legal y doctrinario latinoamericano, incurren en error y se basan, comprensiblemente, en puntos de vista subjetivos: la simpatía o la aversión.

La tradición ibérica ocupó, en efecto, también un espacio importante en la legislación y en la doctrina. Gran parte de las instituciones jurídicas de la época llevan la impronta castellana, pues se avenía a los valores y convicciones imperantes entre la clase dirigente, que asimilaba, por otro lado el Derecho francés. Empero, ese sector social, de cuyo seno procedía muchos de los codificadores, intentaba asimilar el Derecho de la codificación europea de entonces¹⁴, particularmente el Derecho francés. Por esa época, las antiguas colonias de España reafirmaban su soberanía,

organizando sus constituciones y cuerpos legislativos básicos. Subyacían a esa vorágine sistematizadora razones políticas, ideológicas y técnico- jurídicas. Como Estados independientes, no podían dejar de contar con un andamiaje legal propio, máxime cuando los textos constitucionales se habían trazado un programa codificador, por otro lado, el racionalismo iluminista, que había acompañado la emancipación imponía la sanción de códigos capaces de condensar en un número limitado de artículos soluciones a problemas de naturaleza jurídica. Francia, cuya filosofía racionalista había nutrido la mentalidad de los próceres, ofrecía con el *Code* el ejemplo más llamativo. Este se presentaba como la coronación de los principios revolucionarios, garantizaba la igualdad de los ciudadanos, la libertad contractual y la seguridad jurídica en las relaciones sociales. En ese sentido, como explica Ernesto Cordeiro Álvarez, el *Code* gozaba en estas tierras de un valor político considerable¹⁵. Asimismo, se juzgaba que la dación de los códigos representaba un avance desde el punto de vista formal frente al enmarañado e incierto Derecho de la Colonia que, a pesar de su riqueza doctrinaria, confundía, dada su impresionante extensión y su escaso orden sistemático, a los operadores del Derecho.

Se produjo, en consecuencia, una simbiosis al interior del Derecho Latinoamericano: de una parte, la tradición hispánica y de otra, la legislación y la doctrina modernas encarnada en el *Code* de Napoleón. Si observamos atenta-

13. Una visión extrema en esa dirección lo ofrece José Hurtado Pozo, en "La ley 'importada'. Recepción del Derecho penal en el Perú", Cedys, Lima, 1979, cuando sostiene que los códigos decimonónicos de Haití, Bolivia, Chile, Ecuador, Uruguay, Argentina, Colombia y Perú "constituyen versiones fieles del Código Civil francés" (p. 19), colocando en el mismo plano códigos tan diversos entre sí como el de Haití y el de Chile que inspiró los códigos de Ecuador y Colombia.

14. Ilustrativo de la influencia europea no francesa es el trabajo de KNÜTEL, Rolf. "Influenza dell'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794 sul Código Civil argentino del 1869", en Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto latinoamericano, CEDAM, Padova, 1991, pp. 79-108 y PENE VIDARI, Gian Savino. "Note sui rapporti fra i rapporti fra codice cileno e codice sardo sui regime delle acque", en Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, La Casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 425-436.

15. Cordeiro Álvarez, "Travaux préparatoires...", o., c. p. 740.

mente encontraremos que nuestros códigos, en menor o mayor medida, se inspiran en el paradigmático ordenamiento.

El *Code* napoleónico, así como los ordenamientos que en él se inspiraban, tuvieron una adaptación más o menos grande con la realidad social. No se interpuso un divorcio dirimente entre los dos datos, no fueron tampoco simples mandatos arbitrarios o una mera expresión verbal. La fortuna que habrían de tener estos có-

digos se mide por el grado de eficacia de que estaban investidos. Todo Código ha de estar premunido de un mínimo de viabilidad. De este carácter estaba dotado el *Code* y los códigos que lo imitaban. Una de las razones de explicar su exitosa adopción descansa en el hecho de que los legisladores latinoamericanos no lo veían como un cuerpo legal extraño a su propia tradición jurídica: el Derecho Romano, que conocían de cerca, era también el fundamento imprescindible del modelo que seguían.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL COMERCIO CAFETALERO DE COSTA RICA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX

CLOTILDE M^a OBREGÓN QUESADA, M.S.C.
Universidad de Costa Rica

PRESENTACIÓN

En la historia de Costa Rica, una de las acciones que más se han destacado, en la primera mitad del siglo XIX, fue la del esfuerzo hecho para conseguir un producto que fuese bien recibido en los mercados extranjeros y sobre todo en el británico, debido a que ya Gran Bretaña era el país que había logrado controlar gran parte del comercio y los mercados de los países de la América española, que recién se habían independizado.

La mayoría de las veces destacamos lo que fue la Costa Rica cafetalera, pero no le damos igual énfasis a la etapa anterior a ser un país exportador de café y a cómo se logró abrir el mercado europeo para el producto de Costa Rica. Fue un esfuerzo muy temprano en la historia posterior a la independencia, debido a que la producción del café comenzó precisamente en 1820, en el momento de la independencia, pues debemos tomar en cuenta el tiempo necesario que debía transcurrir antes que las primeras matas de cafetos traídas en el año de 1815 por el padre Félix Velarde, produjeran. Velarde las sembró en su solar y las repartió entre sus vecinos y alguno de ellos exportó el primer saco de café a Panamá en 1820.

Sin embargo ese hecho, no explica el rápido desarrollo que la siembra del café tuvo,

para ello hay que tomar en cuenta es la existencia de un grupo muy homogéneo y con un claro objetivo de superación, que encontraron en el café el producto que andaban buscando, para que fuese aceptado en el mercado externo. Asimismo, un objetivo sin medios económicos no se puede lograr, pero ese grupo estaba en condiciones de lograrlo pues había logrado una temprana acumulación de capital.

Lo anterior unido a una política gubernativa de protección a la siembra del café, aunque esta fuese una actividad privada y no un monopolio estatal como lo era la siembra del tabaco, hizo posible la decisión de empezar a explorar café.

El café costarricense fue bien recibido en el mercado inglés, pero su llegada regular fue el producto de un plan bien conseguido, y no del azar como se sigue repitiendo, fue el producto primero de la protección a la siembra del café dada por el gobierno costarricense, segundo a la política de buscar mercados, en especial la del Jefe de Estado Lic. Braulio Carrillo y tercero, al interés de un grupo de caficultores comerciantes que aprovecharon la oportunidad que les daba la llegada de buques a cargar maderas, para exportar el café.

EL COMERCIO DE COSTA RICA

En la década comprendida entre 1820 y 30 los costarricenses lograron estructurar un país con una filosofía liberal, que se puede apreciar en la Ley Fundamental de 1825 y que le permitió, unido a los objetivos muy precisos del grupo de mando de San José, una estabilidad, que fue en definitiva la que le daría la oportunidad necesaria para estructurar un Estado en épocas muy tempranas y para incursionar en el comercio exterior y hacer de Puntarenas un puerto que sirviera al comercio británico como sitio para hacer transacciones comerciales y tener los fondos para comerciar con Nicaragua cuando se incrementó la exportación de los palos de Brasil, en aquel país (Bonilla: 1975).

El comercio maderero fue muy importante y relacionó a Costa Rica con los principales puertos del pacífico suramericano, con el Callao y con Valparaíso, en un momento en que los ingleses estaban tratando de consolidar su posición y de convertir a Valparaíso en el puerto más importante, el cuál pasó del pequeñísimo poblado que era en 1805 a un próspero puerto, lugar de intercambio comercial. El desarrollo de Valparaíso hizo que le quitase la supremacía al puerto peruano a partir de 1834-35.

Al puerto chileno llegaban los buques de Europa y de él salían los que recorrían las costas pacíficas de América en un comercio de cabotaje. En ese comercio de cabotaje los capitanes de los buques, que estaban repletos de mercaderías, las cambiaban por plata y oro en los puertos de Bolivia y del Perú, al mismo tiempo que llenaban sus bodegas con los productos de esos países y del Ecuador. En las costas de Centro América comerciaban con las maderas y el añil y con todos aquellos productos, que para tantear suerte, lograban, vender los comerciantes locales.

Así Valparaíso se convirtió en el punto de enlace para el comercio con Europa, por lo tanto al estudiar el comercio de Costa Rica con Europa obligatoriamente tenemos que iniciarlo con el que se efectuaba a Valparaíso, y anterior

a 1834 con el puerto peruano del Callao. Este comercio maderero por otra parte aclara el desarrollo comercial costarricense y nos da el cuadro necesario para la Costa Rica pre-cafetalera y para la que empieza con la exportación de este producto a abrir un comercio con Europa.

Comercio maderero

El comercio maderero dejaba enormes ganancias a quienes lo ejercían, pues el reclamo de los terrenos no costaba nada, simplemente conseguían el permiso del Estado para explotar las manchas de palos de brasil existentes en la zona del río Tempisque, en algunos sitios de la costa pacífica de lo que hoy es Guanacaste y en Herradura, e igual ocurrió en la costa pacífica de Nicaragua. De esta época data su masiva explotación y la mala idea de que los bosques nunca se acabarían. El rápido incremento del comercio y su más brusco descenso, probó lo contrario, pero no sirvió de lección.

El palo de brasil era necesitado por la industria europea, lo mismo que el de campeche para tinte, era todavía un mundo sin colorantes artificiales y de ahí su importancia.

En los archivos costarricenses la información a partir de 1829, relativa al movimiento comercial en Puntarenas es bastante completa y en los archivos chilenos la investigación fue muy fructífera para los años comprendidos entre 1827 y 1837, pero no para los siguientes. Los archivos no estaban y ellos nos hubieran aclarado, o confirmado lo que sospechamos, que ya en ese momento el paso de los navíos cafetaleros por el puerto de Valparaíso, era más una escala técnica, que una escala como lo había sido antes, de traspaso de mercaderías de un navío a otro más grandes para la travesía trasatlántica. Los siguientes cuadros nos puede aclarar mucho el movimiento en los años comprendidos entre 1831 y 1836.

Cuadro Nº 1

MOVIMIENTO DE BUQUES INGLESES EN PUNTARENAS

Año	Buques proced. del Callao	Lugar de destino	Buques proced. de Valparaíso	Lugar de destino	Carga que llevan
1831	4	1-G. Bretaña			brasiles
		3 ?			brasiles
1832	7	?	2	?	?
1833	6	5-G. Bretaña	2*	Gran Bretaña	brasiles

* Ambos son buques que señalaron que su lugar de origen era Gran Bretaña.

FUENTE: ANCR, Guerra y Marina 8665, 8801, 9801 y Hac. 6999.

Los buques procedentes de Centro América aparecen ya en forma regular en los registros del puerto de Valparaíso a partir de 1827. La presencia de buques llegados de puertos centroamericanos fue cada vez más importante, entre 1827 y 1832 el número de buques procedentes directamente de Centro América varió, arribaron 12 buques, seis directamente desde Puntarenas y dos del puerto nicaragüense del Realejo, pero, sólo uno de los 7 que en esos años zarparon para Centro América, lo hizo teniendo como su destino Costa Rica, los demás dicen simplemente Centro América como lo constatamos en los registros de la Aduana del Puerto. (Archivo Nacional de Chile, Catálogo del Ministerio de la Marina Nº 31,47 y 52).

A partir del año de 1833 hay un claro incremento en el comercio entre Centro América y Valparaíso, debido a la explotación de palos de brasil, ese año 6 navíos llegan procedente de Costa Rica, cuatro cargados de maderas, de ellos tres eran navíos ingleses y el

otro de Hamburgo, pero en realidad como lo podemos comprobar en los registros del puerto de Puntarenas, en el cuadro número uno, ese año 15 navíos ingleses, diferentes a los señalados en los documentos chilenos visitaron el puerto, la mayoría llegó en lastre, porque tenían como finalidad cargar brasiles y 13 de esos navíos declararon al firmar los registros de salida del puerto, que partían hacia Londres o Liverpool, llevaban 65.220 quintales de brasiles y uno de ellos el Emulo, llevó 250 quintales de café y cueros. En los registros del puerto de Emulo declaró que partía para Liverpool y en los registros de la aduana de Valparaíso no aparece. Así que directamente llegó café de Costa Rica a Gran Bretaña en 1833.

Al año siguiente o sea en 1834, el comercio con Valparaíso se incrementó notablemente, debido a la explotación sin medida de las manchas de brasiles en las costas del pacífico norte costarricense y en las de Nicaragua. El comercio maderero decayó en 1835 y 36, en forma tan abrupta como había empezado.

Cuadro Nº 2

**MOVIMIENTO MARÍTIMO DE BUQUES PROCEDENTES DE COSTA RICA
(puerto de Puntarenas) EN VALPARAÍSO EL AÑO DE 1833**

AÑO	Número de buques	Tonelaje total	Nacionalidad del buque	Tonelada de los buques por nacionalidad	Carga
1833	7	1571	4 ingleses* 1 hamburgués 1 chileno	1042 100 190	maderas maderas chancaca
1834	12	2942	9 ingleses 2 estadounidenses 1 zarda	1914 538 285	maderas maderas maderas
1835	2	527	1 inglés 1 hamburgués	277 250	maderas maderas
1836	2	?	1 estadounidense	?	maderas

FUENTE: Archivo Nacional de Chile. Catálogo del Ministerio de la Marina Nº 53.

En 1834 quitamos un barco de nacionalidad sarda que llegó cargado de mercadería surtida y en 1835 uno chileno por la misma razón. Asimismo en el de 1834 incluimos el buque inglés el Natutilus que llegó a Valparaíso procedente de Nicaragua, porque ese buque había zarpado de Puntarenas el 3 de octubre de 1833 con 5.500 quintales de brasiles y entró en Valparaíso el 10 de febrero siguiente, por lo que completó su cargamento de brasiles en el Realejo. El registro del año 35 nos demuestra lo rápido que los costarricenses acabaron con las manchas de brasiles en las costas del Guana-caste, península de Herradura y cerca de los ríos, sobretudo el río Tempisque, la actividad continuó en la costa pacífica de Nicaragua.

Así en 1835 el número de navíos procedentes de Costa Rica bajó en 7 y el tonelaje también fue reducido, de los buques que llegaron de Puntarenas, sólo uno era inglés.

Comparando la información de los archivos de Costa Rica con los de Chile, se logró

establecer que en 1834 tres de los buques ingleses el Bergantín Paz (Peace), el Bergantín Alice Brook, que aparece en el registro del puerto de Puntarenas con el nombre de Alice Brown, pero que es el mismo por el tonelaje y el nombre de su capitán y el Bergantín Hippomeny, sólo tocaron Valparaíso, como una parada técnica para seguir directo a Londres. Al año siguiente el único navío inglés que salió del puerto cargado de campeches, el Bergantín Margarita Thompson, también hizo lo mismo.

Intentos por abrir un comercio para otros productos:

En 1833 llegó a Valparaíso desde Puntarenas un buque cargado de chancaca, ese hecho pone de manifiesto la búsqueda de un mercado, para algún producto que se produjera en el país. El caso del dulce en panela (chancaca) es digno de ser tomado en cuenta porque el interés y el esfuerzo por abrirle un mercado, se mantuvo durante varios años.

Todavía en el año de 1837, se hacían esfuerzos a favor de la chancaca, ese año el Bergantín *Eugenia* de 102 Tm. llegó a Valparaíso desde Puntarenas cargado de ese producto. El *Eugenia* iba al mando del capitán Juan Bautista Iriarte. Este buque inscrito en Costa Rica probablemente era de su capitán. Iriarte era neogranadino, pero se quedó a vivir en Puntarenas, siempre estuvo al mando de un buque, en los años siguientes fue el dueño de la *Goleta Cosmopolita* y fue un activo comerciante, que llegó hasta Chile varias veces. El que llegase con una carga de chancaca denota no sólo el esfuerzo, sino el interés de mantener ese producto, como un producto de exportación a pesar de que ya se estaba abriendo con fuerza el mercado cafetalero.

EL COMERCIO CAFETALERO

Mientras tanto la protección dada por el Estado costarricense a la siembra del café iba dando sus frutos, se aumentaron las siembras. De los solares de San José el café pasó a los barrios, como se llamaba a las tierras alrededor de la población, que eran las que mantenían a la ciudad, en el caso de San José, los barrios eran el: Murciélagos (San Juan de Tibás), el Mojón (San Pedro de Montes de Oca), el Zapote Turrujal (Guadalupe), Desamparados y Palo Grande. Al mismo tiempo el cultivo del café se extendió a los pueblos cercanos de San José, o sea a Escazú y Curridabat. Así el municipio de San José distribuyó en 1821, cafetos, al mismo tiempo que ofreció conceder terrenos a quienes cultivaran café, bajo la condición de que cercaran el terreno (Hall: 1976, pág. 35).

No tardaron otros municipios en imitar al de la ciudad capital, distribuyeron cafetos y se inició la siembra en Heredia y Cartago, así en su mensaje ante la Asamblea, el 1° de mayo de 1827, el Jefe de Estado don Juan Mora Fernández pudo expresar: "Las siembras de cacao, café, caña... son abundantes: sus efectos son próximos y no hay duda que lo serán productivos" (Mensajes Presidenciales, T.I, 1981, pág. 21).

Así como vimos que se había intentado exportar ciertos productos, con no buenos resultados, el café que había empezado a ser parte del paisaje costarricense y que ya sus habitantes habían aprendido a cultivarlo, cuidarlo y procesarlo y que había entrado por la puerta grande, pues pronto se acostumbraron a beberlo, a tomarlo alternándolo en el día con la otra bebida que se acostumbraba el cacao. La costumbre hizo que con el tiempo se bebiese café en el desayuno y se tomase chocolate antes de acostarse.

Los costarricenses descubrieron en el café el producto esperado para abrir con él un mercado en Europa. Sólo se tenía que esperar a que hubiera una producción adecuada, que permitiera un aumento constante y eso no se podía dar sino hasta finales de la década de los 30, a pesar de que se había hecho una pequeña exportación a Panamá en 1820 y a Chile 12 años después (Stone: 1976, pág. 78, Hall: 1976, pág. 38).

Pero, aunque el país no pudiese producir una cantidad significativa hasta finales de la década de los treinta, si podía y así lo hizo empezar a exportar cantidades pequeñas a Inglaterra, y la aceptación del producto costarricense en el mercado londinense, le dio a los cultivadores la seguridad de que estaban en el camino adecuado y podían seguir produciéndolo.

Así, el café se convirtió en el producto ideal para Costa Rica, los habitantes del valle central no tenían que desplazarse a ninguna parte para sembrarlo, lo sembraron en las tierras alrededor de los principales centros de población y por eso fue muy bien recibido por todos, además poco después, como acabamos de apuntarlo, lo consumían en el desayuno, es por eso que el gobierno ordenó servírselo a los obreros que construían el camino a Matina en 1840. Leemos en el Reglamento elaborado para que los peones estuvieran bien atendidos: "a las 6 a.m.. levantarse, a las 6:30 a.m.. tomar una taza de café. (ANCR, Gob. 24996).

Los años transcurridos, desde que se inició el cultivo hasta que empezó a dar una cosecha abundante, son años en que se pone de manifiesto el apoyo mutuo que se dan tanto el Estado como los cultivadores de café, pues aquél no puede hacer ningún plan para su comercialización sino cuenta con estos y los cafetaleros tienen mayor seguridad en su inversión, a donde estaban gastando toda la acumulación de capital que habían obtenido de muy variadas actividades: comercio, minería, ganadería, y actividades encaminadas a surtir los monopolios del Estado, sin estar seguros de contar con el apoyo que les da el Estado a la siembra del café.

Todo lo anterior pone de manifiesto un país estable a pesar de que las disputas entre las ciudades por la capital, culminó con la llamada Guerra de la Liga en 1835, pero que en realidad fue una contienda que se solucionó en forma muy rápida, lo que denota un mando claro, que en ningún momento rompió la decisión del Estado de apoyar a quien estaba sembrando café y la decisión de estos de cuidar el cafetal de seis a siete años, manteniéndose sólo con la esperanza de que el producto a la hora de comercializarlo, no los defraudara, de ahí la importancia de las cantidades que se exportaron a Londres a partir de 1833.

CONSOLIDACIÓN DEL MERCADO DE CAFÉ

Entre 1838 y 1842 se consolidó el mercado cafetalero y el éxito de su apertura es en gran medida del Jefe de Estado, Lic. Braulio Carrillo, pues implicó al Estado en las gestiones necesarias para que los ingleses le comprasen café a Costa Rica. Sabedor de que el café costarricense había sido muy bien recibido en el mercado inglés, a donde llegó ya en forma directa, utilizando los navíos que tocaban Puntarenas y que iban para Londres, como vimos en el caso del Emulo.

Con Carrillo nos encontramos con el caso de un gobernante que tiene un plan de gobierno, que sabe muy bien lo que él desea para Costa Rica y que es el representante de un grupo de personas, no sólo josefinas, pero sí con una gran mayoría en esta ciudad, que desean hacer del país un Estado próspero. La oportunidad se les presentó cuando Carrillo vuelve al poder en abril de 1838, el mismo mes en que Nicaragua abandona el Congreso Federal y se inicia el final de la República Federal de Centro América, un mes después, el 30 de mayo, el Congreso Federal autorizó a cada uno de los Estados de la Federación a organizarse como mejor les conveniese "mientras se reestructuraba la Federación". Aprovechando la oportunidad, el Estado de Costa Rica recuperó sus rentas, este hecho tiene

importantísimas consecuencias, por cuanto el Estado de Costa Rica siempre pagó sus impuestos federales, de tal manera que al reformar Morazán la hacienda en el año 36, Chantfield el representante británico y luego Cónsul de Gran Bretaña en Centro América, logró que el gobierno federal pusiese los pagos de Costa Rica a responder por el empréstito federal. Así que la recuperación por Carrillo de las rentas de Costa Rica, significaba que el Estado podía dedicarlas a saldar el porcentaje que le correspondía cancelar del empréstito inglés, hecho por la federación en el año de 1825.

Así, Carrillo solicitó a Chatfield que le dijera cuánto debía el país para cancelar el empréstito federal inglés, que se había multiplicado por la falta de amortización de sus intereses. Al mismo tiempo y mientras esperaba la respuesta del representante inglés, el Jefe de Estado ordenó, basado en el memorándum levantado por don Francisco María Oreamuno, para motivar al Estado a construir el camino al Caribe, que dieran inicio los trabajos del camino a Matina. Con esa medida Carrillo se proponía tener un camino que le permitiese exportar el café por el Atlántico, para que el país pudiese abandonar la ruta pacífica que resultaba muy onerosa, pero que era muy necesario como ruta alterna, y por



lo tanto la administración carrillista, no sólo no la abandonó sino que también se dedicó a reparar y poner en buenas condiciones el camino a Puntarenas.

Buscando consolidar el mercado inglés, pero sin darse cuenta de que con su política lesionaba seriamente los intereses de los comerciantes británicos del pacífico, Carrillo actuó. Creemos que tal vez pensó que abriendo una vía al Atlántico tendría el apoyo de todos los costarricenses productores y exportadores de café, por cuanto esto los beneficiaría, no pensó o por lo menos no lo dejó expresado en ninguno de los documentos que hemos consultado, que habría un grupo de comerciantes íntimamente relacionados con el comercio británico pacífico, algo que como veremos traería funestas consecuencias.

Después de una serie de cartas entre el gobierno costarricense y el representante inglés, Carrillo aceptó que el Estado de Costa Rica cancelaría la deuda de acuerdo a su población, lo que obligaba al Estado a cancelar el 15 por ciento de la deuda inglesa, el Cónsul había querido que fuese el 18% y Carrillo que el 12%, porcentaje que en realidad le correspondía a Costa Rica. Una vez aceptado el porcentaje el Jefe de Estado ordenó que toda la producción del tabaco de exportación correspondiente al año de 1839 y 1840 se utilizase en pagar dicha deuda. Las petacas de tabaco salieron de Puntarenas rumbo al Realejo, a donde fueron recibidas por el vicecónsul inglés. La última remesa salió en enero de 1841. Sin embargo, aunque el tabaco se había entregado, la cancelación de la deuda estaba lejana, pues primero el vicecónsul Foster debía vender el tabaco en Nicaragua, y con el dinero que diera la venta, comprar algún producto que fuese bien aceptado en el mercado inglés y a continuación remitirlo a Inglaterra.

El vicecónsul pensaba comprar añiles, pero Carrillo tenía otros planes, sólo que no los pudo realizar.

1842 se convirtió en un año trágico para el país, pero cuando comenzó muy pocos sospe-

charían que Costa Rica iba a ser atacada y su proyecto económico destruido, Carrillo había concluido el camino al Atlántico, ya estaba abierto y se estaba utilizando. En 1841 se habían exportado por Matina la suma de 19.600 pesos y se había importado otro tanto, según un documento, y según otros cinco mil pesos más. Asimismo la renta producida por las aduanas había sido muy parecidas, la del sur la de Puntarenas, había superado sólo a la del Norte, a la de Matina, en 1.000 pesos.

El Jefe de Estado había ordenado repartir tierras a lo largo del camino, para que hubiese población e interés en mantener la vía, y había escrito a Inglaterra para comprar un puente de hierro que se colocaría sobre el Reventazón, el sitio más problemático de toda la ruta, además durante el año de 1842 se pensaba dragar la bahía de Matina para que el puerto quedara protegido y en óptimas condiciones para la navegación. También escribió al vicecónsul inglés en el Realejo, al mismo Foster que había recibido los tabacos de Costa Rica, Carrillo le propuso al vicecónsul que en lugar de comprar añiles en Nicaragua para remitir a Londres, como pago de la deuda de Costa Rica, le comprase café a Costa Rica. La carta es muy interesante, en ella reafirma lo que había dicho el periódico Ministerial de Costa Rica en marzo de 1838, cuando destacó que entre los principales rubros que se exportaba estaba el café, asimismo la exportación de café directamente a Gran Bretaña en 1839 había sido de 2623 quintales y se vendía a 8 pesos el quintal. Por lo tanto Carrillo le propuso a Foster, que ya que el café de Costa Rica gustaba tanto en el mercado inglés, le comprase café a 6 pesos el quintal, y también le especificó lo que el país podría producir y exportar en los años siguientes.

Carrillo calculó que en 1842 le podía vender arriba de los 10.000 quintales de la cosecha de 1841, pues esta no bajaría de 15.000 quintales, llegaría a 20.000 en 1842, se duplicaría para 1843 y se triplicaría para 1844 (Obregón: 1989). El cálculo estuvo excelente bien hecho, esa fue la producción de Costa Rica, sólo que el resto del plan no se cumplió, o sea no se exportaría

por el Atlántico, y tampoco se cumplió el objetivo de que el Estado abriese una agencia de exportación y negociara "con el gobierno inglés, una rebaja de impuestos para la introducción del café, que lo colocaría en una situación de igualdad con los que se importaban de las colonias inglesas" y mucho menos se puso en vigencia el Decreto de la Cámara Consultiva de cobrar 1 real por quintal, cuyo producto se destinaría "exclusivamente a la conservación del camino general de mar a mar".

El 5 de abril cinco buques con 500 soldados en su mayoría salvadoreños, dos de esos buques con capitanes ingleses y todos al mando del general Francisco Morazán, arribaron al puerto de Caldera. Las armas habían sido compradas a comerciantes ingleses en el Perú, gracias a un préstamo que le había hecho el general peruano Bermúdez, en el cual Morazán puso al Estado Costarricense como garante (el préstamo fue de 18.000 pesos). Al llegar a Caldera el general y expresidente de la República Federal, dio una proclama, en ella quedó en forma patente lo que haría con el próspero Estado de Costa Rica.

"Costarricenses: no más contribuciones arbitrarias; no más prisiones sin causa; no más destierros y confiscaciones sin motivo; no más trabajos forzados sin objeto; no más víctimas sacrificadas a la venganza sin ninguna forma de juicio; no más arbitrariedades y tiranía".

"Ya no serán en lo sucesivo los maridos y padres de familias arrancados del hogar doméstico con sus esposas e hijos para ir a perecer en los caminos de Puntarenas y Matina..."

"No veréis ya vuestras tierras ocupadas y vendidas, destruidas vuestras casas, segadas vuestras sementeras sin ninguna indemnización..."

En lo poco de verdad que tiene la proclama, el general Morazán no era el llamado a hablar, por que él había ejecutado más de un destierro, el resto, todo con documentos a la mano, es falso. Pero, si hubo algo que Morazán

cumplió, suspender todo lo relacionado con el camino a Matina y así, como bien apuntó en su libro Rodríguez, los centroamericanos (se refiere a Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua) se olvidaron del resentimiento en contra de los ingleses, motivado por la toma de San Juan del Norte por fuerzas británicas, el 1° de enero de 1841 y acudieron a ciudad de Guatemala a firmar una alianza militar en contra de Costa Rica, país que de todas maneras ya había sido declarado país enemigo por estar en el, el general Morazán.

La caída y muerte de Morazán no es parte de esta ponencia, pero si lo es las consecuencias que trajo para el país, el dejar perder el camino a Matina, pues este quedó supeditado a un grupo unido a los comerciantes británicos del pacífico y al alto costo que significaba exportar el café por esa vía.

La carta de Carrillo al vicecónsul Foster, fue leída por un capitán inglés muy amigo de él y de Chatfield, llamado William Le Lacheur, Le Lacheur estaba en el puerto cargando mercaderías y un lote de maderas que Chatfield, como parte de sus negocios personales en Centro América, remitía a Londres. Fue por esa vía que el capitán del Monarch se enteró de la producción cafetalera del país y de algo tal vez más importante, que ya el café de Costa Rica había llegado a Londres y había sido muy bien aceptado, eso le evitaría el esfuerzo de introducir el café en un mercado nuevo, en esas condiciones lo único que tenía que hacer era, llevar el café de Costa Rica a Gran Bretaña.

En realidad Le Lacheur imitó a otros capitanes británicos, con toda seguridad cuando llegó a Londres en diciembre de 1842, con los añiles con que Costa Rica pagaría su deuda, indagaría en el mercado londinense y se enteraría de que ese año dos buques había llegado con café directamente desde Costa Rica, el Sirena de 225 Tm. con 2.230 quintales de café y el Ellerslie con 5.208 quintales.

Así Le Lacheur de quien tradicionalmente se dice que abrió el comercio cafetalero

costarricense con Gran Bretaña y con Europa, simplemente fue la persona que regularizó este comercio, pero sólo con Gran Bretaña, es muy interesante ver como el capitán, a partir de 1843 y todos los años, a finales de marzo a comienzos de abril llegaba a Puntarenas con su buque el Monarch y luego acompañado con otros buques, primero alquilados y luego de su propiedad, así logró hacer una flota de buques cafetaleros y su familia terminó fundando un banco para exportaciones e importaciones, el banco Lyon.

Al mismo tiempo el café empezó a llegar a otros mercados europeos, a Francia, a la Liga de Ciudades Hanseáticas, llegó a Hamburgo y también fue exportado a los Estados Unidos.

En 1841 se exportó por Puntarenas 14.370 quintales de café a 8 pesos el quintal, para 1844 la cantidad se había triplicado y en 1848 se había vuelto a duplicar, pero sólo en los años comprendidos entre 1841 y 1844 mantuvo el precio de 8 pesos el quintal, a partir de 1845 bajó a 7 y en los años de la crisis económica europea, que tanto afectó a Costa Rica el precio

llegó a 6 pesos, así que desde 1846 la gente volvió a clamar por un camino al Atlántico, pero ya no existía Carrillo, y el país está atravesando por uno de los períodos políticos más inestables, el período de 1842 a 1847 (a partir de la rebelión contra Morazán el país tuvo dos Jefes de Estado Interinos, dos Asambleas Constituyentes, dos elecciones, una de ellas con voto directo que fracasó, un Jefe de Estado que renunció pero que no se le aceptó la renuncia y dos senadores ejerciendo el mando para sustituirlo, ya que él se negó a volver al mando).

En 1848, la crisis del mundo occidental, en cuya economía ya está el país inserto, trajo severas consecuencias, es cuando el presidente del Estado Dr. José María Castro, decide proclamar al país en República y retomar las ideas de Carrillo para comercializar el café con mayores ganancias para el país.

En los siguientes cuadros se puede apreciar las exportaciones de Costa Rica por ambos puertos y comparar las del café con las de chancaca y otro producto, importante en esos años.

PUERTO DEL SUR O PUNTARENAS

AÑO	Café quintales	Pesos	Chancaca quintales	Pesos	Tabaco petacas	Pesos
1841	14.370	114.966	7.911	19.777	1.751	87.588
1842	16.615	132.920	6.136	15.340	518	25.900
1843	25.196	201.568	2.012	5.030	632	31.600
1844	49.995	339.640				
1845	64.041	448.287	417			
1846	83.048	578.560				

PUERTO DEL NORTE O MATINA

AÑO	Café quintales	Pesos	Carey libras	Pesos	Zarza quintales	Pesos
1841		—	2.750	11.000	200	3.200
1842	80	800				
1843	80	800	3.650	10.950	402	6.432

FUENTE: ANCR. Hac. 9116, 9326, 6658 y 9269.

El siguiente cuadro de las exportaciones de café a Gran Bretaña, de los últimos tres años de la década de los años 40, o sea de 1847, 48 y 49 nos prueba como el país logró consolidar un comercio cafetalero directamente con aquel país antes de terminar la primera mitad del siglo XIX. Como se puede apreciar los buques que reportaron al salir de Puntarenas que iban para Valparaíso, habían venido de Gran Bretaña, por lo que su parada en Valparaíso era una parada técnica. Asimismo hemos incluido los buques chilenos, porque según el historiador de la marina mercante chilena, Claudio Veliz, un porcentaje de los buques mercantes tenían capitán inglés y era usual que ellos cambiaran de bandera, así a pesar de que los chilenos

habían emitido una Ley de Navegación en 1836, en la que el artículo 24° estableció que en un período de 12 años, o sea para 1848, todos los buques mercantes chilenos debían pasar a ser capitaneados por ciudadanos de Chile, la realidad fue, según un informe del Comandante General de Marina, Joaquín Prieto, firmado en 1884, que había dificultades insalvables para hacer cumplir la disposición, decía en su comunicado "Para que usted vea cuán irrealizable será esta disposición bastará poner en su noticia que he pedido informe a la Capitanía de Puerto sobre el número de pilotos hijos del país que hay actualmente y se me ha contestado tres. ¿Podrá haber 150 para el año 1848?" (Veliz: 1961, pág. 52).

EXPORTACIONES DE CAFÉ DE COSTA RICA A GRAN BRETAÑA 1847, 1848 y 1849

AÑO	Nombre del navío	Tm.	Procedencia	Carga	Destino	Carga
1847	Calipso				P. República	
	Malibran				P. República	
	Huracán	170			P. República	
	R. de las Islas	120			P. República	
	Visgaos				Gran Bretaña	Café
	Thethis				P. República	
	Matilde				Chile	Café
	Ana Robinson				Gran Bretaña	Café
	Matilde				Chile	Café
	Monarch	224	Gran Bretaña		Gran Bretaña	Café
	R. de las Islas	120	Gran Bretaña		Ch. y G. Bretaña	Café
	Malibran		P. República		P. República	
	Juana				Gran Bretaña	Café
	Arciope				Gran Bretaña	Café
	Thethis				Gran Bretaña	Café
	Malibran		P. República		Gran Bretaña	Café
	Lampson*				Nicaragua	
1848	R. de las Islas	120	G.B. Guernesey		G.B. Guernesey	Café
	Libra Dundee	291	Chile	Merc. Extr.	Chile	Café
	Huracán	170	Chile	Merc. Extr.	Chile	Café
	Monarch	224	G.B. Guernesey	Lastre	G.B. Guernesey	Café
	Halecyon	138	G.B. Guernesey	Merc. Extr.	G.B. Guernesey	Café
	Malcolm	238	G.B. Liverpool	Merc. Extr.	P. República	Merc. Extr.
	Peruvian	394	Chile	Lastre	G.B. Liverpool	Café
	Coloney	288	Chile	Merc. Extr.		
1849	Regalia	186	El Salvador	Merc. Extr.	Gran Bretaña	Café
	Coloney	288	en Puntarenas		Panamá	Lastre
	Mally Bawn	344	El Salvador	Merc. Extr.	Gran Bretaña	Café, añiles
	Lavinia	157	G.B. Guernesey	Merc. Extr.	Gran Bretaña	Café

cont...

AÑO	Nombre del navío	Tm.	Procedencia	Carga	Destino	Carga
	Halecyon	138	G.B. Guernesey	Merc. Extr.	Gran Bretaña	Café
	Niágara	336	Chile	Merc. Extr.	Chile	Café
	Monarch	224	G.B. Guernesey	Merc. Extr.	Gran Bretaña	Café
	Dryad	251	Chile	Lastre	Chile	Café
	Lady Show Stuart	181	Colombia	Merc. Extr.	Panamá	Lastre
	Seymour	322	Nicaragua	Merc. Extr.	Nicaragua	Merc. Extr.
	Jessie Miller	382	Panamá	Merc. Extr.	Chile	Café, tintes
	John Norton	336	El Salvador	Ropas	Naufregó en Puntarenas	
	Gorgon*			Trajo al Cónsul inglés Chatfield		

* Es un buque de guerra.

FUENTE: ANCR, Hac. 10599, 10780, 9269 y 6355, G. y M. 8842 y 9433.

CONCLUSIONES

Analizando la temprana introducción de Costa Rica en un mercado europeo, con un comercio a través del Cabo de Hornos, tenemos que llegar a la conclusión de que este comercio, abierto en la primera mitad del siglo XIX antes de que se inaugurara el ferrocarril de Panamá y antes de la navegación a vapor fue posible por:

1. Una temprana organización del país y una estructuración del Estado muy anterior a lo que tradicionalmente se ha aceptado.
2. Un grupo de mando, dividido, pero que por condiciones muy especiales del país, no se enfrentó en contiendas de guerras civiles, lo que permitió un gobierno bastante largo, pero constitucional de don Juan Mora Fernández (1825-1833) y posteriormente un juego interesante del poder.
3. Un dominio de un grupo de mando, que tenía en su mira abrir un comercio, ya que durante todo el tiempo anterior, siglo XVIII, este deseo había sido frustrado por los reglamentos españoles, lo que lo llevó a dar un apoyo decisivo del gobierno a los cultivadores de café.
4. Una apertura de un comercio maderero, que hizo que los costarricenses temprana-

mente tuvieran relaciones con los puertos importantes del pacífico suramericano, pero sobre todo una relación estrecha con Valparaíso en el momento en que este puerto sustituyó al Callao, en 1834 como el puerto más importante del pacífico suramericano.

5. Una relación de dependencia del grupo de comerciantes británicos del pacífico, debido a que fueron más hábiles que los que controlaban el comercio del Caribe, intervinieron bajo la dirección del Cónsul inglés Chatfield y destruyeron los planes a Carrillo, que le hubiese dado una preponderancia al país muy difícil de igualar, ya que Gran Bretaña no tenía en sus manos un instrumento de presión, que si usó con gran maestría sobre Nicaragua, El Salvador y Honduras a partir de 1844, bloqueando sus puertos y bombardeándolos, para apoderarse de su comercio. Y no tenía un instrumento de presión porque Costa Rica había pagado la deuda inglesa desde 1839-40 y Gran Bretaña lo reconoció así en 1845.
6. Sin embargo las cinco conclusiones anteriores no hubiesen sido importantes, si el país no hubiese contado con una calidad

de café, catalogado de excelente, en el mercado europeo.

7. La temprana inserción de Costa Rica al mercado del café en Europa, la llevó a

buscar también tempranamente una introducción en el mercado de los Estados Unidos, a lo que Costa Rica empieza a dedicar atención a partir de 1850.

BIBLIOGRAFÍA

Barros Arana, Diego. HISTORIA DE CHILE. Tomo XIII. Santiago, Ed. Rafael Jover, 1894.

Bonilla, Heraclio (recopilador) INFORME DE LOS CÓNSULES BRITÁNICOS. Lima, Tomo I, 1975.

González Flores, Luis Felipe. EL DESENVOLVIMIENTO HISTÓRICO DEL CAFÉ EN COSTA RICA. San José, 1933.

Hall, Carolyn. EL CAFÉ Y SU DESARROLLO HISTÓRICO-GEOGRÁFICO DE COSTA RICA. Editorial Costa Rica, 1976.

Kaufmann, William W. LA POLÍTICA BRITÁNICA Y LA INDEPENDENCIA DE LA AMÉRICA LATINA 1804-1828, Caracas. 1968.

Obregón Quesada, Clotilde. LA PRIMERA ADMINISTRACIÓN DEL DR. CASTRO. San José, 1984.

——— CARRILLO UNA ÉPOCA Y UN HOMBRE, San José, 1989.

——— EL INICIO DEL COMERCIO BRITÁNICO. Rev. de Ciencias Sociales, Nº 24, 1982.

Rodríguez, Mario. A. PALMERSTONIAN DIPLOMATIC IN CENTRAL AMERICA. FREDERICK CHATFIELD. University of Arizona, 1964.

Veliz, Claudio. LA HISTORIA DE LA MARINA MERCANTE DE CHILE. Universidad de Chile, 1961.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL DERECHO EN LA PREHISTORIA

GENERALIDADES

LIC. BERNY ARIAS HIDALGO

A. ¿Cabe hablar de la existencia de enormes jurídicas en la prehistoria?

Para contestar la pregunta que sirve de título a este acápite, debemos comenzar por definir que es el derecho, y una vez obtenido un concepto claro a cerca de su significado, si podremos plantearnos la interrogante en torno a su existencia o ausencia, en la larga noche prehistórica.

Para Heller, "no se ha podido llegar en nuestra época a un concepto del Derecho que, por lo menos en cierta medida, sea universalmente aceptado"¹.

La anterior afirmación resulta lógica y cierta, si tomamos en cuenta el hecho de que, tal generalización es poco menos que imposible, pues ello depende en última instancia, de la época en que situemos el objeto de nuestro estudio. Es decir según los diversos valores de las distintas culturas en determinada época, así será el concepto que del Derecho se haya derivado por cada pueblo en particular.

Es claro que en los Estados modernos se puede intentar una definición de la esencia jurídica con un mayor grado de precisión, habida

cuenta de que al Derecho hoy en día, no se le concibe sin su correlato dialéctico, el Estado.

Ciertamente es a partir del Renacimiento, cuando "El Estado viene a ser realmente la fuente de validez formal del Derecho por cuanto él establece y asegura el derecho legal mediante sus órganos y señala las condiciones para la validez del derecho"². De este modo podremos intentar una definición del Derecho para nuestra época actual, partiendo de la tesis Helleriana la cual compartimos plenamente, de que el Estado es una creación que cobra vida a partir del Renacimiento, habiendo cristalizado con el advenimiento de las monarquías absolutas europeas. Limitado de esta manera el ámbito temporal de la nueva entidad, podremos darle cabida a una serie de definiciones que nos describen y categorizan el Derecho como: conjunto de reglas de conducta obligatorias emanadas por el Estado, y respaldadas por su poder. En efecto hoy día cualquier definición del Derecho, tiene como sustento obligatorio, y como fuente de validez el poder del Estado, sin este aditamento, o marco de referencia obligada, no es posible una caracterización del Derecho en las modernas naciones. Como ejemplo basta citar aquí la definición que nos da el tratadista Ángel Latorre, para quien en un

1. Heller Hermann. Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica. México 1968. Pág. 198.
2. Heller Hermann; Op. cit. Pág. 204.

estado moderno, tal concepto significa: "un conjunto de reglas de conducta obligatoria establecidas por el Estado mismo y respaldadas por su poder"³.

No obstante la precisión terminológica esbozada atrás en lo que se refiere a la ubicación temporal del concepto moderno de lo jurídico; es indubitable que el término Derecho, se aplica también a otras situaciones a las que la nación "modernista", no se ajusta ni cercanamente. Tal es el caso precisamente de los llamados "Derechos Primitivos", que constituyen por ahora el objeto de nuestra investigación.

Antes de proseguir es impostergable que nos planteemos aquí la siguiente interrogante: Si en opinión de Heller el Estado técnicamente definido, no existió en los estadios primitivos de la humanidad, será viable entonces hablar de la existencia del Derecho en tales épocas y comunidades.

La respuesta que muchos estudiosos y filósofos del Derecho han dado a este punto, es que el Derecho simplemente no existió en la prehistoria, pues en las comunidades primitivas según esta corriente de pensamiento, no existe una autoridad central que imponga en forma habitual la Ley y el orden, ni tribunales organizados en forma permanente y especializados en la función de dirimir litigios entre individuos, etc.

En este orden de cosas, el "Derecho Primitivo" tendría las mismas limitaciones que modernamente algunos aducen en contra del Derecho Internacional, en tanto le niegan existencia plena; por cuanto "no existe un poder superior que cumpla funciones análogas a las del Estado en su Derecho Interno, es decir que

legisle, juzgue y aplique coactivamente el Derecho"⁴.

Pero no solo se le hacen objeciones a la existencia del Derecho en la Prehistoria, desde el ángulo de la inexistencia o ausencia de un poder efectivo en su triple función de: Juez, gendarme y legislador; sino que otros han objetado su presencia desde el punto de vista de, la inexistencia de un poder para sujetar el "capricho" del jefe, o de quien depende el mando absoluto en un momento dado.

Al respecto, Sir Henry Summer Maine, afirma al describir la forma más antigua de la organización patriarcal que: "viviendo todo hombre durante la mayor parte de su vida, bajo el despotismo patriarcal, estaba prácticamente controlado en todos sus actos por un régimen no de Derecho sino de capricho"⁵.

Estas tesis han sido rebatidas a su vez, por no pocos autores, con notable éxito por lo demás; entre ellos y tal vez el más destacado, Edgar Bodenheimer, quien sostiene que: "si aceptamos como correcta la opinión de Summer, tendremos que concluir que en la forma más antigua de organización social no existía el Derecho, porque hay que repetir que el poder arbitrario ilimitado no es Derecho, sino su antítesis misma"⁶.

Pero no podemos agregar a este autor: "estar seguros del supuesto de que la vida social del clan no estuviese regida por nada más que el capricho arbitrario de su jefe. Hay razones psicológicas para creer probable que se desarrollasen en el clan ciertas costumbres observadas tanto por los miembros del grupo como por su jefe patriarcal. Si suponemos como

3. Latorre Ángel. Introducción al Derecho. Ediciones Ariel, Barcelona, 1968. Pág. 14.

4. Latorre Ángel. Op. Cit. Pág. 33.

5. Summer Henry. Citador por Bodenhermer en su Teoría del Derecho. Pág. 45.

6. Bodenheimer Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México 1942, Pág. 45.

es lógica suponer que dentro del clan surgieron tales costumbres, tenemos que ver en ellas una forma primitiva de Derecho. Nos enfrentamos con una situación en la que el detentador del poder absoluto se siente obligado, por una u otra razón, a obedecer ciertas reglas de conducta; que tendrían el atributo esencial de la idea de Derecho, ya que constituyen una limitación al poder mediante reglas de conducta que obligan al titular de aquel"⁷.

No obstante la opinión antes transcrita, el propio Bodenheimer, hace la aclaración que en este caso-refiriéndose a la presencia en la Prehistoria de normas que poseerían la virtud de obligar también al titular que tales normas serían "formas meramente rudimentarias de Derecho"; pues en último término no hay una autoridad superior que pueda obligarla a observar esas normas. Ciertamente en este caso, el poder de este jefe teórico que nos presenta Bodenheimer, no está limitado por un medio institucional, sino meramente por la fuerza del miedo a los Dioses, la tradición o los tabúes. En su opinión, tanto el Derecho Internacional Moderno, como el Derecho consuetudinario primitivo, tienen que ser clasificados como una forma no desarrollada de Derecho.

Para Bodenheimer pues, hay Derecho en tanto haya limitación al poder, pues no en vano nos ha definido al primero como "un término medio entre la anarquía y el despotismo" agregando que, "solo una limitación que imponga al detentador del poder la observación de ciertas normas, es decir reglas generales de conducta es Derecho"⁸.

Coincidente con este pensamiento, de la existencia en la prehistoria, de un "Derecho Imperfecto", es la opinión de Ángel Latorre,

quien sostiene que, en las "Comunidades primitivas existen reglas que por considerarse obligatorias por derivar sobre todo de razones y no de creencias mágicas o religiosas, y por estar amparadas, por unos mecanismos sociales de coacción, aunque sean rudimentarias, pueden ser calificadas, de jurídicas"⁹.

Agregando que la categoría de norma jurídica no siempre presenta un contorno cierto y definido, presentándose situaciones en que no es fácil decidir si nos encontramos o no ante normas de esa categoría. En estos casos dice Latorre, es evidente que solo cabe hablar de un uso convencional de la palabra Derecho".

Concluye Latorre exponiendo que el Derecho no es un ente metafísico y que aunque imperfectamente siempre ha existido, definiéndolo como "conjunto de fenómenos sociales entre los que existen unos elementos comunes: el tratarse de normas de conducta obligatoria en una comunidad y respaldadas por un mecanismo de coacción socialmente organizado". En lo que a nuestro saber alcanza"; nos dice: "pueda afirmarse con mayor o menor intensidad con unas u otras características, un mecanismo de coacción social de este tipo ha existido y existe en todas las sociedades de las que tenemos noticia"¹⁰.

Como vemos, de acuerdo a los autores citados, se puede inferir válidamente que, ciertamente en la época primitiva existieron algunas normas que por su peculiar estructura, se pueden catalogar de jurídicas.

Estas serían aquellas, que se considerarían obligatorias, en el tanto que, derivasen de razones prácticas de la vida social, y no de creencias mágicas o religiosas, y que adquirirían su factura jurídica, al estar amparadas por

7. Ibidem.

8. Bodenheimer Eggar. Op. Cit. Pág. 26.

9. Latorre Ángel. Op. Cit. Pág. 32

10. Latorre. Op. Cit. Págs. 33-34.

unos mecanismos sociales de coacción, que aunque rudimentarias, no por ello serían menos afectivos.

Que estas normas jurídicas rudimentarias, no estuviesen claramente diferenciadas de otras categorías, tales como los usos sociales, o las prácticas mágicas, como es la opinión de algunos, o que por el contrario y como parece irse admitiendo modernamente, también ya en las comunidades primitivas existió una cierta distinción entre los diversos grupos de reglas; no es cosa que interese por ahora, pues lo cierto

y lo que realmente importa, es tener la certeza que, indubitablemente nuestros antepasados ahistóricos, crearon, aunque no tuvieron conciencia de ello, un conglomerado de reglas de conducta que, independientemente de la fuente de sustentación de las mismas, adquirieron el carácter de jurídicas, al depender de un "mecanismo de coacción socialmente organizado" (Latorre); o como dice Bodenheim al "constituir una limitación del poder mediante reglas de conducta que obligan al titular de aquel".

EL ORIGEN DE LA LEY

B. Sus principales teorías

Establecido el hecho, que en las comunidades primitivas existieron prefiguraciones de los modernos sistemas jurídicos, es imposter-gable hacer aquí, alguna referencia obligada al origen del Derecho, a su fuente primigenia; pues debe la antigüedad los juristas de las diversas épocas y civilizaciones, se han venido sistemáticamente planteando la interrogante acerca de: ¿Cuál es en esencia, su fundamento y su base sustantiva? —En otras palabras, se han formulado esta pregunta: ¿Quién o quienes han creado la Ley?

Las respuestas han sido como de costumbre en estos casos, en proporción a las interrogantes, pues ello depende en última instancia de las creencias íntimas y de las vivencias personales y hasta ideológicas de cada quien; por ello no pretendemos dar aquí una respuesta más, sino que nos limitaremos a reseñar las diversas posturas que en torno al origen del Derecho, se han emitido a través de los siglos, por lo menos en lo que atañe a la cultura occidental.

1. Teoría sobre el origen divino de la ley

Tan pronto como el hombre concibió la idea de Dios, entendiéndose el concepto en el sentido genérico de divinidad, ya sea en su

aspecto poli o monoteísta, le atribuyó a esta entidad, la responsabilidad en lo que a la formación y promulgación de la Ley se refiere.

Para el hombre primitivo, así como para el antiguo y aún para el medieval, Dios constituía el motor legislativo, la causa eficiente de la ley, la que le había sido revelada para que éste pudiera hacer posible su vida en comunidad y en sociedad.

Siendo Dios la causa eficiente de la ley, el violar su mandato era ir directamente en contra de su voluntad, y por ello fue común en la antigüedad esa identificación entre Derecho y Religión, y el concebir al delito en su doble aspecto: de lesión a un bien jurídico determinado y como pecado a la vez. Siendo también Dios es promulgador de una determinada legislación, el hombre no podía violarla, ni tampoco cambiarla, pues esta se le antojaba eterna e inmutable, impuesta por un Ser Superior ante cuya voluntad, no quedaba más alternativa que doblegarse dócil y resignadamente.

Dentro de esta concepción teológica de la ley, hay que situar parte de la corriente filosófica denominada: comunmente iusnaturalismos, por lo menos y hasta el iusnaturalismo cristiano, con San Agustín, Santo Tomás y Francisco Suárez. Debe tenerse presente que, el Derecho

Natural en opinión de estos autores, era aquel derecho emanado de Dios; por ello eterno e inmutable y que había sido impreso como si dijéramos en el corazón del hombre por el creador, siendo la misión del legislador terreno plasmarlo hasta donde fuese posible en el derecho positivo de cada pueblo.

Como lo afirma nuestro compatriota y filósofo del Derecho, Lic. Carlos José Gutiérrez, "la creencia es un derecho absolutamente justo y perfecto, del cual el Derecho positivo no es más que una copia llena de imperfecciones, ha acompañado a la cultura occidental, desde sus inicios, hasta nuestros días"¹¹.

Con el advenimiento de la Escuela Clásica del Derecho Natural, se rompe por parte de sus principales exponentes (Grocio, Loke), etc.; con el fundamento divino del Derecho Natural, pero como bien lo dice Carlos José Gutiérrez, tal ideal como si dijéramos siguió flotando aún en el ambiente y perdura incluso en nuestros días.

En resumen podemos decir que, la idea de que la ley tiene un origen divino, ha sido una constante en la mente del hombre, desde los propios albores de la civilización, hasta nuestros días, y de ello dan fe, algunas naciones contemporáneas como las musulmanas, las cuales en pleno siglo veinte, siguen observando los rígidos preceptos del Corán al pie de la letra, pues esa es la voluntad de Allah, transmitida a los hombres por medios de profetas Mahoma.

2. Teoría Contractualista

Ya vimos como, con el advenimiento en los siglos XVII y XVIII, de la Escuela Clásica del Derecho Natural, se opera el rompimiento con la fundamentación divina de ese Derecho. Para

Grocio y Looke fundamentalmente, el Derecho Natural no es parte de la Ley Divina como lo sostuviera el iunaturalismo cristiano, sino que viene a ser "aquello que la recta razón muestra conforme a la naturaleza social del hombre subsistente aún cuando no hubiera Dios o este no cuidase de los seres humanos"¹².

Como una derivación o consecuencia obligada de esta nueva concepción, aparece la teoría contractualista del Derecho, sea la idea de que la ley tiene origen en un convenio deliberado de los primeros hombres que se unieron en sociedad, -Es decir un "contrato" mediante el cual, se pasa de un estado de anarquía a una sociedad regida por algún tipo de Derecho, lo que hace posible la vida en comunidad.

El Contrato Social es entendido por todos los autores de esta escuela, como un hecho que ha tenido su existencia real en algún momento del quehacer de las diversas sociedades humanas; en lo único que difieren es en cuanto al llamado "Estado de Naturaleza", el cual para Looke por Ej. es social y pacífico, concibiéndolo por el contrario, Hobbes y Espinoza, como perpetua guerra de todos contra todos.

No obstante las discrepancias de los componentes de esta escuela en torno al "Estado de Naturaleza", si hubo unidad de criterio en cuanto a que, al Pacto Social se debe llegar como única forma de obtener una ordenada y pacífica convivencia de la vida humana.

3. Teoría racionalista

Íntimamente ligada a la idea contractualista ya esbozada, podríamos hablar de una tesis racionalista de ley, cual considera a ésta,

11. Gutiérrez Carlos José. Lecciones de Filosofía del Derecho. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. Serie Ciencias Jurídicas y Sociales. N° 21, 1973. Pág. 46.

12. Ruiz Romero Martín. Filosofía del Derecho. Editorial Guillermo Rrap. Buenos Aires, 1944. Pág. 266.

como producto emanado exclusivamente de la razón de los hombres, quienes por su medio vendrían a descubrir las reglas eternas e inmutables del Derecho Natural, ello para regular la vida en sociedad.

Emanuel Kant (1724-1804) cumbre del pensamiento idealista, es uno de los mejores exponentes de esta tesis, siendo su consecuencia lógica el que los principios de Derecho deben ser siempre los mismos, pues solo una razón puede existir.

4. La reacción contra el iusnaturalismo. La tesis historicismo del Derecho.

Nos dice Carlos José Gutiérrez que "después de veintidós siglos de indiscutida supremacía, a principios del siglo XIX, flaquea la muy generalizada convicción sobre la existencia de un Derecho Natural. Hay ciertos fenómenos de orden histórico agrega, que contribuyeron a este cambio de dirección del pensamiento jurídico. Entre ellos, el primer lugar corresponde necesariamente a la justificada reacción en contra de los excesos cometidos por la Revolución Francesa. El nacimiento de la Primera República estaba definitivamente inspirado en el pensamiento de los racionalistas y de la Escuela Clásica del Derecho Natural; no fue por accidente que se rindió culto en ella a la Diosa Razón y se proclamó una Declaratoria de los derechos del Hombre y del ciudadano. La obra revolucionaria tenía como norte el poner en práctica las teorías emanadas por el iusnaturalismo clásico y a Rousseau como mentor definitivo de la nueva sociedad"¹³.

La Escuela Histórica que tiene en el alemán Federico Carlos de Savigny su más brillante exponente, es la expresión dentro del

campo jurídico del Romanticismo, o sea aquel vasto movimiento de tipo cultural que surgió en Europa a principios del siglo XIX, como reacción al frío y cerebral racionalismo.

Debe recordarse que el romanticismo representa una exaltación de lo vital sobre lo racional, de lo espontáneo sobre lo reflexivo del sentimiento sobre el intelecto. Los grandes temas de la generación romántica serán temas sentimentales, históricos y nacionales; con la exaltación del yo, se da la exaltación del ser nacional y ello será decisivo en el surgimiento de la Escuela Histórica.

En efecto, en el campo jurídico y siguiendo a Carlos José Gutiérrez, las principales consecuencias de la posición romántica, en la expresión dada por la Escuela Histórica, son más o menos las siguientes:

La desaparición del Derecho Natural.- Con Savigny, desaparece la Dualidad entre Derecho Natural y Derecho Positivo, ya que afirma que el primero encuentra su única forma de expresión en el Derecho vigente. Debe advertirse que no es que éste niegue el aspecto valioso del Derecho, sino que cree que solo puede manifestarse en la espontánea creación de la conciencia popular e histórica.

El Alma Nacional.-Siendo como lo es el Derecho, un producto netamente histórico, no se le puede tener o concebir como obra de la actividad de los seres humanos individuales, sino como resultado de lo que llama Savigny el alma nacional o espíritu popular (Volksgeist). "Este no sería otra cosa que una sustanciación o aminiación del pueblo o lo colectivo, vida histórico-espiritual, y dotada de una fuerza orgánica propia que merced a oscuros procesos inconcientes o instintivos, le permite desarrollar las distintas manifestaciones de la cultura"¹⁴. La

13. Gutiérrez Carlos José. Op. Cit. Pág. 60.

14. Legaz Lacambra Luis. *Filosofía del Derecho*. Citado por Carlos José Gutiérrez, Op. Cit. Pág. 62.

Escuela Histórica ve en la costumbre la forma directa de la manifestación del alma nacional y en el Derecho consuetudinario la expresión inmediata de la convicción jurídica de cada pueblo.

La Exaltación de la Historia

Para los racionalistas el Derecho era básicamente un producto racional y su conocimiento lo realizaba el jurista incluyendo los principios del Derecho Natural.

Savigny por el contrario destaca el carácter dinámico de la creación jurídico, a la cual enfoca como una labor cumplida por los pueblos a través de la historia, debiendo estudiarse inductivamente, examinando las distintas clases de Derecho que el hombre ha ido creando, a través del tiempo.

En síntesis la posición historicismo en lo que atañe a la creación del Derecho, sostiene que "la ley no se origina más que en los hechos, en las circunstancias sociales de cada tiempo y lugar y por ello varían de pueblo a pueblo y de época a época"¹⁵.

5. Teorías Modernas o Eclécticas

Como suele ocurrir en estos casos en que sobre un determinado tema se exponen diversas teorías, los juristas de este siglo han tratado de fundamentar lo que podríamos llamar las tesis conciliadoras o eclécticas por medio de las cuales armonicen la teoría racionalista y la histórica.

Según tratadistas como Ortega y Gasset y Luis Recasens, existen a priori ciertos principios

inmutables de justicia que la razón humana puede descubrir y siempre encontrar iguales en todo país y en todo tiempo; pero al aplicarlos se visten como si dijéramos, de diversas formas, dando así nacimiento a la diversidad de instituciones que los historistas apuntan.

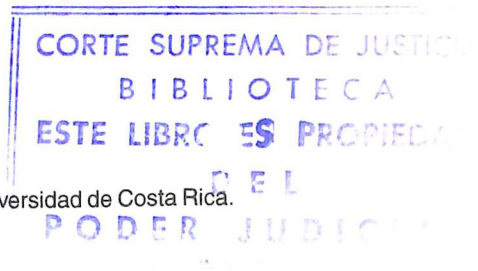
Esa diversidad surge de las diferentes circunstancias que imperan en cada sociedad y a las cuales es necesario adaptar aquellos principios generales de Justicia. Es cierta forma como acertadamente lo expone el Lic. Fournier", una ampliación del Derecho de la teoría científica de la relatividad". Principios inmutables de Justicia aplicados a diversas circunstancias y distintas épocas producen las variadas manifestaciones jurídicas que brotan en cada sociedad, tal es en resumen la solución que dan las modernas teorías al problema del origen del Derecho.

C. La mente primitiva

Siempre ha sido motivo de apasionada discusión entre los estudiosos del Derecho, la interrogante a cerca de si la mente del hombre primitivo fue semejante a la del hombre civilizado, en lo que hace a la aprehensión y conceptualización del mundo exterior. Para algunos tal identidad existió, más para otros, sucedió lo contrario; pues consideran a la mentalidad primitiva, diametralmente distinta a la del hombre actual, en razón de que según su opinión, el primitivo percibe el mundo circundante en forma tal que; los objetos cuales quiera que ellos sean, así como los fenómenos de la naturaleza, se le antojan indiferenciados, indefinidos, sin categoría y sin jerarquización.

Pareciera ser que la segunda posición es la más acertada, pues somos de la opinión de

15. Acuña Fournier Fernando. **Historia del Derecho**. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. Serie Ciencias Sociales y Jurídicas N° 16, pág. 2.



que diversos grados culturales tienen como con relato diversos tipos de mentalidad. Esto es que, a mayor grado de cultura, mayor es la capacidad de comprensión cabal de cualesquiera fenómeno o proceso y esto es válido en todos los órdenes de la vida social. Ciertamente, ya sea en el campo de la ciencia, la política o la religión, cuanto menor es el conocimiento acerca de un determinado tema u objeto, cuando mayor son los perjuicios que se levantan en torno a ello, acompañado este fenómeno de los obligados corolarios del fanatismo y la intolerancia. Como consecuencia, no puede un hombre de las cavernas, poseer idénticos procesos de aprehensión del medio, similares a los que poseyó el griego, el hombre medieval, o el astronauta que pisó por primera vez la luna.

Por eso somos de la opinión de Levy Bruhl, para quien las sociedades que el llamó de tipo inferior, poseen procesos mentales extraños y muy distintos de los superiores. No en vano para Bruhl, la tesis de la Escuela Antropológica inglesa sobre la "identidad del espíritu humano", es a más de un prejuicio, un inmenso absurdo.

En razón de lo anterior parece bien puesta en razón la tesis del historiador Jorge Enrique Guier, para quien "los componentes de culturas o sociedades distintas, necesariamente deben poseer otro tipo de mentalidad. Agregando que "todo demuestra en suma, que la mentalidad primitiva es radicalmente otra de la mentalidad civilizada, que aquella no se puede reducir a un común denominador con esta"¹⁶.

1. La Ley de Participación

Establecido que la mente primitiva percibe el mundo exterior en forma radicalmente diferente con respecto al hombre moderno, es

impostergable aquí analizar la llamada "Ley de Participación", que constituye como si dijéramos la llave del conocimiento de los complejos procesos mentales que operan las conceptualizaciones del hombre precategorial.

De acuerdo con esta ley, en las representaciones de la mente primitiva, los objetos y los fenómenos pueden ser lo que son y algo diverso de lo que son. En torno al punto afirma Guier: "Las percepciones de los objetos son indiferenciados, es decir, no se puede establecer una línea divisoria entre el objeto percibido en simismo y las emanaciones que provoca esa percepción.

La visión de la vida es sintética y no analítica, nada para el primitivo posee una forma definida o estática; mediante la metamorfosis, puede cambiar cualquier forma en otro, ya sensible o imperceptible. No se presenta para el hombre primitivo las cosas jerárquicas, ocupando él la cúspide, sino que se encuentra inmerso en un mismo valor, dentro de las cosas, formando un todo armónico con las formas más elementales de la vida y de los objetos inanimados¹⁷.

En torno a este tema, en su interesantísimo libro "La Rebelión de los Brujos", esos dos profetas científicos de nuestro tiempo Pauwels y Bergier, haciendo un profundo estudio sobre el lenguaje nos dice lo siguiente: "Para el hombre llamado primitivo no hay diferencia entre la cosa y la palabra que expresa la cosa, no hay diferencia entre el aliento, principio vital y el verbo, formando por el aliento entre los dientes. El lenguaje es una sustancia y una fuerza material que no se concibe como una parte mental, como un proceso de abstracción, sino como un elemento del cuerpo y de la

16. Guier Jorge Enrique. Historia del Derecho. Tomo I. Pág. 31.

17. Guier Jorge Enrique. Op. Cit. Pág. 32-33.

naturaleza. Lo mismo que ocurre con la materia y el espíritu, lo real y el lenguaje, lo significado y lo que significa, se confunden en una unidad del mundo exterior e interior¹⁸.

En las palabras de Pauwels y Bergi'n, podemos ver plenamente operando la Ley de Participación, referida al lenguaje de los pueblos primitivos, para quienes ser y nombrar son términos equivalentes, significando una y la misma cosa. Por ello es que en estas culturas, se considera que quien maltrata al nombre maltrata al ser, y por ello éste es muchas veces guardado en secreto, pues quien conoce el nombre, puede dominar a su poseedor. No en vano según la tradición gnóstica Dios es omnipotente, pues conoce el nombre verdadero de todos los seres y las cosas.

Explicada la Ley de Participación es impostergable plantearnos aquí la interrogante acerca de la forma en que el primitivo se desenvuelve en un mundo cambiante, intemporal hasta cierto punto, en que nada posee forma definida, y en el que no existe esa dualidad tan cara al hombre moderno entre espíritu y materia. La respuesta está dada a través de la metamorfosis, la magia y el tabú, pero ello es materia del punto siguiente.

Metamorfosis, Magia y Tabú

Es opinión de los estudiosos de las culturas primitivas, que mediante la metamorfosis puede cambiar cualquier forma en otra, ya sea sensible o imperceptible, siendo así que lo que caracterizaría la mente primitiva, no sería tanto su lógica sino su "sentimiento general de vida". En modo alguno nos dice el historiador Guier, "carece el hombre primitivo de capacidad para captar las diferencias entre las cosas, pues

distingue fácilmente sus útiles de trabajo de las producciones naturales y puede hasta representarlos pictóricamente, pero en su concepción de la vida todas esas aparentes diferencias entre las cosas se hallan teñidas de un sentimiento más fuerte, la solidaridad fundamental e indeleble de las vivencias por encima de las formas múltiples que señalan las cosas en sus estados simples y singulares¹⁹.

¿Cómo logra el primitivo el dominio de estos procesos de cambio? ¿Qué fuerza oculta domina y sirve a la vez de soporte a esta peculiar cosmovisión de nuestros antepasados remotos?

Ha sido precisamente Malinowski, quien ha dado la respuesta, poniendo de relieve y explicando, el papel fundamental jugado por esta fuerza que no es otra cosa que la "magia", y la cual está presente "hasta en un estadio verdaderamente inferior de la cultura".

Toda la vida del hombre primitivo está regida por esa poderosa regulación, que funciona como el más perfecto y eficaz sistema jurídico. La magia fue una necesidad vital en los albores de la vida en comunidad; ella constituye un medio liberador a través del cual, el primitivo encontró como si dijéramos "el despertar de la confianza en sí mismo".

Ante un medio que se le antojaba hostil e incomprensible, encontrándose a merced de las fuerzas de la naturaleza, el hombre vio y encontró en la magia, el medio a través del cual, podía actuar e incluir en un mundo hasta ahora invencible y desconocido. Por medio de esta poderosa arma, el hombre pasó por así decirlo, a ser actor en vez de mero espectador en el medio en que interactuaba. Hay que recordar que toda práctica mágica se basa en la idea de que los

18. Pauwels y Bergien. *La Rebelión de los Brujos*. Pág. 119.

19. Guier Jorge E. *Op. Cit.* Pág. 33.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



TEORÍA DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

Hay dos formas de ver el Ordenamiento Jurídico: una formalista, cuyo objeto es la red de "relaciones" de aquel; otra realista, donde se pone como punto de partida de todo lo jurídico al "interés".

El enfoque tradicional ha sido no el de situación jurídica sino el de "la relación jurídica". Tradicionalmente, muchos autores¹ han puesto el concepto de relación jurídica como clave de todo lo jurídico.

El enfoque contemporáneo toma como punto de partida los intereses y "las situaciones jurídicas".

Es clara la relación jurídica entre el que debe pagar y el que puede cobrarle, o sea entre el titular de una obligación y el titular de un derecho de crédito. No aparece tan clara, por la indeterminación del "llamado" sujeto pasivo, la relación entre el propietario de un bien y todos los demás miembros de la comunidad que deben respetarle su derecho; está indeterminación del pretendido sujeto pasivo, le quitaría toda utilidad técnica al concepto; mucho menos aceptable resulta hablar de relación jurídica para referirse al "vínculo entre una persona y una cosa" (se ha dicho que hay una relación jurídica entre el propietario y sus bienes); tampoco parece aceptable hablar de relación jurídica, en sentido técnico, para hacer referen-

cia a la relación entre un sujeto y un lugar, o sea, a lo que se denomina jurídicamente "domicilio". En todos estos casos, se ha llegado a hablar de relación jurídica.

Parece mejor tomar otro punto de partida y otra ruta más segura y más realista: los intereses de la vida real, las necesidades de las personas, los problemas verdaderos. Esta nueva perspectiva, cuyos desarrollos ya hemos presentado en la parte histórica de esta obra, ve el Derecho, no como una red de relaciones abstractas, sino como un conjunto de valores reales, que son producto de una común experiencia y cultura² y que son la luz para dar respuesta a los intereses, necesidades y problemas de la vida real. Desde este nuevo ángulo, poco importa que a todo deber se oponga un poder, o que para entender la propiedad haya que pensar en un "Fuenteovejuna" obligado, como si este deber de respetar al prójimo se limitara a la propiedad.

La realidad es que el deber de abstenerse de ingerencias nocivos en la esfera jurídica ajena —el *Naenimen laedere* de Ulpiano—, —la paz como el respeto al derecho ajeno de Benito Juárez—, la no violencia o "Ahimsa" jainista de Mahatma Gandhi—, o la caridad cristiana, no se puede limitar a la propiedad y demás derechos absolutos, sino que es nota común de todas las situaciones jurídicas de ventaja³.

1. V., en particular CANDIAN, Aurelio, *Instituciones de Derecho Privado*. México, 1961.

2. FALZEA, Angelo, *Eficacia Giuridica*.

3. V. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, p. 275.

LAS DIVERSAS SITUACIONES JURÍDICAS

En esta materia seguimos fundamentalmente el esquema propuesto por BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI⁴.

Nos apartamos de él en muy poco; entre otras cosas, en la concepción de la potestad, del deber y de la carga.

El Derecho tiene como objeto de regulación la conducta humana.

Los eventos (hechos de la naturaleza, o hechos de vida) pueden tener relevancia jurídica en el momento causal; un terremoto puede producir efectos jurídicos con ocasión de un contrato de seguros; un fenómeno aluvional puede producir transformaciones en la extensión del derecho de propiedad.

Sin embargo, en la fase efectual no puede haber eventos, sino solamente comportamientos, valorados como posibles o como debidos.

El Derecho puede decir "debe pagar los daños y perjuicios", "debe cumplir el contrato", "puede cobrar", "puede vender", "puede prorrogar un contrato", pero no puede decir "debe llover". Repetimos: su objeto de regulación es la conducta humana.

Toda la actividad del Derecho se resume en el fondo en tres valoraciones: el Derecho permite, ordena y prohíbe (conductas).

Las valoraciones de necesidad (debe) pueden ser positivas o negativas: pueden configurarse como autorizaciones o como

disposiciones (deben hacer) o prohibiciones (deber no hacer).

1. Las situaciones de posibilidad activas

Las situaciones jurídicas de "poder" revelan la "posibilidad axiológica de una conducta".

Si bien algunos hablan del poder como situación jurídica genérica, preferimos compartir la tesis de quien ve el "poder" precisamente como la valoración contenida en todo derecho subjetivo⁵.

A. El derecho subjetivo

Absolutos y relativos

La crisis de la distinción

Tradicionalmente se ha hecho la distinción entre los derechos absolutos y los derechos relativos con base en lo siguiente:

Se decía: los derechos absolutos (y, entre estos, el derecho de propiedad) tenían como característica el ser "erga omnes" (frente a todos), ser situaciones jurídicas que todos los demás deberían respetar mediante un comportamiento omisivo. Se decía que "el sujeto pasivo" eran todos los demás; así se afirmaba no solamente de la propiedad, sino también de algunos de los llamados "derechos de la personalidad". El sujeto obligado era, pues, indeterminado, toda la colectividad; en cambio en los derechos relativos, el sujeto pasivo es, claramente, el obligado.

4. Esquema de BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, p. 275.

5. BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, P...

6. V. BUSNELLI, *La lesione del diritto di credito da parte di terzi*, Giuffrè, ed Milano...

La doctrina cambió de orientación, después de muchos siglos de inercia repetitiva e inconsciente, a partir de la percepción de que también los derechos de crédito podrían ser lesionados por los terceros⁶.

Al igual que ocurre con la propiedad, o cualquier derecho absoluto, los terceros, los demás deben abstenerse de causar interferencias nocivas (expresión del "Neanimen laedere").

Hoy se admite que este carácter "erga omnes", susceptible de generar responsabilidad civil, es propio de todas las situaciones jurídicas de ventaja y no es una característica exclusiva de los derechos absolutos.

Si un sujeto lesiona un derecho de crédito (relativo, pues) ajeno debe reparar el daño causado, lo mismo que si lesiona un derecho absoluto.

Hoy la diferencia se hace con base en los intereses.

La nueva metodología real objetiva parte de considerar la posición del titular del interés tutelado y la conducta apta para dar satisfacción a su interés⁷.

En los derechos absolutos el titular del interés tutelado coincide con el sujeto con cuya conducta se satisface este interés. El propietario, con su propia conducta, se come las naranjas de su árbol.

En cambio en los derechos relativos estos dos sujetos no son coincidentes: el titular del interés tutelado (acreedor, dueño del derecho de crédito) obtiene la satisfacción de su interés cuando **otro** sujeto (el deudor) cumple la prestación debida. Por ejemplo cuando el

deudor paga su deuda, el acreedor ve satisfecho su interés.

En síntesis

DERECHOS ABSOLUTOS:

$SIT = SCST$

(Sujeto del interés tutelado **es el mismo** sujeto de cuya conducta depende la satisfacción del interés)

DERECHOS RELATIVOS:

$SITNO = SC SI$

(Sujeto del interés tutelado **no es el mismo** sujeto de cuya conducta depende la satisfacción del interés)

b. Patrimoniales y no patrimoniales

Patrimoniales y no patrimoniales: los llamados "derechos de la personalidad" (nos remitimos a lo expuesto en "Derecho Privado") los llamados intereses difusos.

Los intereses difusos

Se ha aclarado que: "En una posición intermedia entre los intereses particulares (sean de individuos o colectivos de grupo) y los intereses generales (sean o no típicamente públicos) debería encontrar colocación la categoría de los intereses que se llaman *difusos* porque, aun perteneciendo al individuo y pudiendo ser relevantes en forma autónoma (como intereses particulares del individuo), se ponen en una dimensión supraindividual: tiende, en efecto, a repetirse y a extenderse a todos los componentes de la colectividad en razón del bien (salud, ambiente natural, habitación, etc.) que constituye el punto de referencia objetivo y el elemento unificador, corresponden a los

7. Así BIGLIAZZI, Contributo...
Así PUBLIATTI, I1 trasferimento...
Así BIGLIAZZI, BRECIA, BUSNELLI, NATOLI...

individuos en cuanto pertenecientes a una clase social o en cambio en cuanto miembros de una categoría social o de colectividades de diversa extensión...

... Entre los que están en cuestión, se puede recordar, en primer lugar, el interés a la salud, al que aparece estrechamente coordinado el interés a un ambiente saludable y, por lo tanto, a la medida del hombre; el que, sin embargo, debería evidenciarse en forma autónoma, como interés a la conservación de los valores ambientales y de un más general equilibrio ecológico, además de un interés al patrimonio estético (bellezas naturales, cosas de interés histórico, artístico, arqueológico).

En una posición no ciertamente inferior se colocan además, y siempre como ejemplo, los intereses referibles a la clase de los trabajadores subordinados, que —en el cuadro de la evolución de la personalidad de los sujetos— se especifican en relación con una pluralidad de exigencias diversas, como la ocupación de la mano de obra, la conservación de los puestos de trabajo, la participación en la gestión de la empresa, al surgimiento de instancias relativas a las condiciones de trabajo, etc., aunque, por la existencia de la relación de base, de vínculo jurídico bien definido (relación subordinada de trabajo) que une a estos sujetos, alguno ha sido inducido a excluir la existencia, en estos casos, de intereses propiamente calificables como difusos.

Relieve no secundario puede, por otra parte, ser acordado al interés a la casa, entendiendo por tal el coordinado a la satisfacción de exigencias habitacionales elementales, o el de los consumidores, también éste genéricamente identificable y sin embargo capaz de especificarse también en categorías homogéneas y en relación con necesidades a

satisfacer por ser relativas a exigencias existenciales de la persona humana. Es, en efecto, impensable que la necesidad de formas eficaces de tutela se presente en los mismos términos para el consumidor de bienes de primera necesidad y para el de bienes de mero consumo o, mejor dicho, para los consumidores —cualquiera sea la categoría a que pertenezcan— en el momento en que tienden a satisfacer necesidades del primer tipo o, en cambio, a responder a impulsos consumísticos propios de ciertos medios altos. Al mismo tiempo, es igualmente obvio que tal tipo de tutela debe considerarse común a toda categoría de consumidores o usuarios en cuanto contemporáneamente portadores del interés a la salud y, en consecuencia, a la utilización y al empleo de productos no nocivos y al disfrute de servicios que no pongan en peligro la integridad. Tampoco se debería olvidar el interés de aquellos que se encuentran expuestos a la contratación "estandarizada" y de los usuarios de servicios caracterizados por los contratos de adhesión y de los consumidores de bienes cuya adquisición debe necesariamente pasar por este camino.

Por último, pero no último, ni tampoco como para completar el cuadro, el interés a la información en sus múltiples aspectos bajo los cuales se puede presentar, como instrumento para una plena toma de conciencia, por parte del individuo, de su ser de miembro de la sociedad que lo circunda y en la cual imprime su propia huella, momento esencial para el pleno desarrollo de la personalidad, así compara la satisfacción y la tutela preventiva de intereses superindividuales, la lista de los cuales no basta para deshacer el nudo de la tutela, que no se refiere tanto a la identificación teórica de los instrumentos al efecto utilizables, como al de la legitimación para valerse de ellos..."⁸.

Patrimoniales

Los derechos reales

Los derechos de crédito

Las situaciones mixtas y los derechos personales de goce

C. Disponibles e indisponibles

D. Los derechos potestativos

Son situaciones jurídicas donde el titular, con su conducta unilateral, puede crear una sujeción sobre otro sujeto.

En la doctrina italiana

"Son situaciones jurídicas, por medio de las cuales se pueden conseguir otras situaciones subjetivas, sin necesidad de comportamiento ajeno... son facultades de actuar en la esfera jurídica de otro sujeto, produciendo en ella modificaciones que éste último no puede, en modo alguno, impedir y para las cuales no se requiere su colaboración (se dice por esto que él se encuentra en un estado de **sujeción**)"⁹.

En la doctrina española

"... el titular de esta clase de derechos puede, por propia voluntad, provocar una modificación jurídica... por acto unilateral del titular, aunque afecte la esfera jurídica de otras personas"¹⁰.

Ejemplos:

El derecho potestativo de receso

Se ha aclarado que los derechos potestativos pueden implicar "el poder de extinguir una relación jurídica unilateralmente. Poder, se suele precisar, que opera en la esfera jurídica ajena".

Así ocurre cuando, con la fuerza de la autonomía privada, se introduce una cláusula de receso unilateral en los contratos¹².

El derecho potestativo de prórroga

Por ejemplo, en materia de inquilinato: el inquilino tiene a su favor un derecho potestativo de prórroga, si desea continuar habitando el inmueble, a pesar del vencimiento del plazo prefijado.

El derecho potestativo de acción

Mediante esta situación jurídica de la cual es titular el actor, el demandado puede pasar a un estado de sujeción jurídica, ya que se ve obligado a contestar y además a proseguir el proceso.

2. Las situaciones de posibilidad inactivas

A. La expectativa

Expectativa y eficacia. Remitimos a lo expuesto por Falzea en Eficacia jurídica.

9. PUGLIATTI, Salvatore, *Il trasferimento...*, p. 76.

10. ESPIN CANOVAS, Diego, *Manual...*, p. 238.

11. IRTI, Natalino, *Introduzione...*, p. 65.

12. V. PÉREZ VARGAS, Víctor, *El cómputo de los plazos para el ejercicio del derecho potestativo de receso en los contratos con prórroga automática*, en *Revista Judicial*, N° 34, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, p. 144.

Mientras el elemento que falta para completar el hecho no se produzca lo que hay es una situación de ineficacia originaria.

El titular del futuro derecho lo que tiene es una situación instrumental, la expectativa. Con ella se tiende a garantizar la satisfacción del interés en el futuro, cuando llegue a completarse la llamada especie fáctica.

B. El interés legítimo

Este es un concepto que ha tenido un gran desarrollo en el Derecho Público. Abundan los ejemplos en materia de licitaciones públicas, donde el no adjudicatario tiene la posibilidad de solicitar la anulación del acto de adjudicación si ha mediado un uso indebido de los elementos discrecionales (motivo y contenido) en relación con el fin público, pero, por su carácter general encuentra plena aplicación en el Derecho Privado¹³.

Por ejemplo: es una sociedad, quien fue miembro de la Junta Directiva tiene un interés legítimo, que merece tutela, a examinar los libros correspondientes.

En los Estados Unidos es reiterada la jurisprudencia donde se admite esta posibilidad para el administrador separado de su cargo¹⁴.

La doctrina italiana también ha hecho referencia al concepto de interés legítimo en relación con la revocación del administrador¹⁵.

3. Las situaciones de necesidad activas

A. El deber

Las situaciones donde la conducta del sujeto se ve valorada como "debida" expresan una necesidad axiológica.

Coincidimos¹⁶ en que el deber debe verse como uno de los términos del efecto jurídico que denominamos obligación.

Precisamente en la obligación encontramos, como en todo efecto, una valoración (debe) y una conducta (hacer), la obligación es "un deber hacer", por lo que "el deber" es uno de sus componentes.

Sin embargo, la doctrina jurídica, por lo general, considera obligación no todo deber hacer, sino solamente aquellos que tienen un contenido patrimonial (o patrimonialmente determinable): deber pagar una suma de dinero, deber transportar una mercadería, deber cumplir con un contrato de construcción¹⁷.

Junto a las necesidades de conducta de tipo patrimonial existen deberes que no son simplemente morales, sino jurídicos, donde lo patrimonial, si está de por medio, es totalmente accesorio; tal es el caso de los llamados "deberes en sentido estricto", que a diferencia de las obligaciones, aunque son jurídicas, no tienen contenido económicamente determinable; o si lo tienen, en ellos la valoración jurídica principal no es la económica; por

13. Así lo ha admitido reiteradamente la jurisprudencia extranjera. Por ejemplo, en Italia v. Corte de Casación: Cass. S.U. 2 de noviembre de 1979, N-5688, G.I. de 1980, 1, 440; Cass S.U. 29 de noviembre de 1980, N-5800, GC de 1981, 1, 524 y Cass S.U. 5 de enero de 1981, N-1, Ivi, 1981, 1, 753).

14. (V. Matter of Cohen v. Cocoline Products Inc. 309, N.Y., 119, 127 N.E. 2d 906 de 1955).

15. (V. BIGLIAZZI GERI, Lina, Contributo..., p. 390).

16. Con BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI.

17. Sobre la obligación como deber hacer de contenido patrimonial v...

ejemplo, sería el caso de los deberes familiares (el deber de fidelidad conyugal, el deber de respecto en el matrimonio, etc.).

En este sentido el concepto de "deber" resulta útil científicamente si se entiende como "necesidad no patrimonial", para establecer su diferencia con "la obligación".

B. La obligación

Ya la hemos caracterizado como vínculo patrimonial. Es el correlato pasivo del derecho de crédito. Remitimos a lo expuesto en la Revista Judicial N° 3.

4. Las situaciones de necesidad inactivas

A. La sujeción frente a la potestad

En la teoría general del Derecho, el término **sujeción tiene dos significados** distintos, según se contraponga a la potestad o al derecho potestativo.

En el Derecho Privado (de orden público) se dice, por ejemplo, que el menor está **sujeto** significa "sometido") a la patria potestad; que el incapaz mental está **sujeto** a la tutela; que ambos se encuentran en "**sujeción**". Esta expresión ha sido criticada por una muy reciente posición que afirma que el contenido de las llamadas potestades no es de "poder-deber", sino básicamente de "deber"; el padre y la madre **deben** cuidar, criar, educar, alimentar, etc. a sus hijos.

En el Derecho Público, por ejemplo, el titular de una potestad tributaria (Tributación

Directa, por ejemplo, **debe** cobrar los tributos: tasas a cambio de servicios e impuestos genéricos).

Creemos que el contenido de **poder** en estas situaciones es importante porque hace referencia al ejercicio mismo de los deberes, cuando este es obstaculizado. Por ejemplo, si el padre se ve obstaculizado por la madre para mantener relaciones con su hijo, después de separados, el padre **puede** exigir, incluso judicialmente, mediante incidente de regulación de relaciones (mal llamado "incidente de derecho de visita", pues no es sólo derecho, ni es sólo "de visita"), que se le otorgue la **posibilidad** de participar en los cuidados y en la educación del menor¹⁸.

En cuanto a las demás observaciones relativas al contenido de la propia palabra sujeción, que evoca una familia ya jurídicamente superada, aunque no siempre de hecho, que es la familia estructurada jerárquica o piramidalmente¹⁹ creemos que el lenguaje utilizado no es determinante. Ya el profesor Pino ha hecho ver como la palabra **patria** adjetivo que puede significar "de los progenitores" y no solamente "del padre"; lo mismo puede seguirse hablando de sujeción dentro de una concepción de la familia distinta de la jerárquica, donde la sujeción precisamente encuentra justificación en función de los propios intereses del menor. Hay muchas decisiones que deben tomar los progenitores, porque el menor no se encuentra en grado de hacerlo; es por su bien, por sus intereses que se encuentra en sujeción. Sujeción no significa libertad ilimitada del padre para internar al menor en un establecimiento correccional, como existía antes, sino situación jurídica, donde él debe velar por los intereses de éste.

18. Sobre el tema, v. desarrollo, en PÉREZ VARGAS, Víctor, El contenido de la patria potestad, Revista Judicial N° 30, Corte Suprema de Justicia.

19. PÉREZ VARGAS, Víctor, El Nuevo derecho de familia en Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, 197... p....

B. La sujeción frente al derecho potestativo

Se habla de sujeción también, como ya se adelantó como el término contrapuesto al derecho potestativo.

Así frente al ejercicio del derecho potestativo del actor por medio de la interposición de la demanda, el demandado se encuentra en una situación de **sujeción** procesal. Aquella conducta unilateral de otro sujeto lo vincula procesalmente, al punto que si no contesta la demanda puede ser considerado contumaz (o rebelde) y esta rebeldía tiene una grave consecuencia para él, cual es la de que se dan por ciertos los hechos que se afirman en la demanda.

Art. 310 del Código Procesal Civil: "Si el demandado no contestare dentro del emplazamiento, de oficio se le declarará rebelde y se tendrá por contestada afirmativamente la demanda en cuanto a los hechos..."

5. Situaciones mixtas

A. La potestad

Aceptamos el concepto, aparentemente antitético, "poder-deber" como expresión adecuada del contenido de lo que se llama "potestad".

El carácter mixto de la potestad es "sincrónico"; ella es "deber y poder" al mismo tiempo.

En el Derecho Privado ya hemos mencionado, como ejemplo, la patria potestad.

En el Derecho Público, hemos citado, la potestad tributaria (en el Derecho Tributario), a la par de la cual podemos recordar la potestad punitiva (en el Derecho Penal).

B. La carga

Se discute si la carga es una situación jurídica o es modalidad de ejercicio de un derecho subjetivo.

Se ha definido como un **deber hacer si se quiere** un resultado favorable. De ahí que tiene una faceta necesitada, pero también una faceta de libertad.

a. Carga de la prueba

Debo probar los hechos que sirven de fundamento de mi demanda o de mi excepción (defensa opuesta por el demandado) **si quiero** ganar el juicio.

b. Carga de publicidad registral

Debo inscribir en el Registro Público la adquisición de mi inmueble, **si quiero** que mi derecho sea oponible (eficaz) frente a terceros en general.

c. Carga negocial

Como elemento accidental: el modo negocial.

Como elemento esencial especial: en particular sobre las cargas en los seguros (carga de aviso, carga de salvamento, carga de no alterar el estado del riesgo).

Debo dar aviso al asegurador del acaecimiento del siniestro que estaba previsto en la póliza como condición suspensiva (no accidental) **si quiero** que el surja el deber del aquel de hacer efectiva la cobertura del riesgo asumido (por ejemplo para la indemnización).